

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

2

Estudios

La protección de los intereses colectivos o difusos en Venezuela

Rafael Badell Madrid

La aplicación jurisprudencial del principio
de la irresponsabilidad patrimonial del Estado en materia
ambiental en Venezuela

Miguel Ángel Basile Urizar

Derecho Administrativo y libertad: o de por qué
el Derecho Administrativo venezolano no ha respetado
ni promovido la libertad

Luis Alfonso Herrera Orellana

La crisis del Estado de Bienestar

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Principios del Código de Conducta de los Servidores Públicos

Manuel Rojas Pérez

Actualidad

Desafíos presentes frente al Estado Comunal

Claudia Nikken

Interés general y tutela cautelar
en el contencioso-administrativo: reseña
de una peligrosa tendencia jurisprudencial
de la Sala Político-Administrativa
del Tribunal Supremo de Justicia

Miguel Ángel Torrealba Sánchez

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

N° 2 enero - abril 2014



© Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano
© Universidad Monteávila

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano
Publicación del Centro de Estudios de Derecho Público
de la Universidad Monteávila
Final Av. El Buen Pastor, Urb. Boleíta Norte,
Caracas, Venezuela
Teléfonos: (0212) 232-52-55 / 71-70 / 58-80
Fax (0212) 232-56-23
RIF J-30647247-9

www.uma.edu.ve

Hecho el Depósito de ley
Depósito legal

Esta publicación no puede ser reproducida en todo o en parte,
salvo permiso escrito de los autores.

REVISTA ELECTRÓNICA DE
DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO
Publicación cuatrimestral

Consejo de Redacción

José Ignacio Hernández G.

Director

Carlos García Soto

Subdirector

Miembros del Consejo de Redacción

Antonio Silva

Claudia Nikken

Cosimina Pellegrino

Daniela Urosa Maggi

Flavia Pesci-Feltri

José Valentín González

Fabiola Tavares

Miguel Ángel Torrealba

“Porque hemos creído que la sociedad es para el individuo y no el individuo para la sociedad, porque el individuo tiene un fin propio y la sociedad es un medio de realizarlo”.

Federico Urbano

Exposición de Derecho administrativo venezolano

1910

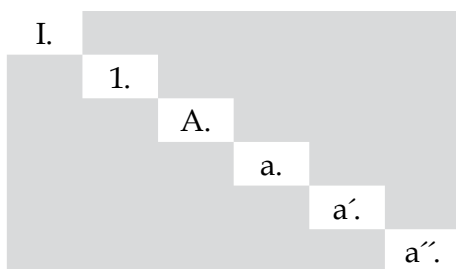
Normas de publicación

Las colaboraciones serán solicitadas por el Consejo de Redacción o serán recibidas por éste, para su evaluación a los efectos de su publicación, a las siguientes direcciones de correo electrónico: info@redav.com.ve. Las colaboraciones, solicitadas o recibidas, deben ser inéditas. REDAV no está en la obligación de publicar la colaboración solicitada o recibida. Los autores que publican colaboraciones en REDAV ceden los derechos correspondientes como primera publicación, así como el derecho de explotar y usar la colaboración para posteriores publicaciones. Si el autor decide publicar su colaboración posteriormente, debe comunicarlo a REDAV.

Las colaboraciones recibidas, bien sea porque hayan sido solicitadas por REDAV, o porque hayan sido recibidas sin haber sido solicitadas, serán sometidas al arbitraje de dos miembros del Consejo de Redacción, quienes no conocerán la identidad del autor de la colaboración sometida a arbitraje. Si el dictamen de los dos miembros del Consejo de Redacción no coincidiera, se someterá al dictamen de un tercer miembro del Consejo de Redacción.

En todo caso, las colaboraciones deben cumplir con las siguientes políticas editoriales:

1. Deben presentarse a espacio y medio, en letra *Times New Roman*, 12, en hoja tamaño carta. Si el trabajo ha de ser publicado en la sección “estudios”, la extensión no debe sobrepasar las cuarenta cuartillas. Si ha de ser publicado en la sección “actualidad”, la extensión no debe sobrepasar las veinte cuartillas.
2. Utilizar los siguientes tipos para la división del texto según la jerarquía de sus partes:



3. Las notas bibliográficas deben ajustarse a las siguientes reglas. Para libros: nombre y apellidos del autor o compilador, en el caso que sea obra colectiva; título del libro (en letra *cursiva*); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número de la (s) página (s) citada (s). Para revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor; título del trabajo (entre comillas); nombre de la revista o de la obra colectiva (en letra cursiva); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número (s) de la (s) página (s) citada (s). Todas las notas bibliográficas deben realizarse al pie de la página correspondiente.
4. Antes del texto de la colaboración debe colocarse en un solo párrafo un resumen de la colaboración, en idiomas español e inglés, junto con cinco palabras claves, en idiomas español e inglés.
5. En texto aparte de la colaboración, deben señalarse todos los datos necesarios para ubicar al autor, además de un breve resumen de su información académica y profesional.

ESTUDIOS

Rafael Badell Madrid, *La protección de los intereses colectivos o difusos en Venezuela*

Miguel Ángel Basile Urizar, *La aplicación jurisprudencial del principio de la irresponsabilidad patrimonial del Estado en materia ambiental en Venezuela*

Luis Alfonso Herrera Orellana, *Derecho Administrativo y libertad: o de por qué el Derecho Administrativo venezolano no ha respetado ni promovido la libertad*

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *La crisis del Estado de Bienestar*

Manuel Rojas Pérez, *Principios del Código de Conducta de los Servidores Públicos*

ACTUALIDAD

Claudia Nikken, *Desafíos presentes frente al Estado Comunal*

Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *Interés general y tutela cautelar en el contencioso-administrativo: reseña de una peligrosa tendencia jurisprudencial de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia*

ESTUDIOS

LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS EN VENEZUELA

Rafael Badell Madrid

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello (pregrado y postgrado)

Resumen: El artículo 26 de la Constitución reconoce el derecho de toda persona de acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer no sólo los derechos individuales, sino también los derechos e intereses colectivos o difusos. Asimismo, normas de rango legal han previsto la posibilidad de que grupos de personas, organizados o no, soliciten judicialmente el restablecimiento de sus derechos transindividuales, todo lo cual es consecuencia de la noción de Estado de Derecho. El procedimiento para la protección judicial de los intereses colectivos o difusos ha sido regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, teniendo como base la jurisprudencia de la Sala Constitucional de ese Tribunal. Así, a partir de la Constitución vigente la expresión “intereses colectivos o difusos” no es concebida como un simple grado de legitimación para acceder a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino como una verdadera acción judicial para tutelar los derechos de los grupos, tal como sucedía desde el siglo pasado en países como Estados Unidos, Canadá, Argentina y España.

Palabras clave: Intereses colectivos. Intereses difusos. Tutela judicial efectiva.

Summary: Article 26 of the Constitution recognizes as a right the possibility for everyone to have access to justice in order to enforce their rights and interests, including the collective or diffuse interests. Legal norms stipulate the possibility for groups of individuals regardless of their organization to require the judicial restoration of its individual rights, as the consequence of the notion of the law of State. The procedure for judicial protection of collective or diffuse interests has been regulated by the Orga-

nic Law of Supreme Court, on the basis of the jurisprudence of the Constitutional Chamber of the Court. Therefore, from the current Constitution the expression "collective or diffuse interests" is not conceived as an ordinary degree of legitimacy in order to have access to the contentious administrative jurisdiction but rather as a judicial action that aims to protect the rights of groups as has been performed during the last centuries in countries such as the United States, Canada, Argentina and Spain.

Key words: *Collective interests. Diffuse interests. Legal protection.*

Recibido: 31 de mayo de 2013 **Aceptado:** 27 de junio de 2013

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 26 de la Constitución de 1999¹ contempla con carácter general el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer no sólo los derechos individuales, sino también los derechos e intereses colectivos o difusos. En igual sentido, pero con carácter especial, el artículo 281, numeral 2 de la Constitución, establece la competencia del Defensor del Pueblo para intentar acciones para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos, por el funcionamiento de los servicios públicos.

De ese modo, a partir de 1999 se constitucionaliza en Venezuela la tutela judicial de toda clase de derechos e intereses, no sólo los individuales, sino también los colectivos o difusos. El país se suma así, a otros países que bien por previsión constitucional, legal o jurisprudencial, se han dado a la tarea de proteger judicialmente a aquellos sujetos que sufren lesiones en su esfera jurídica y que aún cuando no son titulares de un derecho individual, están representados por un interés colectivo o difuso.

En ese sentido, este tipo de intereses ya no es un grado de legitimación para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, como fue la manera de interpretación tradicional de esa expresión. Hoy en día, por el contrario, designa un derecho de acción para proteger derechos supraindividuales no susceptibles de fragmentación, por la acción, actuación u omisión de sujetos de Derecho Público o Privado.

Aún cuando el derecho de acción para tutelar los derechos e intereses colectivos o difusos está claramente establecido, también es cierto que durante los primeros años de vigen-

1 El artículo 26, dispone: *"Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente"*.

cia de la Constitución no existía un cauce formal para la protección judicial de tales intereses, de allí que fuera la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la que desarrollara un procedimiento por vía jurisprudencial. No obstante, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia² (LOTSJ) ese vacío fue llenado, al establecerse un cauce para la tutela judicial de los intereses colectivos o difusos.

Desde ese punto de vista, tanto los grupos de personas determinables, aunque no cuantificables o individualizables, unidas por un vínculo jurídico (*interés colectivo*), como los sujetos indeterminados que tienen un interés suprapersonal, entre los que no existe vínculo jurídico y que no conforman un sector cuantificable o particularizado (*interés difuso*), pueden demandar ante los órganos de administración de justicia la reparación del daño causado, incluyendo la imposición de órdenes exigidas a los demandados, tendentes a evitar la continuación del hecho lesivo, las cuales se tramitarán por el procedimiento establecido en la LOTSJ.

II. TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS EN VENEZUELA

1. Evolución

Durante la vigencia de la Constitución de 1961, la expresión derechos e intereses colectivos o difusos sólo era apreciada como un grado más de legitimación para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa. Para esa época, existían *tres grados* de legitimación que habilitaban al particular a recurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa, a saber: el **derecho subjetivo** e **interés legítimo**, que facultaban al afectado a recurrir contra los actos de efectos particulares, y

2 Gaceta Oficial N° 39.522, del 01 de octubre de 2010.

el **interés simple** que permitía a cualquier persona, en ejercicio de sus derechos civiles y políticos, recurrir contra los actos de efectos generales.

El estudio de la legitimación activa y el “interés” requerido para entender al particular “facultado” para recurrir en nulidad contra un acto administrativo tenía justificación cuando el acto impugnado era de efectos particulares, pues si el recurso versaba sobre un acto de efectos generales toda persona plenamente capaz estaba legitimada para interponerlo, sea que se basara en razones de ilegalidad o inconstitucionalidad. Así lo preveía expresamente el artículo 112 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y así lo ratificaba también la jurisprudencia (Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 17 de junio de 1999, Caso: *Antonio Ramón Astudillo y otros*).

No obstante, dentro de estos grados de legitimación se ignoraba la tutela de aquellos que detentaban un interés colectivo o difuso. De ese modo, bajo el imperio de la Constitución de 1961, la titularidad en materia de acciones para proteger los intereses colectivos o difusos estuvo concentrada por los órganos estatales a los cuales les estaba atribuida su protección. En ese sentido, la representación por intereses colectivos o difusos estaba atribuida de manera genérica al Ministerio Público, el cual tenía la potestad de intervenir en cualquier supuesto *violatorio de los derechos y garantías constitucionales*, representando así los intereses individuales, sectoriales y colectivos³, por lo que hacía el papel de *Ombudsman*.

2. Consagración Constitucional

Producto de una larga evolución jurisprudencial se reconoció en la Constitución de 1999, la protección judicial de los derechos e intereses colectivos o difusos y la legitimación pro-

3 Pérez Perdomo, Rogelio y Ruggeri, Ana María: “La protección de intereses difusos, fragmentarios y colectivos en el Derecho Venezolano” en *Revista de Derecho Público*, Número 16, octubre-diciembre. Caracas, 1983. p. 67-68.

cesal para intentarla. De ese modo, el artículo 26 de la mencionada Constitución, estableció lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente (...)”

La interpretación de esta disposición constitucional debe llevar a la conclusión de que fue consagrado el derecho de accionar contra toda actuación, hecho u omisión que incida sobre los titulares de derechos colectivos o difusos; de forma que ellos, colectiva o individualmente considerados, subrogándose la representación del grupo, pueden accionar y acceder a los órganos de administración de justicia, para obtener la tutela judicial de su derecho transindividual.

Esta circunstancia implica el reconocimiento expreso de valores y principios de obligatorio cumplimiento para los órganos que integran el Poder Judicial, que constituyen un avance fundamental en la forma de impartir justicia¹. Así, debido a que el Estado venezolano se configura en un Estado en el que la Justicia y la preeminencia de los derechos humanos se ubican como principios rectores y valores superiores del ordenamiento jurídico, los órganos del Poder Público y en especial, los órganos del Sistema Judicial, deben hacer prevalecer la noción de justicia material sobre los formalismos.

Adicionalmente, el artículo 281, numeral 2 de la Constitución, atribuyó a la Defensoría del Pueblo la competencia para

1 El Estado venezolano se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia (art. 2 CN), cuyo fin es garantizar el cumplimiento de los principios y derechos previstos en la Constitución (art. 3 CN) entre los que se encuentran el derecho de acceso a los órganos de justicia, a recibir de éstos una tutela judicial efectiva, sin reparar en formalismos o tecnicismos inútiles y siguiendo un debido proceso (arts.26 y 49 CN), siendo en definitiva el proceso un instrumento para la búsqueda de la verdad y la realización de justicia, la cual no puede verse sacrificada por formalidades no esenciales (art. 257 CN).

interponer acciones para la protección de derechos e intereses colectivos o difusos por el funcionamiento de los servicios públicos, en los términos siguientes:

“Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos”.

Es así cómo, los miembros de grupo por vía de lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución pueden ejercer las *class actions*, y también lo puede hacer, conforme al citado artículo 281, numeral 2 de la Constitución, el Defensor del Pueblo, con el objetivo de proteger los derechos e intereses colectivos o difusos por la errónea o deficiente prestación de los servicios públicos. A la par, el Defensor del Pueblo también es competente, según el artículo 281, numeral 8 de la Constitución, para ejercer las acciones necesarias para la efectiva protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Con fundamento en el reconocimiento que efectúa la Constitución de los derechos e intereses colectivos o difusos, así como de la legitimación atribuida a toda persona y al Defensor del Pueblo para procurar su protección judicial, es necesario explicar ahora concretamente qué debe entenderse por cada uno de estos conceptos.

A. Intereses colectivos

Son aquellos tipos de intereses de un grupo determinable, aunque no cuantificable o individualizable y respecto de los cuales puede existir un vínculo jurídico común. (i.e. grupos gremiales, asociaciones vecinales, etc.). Al respecto, Brewer-Carias señala que los intereses colectivos “(...) se concretan en

comunidades compuestas por sujetos de derecho más o menos determinables, siendo en definitiva, intereses de grupo que se persiguen en forma unificada, al tener el grupo características y aspiraciones comunes, quienes en defensa de los intereses de grupo, podrían interponer recursos de anulación contra los actos administrativos (...)"².

De otra parte, José Luis Villegas Moreno señala que podemos diferenciar los intereses colectivos de los intereses personales, ya que no constituyen una suma de éstos, sino que son cualitativamente diferentes, pues afectan por igual y en común a todos los miembros del grupo y pertenecen por entero a todos ellos. Se asemejan a los intereses difusos en que pertenecen a una pluralidad de sujetos; pero se diferencian de ellos en que cuando el interés es colectivo, esta pluralidad puede ser determinada o circunscrita como una colectividad limitada³.

De modo que, los intereses colectivos se concretan en comunidades o sectores poblacionales compuestos por sujetos de derecho *más o menos determinables* que representan, en definitiva, los intereses que el grupo persigue en forma unificada, en función de sus características y aspiraciones comunes.

La jurisprudencia ha aportado los elementos que caracterizan al interés colectivo, en especial, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2000, caso: *Dilia Parra*, definió dicho interés como aquél común a un conjunto de personas vinculadas entre sí, que podían ser identificables. El fallo expresó que estos intereses, se encuentran circunscritos a un "*sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable*". Así, dentro del interés colectivo suele identificarse aquellos grupos de profesionales, vecinos,

2 Brewer-Carías, Allan R.: Contencioso Administrativo. Tomo VII de Instituciones Políticas y Constitucionales. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1997. p. 84.

3 Villegas, José Luis: "Los Intereses Difusos y Colectivos en la Constitución de 1999" en *Revista de Derecho Constitucional*. Número 2, enero-junio. Caracas, 2000. p. 253 y ss.

gremios, a los habitantes de un área determinada, entre otros ejemplos que resultan lesionados como grupo por la actuación u omisión de determinado agente⁴.

Debe destacarse la jurisprudencia para la protección de dichos intereses, en la medida en que entraña la salvaguarda de valores superiores, que coadyuvan en la mejora e integridad de la calidad de vida. Precisamente, en decisión del 03 de octubre de 2002 (caso: *Henrique Capriles Radonski*), la Sala Constitucional entendió que el elemento que distingue al interés colectivo y que lo hace susceptible de protección, es el bien común “(...) entendido este concepto como el conjunto de condiciones que permiten el disfrute de los derechos humanos y el cumplimiento de los deberes que les son conexos”, los cuales “(...) sirven al interés de las personas en general de una manera no conflictiva, no exclusiva y no excluyente”.

No se trata entonces de la sumatoria de intereses o derechos individuales para alcanzar el bien común, antes por el contrario, lleva de suyo la suma de “(...) aquellos bienes que, en una comunidad, sirven al interés de las personas en general de una manera no conflictiva, no exclusiva y no excluyente”⁵.

En ese sentido, el interés colectivo es directamente el interés de la comunidad. Así, lo que prevalece ante el individuo es aquel interés que trasciende a él, de forma que “(...) si la acción procesal es ejercitada por el individuo o por la estructura organizada de la comunidad, entiéndase que, el interés que ambos tutelan es el mismo: “el bien jurídico del grupo”⁶.

4 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 30 de junio de 2000 caso: *Dilia Parra Guillén*.

5 Sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 9 de julio de 2002, caso: *Colegio Médico del Distrito Metropolitano de Caracas*, criterio que fue ratificado en fallo de esa misma Sala, dictado el 30 de enero de 2007, caso: *Carlos Eduardo Genatios y otros vs. UCV*.

6 Sentencia dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, del 18 de mayo de 2000, caso: *Tulio Alberto Álvarez, Leopoldo Puchi y Felipe Mujica vs. el Gobernador del Estado Apure*.

B. Intereses difusos

Son intereses que se refieren a un bien o derecho que atañe a la comunidad, asumido por un cúmulo de ciudadanos que no conforman un sector cuantificable o particularizado y entre los cuáles no existe un vínculo jurídico común. Surgen de una prestación indeterminada cuya omisión afecta a todo el colectivo sin distinción.

En tal sentido, GONZÁLEZ PÉREZ comenta que el interés difuso se encuentra caracterizado por *“(...) corresponder a una serie de personas indeterminadas entre las que no existe vínculo jurídico, de modo que la afectación de todos ellos deriva de razones de hecho contingentes”*⁷.

La doctrina nacional –BREWER-CARÍAS⁸– identifica el interés difuso con aquel interés que es suprapersonal, cuya titularidad corresponde a un grupo de personas no organizadas jurídicamente y, por lo tanto, no imputable a sujetos determinados. Para Sánchez Morón, el interés difuso es aquel jurídicamente reconocido a una pluralidad indeterminada o indeterminable de sujetos⁹.

El interés difuso tiene, por tanto, el objeto de garantizar una mejor *“calidad de vida”* a ese grupo indeterminable, de modo que ante una eventual desmejora de ella, puede surgir en cada miembro la legitimación para accionar. Este interés puede ser invocado, bien por particulares que se encuentren legitimados para actuar en nombre de esa colectividad indeterminada, bien a través de grupos determinados, tales como las asociaciones (e.g. asociaciones ambientales). En este sentido,

7 González Pérez, Jesús. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Civitas. Madrid, 1992.

8 Brewer-Carías, Allan R. *Contencioso Administrativo*. Ob. cit. P.84.

9 Sánchez Morón, Miguel. *La participación del Ciudadano en la Administración Pública*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980. p. 116.

será suficiente con que los afectados sean la mayoría de los miembros y no la totalidad de ellos.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha perfilado la conceptualización de esos intereses en diversas decisiones (sentencia de 30 de junio de 2000, caso *Dilia Parra Guillén*), en las cuales vinculó el interés difuso a aquél que detentan las personas que carecen de vínculo jurídico alguno, las cuales aun encontrándose indeterminadas, las une una situación que en sí misma produce un daño o lesión, o que en sí misma produce un temor fundado de incidencia negativa en la calidad de vida, tal sería el caso, de aquellos perjuicios producidos por agentes públicos o privados en el ambiente, aquellos daños producidos a consumidores o habitantes de un determinado sector¹⁰.

3. Consagración legal

Varias normas de rango legal han desarrollado el derecho que tienen las personas, organizadas o no, de acceder a los órganos de administración de justicia a los fines de obtener la tutela de sus derechos e intereses colectivos o difusos. En ese sentido, está el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (Ley DEPABIS); la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos (Ley RESORTE); la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM); y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ).

A. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios

La Ley DEPABIS¹¹ reconoce legitimación *suprapersonal* a los grupos de personas para demandar los daños y perjuicios

10 Sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 30 de junio de 2000 caso: *Dilia Parra Guillén*.

11 Gaceta Oficial N° 39.358, del 01 de febrero de 2010.

ocasionados. Una vía para ello es la prevista en el artículo 92 de dicha Ley, que señala: *“Las personas tienen derecho a constituirse en asociaciones u organizaciones de participación popular, que ostenten la vocería de sus asociados para contribuir con la defensa de sus derechos e intereses, siempre de conformidad con lo previsto en la presente Ley”*.

En ese sentido, el artículo 98, numeral 2 de la Ley DEPA-BIS, establece, entre las finalidades de estas asociaciones, la representación de *“(...) los intereses individuales o colectivos de las personas ante las autoridades jurisdiccionales o administrativas, mediante el ejercicio de las acciones, recursos, trámites o gestiones que procedan (...)”*. Así, dichas asociaciones tienen legitimación suficiente para representar a grupos de personas, bien ejerciendo reclamos en sede administrativa o haciendo uso de las acciones judiciales, como la demanda por protección de intereses colectivos o difusos.

Ello quiere decir que esas asociaciones tienen legitimación activa para demandar a *“(...) toda persona natural o jurídica que intervienen en la cadena de distribución, producción, y consumo, tales como importadoras e importadores, productoras y productores, fabricantes, distribuidores y comercializadores, haciéndolos responsables directa y solidariamente cuando sus conductas o actos afecten o vulneren los derechos de las personas (...)”*. Tal acción de condena pretende la reparación de los perjuicios causados a todos los miembros de la asociación.

Sin embargo, estimamos que esa posibilidad cuenta con un obstáculo importante, el cual es la dimensión del daño patrimonial que se habría ocasionado. En efecto, en caso de daños sufridos por los consumidores y que sean imputables a los proveedores de determinados bienes, la lesión afectará a *todos los consumidores de ese bien* y no sólo a aquéllos que pertenecen a la asociación. Por ende, estimamos que, ante esa situación, lo procedente sería la tutela judicial de los *derechos difusos* de esos consumidores.

La Ley DEPABIS no menciona la tutela judicial de los derechos difusos, como sí lo hacía la derogada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario en su artículo 80, al establecer que cuando se ejerce defensa de los derechos previstos en la Ley, podrán los mismos, ser ejercidos colectivamente “(...) *cuando se encuentren involucrados **intereses o derechos colectivos o difusos***”.

Sin embargo, hemos visto cómo el artículo 26 de la Constitución establece de forma general que toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los **colectivos o difusos**, lo cual permite comprender que esa clase de intereses también está sujeta a protección judicial.

Adicionalmente, la Ley DEPABIS establece que las asociaciones de defensa tendrán como objetivo “(...) *promover y proteger los **derechos e intereses de las personas** en el acceso a los bienes y servicios (...)*” (énfasis añadido), siendo estas “(...) *toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, **organizada o no**, que adquiera, utilice o disfrute bienes y servicios de cualquier naturaleza como destinatario final (...)*”. De igual modo, la Ley considera a las asociaciones de defensa como “(...) *toda organización constituida por un mínimo de veinticinco personas naturales, y tendrá como finalidad la defensa de los derechos e intereses de las personas, lo cual incluye, (...) **ejercer las correspondientes acciones** de conformidad con lo previsto en la presente de Ley*” (énfasis añadido).

En consecuencia, las *asociaciones de defensa* son organizaciones constituidas que podrán representar a **toda persona** que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes y servicios de cualquier naturaleza, estableciendo así, una vía para ejercer la tutela judicial de los derechos difusos, aún cuando no de manera explícita.

B. Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos

De acuerdo con la Ley RESORTE¹², los usuarios de los servicios de radio y televisión tienen la facultad de asociarse, en cualquier forma lícita, mediante organizaciones de usuarios, a los fines de proteger los derechos de éstos como destinatarios de los mensajes transmitidos por los servicios de radio¹³, servicios de televisión¹⁴, servicios de difusión por suscripción¹⁵ y medios electrónicos¹⁶.

Al respecto, el artículo 12, numeral 3 de la Ley RESORTE, establece como derecho de los usuarios: *“Promover y defender los derechos e intereses comunicacionales, de forma individual, colectiva o difusa ante las instancias administrativas correspondientes”* (énfasis añadido).

Así, los usuarios de los servicios de radio y televisión, podrán ejercer la defensa de forma individual e incluso *“colectiva o difusa ante las instancias administrativas correspondientes”* de sus derechos e intereses, por lo que quedan comprendidos

12 Gaceta Oficial N° 39.610 del 07 de febrero de 2011.

13 Servicios de radio: radiodifusión sonora en amplitud modulada (AM); radiodifusión sonora en frecuencia modulada (FM); radiodifusión sonora por onda corta; radiodifusión sonora comunitaria de servicio público, sin fines de lucro; y servicios de producción nacional audio, difundidos a través de un servicio de difusión por suscripción. (Artículo 1, numeral 1, Ley Resorte).

14 Servicios de Televisión: televisión UHF; televisión VHF; televisión comunitaria de servicio público, sin fines de lucro; y servicios de producción nacional audiovisual, difundidos a través de un servicio de difusión por suscripción (Artículo 1, numeral 2, Ley Resorte).

15 Servicios de difusión por suscripción. Quedan sujetos a esta Ley otras modalidades de servicios de difusión audiovisual y sonoro que surjan como consecuencia del desarrollo de las telecomunicaciones a través de los instrumentos jurídicos que se estimen pertinentes (Artículo 1, numeral 3, Ley Resorte).

16 Artículo 1, numeral 4, Ley Resorte.

grupos de sujetos a quienes les es causado un perjuicio común y no individualizable.

A pesar de que la Ley RESORTE omite referirse a la tutela judicial de dichos intereses, toda vez que únicamente alude a la protección en sede administrativa, estimamos que dichos comités tienen la legitimación para ejercer toda *class action* destinada a proteger los intereses y derechos de los usuarios de los servicios de radio y televisión, ante los órganos de administración de justicia, en virtud del postulado previsto en el artículo 26 de la Constitución.

C. Ley Orgánica del Poder Público Municipal

La LOPPM¹⁷ regula los grupos que se encuentren organizados en el ámbito municipal, en desarrollo de las disposiciones constitucionales que propugnan la participación ciudadana en los asuntos públicos. De acuerdo con el artículo 257 de la citada Ley, los grupos de ciudadanos tienen derecho a organizarse bajo la forma de “contralorías sociales”¹⁸, quienes tendrán por especial cometido ejercer el “control del gobierno local”¹⁹.

17 Gaceta Oficial N° 6.015 del 28 de diciembre de 2010.

18 Aun cuando no se regula la forma de constitución de estas contralorías sociales, ni mucho menos quienes las integran, en nuestro criterio se trata de formas asociativas, conformadas por grupos de habitantes de un determinado Municipio, a los fines de controlar la gestión pública que ejecuta ese gobierno municipal. Así, pareciera que estas contralorías inciden exclusivamente sobre el gobierno de una determinada localidad y, por consiguiente, no tienen cualidad para atacar la actividad de otros municipios, por lo menos, no como contraloría social que incide sobre un determinado municipio.

19 Así, ya no se hace referencia expresa a las asociaciones de vecinos, como representantes vecinales, sino que, de forma genérica, se alude a “organizaciones” constituidas por ciudadanos que habitan en el Municipio. En ese sentido, el artículo 270 de la LOPPM establece que estas organizaciones deberán tener por norte el control, vigilancia, supervisión y evaluación de la gestión pública municipal, las cuales deberán estar inscritas en un Registro, que deberá ser puesto en funcionamiento por el Municipio.

Aún cuando entre los deberes y derechos que enuncia el artículo 271, numeral 4 de la LOPPM, a cargo de aquellas organizaciones de ciudadanos, se indica la facultad de “(...) *denunciar ante las autoridades competentes los actos, hechos u omisiones presuntamente irregulares que hubieren detectado*”, es lo cierto que sus potestades no se restringen únicamente a la mera denuncia.

En efecto, la LOPPM alude al denominado “control social” que ejercen los ciudadanos en el ámbito municipal y el cual comprende la tutela y defensa de los intereses colectivos o difusos que se hallen transgredidos con ocasión a la inactividad o actividad de la Administración Pública Local en el ejercicio de las competencias que le son propias.

El artículo 258 de la LOPPM establece que es deber del ente local, propiciar la formación de organizaciones “(...) *destinadas a la defensa de los intereses colectivos*”. Entendemos que no se trata de estimular la creación de organizaciones de ciudadanos dentro del Municipio que tengan por único objeto social la defensa de dichos intereses, sino que más bien, impone el deber de propiciar las condiciones para que sus habitantes se asocien en organizaciones, las cuales constituidas como tales, tutelaran los derechos colectivos que ellos representan.

D. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

La LOTSJ prevé en su artículo 146 la facultad de toda persona para demandar la protección de sus derechos e intereses colectivos o difusos. De igual modo, esta Ley establece en su artículo 25.21, la competencia de la Sala Constitucional para conocer de las demandas y pretensiones de amparo para la protección de intereses colectivos o difusos. Para dar efectividad al reconocimiento que realiza la Constitución de esta clase de derechos e intereses, la LOTSJ contempla en sus artículos 146 y siguientes, el procedimiento de las demandas para la

protección de derechos e intereses colectivos o difusos, el cual será analizado en el siguiente epígrafe.

III. ACCIÓN POR INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS

1. Concepto

La acción para la defensa de los intereses colectivos o difusos debe ser entendida como un medio de impugnación de rango constitucional, especial, autónomo, subjetivo, de orden público y con efectos *erga omnes*, conferida a los titulares de derechos e intereses colectivos o difusos, de índole supraindividual no susceptibles de fragmentación, que no está sometida a lapsos de prescripción o caducidad, y se ejerce para obtener la tutela de los mencionados derechos e intereses, por la actuación u omisión de sujetos de Derecho Público o Privado.

En ese sentido, la acción en referencia es evidentemente una *garantía* conferida a personas que, no siendo titulares de un derecho individual, se encuentran inmersos en una situación desde la que perciben los efectos perjudiciales de una determinada actuación u omisión de un sujeto público o privado. Como garantía constitucional, supone la existencia de dos elementos fundamentales: (i) la presencia de un derecho o interés constitucionalmente tutelado y, (ii) la posibilidad de que dicho interés pueda encontrarse en peligro o sea susceptible de agresión, requiriendo entonces, la existencia de un instrumento capaz de asegurar su integridad y vigencia²⁰.

La doctrina define este tipo de acciones colectivas como aquellas que son promovidas “(...) por un representante (*legitimación colectiva*), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como

20 Lucas Verdú, Pablo. “Garantías Constitucionales” en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. X, Edit. F. Seix, Barcelona, 1985, pp. 545-546.

*un todo (cosa juzgada). En consecuencia, los elementos esenciales de una acción colectiva son la existencia de un representante, la protección de un derecho de grupo y el efecto de la cosa juzgada”*²¹.

2. Aspectos procesales

De forma similar a lo que ocurrió con la institución del amparo constitucional, fue la jurisprudencia la encargada de delinear, en principio, los aspectos procesales de la acción para tutelar los derechos e intereses colectivos o difusos. Apenas entraba en vigor la nueva Constitución, la Sala Constitucional del TSJ precisó que la acción por intereses colectivos o difusos es un medio de impugnación, y ante la ausencia de una regulación normativa, debía ella desarrollar las reglas procesales para su tramitación, como en efecto lo hizo.

Teniendo en cuenta esta importante labor pretoriana de la Sala Constitucional del TSJ, la LOTSJ reguló y desarrolló la demanda de protección de intereses colectivos o difusos, y las pretensiones de amparo en estos casos. Por ende, los aspectos procesales de la institución, la acción, la competencia y el procedimiento deben ser analizados a la luz de estas regulaciones. Adicionalmente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 166 de la LOTSJ, resultan de aplicación supletoria las normas del Código de Procedimiento Civil²², las cuales tienen especial utilidad, como sucede en materia probatoria.

3. Demanda por intereses colectivos o difusos

La *competencia* para conocer de este tipo de demandas, conforme a lo dispuesto en los artículos 25.21 y 146 de la LOTSJ, salvo lo previsto en leyes especiales, corresponde a la Sala

21 Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil, un modelo para países de derecho civil*, Ob.cit, p. 31, quien cita sus propias palabras en la obra titulada *Coisa Julgada e Litispendência em Ações coletivas*, 1995, p. 16.

22 Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario, de fecha 18 de septiembre de 1990.

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²³ cuando la controversia tenga transcendencia nacional, y no sea en materia electoral y del contencioso de los servicios públicos²⁴. Si los hechos han ocurrido fuera del Área Metropolitana de Caracas, la demanda podrá ser presentada ante un tribunal civil de su domicilio, el cual la remitirá a la Sala dentro de los tres días de despacho siguientes. Cuando el caso no tenga transcendencia nacional, la demanda de protección de los intereses colectivos o difusos corresponderá a los tribunales de primera instancia en lo civil de la localidad donde se hayan generado los hechos²⁵.

23 Con anterioridad a la LOTSJ y por decisión de la Sala Constitucional, a ella correspondía la competencia para conocer de las acciones que tuviesen por objeto la tutela de intereses colectivos o difusos, mientras la ley no la atribuyese a otro tribunal. Este criterio fue establecido en la sentencia de fecha 30 de junio de 2000, caso *Dilia Parra Guillén*, y ratificado en decisiones de fecha 22 de agosto de 2001 (Caso: *Asodeviprilara*), 19 de febrero de 2002 (Caso: *Ministerio Público vs Colegio de Médicos del Distrito Federal*), 19 de diciembre de 2003, caso: *Fernando Asenjo y otros*. Lo provisorio que caracteriza el ejercicio de esta competencia absorbida por la Sala Constitucional responde además a la inmediatez que supone la aplicación del precepto contenido en el artículo 26 de la Constitución, y la ausencia de norma adjetiva que regulara, tanto la competencia para conocer de esta acción, como el procedimiento para su tramitación.

24 Sentencia del 5 de junio de 2012, caso de las mujeres afectadas por la colocación de prótesis mamarias PIP.

25 "Artículo: 25: Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:
[...]

21. Conocer de las demandas y las pretensiones de amparo para la protección de intereses difusos o colectivos cuando la controversia tenga transcendencia nacional, salvo lo que dispongan leyes especiales y las pretensiones que, por su naturaleza, correspondan al contencioso de los servicios públicos o al contencioso electoral".

"Artículo 146: Toda persona podrá demandar la protección de sus derechos e intereses colectivos o difusos. Salvo lo dispuesto en las leyes especiales, cuando los hechos que se describan posean transcendencia nacional su conocimiento corresponderá a la Sala Constitucional; en caso contrario, corresponderá a los tribunales de primera instancia en lo civil de la localidad donde aquellos se hayan generado. En caso de que la competencia de la demanda corresponda a la Sala Constitucional, pero los hechos hayan ocurrido fuera del Área Metropolitana de Caracas, el demandante podrá presentarla ante un tribunal civil de su domicilio. El tribunal que la reciba dejará constancia de la presentación al pie de la demanda y en el Libro

En relación a la **legitimación activa**, deben distinguirse dos modalidades de legitimación. En primer lugar, el artículo 26 de la Constitución reconoce a toda persona el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses colectivos o difusos. En todo caso, “(...) *no por ello puede afirmarse que se esté ante una acción popular [...] ya que en el artículo 26 se ha otorgado a los ciudadanos un derecho procesal de accionar, lo que le impone, en consecuencia, esgrimir el derecho subjetivo común, con invocación de la porción subjetiva del interés colectivo o difuso en beneficio del cual se acciona*” (Énfasis añadido)²⁶. Así, tendrá el particular que invocar el interés por medio del cual actúa y probarlo (sentencia dictada por Sala Político Administrativa el 8 de mayo de 2001, caso *Pedro Germán Rondón vs. Ministerio de Justicia*).

En segundo lugar, el artículo 281, numeral 2 de la Constitución, reconoce al Defensor del Pueblo la competencia para proteger los derechos e intereses colectivos o difusos por el defectuoso funcionamiento de los servicios públicos. En este sentido, la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el caso de las prótesis mamarias PIP²⁷, ratificó decisiones anteriores²⁸, en las cuales se estableció que conforme al artículo 280 constitucional si bien la Defensoría del Pueblo es el órgano que tiene atribuida con carácter general la competencia para accionar para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos en el ámbito nacional, estatal y municipal, ello no excluye la facultad reconocida a los ciudadanos, por así permitirlo también el artículo 26 del Texto fundamental.

Diario y remitirá el expediente debidamente foliado y sellado, dentro de los tres días de despacho siguientes”.

26 Grau, María Amparo. “Los Intereses Colectivos y Difusos” en *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávilla*, Número 2, Abril, Caracas, 2001. p. 205.

27 Sentencia del 5 de junio de 2012.

28 Sentencia N° 656 de 30 de junio de 2000 (caso: *Defensoría del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional*) y 1.395 del 21 de noviembre de 2000.

Ambos supuestos admitirían sin embargo por excepción, en el caso de la Defensoría, la posibilidad de que a otros órganos les sea atribuida esta competencia; y en el caso de los ciudadanos, el que una ley expresamente les niegue tal legitimación.

Dada la evidente distinción entre los intereses colectivos o difusos, la legitimación para actuar también será diferente. *Cuando se trate de intereses colectivos*: el accionante debe fundamentar su acción en su condición previa de miembro o actor vinculado al grupo o sector lesionado que dice representar.

La Sala Constitucional ha establecido que poco importa el número de personas reclamantes, pues lo relevante es la existencia del derecho o interés invocado. Asimismo ha destacado que aquellas agrupaciones individuales, que obran en virtud de un interés colectivo, lo hacen en representación, dado el carácter colectivo de los derechos que se invocan, distinguiendo estos grupos de las personas jurídicas o morales, las cuales actúan por organicidad y en representación de un interés individual.

Respecto de la indemnización debe precisarse que cuando se tutelan intereses colectivos, ésta sólo puede ser pretendida de dos formas: a) Si se trata de *personas jurídicas*, en representación de un grupo, la indemnización será acordada respecto de los demandantes que la hayan exigido y destinada a sus miembros constituidos conforme a derecho; b) Si se trata de *particulares*, la indemnización será para ellos mismos.

Para el caso de mandatos de condena que carecen de pago los efectos no sólo se extienden a los peticionantes, sino a los demás miembros del colectivo, quienes pueden aprovecharse de lo judicialmente declarado, siempre y cuando así lo soliciten al Tribunal.

Por otra parte, *cuando se trate de intereses difusos*: no se requiere que el accionante tenga un vínculo previo con el ofensor, pero debe invocar su derecho o interés compartido con la ciudadanía. El accionante, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, debe temer la lesión, haberla sufrido o estarla sufriendo.

Esta legitimación, conforme a la Sala, debe ser interpretada *en forma amplia* y, en consecuencia, cualquier persona procesalmente capaz que busque impedir el daño causado a la sociedad, o al segmento de ésta al cual pertenece, podrá intentar una acción por intereses difusos. Y, en caso de haber sufrido daños personales, solicitar a título particular y de manera acumulativa la indemnización de los mismos.

Como conclusión, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y la LOTSJ, tienen legitimación para intentar acciones en materia de intereses colectivos o difusos:

1. El Defensor del Pueblo;
2. Los entes u órganos públicos especialmente designados por Ley a estos efectos;
3. Toda persona, siempre que demuestre su vinculación con el grupo afectado y sufran las lesiones invocadas; y
4. Las formas organizativas privadas, legitimadas en casos particulares y siempre que demuestren su vinculación con el interés que alegan, tales como, las asociaciones, las sociedades, las fundaciones, las cámaras, los sindicatos y demás colectivos cuyo objeto sea la defensa de la sociedad.

El **procedimiento** de las demandas de protección de derechos e intereses colectivos o difusos se encuentra regulado en los artículos 147 al 166 de la LOTSJ. Dicho procedimiento se desarrolla conforme a las siguientes especificaciones:

- a) Deberá presentarse escrito que cumpla con los requisitos del artículo 147 de la LOTSJ. En caso de que la solicitud no llenare los requisitos previstos en ese artículo, se notificará al demandante para que corrija el defecto u omisión dentro del lapso de tres días de despacho siguientes desde que conste en autos la notificación. Si no lo hiciere, la demanda será declarada inadmisibile, salvo que esté involucrado el orden público, en cuyo caso se ordenará la continuación del proceso (artículo 148).
- b) En la oportunidad en que se de cuenta de la demanda o su corrección, si la hubiere (conforme a los artículos 148 y 149), el tribunal se pronunciará sobre su admisión dentro del lapso de tres días de despacho (artículo 151). En el caso de la Sala Constitucional, además, se designará ponente, quien conocerá de la totalidad del juicio con tal carácter, con inclusión de sus incidencias (artículo 165).
- c) El tribunal podrá negar la admisión de la demanda cuando constate alguno de los supuestos del artículo 150: (i) se acumulen demandas o pretensiones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles; (ii) sea manifiesta la falta de legitimidad o representación que se atribuya el o la demandante o de quien actúe en su nombre, respectivamente; (iii) haya cosa juzgada o litispendencia; y (iv) la pretensión pueda ser satisfecha a través de otras vías o cuando por su naturaleza el conocimiento de la pretensión corresponda al contencioso de los servicios públicos o al contencioso electoral. No se prevé en las causales de inadmisibilidad, el agotamiento de la vía administrativa o del antejuicio administrativo, por lo cual, siendo éstas de interpretación restrictiva, no debería exigirse tal requisito para aquellos casos en que el demandado sea un ente público para el que esté, en general, prevista la aplicación de esta prerrogativa procesal.

- d) En el auto de admisión de la demanda se ordenará la citación de la parte demandada; la notificación de la Defensoría del Pueblo, si ésta no hubiera iniciado el juicio; del Ministerio Público; y de cualquier otra autoridad que se estime pertinente. Se emplazará a los interesados por medio de un cartel a expensas de la parte demandante. Cuando sea verificada la estadía a Derecho de la parte demandante, el tribunal librará los oficios y el cartel (artículo 152). La notificación se practicará mediante copia certificada de la demanda, la cual contendrá la orden de comparecencia del sujeto demandado. Esta notificación podrá materializarse bien mediante fax, correo ordinario o electrónico, u otro medio que permita la recepción de la compulsa de la demanda (artículo 91).
- e) El cartel de emplazamiento deberá ser publicado en un diario de circulación nacional o regional, según el caso, para que los interesados concurren dentro del lapso de diez días de despacho siguientes a que conste en autos su publicación. La parte demandante tendrá un lapso de diez días de despacho, que se contarán a partir del momento en que se haya librado el cartel para retirarlo y publicarlo y consignar en autos un ejemplar del periódico donde hubiese sido publicado. Si la parte demandante incumpliere con esta carga se declarará la perención de la instancia y se ordenará el archivo del expediente; salvo que existan razones de orden público que justifiquen la continuación de la causa, en cuyo caso, el cartel deberá ser publicado por el Tribunal (artículo 153). Cuando venzan los lapsos antes indicados, deberá dejarse transcurrir un término de diez días de despacho para que se entienda que los interesados han quedado notificados (artículo 154).
- f) Luego del vencimiento del término previsto en el artículo 154, y una vez que conste en autos haberse efectuado la última de las notificaciones, el tribunal se

pronunciará, dentro del lapso de tres días de despacho, sobre la participación de los intervinientes; concluido este lapso comenzará a transcurrir otro de diez días de despacho para que se dé contestación a la demanda (artículo 155).

- g) Vencida la oportunidad para dar contestación a la demanda, se iniciará un lapso de diez días de despacho para promover pruebas. En esa misma ocasión deberán evacuarse las pruebas documentales. Dentro de los tres días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de promoción, las partes podrán oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte que consideren manifiestamente ilegales o impertinentes. Vencido este lapso, dentro de los cinco días de despacho siguientes el Tribunal providenciará los escritos de prueba, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales e impertinentes. En el mismo auto, el Tribunal ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes y fijará una audiencia pública (artículo 156).
- h) La audiencia pública tendrá lugar al quinto día de despacho siguiente a la admisión de las pruebas. Al inicio de esa audiencia el Tribunal expondrá en qué términos quedó trabada la controversia y ordenará, de ser el caso, la evacuación de las pruebas en la misma audiencia o en otra oportunidad. Asimismo, deberá resolver cualquier incidencia en relación al control y contradicción de la prueba (artículo 157). En esta audiencia las partes expondrán sus alegatos y al comenzar el acto, el tribunal les indicará el tiempo de que disponen y de igual modo procederá si manifestaren su deseo de hacer uso del derecho a réplica o contrarréplica. Una vez que oiga a las partes, el Tribunal podrá ordenar la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan dudosos u oscu-

ros. Cuando finalice la audiencia pública se levantará un acta la cual deberá ser firmada por cada uno de los intervinientes y, si se negaren a hacerlo, el Secretario dejará constancia de ello. La audiencia será la última actuación de las partes en materia litigiosa (artículo 158).

- i) La inasistencia de la parte demandante a la audiencia se entenderá como desistimiento de la demanda y se dará por terminado el procedimiento, a menos que el Tribunal considere que el asunto afecta al orden público (artículo 159).
- j) En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar al tribunal y éste podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para garantizar la tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto (artículo 163). Cuando se acuerde alguna medida cautelar, transcurrirá un lapso de tres días de despacho para la oposición. Si la hubiere, se abrirá cuaderno separado y se entenderá abierta una articulación de cinco días de despacho para que los intervinientes promuevan y evacuen pruebas. Dentro de los cinco días de despacho siguientes, el Tribunal sentenciará la incidencia cautelar (artículo 164).
- k) Una vez concluido el debate el Tribunal podrá: (i) decidir inmediatamente el fondo del asunto y exponer en forma oral los términos del dispositivo del fallo; (ii) dictar la decisión en la oportunidad de publicarse la sentencia, cuando las circunstancias del caso así lo ameriten; y (iii) diferir por una sola vez y hasta por un lapso de cinco días de despacho, el pronunciamiento del dispositivo del fallo, cuando la complejidad del asunto así lo requiera. El texto íntegro del fallo deberá ser publicado dentro de los diez días de despacho siguientes a

la celebración de la audiencia pública o del vencimiento del diferimiento (artículo 160).

- l) Contra la decisión que se dicte en primera instancia se oirá apelación en ambos efectos, dentro de los cinco días de despacho siguientes a su publicación o notificación, ante el Juzgado Superior en lo Civil (artículo 161).
- m) Después que el expediente sea recibido por el Juzgado Superior, transcurrirán cinco días de despacho para que las partes presenten sus escritos ante la alzada. Concluido este lapso, el Juzgado Superior decidirá la apelación dentro de los veinte días de despacho siguientes. Antes de emitir la decisión, el Tribunal podrá convocar a una audiencia pública cuando la complejidad del caso así lo amerite, para lo que seguirá las reglas que se estipulan para el trámite de primera instancia (artículo 162).
- n) Contra la decisión dictada en apelación por los Juzgados Superiores en lo Civil no cabe recurso de casación ante la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, al no ser el fondo del asunto de índole civil, sino en realidad, de carácter constitucional.
- o) En cambio, sí procede contra la mencionada decisión dictada en apelación por los Juzgados Superiores en lo Civil, recurso extraordinario de revisión ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

IV. DERECHO COMPARADO

En relación con la regulación de la protección que merecen los derechos supraindividuales en otros ordenamientos jurídicos, necesario es acotar que el origen mismo de dicha acción se remonta a la institución de la equito inglesa, depurado posteriormente en el denominado *Bill of Peace* en Inglaterra, según el cual, resulta admisible la actuación de una persona en nombre de un grupo que se encuentra en igual o similar condición

al accionante. Así, la decisión, aún cuando instada por uno o varios sujetos actuando en nombre de un grupo, amparaba a aquellos que por sus características pudieran formar parte de ese grupo, reconociendo así, plenos efectos vinculantes a los sujetos que no intervinieron en el proceso.

Así lo estableció el Juez de Equidad en el caso *Brown v. Vermuden* (1676), conocido como el primer caso documentado de una acción colectiva, en donde uno de los miembros apela la decisión, alegando el efecto no vinculante de la misma, y que por lo tanto no lo obligaba por no haber sido parte en el procedimiento. No obstante se consideró que todos, aún cuando ausentes, se encuentran obligados por el dispositivo de la misma, aunque, fuere decidido “(...) *en contra del “common law” y “equity” prevalecientes en Inglaterra, para el momento*”²⁹.

Por su parte, en Estados Unidos sirvió como modelo el sistema de protección instaurado en Inglaterra, influyendo notoriamente en su organización jurisdiccional. Sin embargo, es en 1938 cuando se promulga la *Federal Rules of Civil Procedure*, en la que se consagra propiamente las *class actions*, en concreto en la *Rule 23*, con aplicación en todo el ámbito federal y no sólo en los *suits in equity* (proceso regido por equidad)³⁰, sino también en las *actions at law* (procesos regidos por normas de derecho).

En Latinoamérica, el artículo 20 de la Constitución **Chilena** y el artículo 88 de la Constitución **Colombiana**, protegen los derechos e intereses colectivos o difusos. Otros sistemas, utilizan legislaciones especiales para regular derechos civiles o materias relacionadas con derechos de usuarios y consu-

29 Fohlin, Paulo. General Report Class Action / Group Proceedings. For the Working Session of the Civil Litigation Commission at AIJA Geneva Conference in August 2006,. En: http://www.vinge.se/upload/bocker_artiklar/GenRep.pdf

30 Los procesos de equidad, eran aquellos llevados en las Cortes de Equidad del Reino Unido, mediante los cuales se confería una acción a todas aquellas personas que fueran afectadas por un Decreto, dada la imposibilidad de citarlas a todas simultáneamente para comparecer al juicio.

midores, tal y como sucede en países como **Holanda** (Código Civil de 2001); **Finlandia** (Ley de Protección al Consumidor) y **Brasil** (Ley 8078 de 1990 que aprueba el Código de Defensa del Consumidor), en donde se consagró la tutela de los llamados “*intereses o derechos individuales homogéneos*” (Art. 81, Parágrafo Único, Numeral III del Código de Defensa del Consumidor) lo que abrió la puerta a las “acciones de clase” que buscaban la reparación de los perjuicios supraindividuales.

A nivel legislativo, **Argentina** consagra la defensa del usuario y del consumidor en la *Ley Nacional 26.361*, del 07 de abril de 2008 (artículo 24), y la tutela de los derechos ambientales, en la *Ley Nacional 25.675*, del 27 de noviembre de 2002 (artículos 27 y siguientes). En igual sentido lo hace **México**, en la *Ley Federal de Protección al Consumidor*, cuya última reforma es del 05 de noviembre de 2013 (artículos 1.XI, 24 y 76); **Uruguay**, en la *Ley 17.250*, del 11 de agosto de 2000, que regula las relaciones de consumo; así como en **Chile**, la *Ley N° 19.955* del 14 de julio de 2004, que modifica la *Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores*, por mencionar sólo algunas.

En **España**, la *Ley 1/2000*, del 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil* incorpora formalmente un sistema de tutela procesal de los intereses colectivos o difusos. Dicha legislación es completada posteriormente con la *Ley 39/2002*, del 28 de octubre, por la *Ley 47/2002*, del 19 de diciembre, de reforma de la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*; y por el *Real Decreto Legislativo 1/2007*, del 16 de noviembre, mediante el cual se aprueba el texto refundido de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* y otras leyes complementarias, que prevé la acción de cesación contra las conductas que lesionen intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios, cuyo procedimiento es el previsto en la referida *Ley 1/2000*, del 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil*. (Art. 11, apartados 2 y 3).

LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE LA IRRESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN MATERIA AMBIENTAL EN VENEZUELA

Miguel Ángel Basile Urizar

Abogado

Resumen: El presente estudio tiene como objeto analizar críticamente el criterio jurisprudencial según el cual cualquier actuación u omisión de la Administración Pública en Policía Administrativa que esté fundamentada en la protección del ambiente no vulnera los derechos relativos, en concreto respecto a la libertad económica o de empresa y supuestamente el derecho a la defensa y el debido proceso. En este sentido, ese criterio, a nuestro entender, revive y aplica efectivamente el principio de la irresponsabilidad patrimonial del Estado en materia ambiental en Venezuela, así creando un peligroso precedente que pudiese ser aplicado en otros sectores.

Palabras clave: Derecho Ambiental. Derecho a la libertad económica y de empresa. Derecho a la Defensa y Debido Proceso. Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Summary: The present study aims to critically analyze the jurisprudence under which any act or omission based on the Administrative Police of the Public Administration that is based on environmental protection does not infringe the relative rights, in particular regarding economic or business freedom and the right of defense and due process. In this sense, that jurisprudence, in our opinion, revives and effectively applies the principle of the State's financial irresponsibility regarding the environment in Venezuela, thus it creates a dangerous precedent that could be applied in other sectors.

Key words: Environmental Law. Economic or Business Freedom. Right of Defense and Due Process. State's Financial Responsibility.

Recibido: 13 de febrero de 2013 Aceptado: 12 de marzo de 2013

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto analizar el criterio jurisprudencial que a nuestro entender revive y aplica efectivamente el principio de la irresponsabilidad patrimonial del Estado en materia ambiental en Venezuela. Ello representa un importante retraso en el Derecho en Venezuela y en concreto en una de las instituciones más importantes del Derecho Administrativo, esta es la Responsabilidad Patrimonial del Estado.

En ese sentido, el referido criterio lo pudimos observar por parte del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político Administrativa en la Sentencia N° 1414 de 1 de junio de 2006, caso Inversiones F-2000 C.A., con ponencia del Magistrado Emiro García Rosas.

Ese caso se trató en líneas generales de la impugnación de un acto administrativo emanado del Director Estatal Ambiental Nueva Esparta en el cual declaró la no factibilidad de un proyecto de construcción de viviendas vacacionales-residenciales sobre la base de unas consideraciones técnicas, aun cuando habría operado con anterioridad, según el recurrente, el silencio positivo establecido la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio¹, sin perjuicio de que habrían otras personas en circunstancias similares a quienes sí se les habría otorgado autorización. En este sentido, entre los argumentos que el recurrente sostuvo para impugnar el acto antes referido estaba la lesión del derecho a la libertad económica de su representada, sin embargo, fue desechado en los siguientes términos:

“Corolario de lo anterior, la protección del ambiente consagrada constitucionalmente en el artículo 127, en modo alguno puede entenderse como violatoria de los derechos particulares, en este caso el derecho a la libertad económica, pues el reconocimiento constitucional de todos a disfrutar de un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado, individual y colectivo, priva sin que ello implique arbitra-

1 Gaceta Oficial N° 3.238 Extraordinario de 11 de agosto de 1983.

riedad alguna por parte de la Administración en ejercicio de las potestades de control o de policía, sobre los derechos individuales no absolutos y que por tanto están sujetos a garantizar la protección del interés general (resaltado, subrayado y cursiva nuestra)".

A nuestro entender tal circunstancia señala de manera clara y concisa que cualquier actuación u omisión de la Administración Pública en Policía Administrativa que esté fundamentada en la protección del ambiente no vulnera los derechos relativos y en concreto respecto a la libertad económica, al punto que jurídicamente no se podrían calificar como arbitrariedades bajo ningún caso.

Ahora bien tal criterio fue reiterado por la Corte Segunda en lo Contencioso Administrativa, bajo la Sentencia N° 2011-1411 de 10 de octubre de 2011, caso Sociedad Mercantil Compactadora de Tierra, C.A., (CODETICA), con ponencia de Emilio Ramos. A tal efecto, se trató de la impugnación de un acto administrativo emanado del Instituto Nacional de Parques ("INPARQUES") mediante el cual se ordenó: "*desocupación de todo tipo de embarcación que se encuentre fondeada y/o efectúe labores de limpieza y mantenimiento de las mismas, así como anclaje y descarga de sentinas (...)*", ubicados en el inmueble propiedad del recurrente; la prohibición de utilizar cualquier embarcación para las actividades antes referidas; y la advertencia de que en caso de negativa de las órdenes anteriores se desalojará las embarcaciones correspondientes. En este sentido, según el recurrente el acto administrativo fue dictado "*en ausencia total de un procedimiento previo (...)*" y no fue notificado sobre el particular, sino que "*tuvo conocimiento de la existencia (...)*" del referido acto "*a través del contenido de la página Web de dicha institución*". No obstante las anteriores consideraciones, poco después de haberse dictado el acto administrativo, bajo las condiciones señaladas, INPARQUES procedió a retirar las embarcaciones que supuestamente se encontraban dentro de la propiedad del recurrente –por lo que no estarían inmersas dentro del

supuesto establecido en el acto administrativo- y colocarlas bajo al guarda de la Guardia Nacional.

Por tales motivos, entre los argumentos que esbozó el recurrente al impugnar el acto administrativo estaba la violación del derecho a la defensa y el debido proceso. No obstante, el Magistrado ponente desestimó la supuesta violación del derecho a la defensa y el debido proceso -procedimiento- en los siguientes términos:

“De manera que la protección del ambiente consagrada constitucionalmente en el artículo 127, en modo alguno puede entenderse como violatoria de los derechos particulares, en este caso el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa, pues el reconocimiento constitucional de todos a disfrutar de un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado, individual y colectivo, priva sin que ello implique arbitrariedad alguna por parte de la Administración en ejercicio de las potestades de control o de policía, sobre los derechos individuales no absolutos y que por tanto están sujetos a garantizar la protección del interés general” (resaltado, subrayado y cursiva nuestra).

Cabe destacar que del extracto antes transcrito podemos observar que la sentencia de la Corte mantiene el mismo criterio, sin embargo en este caso lo aplica contra el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, que a nuestro entender sí son derechos absolutos.

A todo evento, como efectivamente explicaremos en el presente trabajo, tal criterio tiene como consecuencia la aplicación del principio de irresponsabilidad patrimonial del Estado² en material ambiental -aunque abre las puertas para aplicarlo a otros sectores-. Tal interpretación es contraria a los postulados constitucionales en Venezuela, aun cuando haga la salvedad

2 Nos referimos a la última consecuencia, aun cuando no negamos que de manera directa constituye la consagración de la presunción *iure et de iure* de la legalidad de los actos administrativos en materia ambiental.

que aplica en materia ambiental, tanto desde la perspectiva de la relación entre sí de los derechos constitucionales como en el marco de la misma institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado.

I. LA INCONSTITUCIONALIDAD EN VIRTUD DE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO AMBIENTAL Y OTROS DERECHOS

En primer lugar, consideramos que el criterio jurisprudencial antes señalado es contrario a la constitución ya que parte de tres premisas que son falsas, visto que: (i) ignora por completo que los derechos relativos no pueden ser limitados por otros de una misma categoría o superior sin que se cumplan con las garantías correspondientes; (ii) desconoció que el derecho ambiental no es un derecho absoluto sino relativo, por lo que puede ser limitado en virtud de otro derecho; y (iii) asume erróneamente que el derecho a la defensa y el debido proceso son derechos absolutos y por tanto no pueden ser limitados por el derecho del ambiente.

1. Sobre el respeto a las garantías como requisito fundamental para poder limitar un derecho

En el marco de la Constitución se consagra un catálogo amplio de derechos, al punto que incluso se reconocen aquellos que no están expresamente previstos en sus disposiciones, de conformidad con el artículo 22. Tales derechos por naturaleza les son atribuidos a los particulares y es competencia del Estado el garantizarlos, ya sea de manera activa o por oposición. Entre ellos estaría el derecho a la defensa y el debido proceso, el derecho a la libertad económica o de empresa y el derecho al ambiente.

A tal efecto, dentro del catálogo de los derechos estarían aquellos que son considerados relativos y sobre los cuales la

misma Constitución establece de cara a cada una de ellas la posibilidad de que sean limitados, sin embargo ello tiene que ser por un motivo suficiente y siempre en cumplimiento de las garantías correspondientes.

Tal sería el caso del derecho a la libertad económica o de empresa, consagrado en el artículo 112 de la siguiente forma:

“Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

Del artículo anterior podemos fácilmente deducir su carácter relativo y distinguir que para poder limitar se requiere que la intervención esté sustentada en una norma constitucional o en una Ley, es decir la garantía de la reserva de Ley³, y que el motivo de la limitación responda a ciertos motivos de interés general, como es el caso expreso de la protección ambiental. Ahora bien, aun cuando otras garantías no estén consagradas

3 Respecto a la garantía de reserva de ley la jurisprudencia ha indicado que consiste en “la consagración constitucional de determinadas materias para ser reguladas sólo mediante ley, excluyendo de su ámbito, con mayor o menor intensidad, a las demás normas jurídicas” (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional N° 1613 de 17 de agosto de 2004, caso Henry Pereira Gorrín), con lo cual no pueden establecerse limitaciones sobre tales por medio de actos de rango sub-legal, en la medida de que la misma Ley no permita algún grado de regulación. A tal efecto, la consagración constitucional puede ser expresa, como bien es el caso del derecho a la libertad económica o de empresa, en los términos del artículo 112 de la Constitución, o general de cara al derecho a la libertad de expresión, ya que poco indica el artículo 57 de la carta magna.

expresamente en la Constitución, la doctrina y la jurisprudencia ha entendido que también debe respetarse el contenido esencial del derecho⁴, la razonabilidad⁵ en la aplicación de la medida ablatoria y la garantía de la protección judicial⁶.

- 4 En el ordenamiento jurídico español existe una consagración expresa en el artículo 58 de la Constitución, sobre lo cual José María Gimeno Feliú ha indicado lo siguiente:

“Constituye el contenido esencial de un derecho aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin los cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. El segundo camino posible para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido de derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección” (Gimeno Feliú, José María, “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas”, *Revista de la Administración Pública*, N° 135, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 166-167).

Ahora bien, aun cuando no haya una consagración expresa en nuestro ordenamiento, la jurisprudencia la ha admitido en diversas oportunidades (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Constitucional de 1º de junio de 2001, caso Distribuidora Baibery Sun 2002, C.A.). No obstante, aun cuando ello sea debatible en los términos utilizados, también ha sido delimitada en Venezuela de cara al interés general en virtud del Estado Social de Derecho, con lo cual se justifica un grado más complejo de restricciones en comparación a otros ordenamientos jurídicos (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Constitucional N° 1049 de 23 de julio de 2009, caso Nulidad de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario).

- 5 El principio de razonabilidad consiste en que las limitaciones que se realicen a los derechos deben además tener una proporción entre el medio y la finalidad que se busca, en tanto debe optarse siempre por el medio menos lesivo para el derecho (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional N° 272 de 17 de febrero de 2007, caso Gabriela del Mar Ramírez Pérez).
- 6 Entendemos que esa garantía se desprende de manera general en el artículo 26 de la Constitución que establece la tutela judicial efectiva y que

Precisado lo anterior, recordemos que el caso de la Sentencia N° 1414 se impugnó un acto administrativo emanado del Director Estatal Ambiental Nueva Esparta en el cual declaró la no factibilidad de un proyecto de construcción de viviendas vacacionales-residenciales sobre la base de unas consideraciones técnicas, aun cuando habría operado con anterioridad, según el recurrente, el silencio positivo establecido la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, y que habrían otras personas en circunstancias similares a quienes sí se les habría otorgado autorización. En este sentido, entre los argumentos que el recurrente sostuvo para impugnar el acto antes referido estaba la lesión del derecho a la libertad económica de su representada, sin embargo, como habíamos adelantado fue desechado porque el Magistrado ponente consideró que la protección ambiental legitima cualquier actuación aun cuando vulnere otros derechos, al punto tal que no existirían jurídicamente arbitrariedades.

En todo caso, más allá de lo debatible del fondo del caso antes comentado, que merecería un estudio aparte⁷, consideramos que no es válido desechar el argumento del recurrente de que se lesionó su derecho a la libertad económica o de empresa sobre la simple base de que la protección al ambiente priva sobre ese y por tanto ninguna actividad puede interpretarse como arbitrariedad.

En primer lugar, no sería válido tal criterio por cuanto lo que realmente debe examinarse es si los efectos que surten del acto impugnado, e incluso de las mismas normas que lo fundamentaron a través del control difuso⁸, respetan o no las garan-

estaría complementado de cara al artículo 259 de la Constitución en lo que respecta a la competencia contencioso administrativa.

7 En efecto, a los fines de posteriores estudios se podría examinar el tema de la aplicación o no jurisprudencial del silencio positivo en materia de ordenación del territorio en ese caso concreto.

8 Escudero, Margarita, *El control juicio de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, p. 167.

tías de los derechos en general y en concreto en este caso de la libertad económica o de empresa, lo cual no se hizo.

En efecto, pudo haberse examinado si con dicha medida se afectó el contenido esencial del derecho a libertad económica o de empresa del recurrente, en virtud de que la declaratoria de la no factibilidad del proyecto antes comentado cercenaría la posibilidad de la recurrente de entrar en el mercado. Tal cuestión debía examinarse más todavía cuando, según el recurrente, supuestamente habría otra persona en su misma circunstancia que se le otorgó la autorización correspondiente y por ende se le permitió entrar en el mercado, a diferencia de lo que ocurrió en su caso.

Asimismo, en cuanto a la razonabilidad el Magistrado Ponente pudo haber examinado lo indicado por el recurrente respecto a que en vez de declarar la no factibilidad del proyecto entero *“lo más que se podía hacer era limitar el desarrollo de las construcciones (...) lo cual estaba previsto en el proyecto inicial y en la modificación presentada”*. Al respecto, si tal posibilidad era viable, como indicó el recurrente, pudo haberse examinado ya que de haberse aplicado no se habría lesionado el derecho comentado y sin que ello significara dejar de proteger el ambiente.

A tal efecto, entendemos que lo forzoso de cara al derecho y sus garantías habría sido analizar las consideraciones antes transcritas, aun cuando de haberlo hecho no indicamos que necesariamente hubiese conllevado a que el Magistrado Ponente declarase con lugar la referida acción, ya que ello no es objeto del presente trabajo. Sin embargo, tal análisis habría sido lo procedente de cara a las garantías constitucionales antes comentadas, en vez de simplemente desecharlo sobre la base de que el derecho ambiental priva de manera absoluta, lo cual es además errado.

En segundo lugar, consideramos que un efecto reflejo de la aplicación del criterio antes referido sería la vulneración de

la garantía de la protección judicial de los derechos y en concreto de la libertad económica o de empresa. En efecto, si de manera tajante el Magistrado ponente de la máxima instancia de la competencia contencioso administrativa establece que no hay actuación alguna que constituya una arbitrariedad aun cuando lesione derechos fundamentales como la libertad económica o de empresa en tanto sea con miras a la protección del ambiente, forzosamente debemos entender que sencillamente no está amparado judicialmente.

Debemos insistir que al utilizar el término arbitrariedades, de cara al significado propio de la palabra ello sería *“acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho”*⁹. En este orden de ideas, si no se entiende que la actuación que es considerada por excelencia como contraria a derecho en el marco del derecho administrativo es, valga la redundancia, contraria a derecho sino conforme a éste, que podemos esperar de los tribunales con competencia contencioso administrativa de cara a otras circunstancias incluso menos graves, como un acto administrativo viciado de nulidad relativa por no cumplir con las formalidades respectivas que tenga justamente como objeto la protección ambiental.

Es importante destacar que la premisa del Magistrado Ponente aplicada al caso antes comentado puede, en nuestra opinión, crear un peligroso precedente que aplicaría para cualquier otro derecho, tanto en respecto al que privaría como el limitado. Tal circunstancia tendría como consecuencia la limitación absoluta tácita de los derechos individuales una vez contrapuestos a otros de naturaleza social, al punto que su ejercicio y protección ya no sería la regla¹⁰ sino la excepción⁴⁴.

9 Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición.

10 En el ordenamiento jurídico venezolano se ha reconocido la vigencia del principio favor libertatis, en los siguientes términos:

“No obstante, estima la Sala necesario esgrimir además el principio de favor libertatis, sin que ello represente contradecir la concepción restrictiva que informa las leyes orgánicas, de modo que en caso de incerti-

2. Sobre el derecho del ambiente como un derecho relativo

Entre los derechos y obligaciones estatales consagradas expresamente en la Constitución está la relativa a la protección del ambiente; principalmente regulado en el artículo 127 bajo los siguientes términos:

“Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica.

dumbre u oscuridad sobre el rango de fundamentalidad de algún derecho constitucional incluido en el mencionado Título III o en otra disposición de la Constitución de 1999 que le sea similar (lo relativo a los refugiados y asilados que refiere la Disposición Transitoria Cuarta), se opte por la interpretación que ofrezca mayores garantías a los ciudadanos, esto es, por la ley orgánica, teniendo en cuenta que la exigencia de una mayoría reforzada para su aprobación fortalecería también su estatuto jurídico y su significación fundamentadora, evitando los vaivenes de las mayorías parlamentarias” (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 229 de 14 de febrero de 2007, caso Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia).

- 11 Consideramos que en este punto hacen eco las advertencias planteadas por Luis Alfonso Herrera Orellana de cara al análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Constitucional, en los siguientes términos:

“Mas, esa tendencia, con excepción de una o dos sentencias previas, nunca había sido tan extensamente justificada como en esta 1.049/2009, al punto de que en lo sucesivo será inútil todo intento de defensa judicial ante esa o cualquier otra Sala del Tribunal Supremo de Justicia, de los derechos a la libertad de empresa o a la propiedad privada (que se suman a la situación de la libertad de expresión e información y a la participación política, que ninguna tutela reciben)” (Herrera Orellana, Luis Alfonso, “Defensa de las bases liberales de la Constitución de 1999 ante su negación por la sentencia 1.049/2009 de la Sala Constitucional”, *Del Estado Social de Derecho al Estado Total*, FUNEDA, Caracas, 2010, p. 34).

El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia.

Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, *de conformidad con la ley*" (resaltado, subrayado y cursiva nuestra).

Como se desprende de la disposición antes transcrita la protección ambiental en efecto es una de las obligaciones estatales incluso calificada como fundamental. A todo evento, para llevar a cabo tal cometido el Estado tiene que encuadrar su actuación conforme a la Ley. Tal circunstancia es cónsona con el principio de la vinculación positiva a la legalidad y a nuestro entender aun cuando no se hubiese incluido expresamente tal sujeción a la Ley igual es aplicable, en virtud del artículo 137 de la Constitución.

Por tanto, conforme a la correcta interpretación de la Constitución una actuación estatal con miras a cumplir ese cometido no sería válida en caso de no contar con el suficiente basamento legal, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Constitución.

Asimismo, la Constitución establece, en el artículo 128, que, en el marco de la obligación antes referida, la "*política de ordenación del territorio (...)*" atenderá a "*las realidades (...)*" existentes, dentro de la cual están las "*económicas*". Por tanto, entendemos que en el marco de la ordenación del territorio, materia fundamental en la protección al ambiente, se tiene que forzosamente analizar los aspectos económicos y no sólo los ecológicos¹².

12 Tal circunstancia ha sido entendida tradicionalmente por la doctrina, ya que como bien expone Henrique Meier:

Sobre el particular es importante traer a colación que la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio establece, en el artículo 2, que la ordenación del territorio versa sobre la “*regulación y promoción de la localización de los asentamientos humanos, de las actividades económicas y sociales de la población (...)*”, “*con el fin de lograr una armonía entre el mayor bienestar de la población, la optimización de la explotación y uso de los recursos naturales y la protección y valorización del medio ambiente*”. Para lograr tal armonía la Ley consagra distintos medios que permiten la protección del ambiente sin prohibir la realización de actividades económicas, entre los cuales están la constitución de áreas bajo régimen de administración especial y la exigencia de que se

“En este sentido existen dos (2) tendencias extremas que tientan a los planificadores y gobernantes a la hora de elaborar políticas de ordenación del territorio.

La primera podríamos calificarla como la tendencia “economicista”, en otras palabras, aquella que valora la ordenación del territorio únicamente en términos y parámetros económicos, en la medida en que a través de una mejor localización de las actividades económicas en el espacio, se puede potenciar el aprovechamiento de recursos naturales, soslayando los aspectos humanos, políticos, demográficos, ambientales e institucionales que implica la fijación y aplicación de una política de esta naturaleza.

La otra tendencia podría ser denominada la tentación “ecologicista” o “ambientalista”, que reúne las orientaciones exageradamente conservacionistas del medio físico, la naturaleza y los recursos naturales. La ordenación del territorio en esta óptica tendría por finalidad exclusiva, la protección del ambiente y el uso del espacio de acuerdo con sus características ecológicas, sin que se considere como es debido la presencia de las poblaciones y la dinámica social que influye sobre las formas históricas de ocupación especial. El factor humano es el componente esencial y determinante de las relaciones hombre-naturaleza, es decir de la propia vida social. En esta concesión se ignora el valor económico-social del aprovechamiento del espacio y sus recursos.

Ambas tendencias soslayan alguno de los elementos o componentes de la realidad, en tanto totalidad integrada por el complejo histórico de las relaciones sociedad-espacio” (Meier, Henrique, “Principios rectores para la Ordenación Territorial de las regiones litorales, especial énfasis en la ordenación con fines de turismo y recreación. Especial énfasis en las regiones litorales”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, N° 29, 1980-1981, Editorial Sucre, Caracas. pp. 148-149).

obtenga la autorización correspondiente, en concreto la autorización de la ocupación del territorio.

Adicionalmente, la Constitución consagra, en el artículo 129, de que *“todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural”*, sin embargo no prohíbe en ningún momento de que tales actividades se realicen.

Efectivamente, a mayor abundamiento la Ley Orgánica del Ambiente¹³ establece, en el artículo 4 numeral 7, que la gestión del ambiente se regirá por el principio de según el cual *“los derechos ambientales prevalecen sobre los derechos económicos y sociales, limitándolos en los términos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes especiales”* (resaltado, subrayado y cursiva nuestra). A tal efecto, se trata de una disposición que correctamente interpretada es cónsona con lo anteriormente indicado, es decir que sí puede servir de fundamento para la limitación de otros derechos relativos como la libertad económica, en tanto se respeten las garantías respectivas. Tal disposición además ratifica lo antes concluido, es decir que los derechos individuales subsisten aun cuando puedan genera un daño a los ecosistemas¹⁴.

Asimismo, al remitir a las leyes especiales en la materia es importante señalar que, conforme al artículo 81 de la Ley Orgánica del Ambiente, el control ambiental es eminentemente técnico, con lo cual el ejercicio de una potestad ablatoria sólo

13 Gaceta Oficial N° 5.833 Extraordinario de 22 de diciembre de 2006.

14 Sobre el particular, Henrique Meier señala que tal disposición *“no quiere decir que la protección del ambiente implique siempre y en todas las circunstancias el sacrificio de otros intereses, valores y bienes, ya que el principio de la búsqueda de equilibrios o la ponderación de derechos, bienes e intereses (...)”, “tiene por objeto, precisamente, administrar los conflictos de intereses con miras a impedir, en lo posible, el sacrificio total y absoluto del interés que se repute inferior respecto de aquél que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, tiene el carácter de valor superior”* (Meier, Henrique, *Categorías Fundamentales de Derecho Ambiental*, Ediciones Homero, Caracas, 2011, p. 74).

puede estar fundamentado en conocimientos estrictamente técnicos y no por una política pública o incluso por razones de oportunidad y mérito.

Lo anterior se desprende del hecho de que los particulares pueden realizar las actividades antes comentadas, es decir aquellas que afectan negativamente el ambiente, si cumplen con los respectivos controles previos establecidos en la Ley Orgánica del Ambiente. A tal efecto, únicamente habría una prohibición expresa de realizar actividades que puedan incidir en el ambiente en tanto se incumplan los extremos concurrentes establecidos en el artículo 83 de la Ley Orgánica del Ambiente; a saber: (i) *“su uso sea conforme a los planes de ordenación del territorio (...)”*, lo cual ya habría sido satisfecho en el caso de obtener la autorización de la ocupación del territorio y no habría necesidad de evaluarlo nuevamente, de conformidad con el artículo 29 de la Ley Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos¹⁵; (ii) se verifique que *“sus efectos sean tolerables”* (...), lo cual únicamente podría determinarse por aspectos técnicos¹⁶, sin perjuicio de cotejar ello con los demás intereses que puedan aplicar¹⁷; (iii) *“generen beneficios socio-económicos (...)”*; y (iv) *“se cumplan las garantías, procedimientos y normas”* correspondientes.

Hechas las anteriores consideraciones, entendemos que el derecho ambiental no es un derecho absoluto ya que el mismo

15 Gaceta Oficial N° 5.891 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

16 Por ejemplo, a través del estudio de impacto ambiental en sus distintas formas, reguladas principalmente en la Ley Orgánica del Ambiente en los artículos 84 y siguientes, así como en el Decreto N° 1.257, mediante el cual se dictan las Normas sobre Evaluación Ambiental de Actividades Susceptibles de Degradar el Ambiente (Gaceta Oficial N° 35.946 Ordinario de 25 de abril de 1996).

17 No debe descartarse que se pueda tolerar la incidencia en el ambiente por diversos motivos, como son los económicos y de seguridad, siempre que se armonice frente a otros, como los relativos a los urbanísticos (residenciales), de las comunidades indígenas o incluso turísticos. Se trata de un tema complejo que no debe tomarse a la ligera para poder llegar a una armonía entre todos los intereses privados y colectivos que tengan lugar.

régimen jurídico aplicable en la materia permite la afectación del ambiente sobre la base de otros derechos individuales, como el de la libertad económica o de empresa.

Precisado lo anterior, entendemos que en la Sentencia N° 1414 y 2011-1411 se desconoció que el mismo régimen jurídico aplicable en materia ambiental establece la posibilidad de que se realicen actividades que incidan negativamente en el ecosistema amparado sobre derechos individuales como lo son la libertad económica y de empresa, sin que ello signifique que el Estado no cumplió el cometido de proteger el ambiente.

En efecto, la protección al ambiente no es fundamento suficiente por sí mismo para prohibir cualquier actividad en perjuicio de los derechos individuales que correspondan, sino de velar que se pueda reducir al máximo su riesgo en tanto sean tolerables y en el marco de un procedimiento que respete las garantías constitucionales respectivas.

Por lo tanto no es válido afirmar que cualquier actuación que no esté conforme a las garantías constitucionales antes mencionadas, un análisis esencialmente técnico armonizado con los demás intereses que estén presentes y al procedimiento legalmente establecido, sea válida sólo porque el derecho al ambiente priva frente a los derechos individuales, como es la libertad económica o de empresa. Tal premisa es un desconocimiento de todo el régimen jurídico ambiental antes descrito, tanto a nivel constitucional y legal que lo consagra como un derecho y obligación relativa.

3. Sobre el carácter absoluto del derecho a la defensa y el debido proceso

El derecho a la defensa y el debido proceso están consagrados en el artículo 49 de la Constitución en los siguientes términos:

“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley.
2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.
3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.
4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.
5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.
7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.
8. Todos podrán solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, el juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas”.

A tal efecto, en líneas generales podemos afirmar de la disposición antes transcrita que no hay ninguna salvedad que se haga expresamente sobre la aplicabilidad del derecho a la defensa y el debido proceso, excepto en lo que respecta a la impugnación de los actos que obviamente están sometidas a las restricciones relativas a la prescripción, caducidad y agotamiento de la vía administrativa, por razones de seguridad jurídica. En este sentido, se trata de un derecho absoluto que no admite limitación alguna a diferencia de lo que ocurre en otros casos, ya analizados en el presente trabajo.

Como consecuencia de lo anterior, el derecho antes referido no es susceptible de limitación aun cuando se respeten con las garantías antes examinadas. En efecto, cualquier limitación de la presunción de inocencia del particular desnaturaliza el derecho a la defensa y por tanto afecta su contenido o núcleo esencial. Igualmente, no hay motivo constitucionalmente admisible que justifique una limitación del derecho a la defensa, ya sea inclusive por razones financieras, y cualquier disposición de rango legal que establezca lo contrario sería inconstitucional.

Incluso a tal punto se ha interpretado el alcance del derecho antes referido que la doctrina patria ha admitido su aplicabilidad a los procedimientos administrativos en sus distintas manifestaciones¹⁸.

No obstante, no faltan casos en que inconstitucionalmente la jurisprudencia ha afirmado que puede presumirse la culpabilidad de las personas y supuestamente salvaguardar el derecho al permitir una defensa sobrevenida¹⁹. Sin embargo,

18 Araujo-Juarez, José, *Derecho Administrativo General, Procedimiento y Recurso Administrativo*, Ediciones Paredes, Caracas, 2010, pp. 187

19 En efecto, tal circunstancia lo indicó la jurisprudencia de la siguiente forma:

De lo antes expuesto se desprende, preliminarmente -contrariamente a lo alegado y en consonancia con lo sostenido por el a quo- que en el presente caso sí hubo un procedimiento administrativo en el que se le concedió la oportunidad a la recurrente para que acudiera ante la Administración a exponer las defensas que juzgase oportunas y a probar lo que estimase pertinente para desvirtuar los hechos imputados, todo ello precisamente en resguardo del derecho al debido proceso que denuncia como vulnerado, a fin de que ejerciera un control posterior de la actividad sancionatoria del INDECU, lo cual no consta que hubiera sucedido.

Asimismo se aprecia en esta etapa cautelar, que la utilización por parte del INDECU de un formato de acta de inspección, no supone necesariamente que haya existido un prejuzgamiento en el presente caso -como lo pretende hacer ver la parte recurrente-, dado que, en principio, dicho formato es utilizado por la Administración para dejar constancia de las posibles infracciones que detecte al efectuar las fiscalizaciones que le ordena el ordenamiento jurídico patrio.

De allí que al no evidenciarse preliminarmente que la recurrente haya demostrado que cumplió con la normativa aplicable y dada la presunción de legalidad de la que goza el acto administrativo impugnado, aunado a que la parte actora tuvo la oportunidad de acudir ante la Administración para alegar las defensas que juzgase oportunas y probar lo que estimase pertinente, precisamente en resguardo del derecho al debido proceso que denuncia violado, a fin de ejercer un control posterior de la actividad sancionatoria del INDECU, lo cual no consta que hubiese ocurrido, para esta Sala en esta fase cautelar -sin que tal pronunciamiento se prejuzgue como definitivo- no surge presunción de buen derecho que asista a la parte recurrente respecto al alegado atropello de su derecho constitucional (Vid. sentencia de esta Sala N° 884 del 17 de junio de 2009). Así se declara (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de la Sala Político Administrativa N° 763, de 27 de julio de 2010, caso Alimentos Polar Comercial).

a pesar de que evidenciamos tal situación no consideramos ese criterio como válido ya que la jurisprudencia no aplicaría cuando es contra la Ley.

Precisado lo anterior, recordemos que el caso de la Sentencia N° 2011-1411 versó sobre la impugnación de un acto administrativo emanado de INPARQUES mediante el cual se ordenó: *“desocupación de todo tipo de embarcación que se encuentre fondeada y/o efectúe labores de limpieza y mantenimiento de las mismas, así como anclaje y descarga de sentinas (...)”*, ubicados en el inmueble propiedad del recurrente; la prohibición de utilizar cualquier embarcación para las actividades antes referidas; y la advertencia de que en caso de negativa de las órdenes anteriores se desalojará las embarcaciones correspondientes. En este sentido, según el recurrente el acto administrativo fue dictado *“en ausencia total de un procedimiento previo (...)”* y no fue notificado sobre el particular, sino que *“tuvo conocimiento de la existencia (...)”* del referido acto *“a través del contenido de la pagina Web de dicha institución”*. No obstante las anteriores consideraciones, poco después de haberse dictado el acto administrativo, bajo las condiciones señaladas, INPARQUES procedió a retirar las embarcaciones que supuestamente se encontraban dentro de la propiedad del recurrente –por lo que no estarían inmersas dentro del supuesto establecido en el acto administrativo– y colocarlas bajo al guarda de la Guardia Nacional.

A tal efecto, entre los argumentos que esbozó el recurrente al impugnar el acto administrativo estaba la violación del derecho a la defensa y el debido proceso. No obstante, el Magistrado ponente desestimó la supuesta violación del derecho a la defensa y el debido proceso –procedimiento– sobre la base del criterio jurisprudencial objeto del presente trabajo, esto es que no se pueden considerar las actuaciones de la Administración Pública cuya finalidad es la protección del ambiente como arbitrariedades por cuanto ese cometido priva sobre los derechos individuales y relativos.

En ese orden de ideas, sin entrar en el detalle del caso comentado por no ser objeto del presente trabajo, entendemos que tal argumento no es válido por cuanto el derecho a la defensa y el debido proceso son derechos absolutos, además de las consideraciones ya realizadas y otras que se podrían hacer en concreto sobre el errado alcance de ese derecho que la sentencia incurre –al permitir la defensa sobrevenida–.

Nótese que en la Sentencia N° 2011-1411 el Magistrado Ponente reitera el criterio establecido en la Sentencia N° 1414, con la salvedad de que no hace referencia al derecho a la libertad económica o de empresa sino en el derecho a la defensa y debido proceso, pero mantiene la condición de que no se trata de una arbitrariedad si es con miras a la protección del ambiente y si se contrapone *“a los derechos individuales no absolutos y que por tanto están sujetos a garantizar la protección del interés general”* (resaltado, subrayado y cursiva nuestro).

Por tanto el Magistrado Ponente interpretó erróneamente la naturaleza del derecho de la defensa y del debido proceso al calificarlos como un derecho relativo, cuando todo lo contrario es absoluto, y en consecuencia aun en el supuesto negado en que se interprete que el criterio jurisprudencial objeto del presente trabajo sea aplicable –lo cual como sobradamente hemos señalado que no es el caso–, sería inconstitucional en el caso concreto.

II. LA INCONSTITUCIONALIDAD

DEL CRITERIO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA BASE DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

En segundo lugar, el criterio jurisprudencial objeto de este trabajo llevado a sus últimas y lógicas consecuencias tiene como resultado la aplicación del principio de irresponsabili-

dad, que es contrario a las disposiciones constitucionales relativas a la Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Sobre el particular conviene recordar, en líneas muy generales ya que no es el objeto del presente trabajo, la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela.

A tal efecto, el principio de irresponsabilidad del Estado aplicó “*durante el período de formación del derecho administrativo*”, aun cuando tal criterio fue superado en los distintos países²⁰. En efecto, en el caso de Venezuela, Eloy Lares Martínez identifica el reconocimiento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado de manera indirecta a partir de la Constitución de 1901 en su artículo 14 parágrafo único^{21 22}, aun cuando ello no quiere decir que no existiera fundamento

20 Eloy Lares Martínez ilustra tal circunstancia en los siguientes términos: “En Francia, a mediados del siglo XIX, regía el principio de irresponsabilidad de la potencia pública, esto es, se consideraba que el Estado sólo era responsable cuando actuaba como persona privada” (...). “En aquel tiempo se sostenía que los daños resultantes del funcionamiento de los servicios públicos son los riesgos que corren los administrados, a cambio de las ventajas que estos servicios les proporcionan”. (...)

“En Inglaterra, hasta fecha muy reciente, estuvo en vigor el conocido principio del Common law que excluye a la Corona de responsabilidad. «The King can do no wrong». En principio, no podían los administrados proponer reclamación ante los tribunales contra la Corona, sino contra los funcionarios que aparecieran culpables de los daños sufridos por aquéllos” (Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Editorial Exilibris, Caracas, 2002, pp. 419-421).

21 En ningún caso podrán pretender, tanto los nacionales como los extranjeros, que la Nación ni los Estados les indemnicen daños, perjuicios o expropiaciones que se hayan ejecutado por autoridades legítimas, obrando en su carácter público (Brewer Carías, Allan, *Las Constituciones de Venezuela*, Tomo II, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008, p. 984).

22 Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Editorial Exilibris, Caracas, 2002, p. 421.

y reconocimiento práctico de tal responsabilidad previa a esa disposición²³.

Ahora bien, en el marco de la Constitución de 1961 se mantuvo a nivel constitucional la misma disposición antes comentada, bajo el artículo 47²⁴, y se reconocía, por interpretación en contrario, la responsabilidad patrimonial del Estado en ese sentido. A tal efecto, bajo esa premisa se desarrolló la responsabilidad por funcionamiento anormal²⁵ y normal²⁶ a través de disposiciones principalmente establecidas en el Código Civil.

El reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado llegó a tal punto de proteccionismo que aun asumiendo como fundamento otras de manera heterodoxa llegó a admitir la responsabilidad del Estado en caso de que la Administración Pública afectara un territorio determinado de forma tal

-
- 23 A tal efecto, J. M. Hernández Ron describe los criterios en los cuáles se fundamentaba la responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela, en concreto el del Dr. Álvarez Feo, y ciertos casos prácticos de responsabilidad por actos legislativos, judiciales y del Poder Ejecutivo. Entre los mencionados llama la atención el caso de “la Ley de Abolición de la Esclavitud, de 24 de marzo de 1854, promulgada bajo la Administración del Gral. José Gregorio Monagas, y en la cual se estableció que los dueños de esclavos sería indemnizados del valor que representaba la tarifa, con los fondos que destinaron o destinaren a tal efecto” (Hernández Ron, J. M., *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, Editorial Las Novedades, Caracas, 1943, pp. 225-228).
- 24 En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública.
- 25 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Político Administrativa de 19 de julio de 1984, caso Alba Orsetti-Cabello Sánchez (Brewer-Carías, Allan; Ortíz-Alvarez, Luis, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contenciosos administrativa (1961-1996)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 2007, pp. 260 y ss.).
- 26 Sentencia de la Corte Primera de la Contencioso Administrativa de 20 de marzo de 1986, caso Silvia Rosa Riera vs INAVI (Brewer-Carías, Allan; Ortíz-Alvarez, Luis, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contenciosos administrativa (1961-1996)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 2007, pp. 228 y ss.)

que los atributos del derecho de la propiedad u otros aplicables se vieran menoscabados, sobre la base de la aplicación supletoria de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública²⁷.

En todo caso, con la Constitución de 1999, principalmente en el artículo 140, se instauró expresamente, y sin necesidad de la interpretación en contrario, la responsabilidad patrimonial del Estado en los siguientes términos:

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

A tal efecto, en líneas generales podemos afirmar que en lo que respecta a la disposición antes transcrita, en consonancia con los artículos 21, 133 y 316 de la Constitución, se ha interpretado que la responsabilidad patrimonial del Estado se configura por cualquier actuación u omisión por parte del Estado, sin importar el tipo de función –legislativa, judicial y administrativa-, y ocurre tanto por el funcionamiento anormal y normal, es decir sin culpa²⁸.

Precisado lo anterior, si partimos de la premisa esbozada por los Magistrados Ponentes en las sentencias N° 1414 y 2011-1411 se señala que no pueden considerarse jurídicamente las actuaciones de la Administración Pública dirigidas a la protección ambiental como arbitrariedades, con independencia de las circunstancias que tengan lugar, y llevándola a sus últimas conclusiones, sin perjuicio de todas las consideraciones sobre su inconstitucionalidad hechas en los párrafos anterior-

27 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Político Administrativa de 27 de enero de 1994, caso Promociones Terra Cardón, C.A. (Brewer-Carías, Allan; Ortiz-Alvarez, Luis, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contenciosos administrativa (1961-1996)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 2007, 281-288)

28 Sentencia del Tribunal Supremo Justicia de Sala Política Administrativa N° 968 de 2 de mayo de 2000, caso ELECENRO.

res, observamos que la Administración Pública nunca actuaría bajo un funcionamiento anormal en materia ambiental, por lo cual únicamente habría responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento normal.

No obstante lo anterior, recordemos que únicamente procedería la responsabilidad por funcionamiento normal en el marco de la teoría del riesgo o la del sacrificio particular. En este orden de ideas, sin perjuicio de que haya algún caso en que pueda tener lugar la responsabilidad, entendemos que no habría forma de que pueda encuadrarse la teoría del riesgo o la del sacrificio particular en el marco del ejercicio de las potestades ablatorias en materia ambiental.

En primer lugar, respecto a la teoría del riesgo debido a que obviamente no habría ninguna actividad prestacional por parte de la Administración Pública que presente riesgos y aun así constituya una obligación estatal.

En segundo lugar, en cuanto al sacrificio particular habrían que distinguir dos situaciones en el marco de la Policía Administrativa, ya que sí hay posibilidad de que se de un caso en que se pueda configurar la responsabilidad por funcionamiento normal. En primer lugar, frente a las potestades típicas, como el no otorgamiento de las autorizaciones o la revocación en caso de que hayan sido otorgadas, no estamos frente a una situación en la que haya un quebranto en la igualdad de las cargas públicas, ya que el ejercicio de las potestades ablatorias es una facultad-deber que debe ser aplicada conforme al principio de igualdad y por ende el criterio jurisprudencial antes referido sería aplicable a todos por igual. Sin embargo, sí podría darse el caso en que se configure el sacrificio particular de cara ciertas medidas de policía administrativa como el establecimiento de restricciones a la libertad económica o de empresa o la misma propiedad por haber restringido una actividad de manera sobrevenida al consagrar un área como de protección especial. No obstante, al ser un caso particular en

todo el universo de las medidas que comprende la actividad de policía administrativa entendemos que se desvirtúa en general la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Hechas las consideraciones anteriores entendemos que la última consecuencia del criterio jurisprudencial contenido en las sentencias N° 1414 y 2011-1411 es la aplicación del principio de irresponsabilidad patrimonial de la Administración Pública en materia ambiental, ya que no se entendería como funcionamiento anormal, ya que no hay ningún tipo de arbitrariedad, y no hay forma de encausarlo a través del sistema de responsabilidad por funcionamiento normal, salvo un caso muy especial. Tal circunstancia es contraria al sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración consagrado en la Constitución como nos hemos referido anteriormente.

III. CONCLUSIÓN

Una vez analizado el criterio jurisprudencial sentado en las sentencias N° 1414 y 2011-1411 podemos hacer las siguientes consideraciones:

- La jurisprudencia venezolana ha entendido que la Administración Pública no puede incurrir en arbitrariedades en tanto las actuaciones estén dirigidas a la protección del ambiente, sobre la base de que el derecho al ambiente priva de manera absoluta respecto a otros derechos, como la libertad económica o de empresa y el derecho a la defensa y el debido proceso.
- Analizando ese criterio hasta sus últimas consecuencias significaría la aplicación como regla general, salvo en el caso del sacrificio particular, del principio de irresponsabilidad patrimonial del Estado en materia ambiental.

- Partiendo de tal premisa es posible que bajo ese precedente, claramente inconstitucional, se pueda extender la aplicación del principio de irresponsabilidad a otros contextos.
- No obstante, es claramente inconstitucional por cuanto ignora por completo que en el caso del derecho a la libertad económica o de empresa, aunque sea un derecho relativo, no puede ser limitado por el derecho ambiental sin que se cumplan con las garantías correspondientes, ya que de lo contrario efectivamente estaríamos frente a arbitrariedades
- Adicionalmente es inconstitucional ya que, en el caso particular de la Sentencia N° 1.414, se desconoció que el derecho ambiental no es un derecho absoluto sino relativo e inclusive el mismo régimen jurídico aplicable en la materia ambiental permite la subsistencia del derecho a la libertad económica o de empresa.
- Asimismo, es inconstitucional, en el caso de la 2011-1411, en vista de que se asume erróneamente que el derecho a la defensa y el debido proceso son derechos absolutos y por tanto no pueden ser limitados por el derecho del ambiente.
- Por último sería inconstitucional por ser contrario, una vez evidenciada su última consecuencia, al principio de responsabilidad patrimonial del Estado consagrado constitucionalmente.

DERECHO ADMINISTRATIVO Y LIBERTAD: O DE POR QUÉ EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO NO HA RESPETADO NI PROMOVIDO LA LIBERTAD

Luis Alfonso Herrera Orellana

*Profesor de Derecho Administrativo de la
Universidad Central de Venezuela
Director de la AC Un Estado de Derecho*

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto exponer las causa de por qué el Derecho Administrativo en Venezuela, en su breve historia como rama autónoma del Derecho, no ha logrado proteger la libertad de las personas y, en cambio, sí ha reconocido y justificado el incremento de poderes, privilegios e inmunidades de la Administración Pública.

Palabras clave: Libertad. Interés general. Equilibrio. Potestades. Configuración. Intervencionismo. Propiedad.

Summary: The purpose of this essay is to show why the Administrative Law in Venezuela, in its short history as an independent branch of law has failed to protect the freedom of people and, instead, has recognized and justified the increase of powers, privileges and immunities of the Public Administration.

Key words: Freedom. General interest. Balance. Powers. Interventionism. Property.

Recibido: 13 de mayo de 2013 Aceptado: 13 de junio de 2013

Hace ya más de 200 años, el Derecho Administrativo nació en la Europa continental, en Francia específicamente, supuestamente con el doble propósito de establecer los mecanismos a

través de los cuales la Administración Pública habría de satisfacer con eficiencia necesidades de índole social, sin afectar, más aún, asegurando la libertad de los ciudadanos frente a la actuación de esa misma Administración, lo que ameritaba impedir los excesos y los abusos en el ejercicio de las potestades atribuidas a ésta para asegurar el imperio de la ley y el Estado de Derecho.

Fatalmente, ya terminada la primera década del siglo XXI, debe admitirse que el Derecho Administrativo venezolano lejos está todavía de lograr estos dos fundamentales propósitos, en especial el segundo de ellos, lo cual explica el usualmente desmesurado tamaño de la Administración Pública en el país, su inocultable ineficiencia, el precario –y hoy casi inexistente– control judicial sobre su actuación y la constante violación de las libertades ciudadanas por parte de sus órganos y entes, en buena parte de los casos, con la más absoluta impunidad.

En efecto, al no haberse acogido y desarrollado en nuestro país a nivel institucional y académico esta rama del Derecho a partir de preocupaciones, debates y reflexiones como las que definieron su creación y consolidación en sociedades como la francesa, la alemana e incluso la estadounidense y la inglesa, para las que asegurar la libertad frente al despotismo y la intolerancia era una tarea esencial, sino en forma abrupta e irreflexiva, como resultado del tardío ingreso de Venezuela al siglo XX, conforme a tesis conservadoras (positivistas en lo ideológico) y como herramienta útil para dotar de cierto orden y juridicidad a la acción de una naciente Administración prestacional, surgida a mediados de la década de los años 30, el Derecho Administrativo, entre nosotros, nunca se concibió como un mecanismo útil para asegurar las libertades de las personas frente al Estado y su inmenso poder, sino sólo como un conjunto de medios y técnicas jurídicas idóneas para disciplinar y facilitar la actuación de aquél.

Ante la exclusión y pobreza de miles, luego millones, de personas, la poco relevante y siempre frágil situación jurídica y económica de la empresa privada en el país, la falta de expansión y garantías para los derechos de propiedad y los crecientes reclamos sociales de más y mejor democracia, unido al consenso de las élites (formadas o en el militarismo o en el socialismo) y luego de los propios electores en torno a la obligación que tendría el Estado de solucionar los problemas sociales (renunciando así a encontrar en la libertad y en el fomento de las capacidades de las personas muchas de esas soluciones), puede afirmarse que la preocupación central, casi obsesión, de funcionarios y especialistas en el estudio y aplicación del Derecho Administrativo en Venezuela no fue otra que la de hallar las interpretaciones de los principios y reglas básicas de la disciplina más favorables a la acción administrativa, a fin de evitarle el mayor número de limitaciones y obstáculos, en la búsqueda de esa “transformación del orden social”.

Lo que resultaba “lógico”: si la mayoría de los individuos viven oprimidos por la pobreza y sólo el Estado puede liberarlos de esa opresión mediante su acción administrativa de ordenación y sobre todo prestacional, entonces es deseable el eliminar la mayor cantidad de limitaciones jurídicas a esa acción, de modo que ésta cumpla con la mayor eficiencia sus loables propósitos sociales.

Sobre estas premisas, divorciadas en parte del contenido material o axiológico de las Constituciones vigentes en el siglo XX venezolano, *se importó* y expandió en nuestro país el Derecho Administrativo, el cual, entre los años 30 e inicios de los años 80 del siglo XX, se mantuvo como una rama “creada” por la jurisprudencia de los tribunales contencioso-administrativos y prevista en dispersas regulaciones legales y sub-legales (con excepción de las contenidas en leyes como la de expropiación, de tierras baldías y ejidos y hacienda pública nacional), hasta que varios años después de hablarse de acto administrativo, procedimiento administrativo, discrecionalidad adminis-

trativa y recursos administrativos, se dictó la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Ciertamente, en esta Ley de 1982 y en otras que le siguieron (las de Licitaciones, de Concesiones, entre otras), así como en notables sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa de los años 80 y 90, se aprecia ciertamente una genuina preocupación por asegurar los derechos y libertades de los ciudadanos. Pero, tal preocupación, ni se mantuvo ni se consolidó en la interpretación y aplicación de esas normas (una prueba de ello es la falta de reiteración de los criterios acogidos en las sentencias referidas). Por el contrario, lo que prevaleció tanto en políticos, como en académicos y jueces venezolanos fue la interpretación formalista, instrumental y utilitarista de los principios y reglas del Derecho Administrativo, unida a un modo colectivista, heredado acaso de los tiempos coloniales de nuestra sociedad, de entender las relaciones entre el Estado y los individuos (ver lo expuesto en (Herrera Orellana, Luis A., "Bases filosóficas del estudio y la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela (1909-2009)", en *100 Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*. Caracas: UCV-FUNEDA, 2011, pp. 55 y ss.).

Y fue esa concepción, propicia al intervencionismo económico y la planificación, la que ha facilitado indudablemente la puesta en vigencia y aplicación de normas arbitrarias, contrarias al Estado de Derecho, a la democracia limitada y a la libertad individual, como las contenidas en buena parte de los inconstitucionales Decretos-Ley de 2008 y de 2012 (ver al *Revista de Derecho Público* N° 115, "Estudios sobre los Decretos Leyes", Caracas: EJV, 2008, y *Revista de Derecho Público* N° 130. "Estudios sobre los Decretos Leyes 2010-2012", Caracas: 2013).

La prioridad nunca fue cómo regular y limitar la acción administrativa de modo que preste servicios y genere oportunidades a todos los ciudadanos, sin discriminación y opresión, a fin de que éstos afiancen su libertad y sean seres autónomos;

o cómo evitar que la Administración, al ejercer sus potestades, viole las libertades ya adquiridas y en ejercicio, y que más bien las respete y garantice. Nunca se trató, pues, de asumir en el país al Derecho Administrativo como un Derecho del Poder para la libertad, y sólo se lo concibió como un Derecho idóneo para el ejercicio del Poder, que se supone (y con esa presunción nos hemos conformado, a pesar que los testarudos hechos se empeñan en demostrar lo contrario) actúa para beneficiar a la colectividad.

Más que paradójico resulta ello en un país con una cultura política autoritaria, personalista, caudillista (ver libro de USB sobre cultura política), de tradiciones más monárquicas que republicanas como es el nuestro (ver Carrera Damas, German, *En Defensa de la República*. Caracas: 2013), y en el que, además, desde los años 70 del siglo XX, el agente económico más importante y poderoso es el Estado, en tanto propietario del principal recurso de exportación del país: el petróleo; circunstancia ésta que no obstante haber liquidado la más importante condición para la efectiva división del Poder en la sociedad venezolana (ver Baptista, Asdrúbal, *Itinerario por la Economía Política*. Caracas: Ediciones IESA y Academia Nacional de Ciencias Económicas, 2008), y crear antirrepublicanos y colectivistas sentimientos de sumisión en ciudadanos, funcionarios y jueces (ver Polanco Alcántara, Tomás, “El Contencioso-Administrativo y la defensa de la legalidad como deber ético”, en el libro *XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escobar” Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo*. Tomo III. Barquisimeto: IEJ del Estado Lara, 1993, pp. 377 y ss.), es no solo convalidada por la mayor parte de la sociedad venezolana no obstante sus nefastas consecuencias políticas, económicas, sociales y morales como condición sine qua non para el progreso del país (esto se nota en el apoyo que aún tiene la consigna uslariana de “sembrar el petróleo”), sino que es vista como una circunstancia sencillamente irreversible, con la que sólo cabe aprender a “convivir”.

Asimismo, es increíble que tanto gobernantes y legisladores, como académicos y jueces demócratas (en su gran mayoría socialistas), hayan soslayado, cuando no ignorado y desdeñado abiertamente, la importancia que la promoción y la preservación de las libertades individuales tuvo en la conformación original del Derecho Administrativo (ver García de Enterría, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Madrid: Civitas, 1994, pp. 21 y ss.), legado de la Revolución Francesa, y cómo el principio del Estado de Derecho y sus derivados (imperio de la ley, división de poderes, principio de legalidad, responsabilidad patrimonial del Estado, etc.) son elementos esenciales para que la Administración actúe sin sacrificar arbitrariamente esas libertades.

La doctrina jurídica venezolana más reconocida, tributaria por supuesto de las ideas políticas y económicas de sus autores [agotadas en su mayoría desde hace décadas, por creer aún que es un Estado propietario y planificador y no los individuos con su libertades y capacidades los que crean riqueza y oportunidades para el desarrollo], inculcó por años, y aún lo hace hoy, a los operadores jurídicos que la Administración, por ser la garante del interés general, debía estar, como en los tiempos del absolutismo, legítimamente por encima de los individuos, de los ciudadanos, y que los derechos de éstos, como se hacía en el *Estado liberal*, no podían invocarse como un obstáculo a la acción de aquélla, y que el interés general [una mera entelequia, devenida en peligroso *tópico* monopolio de los funcionarios], en todo caso debía prevalecer sobre los intereses particulares, es decir, las potestades administrativas deben siempre predominar sobre la libertad de las personas.

Se redujo, pues, la complejidad de las controversias jurídicas entre el Estado y los ciudadanos a un conflicto de mayorías y minorías, de pobres indefensos y ricos poderosos, de personas necesitadas y personas egoístas, donde la Administración, ubicada al lado de quienes carecen de libertad y propiedad, debía actuar con la mayor eficacia, no con miras a dotar a aqué-

llos desvalidos de libertad y propiedad, sino a limitar, sancionar y debilitar a los que sí tenían libertad y propiedad, un poco en línea con la vieja e ideológica tesis de la lucha de clases, como si con tal proceder las desigualdades y la opresión económica fuesen a desaparecer, en lugar de intentar esto, con una Administración fuerte pero limitada, a través de la cooperación social basada en la propiedad privada de los medios de producción, el desarrollo y fortalecimiento las capacidades individuales y el libre intercambio entre las personas, sin estar sujetas a una planificación central.

Es el caso que, por la vía elegida, en especial desde la puesta en vigencia de la muy socialista Constitución de 1947, otro de los aportes del Estado de Derecho a la sociedad libre y democrática, el de la igualdad de todas las personas ante la ley, poco a poco ha sido olvidado y desconocido, siendo ya, por estos días, difícil de hacer entender tanto a estudiantes de Derecho como a ciudadanos en general, ideas básicas como el que no todas las personas pueden tener iguales resultados o beneficios aunque tengan iguales derechos, que no es adecuado confundir derechos con necesidades, que es justa la responsabilidad del Estado por sacrificio particular o sin falta (o que ninguna persona está obligada ni puede ser forzada legítimamente a sacrificar su persona o su patrimonio a favor de la comunidad) y que es correcto exigir que se condene al Estado en costas cuando es totalmente vencido en juicio, y todo ello por causa de la permanente alusión a tópicos ya previstos en la ley pero inconstitucionales, como la *"preeminencia de los intereses del Estado por encima de los intereses de naturaleza particular"* (artículo 6 de Ley Orgánica del Poder Ciudadano) y *"primacía de los intereses de los intereses colectivos"* (artículo 5. Principios y valores de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal).

Muestra de lo anterior, es el hecho de que fueron muy pocas las sentencias de los tribunales contencioso-administrativos, previas al año 1999, en las que fueron protegidas y garantizadas frente a actuaciones arbitrarias de la Adminis-

tración la libre empresa y la propiedad privada, ambas libertades tan fundamentales para el desenvolvimiento del ser humano como lo son las libertades de expresión, de creencia y de participación política, habiendo sido por cierto la mayor parte de ellas dictadas en la última década de vigencia de la Constitución de 1961 (ejemplo de ello son las sentencias que se comentan en Rondón García, Andrea, “Propiedad privada y derechos fundamentales”, en *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Caracas: FUNEDA, 2010, y en Melich Orsini, José, *La propiedad y la utilización privada de las playas*. Caracas: ACIENPOL, 1986).

En la aplastante mayoría de los casos, y ya en forma sistemática a partir de 2001, no obstante la puesta en vigencia la Constitución de 1999 (que reconoce en forma aún más favorable que su antecesora tanto la libertad económica como la propiedad privada, ya que no incluyó el peligroso principio de la “*función social de la propiedad*”), las sentencias, apelando al tópico del carácter no absoluto de estas libertades, han fallado en su contra y a favor de la actividad, muchas veces ilegal, de la Administración.

La sorpresa y la preocupación es aún mayor, cuando en obras y sentencias más recientes, apelando ahora a principios que, debido a sus usuales interpretaciones contrarias al Estado de Derecho y la inviolabilidad de las libertades, como son el Estado social, la solidaridad, la co-iniciativa y la responsabilidad social, se construyen justificaciones ad hoc del creciente aumento e intervención de la Administración en la sociedad y en la economía, de las limitaciones cada vez mayores a la libertad de empresa y a los derechos de propiedad, el incremento de los supuestos de discrecionalidad y de poderes “cautelares” de la Administración, etc., sin mostrar el menor temor a que con ello se esté enterrando al Estado de Derecho, la libertad y la democracia que sólo aquél puede garantizar, y como si las causas que justificaron el reconocimiento de ese principio como núcleo esencial de toda Constitución (entre ellas, la

posibilidad del retorno de cualquier sociedad al despotismo) hubiesen desaparecido.

Se echa de menos, pues, en esas obras y fallos, de antes y ahora, un mínimo de desconfianza, o si se quiere, un *prudente escepticismo*, común en la tradición anglosajona que permitió el desarrollo del *constitucionalismo* (ver sobre esto Alvarado, Jesús María, “División del Poder y principio de subsidiariedad”, en *Enfoques sobre Derecho y Libertad en Venezuela*. Caracas: ACIENPOL, 2013) frente al uso que del Poder harán los funcionarios que integran al Estado, ni más ni menos que seres humanos provistos de pasiones e intereses como todos los que integramos esta especie, y no diferentes en ello a los que operan tanto en el mercado como en la sociedad civil, para lo que si no se tiene miramientos al momento de ejercer severos controles.

Sería absurdo preguntar a los integrantes de la mayoría oficialista en el Poder Legislativo, a los integrantes del Tribunal Supremo de Justicia y al Alto Gobierno Nacional y el resto de la Administración Pública, comprometidos como están con el proyecto de instaurar en Venezuela un Estado de corte totalitario, en el que el Derecho Administrativo aplicado por las democracias occidentales está condenado a desaparecer, del porqué de su fe ciega y monolítica en la bondad y “*virtud*” del Poder del Estado. Los hechos hablan por sí solos (ver Quirós Corradi, Alberto (Comp.), *La Gran Farsa. Balance del Gobierno de Hugo Chávez 1998-2012*. Caracas: Libros de El Nacional, 2012).

Mas sí habría que preguntar a legisladores, gobernantes, académicos y jueces que se formaron y actuaron durante la vigencia de la Constitución de 1961 (contradictorio período de plenas libertades políticas y precarias libertades económicas, a consecuencia de una repudiable suspensión de garantías económicas de más de 30 años), así como a los que aún formados luego de ese período y que manifiestan plena confianza en que el Estado y no los ciudadanos sea el “*conductor del proceso de*

desarrollo", lo siguiente: ¿en qué hechos basan su creencia de que la Administración, por ser democrática y social, ya no abusará de sus poderes, y que por ello hay que relajar, si no eliminar, muchos de los límites y exigencias que el Estado de Derecho y, más recientemente, la tesis del contenido esencial de los derechos, le imponen? (Por ejemplo: que les lleva a considerar aceptable que las materias objeto de reserva legal sean cada vez menos en obsequio de la potestad normativa del Gobierno, que la ley dispense contenga abundantes mandatos o normas organizativas aplicables a los particulares, que el control judicial tenga en cuenta el interés general más allá de los hechos y del Derecho aplicable, que los funcionarios públicos sean quienes tomen las más importantes decisiones en materia económica y que la Administración tenga privilegios en todos los contratos y juicios en las que es parte)

Desde luego, nadie entre nosotros, profesores de Derecho Administrativo, admitirá haber defendido alguna vez semejante punto de vista.

Sin embargo me pregunto: ¿acaso no se defiende tal punto de vista cuando se afirma que los actos administrativos se presumen legales, veraces y legítimos y que todos los actos que dicta la Administración son ejecutivos y ejecutorios?

¿No se lo reivindica cuando se afirma que en todo contrato suscrito por la Administración con un particular ésta hallase investida de potestades administrativas, y ahora más porque así lo dice la Ley de Contrataciones Públicas, sin importar si satisface o no en forma directa e inmediata un interés general, dado que ella nunca puede tutelar un interés particular?

¿No se lo apoya cuando se acepta que la Administración haga uso de supuestas potestades implícitas que le permiten no sólo sancionar sino también condenar al pago de sumas de dinero, por considerar, por ejemplo, que *"el Estado Social imprime*

Derecho Administrativo y libertad: o de por qué el Derecho Administrativo Venezolano no ha respetado ni promovido la libertad

Luis Alfonso Herrera Orellana

una absoluta matización del Estado de Derecho, el cual queda reducido a su mínima expresión”?

¿No se lo asume cuando se estiman legítimos controles de precios, de cambio en la convertibilidad de la moneda y de distribución de bienes, sin mayor justificación, a perpetuidad y en contra del contenido esencial de la libertad de empresa y de la propiedad privada, y se acepta además que la Administración no responda por los daños que genera la aplicación de tales regulaciones, por ser ello un sacrificio a soportar para tutelar el interés general?

¿No es esa la premisa de la que se parte cuando se considera conforme a Derecho que en un acto de creación de una sociedad mercantil estatal se le den a ésta potestades para dictar actos administrativos?

¿No se suscribe tal punto de vista cuando se afirma que la libertad económica “dejó de ser en Venezuela el pilar fundamental de la organización política y entró a configurarse como un derecho más”?

Y, por último, ¿no se repudia a la división de Poderes y diversos derechos constitucionales que son límites a ese Poder cuando se acepta que la Administración dicte actos “cuasi-jurisdiccionales” o arbitrales, como si del Poder Judicial se tratara, y se apoya una teoría “aberrante” (palabra del profesor Gonzalo Pérez Luciani) como la teoría formal sustancial de las funciones del Estado?

Urge recordar que el Derecho Administrativo nació en la Modernidad occidental del siglo XIX, como respuesta civilizada a un definitivo e irreversible anhelo de libertad y de protección de los seres humanos frente al poder ilimitado y arbitrario del Estado y de lograr que sus destinos se encontraran en sus propias manos y no en las de gobernantes designados por Dios o por la tradición.

De este modo, por cada potestad, prerrogativa o privilegio que esta rama del Derecho le confiere o reconoce a la Administración, al mismo tiempo reconoce y asegura a las personas, en tanto ciudadanos y no súbditos, garantías a sus libertades y derechos. Igual, habrá que informar que el definitivo reconocimiento de la Constitución como norma jurídica en los países de la tradición jurídica continental, precisamente, vino a ratificar la necesidad histórica, política y moral de asegurar ese equilibrio entre poder y libertad.

Que son muchas, y profundas, las transformaciones que la sociedad y el Estado han experimentado desde los orígenes de la disciplina hasta nuestros días, y que es inevitable que la Administración actúe con mucha mayor frecuencia, intensidad y amplitud en diferentes áreas, es un hecho cierto e irrefutable, como lo es también que hoy día, más que nunca, y luego de los totalitarismos fascistas y comunistas del siglo XX, está más vigente que nunca la exigencia de conciliar poder con libertad, prerrogativas con garantías, eficiencia de la Administración con preeminencia y respeto de los derechos y libertades fundamentales, pues aunque haya aumentado la actividad prescricional de aquélla, dicha actividad siempre será (o debe ser) contractual, voluntaria, no coactiva ni unilateral, como sí lo es la regulatoria y de policía en general, que es la típicamente administrativa.

En nuestro tiempo, en el que por desgracia aún abundan la pobreza y la exclusión, y proliferan amenazas a la seguridad y vida de las personas, derivadas de la acción de traficantes y terroristas de toda calaña, nadie en su sano juicio puede aspirar a que los Estados sean mínimos, débiles, carentes de recursos y sin potestad de ejecutar por sí mismas aquellos de sus actos que tengan por objeto satisfacer, tutelar o proteger en forma directa e inmediata intereses colectivos de las personas. Quien tenga dudas al respecto, le bastará con leer las obras de Francis Fukuyama, *La Construcción del Estado* (Colombia. Ediciones B, 2004) y de Moisés Naím, *Ilícitos. De cómo los traficantes, contra-*

bandistas y piratas están cambiando al mundo (Caracas: Editorial Debate, 2006) para despejarlas todas.

Pero a lo que sí se puede y debe aspirar, conforme a los mismos principios que han potenciado la intervención del Estado en la vida de los ciudadanos, es que éste sea limitado, fuerte, sí, pero dedicado a funciones y actividades en verdad esenciales para la tutela y promoción de los derechos individuales y colectivos previstos en leyes democráticas, con plena sujeción al Estado de Derecho.

En palabras de Mario Vargas Llosa: *“No se puede prescindir del poder, claro está, salvo en las hermosas utopías de los anarquistas. Pero sí se puede frenarlo y contrapesarlo para que no se exceda, usurpe funciones que no le competen y arrolle al individuo, ese personaje al que los liberales consideramos la piedra miliar de la sociedad y cuyos derechos deben ser respetados y garantizados porque, si ellos se ven vulnerados, inevitablemente se desencadena una serie multiplicada y creciente de abusos que, como las ondas concéntricas, arrasan con la idea misma de la justicia social”* (“Confesiones de un liberal”, *Letras Libres*, mayo de 2005, ver: <http://goo.gl/HC7EBN>).

Por ello, debería considerarse contrario a los principios y fines del Derecho Administrativo, más allá de las ideologías y preferencias de cada quien, que el Estado asuma indiscriminadamente la administración de hoteles, la producción de pañales, la organización de festejos o la venta de arepas, mientras que establecimientos estatales de salud, educación, fomento de la vivienda, reclusión de privados de libertad o protección del ambiente, al igual que los tribunales encargados de juzgar a la Administración, carecen de recursos y muestran altos índices de ineficiencia, y que los llamados servicios públicos básicos, como agua potable, energía eléctrica, gas, aseo urbano y transporte subterráneo, por sólo mencionar algunos, se pres-ten –cuando se prestan– con inaceptable ineficacia y pésima calidad.

Después de muchas décadas de continuo crecimiento al ritmo del alza de los precios del petróleo del tamaño del Estado en Venezuela, en especial de la Administración, está demostrado que ese aumento no sólo no contribuyó a sacar a millones de personas de la pobreza, sino que significó más bien continua pérdida de libertad y seguridad para los ciudadanos (en especial para los de menos recursos y más dependen de la Administración), al tiempo que mayor corrupción y despilfarro de recursos públicos, lo que acentúa la exclusión y la pérdida de oportunidades. Así lo demuestran los resultados del prestigioso informe *Detrás de la Pobreza (10 años después)* de la UCAB.

Este tiempo nos debería al menos servir, si se lo compara con lo ocurrido en ese mismo período con modelos de Estados de Bienestar, como el de Suecia (ver Rojas, Mauricio, *Reinventar el Estado de Bienestar*. Madrid: Editorial Gota a Gota, 2010), para entender que el Derecho Administrativo, si quiere contribuir con la eficiencia y eficacia de la acción administrativa, debe ser exigente en el cumplimiento de las formas y las garantías previstas en la leyes y demás regulaciones y en el respeto a los derechos que la Constitución reconoce y garantiza. En países como el nombrado, entendieron que si bien el mercado (los ciudadanos) no lo puede todo, tampoco el Estado providencial (los funcionarios) lo puede todo (ojo, sí puede abolir las libertades), y que es necesario equilibrar poderes estatales con libertades individuales.

Es un axioma: a mayor genuflexión del Derecho Administrativo, es decir, a menores controles en materia de organización y actividad administrativa, mayor ineficiencia, ineficacia, arbitrariedad e irresponsabilidad de la Administración, y menos oportunidad para los excluidos de gozar de oportunidades para ejercer sus libertades. Mientras que a mayor rigor y objetividad en la aplicación del Derecho Administrativo, mayor eficiencia y respeto por las libertades logra la Administración (así lo prueba el desempeño institucional de países

como Alemania, Suecia, EEUU, Chile y Costa Rica, por mencionar sólo pocos; ver Índice de Calidad Institucional 2013 en: <http://cedice.org.ve/?p=12917>).

Por supuesto, el equilibrio entre poderes de la Administración y libertades ciudadanas que exige el Estado de Derecho, no se logrará, como postulan pseudo-filosofías posmodernas (como las que defendió Rigoberto Lanz), desmantelando las burocracias tradicionales o estructurando “administraciones” emergentes o paralelas (como las que defiende Hildegard Rondón de Sansó en “Inclusión del poder popular en la esfera de los poderes públicos”, *Anuario de Derecho Público*. Caracas: Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, 2007), al estilo de las muy populares pero insostenibles, poco transparentes, carentes de calidad y por lo tanto ineficaces “misiones” de estos días aciagos, signados por la improvisación y el desprecio a políticas públicas modernas (una crítica a éstas en Zambrano, Paula, *Las Misiones en la organización administrativa venezolana*. Caracas: FUNEDA, 2011).

Tampoco se logrará ese equilibrio creando y legitimando desde la doctrina académica aparentes instancias de participación de los ciudadanos en la toma de decisiones, como son los Consejos Comunales, cuyo obvio propósito es no tanto acercar el poder a los ciudadanos, como escapar de los controles del Derecho Administrativo y vaciar de competencias a las Administraciones estatales y municipales para centralizar en la Administración Pública Nacional todas las decisiones, aún las más irrelevantes (costos de reparación de aceras, tuberías, alumbrados, construcción de canchas, etc.) en perjuicio, una vez más, de la libertad y seguridad de los ciudadanos.

El equilibrio, y con él la prosperidad de la Nación, se irá logrando en forma progresiva y sostenida, cuando sin complejos se interpreten los principios y reglas que conforman esta rama del Derecho a partir de premisas básicas como la primacía de la persona humana y sus derechos y libertades sobre el

Estado y la Administración, la obligación de respeto y garantía que esta última tiene impuesta por la Constitución a favor de estos derechos, que la acción de servicios públicos, fomento y policía de la Administración debe apuntar, más que a dar una paternal “*procura existencial*”, propicia para la demagogia y el control estatal de los ciudadanos, a brindar a éstos igualdad de oportunidades y seguridad jurídica para que sean ellos los que fijen sus propios límites y en libertad asuman el rumbo de su propia vida, limitando al mismo tiempo todo uso abusivo de esa misma libertad por parte de aquellos con más poder de acción.

Del mismo modo, se irá logrando el ansiado equilibrio en la medida en que, como lo reclamó Polanco Alcántara (en *El contencioso-administrativo y la defensa de la legalidad como deber ético*. Barquisimeto, 1993), se deje de interpretar y aplicar el Derecho Administrativo partiendo de la falaz premisa de que es el Estado, por ser dueño del petróleo, y no las personas, con sus capacidades, talentos e imaginación, el principal agente del desarrollo económico y social de la Nación. La disciplina no puede seguir siendo concebida por los operados jurídicos como un mero instrumento que le permite al Estado *configurar el orden social* para, en las más diversas situaciones, decidir y actuar en lugar de las personas, sustituyendo a éstas, en especial, a las que menos libertad y propiedad tienen. De una vez por todas debe descubrirse, comprenderse y defenderse el valor de la acción humana (ver Mises, Ludwig von, *La Acción Humana. Tratado de Economía*. Madrid: Unión Editorial, 2010).

El Estado no está, ni mucho menos, para configurar al ser humano y a la sociedad, sino para crear condiciones adecuadas, a través de regulaciones y políticas públicas efectivas, que permitan a cada persona, actuando libremente en forma individual o colectiva, escoger las opciones y formas de vida que considere más apropiadas para sí, desde luego, con respeto a los derechos y libertades de sus semejantes. De allí la importancia de que se respeten y garanticen derechos como la libre

empresa, la propiedad privada, los derechos laborales, porque son ellos los que brindan la independencia económica básica para asumir un proyecto de vida propio, no impuesto por funcionarios, según su arbitrario saber (siempre incompleto, por definición).

Insistir en que el Estado puede legítimamente *configurar* al ser humano y a la sociedad, por ejemplo, a través de la ordenación del territorio o urbanística, de la planificación o a través de la regulación administrativa, es apoyar la opción de que nuestra sociedad sea cada día menos democrática y menos libre, y que se cierre la posibilidad de que cada quien, de acuerdo con el postulado del artículo 20 de la Constitución, pueda libremente elegir su propio destino.

En definitiva, todas las instituciones del Derecho Administrativo, y junto con ellas, el control judicial de la Administración es decir, la justicia administrativa, deben reconsiderarse a la luz de una premisa fundamental: que la razón de ser de esta disciplina fue, es y será siempre la de que ofrecer mecanismos ajustados al Derecho para que el Estado, a través de la Administración Pública, brinde seguridad y genere igualdad de oportunidades para que toda persona que así lo desee, pueda desarrollar individual o colectivamente, en libertad, sus potencialidades, en su propio provecho y en el de la comunidad de la cual forma parte, con pleno respeto y garantía de los derechos de los demás, según lo exigen tanto la Constitución como los Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos.

Conforme a lo expuesto, y a fin de que en un tiempo no remoto el Derecho Administrativo sea garantía efectiva de libertad para todos los habitantes de Venezuela y no una herramienta de ejercicio arbitrario e ilimitado del Poder por parte de la Administración, como lo ha sido mayormente desde su recepción en el país hasta nuestros días, es impostergable la

revisión de temas clave de la disciplina, para erradicar de ellos las visiones autoritarias que impiden su adecuada utilización:

En el caso de los principios generales del Derecho Administrativo urge erradicar falsos principios como ese que postula la superioridad absoluta de la Administración sobre los ciudadanos, o del interés general sobre los derechos y libertades individuales, evitar crear falsos dilemas entre sujeción a la ley, deber de motivar los actos y eficiencia, eficacia y buena administración, insistiendo, por el contrario, en la obligación que tiene la Administración de actuar conforme a Derecho, más en casos de actos ablatorios y discrecionales, con la mayor efectividad posible, pues de nada nos sirve una Administración rápida pero autoritaria.

En esta misma materia, es prioritario reivindicar la importancia para la seguridad y la libertad de las personas del principio de legalidad, de la reserva legal y del vínculo permanente que las potestades deben tener respecto de aquéllas. Debe refutarse con contundencia ese falaz argumento según el cual en el Estado social el principio de legalidad y la reserva legal se atenúan hasta su mínima expresión, porque sólo cuando el Estado no era democrático y social era que resultaba legítimo exigir a la Administración que se sujetara en forma estricta a la ley. Únicamente quien desconozca la condición humana cuando maneja poder, grande o pequeño, da igual, e ignore las atrocidades y excesos contrarios a la libertad y dignidad de las personas cometidos por funcionarios de Estados totalitarios y también de algunos Estados benefactores durante el siglo XX, puede suscribir, con ingenuidad, tales tesis.

Resulta crucial desarrollar y llevar tanto a la ley como a la jurisprudencia y los manuales, una teoría general, compatible con la Constitución, de la potestad de autotutela administrativa. Es irresponsable, inconstitucional y contrario a la libertad, seguir afirmando que todo acto dictado por la Administración,

cualquiera, está dotado de ejecutividad y ejecutoriedad y que la actuación judicial sólo ha de estar asegurada a posteriori.

Debe, por el contrario, afirmarse que sólo algunos actos de la Administración, aquellos que resultan del ejercicio de una potestad atribuida por ley y cuyo fin es satisfacer o tutelar en forma directa e inmediata un interés general, son los que deben entenderse ejecutivos y ejecutorios. Debe, pues, afirmarse sin reserva alguna, que frente a las libertades (tales como la propiedad privada, libre empresa, libertad de expresión, de pensamiento, de asociación, de educación y el domicilio), no puede haber autotutela para extinguir situaciones jurídicas subjetivas sino sólo para limitarlas, y que no puede haber autotutela en los casos de actos sancionatorios.

El régimen legal y jurisprudencial del acto y del contrato administrativo (o del contrato público, como ahora se le llama), debe ser ajustado a la Constitución, lo que implica, a partir de una teoría general consistente, democrática y liberal de la auto-tutela administrativa, reformar tanto la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo como la Ley de Contrataciones Públicas, dejando a un lado ese decimonónico lugar común según el cual es imposible saber de antemano en qué casos la Administración necesitará de la potestad de dictar actos ejecutivos y ejecutorios, o de modificar unilateralmente las condiciones de un contrato. Es necesario, y posible además, establecer en leyes generales y especiales, si fuera necesario, supuestos precisos en los que la Administración podrá dictar actos ejecutivos y ejecutorios, o modificar unilateralmente y sin pase judicial contratos celebrados con particulares, siendo ello justificable sólo en los casos en los que con esos actos y contratos se satisfaga en forma directa e inmediata algún interés de la colectividad.

Unido a lo anterior, se debe enfatizar el carácter de garantías de la libertad y de frenos a la arbitrariedad que revisten tanto el procedimiento (cuya ampliación injustificada por la

legislación y la jurisprudencia debe ser rechazada) como del acto administrativo, y ser celosos en exigir el cumplimiento de actos y trámites esenciales para el derecho a la defensa (sin sacrificar éste ante el principio de conservación del acto) y en la observancia de los tradicionales (pero poco respetados) elementos de validez de los actos (competencia, motivos, objeto, fin, motivación, etc.).

Asimismo, debería rechazarse enérgicamente, que actuaciones materiales de la Administración carentes de título jurídico, esto es, que sus vías de hecho, sean enjuiciadas a través de procedimientos concebidos para juzgar la actividad formalizada de la Administración, como son los juicios de anulación.

La comprensión de la discrecionalidad administrativa y de los conceptos jurídicos indeterminados debe ser actualizada y reforzada con los aportes del *Derecho como argumentación* viene desarrollando desde hace décadas para lograr el objetivo de sujetar el Poder al Derecho y evitar así que el Derecho esté sometido al Poder (en decir de Manuel Atienza). Es inadmisibles, por ejemplo, que al análisis judicial de los actos discrecionales los principios de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación, por considerar que ello es administrar y no juzgar, o que no se exija con firmeza una motivación suficiente de los actos discrecionales, acogiendo en lugar de ello la inconstitucional tesis de la motivación *indirecta* o de la *mínima* motivación.

Asimismo, es impostergable retomar y mejorar la mejor tradición lograda por la jurisprudencia y doctrina venezolana en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. Dado que lejos, muy lejos, estamos en Venezuela de padecer de excesos en las condenas a la Administración, la discusión sobre el carácter objetivo o no del sistema de responsabilidad del Estado es menos apremiante que dotar de efectividad a ese sistema, analizando aspectos específicos del mismo, como la prueba de los daños y de la relación de causalidad, así como del monto de las reparaciones a establecer. No

sólo en los casos tradicionales de falta, de sacrificio particular o incumplimiento contractual es menester pasar de las retóricas declaraciones a condenas y reparaciones efectivas y a la repetición en contra de los funcionarios que directamente causaron el daño. Lo es sobre todo en casos de violaciones a los derechos humanos, frecuentes en nuestro país, en los que se debe trabajar muy duro, a fin de incorporar y difundir en nuestro derecho interno la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta materia.

La propiedad privada debe dejar de verse, ideológicamente, como un instrumento para la acción de los Poderes Públicos a la que mínimas garantías debe ofrecerse, apelando al tópico de su *función social*. El Derecho Administrativo debe, por el contrario, emplearse para incrementar el número de efectivos propietarios a lo largo y ancho del territorio nacional (las actividades de policía, de servicios públicos y de fomento son idóneas para ello). Además, ésta, en tanto derecho constitucional, debe gozar de las garantías jurídicas propias de estos derechos y en especial de las derivadas de la expropiación. Ciertamente que ésta es una potestad, pero también es una garantía de la propiedad privada. No puede tolerarse el uso de esta figura como una sanción para los propietarios, ni la inconstitucional proliferación de expropiaciones administrativas *ad hoc*, en las que no están aseguradas las seis garantías básicas de la expropiación que impone la Constitución, por más que consten en leyes o decretos-leyes.

Apoyados en el Derecho Comparado, y especialmente en lo avanzado en esta materia en Estados democráticos respetuosos de la libertad de sus ciudadanos (ver obras como las de Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2010), debe generarse una objetiva reflexión sobre el contenido, los fines y límites de la regulación administrativa, es decir, de la actividad normativa de la Administración. No es posible, por ser ello violatorio de las libertades, que la regulación se emplee como instrumento

para despojar a los ciudadanos en la más amplia variedad de supuestos del poder para decidir qué tipo de vida llevará (qué alimentos consumir, qué bienes producir o servicios prestar, qué ver en TV, qué libros leer o qué música escuchar, qué obras de teatro contemplar o qué deportes practicar o seguir).

La regulación, siempre y en todo caso debe tener por norte permitir, asegurar y potenciar las capacidades de las personas, tanto en lo individual como en lo colectivo, para desarrollar actividades que le generen beneficios propios y a la comunidad, ello sin perjuicio de las limitaciones que en protección de los derechos colectivos e intereses difusos de esas mismas personas deba establecer. La regulación administrativa no puede, en forma abierta o encubierta, tener por fin impedir o inhibir el ejercicio de esas capacidades, de esas libertades, ni mucho menos el transferir a la Administración la toma de decisiones que sólo corresponden a los ciudadanos cuando, por ejemplo, ejercen su derecho a la libertad económica. Sólo en casos comprobados y formalmente declarados de emergencia, es que esa transferencia, por el tiempo estrictamente necesario, podría tenerse por legítima, y sujeta a ulteriores indemnizaciones de ser el caso (ver Herrera O., Luis Alfonso, “Leyes, mandatos y regulación administrativa”, en *Enfoques sobre Derecho y Libertad en Venezuela*. Caracas: ACIENPOL, 2013).

Finalmente, y aunque ésta corresponda a un área propia de otra rama del Derecho, como es el Derecho Procesal, y no al Derecho Administrativo, sin duda alguna, condición *sine qua non* para lograr el debido equilibrio entre poderes y libertades que se ha propuesto como *desiderátum*, es el rescate y definitiva modernización de la justicia administrativa venezolana. Ello, por supuesto, no se limita a la puesta en vigencia de una Ley especial reguladora de esta jurisdicción. Temas clave como las competencias, las condiciones de admisibilidad, la legitimación, las medidas cautelares, las pruebas, poderes del juez, contenido y ejecución de la sentencia y costas deben ser ana-

lizadas, ya sin ninguna excusa absurda, a partir de la tutela judicial efectiva y del debido proceso.

Por fortuna, es abundante la doctrina nacional de calidad en estas materias, pero a la que ninguna atención se le ha prestado desde el Poder Judicial hasta la fecha. Ello no es casual: antes que lo anterior, es vital lograr que la justicia administrativa sea independiente e imparcial, impartida por juristas capacitados para ello y conscientes de su grave responsabilidad frente a los ciudadanos, como garantes del Estado de Derecho frente a una Administración prestacional.

Según Germán Carrera Damas, Venezuela es una República en construcción, que está aún por hacerse, por cuanto sus ciudadanos, aún en un porcentaje elevado, conservan hábitos y prácticas monárquicas, que los hacen propensos a la sumisión, al servilismo y a la renuncia de la libertad a favor de hombres fuertes (antes el Rey, luego el caudillo, ahora el tirano elegido), que resuelvan sus dificultades y les brinde la ansiada seguridad y prosperidad material. En ello sigue a otro ilustre venezolano, Carlos Rangel, quien desde los años 70 nos alertó en su obra *Del Buen Salvaje al Buen Revolucionario* (Caracas: Monteávila Editores, 1976) sobre el débil instinto de libertad que existe entre nosotros.

Ese déficit de ciudadanía debe enterrarse definitivamente, con educación, participación e igualdad de oportunidades. Pero también, con garantías jurídicas efectivas, que permitan a toda persona, ante actuaciones arbitrarias de la Administración (aún aquéllas que tengan por fin beneficiar a la colectividad) ser protegida en sus derechos y libertades. Y esto último es tarea propia del Derecho Administrativo, más concretamente, de quienes nos dedicamos a su estudio, difusión y aplicación ya en sede administrativa o en sede judicial.

En especial, lo es de los profesores del área, quienes tenemos el deber ciudadano, más allá del meramente académico,

de abandonar concepciones anacrónicas, colectivistas e institucionales de la disciplina, y de acoger en su lugar teorías y enfoques más idóneos para, desde el Derecho Administrativo, contribuir a dar mayores y mejores respuestas a las exigencias de libertad, seguridad y oportunidades de los ciudadanos.

LA CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de la Coruña*

Resumen: El trabajo refleja los fundamentos sobre los cuales se construye el denominado Estado de Bienestar. Luego, se reflexiona sobre los que se ha denominado como la crisis del Estado de Bienestar. Finalmente, se hace referencia a la necesidad de la participación de los ciudadanos en la conducción del Estado y en la importancia de que el Estado se encuentre al servicio de los ciudadanos.

Palabras clave: Estado de Bienestar. Crisis. Participación. Ciudadanos.

Summary: The work reflects the fundamentals upon which is built the so-called welfare state. Then, he ponders who has been named as the crisis of the welfare state. Finally, refers to the need for the participation of citizens in the conduct of the State and the importance that the State is at the service of citizens.

Key words: Welfare State. Crisis. Participation. Citizens.

Recibido: 12 de mayo de 2013 Aceptado: 12 de junio de 2013

I. INTRODUCCIÓN

Un estudio sobre la crisis del Estado del Bienestar es, desde luego, un tema actual, un tema en el que hay unanimidad. Su análisis plantea cuestiones tan interesantes para un profesor de Derecho Público, como es la del fin fundamental del Estado, la funcionalidad de la intervención pública en nuestros días,

las notas características del denominado “Estado de Bienestar” y las causas de su crisis.

Hoy en día nadie duda de la fuerza que ha recobrado el principio de subsidiariedad y tampoco se pone en tela de juicio el creciente compromiso del Estado en la promoción de los derechos humanos. Los vientos que corren, como lógica consecuencia de un camino caduco, son de búsqueda de nuevos horizontes, de nuevas soluciones. La intervención en sentido clásico ha fracasado. La acción reguladora del Estado no ha estado a la altura de los tiempos. Pareciera que el mercado y su “racionalidad” han sobrepasado los instrumentos clásicos de reacción pública ante los desmanes que estamos conociendo. La propia funcionalidad del Estado está en entredicho cuando la aguda crisis financiera y económica ha hecho añicos las formas tradicionales de proyección de la acción pública. El Estado no ha sido capaz de responder con la velocidad necesaria ante tanto atropello de los derechos de las personas. Incluso se ha replegado ante las nuevas formas de expresión de los mercados y sus instituciones más rutilantes. Por ejemplo, las agencias de calificación campan a sus anchas sin que el más mínimo sentido del Estado de Derecho haga acto de presencia en sus polémicos veredictos. Los entes reguladores, en términos generales, no han podido frenar la oleada de unos mercados dominados como nunca por la sed de lucro y la obtención, como sea, de beneficios económicos. A esto tenemos que añadir, por lo que afecta a nuestro tema que la versión estática del Estado de Bienestar ha ocasionado, como veremos, no pocos perjuicios a la gestión pública y a la calidad y continuidad de los servicios públicos y de interés general que debe preservar el propio Estado.

El Estado, como sabemos, es la comunidad de un pueblo asentada sobre un determinado territorio, dotado del más alto poder de dominio, para la fundamentación completa de su bienestar general. Esta definición, una de las mejores que se pueden encontrar en el Derecho Comparado, recoge expresa-

mente el término “bienestar”. ¿ Por qué será ? Porque una de las funciones esenciales del Estado es la puesta en marcha de las instituciones que hagan posible la obtención autorresponsable de sus propios fines en el marco del bien común.

Ahora que celebramos el bicentenario de la Constitución de Cádiz de 1812 podemos recordar que aquellos ilustres e inteligentes constituyentes dejaron escrito en el articulado de la Carta Magna que la función del gobierno es precisamente contribuir al bienestar de los ciudadanos. El bienestar, como tal, es el objetivo de la acción del complejo, como escribiría SANTAMARÍA PASTOR, Gobierno-Administración.

El bien común es precisamente la finalidad general del Estado. Es más, el poder estatal es el medio del que dispone la autoridad política para alcanzar el bien común, para conseguir precisamente el bienestar de la sociedad como un todo, el bienestar de todos y cada uno de los ciudadanos, de los habitantes. El bien común, en realidad consiste en hacer posible a los ciudadanos su realización como persona, como ser humano en plenitud (MESSNER, 814). En palabras más claras: el Estado debe garantizar el marco y las condiciones necesarias para que los ciudadanos puedan desarrollar íntegramente su personalidad. Su personalidad en un contexto de libertad solidaria.

Si concordamos en que el bien común es un concepto filosófico, y el bienestar general de naturaleza sociológica, el interés general será la expresión con la que desde el Derecho Público se ilustra esta idea fundamental. En efecto, el interés general en el Estado social y democrático se nos presenta como el conjunto de medios que el Estado pone a disposición de los ciudadanos para que éstos, desde su libertad solidaria, puedan realizarse, sin interferencias, en plenitud. El problema aparece cuándo el Estado se esclerotiza, cuándo su funcionalidad se dirige a la captura de la voluntad política del ciudadanos. Es decir, cuándo el bienestar se convierte no es un medio sino en un fin clientelar, cuando el Estado de bienestar pierde su con-

dición medial y se erige en el fin de la acción de los partidos políticos y, sobre todo, del deseo de perpetuarse en el poder de sus máximos dirigentes. Entonces, ayudas, subvenciones y auxilios públicos, estructuras y organismos públicos inundan la vida social. En este marco, los presupuestos siempre son insuficientes y hay que recurrir a la deuda, a una deuda que en algún momento terminaría por hacerse insostenible porque el dinero público, en contra de lo que algunos pensaban, ni es infinito ni ilimitado.

II. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA SOCIEDAD

El poder estatal tiene un evidente sentido de servicio al bien común, al interés general, y es el poder supremo entre los poderes sociales porque, como dice MESSNER, el cumplimiento de las tareas particulares de todas las pequeñas comunidades depende de que el Estado cumpla sus tareas sociales más básicas (MESSNER, 298). Sabemos que los hombres pertenecemos inmediatamente a pequeñas comunidades (familia, Ayuntamiento, Corporación profesional) y que el primer deber del Estado es crear los presupuestos para cumplir las tareas que a esas comunidades impone la naturaleza. En este sentido, el Estado sería una vinculación de comunidades de forma que en las relaciones bilaterales del Estado con respecto a la pequeña y gran comunidad debe respetar y promover los derechos originarios comunitarios (MESSNER, 228) .

En efecto, el propio fin del poder estatal, en la medida en que se orienta hacia el cumplimiento de las funciones sociales básicas de protección del Orden jurídico y de aseguramiento del bienestar, implica evidentes limitaciones. Primera: los fundamentales de las personas y sus derechos adquiridos, los derechos de las comunidades, de las minorías, de otros Estados, etc. Y segunda: los medios imprescindibles para garantizar una situación de bienestar. Estos límites son flexibles ya

que las exigencias del bien común, del bienestar general, del interés general, son variadas y diversas según las distintas posibilidades. Pero como regla general puede afirmarse que la presunción jurídica está contra la extensión del poder estatal. ¿Por qué? Precisamente porque el poder estatal se justifica en la constitución del orden colectivo de las funciones sociales fundamentales. Sin embargo, si por algo se ha caracterizado la última versión del Estado de Bienestar que hemos conocido ha sido precisamente por un constante y crecimiento del poder público. Crecimiento y extensión que terminó por ahogar las legítimas y libres expresiones de la vida social a la vez que conformó un diabólico entramado estructural dirigido y orquestado para una de las formas más sibilinas, y eficaces, de control y manipulación social como pocas veces se ha perpetrado.

Como sabemos, la responsabilidad o la competencia personal precede a la general. Es decir, lo que los individuos y las pequeñas comunidades sean capaces y estén dispuestos a hacer deben hacerlo, sin interferencias del Estado. El principio de subsidiariedad es un principio fundamental de toda autoridad social. Sin embargo, la perversión estructural de tal criterio básico de la Ética social ha sido tan evidente que precisamente en ella es donde más se ha lesionado la mencionada subsidiariedad a base de la instauración de una participación tan vertical como asfixiante.

Bien común, subsidiariedad y bienestar son conceptos que están más unidos de lo que parece. Por eso, en el estudio sobre el llamado Estado del Bienestar y su crisis deben desarrollarse convenientemente estos conceptos. El bien común es la clave porque implica ayuda, medios para que las personas puedan conseguir, en libertad solidaria, los fines esenciales de la vida.

El principio de subsidiariedad, lógicamente, limita considerablemente la operatividad del poder estatal y responsabiliza a las personas en el cumplimiento de sus fines vitales y sociales. Como principio superior filosófico-social, tiene tres impor-

tantes corolarios según MESSNER, a quien seguimos en este tema. Primero: un sistema social es tanto más perfecto cuanto menos impida a los individuos la consecución de sus propios objetivos vitales como miembros de la comunidad. Segundo: un sistema social es tanto más valioso cuanto más se utilice la técnica de la descentralización del poder y la autonomía de las comunidades menores. Tercero, y muy importante, un sistema social será más eficaz cuanto menos acuda a las leyes y más a la acción de fomento y a los estímulos para alcanzar el bien general de todos y cada uno de los ciudadanos.

El libre y solidario desarrollo de la persona, en un contexto de bien común, es un dato capital. Por eso, el principio de subsidiariedad supone tanta libertad como sea posible y tanta intervención estatal como sea imprescindible. En realidad, como sabemos, el ideal del orden social se orienta hacia la mayor libertad posible en un marco de mínima regulación estatal. Los pueblos que han tenido más leyes no es que hayan sido los que han disfrutado de mayores condiciones de justicia. Sin embargo hoy por hoy todavía existe, a causa de la infiltración de la mentalidad oficialista, una fuerte convicción en que el progreso social depende de la intervención directa estatal. La cuestión, sin embargo, reside en reducir la intervención a ese marco de ayuda ínsito en la idea del bien común, porque no se puede olvidar que la gran paradoja, y tremendo fracaso del Estado del Bienestar, ha sido pensar que la intervención directa producía automáticamente mayor bienestar general. La fórmula es, más bien, la que parte de la subsidiariedad: cuanto más se apoye a la persona y a las comunidades menores en que se integra, se fomentará la competencia y la responsabilidad personal y el conjunto tendrá una mayor autonomía. Porque no se puede olvidar que el principio de subsidiariedad protege los derechos de las personas y de las pequeñas comunidades frente a un Estado que, históricamente, ha cedido, estos años de forma sobresaliente, a la sutil tentación de aumentar considerablemente su poder. Pero lo más importante, independientemente de la fuerza evidente de este principio básico de la Ética

política, es que el bien común se alcanza más fácilmente si los propios individuos y las pequeñas comunidades se realizan en un contexto de responsabilidad e ilusión por conseguir sus fines existenciales. Hoy, no parece necesario recordarlo, la falta de reacción social, la débil motivación de los ciudadanos, y la actitud sumisa general ante el poder, reclaman que el principio de subsidiariedad vuelva a colocarse en el primer plano de la Ética Política. La crisis, al menos, está levantando un movimiento general de indignación ante tanto desmán, ante tanta manipulación, ante tanto deseo de control social por parte, sobre todo, de los poderes financieros, que son, a la postre, quienes, de forma sutil y muy eficiente, mueven los hilos de los dirigentes políticos, que hoy se han convertidos en marionetas que bailan al son de los verdaderos dueños del interés general, que han dejado de ser, por mor de la forma política en que se han conducido los asuntos de todos, los ciudadanos.

El profesor CASSAGNE, gran defensor del principio de subsidiariedad, señala que quienes piensan que este principio genera Estados débiles o mínimos, no son conscientes de que la realidad indica la necesidad de reafirmar la autoridad del Estado en sus funciones soberanas y la eficiencia de las actividades supletorias que lleve a cabo (CASSAGNE, 127). Al contrario de lo que puede pensarse, el Estado no saldrá más débil de este proceso sino más fuerte, pues su grandeza descansa más en el cumplimiento de su finalidad esencial que en su tamaño o dimensión.

III. EL DENOMINADO ESTADO DEL BIENESTAR

La función del bienestar constituye la segunda función social básica del Estado, después del mantenimiento de la paz y el orden interior y exterior. En realidad, la función del bienestar se refiere a la vida económica y social y sus principales

campos de aplicación son las bases ordenadoras de la economía nacional.

La función del bienestar, que tiene mucho que ver, no sólo etimológicamente, con el bien común, puede alcanzarse a través de la intervención directa del Estado en la vida económica y social o a través de la aplicación del principio de subsidiariedad. En este sentido, conviene distinguir entre Estado-Providencia y Estado social del Bienestar. Probablemente la confusión de estos conceptos en la mente de no pocos legisladores y administradores esté en la base de lo que está pasando.

El Estado Providencia (Welfare State) es el que se ocupa inmediatamente de todas las necesidades y situaciones de los individuos desde “la cuna hasta la tumba”. Es un modelo de Estado de intervención directa, asfixiante, siempre presente, que exige elevados impuestos y, lo que es más grave, que va minando poco a poco lo más importante, la responsabilidad de los individuos. Trae consigo una poderosa y omnipotente burocracia que crece y crece sin parar. En fin, este modelo de Estado del Bienestar es el que ha fracasado estrepitosamente en Europa en este tiempo por haber olvidado el principio de subsidiariedad. Un principio que debe estar en la base de la construcción de la tarea estatal de bienestar. Un principio que busca el bien común a partir de la promoción de las condiciones básicas para que el ciudadano se desarrolle en libertad y responsabilidad.

El Estado del Bienestar, como sabemos, no es más que el resultado de una forma de intervención del Estado en la vida social que surge tras la crisis de 1929 y que adquiere carta de naturaleza después de la II Guerra Mundial. En realidad, lo que ha ocurrido desde entonces, es que el grado de intervención ha ido “in crescendo” hasta llegar a alcanzar las dimensiones actuales. Unas dimensiones insostenibles que hay que repensar, insisto de la subsidiariedad, y también desde la solidaridad.

En realidad, el Estado social del Bienestar no supone que la regla deba ser la de mayor intervención del Estado en la vida económica y social, ni tampoco, por supuesto, que se deba practicar una no intervención de los Poderes públicos en la sociedad. El Estado, es necesario recordarlo, tiene una función ordenadora en la vida económica y social, tiene un cometido fundamental: establecer el orden en el que se consiga la mayor medida posible de bienestar general y se promueva el libre y solidario desarrollo de la persona en beneficio de la generalidad. Por eso, la finalidad de la política económica, que siempre tiene un claro sentido instrumental, es la creación de los medios adecuados para que la economía alcance su fin social: una mayor productividad socioeconómica y un mayor nivel de vida para todos los ciudadanos. La elevación de la productividad socioeconómica implica que todas las instituciones económicas deben orientarse en su actuación a este objetivo. Y, para alcanzar el mayor nivel de vida posible es necesario un justo reparto del producto social de manera que, también al servicio de esta finalidad han de orientarse la política monetaria, la política crediticia, la política de salarios, de precios o de impuestos, la política laboral tendente al pleno empleo, la política agraria, etc. También la política fiscal ha de ser analizada en este contexto: debe orientarse hacia el bienestar económico y social. La realidad, empero, nos muestra como la política en general dejó de ser un medio para la mejora de las condiciones de vida de las personas adquiriendo inquietantes connotaciones finalistas cuyos resultados están a la vista.

El Estado social de Derecho, que parte del principio de subsidiariedad, supone que el propio Estado no debe ejercer actividad económica propia, a menos que la iniciativa privada sea insuficiente para cubrir las necesidades sociales o que el bien común exija su presencia en la vida económica. Por tanto, debe recordarse que la actividad económica estatal se justifica solamente, como es lógico, en caso de bienes y servicios de necesidad pública. En relación con la empresa privada, después de lo escrito ya, se entenderá perfectamente que el Estado

debe estar presente para garantizar el cumplimiento del bien común, como también puede ser necesaria la intervención en determinados sectores, eso sí, en función del bien común. Sin embargo, hemos seguido la dirección contraria a partir del establecimiento de un sector público elefantiásico, concebido como una todopoderosa maquinaria de control social en la que colocar a los afines, a quienes hay que agradecer los servicios prestados a la causa del control y la manipulación social.

Estudiemos ahora, para después comprobar lo que ha pasado, cuál es la posición del Estado social del Bienestar en materia de política social. En primer lugar, conviene definir lo que debemos entender por política social. La política social se compone de las medidas e instituciones del Estado necesarias para proteger a los grupos sociales que dependen del trabajo contra todo perjuicio en la participación del bien común. Entre las medidas de la política social, cada vez más necesarias, están una protección de la salud digna y humana, una protección del salario a través de la seguridad social general y una protección de los convenios colectivos para que las condiciones de trabajo permitan la realización del hombre en su plenitud. También en estos casos la acción del Estado está vinculada por el principio de subsidiariedad, de forma que en muchas ocasiones la integración social es posible dejando a los individuos y grupos que representan a los trabajadores la iniciativa en esta materia (MESSNER, 228). Conviene recordar que la acción social del Estado debe extenderse a la protección de la salud, del salario y del contrato. En caso de que el Estado intente actuar sobre otros riesgos de la vida, entonces ya nos encontramos con un modelo de Estado de Bienestar de corte intervencionista que intenta asfixiar a la persona. En nuestro tiempo, la intervención en esta materia de la política social es desproporcionada pues se ha conseguido, en no pocos casos, incrementar el presupuesto público para mantener a colectivos cada vez más numerosos de personas. Hoy, se destinan grandes dotaciones presupuestarias a los subsidios sin que se haya, ni mucho menos, orientado la acción pública al bien común. Todo lo contrario, en la

medida en que los servicios públicos son de peor calidad, en la medida que crece irresponsablemente la burocracia y en la medida en que desaparece la iniciativa y la responsabilidad personal, nos encontramos ante un panorama desalentador. Por eso, una de las medidas más urgentes para recuperar el sentido originario de lo que denomino Estado dinámico del bienestar proviene de erradicar toda esta suerte de subvenciones orientadas al control social sin más.

El Estado debe garantizar el cumplimiento de los derechos humanos en el marco del bien común, en un contexto de interés general. Por eso, el modelo del Estado social del Bienestar implica que la acción pública, en el marco de la subsidiariedad, se oriente hacia la dignidad de la persona, que es la fuente y la garantía del bien común, de manera que la intervención, cuando sea necesaria, tiene siempre esta connotación de servicio al hombre que vive en comunidad. De ahí que sea incompatible con el modelo del Estado social del Bienestar, también denominado hoy Estado dinámico del Bienestar, la creencia de que el mercado por sí mismo todo lo arregla. Sabemos que el liberalismo económico a ultranza lesiona los derechos humanos. Por eso, la intervención pública debe legitimar un orden económico al servicio del hombre. Quizás, en este sentido puede entenderse la doctrina de la llamada economía social de mercado, que me parece que se encuentra en la entraña de lo que debe entenderse por el Estado social del Bienestar, por el Estado dinámico del Bienestar.

La caída del socialismo y, por tanto, la pérdida de confianza hacia el sector público como motor de la vida económica, es un dato, hoy, indudable. La aparatosa caída de las más ortodoxas “social-democracias” ha supuesto una importante sacudida que ha socavado los pilares y fundamentos del principio de la intervención de los poderes públicos en la vida económica entendida en su formulación clásica. Sin embargo, la aguda crisis del pensamiento colectivista en modo alguno debe justificar el triunfo absoluto del capitalismo exacerbado

y de la libertad de empresa sin límites. Tal aserto ha sido a día de hoy comprobado amargamente en el mundo occidental, en crisis precisamente por haberse entregado, en cuerpo y alma, a un sistema sin control, con muchos controles formales pero sin control material.

El protagonismo del Estado o del mercado fue el gran tema del debate económico del siglo XX. Ya desde muy pronto, como nos recuerda el profesor VELARDE FUERTES, encontramos el célebre trabajo de Enrico BARONE publicado en el *Giornale degli Economisti* (1.908): “El ministro de la producción en un Estado colectivista”, a partir del cual comienza un amplio despliegue de estudios de los teóricos de la economía sobre la racionalidad económica de una organización socialista como los de WIESSER, PARETO y sus discípulos. La crisis económica que sigue a la Primera Guerra Mundial pone en tela de juicio el pensamiento capitalista y alimenta formas intervencionistas que el economista MANDILESCO se encargaría de configurar económicamente. De igual manera, tanto el New Deal de ROOSEVELT como la encíclica *Quadragesimo anno* se muestran críticas hacia el capitalismo. En 1.917 comienza la amarga experiencia comunista en Rusia y en los países “convertidos” a la paradójica sociedad sin clases. En 1.989, tras un largo y épico sufrimiento colectivo, cae una de las grandes farsas de la historia: el comunismo. El desmantelamiento del credo comunista ha traído consigo, lo comentaremos más despacio, la crisis del planteamiento socialista. Es lógico si se tiene en cuenta que nos encontramos en uno de esos momentos de la Historia en las que resulta muy difícil, a la vista de lo acontecido, apostar por modelos de corte intervencionista.

Los planteamientos intervencionistas de KEYNES o BEVERIDGE trajeron consigo, tras la Segunda Guerra Mundial, un acercamiento a la planificación del desarrollo o a una política fiscal redistributiva. En verdad, la época de la prosperidad de 1.945 a 1.973 mucho ha tenido que ver con una política de intervención del Estado en la vida económica. Quizá porque

entonces la maltrecha situación económica que generó la conflagración, no permitía, porque no se daban las condiciones, otra política económica distinta. Ahora bien, como recuerda el profesor VELARDE FUERTES, en torno al llamado círculo de Friburgo surge un conjunto de pensadores críticos frente a las bases teóricas del Estado del Bienestar. Entre ellos, destacan Walter EUCKEN, Ludwig ERHARD o Friedrich VON HAYEK. Realmente, la importancia del pensamiento de estos economistas, conocidos como representantes de la economía social de mercado, es muy grande y su actualidad, cada vez más, innegable. EUCKEN, por ejemplo, se planteó la cuestión de la actividad estatal en materia económica. Su planteamiento es irrefutable: el problema es de orden cualitativo, no cuantitativo. El Estado ha de influir en el marco institucional y en el orden dentro del cual se desarrolla la actividad económica. El Estado, según EUCKEN, y la doctrina de la economía social de mercado, debe fijar las condiciones en que se desenvuelve un orden económico capaz de funcionamiento y digno de los hombres, pero no ha de dirigir el proceso económico. En resumen: el Estado debe actuar para crear el orden de la competencia, pero no ha de actuar entorpeciendo el proceso económico de la competencia. Como es bien sabido, el “milagro” alemán debe mucho a esta interesante doctrina de la economía social de mercado.

Ludwig ERHARD entendió claramente la función del Estado cuando escribía en su célebre obra “Bienestar para todos” que el ideal que yo sueño es que cada cual pueda decir: yo quiero afianzarme por mi propia fuerza, quiero correr yo mismo el riesgo de mi vida, quiero ser responsable de mi propio destino. Vela tú, Estado, porque esté en condiciones de ello. Hoy, sin embargo, estamos pagando las consecuencias de haber aceptado que el Estado podía, y debía, sustituirnos incluso en muchas actividades propias de la condición personal.

El Estado de Bienestar que ha tenido plena vigencia en la Europa de “entreguerras” es un concepto político que, en rea-

lidad, fue una respuesta a la crisis de 1929 y a las manifestaciones más agudas de la recesión. Sin embargo, como sabemos muy bien, en su evolución histórica ha ido adquiriendo las características propias de un Estado fuertemente interventor en detrimento de las libertades del hombre hasta llegar hoy a una situación insostenible, en la que hay unanimidad general y que se ha bautizado como la crisis del Estado de Bienestar. La causa principal: que el Estado se ha excedido en su afán interventor y, además, no siempre la mayor carga fiscal ha supuesto mejores y más eficaces servicios públicos. Hoy precisamente se habla ya sin tapujos del desmantelamiento del Estado del Bienestar. En mi opinión, de lo que se trata, no es tanto de eliminar un modelo de Estado al que debemos muchas conquistas sociales sino de recuperar su esencia dinámica y su finalidad propia.

En efecto, debe reconocerse que en virtud del Estado del Bienestar se consiguió que el Estado asumiera como obligación las ayudas a quienes perjudicaba el funcionamiento del mercado y que los sindicatos se integraran en la determinación de los distintos intereses colectivos de carácter laboral. Es verdad que la aparición del Estado del Bienestar supuso una conciencia más social por parte de los ciudadanos. Sí, pero ha traído consigo una evidente crisis de responsabilidad personal, pero que muy preocupante, que ha transformado al ciudadano en un mero espectador pasivo, en sujeto inerte a merced de la intervención pública, en un ser inactivo que todo lo espera de papá Estado.

Quiero significar que aunque se critique el Estado del Bienestar, sobre todo en su versión estática, es de justicia reiterar que surge de una convicción moral, como dice Karl POPPER, sumamente humanitaria y admirable. Lo que ha pasado es que se ha olvidado el principio de subsidiariedad que, probablemente, permite llegar a mejores resultados, con menos costes y con mayor participación social. Debe reivindicarse nuevamente que el principio rector que justifica la intromisión del Estado

en el plano económico y social es el de la subsidiariedad (CAS-SAGNE, 126). Y no es que la subsidiariedad equivalga, como ya hemos señalado, a un Estado débil. Más bien, ocurre todo lo contrario porque la fortaleza o debilidad de un Estado pienso que no se debe medir por el tamaño del sector público sino por la sensibilidad frente al bien común de los ciudadanos. Para conseguirla, el Estado debe transferirles, racionalmente y en un marco del bien común, las competencias que le son propias. ¿Porqué?. Porque, entre otras razones, después de años de rodaje del sistema, ya nadie duda de que la acción estatal no es más que una de las formas en que políticos y burócratas de turno mantienen o disfrazan su hegemonía sobre la sociedad y una de las causas más comunes de los abusos y arbitrariedades que provoca la acción interventora del Estado.

El Estado Providencia está en crisis. En efecto, a la cobertura de los riesgos de enfermedad, accidente, desempleo y vejez, se fueron sumando prestaciones en materia de vivienda, educación, transporte, vacaciones, medio ambiente... que han supuesto el agotamiento financiero del sistema. Es más, a través de sugerentes ofertas electorales, el "Welfare State" ha endosado a los poderes públicos la satisfacción de innumerables apetencias y caprichos de forma que el hedonismo y materialismo reinante, provocado en parte desde el aparato público, ha ido creando nuevas expectativas en los ciudadanos, cuya satisfacción se pide a un Estado que ha ido aniquilando toda referencia a la iniciativa y a la espontaneidad social, para convertirse en una especie de tutor social que hasta se atreve adoctrinar a los ciudadanos enseñando lo que está bien o lo que está mal.

IV. LA CRISIS DEL ESTADO DEL BIENESTAR

La crisis del Estado estático del Bienestar es clara, está fuera de duda. No solo desde el punto de vista económico, sino también, y ello es más importante, como modelo de Estado.

En el fondo, además de analizar algunas de las causas de la crisis, es conveniente subrayar que se está recuperando una nueva forma de entender lo público, no como algo propio del Estado, sino como algo en lo que tiene que participar el ciudadano. Se está rompiendo el monopolio que hasta ahora se pensaba que tenía el Estado frente a los intereses públicos. Y, además, está reapareciendo la idea de que el Estado está para fomentar, promover y facilitar que cada ser humano pueda desarrollarse como tal a través del pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos humanos. Por tanto, el ser humano, la persona es el centro del sistema, el Estado está a su servicio y las políticas públicas, por tanto, también. En este contexto surge espontáneamente el principio de subsidiariedad y se justifica que el Estado sólo debe actuar cuando así lo aconseje el bien común. Es más, el Estado debe propiciar, sin convertirse en actor, una sociedad más fuerte, más libre, más capaz de generar iniciativas y con mayor capacidad de responsabilidad política. El Estado debe permitir que cada ciudadano se desarrolle plenamente y que pueda integrarse en condiciones dignas en la sociedad. La muerte del “Welfare State” no es la muerte de una manera más social de ver la vida, sino la muerte de un sistema de intervención creciente y estática que ha terminado asfixiando y narcotizando al ciudadano. Por lo demás, las propuestas que aquí se esbozarán participan de la necesidad de seguir trabajando en un modelo de Estado de Bienestar dinámico.

El Estado del Bienestar, tal y como se ha manifestado en Europa en los últimos años ha asumido los gastos de la sanidad, las pensiones de jubilación, el sistema educativo y los subsidios de desempleo. Sin embargo, ha sido, en muchos casos, una tarea propia y exclusiva del Estado, sin abrirse a la sociedad, con lo que el Estado ha tenido que correr con los gastos hasta que se acabó la financiación. Es lo que ha pasado en su día, no hace mucho, en la todopoderosa Suecia y es lo que está pasando en otros muchos países, España entre ellos. Parece mentira pero era un sistema, más tarde o más temprano, abo-

cado al fracaso porque la crisis económica que ha producido semejante gasto público acabaría apareciendo.

Se ha dicho que si el colapso del sistema de tipos de cambios, que si el crecimiento de la inflación, o que si el aumento del precio del petróleo, o que si la disminución de la demanda productiva eran causas de la crisis. Probablemente, como también lo ha sido el crecimiento del sector público, o la corrupción inherente a todo sistema de intervención administrativa. Es cierto, pero lo más interesante es poner de manifiesto que el sistema ha fracasado en su propia dinámica: a pesar de aumentar la presión fiscal y de, lógicamente, aumentar el gasto público, resulta que los servicios públicos no eran proporcionados al gasto. ¿Por qué? Sencillamente, porque hemos vivido en un contexto en que para la Administración el ciudadano es la justificación para crecer y crecer y porque no ha calado en los políticos la Ética Política propia de un Estado que aspira a instaurar el verdadero bien común.

No se puede olvidar que ni siquiera en los momentos de prosperidad se ha incentivado el ahorro. Es más, se ha propagado, desde el Estado, porque era “conveniente”, una manera de vivir en la que cada vez era necesario “más”, cada vez era necesario consumir más y más, hasta el punto de que ha sido el Estado del Bienestar el principal responsable del consumismo imperante hasta no hace mucho. Pero es que, además, tampoco se ha incentivado, en las épocas de bonanza, la inversión a pesar del crecimiento incesante de los salarios. El colmo ha sido que, en el caso español, se ha disparado el paro de una manera alarmante. Hay más: esta mentalidad asistencial ha ido calando poco a poco hasta conseguir la improductividad económica. En este contexto, la natalidad desciende preocupantemente; se alarga la esperanza de vida. Aumenta, de esta manera, el número de personas que deben cobrar pensión de jubilación o de desempleo y desciende el número de personas que cotizan.

¿Qué pasó, entonces? Pues que el ciudadano se ha acostumbró a esperar todo del Estado y hasta los empresarios se acostumbraron a no hacer nada que no tuviera la pertinente subvención. En efecto, se generalizó una peligrosa cultura de la subvención que ha enganchado a los ciudadanos y a sus agrupaciones en la todopoderosa maquinaria del Estado. El que paga manda, dice el refrán: y es así; de forma que la tentación de la extensión del poder ha sido ampliamente colmada hasta llegar a la más pequeña de las asociaciones de vecinos, porque no se quiere dejar nada a la improvisación. Eso sí, mientras tanto, los ciudadanos hemos ido perdiendo sensibilidad social y capacidad de reacción.

Hace pocos días, releendo papeles de años atrás, me detuve gratamente impresionado ante un artículo de Edgar MORIN, entonces director de Investigación en el Centro Nacional de la Investigación Científica de Francia. MORIN, como es bien sabido, quizás es más conocido como uno de los teóricos socialistas más agudos que como funcionario de investigación. Pues bien, a finales de la década de los noventa del siglo pasado, 1993, escribió un magnífico artículo sobre “La solidaridad y las solidaridades”. MORIN, en su análisis, señala con claridad que a pesar de que los gastos sociales han crecido de la mano del todopoderoso Estado del Bienestar, sin embargo la calidad en la atención al hombre marginado concreto es todavía una quimera. Si cabe, la paradoja es patente, aumenta la solidaridad administrativa, pero “esta es insuficiente, impersonal, burocrática y no responde a las necesidades concretas, inmediatas e individuales”.

La razón es bien clara y así lo admite MORIN. El problema de la solidaridad concreta e individualizada es irresoluble en el marco tradicional de una política que se practica por Decreto o Programa. La solución, una vez más, viene de la mano, así lo reconoce el profesor MORIN, de una política que despierte y estimule. En otras palabras, los poderes públicos deben fomentar y ayudar a que tantas personas que trabajan por la solidari-

dad lleven a buen fin sus proyectos. Una vez más se comprueba que los Poderes públicos, en tantas y tantas ocasiones, deben tener la inteligencia de potenciar las iniciativas sociales que, no lo olvidemos, son las que dan la temperatura de la vida democrática de un país.

Entonces, ¿porqué si aumentan los recursos para la solidaridad, los resultados son tan escasos, tan magros? No por motivos económicos. La aguda crisis del “Welfare State” no es sólo de diagnóstico económico; la razón es mucho más profunda y tiene que ver con la actitud del Estado frente al hombre. En estos casos, hay que reconocer que en una sociedad libre no es función legítima del Estado obligar, imponer la ayuda a los necesitados. Es más saludable, y más propio de un Estado que busca una sociedad fuerte, potenciar a los grupos –que los hay, y muchos– que actúan voluntariamente y que disfrutan ayudando a los demás. La reducción de las prestaciones sociales ha sido la patente de corso de la crisis del Estado del Bienestar.

Los años ochenta y noventa del siglo pasado pasarán a la historia de las ideas como las décadas en la que el todopoderoso Estado del Bienestar, el llamado Estado Providencia, comenzó a entrar en crisis. El sector público quebró como fórmula única de progreso por todas las partes. La socialdemocracia más acrisolada, como el modelo sueco, fracasó y, por el contrario, dio lugar a un esperanzador movimiento a favor del hombre y de su libertad. La omnipotente presencia del Estado trajo consigo, paradójicamente, severas reducciones de prestaciones, lo que, como es lógico, no es más que la constatación, una vez más, del fracaso de cualquier sistema que todo lo fíe a los poderes Públicos y que intenta identificar Estado y Sociedad.

Como dice Karl POPPER, tratando de la idea de igualdad de oportunidades en el acceso a la educación superior, resulta que para el estudiante sin recursos de hace algunos años, la lucha por el conocimiento era una aventura que exigía privaciones y sacrificios. Y, sin embargo, hoy ese derecho se da por supuesto

y se valora poco aquello que se recibe como un derecho adquirido, sin sacrificio (POPPER, 4). Esta es una consecuencia evidente de la acción del Estado de Bienestar sobre la sociedad: eliminar la responsabilidad, liquidar la capacidad crítica de los ciudadanos y condenarlos a una actitud de pasiva y pesimista resignación frente a la autoridad estatal que es quien decide y quien estimula a los ciudadanos. Por ello, la capacidad de ilusión y de sacrificio hoy está en un mal momento. De ahí que la nueva versión del Estado debe ser más sensible ante la dignidad personal y debe buscar ese clima de bien común que tanto se necesita para que la efectividad en el cumplimiento de los derechos humanos sea una realidad.

En este contexto, en un ambiente de fuerte crisis del Estado del Bienestar, sobre todo en su versión estática, nos recuerda POPPER que se ha producido un evidente aumento de las exigencias de las masas que, lo comentábamos antes, ha generado un peligroso materialismo de cuño individualista en el que se ha despertado una tremenda ambición y un desenfrenado deseo de éxito, sobre todo económico, a corto plazo y con independencia de la calidad de los medios que hayan de emplearse (POPPER, 4).

Una de las quimeras del Estado del Bienestar que ha justificado la expansión incontrolada del gasto público ha sido la necesidad de distribuir equitativamente la renta. Pero también en este punto el "Welfare State" ha fracasado, porque es bien conocido que tras décadas de actividades redistributivas, el nivel de desigualdad no ha disminuido. No sólo no se ha redistribuido del más rico al más pobre, sino, en la mayoría de los casos, de éste al más pobre. La pregunta que a continuación se plantea resulta evidente: ¿Dónde van a parar, entonces esos recursos que se nos detraen, si es que no se dedican a tareas redistributivas? Pues sencillamente, a alimentar el aparato burocrático que, a pesar de todo, creció y creció sin parar y que los actuales dirigentes políticos no se atreven a racionalizar.

La burocracia, es un dato evidente, ha crecido desproporcionadamente en estos años ¿Por qué? Porque como dice LUHMANN, el Estado de Bienestar únicamente consigue cumplir sus deberes recurriendo a la burocracia. No cabe duda de que los burócratas buscan aumentar su poder en la Administración pública y para ello tienen necesidad de expandir sus actividades. ¿Seguirá creciendo, a pesar de todo la burocracia? (LUHMANN, 111). Mientras no se produzca una efectiva conversión de la burocracia, como organización, a la idea de servicio y mientras no se tenga claro, teórica y prácticamente, que la función pública está para solucionar las necesidades públicas poco podremos hacer. A pesar de la crisis tan fuerte que aqueja a países como el nuestro la reducción del aparato público, sobre todo en el área del personal de confianza o de alta dirección en las empresas públicas, no está en la agenda de la reforma administrativa.

También conviene llamar la atención sobre otro fenómeno que ha acentuado, y de qué manera, la crisis del Estado del Bienestar: la corrupción. ¿Porqué?. Sencillamente porque un Estado que interviene en todos los recodos de la vida social alienta necesariamente la creación de grupos de interés que desean sacar beneficios directos de los poderes públicos. Cuando la discrecionalidad es la regla general y los sistemas de contratación públicos permiten adjudicar sin excesivos controles, parece lógico que al aumentar progresivamente los fondos públicos, la proliferación de grupos de presión es imparable. En un Estado con presupuestos más reducidos, estos grupos de presión carecen de estímulos porque el Estado no puede proporcionarles ventaja particular alguna.

Por eso, es necesario recuperar una dimensión nueva de la Ética política en la que se subraye otra vez, porque no es una idea nueva, que el Estado se justifica en la medida en que, a través del poder, haga presente el bien común, para que se den las circunstancias reales para que cada ciudadano se desarrolle en libertad solidaria. Es evidente que, en este contexto, el

poder político debe radicalmente cambiar de consideración y el gobierno limitarse, y no es poco, a realizar actividades que proporcionen beneficios integrales a todos los ciudadanos. Hoy en día es cada vez más necesario recuperar el sentido auténtico del poder y conseguir que no se pierdan para el servicio público aquellas personas capaces de entender toda la fuerza, que no es poca, de la dedicación a la Política (RODRIGUEZ-ARANA, 113).

En nuestro tiempo, nadie duda ya que el desinterés frente a la política sea una característica bien definida de nuestra sociedad. Los tiempos cambian, se dice, y hoy nos encontramos con otras situaciones, otras convicciones, en definitiva, otros parámetros. Sin embargo, sabemos que en la Antigüedad la dedicación a la política, a la dirección de las cosas públicas, era considerada como una de las tareas más nobles a las que podía entregarse el ser humano. Es más, la política, con mayúsculas, ocupaba un lugar muy destacado entre el conjunto de todas las artes y se consideraba la más alta creación del espíritu humano. Hoy, sin embargo, cualquier sondeo o encuesta en la que se pregunte por los políticos, y también por la política, expresa una especial repugnancia del pueblo hacia estas personas. Hasta están entre los principales problemas del país a juicio de no pocos ciudadanos.

¿Qué ha ocurrido para que hoy haya cambiado tanto la percepción que la generalidad de los ciudadanos tienen –o tenemos– de los políticos?. La causa no es difícil de adivinar puesto que hoy en día la esencia supra-individual de comunidad de la organización política se ha diluido a favor del interés personal, a favor del ánimo de lucro, a favor de toda suerte de comodidades y de confort, a favor la búsqueda desmesurada de mejores condiciones de vida. Y todo ello, como sea, sin reparar en la moralidad de los medios porque alcanzar el poder o el dinero todo lo justifica, todo, absolutamente todo. Así se explica, sin muchas dificultades, que en nuestro tiempo los mejores talentos no quieren oír hablar de política. Porque

se ha perdido la idea del servicio público y, en su defecto, ha surgido, con no poca fuerza, una nueva y peligrosa dimensión de aprovechamiento personal, de interés personal, que también se ha instalado en la función pública en sentido amplio. Además, conviene señalar como elementos que han influido también en esa falta de interés frente a la política, la partidocracia dominante y la creencia, cada vez más extendida, de que los poderes públicos son incapaces de encauzar los problemas sociales del mundo actual.

En este contexto, resulta interesante recordar, con los estoicos y muy especialmente con SÉNECA, que la Ética política supone que el poder público se encuentra al servicio del llamado bien común entendido como bien de la propia colectividad y como bien de cada uno de los ciudadanos. Estas ideas, viejas por el tiempo, siguen presentes en el escenario filosófico y jurídico actual. En un Estado que se autoproclama social y democrático de Derecho resulta que nos encontramos con que la principal función de los poderes públicos es precisamente hacer posible que todos los ciudadanos gocen de todos sus derechos fundamentales, de todos los derechos que derivan de su condición humana. ¿ Por qué ?. Porque la dignidad de la persona es el fundamento del orden político y de la paz social, tal y como dispone, por ejemplo, el artículo 10.1 de la vigente Constitución española.

No debe olvidarse que en nuestro tiempo asistimos, por haberse desnaturalizado la idea del bien común, a situaciones más o menos generalizadas de corrupción política y administrativa. ¿ La causa ? Muy sencilla: si el poder político se justifica por su adecuación al bien común, cuando el poder se utiliza al servicio de intereses particulares, aparece toda la reata de desviaciones de poder, cohechos, prevaricaciones, etc, etc, etc. Por otra parte, también conviene recordar en este momento que en nuestro tiempo la idea de la efectividad de los derechos fundamentales tiene mucho que ver con la Ética política y con el bien común. Es más, puede decirse que la plena realización de

los derechos del hombre supone la versión moderna del bien común.

El Poder es el medio que tiene el Estado para hacer presente el bien común. Por tanto, en sí mismo, tiene una clara dimensión relacional y se fundamenta en su función de crear los presupuestos para el pleno desarrollo del ser humano. Es decir, el Poder político se justifica en función de hacer posibles los fines existenciales del hombre. Es más, el poder público se legitima en la medida en que su ejercicio se orienta hacia este objetivo. El fundamento jurídico del poder público reside en la constitución natural del orden colectivo necesario para el cumplimiento de las funciones sociales fundamentales. Dicho orden, y por tanto su autoridad, se funda en la naturaleza del hombre. Así se entiende perfectamente que el poder político se encuentra subordinado al bien común.

El poder público, el poder de mando, el poder de dirección de la res pública en cuanto tal se fundamenta en la propia naturaleza humana y en su ordenación al bien común. Ahora bien, el poder público de coacción parte de los elementos irracionales ínsitos en la naturaleza humana como consecuencia de los cuales la voluntad del hombre se pone con facilidad en contradicción con sus fines. El poder de coacción se justifica en la necesidad de restablecer el bien común puesto en peligro por el propio hombre.

El poder político existe por y para la satisfacción plena de las funciones sociales. Tiene una dimensión de derecho público que se engarza con la propia finalidad de la comunidad política y se extiende, como dice el profesor MESSNER, a todas las funciones necesarias para la realización de su bien general específico (MESSNER, 229). Por ello, el poder político en su sentido más propio está vinculado esencialmente al bien común, por lo que si se usa en beneficio propio o de grupos determinados se hace una utilización ilegítima, anti-ética del poder público. Las

potestades públicas, lo sabemos bien los administrativistas, se justifican en cuanto que sirven al interés general.

El poder público es encomendado por los ciudadanos a los políticos, no sólo para que realicen una mera y automática ejecución de la ley -función ejecutiva-, sino para que dirijan la comunidad política en orden al bien común. Aquí radica precisamente la diferencia entre administrar y gobernar.

El poder público es un poder de jurisdicción porque debe garantizar el orden fundamental de la sociedad en orden a la realización de todos los fines de la existencia humana. Es también un poder autónomo dentro de sus funciones, pero sin que esa autonomía sea absoluta pues, además de a los derechos fundamentales de la persona, a la dignidad del ser humano, se encuentra vinculado al orden jurídico fundamental de la comunidad sustentado por la conciencia jurídica concreta y las costumbres jurídicas del pueblo (MESSNER, 230).

Junto a la crisis del poder en el Estado del Bienestar, otra manifestación de su crisis ha sido la privatización de la empresa pública. Hoy ya no es soportable un sector público como el que hemos heredado del Estado de Bienestar: por ineficaz y porque el Estado no debe ser un empresario más. De nuevo, la aplicación del principio de subsidiariedad debe colocar al Estado al servicio de su función básica: el bien común

En la década de los ochenta del siglo pasado apareció un término que, por sí sólo, explica uno de los movimientos ideológicos más importantes operados en esta segunda mitad del siglo XX. Hace algunos años la palabra “privatización” es muy posible que ni formase parte de los vocabularios económicos o políticos. De todas maneras, una de las primeras privatizaciones aconteció en la ex-RFA tras la Segunda Guerra Mundial, cuando el gobierno alemán renunció a la Volkswagen. Hoy en día, sin embargo, es raro encontrar personas que no hayan discutido, al menos alguna vez, sobre el significado y alcance de

esta mágica palabra. Artículos periodísticos, trabajos científicos de naturaleza económica o jurídica han, inevitablemente, acompañado la llegada de la denominada por el profesor BECKER, de la Universidad de Chicago, “oleada del futuro”.

Después de la Segunda Guerra Mundial comienza, como es bien sabido, un crecimiento razonable del sector público ayudado por el Estado Social que, en su primera fase, pasará a la historia por una decidida orientación intervencionista. Pues bien, la aparición, con cierta vocación de generalización, de la privatización, puede entenderse, sin gran dificultad, como una clara respuesta del conjunto de la sociedad frente a ese progresivo avance del sector público que, en cualquier momento, podría neutralizar el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas de todos y cada uno de los ciudadanos. Y es que, sobre todo, entre los años 1960 y 1989 el crecimiento del sector público se produjo a un ritmo vertiginoso. Un crecimiento del que ahora sufrimos sus más amargas consecuencias.

Ideológicamente, la privatización de Empresas públicas hace pensar en su exclusiva utilización por parte de gobiernos de cuño conservador. Pues bien, no puede ocultarse que la Inglaterra de Margaret THATCHER, la Norteamérica de Ronald REAGAN y la Francia de Jacques CHIRAC, fueron los pioneros de la puesta en marcha de esta “revolución silenciosa” tal y como la denominada el profesor de Michigan BERG. Sin embargo, hay que decir que el fenómeno privatizador no es específico de los países conservadores. Pienso que hoy en día son bastantes conocidos los programas privatizadores de Gobierno de clara inclinación marxista como Angola, Congo, Benin, Vietnam y la República Popular China. El caso de la perestroika de GORBACHOV es bien elocuente de este proceso universal.

Bajo el término privatización, en sentido amplio, no sólo se alude a la transferencia de elementos del sector público a

la empresa privada. Es, si se quiere, la fórmula más conocida. Sin embargo, existen otras formas de conseguir la misma finalidad sin necesidad de que produzca un cambio sustancial en el titular de la propiedad. Así, se habla de subcontratación o gestión por parte de empresas privadas de servicios públicos, fenómeno que es bien conocido y bien antiguo en el Derecho Público. También constituye un buen exponente de la privatización la llamada “desregulación” o conjunto de medidas dirigidas a fomentar la participación, en régimen de competencia, de la empresa pública con las empresas privadas. En fin, desde una perspectiva económica, de gran interés para el jurista, la privatización admite un sinnúmero de técnicas, todas igualmente interesantes: venta total de acciones, venta de la fuerza de trabajo, desregulación mediante asociaciones voluntarias, desintegración de monopolios para permitir el crecimiento de la competencia.

Es ya clásica la clasificación de las causas del fenómeno privatizador en razones financieras, razones económicas y razones políticas. Las razones financieras vienen precedidas por la necesaria reducción del déficit de las Administraciones Públicas. Es un simple problema de reducción del gasto público que viene agravado por el hecho de que estos galopantes déficits se deben, sobre todo en el marco de la Europa comunitaria, al aumento de las transferencias corrientes y de capital a las empresas públicas. Por tanto, el fenómeno privatizador, que supone una importante reducción de financiación pública parece que puede ser de una importancia capital. Sin embargo, aunque se reduzca el nivel de endeudamiento público, tampoco sería justo ignorar que, en determinados casos, el fenómeno privatizador requiere igualmente grandes fondos para el saneamiento y recapitalización de las empresas públicas. El fondo del tema es, quizás, la raíz de la propia filosofía privatizadora. Porque, en este punto, se encuentra una manifestación importante de la crisis del Estado del Bienestar. ¿Por qué las empresas públicas generan tan elevada financiación pública? En algunos casos, no tantos, no hay duda de que los directi-

vos de estas empresas obtienen unas remuneraciones inferiores al sector privado y se encuentran sometidos a un conjunto de controles que impiden la flexibilidad empresarial necesaria para realizar operaciones verdaderamente rentables. En otros, los frecuentes problemas sindicales, a la larga, dejan huella en las cuentas de resultados.

Por lo que se refiere a las razones de naturaleza económica hay que señalar que no son otras que las que postulan que la privatización supone una forma de mejorar la eficiencia a todos los niveles de la empresa, facilitando su adaptación a la nueva situación económica. Se adopta la determinación de privatizar porque se está convencido de que la gestión privada es más eficaz que la pública. En otras palabras, son menores los costes para obtener una misma finalidad. Sobre todo debido, en buena parte a la existencia de múltiples factores políticos que acompañan al régimen de las empresas públicas. Entre ellos, el problema de la determinación de precios, la cuestión de la selección de los directivos, la negociación con los trabajadores. Problemas, todos ellos, que inevitablemente complican el proceso de producción de bienes y, en buena medida, proporcionan a la empresa pública una especial rigidez.

Junto a ello nos encontramos igualmente con un régimen proteccionista por parte de los poderes públicos que, muchas veces, consagran auténticos monopolios y, otras, generan una regulación tan amplia que, además de eliminar la competencia, llevan a dichas empresas hacia una situación de ineficacia. Aquí, por tanto, las políticas de desregulación que surgen en la década de los setenta del siglo pasado en Estados Unidos, juegan un importante papel y pueden conseguir agilizar y flexibilizar el régimen interno de las empresas públicas. Ello también permite pensar que la simple transferencia de capital público a manos privadas, si no va acompañado de medidas realmente liberalizadoras, apenas conseguiría el efecto buscado.

Esa falta de estímulo que produce la ausencia de una verdadera competencia justifica esa constante ineficacia que últimamente presenta la actividad empresarial de los poderes públicos. Y, por ello, también se explica la poca capacidad de innovación tecnológica que muchas veces se manifiesta en los obsoletos procedimientos de que hacen gala numerosas empresas públicas. Esta ausencia de capacidad dirigida a ahorrar en los costes de producción y distribución, constituye otro elemento más de carácter económico que explica los enormes déficits que año tras año las empresas de los poderes públicos han alcanzado.

Las razones de carácter político se centran en la vuelta a un nuevo liberalismo en el que la propiedad privada y la iniciativa privada juegan un papel de primer orden. La vuelta al liberalismo se ha debido, sobre todo, a los resultados globales del Estado del Bienestar en la actividad económica. La reacción ha sido generalizada y, desde los sistemas políticos y económicos más opuestos, la bandera de la privatización ha sido enarbolada. En el fondo, se trata de una clara reivindicación de los valores individuales en el marco de una economía de mercado.

La orientación privatizadora surgida en el mundo anglosajón ha puesto de manifiesto, entre otras cosas, la deficiente gestión de los recursos públicos y la mejora en eficiencia y rentabilidad cuando se traspasan al sector privado o se abren a la competencia las empresas públicas. Sin embargo, soy de los que pienso que la privatización ni es un fin en sí mismo, ni constituye la solución definitiva a los males endémicos de sector público. Es, como dice SHIRLEY, uno de los muchos medios para ayudar a los Gobiernos interesados en fomentar una nueva división del trabajo entre los sectores públicos y privado con el fin de aumentar la eficiencia y la contribución al desarrollo tanto de las empresas como del Gobierno" (SHIRLEY) .

En fin, la crisis del llamado "Estado-Providencia" está dejando paso a un Estado cada vez más subsidiario, en el que

se estimula la participación real de los ciudadanos, en el que debe recuperarse la idea del poder al servicio del bien común, en el que se promueva la responsabilidad personal, en el que todos los ciudadanos puedan ejercer sus derechos humanos, en el que se cuente con los individuos y los grupos que los representan para el bienestar social, en el que bajen los impuestos, en el que se instaure la economía social de mercado, en el que se adecue el tamaño del sector público a las funciones esenciales del Estado. Es decir, un Estado comprometido con la justicia particular porque así se protege la dignidad de la persona que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho y, que es, en definitiva, el fin esencial que debe perseguir un Estado que actúe realmente al servicio del hombre, de un hombre que precisa que sus derechos fundamentales se encuentren garantizados efectivamente para su pleno desarrollo personal libre y solidario.

V. DERECHOS HUMANOS Y ESTADO

La función fundamental del Estado reside en la realización del bien común, que no es, ya lo hemos comentado, la suma de los bienes individuales. Es el bien de todos y cada uno de los ciudadanos en cuanto miembros de la comunidad. Estamos en presencia de un nuevo valor específicamente distinto del bien individual y de la suma de los bienes particulares. El bien común se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona. De ahí que el Estado no debe ver en el hombre únicamente el ciudadano, porque el hombre es algo más, bastante más, que un ciudadano: es hombre con unos derechos fundamentales que surgen de su propia dignidad y que debe realizarlos para desarrollar en plenitud su personalidad.

El problema de la vigencia de los derechos fundamentales, lamentablemente, siempre está en candilero. Por una parte, debido al elevado número de seres humanos que apenas alcanzan un mínimo satisfactorio de dignidad personal. Y, por otro lado, porque conforme nos adentramos en el tercer milenio va siendo el momento de asumir un nuevo tiempo para que todos puedan realizarse como personas dignas, en libertad solidaria.

El inicio del siglo XXI no ofrece expectativas demasiado esperanzadoras en esas ansias de libertad y de humanismo. Es más, pienso que, en buena parte, Europa Occidental, que tanto ha colaborado al libre desarrollo de la persona y de sus valores fundamentales, ha caído en manos de un progreso tecnológico que, en lugar de situar al hombre en un primer plano, ha neutralizado, inconscientemente, la dignidad personal en aras de un materialismo consumista que impide el avance hacia la plena realización de los derechos fundamentales. Los costes de renunciar al derecho romano, al pensamiento y filosofía griega y a la solidaridad propia de la cultura cristiana están en el epicentro de la honda y profunda crisis que en estos momentos invade el viejo continente.

Los derechos fundamentales, es bien sabido, han jugado un papel de primer orden en la configuración del constitucionalismo. Las normas que los regulan, unidas a las que definen el sistema económico y a las que articulan el modelo de Estado constituyen, sin duda, la parte de la Constitución de la que se deduce el modelo constitucional de sociedad.

En su origen, los derechos fundamentales se concebían como auténticos límites frente al poder público. Es decir, imponían un ámbito de libre determinación individual completamente exento del Poder del Estado. Esta dimensión de los derechos fundamentales era la lógica consecuencia del establecimiento de los postulados del Estado liberal de Derecho en el que el sistema jurídico y político en su conjunto se orienta hacia el respeto y la promoción de la persona humana en su

estricta dimensión individual (PÉREZ LUÑO, 19). Por eso, el Derecho Público al gestionar los diferentes intereses colectivos debía contar siempre con un ámbito vedado a su actuación.

Sin embargo, el tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado Social ha traído consigo una nueva dimensión del papel y de la funcionalidad de los derechos fundamentales. Nueva orientación que encuentra su apoyo en la superación de la clásica emancipación entre Estado y Sociedad. Ya no son, los derechos fundamentales, meras barreras a la acción de los Poderes Públicos. Todo lo contrario, se configuran como un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los Poderes Públicos". En otras palabras, el Derecho Público del Estado Social y Democrático de Derecho debe orientarse hacia su realización efectiva.

El Tribunal Constitucional Español ha precisado con claridad el alcance y la trascendencia de los derechos fundamentales como elementos "clave" del Ordenamiento jurídico. Así, por sólo citar algunos de los pronunciamientos más importantes del alto Tribunal Español, resulta que constituyen "la esencia misma del régimen constitucional" (Sentencia de 17 de mayo de 1983), "son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, han de informar el conjunto de la organización jurídica y política" (sentencia de 11 de abril de 1985) o, también, como ha señalado solemnemente la sentencia de 14 de junio de 1981: "La Constitución reserva a las Cortes Generales todo cuanto se refiere al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, que constituyen el fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto". Afirmaciones todas ellas que responden, desde un punto de vista objetivo, a erigir a los derechos fundamentales como elementos esenciales sobre los que debe apoyarse el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Subjetivamente, los derechos fundamentales tienden a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social PEREZ LUÑO, 22).

Los derechos fundamentales, desde la óptica subjetiva, ponen de manifiesto que “el mantenimiento de la libertad se erige en fin del mismo Estado” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 118). Lo cual, además de evitar las interferencias del Derecho Público en este sentido, demanda una actitud positiva del legislador que “haga posible la realización de dicho fin y asegure en la práctica su efectividad” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 118). Principio de efectividad que es una de las auténticas manifestaciones de la “vis expansiva” de la interpretación de los derechos fundamentales y que se encuentra reconocido en el artículo 9.2 de la vigente Constitución española:

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

El Derecho Público, por tanto, encuentra su razón de ser constitucional en la promoción de los derechos fundamentales ya que como señala también el artículo 10.1 CE “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

En otras palabras, el artículo 9.2 de la Constitución es un precepto, que compromete la acción de los Poderes Públicos, lo que explica que, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, la operatividad de los derechos fundamentales se dirija hacia la organización de prestaciones positivas del Estado a favor del

ciudadano que hagan permanentemente posibles su existencia, su libre desarrollo y el mantenimiento de su papel central en el sistema (GARCÍA DE ENTERRÍA, 118).

El artículo 10.1 CE concibe el libre desarrollo de la personalidad como uno de los fundamentos del “orden político” y de la “paz social”. Por tanto, el Estado Social debe posibilitar a cada persona adoptar decisiones individuales. Se trata, pues, de garantizar la igualdad de oportunidades: igualdad de todos los españoles ante la Ley con garantía de los mismos derechos fundamentales, lo cual puede conseguirse a través de la participación de los ciudadanos, con los mismos derechos fundamentales, en el control inmediato del funcionamiento del sistema político al servicio del interés general.

Así, a través de esa participación social en la responsabilidad y en las tomas de decisiones, el ser humano puede llegar a realizarse como personalidad propia y, esto es decisivo, esa realización personal le permite desempeñar mejor su papel en la sociedad. La conclusión aparece clara: cuanto más se potencien las facultades particulares y propias de cada persona así la sociedad se beneficiará de ello en mayor o menor medida. A todo ello no debe ser ajeno, lógicamente, el legislador ni la Administración.

De otra parte, conviene subrayar que la existencia de límites en el ejercicio de los derechos fundamentales ayuda a entender su operatividad en el Estado actual. La vinculación de los derechos fundamentales y libertades públicas a los intereses generales precisamente garantiza su existencia.

Así, por ejemplo la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 señala que:

“Los derechos ejercitados bajo la presión de la posible eventual limitación, abstractamente existente, no se hacen valer con la misma libertad con la que se utilizan aquellos otros en

los que tal previsión no existe. Sin embargo, creemos que esta observación no es decisiva. Los derechos continúan ejercitándose libremente. La libertad no resulta coartada por el hecho de que eventuales correctoras puedan ponerse en práctica, como no deja de haber realidad donde hay margen de riesgo”.

¿Por qué? Porque existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales. Esos límites operan, además de como elementos constitutivos del mismo derecho, como elementos de robustecimiento, de fortalecimiento. Entre otras razones porque los intereses generales se encuentran orientados precisamente hacia la consecución y hacia el efectivo servicio de la libertad personal de todos los ciudadanos en sociedad. El bien común es, pues, algo más que la mera suma de los bienes particulares.

Ahora bien, ni los derechos fundamentales o libertades públicas ni sus límites son absolutos. El principio constitucional de libertad y sus limitaciones precisamente se constituyen en “medios” para alcanzar el orden público y la paz social:

“... los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja una restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la ley a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 de la Constitución como “fundamento del orden político y la paz social” (sentencia del Tribunal Constitucional Español de 12 de diciembre de 1986)”.

En resumen, las limitaciones por motivos de interés público potencian todavía más el conjunto de las libertades públicas. De ahí que el sentido de lo que deba entenderse por interés público o general en el Estado actual venga determinado, en última instancia, por una decisión firme del legislador o de la Administración en el sentido de fomentar la “libertad igual” de los ciudadanos de Sociedad, o lo que es lo mismo según el artículo 10.1 CE buscar “el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona, los derechos inviolables, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás”. La referencia, pues, al bien común de la Ética Social, desde el Derecho Público es clara. En realidad, la limitación en el ejercicio de los derechos fundamentales, asegura que se entiendan en un contexto de bien común.

El Estado de Derecho es, sobre todo, aquel modelo de Estado que se propone mantener una situación materialmente justa (KLEIN). O, como sentenció Theodor MAUNZ, “ el Estado de Justicia”. Por eso, una de las más famosas resoluciones del Tribunal Federal Constitucional Alemán subrayó categóricamente que una vuelta a la mentalidad de un positivismo que prescinde de valores, ha sido superada hace ya tiempo en la Ciencia y práctica jurídica.

En el fondo, la crisis del positivismo jurídico ha venido de la mano de los mismos excesos que el respeto a la ley ha traído consigo y a las constantes infracciones que el principio de legalidad entendió rígidamente. Pero quizás la razón más determinante haya sido la mayor valoración y forma de conciencia de los criterios de justicia material.

Esta aproximación surge de la tendencia a sustituir el llamado “Estado de Derecho” por un “Estado de Justicia” tal y como aparece en la Ley Fundamental de Bonn y que afirma la vinculación “a la ley y al Derecho del poder ejecutivo y judicial”. La fórmula Ley y Derecho parece aceptar la existencia de un Derecho suprallegal que vendría a colocar a los Tribunales

en una situación, hasta cierto punto autónoma, respecto a la Ley escrita. Esta corriente doctrinal parte, además del párrafo 3º del artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn -que es el que distingue entre Ley y Derecho-, del artículo 1 que configura a los “derechos humanos inviolables e inalienables como base de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo” y que declara que la dignidad del ser humano es inviolable. Preceptos que, en el Ordenamiento español actual, también aparecen recogidos como hemos comentado. Este Derecho supralegal, que deriva de la dignidad humana, es el marco normativo en que se mueve la Ética Política y el ejercicio del Poder Estatal.

Se reconoce, por tanto, que ciertas normas y valores quedan substraídos a la acción del legislador. De ahí que el Tribunal Constitucional Alemán, por sentencia de 23 de octubre de 1951, destacase, décadas atrás, la existencia” de un Derecho suprapositivo, que vincula también al Constituyente.

Pues bien, quizás no sea muy aventurado señalar que ese Derecho supralegal sea todo un conjunto de normas jurídicas que surgen precisamente de los derechos fundamentales, únicos elementos que permiten seguir pensando en la consecución de un Estado en el que, de verdad, se aspira a alcanzar parámetros de justicia material. O, con otras palabras, la realización de la justicia, fuente del ejercicio de los derechos fundamentales, constituye un compromiso de todos los poderes y representantes del estado y de sus entes territoriales. Por eso, y quizá aquí radique de alguna manera la solución, la justicia formal no debe contraponerse a la justicia material, sino que la apoya y supone su representación.

VI. ESTADO, RESPONSABILIDAD Y PARTICIPACIÓN

El Estado de Bienestar ha traído consigo, sobre todo en su versión más estática, una cierta anulación de los valores individuales. Todo lo ha fiado en la fuerza de lo público, de lo oficial. El protagonismo lo ha asumido el Estado. El aparato público ha sido el gran configurador, el gran definidor de los intereses públicos de manera exclusiva. Se ha hablado mucho de los problemas de los hombres, de la pobreza, del subdesarrollo, de la necesidad de salvar al hombre de la miseria. Se han destinado cuantiosos fondos a la provisión social y, sin embargo, el resultado no ha podido ser más desalentador. Aumenta el desempleo sin parar y, sin embargo, los esfuerzos de los ciudadanos se dirigen a alimentar una omnipotente y omnipresente burocracia que ha crecido sin cesar como consecuencia de la sed de conservación y mantenimiento del poder de los diferentes partidos que han alcanzado la victoria electoral.

La causa la hemos explicitado en más de una ocasión a lo largo de estas líneas. La razón del desaguado es bien sencilla y simple: el sistemático olvido de la persona y el convencimiento de que la estructura pública, la poderosa burocracia, a la que no se reparó en dotar de toda clase de medios, ya se encargaría de solucionar todos los problemas. Lo que pasó, y lo que pasa, es que no se llega a la persona concreta; todo se queda en Decretos y Programas.

En este contexto, no pocas veces el Estado ha intentado subsumir a la sociedad apoderándose, sin empacho alguno, de los grupos y pequeñas comunidades que podrían levantar la voz para protestar ante tanto abuso. El Estado-Providencia ha intentado definir lo que necesitan los ciudadanos, sin contar con ellos. Las demandas de participación han quedado sin contestación y, lo que es más grave, se ha suscitado una manera de estar en la sociedad a merced del poder público.

Sin embargo, el ciudadano está llamado a configurar los intereses públicos y, por tanto, el bien común porque en el sistema democrático todos son, o deben ser, responsables de los intereses generales.

La participación es posible cuando el Estado es sensible a las iniciativas de los individuos. La participación es posible, y auténtica, cuando existe el convencimiento de que todos los ciudadanos pueden, y deben, aportar y colaborar en la determinación de los asuntos públicos. La participación es posible cuando se estimula, cuando se promueve, cuando se desea formar personas que se tomen en serio su papel en la promoción del bien común.

Desde luego, no hay vocación de estimular la participación cuando el Estado facilita todos los servicios a los ciudadanos, cuando el Estado se hace omnipresente para subvenir a todos los problemas. Entonces, se va eliminando poco a poco la fuerza de la participación, se liquida, también lentamente, la responsabilidad, y se va configurando un tipo de ciudadano preocupado de cómo conseguir más del Estado, sin dar nada a cambio. En una situación de este tipo, no hay que pensar mucho para caer en la cuenta que la dependencia de los ciudadanos del Estado trae consigo evidentes peligros.

Hoy en día, es cada vez más urgente recordar que concuerda con la dignidad humana el derecho a tomar parte activa en la vida pública y a contribuir al bien común. Porque es una exigencia democrática y porque en un momento en que estamos en una situación de crisis del Estado de Bienestar, es necesario que los ciudadanos se despierten de ese sueño de que todo viene del Estado, porque ese sueño se acabó y es perentorio empezar a entrenarse en ese importante deporte de la participación.

VII. REFLEXIÓN FINAL

Es el momento de terminar. La verdad es que la crisis del Estado de Bienestar es un tema apasionante. Pocas veces se tiene la oportunidad de asistir al desplome de un modelo de Estado que ha estado vigente durante décadas. A lo largo de estas páginas he intentado llamar la atención sobre lo que me parece que es la causa fundamental de la caída del Estado del Bienestar: la falta de sensibilidad del sistema frente al hombre concreto.

El sistema del Bienestar ha fracasado, ciertamente, pero ello no quiere decir que la solución venga de la mano del liberalismo. No. La experiencia del Estado del Bienestar ha sido importante porque nos ha ilustrado sobre lo que no se debe hacer. En este sentido, no es baladí recordar que el Estado no puede dejar que el sistema se dirija por el mercado o por las fuerzas sociales, limitándose a dejar hacer. El Estado está al servicio del hombre y no al revés. Por tanto, desde el Estado se debe promover sin descanso el bien común, se deben potenciar las llamadas instituciones intermedias; en definitiva, se debe intentar contribuir a crear el marco más adecuado para que el ser humano se pueda realizar como tal.

En estos años, y de la mano del Estado de Bienestar, se ha multiplicado el déficit público, se han deteriorado los servicios públicos, se ha disparado el gasto público y, lo que faltaba, el desempleo también ha aumentado. La corrupción ha hecho acto de presencia con inusitada fuerza, la función pública no termina de convertirse a la idea del servicio a los ciudadanos y, lo que es más grave, quizás queriendo ayudar al ciudadano se han perdido tantos y tantos esfuerzos en una omnipotente burocracia ávida de más poder. Estos son algunos, no todos, de los elementos que han acompañado a un modelo de Estado que, tristemente, no pasará a la historia por haber contribuido a mejorar la calidad en el ejercicio de los derechos humanos. Sin

embargo, nos ha enseñado, una vez más, el peligro de intentar arreglarlo todo desde el aparato público.

Hace algún tiempo, Ludwig ERHARD en su libro titulado "Bienestar para todos", escribía que "el grito no debería ser: ¡Estado, ven en mi ayuda, protégeme, asísteme!, sino: No te metas tú, Estado, en mis asuntos, sino dame tanta libertad y déjame tanta parte del fruto de mi trabajo, que pueda yo mismo organizar mi existencia, mi destino, y el de mi familia".

Bibliografía

- CASSAGNE, J. C., *La intervención administrativa*, Buenos Aires, 1992.
- COTARELO, R., *Del Estado del Bienestar al Estado de Malestar*, Madrid, 1990.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo", *Anuario de Derechos Humanos*, 1981,
- LUHMANN, N., *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Madrid, 1994.
- MADDISON, A., *Las facetas del desarrollo capitalista*, Mexico, 1986.
- MESSNER, J., *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, Madrid, 1967.
- MISHRA, R., *The Welfare in crisis*, Brighton, 1984.
- OFFE, C., *Contradictions of the Welfare State*, London, 1984.
- PÉREZ LUÑO, E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1986.
- POPPER, K., "El Estado de Bienestar y las masas", *El mundo*, 6 de marzo de 1994.
- RODRIGUEZ-ARANA, J., *Principios de ética pública*, Madrid, 1993.

SHIRLEY, M., *La experiencia con la privatización, Finanzas y Desarrollo*, septiembre de 1988.

TAYLOR-GOOBY, P., *The future of the British State*, Kent, 1987.

VICENT, J. M., "L'agonie de l'Etat Providence", *Le Monde Diplomatic*, marzo, 1979.

PRINCIPIOS DEL CÓDIGO DE CONDUCTA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS *

Manuel Rojas Pérez

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Monteávila.

Director de la Revista de Derecho Funcionarial

Resumen: El ensayo es un intento de establecer cuáles son los principios que se derivan del Código de Conducta de los Servidores Públicos, así como las reglas fundamentales de actuación para los funcionarios.

Palabras clave: Principios. Conducta. Servidores Públicos. Reglas.

Summary: The essay is an attempt to establish what the principles are derived from the code of conduct of public servants, as well as the fundamentals rules of action for officials.

Key words: Principles. Conduct. Public Servants. Rules.

Recibido: 7 de febrero de 2013 Aceptado: 28 de febrero de 2013

Ciertas normas particulares persiguen la responsabilidad de los funcionarios que incurran en desobediencia a normas de conducta moral. Así, la Ley del Estatuto de la Función Pública y la Ley contra la Corrupción, marcan la pauta en cuanto a preceptos de derecho positivo que consagran mecanismos de defensa de la Administración contra el funcionario deshonesto.

* Este trabajo se encuentra inserto en el libro de nuestra autoría: Manuel Rojas Pérez, *La Ética Pública y el Código de Conducta de los Servidores Públicos*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2006. 116 páginas. Primera reimpresión 2007. La presente versión viene a ser una edición mejorada y ampliada de lo que en el libro se presenta.

Sin embargo, existe un Reglamento, el Código de Conducta de los Servidores Públicos del 15 de julio de 1998, una normativa poco conocida en la organización administrativa¹, que permite verificar cuales son los principios éticos que deben regir la conducta de los funcionarios públicos en su relación de disciplina para con la Administración pública.

La corrupción, como término genérico para determinar conductas contrarias a la ética pública, es una calamidad que afecta tremendamente al buen nombre de la Administración Pública y sobre todo de sus funcionarios.

Este fenómeno de la corrupción no es exclusivo ni de la época en que nos ha tocado vivir, ni de países como el nuestro. Ya en la antigua Grecia, hace veinticinco siglos, se contraponían dos términos básicos en la organización del sistema político: la ética y la política, siendo Aristóteles quien por primera vez diseñó el discurso moral, y ello sin olvidar que Platón perfiló en sus diálogos la base fundamental de lo que posteriormente conoceríamos con el nombre de ética. Por lo demás, la concepción ética del poder constituye uno de los principios deontológicos desencadenantes del proceso de construcción y diseño institucional de la modernidad, entendido en sus muy diversas y variadas manifestaciones.

A pesar de ello, queremos demostrar que no sólo la corrupción es una conducta distante de la ética pública, sino que otro tipo de situaciones podrían ser consideradas como actuaciones

1 Decimos que es poco conocida ya que sabemos de un solo trabajo monográfico que haga referencia a éste Código de Conducta de los Servidores Públicos. Nos referimos al trabajo de la autora Yasseya Moreno Bastidas, intitulado "La Evaluación de Desempeño en la Ley del Estatuto de la Función Pública", y publicado en la *Revista de Derecho*, número 13 del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004. Pág. 391-408. Sin embargo, dicho trabajo no hace un análisis analítico del Código de conducta ética, sino que se limita a señalar sus aspectos elementales, de vara con la evaluación de desempeño de los funcionarios públicos.

contrarias a la debida conducta moral de los servidores públicos.

Con la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa en 1970, y posteriormente de su reglamento, los funcionarios contaban con un marco normativo fundamental para regir su estatuto de derechos y deberes. De esa manera, la Administración Pública tenía a la mano la estructura procedimental para desechar a los funcionarios que se desligaran de los códigos morales a que hemos hecho alusión *supra*.

Pero esto no fue suficiente. Para determinar que era la falta de probidad o la conducta inmoral en el trabajo, debía utilizarse la discrecionalidad, que por lo general, se convertía en arbitrariedad. Así, era necesario establecer un instrumento normativo capaz de sancionar que aspectos de la relación funcional estaban dentro de la ética pública, y cuales escapaban a ella.

De modo tal, que el 15 de julio de 1998, mediante Gaceta Oficial número 36.496, fue publicado por el Ejecutivo Nacional un reglamento autónomo, bajo el nombre de Código de Conducta de los Servidores Públicos², destinado a verificar la ética de los funcionarios en sus labores de prestación de servicios públicos y de interés general, y es aplicable supletoriamente tanto a la Ley del Estatuto de la Función Pública como a la Ley Contra la Corrupción.

Así, este Código de Conducta de los Servidores Públicos, otorga a la Administración pública las herramientas necesarias para establecer lo más objetivamente posible, las formas de acogerse a los códigos éticos a que se debe todo servidor público, y plantea como objetivo fundamental *normar la con-*

2 El cual por cierto, como afirma la autora Moreno Bastidas, es el resultado del trabajo desarrollado por la Comisión Presidencial para la Vigilancia de la Administración Pública de entonces, que era una especie de Comisión contra la Corrupción. Moreno Bastidas. Ob. Cit. Pág. 406.

*ducta de los funcionarios públicos respecto de los principios éticos que han de regir el ejercicio de las funciones que desempeñan en la Administración Pública*³.

Este Código de Conducta de los Servidores Públicos puede tener una doble finalidad: (i) regir la conducta de los funcionarios públicos, en relación a la ética pública, y; (ii) servir de límite para desentrañar cuando se encuentra la Administración frente a una falta de probidad, a los efectos del procedimiento administrativo disciplinario.

En efecto, por una parte consagra los principios de conducta por los cuales debe regirse el servidor público. Todo funcionario público tiene la obligación de regirse por esos principios, a decir del artículo 33 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Por otra parte, el funcionario sustanciador que se encuentre frente a una imputación por la causal de destitución referente a la falta de probidad o de conducta inmoral en el sitio de trabajo, tendrá un lineamiento objetivo que le permitirá verificar si efectivamente existe esa omisión de respeto a la honradez y la ética. Este reglamento sirve entonces, para delimitar la esfera discrecional que tiene el funcionario público para determinar conceptos jurídicos tan indeterminados como falta de probidad o ausencia de moralidad.

De manera tal, pasamos a estudiar este Código de Conducta de los Servidores Públicos, con la intención y esperanza que se le dé la publicidad que merece, ya que creemos que es una norma que ayuda a establecer los límites de los principios generales que deben atender los funcionarios públicos, en un intento de aplicar un cerrojo, de decretar una batalla contra la corrupción administrativa y otros medios ajenos a la ética pública.

3 Ídem.

I. OBJETO DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE CONDUCTA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

En primer lugar, hay que destacar el objeto del Código de Conducta de los Servidores Públicos, lo que a tenor de su artículo 1º, dicho reglamento autónomo busca “...normar la conducta de los servidores públicos respecto a los principios éticos que han de regir el ejercicio de las funciones que desempeñan en la administración pública nacional”.

El Código es claro: su objeto fundamental es lograr que los servidores públicos se rijan por los postulados esenciales de la ética pública antes estudiada. Es preocupación del reglamentista la falta de deontología de los funcionarios públicos, y la abierta tendencia de algunos funcionarios a la corrupción y al peculado, y de otros servidores a la desidia administrativa.

II. SUJETOS DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE CONDUCTA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

El Código señala en el párrafo único del artículo primero, lo siguiente:

“A los efectos de este Código las expresiones ‘funcionario público’, ‘empleado público’ y ‘servidor público’ tendrán un mismo y único significado”

Así, este reglamento iguala los términos “servidor público”, “empleado público” y “funcionario público” bajo un mismo significado⁴.

4 Aunque debe observarse que en contra de esta igualdad de conceptos, De Pedro ha afirmado que “... no cabe asimilar el concepto de funcionario público al de empleado público, aunque reconozcamos su uso como sinónimos, tanto doctrinal, como legal y jurisprudencialmente. En puridad, la expresión empleado público nos parece más genérica, más extensa; engloba tanto a los propios funcionarios públicos sometidos a un régimen particular (generalmente estatutario) como a otros servidores públicos regulados por el derecho ordinario o común, en

Por supuesto, el concepto de funcionario público, en un sentido estricto, no corresponde al de empleado público o de servidor público. Pero estamos convencidos que la intención del reglamentista, más allá de hacer esta equiparación, fue la de dirigir la aplicación de dicho reglamento a *todos* los empleados al servicio de la Administración Pública, en su sentido más amplio.

Cuando el Código se dirige a los funcionarios públicos, empleados públicos y servidores públicos, no sólo los entiende como iguales, sino que quiere establecer que a cualquiera que pueda ser considerado dentro de estos tres supuestos, será sujeto de aplicación del mismo.

También se debe entender que los funcionarios públicos, empleados públicos y servidores públicos a los cuales hace referencia son aquellos que prestan servicios en cualquier institución de cualquiera de los órganos que conforman el Poder Público. Es decir, los funcionarios del Poder Judicial, los empleados del Poder Ciudadano, los contratados del Poder Ejecutivo, los obreros del Poder Legislativo, los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, los empleados de los institutos autónomos y de las empresas del Estado, los diputados de la Asamblea Nacional y de los Consejos Legislativos, los profesores universitarios, los miembros de las Autoridades Únicas de Área, los funcionarios consulares, en fin todos los empleados al servicio del Estado, son incluidos en la aplicación de este Código.

Por tanto, es indudable que los funcionarios de libre elección popular, de libre nombramiento y remoción –tanto de alto nivel como de confianza–, los de carrera administrativa, los contratados que presten servicios exclusivos o a tiempo determinado a la Administración, los obreros al servicio de esta y

especial por el Derecho del Trabajo, como es el caso de los contratados u otros".
Antonio De Pedro Fernández, *Derecho de la Función Pública. La Experiencia Venezolana*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2004. Pág. 56-57.

contratistas, sin excepción alguna, de cualquiera de los órganos o entes de la Administración Pública nacional, estatal o municipal, centralizada o descentralizada, son sujetos de la aplicación del presente Código de Conducta de los Servidores Públicos.

Sin embargo, es de destacar que no son sujeto de aplicación de este Código de conducta moral los jueces de la República, en razón que los mismos tiene una legislación especial en esta materia, como lo es el Código de Ética del Juez.

III. VIGENCIA DEL CÓDIGO DE CONDUCTA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

La promulgación del Código de Conducta de los Servidores Públicos se realizó en plena vigencia de la Ley de Carrera Administrativa y su reglamento, bajo la égida de la derogada Constitución de 1961, lo cual podrían hacer dudar a más de una persona sobre la validez del Código.

Sin embargo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su disposición derogatoria única, señala que todo lo que no contradiga los postulados constitucionales mantendrá su plena vigencia. Y siendo que el Código de Conducta de los Servidores Públicos en nada contraría a la Carta Magna de 1999, este se encuentra constitucionalmente en plena vigencia y por tanto perfectamente aplicable.

De otra parte, la Ley del Estatuto de la Función Pública, que entró en vigencia definitivamente el 6 de septiembre de 2002 deroga expresamente “...la Ley de Carrera Administrativa del 3 de septiembre de 1970, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.428 Extraordinario de fecha 4 de septiembre de 1970, reformada por Decreto Ley N° 914 del 13 de mayo de 1975 publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.745

Extraordinario del 23 de mayo de 1975; el Decreto N° 211 del 2 de julio de 1974, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 30.438 de fecha 2 de julio 1974; el Reglamento sobre los Sindicatos de Funcionarios Públicos dictado mediante Decreto N° 585 del 28 de abril de 1971, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 29.497 del 30 de abril de 1971 y cualesquiera otras disposiciones que colidan con la presente Ley”.

Así, siendo que no fue derogado expresamente por la nueva Ley del Estatuto de la Función Pública, ni colida de ninguna manera con esta, sino que por el contrario, la complementa, es claro que el Código de Conducta de los Servidores Públicos se encuentra en perfecta vigencia, aplicable de manera inmediata a todo sujeto que de alguna u otra manera preste servicios a la Administración Pública.

IV. LOS PRINCIPIOS ÉTICOS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

El Código de Conducta de los Servidores Públicos regula un patrón de conducta ética de los servidores del Estado al servicio de los ciudadanos. Para ello, ideó un sistema de principios a los cuales debe ceñirse la conducta de estos.

Dichos principios son los siguientes:

- 1.- La honestidad;
- 2.- La equidad;
- 3.- El decoro;
- 4.- La lealtad;
- 5.- La vocación de servicio;
- 6.- La disciplina;
- 7.- La eficacia;
- 8.- La responsabilidad;
- 9.- La puntualidad;

10.- La transparencia;

11.- La pulcritud.

El grueso del Código de Conducta de los Servidores Públicos se refiere a los lineamientos básicos de cada uno de los principios que informan a la ética del empleado público venezolano.

Así, existe la obligación de cumplir de manera férrea y decidida los postulados esenciales de esos principios, que *infra* se analizaran de manera particularizada y detallada.

Más allá, no sólo el Código pretende la atención de todos los principios, siendo que a tenor de su artículo 4, *“El ejercicio de la función pública administrativa de cualquier servidor público propondrá a la combinación óptima de estos principios, debiendo tener prioridad la honestidad”*.

Por tanto, es necesaria la aplicación combinada de todos esos principios para que pueda valorarse la verdadera ética del funcionario.

El Código de Conducta de los Servidores Públicos señala en su artículo 16 que el funcionario que durante el ejercicio de sus actividades practique de manera cabal y rigurosa los principios de conducta éticos a los que está obligado, será considerado un servidor público de buena conducta.

A todo ello, el artículo 3 del Código resalta los principios rectores de los deberes y conductas de los servidores públicos respecto a los valores éticos que han de regir la función pública, y a tal efecto, señala que dichos principios son (i) la honestidad; (ii) la equidad; (iii) el decoro; (iv) la lealtad; (v) la vocación de servicio; (vi) la disciplina; (viii) la eficacia; (ix) la responsabilidad; (x) la puntualidad; (xi) la transparencia, y; (xii) la pulcritud.

En ese sentido, ese Código de Conducta de los Servidores Públicos entra a determinar todos y cada uno de estos principios éticos, estableciendo en qué consisten, así como los mecanismos de apreciación de los mismos, sin olvidar que el ejercicio de la función pública administrativa de cualquier servidor público propenderá a la combinación óptima de todos esos principios morales.

1. La Honestidad

El primer gran principio rector de la ética pública refiere a la honestidad. Viene a ser la decencia, el recato, el pudor, dignidad en los dichos y en los hechos⁵. Un deber que debe ser aplicado con particular rigor por los servidores públicos es el referido a la honestidad, que tiene que ver directamente con la corrupción o el tráfico de influencias⁶.

Este Código de Conducta de los Servidores Públicos en su artículo 5, señala que la honestidad exige actuar teniendo en cuenta siempre que los fines públicos excluyen cualquier comportamiento en desmedro del interés colectivo, destinado de alguna manera al provecho personal o grupal de los servidores públicos o de un tercero cualquiera que éste sea, o buscarlo u obtenerlo por sí mismo o por interpuesta persona. Así, implica la obligación del funcionario público de atender siempre al interés colectivo, y nunca al personal, bien en beneficio propio o de un tercero.

De esta manera, todo servidor que en motivo de su función pública busque el interés personal con los medios que su actividad prestacional le otorga, estará actuando de manera ciertamente deshonestamente.

5 Manuel Osorio, "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", Editorial Heliasta, Montevideo, 1963. Voz: *Honestidad y Decencia*, p. 354.

6 Louis Fougère, *La Fonction Publique. Etudes et choix de textes commentés*. Institut International des Sciences Administratives, Bruselas, 1966, p. 302.

Se resalta la importancia de este principio, como el más importante de todos los elementos rectores de la ética pública, cuando el Código establece en su artículo 4 que es prioritaria la atención a la honestidad.

El instrumento normativo estudiado establece en su artículo 17 los criterios de valoración del principio de la honestidad. Así, el funcionario público está en la obligación de rechazar cualquier tipo de regalos, invitaciones, favores, dádivas, o cualquier clase de halagos, siempre que sean ofrecidos por personas o grupos interesados en obtener decisiones favorables.

De igual manera, el funcionario público deberá mantener distancia con aquel individuo que tenga interés en las resultas de algún asunto que dicho empleado público esté tramitando.

También debe el servidor público ejercer su actividad pública con una finalidad colectiva, esto es, el funcionario debe abstenerse de ejercer sus funciones con fines distintos al interés general. En este punto, el Código señala de manera expresa que éste no deberá vincular su vida privada con el desempeño del cargo que ejerce, no utilizarlo para hostigamiento, acoso o seducción de cualquier tipo. Aquí caben entonces figuras como el acoso sexual, que configura definitivamente una falta a la ética y a la rectitud moral de los funcionarios.

Por otra parte, el Código expresa que el funcionario debe abstenerse de celebrar contratos de cualquier naturaleza con la República, ni por sí, ni por interpuestas personas, lo cual es ya una prohibición de rango constitucional consagrada en el artículo 145 de la Carta Magna, y de igual manera en el numeral primero del artículo 34 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Otro criterio a verificar es la obligación de inhibirse en los asuntos en que el servidor público tenga algún tipo de interés, lo cual también se encuentra consagrado en otras normas de

manera expresa, tales como la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que consagra el capítulo II del Título II, sobre las inhibiciones de los funcionarios, así como el numeral 10 del artículo 33 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Es de recordar que en materia de procedimientos administrativos no existe la figura de la recusación, la cual si existe en el Código de Procedimiento Civil. Así, el funcionario no puede ser recusado del conocimiento de un caso en concreto, sino que el ciudadano debe solicitar al empleado público que se inhíba, y esperar a que este efectivamente cumpla con ello.

En muchos casos, esta inexistencia de recusación en los procedimientos administrativos, tiene como fatal consecuencia que el funcionario se inhíbe cuando quiere, y si es que quiere, ya que no existe la sanción por la omisión de inhibirse. Por ello, aquí el tema ético es sumamente fuerte y poderoso, toda vez que la única obligación que tiene el funcionario de inhibirse es meramente moral.

El Código señala que las entrevistas con personeros o particulares interesados en una determinada decisión deberán ser efectuadas en la respectiva oficina o lugar de trabajo del funcionario. Así, todo servidor público que deba realizar una audiencia con algún ciudadano interesado en un trámite que curse por ante la dependencia en la cual se presta servicios, deberá hacerla única y exclusivamente en el local físico de la institución pública.

La razón parece evidente: se intenta que el funcionario no reciba ningún tipo de favor, dádivas, y demás elementos a que se refiere el numeral primero del artículo 17 del Código, evitando la tendencia al peculado.

Nótese que este numeral no consagra el caso de las entrevistas de trabajo, esto es, el caso del ciudadano que se reúne en audiencia con el funcionario competente para obtener algún

contrato por servicios profesionales. Sin embargo, creemos que este criterio también abarca ese supuesto de hecho, ya que toda conferencia en función de la prestación del servicio deberá ser lo más abierta y lo más transparente posible, lo que solo se logra si la entrevista es realizada en la respectiva oficina o lugar de trabajo.

En otro sentido, el instrumento normativo estudiado indica que los datos e informaciones que dispongan los funcionarios no deberán ser utilizados para fines distintos de los institucionales. Sin embargo, el mismo código ético señala más adelante que quien haya ejercido funciones públicas se deberá abstener de utilizar la información obtenida en el ejercicio de su cargo en contra de los intereses de la República por el lapso de un (1) año.

De igual forma, es criterio para apreciar la honestidad de los servidores públicos, que los funcionarios superiores se abstengan de ordenar a sus subordinados a realizar durante el tiempo de trabajo, actividades correspondientes a los asuntos e intereses personales de sus superiores. Esto ciertamente es una práctica constante, no solo de la Administración pública, sino también de los organismos privados, que consiste en que los superiores obligan a sus inferiores jerárquicos a realizar actividades personales.

Así, es común ver al superior que ordena al subordinado cobrar un cheque personal, o manda a realizar una tesis de grado universitaria, o le impone buscar una información en Internet para las tareas escolares de sus hijos. Aquí entra en juego el llamado deber de obediencia, donde el funcionario está en la obligación de cumplir lo asignado por el superior, siempre y cuando se circunscriba dentro de sus competencias naturales.

De esta manera, la obediencia que deben los funcionarios públicos a sus superiores encuentra un límite objetivo

establecido en la ley: las especificaciones del respectivo cargo, esto es, el conjunto de obligaciones, responsabilidades y tareas típicas de una clase de cargo determinado, las cuales aparecen enumeradas o descritas en el Manual Descriptivo de Cargos. Por tal razón, el subordinado estará obligado a obedecer al superior sólo si la orden está relacionada directamente con las especificaciones del cargo⁷.

Otro aspecto llamativo es lo consagrado en el décimo literal del artículo 17 del Código, que señala que el servidor público mostrará la rectitud e integridad de su conducta escogiendo siempre cuando esté delante de dos opciones la mejor y más ventajosa para el bien común.

Esta libertad de escoger entre varias opciones –pueden ser más de dos, no como señala el Código– no es más que la consagración de la potestad discrecionalidad de la Administración Pública, la posibilidad de actuar y decidir frente a varias escenas, distintas entidades, múltiples modos, diferentes momentos⁸, definida como la posibilidad que por disposición legal o reglamentaria se le da al órgano administrativo de disponer de un margen libre de apreciación que le permite aplicar sus criterios de oportunidad y conveniencia del acto administrativo⁹ y que a decir de Tomás Ramón Fernández, uno de los mayores estudiosos del tema de la discrecionalidad, es el gran problema del Derecho Administrativo¹⁰.

7 Manuel Rojas Pérez, “Las Causales de Destitución en la Ley del Estatuto de la Función Pública” en *Régimen Jurídico de la Función Pública. Libro Homenaje a la doctora Hildegard Rondón de Sansó* Tomo III. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Centro de Investigaciones Jurídicas. Caracas, 2004, p. 92.

8 Aldo M. Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Casa Editrice Dottore Eugenio Jovene, Napoles, 1971, p. 341.

9 Hildegard Rondón de Sansó, *Teoría General de la Actividad Administrativa. Organización. Actos Internos*, Ediciones Liber, Caracas, 2001.

10 Tomás Ramón Fernández. “Discrecionalidad y Jurisdicción Revisora” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 2, Madrid, 1974.

El tema de la discrecionalidad y su relación con la ética pública implica que la decisión que se tome sea efectivamente la mejor. Que esa resolución del servidor público se base en criterios de racionalidad, razonabilidad, proporcionalidad, verificación de la realidad histórico-política de la sociedad en el momento determinado, en fin, diversos mecanismos que permitan tomar una decisión distanciada de arbitrariedad, y que atienda efectivamente al interés general y a la razón de la norma.

Distinto elemento de valoración es el referido a la moderación en la utilización de las prerrogativas inherentes al cargo de funcionario público. En efecto, el Código determina que el servidor público deberá ejercer con comedimiento y discreción las prerrogativas del cargo y se abstendrá de ello cuando cause algún perjuicio a los legítimos intereses de los usuarios.

Aquí es importante hablar de las prerrogativas en juicio de la República, consagradas en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Por ejemplo, se desprende del artículo 6 de dicha ley que los representantes de la República tendrán acceso a los expedientes que se encuentren en los tribunales, registros, notarías y demás órganos nacionales, estatales y municipales, aún en horario no hábil. Este es un evidente privilegio concedido a los funcionarios públicos.

En el caso que se destaca, según el Código de Conducta de los Servidores Públicos, los funcionarios que actúen en razón de esa prerrogativa, deberán entonces recurrir a ella de manera moderada, solo cuando sea estrictamente necesario, y por supuesto, cuando la revisión de expedientes fuera de las horas destinadas para ello se deba a actuaciones vinculadas con las actuaciones asignadas, y nunca personales.

Así, siempre que el funcionario de la Procuraduría General de la República tenga la oportunidad de hacer la revisión de expedientes en el horario normal de Despacho de los tribuna-

les, y recurra a la prerrogativa señalada sólo cuando en verdad sea absolutamente necesaria la revisión en horario fuera del ordinario, y no por comodidad, estará dentro de los parámetros éticos exigidos por el Código de Conducta de los Servidores Públicos.

2. La Equidad

Es la equidad el segundo de los principios básicos que deben regir la conducta de los funcionarios públicos, como lo señala el artículo 18 del Código de Conducta de los Servidores Públicos. La equidad viene a ser la justicia distributiva, la basada en la igualdad o proporcionalidad, la moderación en la aplicación de la ley atemperando según el criterio de justicia el rigor de la ley¹¹. Por equidad entendían los griegos la realización de la justicia absoluta, que corregía en su aplicación la norma general, adaptándola al caso concreto.

La fidelidad y paralelismo con que lo acompaña, puede llevar a decir que la equidad es la sombra del Derecho, si cuanto de ella se ha pensado y escrito sobre los albores jurídicos de la humanidad no la presentaran como su luz o complemento, ante la oscuridad o desamparo de la norma legal o frente a rigores y estragos de su aplicación escrita. Ya por su etimología, del latín *equitas*, la equidad implica la idea de relación y armonía entre una cosa y aquello que le es propio, y se adapta a su naturaleza íntima.

Señala el Código en su artículo 6 que la equidad obliga a los servidores públicos a actuar, respecto a las personas que demandan o solicitan sus servicios, sin ningún tipo de preferencias y sólo en razón del mérito, legalidad, motivaciones objetivas y sin consideración de género, religión, etnia, posición social y económica u otras características ajenas al fondo del asunto y a la justicia. Por tanto, puede decirse que para el

11 Osorio. Ob. Cit. Voz: *Equidad*, p. 288.

Código, la equidad viene a ser un colorario del principio a la igualdad procesal.

La equidad entonces se verifica y practica de conformidad con los siguientes criterios:

La imparcialidad es el primer elemento fundamental de la equidad. Esta figura ética viene a ser la falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, de lo cual resulta poder juzgar o proceder con rectitud¹². La imparcialidad es así la principal virtud de los jueces y operarios de justicia y Administración pública.

En efecto, todo aquel que solicite o demande atención o servicio por ante un servidor público deberá recibir un tratamiento imparcial y objetivo. Así, se respeta el principio constitucional de no discriminación, que debe ser aplicado sin excepción, por los servidores públicos.

Evidentemente, esto no toma en cuenta el trato preferencial que ciertas personas deben tener en razón de sus necesidades en el momento determinado. Los ancianos, las mujeres embarazadas o los inválidos, tendrán evidentemente un trato desigual en relación a los demás, por su condición precaria.

El segundo literal del artículo 18 del Código señala que la prestación del servicio se debe en igual cantidad o calidad a todos los usuarios, concediendo la misma oportunidad a cada uno de ellos. Estarán justificados sólo aquellos tratamientos especiales amparados por la ley. Incuestionablemente, hay casos que requieren de una mayor proporción de interés por parte de los servidores públicos en atención a su complejidad, novedad e importancia. Por tanto, este elemento, debe ser valorado en su justa medida, y de manera casuística.

12 Guillermo Cabanellas de Torres. "Diccionario Jurídico Elemental". Editorial Eliasta. Buenos Aires, 2000. Voz: Imparcialidad. Pág. 194.

Un tercer literal de este artículo 18 especifica que el servidor público deberá estar permanentemente consciente que su trabajo está regido por el interés de ser útil a quien demande un servicio, sin considerar condición social, política, económica, religiosa, étnica, o de cualquier otro orden, respetando fielmente sus derechos individuales. Esto no es más que una repetición del primer numeral de este artículo 18, el cual reafirma el principio constitucional de prohibición de discriminación. Evidentemente, todos los funcionarios públicos prestan un servicio público, una prestación de un servicio *útil* a quien lo demande. Por tanto, no es necesario ahondar en este elemento, ya que con la sola mención de la prohibición constitucional a la discriminación será suficiente para exigirlo.

El cuarto y último literal determina que la actitud asumida por el servidor público en los actos del servicio no debe permitir que odios, simpatías, antipatías, caprichos, presiones o intereses de orden personal o grupal interfieran en el trato con el público, con otras autoridades o con sus compañeros de trabajo, superiores o subordinados.

Tal enunciado ordena a los funcionarios a inhibirse en las causas en las cuales sus intereses personales no les permitan actuar con imparcialidad. Así, debe aplicarse todo lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en la Ley del Estatuto de la Función Pública, y en el Código de Procedimiento Civil, referentes a las causales de inhibición, lo cual justamente, forma parte del principio ético de la honestidad, ya analizado *supra*.

3. El Decoro

El decoro impone al servidor público respeto para sí y para los ciudadanos que recurran en solicitud de atención o demanda de algún servicio. Respeto que ha de exteriorizar siendo circunspecto en el lenguaje y en la manera de condu-

cirse durante el ejercicio de las funciones y tareas asignadas, tal como lo afirma el artículo 7 del Código.

Este principio forma parte de los deberes de los funcionarios públicos que exige el artículo 33 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. En efecto, el numeral 5 del artículo en cuestión señala que será obligación del funcionario público el guardar en todo momento una conducta digna y recatada, observando en las relaciones con sus superiores, subordinados y con el público toda la consideración y cortesía debidas. Este deber funcionarial también se encuentra consagrado en ordinal 7 del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Según señala el artículo 19 del Código de Conducta de los Servidores Públicos, el decoro se verifica en primer lugar cuando el servidor público mantiene una conducta acorde con las normas jurídicas y buenas costumbres sociales, en todo momento, lugar y circunstancia.

Así, creemos que en este sentido, se aplica lo que señala González Pérez *"...no debe limitarse al ámbito estrictamente funcionarial, sino que trasciende el ámbito interno de la institución donde el funcionario se desempeña, actuaciones públicas de quienes revisten la calidad de agentes del Estado, toda vez que la vida social acorde con la dignidad del cargo debe ser observada por todos los funcionarios en sus actuaciones privadas con el objeto de no dañar el prestigio del servicio"*¹³.

En ese orden, el servidor público debe tener, según el Código comentado, en todo momento y no sólo dentro de los límites físicos de su sitio de trabajo, una conducta intachable socialmente.

13 Jesús González Pérez, *La Ética en la Administración Pública*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, p. 45.

De otra parte, establece el primer literal del artículo 19 del reglamento analizado, que el funcionario debe mantener una conducta acorde con las buenas costumbres. Puede asimilarse ese particular con la causal de destitución consagrada en la Ley del Estatuto de la Función Pública, referente a la conducta inmoral en el trabajo, sobre lo cual, señalamos en su oportunidad: *“Así, la conducta inmoral en el trabajo se refiere a actividades de tipo sexual, o de tipo higiénico. El funcionario que demuestra una actitud bochornosa, como por ejemplo, realizando actos sexuales dentro de la dependencia oficial, o aquel que en el sitio de trabajo se dedique a ver revistas de tipo pornográfico, está realizando una actividad inmoral en el trabajo. El funcionario que se presente embriagado al sitio de trabajo, o que estando en él se embriague, está incurso en la causal de destitución aquí estudiada. De igual manera quien utilice en todo momento un lenguaje soez, y vulgar, con calificativos despectivos y groseros; quien reiteradamente realice gestos impropios. Toda actividad contraria a los usos y costumbres determinados en el lugar de trabajo, o en función de ello es tipificable en esta falta¹⁴”*.

El segundo literal del artículo 19 del Código, señala que para determinar el decoro en el servidor público, debe éste abstenerse de practicar tertulias, juegos, lances bromistas o conversaciones telefónicas en el ejercicio de sus funciones, y en especial cuando atienda al público. De modo tal que es obligación del funcionario prestar su servicio con toda la atención y respeto posible. Todo ello, claro está, dentro de los límites acordes con la convivencia en el sitio de trabajo entre funcionarios. Esto tampoco puede significar que no haya comunicación o un trato ameno entre los empleados del órgano público, pero lo que si se exige es respeto entre ellos.

El tercer literal aluce que el tratamiento al público será de usted y se evitaren familiaridades, coloquismos y toda suerte de lenguaje no cónsono con la seriedad y formalidad que debe tener un servidor público, debiéndose evitar el abuso de con-

14 Rojas Pérez. Ob. Cit., pp. 101-102.

fianza en el trato con el público e incluso entre funcionarios. Este aspecto debe resaltarse, ya que es muy común el trato coloquial hacia los usuarios de servicios públicos, utilizándose frases que distan mucho de ser respetuosas.

Si la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que sólo se dará el trato de ciudadano o ciudadana, el Código en el mismo literal ordena a que sólo se dé a los ciudadanos el trato de “usted”, a los fines que haya un respeto hacia los usuarios, y no se usen expresiones fuera de contexto.

Por último, otra manera de verificar el decoro es en la cortesía en el trato con el público. Todo servidor público está obligado a tratar con la mayor educación y urbanidad a los usuarios de los servicios, lo cual por supuesto, debe también ser trasladado a los que los ciudadanos utilicen el servicio público, que en muchas oportunidades también irrespetan a los funcionarios públicos.

4. La Lealtad

Según el artículo 8 del Código de Conducta de los Servidores Públicos, la lealtad será manifestación permanente de fidelidad que se traducirá en constancia y solidaridad para con la institución, supervisores, compañeros y subordinados, y cuando se ejercita en ausencia de los superiores alcanza su máxima expresión.

De hecho, ordinariamente se entiende a la lealtad como aquel sujeto que sigue las reglas del honor, de la probidad, de la rectitud y de la fidelidad. Aquel sujeto que es leal, es el que no engaña bajo ningún concepto a otro, y por tanto, obtiene la total y absoluta confianza de quien la deposita en él.

En el caso de la lealtad institucional, esta implica que el funcionario no debe engañar a Administración Pública, ya que se debe a su profesión. La función pública implica respeto

hacia la Administración, la cual ha depositado confianza en ese servidor ingresándolo en sus filas.

La lealtad forma parte del decálogo del Abogado del maestro Couture, quien señaló: *“Sé leal. Leal con tu cliente al que no puedes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para con el adversario, aun cuando él sea desleal contigo. Leal para con el Juez que ignora los hechos, y debe confiar en lo que tú le dices y que, en cuando al Derecho, alguna que otra vez debe confiar en lo que tú le invocas”*¹⁵.

Enseña la doctrina que los funcionarios tienen un deber básico de lealtad al Estado y a las Instituciones¹⁶, el cual tiene tres aristas: (i) la neutralidad política e imparcialidad; (ii) los deberes de reserva y discreción, y; (iii) el deber de velar por los intereses del Estado.

El primero de ellos refiere a lo que Carrasco señala como la objetividad que el empleado público debe guardar¹⁷. Esta implica limitaciones a la actuación de los funcionario, tanto respecto de su actividad política como privada, y entraña la neutralidad de la función pública, ajena a cualquier tipo de presiones, posturas personales o razones subjetivas para que el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas los funcionarios garantice a los administrados la satisfacción de los intereses públicos.

Un segundo elemento que la doctrina señala es el deber de reserva y discreción que puede definirse como la obligación

15 Eduardo J. Couture, *Los Mandamientos del Abogado*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 11.

16 Joaquín Rodríguez Falcón, *Los Deberes y la Responsabilidad Disciplinaria de los Funcionarios Públicos*, Paredes Editores. Caracas, 1985, p. 6.

17 Alejandro E. Carrasco C., “Consideraciones sobre la Neutralidad Política de los Funcionarios Públicos” en *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Homenaje a la Doctora Hildegard Rondón de Sansó*, Ob. Cit., Caracas, 2004, p. 124.

del funcionario de no develar los asuntos reservados o confidenciales o secretos de los cuales tenga conocimiento en el trabajo en su condición de funcionario. Así, todo funcionario está vinculado por la obligación de la discreción profesional por todo lo que concierne a los hechos e informaciones de los cuales tenga conocimiento en el ejercicio o en la ocasión de sus funciones¹⁸.

Esto incluso puede eventualmente configurar una causal de destitución de conformidad con el numeral 12 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública

En un Estado democrático, la transparencia y la publicidad de la Administración Pública constituyen una verdadera exigencia para la efectividad del control social de las actividades públicas¹⁹. Sin embargo, junto al valor de transparencia existen otros valores o intereses generales susceptibles de protección que pueden amparar ciertas restricciones del primero. La garantía de la eficacia de ciertas políticas, de los derechos fundamentales y la necesidad de evitar que quienes tienen acceso a información privilegiada dispongan de ella de forma ilegítima, justifican la imposición de deberes de secreto y sigilo al personal de la Administración Pública, y las restricciones al principio de la transparencia que ello comporta.

En tal sentido, es un deber disciplinario y ético, ineludible de los servidores públicos, guardar la reserva, discreción y secreto que requieran los asuntos relacionados con la función que tengan atribuidos, según lo estipula el numeral 6 del artículo 33 *eiusdem*. Por tanto, existe el deber de no revelar información sobre documentos que hayan sido declarados previamente como reservados o confidenciales tal y como lo

18 Fougère. Ob. Cit. Pág. 313.

19 Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, Colección de Derecho Público, Editorial Ex Nova, 2da Edición, Valladolid, 2001, p. 328.

señala el artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos²⁰.

Claro está, los ciudadanos tendrían acceso a los archivos y registros administrativos, limitados tanto por los límites aceptables dentro de la sociedad democrática, con lo cual se deja a la ley el establecimiento de esas fronteras. En ese sentido, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece la posibilidad de dictar actos administrativos que determinen el carácter de confidencialidad de ciertos elementos de un expediente administrativo. Ya será mediante el principio de proporcionalidad consagrado en la misma Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la que determine esos límites, ya que no sería racional ni mucho menos proporcional, que todo un expediente administrativo sea clasificado confidencial, sin una razón que realmente lo amerite.

El tercer elemento de la lealtad institucional refiere al deber de velar por los intereses del Estado, el cual implica intereses de orden patrimonial, claro está, pero también de orden moral y de buen nombre y reputación de la institución pública a la cual se presta servicio.

Para poder apreciar la lealtad de los empleados públicos, el Código de Conducta de los Servidores Públicos determinó las siguientes reglas:

Todo servidor público tiene la obligación de comunicar a sus superiores de cualquier acto contrario a las disposiciones del reglamento *in commento*. En efecto, visto que el empleado público se debe al órgano o ente al cual presta servicio, debe

20 El artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos expresa: "Los interesados y sus representantes tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento, leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente, así como de pedir certificación del mismo. Se exceptúan los documentos calificados como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales serán archivados en cuerpos separados del expediente. La calificación de confidencial deberá hacerse mediante acto motivado".

fungir como operador ético de la misma. Creemos que según el Código, todo funcionario está obligado a señalar las faltas de otros, incluso, si estos son sus superiores, y no sólo respecto de subordinados y funcionarios de igual categoría.

Esto incluso se encuentra consagrado expresamente en el propio Código en el artículo 2 del mismo que reza:

“Artículo 2. Todo servidor público que conozca de cualquier hecho contrario a la normativa dispuesta en el presente Código, que atente contra los principios contenidos en el artículo 3, está en el deber de informar a los directivos de la institución donde preste sus servicios el presunto infractor”.

Por otra parte, el funcionario público debe mantener una actitud que permita fortalecer la solidaridad y confraternidad con sus compañeros de trabajo y ser custodio de los bienes de la dependencia del sitio de trabajo.

5. La Vocación de Servicio

Según el artículo 9 del Código, la vocación de servicio excluye conductas, motivaciones e intereses que no sean los institucionales y se patentiza en acciones de entrega diligente a las tareas asignadas, implicando disposición para dar oportuna y esmerada atención a los requerimientos y trabajos encomendados, apertura y receptividad para encauzar cortésmente las peticiones, demandas, quejas y reclamos del público, así como contestarlas pronta y oportunamente, como ordena el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La obligación del servidor público consiste básicamente en la realización de la tarea profesional que se le haya asignado dentro del nivel de rendimiento y jornada horaria establecida. En este sentido, el empleado público desatiende sus deberes profesionales, relativos a la vocación de servicio cuando incumple los horarios de trabajo, no asiste injustificadamente

a su sitio de trabajo, descuida o es negligente en el ejercicio de sus funciones y tiene una falta de rendimiento en las tareas encomendadas, tanto las que comporten inhibición en el cumplimiento de estas, como los que simplemente afecten al normal funcionamiento de los servicios públicos²¹.

Todo empleado público con vocación de servicio, debe desempeñar su cargo en función de las obligaciones que le confieren utilizando todos sus conocimientos y su capacidad física y mental, con el fin de obtener los mejores resultados. Así el servidor público debe dar siempre lo mejor de sí para lograr los cometidos que su cargo tiene estipulado, utilizando todos los medios lícitos disponibles.

También, el funcionario tiene un deber básico para con los usuarios de los servicios públicos, el cual consiste en actuar solidariamente, con respeto, cordialidad, tolerancia y consideración para el ciudadano.

Igualmente, es deber del servidor público solicitar a sus superiores que informe sobre las funciones inherentes a su cargo, así como los deberes y los procedimientos a seguir en los trámites que sustancie la institución, con la finalidad de realizar una cabal prestación del servicio público.

6. La Disciplina

De la disciplina se ha dicho que es la observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión o estatuto. Puede afirmarse sin lugar a dudas, que el primer gran deber de todo funcionario consiste en cumplir y hacer cumplir las leyes, y servir de ejemplo para los ciudadanos de cumplimiento del ordenamiento jurídico y ético. Como señala Rodríguez-Arana, los

21 Antonio Martínez Marín, *Régimen Jurídico de los Funcionarios*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 73.

gestores públicos deben promover un comportamiento ético, mediante la disciplina de su comportamiento²².

El artículo atiende a la observancia y el estricto cumplimiento de las normas administrativas por parte de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, todo ello según el artículo 10 *eiusdem*.

La disciplina es la observancia estricta a las normas que rigen un sistema determinado. Cuando se atienden con exactitud las reglas preexistentes así como las órdenes y directrices encomendadas por el funcionario superior, se actúa con disciplina.

El primer gran elemento de la disciplina tiene que ver con la obediencia jerárquica²³. Este aspecto en particular del principio ético de la disciplina ha sido abordado por la Ley del Estatuto de la Función Pública, ya que en el numeral 4 del artículo 86 de dicha norma funcional consagra como causal de destitución de los funcionarios públicos la desobediencia a las órdenes e instrucciones del supervisor inmediato.

Este elemento disciplinario deviene del principio organizativo de la jerarquía, la cual implica una relación de supremacía frente a otra de subordinación, ya que el superior tiene la potestad de determinar los criterios y lineamientos a ser valorados y realizados por el inferior, y éste se encuentra en la obligación de cumplir lo ordenado, salvo disposición expresa de la ley, por lo que se ha dicho que el deber de obediencia -disciplina- implica acatamiento y ejecución por parte del órgano inferior de la orden manifestada e impuesta por el superior²⁴.

22 Rodríguez-Arana. Ob. Cit. Pág. 14.

23 Humberto Briceño León. "Sistemas en la Ley de Carrera Administrativa. Relación Superiores-Subordinados", en *Revista de Derecho Público*, número 35, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, pp. 35-36.

24 Rojas Pérez. Ob. Cit. Pág. 91.

Es la jerarquía la que permite que en la Administración exista un aspecto sancionatorio interno, esto es, que los funcionarios puedan ser sancionados por el de mayor grado, cuando se cumplen las condiciones de ley para ello. Así, desde que los funcionarios no se rindan ante las normas que rigen su comportamiento funcional, es decir, cuando no cumplen con exactitud y rigidez sus obligaciones, esto es, cuando son indisciplinados, el funcionario de mayor jerarquía puede, cumpliendo los procedimientos administrativos establecidos, sancionar al funcionario desadaptado, todo ello, se insiste, con base en el principio de la jerarquía.

De otra parte, los servidores públicos respetarán los principios y prácticas de la continuidad administrativa, siempre que se ajusten a Derecho, independientemente de cuáles sean sus afiliaciones políticas o simpatías electorales. Es decir, el funcionario público en caso de cambio de superiores en razón de cambios políticos -verbigracia, de gobierno- deberá obedecer a los nuevos funcionarios.

Ahora bien, estamos convencidos que este principio ético del acatamiento a la continuidad administrativa también debe ser cumplido por esos nuevos funcionarios públicos que lleguen a la Administración, respetando a los funcionarios que ya estaban antes de su llegada, sin necesidad de removerlos sólo por no formar parte de la plancha o simpatía electoral por la cual estos nuevos funcionarios llegaron a ese cargo.

Otro elemento importante de la disciplina estriba en la prohibición que tiene el servidor público de abandonar su lugar de trabajo sin estar debidamente autorizado, así como tampoco extraer documentación o información reservada para uso único y exclusivo de la dependencia donde se desempeña.

7. La Eficacia

La eficacia es un principio que debe regir a la actividad administrativa de manera uniforme y permanente. Sin embargo, incluso fuera de nuestras fronteras²⁵, el tema de la eficacia pública se ha visto seriamente disminuido por no decir anulado, por la corrupción, la falta de probidad de sus funcionarios, la ausencia de vocación de servicio, la desidia y el desinterés entre muchas otras situaciones.

De hecho, la ineficacia absoluta de la Administración Pública y de sus servidores ha llevado a la creación de figuras ajenas al Derecho Administrativo, para intentar prestar un servicio más óptimo, como es el caso de las privatizaciones. En fin, uno de los elementos importantes para que se diera pie a la llamada huida del derecho administrativo al Derecho Público, es la ineficacia de la Administración en el manejo de intereses públicos²⁶.

También, según la tesis de Gordillo, ha llevado a crearse una verdadera administración paralela, una suerte de doble Administración pública subterránea, procedimientos administrativos informales, publicidad de actos administrativos por medios no señalados en la ley, actuación de gestores, solicitud de dinero para resolver un trámite administrativo, entre muchos otros actos perniciosos²⁷.

25 Fougère. Ob. Cit. Pág. 31; González Pérez. Ob. Cit. Pág. 86.

26 Sebastián Martín-Retortillo Baquer, *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 201. Allan R. Brewer-Carías, "La Interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el Proceso de Huida y Recuperación del Derecho Administrativo" en, *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo 'Allan Randolph Brewer-Carías'*, Las Formas de la Actividad Administrativa, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, p. 28.

27 Agustín A. Gordillo, *La Administración Paralela*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

Para ello, el Código de Conducta de los Servidores Públicos busca combatir este grave vicio, señalando en su artículo 11 que la eficacia comporta la realización de los programas y actuaciones de políticas públicas al menor costo, en el menor tiempo posible y con logro óptimo de los objetivos planteados, y en ese sentido, especifica en su artículo 23 algunos principios elementales, a saber, en primer lugar, la creación una infraestructura técnico-administrativa, mediante la cual las disposiciones del Código sean efectivamente aplicables, como directivas, manuales, instructivos, entre otros, ya que *"...es muy importante que los que ocupan un cargo público conozcan sus derechos y obligaciones cuando se encuentren con actuaciones reprochables"*²⁸.

Otro aspecto importante es el disponer y mantener canales abiertos de información para la recepción, atención y tratamiento de quejas, reclamos, denuncias, peticiones, solicitudes y sugerencias que el público plantee sobre los deberes y comportamiento ético de los servidores públicos.

También es destacable el deseo del reglamentista, quien señala que los superiores jerárquicos deberán organizar debidamente su tiempo de audiencia a la ciudadanía, de manera de evitar largas antesalas y esperas indefinidas, y en caso de formación de largas colas de público en espera de atención, los supervisores deberán organizar el trabajo de los funcionarios, a los fines de la resolución pronta y óptima de la situación.

Por otra parte, el Código hace de aplicación obligada a los servidores públicos, el uso de los recursos científicos y tecnológicos a su alcance, a los fines de la mejor prestación del servicio público. De igual manera el funcionario debe estar abierto a ser capacitado para el logro de mejores resultados. Y si bien no lo señala el Código, creemos que también forma parte de esto la necesaria capacitación de los funcionarios de manera conti-

28 Rodríguez-Arana. Ob. Cit., p. 113.

nua, en áreas de informática, internet, procesadores de palabras y cualquier otro sistema tecnológico que ayude a resolver las situaciones de manera rápida y efectiva.

También consideramos que en este supuesto, se desprende el derecho del servidor de realizar cursos de postgrado, de extensión o de actualización en el área en la cual se desempeña, lo cual se convierte en un deber del funcionario superior jerárquico de permitir la realización de dichos estudios y de dar el apoyo técnico y económico para que esta sea realizado.

El Código de Conducta de los Servidores Públicos nada señala acerca de la práctica acostumbrada en los organismos públicos de enviar a los ciudadanos a otra dependencia a que averigüen sobre su solicitud, y la obligación del ciudadano de ir, oficina por oficina, esperando a obtener una respuesta sobre su situación, respuesta que en muchos casos no llega nunca.

Sobre esto, el humorista Otrova Gomas señala una alegoría bien interesante, cuando un presunto funcionario público se defiende del reclamo de un ciudadano por “pelotearlo” por todo un Ministerio, y aquel se defiende contestándole: *“En realidad lo que un empleado público hace es presentar obstáculos a las personas que le interrumpen su descanso. No me mal entienda, no es por mí, las leyes las imponen y la inventan otros. Uno sólo se limita a solicitar recaudos y a decirles que vengan otro día”*²⁹. Jocosa respuesta que sin embargo es una muy triste realidad. Por tanto, creemos que en cada dependencia se debe llevar un control informático pormenorizado de cada caso que se lleve en ese órgano a los fines de dar una respuesta ágil y segura al ciudadano que en la mayoría de las oportunidades se encuentra indefenso ante la ineficacia manifiesta de la Administración pública.

29 Otrova Gomas, *El Caso de la Araña de Cinco Patas*, Ediciones Oox, Caracas, 1984, p. 177.

8. La Responsabilidad

La responsabilidad en general es el efecto desfavorable que recae sobre un sujeto como consecuencia de su conducta, cuando la misma constituida por una acción u omisión, ha violado una norma jurídica o un pacto contractualmente establecido³⁰. Se trata de una figura que nace y tiene su razón de ser dentro de la propia Administración.

La Administración Pública está conformada por un conjunto de leyes, reglamentos que establecen derechos y deberes, los fines y su funcionamiento, basados en la existencia de un orden administrativo que corresponde respetar a todos por igual, y el quebrantamiento de ese orden, es lo que da origen a la responsabilidad administrativa.

Por lo general se le define a esa responsabilidad administrativa como aquella obligación de reparar lo dañado, por la infracción de los deberes que tienen todos los ciudadanos, funcionarios o no, frente a la Administración. Se refiere a la violación de una regla que impone un deber jurídico al ciudadano frente a la Administración, transgresión que se sanciona a fin de que sea cumplida, bien con una pena propiamente dicha, o con una compensación, como sucede con las sobretasas en el derecho fiscal³¹.

El ciudadano debe observar normas de diferente naturaleza: de policía, fiscales, de tránsito, entre otras, muchas de las cuales imponen deberes que de ser desobedecidos, quebrantan la paz y el orden social administrativo. De esta forma vemos

30 Hildegard Rondón de Sansó, "Responsabilidad Administrativa y Disciplinaria de los Funcionarios Públicos en la Ley del Estatuto de la Función Pública y en la Ley contra la Corrupción", en *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Homenaje a la Doctora Hildegard Rondón de Sansó*, Ob. Cit., Caracas, 2004, p. 145.

31 Tulio Chiossone, *Las Sanciones en Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1973, pp. 23-24.

que la responsabilidad administrativa, si bien es una responsabilidad especial, con relación a la penal y a la civil, en el mundo del derecho administrativo es una responsabilidad genérica, se aplica indistintamente a ciudadanos y funcionarios en general³².

La responsabilidad como principio de conducta de los servidores públicos, consagrado en el artículo 12 del Reglamento, significa disposición y diligencia en el cumplimiento de las competencias, funciones y tareas encomendadas, el tomar la iniciativa de ofrecerse a realizarlas; así como la permanente disposición a rendir cuentas y a asumir las consecuencias de la conducta pública sin excusas de ninguna naturaleza, cuando se requiera o juzgue obligante.

El Código de Conducta de los Servidores Públicos ofrece unas pautas para apreciar la responsabilidad de los servidores públicos, a decir de su artículo 24, a saber que todo superior jerárquico de un ente u órgano velará porque en los actos de juramentación y toma de posesión de los cargos se lean partes seleccionadas de ese código ético y se entregue un ejemplar al nuevo titular.

Esta es una forma de hacer público el Código, de informar a los nuevos funcionarios que ingresen a la Administración Pública que existe un manual normativo dirigido a regular la actividad ética de los empleados al servicio del Estado y que ésta será afectivamente valorada y vigilada. También es una manera simbólica de compromiso de manejar el cargo público con total probidad.

32 Sobre el tema de la responsabilidad en disciplinaria puede verse el trabajo de Alejandro E. Carrasco C. "Comentarios al Régimen Disciplinario en la Ley del Estatuto de la Función Pública", en *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Homenaje a la Doctora Hildegard Rondón de Sansó*, Tomo I, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2003.

El segundo literal del artículo 24 señala que el servidor público debe reconocer sus limitaciones al momento de realizar actividades de servicio público, en especial cuando se trate de contacto directo con el usuario y solicitar si fuere necesario la debida capacitación y colaboración en el área donde lo requiera, pero este no debe evadir los compromisos contraídos con las personas que acudan en solicitud de la debida prestación de servicios.

De otra parte, el servidor público, en observancia a la responsabilidad ética que le atañe, es el custodio principal del patrimonio de la dependencia y ambiente de trabajo donde se desempeña, debiendo ser fiel y permanente vigilante de los documentos, bienes e intereses que le han sido confiados.

También debe el empleado público, a pesar que el Código nada señala, hacer inventario de sus bienes patrimoniales al ingresar a la Administración y al retirarse de ella, sin necesidad que le sea solicitada, a los fines de demostrar un verdadero compromiso moral para con la institución, y para con la República.

9. La Puntualidad

La puntualidad de los empleados públicos, desde el punto de vista estrictamente ético, exige del servidor público que los compromisos contraídos y las tareas, encargos y trabajos asignados sean cumplidos dentro de los lapsos establecidos o convenidos.

Según el artículo 13 del Código, la puntualidad impone exactitud y precisión en el cumplimiento de los horarios para el desarrollo de las actividades ordinarias y extraordinarias relacionadas con sus labores.

Este principio en términos claros, puede ser definido como la condición de puntual, esto es, que llega a la hora debida y que cumple con sus obligaciones en el tiempo previsto.

En nuestra Administración Pública, este principio por lo general, jamás ha sido aplicado, o por lo menos fue olvidado hace mucho tiempo. Y no sólo nos referimos a las oficinas que abren tarde sus puertas porque los servidores se encuentran desayunando o descansando del nutrido almuerzo, sino a aquellos casos en que pasan años sin obtener respuesta sobre un asunto del cual se ha solicitado algo.

El Código de Conducta de los Servidores Públicos enseña criterios para valorar la puntualidad de los servidores, siendo el primer de ellos el cumplimiento con exactitud de los horarios de trabajo, especialmente en el caso de los funcionarios encargados de atender al público.

De otra parte, se señala que la modificación de horarios debe garantizarle al usuario el recibir el mismo servicio, o incluso un servicio mejorado, por lo que está prohibido para los órganos o entes públicos el hacer cambios de horarios que lesiones en derecho del público asistido. Así, los cambios de horarios de atención al público no deben hacerse de manera tempestiva sino gradual, y pensando siempre en el bien general.

Por último, el Código prohíbe a los funcionarios una práctica común entre los trabajadores –públicos y privados– venezolanos. Señala el Código que los servidores públicos no deben por ningún concepto acortar el tiempo de trabajo en vísperas de festividades o fines de semana. Tampoco se tolerará la prolongación de los asuetos por días feriados que ocurran hacia el comienzo o fin de la semana laboral. Claramente el Código intenta restringir los llamados “puentes”, por los cuales se paralizan muchos trámites administrativos innecesariamente.

10. La Transparencia

La transparencia desde el punto de vista del reglamentista, exige del servidor público la ejecución diáfana de los actos del servicio, implicando que estos, en principio, tienen carácter público y son accesibles al conocimiento de toda persona natural o jurídica que tenga interés legítimo en el asunto. La transparencia entonces tiene que ver con la publicidad de los actos y procedimientos administrativos. Así, todos los actos que conformen el procedimiento o trámite administrativo deberán ser de carácter público, tal como lo señala la propia Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a los efectos que los interesados tengan conocimiento directo de los asuntos que les conciernen.

El artículo 26 del Código establece los parámetros para medir la pulcritud de los funcionarios públicos, siendo el primero de ellos el derecho de los usuarios del servicio a conocer la verdad, por lo que el servidor público no debe falsear u omitir la información que debe otorgar al ciudadano.

En otro resaltante orden de ideas, señala el Reglamento ético que la disposición arquitectónica de los despachos públicos deberá realizarse y mantenerse en forma tal que evite el exceso de antesalas y un ambiente físico intimidatorio para la ciudadanía. Tenemos que decir, que en este particular no se entiende con claridad que quiso expresar el reglamentista, ya que la norma es bastante oscura. Posiblemente quiso buscar que las estructuras se encuentren en buenas condiciones, con salidas de emergencias óptimas, con un ambiente propio de un sitio público, aseado, entre otros aspectos de este tipo. Sin embargo, aquí estamos especulando ya que insistimos que la norma no nos otorga mayor ayuda para entender esa calificación de intimidatorio que puede tener un organismo público.

Otro punto importante y llamativo de la transparencia como código ético, es que los servidores encargados de adqui-

siciones y compras deberán publicar periódicamente y en sitio visible al público una relación de los bienes adquiridos y servicios contratados, el objeto y valor de los mismos, su destino, el nombre del adjudicante, así como las licitaciones declaradas desiertas. Este particular busca que se haga un control ciudadano sobre el movimiento de bienes de las oficinas públicas, ya que en definitiva el contribuyente es el que termina pagando todas esas adquisiciones con los tributos que cancela.

11. La Pulcritud

El último de los principios rectores de los deberes y conductas de los servidores públicos respecto a los valores éticos que han de regir la función pública, refiere a la pulcritud. Esta es el esmero en el adorno y el aseo personal, así como en la ejecución de un trabajo manual delicado. En torno a la función pública, la pulcritud implica entonces la realización del trabajo público de una manera esmerada, realizada con impecable limpieza y suficiente calidad, sin errores de forma o fondo.

El artículo 15 señala que la pulcritud entraña la adecuada presentación de los bienes públicos, la preocupación por el ambiente físico de trabajo y, en todo caso, el no aumentar, por desidia, su deterioro. Asimismo implica la apropiada presentación personal de los servidores públicos durante el ejercicio de sus funciones. De tal manera que la pulcritud implica el cuidado físico de las instalaciones.

Para apreciar la pulcritud se siguen varios criterios, y uno de ellos tiene que ver con la apariencia personal del servidor público, la cual debe ser de general aceptación. Así, el servidor debe tener una buena prestancia sobre la indumentaria a utilizar en su sitio de trabajo. No se exige que utilice vestimentas de marcas onerosas. Nada más alejado del verdadero espíritu de lo que queremos plantear. Lo que en verdad se busca es que el servidor sea ejemplo de decencia en el vestir. Es inaceptable

que un funcionario público utilice ropas no pudorosas o muy informales.

Por último, el Código señala algo bastante interesante, ordenando el establecimiento, manejo y conservación de archivos y registros con especial cuidado, como fuente de antecedentes y experiencias que faciliten la gerencia pública y como muestra de respeto y aprecio por la tradición y la historia del Estado venezolano. Parece bien loable este llamado, a los fines que puedan conservarse antecedentes históricos, como el Archivo General de la Nación, el cual es fuente histórica para las futuras generaciones.

ACTUALIDAD

DESAFÍOS PRESENTES FRENTE AL ESTADO COMUNAL

Claudia Nikken

Doctora en Derecho de la Universidad Panthéon-Assas (París II)

Profesora de Derecho Administrativo de la

Universidad Central de Venezuela

Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Público

Resumen: *Decía Montesquieu en su Espíritu de las Leyes que es frecuente que los Estados florezcan más en el paso insensible de una constitución a otra, de lo que lo hacían bajo una u otra constitución. En Venezuela, desde hace años estamos en ese paso insensible de una a otra constitución; pero no es sino desde hace más o menos tres o cuatro años que pueden “palparse” ciertos elementos de ese pasaje.*

Se percibe ya que está en movimiento la forma del Estado a partir de la intención de establecer un nuevo régimen político. No es para nadie un secreto que se pretende la conformación de una sociedad socialista en aras de la constitución de un estado comunal, mediante un proceso que se ha venido formalizando paulatinamente desde el año 2002 y que termina demarcándose el año 2010 con la entrada en vigencia de una serie de leyes, llamadas del “poder popular”.

La definición del estado comunal que aparece en esas leyes suscita más preguntas que certezas, pues se sustenta sobre mitos. Por ello, el desafío fundamental, en este momento constitucional, es desmontar esos mitos. Sólo a partir de allí será posible entender que lo que se pretende es instaurar una hegemonía “ética, moral y espiritual” partir de sedicentes valores liberadores del socialismo. Es el otro desafío presente ante el estado comunal.

Palabras clave: *Constitución. Poder constituyente. Cambio constitucional. Estado comunal. Estado de Derecho. Socialismo. Democracia. Soberanía. Poder popular. Hegemonía. Contraloría social. Justicia comunal. Plan de la Patria. Montesquieu. Hugo Chávez. Nicolás Maduro*

Summary: In the Spirit of Laws, Montesquieu said that states often flourish more in the insensible passage of a constitution to another, than they did under either constitution. Venezuela has been for years in this insensible passage from one constitution to another, but it is only since about three or four years that certain elements of that passage have become “palpable”.

It is already perceived that the state form is moving to a change, from the intention to alter de the political regime. The establishment of a socialist society is openly intended towards the constitution of a communal state, through a process that has been formalized gradually since 2002 and that has pointed out in 2010 with the entry into force of a series of laws, said of “popular power”.

The definition of communal state given by those laws raises more questions than answers, because it is based on myths. That is why the key challenge in this constitutional moment is to dismantle those myths. Only from there it is possible to understand that the aim is to establish an “ethical, moral and spiritual” hegemony based in the so-called liberating values of socialism. Is this the other challenge facing the communal state..

Key words: Venezuela. Constitution. Constituent power. Constitutional change. Communal state. Rule of law (État de droit). Socialism. Democracy. Sovereignty. Popular power. Hegemony. Social control. Communal justice. Plan de la Patria. Montesquieu. Hugo Chavez. Nicolas Maduro.

Recibido: 10 de mayo

Aceptado: 26 de junio de 2013

Decía Montesquieu en su *Espíritu de las Leyes* que es frecuente que los Estados florezcan más en el paso insensible de una constitución a otra, de lo que lo hacían bajo una u otra constitución; lo que se explica, en su palabras, porque “es entonces cuando todos los resortes del gobierno están tensos; cuando todos los ciudadanos tienen pretensiones; cuando uno se ataca o se acaricia; cuando hay una noble emulación entre aquellos que defienden la constitución que declina, y los que empujan la constitución que prevalece”¹.

En Venezuela, desde hace muchos años estamos en ese paso *insensible* de una a otra constitución; y aunque tengo mucho tiempo diciéndolo², no es sino desde hace más o menos tres o cuatro años que pueden “palparse” ciertos elementos de ese pasaje. Es por ello que, para quienes nos hemos dedicado a estudiar la *ciencia* del derecho constitucional con la finalidad de entender el *objeto* derecho constitucional, particularmente el derecho constitucional venezolano del siglo XXI, no hay momento más fascinante que éste

Recordemos que el 19 de enero de 1999, la Sala Político-Administrativa de la entonces llamada Corte Suprema de Justicia, mediante la conocidísima decisión FUNDAHUMANOS, inició el proceso de de-constitución de la Constitución de 1961, al permitir que mediante el referendo consultivo previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (1998), se consultara al pueblo, con carácter decisorio, sobre la conveniencia o no de convocar una Asamblea Nacional Constituyente³.

1 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Col. Folio Essais, Gallimard, París, T. I, pp. 352-353.

2 C. Nikken, *La Cour Suprême de justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, Tesis de doctorado, Université Panthéon-Assas (París II), París, 2001, pp. 409-420; C. Nikken, “La justicia constitucional y el paso insensible de una Constitución a otra”, in *Justicia constitucional*, Col. Estado de Derecho, Serie primera, Tomo II, Acceso a la Justicia - FUNEDA - UNIMET, Caracas, 2012, pp. 55-115.

3 Sobre esto, C. Nikken, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, cit., pp. 357-408.

Existe la creencia general de acuerdo con la cual la de-constitución así iniciada tuvo su proceso de re-constitución en todo lo que fue la discusión, aprobación y posterior *sanción popular* de lo que llamamos *constitución*. Sin embargo, como hemos afirmado ya en varias partes, el Estado venezolano carece en la actualidad de una constitución escrita y rígida⁴, lo que implica que nuestra República está de-constituida.

La consecuencia es que está en movimiento la forma del Estado a partir de la intención de establecer un nuevo régimen político. Esto indica que nos encontramos en lo que se ha denominado la fase de *re-constitución*, es decir, en la fase del proceso constituyente que tiene por objeto establecer y sancionar el texto que dará nuevo fundamento jurídico al Estado. La pregunta es, cuál será ese texto.

No es para nadie un secreto que, por iniciativa presidencial –antes de Hugo Chávez (†) y ahora de Nicolás Maduro⁵– se

4 C. Nikken, “Sobre la invalidez de una constitución”, in *El Derecho Público a Comienzo del Siglo XXI-Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, T. I, Thomson-Cívitas, Madrid, 2003, pp. 206-218; C. Nikken, “Constitución” y “Bloque de la constitucionalidad”, in *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980 – 2005*, EJV, Caracas, 2006, pp. 69-87; Conferencia dictada en la sede de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en Caracas, el 29 de julio de 2010, referida a los consejos comunales, las comunas y la descentralización político-territorial, en el marco del análisis de las todavía en discusión para ese entonces “leyes del poder popular”; C. Nikken, “La Ley Orgánica de los Consejos Comunales y el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos”, in *Leyes Orgánicas del Poder Popular y el Estado Comunal (los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunista)*, Col. Textos Legislativos N° 47, EJV, Caracas 2011, pp. 187-188.

5 En junio de 2012, al inscribir su candidatura presidencial, Hugo Chávez Frías (†) presentó un programa de gobierno al que denominó: “Propuesta del candidato de la patria comandante Hugo Chávez para la gestión bolivariana socialista 2013-2019” (el texto puede ser consultado en <http://blog.chavez.org.ve/programa-patria-venezuela-2013-2019/#UYyGwr.y3ks>). Al momento de su inscripción como candidato presidencial en el marco del proceso electoral convocado para llenar la falta absoluta de Hugo Chávez (†), Nicolás Maduro consignó ante el Consejo Nacional Electoral exactamente el mismo programa de gobierno, Como se constata de <http://www>.

pretende la conformación de una *sociedad socialista* en aras de la constitución de un *estado comunal*, mediante un proceso iniciado –a nuestro juicio, aunque solapadamente– con base en la misma “constitución”; que ese proceso se ha venido formalizando paulatinamente desde el año 2002; que encuentra hitos especiales entre los años 2006 y 2008, incluyendo una reforma constitucional fallida para establecerlo; y que termina demarcándose el año 2010 con la entrada en vigencia de una serie de leyes, llamadas del “poder popular”⁶, que efectivamente tienden hacia la constitución de ese “estado comunal”.

El “Estado comunal” está definido en la Ley Orgánica del Poder Popular⁷:

“Forma de organización político social, fundada en el Estado democrático y social de derecho y de justicia establecido en la Constitución de la República, en la cual el poder es ejercido directamente por el pueblo, con un modelo económico de propiedad social y de desarrollo endógeno sustentable, que permita alcanzar a suprema felicidad social de los venezolanos y venezolanas en la sociedad socialista. La célula fundamental de conformación del estado comunal es la comuna”.

cne.gob.ve/web/normativa_electoral/elecciones/2013/presidenciales/documentos/programas/NICOLAS_MADURO.pdf y aparece en http://www.nicolasmaduro.org.ve/programa-patria-venezuela-2013-2019/#.UYyHgb_y3ks.

- 6 Ver especialmente Ley Orgánica de los Consejos Comunales (2009), Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno y su Reglamento (2010); Ley Especial de Liquidación del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (2010); Ley de Asignaciones Económicas Especiales Derivadas de Minas e Hidrocarburos (2010); Ley Orgánica del Poder Popular (2010); Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular (2010); Ley Orgánica de las Comunas (2010); Ley Orgánica del Sistema de Económico Comunal (2010); Ley Orgánica de Contraloría Social (2010); Ley Orgánica del Poder Público Municipal (2010); Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas (2010); Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública (2010).

- 7 Artículo 8.8 de la Ley Orgánica del Poder Popular.

La definición suscita más preguntas que certezas, pues se sustenta sobre mitos. Por ello, el desafío fundamental, en este momento constitucional, es desmontar esos mitos.

I. HAY QUE DESMONTAR LOS MITOS SOBRE EL “ESTADO COMUNAL”

Contrariamente a lo expresado en las leyes del poder popular, el estado comunal no es un Estado democrático (1); ni es un Estado social de derecho (2); ni en él el poder es directamente ejercido por el pueblo (3).

1. *El Estado comunal no es un Estado democrático*

Leyendo en días pasados *La democracia en 30 lecciones* de Giovanni Sartori⁸, tropecé con una serie de afirmaciones que resultan absolutamente pertinentes al análisis de la *figura del estado comunal*.

En efecto, según señala Sartori, la democracia es “liberal” y lo es porque la *libertad* es uno de sus componentes esenciales⁹; refiriéndose a la libertad política, es decir, a “la condición de ser libre o no libre en relación con los demás”, lo que supone “una coexistencia en libertad con la libertad ajena y una resistencia a la falta de libertad”¹⁰.

Señala Sartori que el “pluralismo” está en el origen de esa libertad política o liberalismo; entendiendo por “pluralismo” la disensión, la diversidad de opiniones¹¹. Este pluralismo tiene por fundamento la tolerancia, la cual se basa en tres criterios: 1) el rechazo de todo tipo de dogma o verdad única; 2) el

8 G. Sartori, *La democracia en 30 lecciones*, Taurus, Bogotá, 2009.

9 Ídem, pp. 109-110.

10 Ibídem, pp. 67.

11 Ibídem, pp. 63.

rechazo a cualquier perjuicio causado por el otro; 3) la reciprocidad¹².

Contrariamente a ello, en la definición legal de *estado comunal* se expresa que el mismo consiste en una forma de organización político-social, “con un modelo económico de propiedad social y de desarrollo endógeno sustentable, que permita alcanzar a suprema felicidad social de los venezolanos y venezolanas en la sociedad *socialista*”.

Cabe traer al respecto la idea de socialismo establecida en las llamadas “leyes del poder popular”, específicamente en la Ley Orgánica del Poder Popular¹³:

“[M]odo de relaciones sociales de producción centrado en la convivencia solidaria y la satisfacción de las necesidades materiales e intangibles de toda la sociedad, que tiene como base fundamental la recuperación del valor del trabajo como productor de bienes y servicios para satisfacer las necesidades humanas y lograr la suprema felicidad social y el desarrollo humano integral. Para ello es necesario el desarrollo de la propiedad social sobre los factores y medios de producción básicos y estratégicos que permita que todas las familias, ciudadanos venezolanos y ciudadanas venezolanas posean, usen y disfruten de su patrimonio, propiedad individual o familiar, y ejerzan el pleno goce de sus derechos económicos, sociales, políticos y culturales”.

Se trata de una definición llena de promesas electorales y electoreras, vacía de contenido real, de la cual sin embargo aparecen ideas que deben retenerse:

- 1) De lo que se trata es de lograr la “suprema felicidad social” y “el desarrollo humano integral”. Poco importa la felicidad o el desarrollo *individual*.

12 Ibídem, pp. 123.

13 Artículo 8.14 de la Ley Orgánica del Poder Popular.

- 2) A pesar de que la Constitución sólo “reserva” a los venezolanos el ejercicio de los derechos políticos (e incluso reconoce algunos a los extranjeros), según la definición analizada son los *venezolanos* y no los extranjeros quienes podrían poseer, usar y disfrutar un patrimonio, una “propiedad individual o familiar”, y ejercer “el pleno goce de sus derechos económicos, sociales, políticos y culturales”. Así, se quebranta el principio y derecho humano a la igualdad.
- 3) El objetivo fundamental del socialismo es recuperar el “valor del trabajo”, para lo cual “es necesario el desarrollo de la propiedad social sobre los factores y medios de producción básicos y estratégicos”. Es decir, según la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal:
 - En cuanto a la recuperación del “valor del trabajo”, de lo que se habla es de “trabajo colectivo”, es decir (art. 6.21), de una actividad *“organizada, planificada y desarrollada por los integrantes de las distintas formas organizativas de producción de propiedad social, basada en una relación de producción no alienada, propia y auténtica, de manera participativa y protagónica”*.
 - La “propiedad social”, por su parte, se define como (art. 6.15): *“[e]l derecho que tiene la sociedad de poseer medios y factores de producción o entidades con posibilidades de convertirse en tales, esenciales para el desarrollo de una vida plena o la producción de obras, bienes o servicios, que por condición o naturaleza propia son del dominio del Estado; bien sea por su condición estratégica para la soberanía y el desarrollo humano integral nacional, o porque su aprovechamiento garantiza el bienestar general, la satisfacción de las necesidades humanas, el desarrollo humano integral y el logro de la suprema felicidad social”*.

Desaparecen así, en socialismo, el trabajo *subordinado* a la voluntad de un particular, y el derecho individual de y a la propiedad; para dar paso al trabajo colectivo y al derecho que tiene la “sociedad” de “poseer” medios y factores de producción. En otros términos, el trabajo estará subordinado al patrono “Estado”, propietario de los medios y factores de producción, como personificación de la sociedad. Ese “Estado” es el *Estado comunal*.

Más allá, en el *Estado comunal* no existe el derecho a no *ser socialista*, por lo cual no existen el pluralismo ni la libertad política. Por ende, *no hay democracia*.

2. El *Estado comunal* no es un Estado social de derecho

Según el artículo 2 constitucional, Venezuela es un *Estado social de derecho*. Veamos qué quiere decir eso.

Luego de las experiencias *totalitarias* (nacionalsocialismo, fascismo, comunismo) y del desarrollo del “Estado providencia” al término de la segunda guerra mundial, la teoría del “Estado (burgués-liberal) de derecho” tuvo que adaptarse: el “Estado de derecho” no puede pretender *únicamente* la limitación del Estado por el derecho para garantizar la libertad de los particulares.

Sin abandonar el principio de la legalidad administrativa, el control judicial de la actividad estatal y la independencia judicial como principios; la concepción social supone que más allá de la jerarquía de las normas, el Estado de derecho implica la adhesión a un conjunto de principios y valores consagrados jurídicamente de manera explícita, acompañados por mecanismos de garantía apropiados¹⁴:

14 J. Chevallier, *L'État de droit*, 5ª ed., Col. Clefs, Montchrestien, París, 2010, pp. 67-110.

- *La idea de que la norma jurídica tiene características específicas, que responden a la necesidad de aportar seguridad jurídica como garantía contra la arbitrariedad:*
 - El derecho existente debe poder ser conocido y comprendido (accesibilidad e inteligibilidad del derecho)
 - Debe mejorar las “calidad” del derecho (disposiciones precisas, fórmulas no equívocas)
 - Los individuos deben disponer de ciertas garantías contra la modificación del derecho vigente: principio de la irretroactividad de las leyes, principio de la confianza legítima (protección ante la modificación imprevisible de las normas)
- *El reconocimiento de derechos fundamentales que deben ser garantizados adecuadamente.*

Para entender esto, es necesario partir de la lógica del *Estado providencia*, de acuerdo con la cual el Estado tiene por misión satisfacer necesidades de todo tipo de individuos y grupos, lo que implica su intervención en la esfera privada particular. Así:

- Los derechos y libertades, concebidas originalmente como límites a la actuación del Estado, son ahora derechos y garantías reconocidos a los individuos, quienes pueden exigírselos al Estado; y su carácter indefinidamente extensible justifica la extensión ilimitada de la intervención del Estado en la vida social, lo que se traduce en el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales.
- Se pasó de la democracia gobernada a la democracia gobernante, en la cual el pueblo no se esconde ya tras sus representantes sino que interviene directamente en la vida política; y de una democracia política a una

democracia social, en la cual los derechos son concebidos como exigencias y en la cual se privilegia la idea de igualdad.

El Estado, dotado de una función de regulación social global, se convierte en tutor de la sociedad: garantizando el desarrollo colectivo y protegiendo a cada quien.

El *Estado comunal* no es un Estado democrático y tampoco es un Estado social de derecho. De hecho, en el programa de gobierno de Nicolás Maduro, copiando el de Hugo Chávez (†), se afirma que el mismo sienta las bases de la “transición al socialismo” y de la “radicalización” de la democracia participativa y protagónica¹⁵. En ese sentido, se expresa que es necesario “acelerar el proceso de restitución del poder al pueblo”, y luego que “[e]l vivo, efectivo y pleno ejercicio del poder popular protagónico es insustituible condición de posibilidad para el socialismo bolivariano del siglo XXI”¹⁶. Se advierte, en complemento, que para avanzar hacia el socialismo, es necesario “un poder popular capaz de desarticular las tramas de opresión, explotación y dominación que subsisten en la sociedad venezolana”; lo que “pasa por pulverizar completamente la forma de Estado burguesa que heredamos”¹⁷.

La forma de Estado burguesa es, precisamente, el Estado social de derecho...

2. En el *Estado comunal* el poder no es ejercido directamente por el pueblo

La *soberanía*, en castellano, es la “cualidad de soberano”; es decir, la cualidad del “que ejerce o posee la autoridad suprema e independiente” (DRAE). Jurídicamente esa soberanía con-

15 Propuesta del candidato de la patria comandante Hugo Chávez para la gestión bolivariana socialista 2013-2019, pp. 2.

16 Ídem.

17 Ibídem.

siste en el máximo poder que se ejerce en el marco de un Estado, que consiste en el *monopolio del poder para dictar normas jurídicas*¹⁸; esto es, para establecer disposiciones de aplicación obligatoria y, además, para hacerlas cumplir incluso mediante el uso legítimo de la fuerza (coerción).

La soberanía tiene una doble lectura: se refiere al poder que ostenta cada Estado frente a los demás estados (que excluye la posibilidad de que éstos le impongan normas de manera unilateral); y también se refiere al máximo grado de poder dentro del Estado.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 5 constitucional, *“La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo...”*

El pueblo de Venezuela aparece en el *preámbulo* del texto constitucional decretando la Constitución “en ejercicio de sus poderes creadores”. En la nota que sigue a la *disposición final* del texto, encontramos que el *pueblo de Venezuela* “aprobó” (sancionó) la Constitución mediante referendo el 15 de diciembre de 1999. Así, el “pueblo de Venezuela”, en la Constitución, se asimila al *cuerpo electoral nacional*. [Luego, habría un “pueblo” en cada estado (cuerpo electoral estatal), y un “pueblo” en cada municipio (cuerpo electoral municipal)]. Se insiste, *el pueblo de Venezuela*, de acuerdo con la Constitución, *es el cuerpo electoral nacional*.

Lo anterior se ve corroborado por el mismo artículo 5 constitucional: la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce *directamente* en la forma prevista en la Constitución y la ley, e *indirectamente, mediante el sufragio*, por los órganos del poder público.

En efecto, la Constitución faculta al *pueblo de Venezuela* para sancionar *directamente* ciertas normas jurídicas: la convocatoria

18 O. Beaud, *La puissance de l'État*, Col. Léviathan, PUF, París, 1992, pp. 62.

de una Asamblea Nacional Constituyente (art. 347), la reforma constitucional (art. 344), la enmienda constitucional (art. 341.3 y 341.4) y leyes, incluso aprobatorias de ciertos tratados internacionales (arts. 73 y 74). Todo mediante referendo.

Además, *el pueblo* ejerce su soberanía por los órganos del poder público, el cual se “distribuye” entre el poder nacional, el poder estatal y el poder municipal (art. 136). El poder nacional, que es el atribuido a la República y por ende el que corresponde al *pueblo de Venezuela*, se “divide” en legislativo, ejecutivo, judicial, ciudadano y electoral (*eiusdem*).

El *pueblo de Venezuela*, mediante el *sufragio*, elige a los diputados de la Asamblea Nacional (art. 186) y al Presidente de la República (art. 228); es decir, al órgano del poder legislativo nacional (art. 187) y al jefe del Estado y del ejecutivo nacional (art. 226); pudiendo igualmente mediante el sufragio –por referendo– revocar sus mandatos (art. 72). La Asamblea Nacional, luego de procedimientos de tipo concursivo, “elige” a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 264), a los integrantes del Consejo Moral Republicano (art. 279), y a los rectores del Consejo Nacional Electoral (art. 296); es decir, a los integrantes del máximo órgano del poder judicial (art. 253), del órgano del poder ciudadano (art. 273) y del órgano del poder electoral (art. 292).

No hay duda, pues, de que la Constitución establece que la soberanía corresponde al pueblo, específicamente, al *pueblo de Venezuela*, quien le ejerce directamente en uso de su poder constituyente y, cuando es convocado, en uso del poder de legislar; e indirectamente por los órganos del poder público (nacional). Tampoco hay duda que el instrumento de ejercicio de la soberanía es el *sufragio*, que se caracteriza en la Constitución como derecho político y que se ejerce “mediante votaciones libres, universales, directas y secretas” (art. 63).

Ahora bien, de acuerdo con la definición legal, en el *estado comunal*, “el poder se ejerce directamente por el pueblo”. Esto se refiere, obviamente al “poder popular”, idea que “apareció” en la propuesta presidencial de reforma constitucional presentada en agosto de 2007 y rechazada popularmente en diciembre del mismo año¹⁹.

En esa propuesta se planteó la inclusión de un “poder popular” que derivaría de la distribución territorial del poder público, y se lo colocó al lado del poder municipal, el poder estatal y el poder nacional. Además, se afirmó que el pueblo, “depositario de la soberanía”, la ejercería directamente a través del poder popular; el cual no nacería del sufragio ni de elección popular alguna, “sino de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población”. Que ese poder popular “se expresa(ría) constituyendo las comunidades, las comunas y el autogobierno de las ciudades, a través de los consejos comunales, consejos de trabajadores y trabajadoras, consejos estudiantiles (...) y otros entes que señale la ley” (art. 136)²⁰.

Ese poder popular es definido en las llamadas “leyes del poder popular”, específicamente en la Ley Orgánica del Poder Popular (art. 2), que establece:

“El Poder Popular es el ejercicio pleno de la soberanía por parte del pueblo en lo político, económico, social, cultural, ambiental, internacional, y en todo ámbito del desenvolvimiento y desarrollo de la sociedad, a través de sus diversas

19 El texto de la propuesta de reforma constitucional puede ser consultado en la Revista de Derecho Público No 112, pp. 357-420.

20 Obviamente esta norma habría resultado contradictoria con lo dispuesto en el artículo 5 constitucional –cuya reforma no se planteó entonces–, pues allí se establece, primero, que el pueblo es el titular de la soberanía y no simplemente su *depositario*; además, que el pueblo ejerce directamente la soberanía de conformidad con lo previsto en la Constitución, e indirectamente *mediante el sufragio* por los órganos del poder público: si el poder popular era un “poder público” no podía no emanar del sufragio, sin vulnerar el principio representativo que emana del sufragio.

y disímiles formas de organización, que edifican el estado comunal”.

Cuando se dice que el poder popular “es el ejercicio pleno de la soberanía por parte del pueblo en lo político, social, cultural, ambiental, internacional, y en todo ámbito del desenvolvimiento y desarrollo de la sociedad” no se agrega nada al orden constitucional, como no sea una nueva manera, tautológica, de referirse a la soberanía popular. Ahora bien, cuando sigue la norma señalando que se trata del ejercicio pleno de la soberanía por parte del pueblo, “a través” de las “diversas y disímiles formas de organización [de la sociedad]”, hay que detenerse, más cuando se afirma que esa organización de la sociedad “edifica” el *estado comunal*.

Lo que significa en el caso “a través”, es el ejercicio *indirecto* –aunque sea pleno– de la soberanía popular, mediante las más diversas y disímiles formas de organización de la sociedad, que edifican el *estado comunal*. Así, en este estadio, puede afirmarse que el “poder popular” consiste en la facultad para emanar normas jurídicas, en nombre del pueblo, por las organizaciones sociales que edifican el *estado comunal*.

Cuando repasamos a noción de *estado comunal* contenida en la Ley Orgánica del Poder Popular, aparece obvio que nos encontramos ante dos conceptos que, lejos de complementarse como tendría que ser, se anulan el uno al otro: no puede el poder popular implicar el ejercicio indirecto de la soberanía por parte del “pueblo”, a través de una organización en la cual el “poder” se ejerce directamente por el pueblo. Estamos evidentemente ante una cantinflada: ¡las organizaciones sociales que edifican el estado comunal, en nombre del pueblo, ejercen la soberanía que el pueblo ejerce directamente de todas maneras en las organizaciones que edifican el *estado comunal*!

Pero, la verdad es que el poder popular no es poder, ni es popular.

El poder popular no es popular, porque no lo ejerce el pueblo.

La célula fundamental del *estado comunal* y, por ende, el medio esencial de expresión del “poder popular” es la comuna.

La *comuna* está definida en la Ley Orgánica de las Comunas (art. 5), así:

“Es un espacio socialista que, como entidad local, es definida por la integración de comunidades vecinas con una memoria histórica compartida, rasgos culturales, usos y costumbres, que se reconocen en el territorio que ocupan y en las actividades productivas que les sirven de sustento, y sobre el cual ejercen los principios de soberanía y participación protagónica como expresión del Poder Popular, en concordancia con un régimen de producción social y el modelo de desarrollo endógeno sustentable, contemplado en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación”.

Es una *entidad local*, y así de hecho lo recoge la Ley Orgánica del Poder Público Municipal en su versión del año 2010, de carácter especial, “que se rige por su ley de creación” y “puede constituirse dentro del territorio del Municipio o entre los límites político-administrativos de dos o más municipios sin que ello afecte la integridad territorial de los municipios donde se constituya” (art. 19).

Deriva, esta entidad local especial, de la *integración de comunidades vecinas*, que ejercen sobre el territorio que ocupan “los principios de soberanía y participación protagónica como expresión del Poder Popular”.

De acuerdo con la Ley Orgánica de las Comunas (art. 8), la comuna se constituye “por iniciativa popular a través de la agregación de comunidades organizadas”, según el siguiente procedimiento (arts. 9 al 17):

- 1) La iniciativa para la constitución de la comuna corresponde a los consejos comunales y a las organizaciones articuladas en ellos, quienes deben conformarse como “comisión promotora” y notificarlo al “órgano facilitador”.
- 2) La comisión promotora tiene por tarea fundamental preparar la carta fundacional de la comuna y ejecutar todas las actividades necesarias para que se produzca su aprobación mediante referendo.
- 3) Participan en el referendo los “electores” registrados en cada consejo comunal; y pueden estarlo, conforme a la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, los habitantes de la comunidad mayores de 15 años (art. 15). De manera que no se trata de los “electores” como categoría constitucional, la cual está *reservada a los ciudadanos*, con las excepciones constitucionales también, esto es a los venezolanos mayores de 18 años, civilmente hábiles, que no estén sujetos a inhabilitación política.
- 4) Se considera aprobada la carta fundacional y constituida la comuna, cuando el número de votos afirmativos supere el negativo, siempre que concurra a la elección el menos el 15% de los electores del ámbito territorial propuesto. No obstante, no se establecen las garantías necesarias para ejercer libremente el sufragio.
- 5) Aprobada la carta fundacional de la comuna, debe procederse a su registro ante el ministerio con competencia en materia de participación ciudadana, adquiriendo así la comuna personalidad jurídica.

Así, la existencia de la comuna depende, en primer lugar, de la “agregación” de comunidades organizadas en consejos comunales, es decir, de la expresión de la voluntad de esos consejos de asociarse entre sí y; en segundo lugar, del regis-

tro de esa asociación ante el ministerio del poder popular con competencia en materia de participación ciudadana. En consecuencia, para que pueda existir una comuna, medio esencial de expresión del “poder popular”, es necesario que preexistan dos o más consejos comunales y que medie la voluntad de un ministerio.

Resulta entonces ilógico que se exprese que la comuna es la célula fundamental del estado comunal; ese papel parece corresponderle al consejo comunal.

El consejo comunal, de acuerdo con la Ley Orgánica de los Consejos Comunales (art. 2), es una instancia de participación, articulación e integración entre los ciudadanos y las diversas organizaciones comunitarias, movimientos sociales y populares, *“que permiten al pueblo organizado ejercer el gobierno comunitario y la gestión directa de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades, potencialidades y aspiraciones de las comunidades, en la construcción del nuevo modelo de sociedad socialista de igualdad, equidad y justicia social”*. Su existencia depende de la aprobación, en Asamblea de Ciudadanos (asamblea constitutiva comunitaria), del acta constitutiva del consejo comunal; acta que debe ser registrada en el ministerio del poder popular con competencia en materia de participación ciudadana y cuyo registro puede ser rechazado cuando el consejo comunal *“tenga por objeto finalidades distintas a las previstas en la presente Ley”* (art. 18.1)

Ahora bien, es claro que no es el “pueblo” (nacional, estatal o municipal), quien decide sobre la constitución de un consejo comunal, sino una agrupación de persona en “asamblea de ciudadanos”. Además, la facultad otorgada al ministerio de rechazar el registro de consejos comunales que, a su entender, no tenga las finalidades previstas en la ley, se traduce en que las personas que, en asamblea, decidieron agruparse en un consejo comunal no tienen el poder de decidir sobre el objeto de su asociación; es el ministerio del poder popular con com-

petencia en materia de participación ciudadana quien decide sobre la constitución de los consejos comunales; lo que implica que el ejercicio del poder popular está sujeto a la *aprobación* del poder ejecutivo y no del “pueblo”.

Lo anterior se traduce en que el poder popular no es “poder” en el sentido de dominio o imperio, ni mucho menos es una expresión de la soberanía: *la constitución de un consejo comunal no es una decisión independiente*.

Para ratificarlo, basta notar que en la definición del consejo comunal se señala que las políticas públicas y proyectos que desarrollan están orientados a “la construcción del nuevo modelo de sociedad *socialista* de igualdad, equidad y justicia social”; no a cualquier modelo de sociedad. La comuna, por su parte, es definida legalmente como un espacio socialista, y el socialismo como un modelo de relaciones sociales de producción centrado en la “propiedad social” de los factores y medios de producción “básicos y estratégicos”.

No obstante lo dicho, la comuna dicta actos jurídicos de diversa naturaleza, a través de sus órganos: el parlamento comunal, el consejo ejecutivo, el consejo de planificación comunal, el consejo de economía comunal, el banco de la comuna, el consejo de contraloría comunal, la jurisdicción comunal. Estos actos deben dictarse en cumplimiento del propósito esencial de la comuna: *la construcción del estado comunal*.

El *parlamento comunal* está integrado por un vocero “electo” por cada consejo comunal articulado en la comuna; por tres voceros electos por las organizaciones socio-productivas, y por un vocero en representación del banco de la comuna. Es la máxima instancia del autogobierno en la comuna y, entre otros actos, sanciona las llamadas “cartas comunales”: instrumentos propuestos por los habitantes de la comuna “destinados a regular la vida social y comunitaria, coadyuvar con el orden

público, la convivencia, la primacía del interés colectivo sobre el interés particular y la defensa de los derechos humanos”.

El *consejo ejecutivo* está integrado por dos voceros electos por el parlamento comunal, y por un vocero electo por los voceros de las organizaciones socio-productivas ante el parlamento comunal (o sea, por unos miembros del parlamento comunal). Es la instancia de ejecución de las decisiones del parlamento comunal y ejerce la representación (legal) de la comuna. Se organiza en comités de gestión, que están encargados de articular con las organizaciones sociales de la comuna, proyectos y propuestas a ser presentados a través del consejo ejecutivo ante el parlamento comunal.

Nótese que los integrantes de ninguno de los dos órganos están sujetos a elección general por los habitantes de la comuna. A lo sumo, los “electores” de cada consejo comunal eligen a su representante ante el parlamento comunal.

Además, y para terminar, tanto se pretende la sustitución de la soberanía por el poder popular que se burlan abiertamente las normas constitucionales inherentes a la misma.

En primer lugar, *una ley no puede establecer medios de ejercicio indirecto de la soberanía*. El artículo 5 constitucional señala lógicamente que el ejercicio *indirecto* de la soberanía opera a través de los órganos del poder público, mediante el sufragio; y sólo la Constitución determina y puede determinar los órganos del poder público a través de los cuales se ejerce la soberanía: *ese es el objeto de las constituciones*.

En segundo lugar, el artículo 137 constitucional distribuye el poder público entre el poder nacional, el poder estatal y el poder municipal; sin referirse a ningún poder popular. De hecho, *en la reforma propuesta y rechazada el año 2007, se pretendía incorporar a la distribución territorial del poder público, precisamente al poder popular*.

En tercer lugar, *la unidad política primaria del Estado venezolano es el municipio*, según el artículo 168 constitucional, *no la comuna*, la cual ni siquiera aparece mencionada en el texto fundamental.

En cuarto lugar, de acuerdo con la Constitución (arts. 40, 41), los derechos políticos son privativos de los ciudadanos, es decir, de los venezolanos que no estén sujetos a inhabilitación política ni a interdicción civil; con las excepciones que la misma Constitución establece con relación al voto de extranjeros con más de 10 años de residencia en el país en elecciones estatales, municipales y parroquiales (art. 64). Para ser elector específicamente, debe haberse alcanzado la edad de 18 años (art. 64). No puede reconocerse así el voto a personas de 15 años, ni a extranjeros que no tengan 10 años en el país para “elegir” a sus “voceros” o representantes ante los diversos órganos de ejercicio del poder popular o para ejercer esos cargos; mucho menos para decidir sobre su constitución y funcionamiento.

Adicionalmente, la Constitución establece que el sufragio debe ejercerse mediante votaciones libres, universales, directas y secretas (art. 63). En las leyes del poder popular se menoscaba la libertad de sufragio desde que se permite votar a menores de edad –por consideración legal manipulables–, además en condiciones que no garantizan el secreto del voto (en asamblea), ni su universalidad (pareciera estar reservado a los socialistas), y ciertamente no son directas, salvo para elegir a los voceros de los consejos comunales y a ciertos voceros de la comuna.

II. LO QUE SE PRETENDE ES INSTAURAR UNA HEGEMONÍA “ÉTICA, MORAL Y ESPIRITUAL” A PARTIR DE SEDICENTES VALORES LIBERADORES DEL SOCIALISMO

De acuerdo con los términos del programa de gobierno de Nicolás Maduro²¹, para cumplir el segundo objetivo histórico allí planteado, que consiste en *continuar construyendo el socialismo bolivariano del siglo XXI*, es necesario en primer lugar “acelerar el cambio del sistema económico”, lo que requiere la “promoción de una nueva hegemonía ética, moral y espiritual que nos permita superar los vicios que aún no terminan de morir, del viejo modelo de sociedad capitalista”.

Hegemonía quiere decir “supremacía”, de manera que lo que se pretende es que exista una “nueva” supremacía ética, moral y espiritual; imponer principios éticos, morales y espirituales que permitan “superar los vicios que aún no terminan de morir, del viejo modelo de sociedad capitalista”. Esto, para construir una sociedad justa, socialista.

De acuerdo con los términos del programa de gobierno que se analiza, para *continuar construyendo el socialismo bolivariano del siglo XXI*, se requiere la “promoción de una nueva hegemonía ética, moral y espiritual que nos permita superar los vicios que aún no terminan de morir, del viejo modelo de sociedad capitalista”.

Esto se traduce en un “objetivo nacional” (2.4) [dentro del objetivo histórico *continuar construyendo el socialismo bolivariano del siglo XXI*], el cual se desarrolla en tres objetivos estratégicos:

2.4.1) “Preservar el acervo moral del Pueblo venezolano y reforzarlo mediante estrategias de formación en valores”.

21 Propuesta del candidato de la patria comandante Hugo Chávez para la gestión bolivariana socialista 2013-2019, pp. 4-5.

2.4.2) “Fortalecer la contraloría social”.

2.4.3) “Fortalecer el sistema de administración de justicia, combatir la impunidad, reformar el sistema penitenciario y promover la justicia de paz comunal”.

Estos objetivos estratégicos se dividen, luego, en “objetivos generales” que ameritan especial atención²²:

- 1) Se entiende que los “valores tradicionales” del “Pueblo venezolano” son la honestidad, la responsabilidad, la vocación de trabajo, el amor al prójimo, la solidaridad, la voluntad de superación, la lucha por la emancipación (2.4.1.1).
- 2) Se parte del principio de la necesidad de promover (para “reforzar” los valores tradicionales”), *“los valores del socialismo, la ética y la moral socialista, la formación y autoformación socialista, la disciplina consciente basada en la crítica y la autocrítica, la práctica de la solidaridad y el amor, la conciencia del deber social y la lucha contra la corrupción y el burocratismo”* (2.4.1.2)
- 3) Las “estrategias de formación en valores” son las siguientes:
 - La promoción *permanente* de los valores, *a través de todos los medios disponibles*, “como defensa contra los antivalores del modelo capitalista, que promueve la explotación, el consumismo, el individualismo y la corrupción, y que son el origen de la violencia criminal que agobia a la sociedad venezolana” (2.4.1.1)
 - La “adecuación” de los *planes de estudio* “en todos los niveles para la inclusión de estrategias de formación

22 Propuesta del candidato de la patria comandante Hugo Chávez para la gestión bolivariana socialista 2013-2019, pp. 25.

de valores cónsonos con la nueva sociedad que estamos labrando” (2.4.1.3)

En resumen, se emplearán todos los medios disponibles y los planes de estudio “en todos los niveles” –salvo los de las universidades autónomas, mientras lo sean–, para promover *hegemónicamente* la ética y la moral socialistas; al tiempo que se ataca la ética y la moral capitalista, advirtiéndole que de ellas derivan “la explotación, el consumismo, el individualismo y la corrupción, y que son el origen de la violencia criminal que agobia a la sociedad venezolana”.

Para lograrlo, en el programa de gobierno que se analiza se plantea “fortalecer la contraloría social” y, “fortalecer el sistema de administración de justicia, combatir la impunidad, reformar el sistema penitenciario y promover la justicia de paz comunal”.

1. Sobre la “contraloría social”

De acuerdo con el programa de gobierno analizado, la contraloría social es “la potestad y la capacidad del *Pueblo* para supervisar la gestión de los organismos de la administración pública en el manejo de los fondos públicos y en la eficacia en el alcance de las metas de gestión pública”. Se entiende que se trata como una estrategia, que debe ser dotada de herramientas para fortalecer su desempeño. (No se dice cuáles son esas herramientas).

De acuerdo con lo establecido en la Constitución, “[l]os electores y electoras tienen derecho a que sus representantes les rindan cuentas públicas, transparentes y periódicas sobre su gestión, de acuerdo con el programa presentado” (art. 66). Además, los ciudadanos tienen derecho de acceder “a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación crimi-

nar y a la intimidad y vida privada, de acuerdo con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto” (art. 143).

De manera que, según la Constitución, son las personas individuales o los grupos individuales de personas, en todo caso, quienes tienen los derechos a que se les rindan cuentas, por una parte y, por la otra, a acceder libremente a la información pública.

Ante el “pueblo” –entendido como cuerpo electoral según aparece en el preámbulo de la Constitución– también se rinden cuentas, directamente o indirectamente. *Directamente*, al momento de la reelección (enmienda No 1) y también cuando se somete al funcionario electo popularmente a un referendo revocatorio de su mandato (art. 72). *Indirectamente* a través de diversos mecanismos, entre los cuales sobresalen la responsabilidad *política* del ejecutivo ante la Asamblea Nacional (arts. 186.10, 240); la facultad de la Asamblea Nacional de remover a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 265), a los integrantes del Consejo Moral Republicano (art. 279), y a los rectores del Consejo Nacional Electoral (art. 296); y específicamente el sistema de control fiscal, a cuyo cargo están la Contraloría General de la República, las contralorías estatales y las contralorías municipales, el cual tiene específicamente por objeto el “control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos, (...) así como de las operaciones inherentes a los mismos”.

Podría entenderse así que la “contraloría social” que aparece en el programa de gobierno de Nicolás Maduro y cuyo fortalecimiento se señala como necesario para construir una nueva hegemonía moral, ética y espiritual, implica el ejercicio de los derechos a obtener rendición de cuentas y de acceso a la información pública, en aras de que “funcionen” los mecanismos directos e indirectos de rendición de cuentas ante “pueblo”.

No obstante, lo que se pretende es la aplicación de la Ley Orgánica de Contraloría Social, que es otra de las llamadas “leyes del poder popular”, y que define la contraloría social *“sobre la base del principio constitucional de corresponsabilidad, [como] una función compartida entre las instancias del Poder Público y los ciudadanos, ciudadanas y las organizaciones del Poder Popular, para garantizar que la inversión pública se realice de manera transparente y eficiente, en beneficio de los intereses de la sociedad, y que las actividades del sector privado no afecten intereses colectivos o sociales”* (art. 2).

No se trata, pues, como trata de mostrarse con el uso de la palabra “contraloría”, de un mecanismo de participación ciudadana en los mecanismos institucionales de control, específicamente de control fiscal; sino de un sistema de control social, como efectivamente se advierte en la ley (art. 3), cuyo propósito fundamental, en el marco de la construcción del estado comunal, *“es la prevención y corrección de comportamiento, actitudes y acciones que sean contrarios a los intereses sociales y a la ética en el desempeño de las funciones públicas, así como en las actividades de producción, distribución, intercambio, comercialización y suministro de bienes y servicios necesarios para la población, realizadas por el sector público o por el sector privado”*. De hecho, el mecanismo se creó el año 2007 en el ámbito de las normas de protección al consumidor y al usuario, para combatir fundamentalmente la “el acaparamiento y la especulación”.

La contraloría social es, se insiste, un método formal de control social, dirigido desde el Estado, concebido “como herramienta fundamental para la construcción de la nueva sociedad” y que *“se rige por los principios y valores socialistas de democracia participativa y protagónica, interés colectivo, gratuidad, equidad, justicia, igualdad social, complementariedad, diversidad cultural, defensa de los derechos humanos (...); y defensa de la integridad territorial y de la soberanía nacional”* (art. 6).

Se ejerce individual o colectivamente *“en todas las actividades de la vida social, y se integra de manera libre y voluntaria bajo la forma organizativa que sus miembros decidan”* (art. 7). Al respecto, dejando a salvo la contraloría social *“individual” y la orgánica* [aludiendo indirectamente a los órganos de contraloría social de los consejos comunales y las comunas, así como a los previstos en otras leyes fundamentalmente económicas], y *“[s]in perjuicio de cualquier iniciativa popular, que con fundamento en el principio constitucional de la soberanía y de acuerdo a las normativas legales, surjan de la dinámica de la sociedad”*, el control social se ejerce *“colectivamente”* mediante organizaciones constituidas *“por iniciativa popular, conformadas por dos o más personas, para ejercer el control de manera temporal sobre una situación específica y circunstancial; o permanentemente, sobre cualquier actividad del ámbito del control social”*. En el caso de las organizaciones llamadas a ejercer permanentemente el control social, se requiere que las mismas cumplan *“con las formalidades de constitución establecidas en la presente Ley y registrarse en el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de participación ciudadana”* (art. 9).

Dejando a salvo lo establecido en leyes distintas, si bien las personas u organizaciones antes señalados no aplican directamente sanciones, sí requieren a los *“órganos competentes”* (*“locales”, “regionales” o nacionales; “administrativas, penales, judiciales o de control fiscal”*), que den apertura a un procedimiento de investigación y, además, deben levantar un *“acta”* para dejar *“constancia fiel de los hechos, acompañada de la documentación que soporte los mismos”, a la cual se le otorga “carácter vinculante para los organismos receptores”* (art. 13).

A pesar de lo reprochable de la función de contraloría social, lo expresado parece dotar de *“legalidad”* las actuaciones de sus organizaciones, pues puede entenderse que de, poder aplicarse sanciones, las mismas tendrían que estar previstas en la ley y ser impuestas por los órganos del poder público. No obstante, sabemos que las leyes actuales están repletas de tipos

penales y administrativos *en blanco*, dejando las puertas abiertas a la arbitrariedad y, por ende, a la represión injustificada: *de lo que se trata es de construir una nueva hegemonía ética, moral y espiritual, basada en los valores liberadores del socialismo.*

2. Sobre las ideas de fortalecer el sistema de administración de justicia, combatir de la impunidad, reformar el sistema penitenciario y promover la justicia de paz comunal

El último “objetivo general” que permitiría “construir la nueva hegemonía ética, moral y espiritual”, se presenta, desde el encabezamiento, con cuatro aristas: el fortalecimiento del sistema de administración de justicia, el combate de la impunidad, la reforma del sistema penitenciario y la promoción de la justicia de paz comunal. No obstante, se desarrolla sólo en tres objetivos estratégicos, de los cuales *desaparecen el fortalecimiento del sistema de administración de justicia y el combate de la impunidad.*

Así, la construcción de la nueva hegemonía ética, moral y espiritual que pretende el Ejecutivo nacional, pasa por:

- 1) Dotar de los medios necesarios para su óptimo desempeño al “sistema de justicia”, “incluyendo el nivel de investigación criminal” (2.4.3.1)
- 2) Reformar el sistema penitenciario, “con la vista puesta en la rehabilitación integral de las personas privadas de libertad para favorecer su inserción productiva en una nueva sociedad” (2.4.3.2)
- 3) Promover la justicia de paz comunal, entendida como “herramienta eficaz para respaldar la convivencia pacífica y favorecer la práctica de la solidaridad y el amor entre los venezolanos y las venezolanas” (2.4.3.3)

Dicho esto, cabe hacerse tres preguntas:

- *¿Dotar de los medios necesarios para su óptimo desempeño al sistema de justicia es lo mismo que fortalecer el sistema de administración de justicia?*
- *¿En qué consistiría la reforma del sistema penitenciario?*
- *¿Qué es la justicia de paz comunal?*

Sobre el sistema de justicia y el sistema de administración de justicia

El “sistema de justicia”, de acuerdo con la Constitución, “está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los y las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio” (art. 253). Para su financiamiento, el de *todo el sistema de justicia*, se garantiza que en el presupuesto anual se le asignará una partida no menor del 2% del presupuesto nacional (art. 254).

La administración de justicia, en cambio, está a cargo del poder judicial; es decir, del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales establecidos en la ley. Para fortalecer el *sistema* de administración de justicia, habría que procurar al poder judicial los medios necesarios para su óptimo desempeño: aumento del número tribunales con competencia en todas las áreas, con suficiente dotación; capacitación profesional permanente de los jueces y demás funcionarios judiciales; remuneración adecuada de los funcionarios judiciales; etc. Lo más importante sería, en cumplimiento de la Constitución, financiar la *institucionalización* de los jueces, mediante la sustitución de los jueces provisorios y temporales, por jueces titulares que hayan ingresado a la carrera judicial “mediante

concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes” (art. 255).

Lo anterior, no obsta, por cierto, para que se dote al “sistema de justicia”, considerado de manera integral, de los medios suficientes para su correcto desempeño. Es de hecho el camino para vencer la impunidad. Pero no se trata, recordemos, de vencer la impunidad sino de construir una nueva hegemonía ética, moral y espiritual, basada en los valores liberadores del socialismo.

Sobre la reforma del sistema penitenciario que se plantea

La reforma del sistema penitenciario se plantea como meta en el programa de gobierno de Nicolás Maduro, pero en este objetivo general sólo se señala que debe pretenderse la rehabilitación integral de los privados de libertad, a fin de favorecer su inserción productiva en la “nueva sociedad”.

La rehabilitación y la reinserción social son principios y metas del sistema penitenciario, por lo cual nada agrega el programa sobre todo porque no establece, aparentemente, como materializarlos y alcanzarlos. Llamamos la atención sobre la referencia a la “nueva sociedad”, que ya sabemos es la socialista.

Cuando se desarrolla en otro espacio el objetivo nacional que consiste en construir una sociedad igualitaria y justa (2.2), específicamente al definirse el objetivo estratégico que se define como “profundizar el impulso a la transformación de las relaciones esenciales del pueblo” (2.2.1), se enumeran objetivos generales que muestran en qué consistiría la reforma del sistema penitenciario que se pretende (del 29 al 34):

- 1) Mejorar y construir infraestructuras para la comunidad penitenciaria, y generar alternativas para el cumplimiento de la pena.
- 2) Incorporar familiares, consejos comunales, organizaciones sociales y cualquier otra forma de organización, a labores “pertinentes” a la materia penitenciaria, para lograr la “transformación social del privado de libertad”.
- 3) Promover comunidades penitenciarias de “producción socialista”.
- 4) Crear condiciones para el apoyo post-penitenciario, como la no divulgación de los antecedentes penales y la inserción en programas socio-educativos y laborales.

Se trata, así, de convertir los centros penitenciarios en centros de adoctrinamiento socialista. En otros términos, se pretende sumar a *la privación de libertad personal la privación de la libertad de conciencia*.

Sobre la justicia de paz comunal

La justicia de paz comunal no es la justicia de paz prevista en la Constitución, ni es la justicia comunal prevista en la Ley Orgánica de las Comunas.

La justicia de paz prevista en la Constitución es un medio alternativo de resolución de controversias, competencia del poder municipal, que se incorpora al sistema de justicia, pero no a la estructura del poder judicial. Se estableció en Venezuela en la Ley Orgánica de Justicia de Paz del 21 de diciembre de 1994 y así se incorporó a la Constitución sancionada en diciembre de 1999. En esos términos, la justicia de paz persigue “lograr la justicia del caso concreto y garantizar la convi-

venia pacífica de los miembros de la comunidad vecinal” (art. 4), mediante conciliación o el juicio de equidad (art. 3).

La justicia comunal prevista en la Ley Orgánica de las Comunas, por su parte, es igualmente un medio alternativo de resolución de controversias “derivadas directamente del ejercicio del derecho a la participación y a la convivencia comunal”, que no puede contravenir las competencias legales propias del sistema de justicia ordinario (art. 56). Puede decirse que “coexiste” con la justicia de paz.

Contrariando tanto la Constitución como la Ley Orgánica de las Comunas, el 12 de mayo de 2012 se publicó y entró en vigencia la Ley Orgánica de la Justicia de Paz Comunal, la cual derogó expresamente la Ley Orgánica de la Justicia de Paz. Dicha ley arrebató la justicia de paz como competencia a los municipios, acordándosela al poder nacional de manera inaudita; al tiempo que confiere a la “jurisdicción especial de la justicia de paz comunal” atribuciones que corresponden al poder judicial.

En efecto, corresponde al Tribunal Supremo de Justicia establecer los recursos que requiere la justicia de paz, y al ejecutivo nacional incluirlos en la ley de presupuesto anual (art. 12). Esto, sin perjuicio de que se entiende que los jueces de paz comunal tienen “jurisdicción” en el ámbito territorial de una comuna, y que son “electos” por los residentes de esa comuna, mayores de 15 años, inscritos en el registro electoral del consejo comunal que le corresponda (arts. 4, 16).

En cuanto a la competencia que le es atribuida y que excede la *conciliación*, la mediación, el juicio de equidad y, más específicamente, la resolución de controversias “derivadas directamente del ejercicio del derecho a la participación y a la convivencia comunal”, encontramos las siguientes atribuciones (art. 8):

- La resolución de conflictos patrimoniales si su valoración no excede las 250 UT.
- La resolución de conflictos derivados de la relación arrendaticia o de la propiedad horizontal, “salvo aquellos asignados a tribunales ordinarios y especiales o autoridades administrativas”.
- Celebrar matrimonios ¡competencia que incluso se arrebató al poder judicial con la entrada en vigencia de la Ley de Registro Civil!
- *Declarar el divorcio*, sin procedimiento previo, cuando sea por mutuo consentimiento.
- Resolver los conflictos que se susciten entre los miembros de las organizaciones socio-productivas.

Se trataría así de un sistema de justicia politizado y partidizado –puesto que los jueces de paz son electos–; lo cual es gravísimo si se considera que se pretende su incorporación a la justicia penal, de acuerdo con los propios términos del programa de gobierno.

La advertencia está hecha.

INTERÉS GENERAL Y TUTELA CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: RESEÑA DE UNA PELIGROSA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Miguel Ángel Torrealba Sánchez

*Profesor Ordinario (Agregado) de Derecho Administrativo
y de la Especialización en Derecho Procesal de la Universidad Central
de Venezuela y de la Especialización en Derecho Administrativo
de la Universidad Católica Andrés Bello*

“(...) el interés general no es un cheque en blanco,
no es una fórmula abierta que permita
el desencadenamiento de las potestades administrativas
sin más. Necesita ser demostrado en lo concreto,
precisa ser puntualizado con detalle, debe ser específico
y fácil de aprehender por la ciudadanía. De lo contrario,
el concepto se convierte en un peligroso expediente
para el autoritarismo y el ejercicio unilateral del poder”
Jaime RODRÍGUEZ ARANA¹.

Resumen: Se analiza la reciente tendencia jurisprudencial de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en el análisis de procedencia de medidas cautelares en cuanto a la invocación genérica del interés general como justificación absoluta para el ejercicio ilimitado de potestades administrativas, así como sus peligrosos efectos al consagrar en la práctica la inmunidad de la Administración al control judicial.

Palabras clave: Tutela cautelar. Interés general. Jurisprudencia. Sala Político-Administrativa. Tribunal Supremo de Justicia. Contencioso-administrativo. Derecho Administrativo.

1 *Interés General, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar. Centro de Estudios Estratégicos Syntagma-Iustel. Madrid, 2012, p 15.*

Summary: This article analyzes some recent decisions from Contentious-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal of Justice related to the analysis of interim measures of judicial protection and the generic invocation of general interest as absolute justification of unlimited legal authority of Public Administration, also its dangerous effects to establish the judicial review immunity of Government.

Key words: Interim measures of judicial protection. General interest. Jurisprudence-Legal precedent. Chamber of the Supreme Tribunal of Justice Contentious-Administrative. Judicial review of the Administration. Contentious-Administrative. Administrative Law.

Recibido: 13 de febrero de 2013 Aceptado: 12 de marzo de 2013

PRELIMINAR

Hace más de dos décadas, sostuvo un conocido autor español, que el Juez contencioso-administrativo es quien, en última instancia, determina si la actuación de la Administración en un caso concreto estuvo o no orientada a la protección del interés general². Y no puede ser de otra manera, si se considera que este último es un concepto estrechamente vinculado con el Derecho Administrativo y, por ende, con el desempeño de la Administración contemporánea, e incluso puede decirse que

2 “Porque en último extremo, lo que verdaderamente sea un interés general es lo que declaran los Tribunales...” NIETO, Alejandro: “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”. En: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. III. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1991, pp. 2221. Más recientemente, en similar sentido se expresa: “El interés general es determinado por el Tribunal contencioso-administrativo, al hilo de cada caso, como indica el precepto legal al referirse a la valoración o ponderación «circunstanciada»” (MEILÁN GIL, José Luis: “Intereses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho Público español”. En: *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*. Escola Galega de Administración Pública. Iustel. Madrid, 2011, p. 176).

hasta consustancial a estos. De allí que nada extraño resulta que la doctrina administrativista periódicamente vuelva sobre él, o que la jurisprudencia contencioso-administrativa haga uso del mismo, visto que la siempre difícil relación interés general-interés particular, es una de las variables que justifican el origen, la existencia y el desarrollo de esa disciplina³.

Dado lo anterior, en esta ocasión retomaremos la idea inicial del párrafo previo, pero únicamente para comprobar qué sucede y cuáles son algunas de las consecuencias que se producen en la hipótesis de que la última instancia interna de control de la actividad administrativa, es decir, la jurisdicción contencioso-administrativa, no se encuentre a la altura de la trascendente misión que está llamada a desempeñar sobre este tema. A tal fin, vamos a limitarnos a realizar una breve reseña de lo que no vacilamos en calificar como una peligrosa tendencia jurisprudencial (otra adicional)⁴ de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que se viene acentuando a partir del primer semestre del año 2013, en lo atinente a vincular el interés general –en realidad una peculiar, sesgada y superficial visión de él– como elemento fundamental (por no decir único) para pronunciarse en materia de solicitudes de medidas cautelares, sea para acordarlas o para

3 Véase al respecto, entre otros: ESCOLA, Héctor: *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1989, pp. 5-14, 33-36 y 235-264.

4 En materia de tutela cautelar, pesan en nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa, y se han profundizado y arraigado más aún en los últimos lustros –aunque debería ser lo contrario a partir de los postulados de los artículos 26, 49, 141, 257 y 259 constitucionales–, dos inerciales prejuicios, a saber: el que el juez, en el análisis de la presunción de buen derecho, debe ser muy cuidadoso para no prejuzgar sobre el fondo, aunque ello implique denegar inmotivadamente una solicitud de medida preventiva; y que la providencia cautelar no puede anticipar efecto alguno de una hipotética sentencia definitiva favorable a quien la solicita. Ambos no resisten el menor análisis conceptual, como ya tuvimos ocasión de exponer, siguiendo a la doctrina, en nuestro: *Manual de Contencioso Administrativo (Parte General)*. Editorial Texto. Caracas, 2007, pp. 293-296. Véase también la bibliografía allí citada.

negarlas. Comencemos entonces por referirnos a la tendencia en cuestión, para luego precisar el marco doctrinario conceptual reciente que trata el tema del interés general y su identificación, así como el papel que respecto al mismo juega el juez contencioso-administrativo al momento de revisar la actividad de la Administración. Finalmente, expondremos una breve reflexión sobre lo que implica tal orientación en lo concerniente al respeto al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y la garantía del debido proceso, básicamente desde el aspecto de la motivación de la sentencia.

I. LA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL

En la sentencia 98 del 6 de febrero de 2013, frente a una demanda contentiva de una pretensión de nulidad de un Decreto Presidencial de Afectación de bienes inmuebles con fines expropiatorios, en la oportunidad de analizar el *fumus boni iuris* o presunción de buen derecho para acordar o denegar la petición de suspensión de efectos del acto cuestionado, la Sala Político-Administrativa señala que los demandantes: *“únicamente adjuntaron a su escrito libelar documentos que prueban el estatus legal que tienen como empresas, es decir, sus registros mercantiles, actas constitutivas, actas de asamblea, cuaderno de accionistas, así como demostración de la propiedad de los bienes sujetos a expropiación, inventario de estos, y documentos de similar naturaleza (cuestiones que además no se encuentran discutidas en el presente juicio), no aportando nada que desvirtúe la existencia en el ordenamiento jurídico de normativas de interés colectivo y nacional como las mencionadas anteriormente y que aparentemente justificarían la medida adoptada por el Ejecutivo Nacional impugnada”,* por lo que siendo un hecho notorio la crisis habitacional existente en el país, afirma que *“... los bienes afectados por el Decreto Presidencial cuestionado son idóneos e indispensables para alcanzar el fin de utilidad social perseguido”*.

De lo anterior, deduce el órgano judicial que “...resulta evidente que la intención del ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela al decretar la adquisición forzosa de los bienes de la sociedad mercantil propiedad de las empresas recurrentes, es destinarlos a la utilidad pública que exige la institución de la expropiación”, por lo que concluye que “...a pesar de la numerosa cantidad de denuncias expuestas por la parte actora (falso supuesto de derecho, que «no existe ninguna relación entre la fundamentación jurídica del Decreto Expropiatorio y la supuesta causa de utilidad pública o social invocada», errada apreciación de la normativa jurídica aplicable, error de derecho, falso supuesto de hecho, vulneración del derecho a la defensa, al debido proceso, a la presunción de inocencia, vicio de incompetencia, vicio de desviación de poder, violación del derecho de propiedad y al derecho a la libertad económica) aún así no existen elementos probatorios en lo absoluto que desvirtúen la situación antes mencionada, cuya verificación derivó de la necesaria ponderación de los intereses generales que debe hacerse en casos como el de autos, donde de manera específica se observa que se encuentran involucrados derechos constitucionales de naturaleza colectiva, como lo constituye el derecho a la vivienda”. Consecuentemente, declara improcedente la solicitud de medida cautelar de suspensión de efectos del referido acto administrativo.

Similar es el caso de la decisión 196 del 26 de febrero de 2013. En la referida causa, la motivación de la Sala Político-Administrativa para desestimar una petición de medida cautelar también frente a un Decreto de Afectación con fines expropiatorios comienza afirmando, luego de señalar la voluntad de adquisición forzosa de una serie de bienes por parte “del Presidente de la República”, así como de aludir al fin de “uso y aprovechamiento social para el desarrollo de actividades comerciales de los trabajadores informales a beneficiarse con un asentamiento digno”, que “... resulta importante traer a colación lo relativo a la ponderación de los intereses públicos generales y colectivos (...) resultando determinante al momento de otorgar o no la cautela solicitada, en virtud que aun cuando procedan los requisitos o extremos legales necesarios (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*) para que esta se acuerde, igualmente

deben ser ponderados los intereses generales, observando el impacto que pueda generar tal otorgamiento en la esfera de los derechos de terceros ajenos a la controversia...". De seguidas, el órgano judicial acota que el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, sino que puede ser legalmente limitado dada su trascendencia sobre el interés general, para luego afirmar que "...en esta etapa inicial del juicio (...) no debería prevalecer un interés particular, especialmente si persigue fines lucrativos, frente a un interés general que repercute en la esfera de la colectividad".

A continuación, el órgano judicial alude al derecho al trabajo de una colectividad específica, para de ello deducir que *"...se presume que estando frente a un interés superior el cual debe prevalecer sobre el interés particular, el derecho de propiedad debe ceder frente a la necesidad de la disposición inmediata de un espacio estratégico que permita mejorar las condiciones de trabajo de los pequeños comerciantes".* Luego de hacer otras consideraciones generales, constata la Sala Político-Administrativa –nuevamente– *"...la intención del Presidente de la República"* de destinar una serie de bienes a la utilidad pública, por lo que *"...preliminarmente (...) salvo mejor apreciación en la definitiva, considera que los bienes afectados por el Decreto Presidencial cuestionado son idóneos e indispensables para alcanzar el fin de utilidad social perseguido".*

De allí, concluye el Tribunal que *"...a pesar de la numerosa cantidad de denuncias expuestas por la parte actora –relativas a los vicios de falso supuesto de hecho y de derecho, inconstitucionalidad de la norma aplicada, vulneración del derecho a la defensa, al debido proceso, a la presunción de inocencia, incompetencia, infracción del derecho a la propiedad y a la libertad económica–, aún así no existen alegatos ni elementos probatorios que de manera concreta desvirtúen la utilidad pública envuelta en el desarrollo de actividades comerciales de trabajadores informales, cuya verificación derivó de la necesaria ponderación de los intereses generales que debe hacerse en casos como el de autos...",* así como que *"...no se observa que alguno de los argumentos y denuncias esgrimidas por la parte actora haya logrado en esta Sala la presunción de la falta de asidero fáctico y jurídico de la*

utilidad pública constituida por la satisfacción del derecho al trabajo que se persigue mediante la ejecución de la obra...”.

Por su parte, en la sentencia 77 del 30 de enero de 2013, en la cual la Sala Político-Administrativa emite fallo interlocutorio respecto de una demanda por responsabilidad contractual interpuesta por un ente estatal contra un sujeto derecho privado no estatal, al momento de pronunciarse sobre el *periculum in mora* en la solicitud de medida cautelar planteada por la parte actora (es decir, la Administración actuando bajo la forma del Derecho Privado), el órgano judicial hace referencia al interés público, el cual se habría visto afectado por el presunto incumplimiento de la parte demandada en devolver una cantidad de dinero recibida como anticipo, por lo cual “...*debe tomarse en cuenta el daño que la demora en devolver esos recursos destinados a la referida construcción de soluciones habitacionales causará a misiones que como la nombrada requieren atención inmediata y en las que cada día de retardo afecta especialmente a la población venezolana que requiere esas viviendas*”. Con fundamento en ello, el Tribunal considera satisfecho el requisito del *periculum in mora*.

También al momento de examinar ese mismo requisito del *periculum in mora*, en la sentencia 101 del 6 de febrero de 2013, dictada con ocasión de una solicitud de medida cautelar interpuesta por la parte actora (esta vez una empresa del Estado) contra una empresa particular, el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa destaca que ese requisito se verifica “...*por el hecho de que el incumplimiento que dio origen a la rescisión del contrato celebrado entre C.A. LA ELECTRICIDAD DE CARACAS y la sociedad mercantil INVERSORA CERRO AZUL, C.A., supone la exigencia del cumplimiento de las fianzas objeto de ejecución, máxime cuando tal situación conlleva por lo menos a retrasar la obra de servicio público, objeto de la referida convención contractual, lo cual constituye per se un daño de difícil reparación por la definitiva, dada la utilidad pública y el interés social que detentan las obras vinculadas al sistema eléctrico en todo el territorio nacional, circunstancia que configura el segundo de los requisitos exigidos...*”.

Igualmente vinculado con el tema del análisis del periculum in mora como requisito para acordar una medida cautelar (solicitada también en este caso por una empresa del Estado), el referido Tribunal, en la decisión 83 del 6 de febrero de 2013, señala que: *"...tratándose el juicio bajo análisis de presuntas obligaciones insolutas que, a decir de la demandante fueron canceladas a favor de la sociedad mercantil Inproyect Construcciones y Electricificaciones C.A. y los gastos en que deberá incurrir para reparar el daño causado por la mencionada sociedad mercantil, con cargo a fondos correspondientes a la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), la Sala considera que la posibilidad de que la ejecución del presente fallo quede ilusoria, causaría en virtud de los montos demandados, un perjuicio irreparable a la demandante, en detrimento de las finalidades públicas que sus bienes están destinados a satisfacer, por lo que se considera, en el presente caso, satisfecho el requisito bajo análisis"*.

Un caso especialmente llamativo es el contenido en la sentencia 702 del 26 de junio de 2013. Se trató de una demanda de nulidad de una Resolución Ministerial, respecto de la cual se alegaron una serie de vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad. En la oportunidad de pronunciarse sobre la medida cautelar de suspensión de efectos del acto normativo, la Sala Político-Administrativa comienza acotando que *"...el operador jurídico al juzgar sobre la procedencia de la medida solicitada deberá ponderar en qué forma la irreparabilidad del daño alegada por el recurrente pudiera afectar el interés general involucrado, el cual prevalece sobre el interés particular..."*. Seguidamente el órgano jurisdiccional expresa que: *"...cualquier pronunciamiento al respecto, dirigido a la suspensión total del referido acto incidirá sobre la esfera de los derechos e intereses de la totalidad de los miembros que integran la comunidad educativa (padres, madres, representantes, estudiantes, docentes, trabajadoras, trabajadores administrativos, obreros, obreras, voceros y voceras de las diferentes organizaciones comunitarias vinculadas a las instituciones educativas) y es por ello que, la valoración que debe efectuar este Máximo Tribunal sobre la medida requerida, ha de hacerse ponderando los intereses involucrados"*.

A continuación, el Tribunal pasa a describir la Resolución Ministerial cuya conformidad a Derecho se cuestiona, para señalar al respecto que se trata de una medida de concreción de normas de rango legal *“...sin las cuales, en principio, se reduciría la eficacia de dicha Ley Orgánica e impediría el desarrollo y acatamiento de los postulados constitucionales que rigen al Estado Docente”*. Seguidamente, el texto de la decisión continúa describiendo el contenido de la Resolución impugnada, para concluir que: *“...el eventual otorgamiento de la medida requerida prima facie, afectaría la esfera de los derechos y de las garantías de la totalidad de los miembros que integran la comunidad educativa, antes mencionados, pues podría reducir, como fue indicado, la eficacia de los mecanismos de participación previstos en la Ley Orgánica de Educación”*. Con el fin de fundamentar tal aseveración, el órgano judicial señala *“...sin que ello implique prejuzgar sobre la decisión de fondo”*, que los órganos previstos en la normativa cuestionada son instancias previstas en la Ley Orgánica de Educación *“...a los fines de profundizar la participación organizada y en consecuencia, democratizar el Sistema Educativo como uno de los postulados materiales de la Constitución de 1999, exponente de la democracia participativa y protagónica que se erige, conforme con la doctrina del Constitucionalismo Latinoamericano sobre la base fundamental de los acuerdos entre los ciudadanos, el consenso y la representación”*, por lo cual concluye preliminarmente que *“...la declaratoria de procedencia de la medida en cuestión, paradójicamente supondría el menoscabo de estos derechos de participación para la totalidad del colectivo educativo, cuya tutela prevalece, resultando en consecuencia improcedente su otorgamiento”*.

De segundas, la sentencia continúa señalando: *“En el presente recurso de nulidad los actores adujeron que el acto recurrido adolece de los siguientes vicios: violación del artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de los artículos 2, 3 y 102 de la Constitución de 1999, del derecho de propiedad, del procedimiento establecido en los artículos 139 y 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (ausencia de consulta), de la Ley Orgánica de Educación y su Reglamento, vulneración de la seguridad del*

alumnado y personal docente, y finalmente que el acto impugnado es inaplicable”, para señalar al respecto que: “En el presente caso, al igual que en el fallo parcialmente transcrito, se reitera, en esta fase cautelar y sin que ello implique un pronunciamiento sobre la decisión de fondo: 1.- Que el acto recurrido se encuentra fundamentado en disposiciones de orden constitucional y legal. 2.- Que la propia Ley Orgánica de Educación en su artículo 21 establece expresamente la organización del estudiantado bajo la modalidad de los Consejos Estudiantiles «sin menoscabo de otras formas organizativas» con la finalidad de que actúen junto con la comunidad educativa en los diferentes ámbitos, programas, proyectos educativos y comunitarios. 3.- Que por cuanto la Ley Orgánica de Educación establece la necesidad que tiene el colectivo conformado por el estudiantado y los demás integrantes de la comunidad educativa de organizarse democráticamente para el ejercicio de sus derechos y deberes preestablecidos en ese instrumento jurídico, ello permite suponer que los aludidos Consejos Educativos serían la concreción reglamentaria de las disposiciones de aquella Ley Orgánica, sin los cuales, en principio, se reduciría la eficacia de dicho texto legal e impediría el desarrollo y acatamiento de los postulados constitucionales que rigen al Estado Docente. 4.- Que el eventual otorgamiento de la medida requerida prima facie, afectaría la esfera de derechos y garantías de todos los miembros que integran la comunidad educativa, pues podría reducir, la eficacia de los mecanismos de participación para la totalidad del colectivo educativo, cuya tutela debe prevalecer. En virtud de que no se configuró el periculum in mora, en atención a los intereses en juego, esta Sala concluye que es improcedente la suspensión de efectos solicitada”.

Curiosamente, la motivación antes referida se limita a reproducir un fallo previo que también se pronunció sobre una solicitud de medida de suspensión de efectos de la aludida Resolución, el 471 de fecha 16 de mayo de 2013, agregando únicamente lo transcrito en el párrafo anterior (que en realidad reitera lo ya expuesto) y la misma se repite textualmente para desestimar otra petición cautelar, esta vez en la decisión 703 del mismo día, 26 de junio de 2013, aun cuando de la narrativa de la decisión se evidencia que los alegatos presentados para

fundamentar la solicitud de medida cautelar sólo coincidían parcialmente.

Por su parte, en la decisión 239 del 28 de febrero de 2013, la Sala Político-Administrativa, para fundamentar su decisión en un pronunciamiento cautelar favorable a un Instituto Autónomo Nacional en lo atinente a nombrar a la propia parte actora como depositaria del bien embargado (propiedad de la parte demandada, un ente privado no estatal), sostiene: *“...es evidente para la Sala que la solicitud del accionante Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI), al representar el interés general y ciertas gravedades en juego, como lo sería la posible paralización de la obra pública, se confronta con el interés particular de la contratista, Proyectos y Construcciones Primo 2020, C.A., intereses en juego que deben ser ponderados por el Juez Contencioso Administrativo, al momento de decidir, lo que lleva a esta Sala, a darle preeminencia al interés general sobre el particular, todo lo cual, justifica la asignación de la guarda, custodia, conservación, administración, defensa y manejo de los bienes muebles objeto de la medida cautelar de embargo preventivo decretada en el presente fallo, así como de aquellos que se sigan ejecutando, al Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI), con la finalidad de garantizar la continuidad de la obra pública de eminente contenido social (...); pese a que es el Juez Ejecutor de Medidas (comisionado) quien debe nombrar al depositario o guardador de los bienes a embargar, se declara como guardador a la parte ejecutante”*.

Para finalizar esta reseña, hay que referirse a la sentencia 129 del 7 de febrero de 2013. Se trata de un caso en el cual la Sala Político-Administrativa, aun afirmando expresamente haber constatado una actuación contraria a Derecho ejecutada por la Administración (ocupación previa de un inmueble sometido a un proceso expropiatorio realizada sin cumplir los requisitos exigidos por la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social), mantiene la eficacia de una medida cautelar acordada judicialmente y que había sido objeto de apelación por los afectados. Para justificar tal proceder, en la sentencia

se comienza invocando la presencia del interés general en los siguientes términos:

“Así, aunque en el caso bajo examen observa la Sala que el a quo decretó la medida de ocupación previa del inmueble propiedad de los apelantes sin antes haber ordenado la constitución de la Comisión de Avalúos prevista en el artículo 19 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social -requisito formal esencial para su procedencia-, dada la naturaleza cautelar de tal providencia judicial se impone ponderar, en el presente caso, los intereses en juego a efectos de resguardar los derechos de ambas partes.

En tal sentido, se advierte que la ocupación previa de autos fue dictada con el objeto de adelantar los trabajos de construcción de un desarrollo habitacional para las familias de bajos recursos en el Estado Lara, obra esta que como se determinó anteriormente, a tenor de lo previsto en el artículo 14 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social no requería de la declaratoria previa de utilidad pública; de manera que al contrastar el incuestionable fin de interés público que persigue la obra a construir con el interés particular de los propietarios del inmueble expropiado orientado a que se efectúe un nuevo avalúo al referido bien conforme a la Ley en el que se refleje su valor cierto y justo; esta Sala, haciendo una ponderación del interés general involucrado en el presente asunto y en aras de resguardar los derechos de las partes, considera que la medida de ocupación previa decretada por el a quo no debe ser revocada.

En consecuencia, se mantienen los efectos de la referida medida y a los fines de garantizar los derechos que de ella se derivan a favor de los propietarios del inmueble, se ordena al a quo realizar las actuaciones conducentes para la conformación de la Comisión de Avalúos (...), a cuyos efectos se concede un lapso de diez (10) días continuos, contados a partir de la fecha del recibo del presente expediente”.

II. EL TRASCENDENTE ROL DEL INTERÉS GENERAL EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA, Y POR TANTO, EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Un lector desprevenido podría tener la impresión de que en los extractos incluidos en el apartado anterior se evidencia la motivación de las sentencias, y que el interés general ha sido invocado como complemento de la argumentación contenida en las mismas. No obstante, una revisión algo más detenida de los textos demostrará que en realidad no se trata más que de pretendidos y falaces razonamientos, que descansan en la superficial invocación de la existencia de un interés general involucrado en el caso, como medio de soslayar la necesaria revisión de los supuestos jurídicos y fácticos de cada causa concreta, es decir, como mecanismo para eludir la fundamental exigencia de la motivación de los fallos judiciales.

No obstante, antes de realizar tal tarea, conviene enmarcar siquiera brevemente el análisis que se hará en su correspondiente soporte teórico, que no es otro que el tratamiento que al tema del interés general o público se le ha dado en la reciente doctrina iberoamericana, sobre todo en lo que se refiere a la labor judicial de identificación y constatación de la presencia de ese tipo de interés y su incidencia en la sentencia que haya de dictarse respecto a la juridicidad o no de la actividad administrativa cuestionada, incluso en sede cautelar. Por supuesto, que lo que aquí se expone no es más que una reseña doctrinaria sin pretensiones de exhaustividad, pero que consideramos resulta suficiente como marco preliminar para luego contrastarlo con el examen jurisprudencial que se hará en el apartado siguiente.

En ese sentido, hay que comenzar señalando, siguiendo a la doctrina, que el interés general, al cual está llamado a servir la Administración, y que en última instancia es el título legiti-

mador del actuar de ésta y justificación de la potestad de autotutela administrativa⁵, no es una noción que pueda invocarse indiscriminadamente, sino que, aceptando las dificultades inherentes a su definición, puede y debe concretarse en cada supuesto en que se plantea un conflicto de intereses entre el ciudadano y la Administración, de lo contrario, pierde su esencia y razón de ser⁶. El interés general es pues, el resultado de ponderar la trascendencia y utilidad de cada variable presente en esa colisión entre la comunidad política y el particular, conflicto muchas veces innegable salvo en el supuesto de un régimen de democracia ideal perfecta (e irrealizable) o en el de una autocracia en la cual el dictador pretende representar a todos⁷.

El interés general proyecta así los valores superiores del ordenamiento jurídico y los postulados constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho⁸, en atención a las necesidades colectivas de los ciudadanos⁹. El mismo está estrechamente vinculado tanto a su conformidad con ese ordenamiento, como a la protección y defensa de los derechos constitucionales de la persona¹⁰, y a la vez de toda la ciudadanía, no de una parte de la colectividad, incluso siendo ésta mayoritaria¹¹.

Ahora bien, pretender sostener que en toda situación en la cual interviene la Administración, prevalece el interés general

5 NIETO, *op. cit.*, p. 2.251. Para este tema véase especialmente la reciente obra de: RODRÍGUEZ ARANA, *op. cit.*, pp. 34 y ss. Véase también: ESCOLA, *op. cit.*, pp. 150-155 y 226-228.

6 Y es como señala la doctrina: “...el interés público carece de contenido concreto, deja de ser tal, transformándose en una mera apariencia, con la que muchas veces se busca justificar un exceso o una desviación en el ejercicio del poder. La simple invocación del interés público no sirve para nada” (Ibidem, p. 245).

7 NIETO, *op. cit.*, pp. 2.202-2.204.

8 Y de Justicia agregaríamos en el caso venezolano, aunque tal cláusula en realidad parecer estar implícita en las anteriores.

9 RODRÍGUEZ ARANA, *op. cit.*, p. 40.

10 Ibidem, p. 90. En similar sentido: MEILÁN GIL, *op. cit.*, pp. 186-194.

11 RODRÍGUEZ ARANA, *op. cit.*, pp. 67 y 149.

sobre el particular, no es del todo acertado. En primer lugar, porque esa postura parte de la existencia de una frontal oposición entre ambos intereses así como de una superioridad intrínseca del primero en todos los supuestos, lo cual implica asumir una previa posición conceptual, y lo cierto es que la Administración también está llamada a proteger los intereses particulares en los casos en que éstos requieran tutela y promoción. Y en segundo término, y lo que es quizá más relevante, porque en la mayoría de las hipótesis lo que procede es una ponderación entre cada interés en juego¹². Y esa ponderación corresponderá en última instancia al juez contencioso-administrativo, mediante la correspondiente decisión dictada en el proceso, al controlar la que previamente debió haber hecho la Administración¹³, decisión respecto de la cual no opera ninguna presunción a favor de esta última, pues aquí no rige el principio de legitimidad del acto administrativo, mucho menos en el supuesto de que la decisión administrativa restringa derechos¹⁴.

De allí que existen una serie de técnicas de control judicial de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indetermi-

12 NIETO, *op. cit.*, p. 2.208. Agrega significativamente el autor: *“En definitiva, habrá casos ciertamente en que se declare la prevalencia del interés general; pero no ya como la aplicación automática de un dogma, sino como resultado de una ponderación concreta que debe ser argumentada en cada caso. Por así decirlo, cuando los intereses generales se consideren immanentes, la sumisión de ellos a los intereses particulares es sólo «en principio» como una presunción que puede ser destruida en casos concretos como resultado de la ponderación que han realizado a posteriori los tribunales”* (Ibídem, p. 2.209).

13 Ibídem, pp. 2.211- 2.219.

14 Al respecto se ha afirmado que: *“...el Tribunal exige a la Administración que prueba la existencia del interés general por ella invocado, sobre todo cuando se trata de actos que afectan a la propiedad, libertad e igualdad; de la misma manera que exige también una motivación suficiente cuando es la Ley la que impone el requisito de la presencia de un interés general. En el Derecho alemán, por su parte, los Tribunales han declarado que no es correcto definir administrativamente un interés general sin seguir para ello el procedimiento debido, cuya ausencia o irregularidad arrastra la nulidad del acto administrativo que se apoye en la invocación de un interés general”* (Ibídem, p. 2.241). Véase también en similar sentido: RODRÍGUEZ ARANA, *op. cit.*, p. 181.

nados, pues no es cierto que cualquier apreciación de lo que es el interés general o público por parte de la Administración deba tenerse por válida¹⁵. Y en ese sentido, la Administración está obligada a motivar y justificar el empleo de sus potestades en función del interés general “...de una manera concreta y específica y no con una mera afirmación o invocación abstracta...”¹⁶.

Y ello no es sino una consecuencia lógica de la implantación del Estado de Derecho y de una de sus derivaciones, como lo es el principio de juridicidad. Si por el contrario, se aceptara como un dogma indiscutible que la Administración *siempre actúa* en procura del interés general, y *no que siempre debería actuar* en atención al mismo, entonces una técnica de control tan fundamental como lo es la desviación de poder resultaría nugatoria, y bajo el manto de la supuesta protección del interés general se podrían cometer cualquier cantidad de desviaciones o abusos sin que mediara una posible protección judicial

15 Cfr. por todos: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Democracia, Jueces y Control Judicial de la Administración*. 5º edición. Editorial Civitas. Madrid, 2000, pp. 224-226. Sobre las técnicas de control judicial de la actividad administrativa en relación con el interés general, véase: NIETO, *op. cit.*, pp. 2.239-2.249, y de forma resumida: ESCOLA, *op. cit.*, pp. 60-62.

16 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 228. Véase también: SAINZ MORENO, Fernando: “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 8. Civitas, Madrid, 1976, p. 63 y ss. En similar sentido, destaca ESCOLA, *op. cit.*, p. 145: “De tal modo, los actos administrativos no pueden fundarse ni justificarse en la invocación de cualquier tipo o clase de interés público, o en la existencia de un interés público no definido, difuso o general, sino que debe hacerse, sobre la base, en cada oportunidad, de la gestión de un interés público concreto...”.

frente a éstos¹⁷. Sería regresar a los tiempos del Absolutismo y de la razón de Estado¹⁸.

En consecuencia, ese interés público o general a que está llamada a servir la Administración no solo es que *no* se presume¹⁹, sino que –si se quiere mantener la existencia del Estado

17 Y es que como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 223, con la técnica de la desviación de poder dentro del elenco de medios de control judicial de la actividad administrativa: “...no se podrá pretender vincular o subordinar la propiedad a un fin egoísta o antisocial, o a un capricho de cualquier gestor público, por muchos que sean los votos con que haya sido elegido; no se podrán intervenir empresas con fines de represalia personal contra el empresario, o porque no pague los impuestos, o por cualquier otra razón caprichosa que se le ocurra a cualquier administrador”. Y más adelante agrega: “Interés general o interés público son guías claras que utiliza el constituyente para organizar instituciones o actuaciones públicas. En modo alguno podrían interpretarse, precisamente, como expresiones que habiliten a los titulares de los poderes públicos para acordar lo que su buen querer o su imaginación puedan sugerirles” (Ibídem, p. 224). Véase también en la misma obra la p. 237 y ss. En similar sentido se ha señalado: “En el Derecho Administrativo Constitucional, en el Derecho Administrativo del Estado social y democrático de Derecho, el interés general no puede ser, de ninguna manera, un concepto abstracto, intelectual, desde el que se justifique cualquier tipo de actuación administrativa. En otras palabras, la simple apelación genérica al interés general no legitima la actuación administrativa” (RODRÍGUEZ ARANA, *op. cit.*, p. 31), para añadirse de seguidas: “...nada más alejado al interés general que esas versiones unilaterales, estáticas, profundamente ideológicas, que confunden el aparato público con una organización al servicio en cada momento de los que mandan, del gobierno de turno” (Ibídem, p. 35). Análoga orientación sostiene ESCOLA, *op. cit.*, pp. 29-32, 41 y 59-60. De hecho, ese último autor distingue entre la finalidad alegada por la Administración, y la finalidad real de la actividad administrativa, lo que denota la importancia del control judicial de la Administración así como del vicio de desviación de poder (pp. 145-146).

18 La siguiente afirmación es harto elocuente: “...cuando no es menester concretar el interés general al que ha de servir objetivamente la Administración, ésta vuelve sobre sus fueros perdidos y recupera el halo de abstracción e infinitud, de ilimitación y opacidad, que tenía en el Antiguo Régimen” (RODRÍGUEZ ARANA, *op. cit.*, p. 36).

19 Véase: MEILÁN GIL, *op. cit.*, p. 176. El mismo autor agrega: “Desde esta interpretación constitucional no goza de una presunción indiscriminada de que su actuación es conforme al interés general. El interés general –o el público– no es un manto que cubre cualquier actuación de las Administraciones Públicas. La apelación al interés general requiere que sea justificado, motivado, probado por la Administración” (Ibídem, p. 183).

de Derecho y evitar el regreso de los regímenes autoritarios— requiere ser motivado y demostrado, especialmente en caso de ventilarse en una controversia judicial, evidencia que deberá partir del análisis de las circunstancias jurídicas y fácticas del caso concreto²⁰, que ha de plasmarse en el contenido del acto administrativo o de la actuación correspondiente, y que es susceptible de control jurisdiccional²¹.

Las anteriores consideraciones son plenamente aplicables a la hipótesis en la que el juez contencioso-administrativo debe considerar la procedencia o no de acordar tutela cautelar y evidencia que en la controversia puede estar involucrado el interés general, lo cual será frecuente en el proceso administrativo, dada la índole de los asuntos involucrados y el objeto de las pretensiones. Pero esa presencia del interés general no se da por sentada, y ni siquiera se infiere automáticamente,

20 Como se destaca en la siguiente afirmación: *"...el interés general no es un cheque en blanco, no es una fórmula abierta que permita el desencadenamiento de las potestades administrativas sin más. Necesita ser demostrado en lo concreto, precisa ser puntualizado con detalle, debe ser específico y fácil de aprehender por la ciudadanía. De lo contrario, el concepto se convierte en un peligroso expediente para el autoritarismo y el ejercicio unilateral del poder"*. (RODRÍGUEZ ARANA, op. cit., p 15). Véase también en la misma obra las pp. 39-40, 43, 60, 61, 155, 183, 187-188 y 192.

21 Especialmente gráficas son las siguientes afirmaciones: *"...si estamos convencidos (...) de que el fundamento de la posición jurídica especial que acompaña a la Administración Pública en su quehacer ordinario reside en el interés general, habrá que concluir que la propia Administración debe razonar el interés general presente para usar los poderes y potestades que forman parte de su régimen jurídico. De lo contrario, se estaría presumiendo, sin justificación, la existencia de un interés público general cada vez que la Administración Pública se dispone a actuar"* (Ibidem, p. 155); *"...cuando el interés general se utiliza en abstracto, sin motivación, estamos en el reino de la arbitrariedad, en el reino de la irracionalidad, en el reino del autoritarismo. Una Administración que apela al interés general como si fuera un concepto en blanco es una Administración que elude el control, que actúa consciente de su omnipotencia, que busca la impunidad"* (Ibidem, p. 156); *"En el caso del poder judicial ha de quedar claro (...), que el juicio que hace acerca del interés general en el caso concreto se refiere única y exclusivamente, y no es poco, a determinar si la actuación administrativa ha sido o no realizada de acuerdo con el interés general que vincula a la Administración normalmente por mor de la norma administrativa de la que trae causa"* (Ibidem, p. 157). En similar sentido véase: MEILÁN GIL, op. cit., pp. 184 y 197.

por el simple acaecimiento de cualquier actuación administrativa cuyos efectos el particular esté solicitando que cesen, se modifiquen o se retrotraigan. Y es que de considerarse que la mera existencia de la actividad de la Administración implica que ésta ha actuado protegiendo el interés general y, sobre todo, que por tanto frente a este último deben ceder en todos los casos los intereses particulares, aparte de que como ya se vio sería objetable incluso desde el punto de vista conceptual, implicaría dejar sin posibilidad de éxito cualquier petición de tutela cautelar frente a la Administración, lo cual habrá desecharse por resultar contrario al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, y, en última instancia, por manifiestamente absurdo e inicuo.

Por ello, si bien la doctrina es unánime al darle importancia al elemento del interés general como variable a considerar al momento de pronunciarse sobre la tutela cautelar en el proceso administrativo, bien sea para acordar o para negar la medida²², se está refiriendo no al genérico interés al cual está llamado a servir toda la actividad administrativa según el artículo 141 constitucional en el caso venezolano²³, sino a un interés evidenciado sobre la base del examen pormenorizado de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto, partiendo del examen detallado de las actas del expediente.

Y será precisamente ese examen particularizado el que constituirá la motivación de la sentencia en cuanto —entre otras exigencias ínsitas a la necesaria racionalidad del pronunciamiento judicial— a la ponderación de ese interés general frente

22 Sobre ello se volverá más adelante.

23 Sea dicho de paso, a diferencia de la Constitución Española que se refiere al servicio de los intereses generales, el artículo 141 de la venezolana enfatiza que la Administración está *al servicio de los ciudadanos*, con lo cual es obvio además que la noción del interés general que maneja es la moderna, no el etéreo interés de la Administración sino el que redunda en beneficio de toda la colectividad, con sujeción a una serie de principios y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

al interés particular o a los derechos subjetivos afectados²⁴. Y ello, además, sin que en todos los casos deba dársele prevalencia automática a ese interés general²⁵, incluso habiéndose constatado realmente su presencia, sino que habrá también de revisarse la situación existente. De allí que será el resultado de tal ejercicio de ponderación, también debidamente motivado y justificado (pues si no en realidad ninguna ponderación puede invocarse), el que determinará, conjuntamente con el análisis

24 Y es que la relación entre racionalidad, argumentación, motivación y ponderación es especialmente marcada, sobre todo en el ámbito judicial, como pone de manifiesto RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid-Barcelona, 2000, pp. 48-103.

25 Y es que, como apunta RODRÍGUEZ ARANA, *op. cit.*, p. 70: “...la suspensión del acto administrativo tampoco se puede construir exclusivamente sobre los daños causado por la ejecución del acto. En ambos casos, la consideración fundamental del interés general aconseja soluciones distintas, más equilibradas, más razonables, en las que el juez o tribunal administrativo en última instancia (...) puede, y debe, controlar jurídicamente el sometimiento de toda actividad administrativa a los fines de interés general que fundan el entero quehacer del aparato público”, para luego agregar: “...en el caso de derechos subjetivos o intereses legítimos, la superioridad del interés general es relativa y deberá acreditarse en el caso concreto (...) el juez o tribunal puede conocer jurídicamente acerca del alcance y funcionalidad de la concreta causa de utilidad pública o interés social esgrimida por la Administración para privar del derecho de propiedad a la persona o personas que sea menester. Estamos en supuesto de supremacía relativa, que se presupone, de la que se parte a priori pero que, efectivamente, puede ser destruida en el juicio concreto” (Ibídem, p. 182). En similar sentido, expone MEILÁN GIL, *op. cit.*, p. 196, que: “En la confrontación de estos (los intereses generales) con los intereses particulares es preciso un «plus». Para impedir la suspensión no basta con alegar su repercusión en el interés general. Ha de motivarse que de ella se seguiría un daño grave, más específico que la no ejecutividad del acto en general”. De forma análoga, se destaca al examinarse los requisitos de procedencia de la suspensión de efectos del acto administrativo: “Por último, es necesario que la suspensión no contravenga las exigencias del interés público. No se trata del interés público genérico, que se presupone es el fin de todo acto administrativo y que justifica la presunción de legitimidad y, por ende, su ejecutoriedad. Si así fuera muy difícilmente podría decretarse la suspensión de la ejecución. Cuando se establece que la suspensión no puede decretarse frente al interés público prevalente -y esto interesa resaltarlo muy bien- se está pensando en algo mucho más concreto. Se está pensando en que en aquel supuesto en que se plantea la suspensión, el interés público está exigiendo precisamente el cumplimiento del acto” (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Editorial Temis S.A. Bogotá, p. 261).

de los otros requisitos de procedencia de la tutela cautelar solicitada, si se acuerda o no lo pedido por la parte en atención a los intereses en conflicto, incluido el interés de la colectividad. Y en ese sentido, ese interés general podrá entonces reforzar una decisión favorable o desfavorable al otorgamiento de la medida preventiva, sea que la misma se esté solicitando frente a una actuación administrativa concreta (actuación formal unilateral o bilateral, inactividad o actuaciones materiales), o incluso en el supuesto de que sea la Administración actuando como parte en juicio quien solicite el pronunciamiento cautelar judicial frente a otra Administración personificada o bien frente al particular.

Por consiguiente, será censurable que el Juez contencioso-administrativo, actuando contrariamente a los postulados antes expuestos, otorgue o niegue tutela cautelar al ciudadano frente a la Administración sin realizar el correspondiente análisis que debe reflejarse en una adecuada motivación de la decisión, como también lo será ante la hipótesis de que el órgano judicial, partiendo de que la Administración está llamada a servir a los intereses de la ciudadanía, presuma que la primera ha actuado en procura de ese interés en el caso concreto sin considerar los argumentos jurídicos y las circunstancias demostradas en el proceso judicial, y mucho más, que de tal presunción infundada procure extraer efectos jurídico-procesales, bien sea para negar medidas cautelares que afectarían la actuación de la Administración o bien con el fin de acordar tutela preventiva a favor de ésta, sin el correspondiente análisis.

Sobre el particular, la doctrina española y la nacional han dejado bastante claro las líneas generales respecto de cómo opera la ponderación del interés general que debe hacer el juez contencioso-administrativo al momento de pronunciarse sobre una solicitud de tutela cautelar, enfatizando que debe huirse de consideraciones apriorísticas y centrarse en el estudio del caso concreto, analizando conjuntamente todos los requisitos de procedencia. En el caso español, vale la pena referir con

detenimiento uno de los más recientes trabajos monográficos destinados al estudio de la tutela cautelar, en el cual, sobre el punto se afirma lo siguiente:

“También en lo que respecta a la definición de los intereses que deben prevalecer en la adopción de las medidas cautelares, la rigidez es enemiga de la tutela cautelar y la flexibilidad su mejor aliada. Por eso, como ha manifestado tantas veces el Tribunal Supremo: «hay que atenerse a la singularidad de cada caso debatido, lo que implica, desde luego, un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes». El mismo criterio de flexibilidad ha llevado igualmente al Tribunal Supremo a relativizar el significado mismo del periculum in mora, como pone de manifiesto la regla acuñada por la jurisprudencia, según la cual: «cuando las exigencias de ejecución que el interés público presente sean tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión. Por el contrario cuando aquéllas exigencias sean de gran intensidad sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión»”²⁶.

Para de seguidas, pronunciarse respecto a la interacción de los tres requisitos de procedencia de las medidas cautelares en el proceso administrativo, en estos términos:

“Por último, la cuestión de qué interés deba prevalecer en cada caso concreto, como ya se ha dicho, no puede resolverse a priori, pero sí cabe hacer algunas consideraciones generales al respecto. En primer lugar, en los supuestos en los que concurran el periculum in mora y el fumus boni iuris y, por tanto, la medida cautelar sea necesaria para evitar la frustración del derecho a obtener tutela judicial efectiva de quien, en principio, parece tener razón, un interés general o de terceros capaz de justificar la denegación

- 26 CHINCHILLA MARÍN, Carmen: *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en España*. En: Damsky, Isaac Augusto (h), López Olvera, Miguel Alejandro y Pérez Cruz, Xóchitl Raquel G. (coords.): *Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica*, México, Asociación de Magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos A. C., 2009, p. 153, Documento en línea: <http://www.amtcaeum.com.mx/archivos/Libros/medidascautelarias/4.pdf>. (consulta julio de 2013).

de la tutela cautelar sólo será aquel que pueda compararse en pie de igualdad con el derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva, y, por tanto, aquel que se identifique con derechos y valores constitucionales, como podrían ser la salud, la seguridad, la educación, etcétera. En segundo lugar, y por lo que respecta a los intereses de terceros, equiparados por los artículos 130.2 y 136.1 de la Ley a los intereses generales a efectos de denegar la tutela cautelar, entiendo que si los terceros no son parte en el proceso, para que el perjuicio grave a sus derechos pueda impedir el otorgamiento de las medidas cautelares tendría que tratarse de derechos que, por su entidad, fuesen equiparables a intereses generales o de la colectividad, ya que, de no ser así, difícilmente podrían oponerse al derecho a la tutela judicial efectiva de quien solicita la tutela cautelar derechos o intereses individuales de terceros que no son parte en el proceso”²⁷.

Por su parte, existe una posición contraria, la cual se orienta a rechazar la prevalencia del interés general como argumento que pueda conducir a la desestimación de una solicitud de tutela cautelar en la hipótesis de que esta evidencie el cumplimiento de los otros requisitos para su procedencia, especialmente el del *fumus boni iuris*. En ese sentido se señala:

“Por lo demás, es meridianamente claro que el principal interés público está en “asegurar la dignidad de la persona (y) los derechos inviolables que le son inherentes” (...) primacía que, en la economía constitucional, está muy por encima de las simples conveniencias gestoras de la Administración. Recordemos de nuevo que el derecho a la tutela cautelar como incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva es un inequívoco (y esencial, por cierto) derecho fundamental (...). La Administración no puede crear de modo arbitrario situaciones antijurídicas y luego oponer a su remoción –cautelar o definitiva, el caso es idéntico– el perjuicio práctico que esa remoción pueda causarle eventualmente. El argumento carece de la menor consistencia y su generalización no es más que un ruptura radical de los postulados elementales del Estado de Derecho, que

27 Ibidem , p. 156.

intentan sustituirse por los propios del Estado absoluto, y hoy totalitario, para el cual la famosa cláusula salutaris, que se decía implícita en todos los derechos subjetivos, sujetaba o condicionaba la efectividad de éstos al principio supremo salus publica suprema lex est. Hoy esa supuesta cláusula implícita de relativización general de todos los derechos no existe, es incompatible con la idea misma del Estado de Derecho y se opone frontalmente de manera especial, a la explícita proclamación como preeminentes en el orden político y para la paz social de los derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la tutela judicial efectiva”²⁸.

En todo caso, dejando de lado la polémica respecto a los matices que definen la presencia y prevalencia o no del interés general frente a los otros requisitos en el análisis de procedencia de la tutela cautelar contencioso-administrativa, lo que no se discute es que en todo caso será el interés general evidenciado en el caso concreto, y por tanto debidamente motivado (y no un etéreo y omnipresente interés general que acompaña a la actividad administrativa), el que, cabalmente ponderado o contrastado frente a los derechos e intereses individuales en juego, caso por caso, puede incidir de forma más o menos relevante –según la posición que se adopte– en el otorgamiento o la negativa de tutela cautelar frente a la Administración. Y en ese mismo sentido, la doctrina nacional (nos limitamos aquí a citar algunas referencias dada la abundancia de trabajos sobre el particular) ya se pronunciaba de forma similar en la última década del pasado siglo, al expresar lo siguiente respecto a la necesaria ponderación del interés general al momento del análisis de la procedencia de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo:

“Se trata, no obstante, de un criterio complementario que, por una parte, debe observarse dentro del contexto de las otras dos condiciones tradicionales, el periculum in mora y el fumus boni iuris

28 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Segunda Edición Ampliada. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1995, p. 216. Véanse también las pp. 232-234.

*(especialmente esta última, condición con carácter preferencial de principio) y, por otra parte, que debe interpretarse (o reinterpretarse) secundum constitutionem, como bien ha destacado la doctrina moderna, cuestión que entre otras consecuencias significa (...) que no cualquier interés general es el que ha de impedir la suspensión (mucho menos el interés que teóricamente se presume presente en toda actuación administrativa) sino un interés general concretizado y de cierta gravedad. La ponderación de intereses, por lo demás, técnicamente debe analizarse como un requisito independiente y con naturaleza propia, y no dentro del periculum in mora..."*²⁹.

Para concluir en que:

*"Lo correcto no es negar la existencia de un requisito por la presencia del otro, sino proceder a su correcta ponderación, para determinar cuál debe prevalecer, todo, por supuesto, en concordancia con la valoración de los niveles de fumus boni iuris"*³⁰.

Aún de forma más enfática, siguiendo la posición de GARCÍA DE ENTERRÍA y rechazando justamente la posibilidad de que el juez contencioso-administrativo considere un genérico interés general como impedimento apriorístico para otorgar tutela cautelar a favor del ciudadano, se señalaba acertadamente que:

*"...siendo la protección de los derechos constitucionales un cometido primordial del Estado de Derecho, resulta inaceptable que un supuesto interés general impida la realización de uno de los derechos esenciales que insuflan a dicho Estado de Derecho"*³¹.

Para agregar de seguidas:

29 ORTIZ ÁLVAREZ, Luis: *La protección cautelar en el Contencioso-administrativo*. Colección tratados y estudios de Derecho Comparado N° 1. Editorial Sherwood. Caracas, 1999, pp. 472-473.

30 *Ibíd*em, p. 473, nota al pie 652.

31 CANOVA GONZÁLEZ, Antonio: *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*. Editorial Sherwood. Caracas, 1998, p. 281.

“Lo cierto es que, en todo caso, nunca podría un interés colectivo genérico, es decir, el simple interés general que determina toda la actuación de la Administración, el que por sí mismo constituya un obstáculo para la emisión de medidas cautelares a pesar de que se cumplan las condiciones requeridas para su emisión (...) Así pues, de la misma manera que el interés general no legitima ni le da validez a un acto administrativo contrario a Derecho (...) tampoco podría ser el interés general obstáculo para que, de cumplirse los requisitos pertinentes, cautelarmente el juez proteja los derechos del particular que a su sede acude demandando la anulación de aquél”³².

Y es que, como ya se señaló, el interés general también incluye —y de hecho modernamente para muchos está básicamente constituido por— la protección de los derechos constitucionales de la persona y el apego del actuar administrativo al ordenamiento jurídico. De allí que, más recientemente, se ha señalado de forma bastante concluyente, luego de plantear las dos tesis existentes en cuanto a la interacción de la presencia de un interés general con relación a los otros dos requisitos de la tutela cautelar en el proceso administrativo, lo siguiente:

“En este sentido, parte de la doctrina científica ha expresado que el interés general no puede ser invocado para justificar la negativa de la medida cautelar y en consecuencia, la frustración del derecho a la tutela judicial efectiva. En este mismo orden de ideas, se ha señalado que al órgano jurisdiccional le corresponde realizar una ponderación de los intereses en presencia, con el objeto de evitar que al tutelar un interés individual, no se ocasione un perjuicio al interés general, es por ello, que tal valoración no puede establecerse apriorísticamente, sino valorando cada caso en concreto”³³.

32 Ibídem, p. 282.

33 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: *El desarrollo de las medidas cautelares en el proceso administrativo en Venezuela*. Documento en línea: http://www.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/1_boletin/VICTOR_HERNANDEZ.pdf, p 19.

“En tanto, otro sector de la doctrina científica, considera que la ponderación de los intereses en presencia, debe realizarla el órgano jurisdiccional a los fines de conceder la tutela cautelar, en virtud de lo cual, debe efectuarse una ponderación entre el interés general y el individual, lo que supone que ante la evidente presencia de los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro en la mora, deberá otorgarse la tutela cautelar frente al interés general que representa la Administración Pública; en tanto, que si fallan o son débiles algunos de estos presupuestos, deberá prevalecer el interés general con respecto a la pretensión cautelar y en consecuencia, se deberá declarar improcedente la medida cautelar”³⁴.

De la anterior reseña puede concluirse que el interés general –comenzando por el hecho de que como todo concepto jurídico indeterminado este requiere de una verdadera concreción o determinación para cada caso particular– no puede invocarse de manera ritual o a título de lugar común como pretendida justificación de cualquier actuación de la Administración. Justamente la finalidad de éste es precisamente la contraria, es decir, permitir verificar y contrastar racionalmente si el Poder está persiguiendo el propósito para el cual el ordenamiento jurídico le asigna la potestad. Y ese interés general entonces no es otro que el que se evidenciará del examen del supuesto concreto, así como esa ponderación no podrá tampoco ser otra que el contraste resultante entre las diversas variables presentes en una causa, que en última instancia implicará pronunciarse sobre la afectación del interés de la colectividad frente a los derechos ventilados en el juicio, ardua tarea que, inevitablemente, requiere de un análisis pormenorizado de lo que está en juego en cada causa, así como un compromiso del juez en realizar adecuadamente su delicada misión, muy alejada del uso de lugares comunes para soslayar la realización de tan difícil labor.

34 Ibídem, p. 20.

Sentada esta premisa, procede entonces pasar al análisis jurisprudencial de las decisiones parcialmente transcritas en el primer apartado, retomando su texto, sin que pretendamos que con lo que aquí se expondrá resulta agotado el examen desde el punto de vista de la coherencia argumentativa -y mucho menos de fondo- que puede hacerse de cada sentencia en particular.

Revisemos pues –nuevamente- los fallos de la Sala Político-Administrativa antes identificados, pero ahora bajo el didáctico prisma del marco conceptual antes descrito.

III. LA RITUAL INVOCACIÓN DEL INTERÉS GENERAL COMO SUSTITUTO DE LA MOTIVACIÓN

En la sentencia 98 del 6 de febrero de 2013, en la cual se resuelve la petición cautelar de suspensión de efectos de un acto administrativo que declara la afectación de un inmueble con fines expropiatorios, la Sala Político-Administrativa comienza señalando que los demandantes demostraron su condición de propietarios del bien, pero que no aportan *“nada que desvirtúe la existencia en el ordenamiento jurídico de normativas de interés colectivo y nacional como las mencionadas anteriormente (se refiere a la legislación sectorial en materia de vivienda y hábitat y de ordenación de empresas del sector siderúrgico de Guayana) y que aparentemente justificarían la medida adoptada por el Ejecutivo Nacional impugnada”*(paréntesis añadido). Es indiscutible, en efecto, que los demandantes no aportan nada para demostrar la inexistencia de tales normas, sencillamente porque ese no es el thema decidendum ni mucho menos el objeto de la pretensión, que se centra en objetar la conformidad a Derecho de un Decreto Presidencial de expropiación de una serie de inmuebles, por lo que los demandantes no cuestionan la validez (mucho menos la existencia) de disposiciones de rango legal, sino la violación de normas constitucionales

y legales que presentaría un acto administrativo. Por tanto, la existencia de tales normas no justificaría la medida adoptada por el Ejecutivo, como falsamente pretende argumentar el órgano judicial, pues no es tal legislación la que se impugna, sino –se insiste– un Decreto Presidencial, acto administrativo particular y concreto.

Adicionalmente, el órgano judicial afirma que, ante la crisis habitacional existente en el país “...*los bienes afectados por el Decreto Presidencial cuestionado son idóneos e indispensables para alcanzar el fin de utilidad social perseguido*”, en un razonamiento genérico que no toma en cuenta los alegatos del caso concreto, y que, en realidad, permitiría sostener que todos los inmuebles existentes en Venezuela son idóneos para alcanzar un fin de utilidad social vinculado con la satisfacción del derecho a la vivienda, toda vez que la crisis habitacional también es general. Este razonamiento *ad absurdum* evidencia la escasez de coherencia argumentativa producto de la genérica invocación a un fin de utilidad pública o social.

La siguiente argumentación del fallo es igualmente inconsistente. Comienza señalando la Sala Político-Administrativa que “...*resulta evidente que la intención del ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela al decretar la adquisición forzosa de los bienes...*” (la redacción es bastante elocuente en cuanto a recordarnos que debería haber diferencia entre el gobierno de los hombres y el gobierno de las leyes, aunque así no parece entenderlo el órgano judicial) para destinarlos a la utilidad pública que exige la expropiación, por lo que concluye que “...*a pesar de la numerosa cantidad de denuncias expuestas por la parte actora (falso supuesto de derecho, que «no existe ninguna relación entre la fundamentación jurídica del Decreto Expropiatorio y la supuesta causa de utilidad pública o social invocada», errada apreciación de la normativa jurídica aplicable, error de derecho, falso supuesto de hecho, vulneración del derecho a la defensa, al debido proceso, a la presunción de inocencia, vicio de incompetencia, vicio de desviación de poder, violación del derecho de propiedad y al derecho a*

la libertad económica) aún así no existen elementos probatorios en lo absoluto que desvirtúen la situación antes mencionada, cuya verificación derivó de la necesaria ponderación de los intereses generales que debe hacerse en casos como el de autos, donde de manera específica se observa que se encuentran involucrados derechos constitucionales de naturaleza colectiva, como lo constituye el derecho a la vivienda”.

En realidad, lo único que afirma la Sala Político-Administrativa en el párrafo anterior es que el Decreto Presidencial tuvo como fin el cumplimiento de una finalidad pública (conclusión a la que llegó sirviéndose únicamente de la alusión a la existencia de una serie de leyes y al déficit habitacional existente en el país y no a un análisis del Decreto y de su contexto), mientras que el verdadero examen que debió hacerse, es decir, el atinente a verificar (en esta hipótesis preliminarmente) el *fumus boni iuris* o presunción de buen derecho en relación con la existencia o no de una serie de vicios del acto administrativo cuestionado (incompetencia, desviación de poder, violación del debido proceso y de los derechos de propiedad y libertad económica), no se hizo. Por ello, no se entiende a cuál ponderación de los intereses generales está refiriéndose el órgano judicial, pues para ponderar deben existir dos elementos en pugna o en conflicto³⁵, y lo cierto es que en el caso concreto, el órgano judicial jamás tomó en cuenta, y mucho menos analizó, los argumentos expuestos por la parte demandante. Por ello, la invocación final respecto a “*derechos constitucionales de naturaleza colectiva*”, refiriéndose al derecho a la vivienda, caracterización bastante discutible sea dicho de paso, pues no se trata de un derecho transpersonal, no es más que una nueva expresión retórica y vacía de contenido, salvo que se quiera interpretar como que la existencia del derecho a la vivienda justifica el ejercicio de la actividad ablatoria de la Administración sobre los ciudadanos con fines de adquirir inmuebles, con prescin-

35 Sobre el tema véase: RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *op. cit.*, *in totum*.

dencia incluso de las exigencias constitucionales y legales, lo cual evidentemente debe rechazarse³⁶.

En esa misma orientación, en la sentencia 196 del 26 de febrero de 2013, la motivación que emplea la Sala Político-Administrativa para desestimar una medida cautelar frente a otro Decreto de Afectación también con fines expropiatorios comienza afirmando, luego de señalar la voluntad de adquisición forzosa de una serie de bienes por parte *"del Presidente de la República"* (se repite lo del gobierno de las leyes por oposición al gobierno de los hombres), así como de aludir al fin de uso y aprovechamiento social de las actividades de los comerciantes informales (lo cual poca relación tiene con lo debatido en la causa), hace referencia de nuevo a la ponderación de los interés públicos generales y colectivos (la carencia de precisión terminológica es una característica común en la redacción de los fallos del Tribunal), como elemento que debe considerarse, aun cuando procediera otorgar la medida al cumplirse los extremos legales, interés necesario para determinar el impacto de la eventual medida sobre los terceros.

De tal afirmación cabría esperar de seguidas un examen pormenorizado de esos intereses generales presentes en el caso concreto. No obstante, luego de una alusión a la posibilidad legal de restringir el derecho de propiedad, la Sala Político-Administrativa insiste en la supuesta preponderancia del interés general sobre el interés particular (especialmente si este persigue fines lucrativos, según señala), para concluir en que la propiedad debe ceder frente a la necesidad de disposición de

36 Vale aquí la pena referir lo señalado por la doctrina española al respecto, la cual apunta: *"...en el caso de derechos subjetivos o intereses legítimos, la superioridad del interés general es relativa y deberá acreditarse en el caso concreto (...) el juez o tribunal puede conocer jurídicamente acerca del alcance y funcionalidad de la concreta causa de utilidad pública o interés social esgrimida por la Administración para privar del derecho de propiedad a la persona o personas que sea menester. Estamos en supuesto de supremacía relativa, que se presupone, de la que se parte a priori pero que, efectivamente, puede ser destruida en el juicio concreto"* (RODRÍGUEZ ARANA, *op. cit.*, p. 182).

un “espacio estratégico”. A ello se añade la insistencia en la intención del Presidente de la República de destinar los bienes a la utilidad pública, por lo que “...preliminarmente (...) salvo mejor apreciación en la definitiva, considera que los bienes afectados por el Decreto Presidencial cuestionado son idóneos e indispensables para alcanzar el fin de utilidad social perseguido”. De allí concluye que, al igual que en el caso anterior, “...a pesar de la numerosa cantidad de denuncias expuestas por la parte actora -relativas a los vicios de falso supuesto de hecho y de derecho, inconstitucionalidad de la norma aplicada, vulneración del derecho a la defensa, al debido proceso, a la presunción de inocencia, incompetencia, infracción del derecho a la propiedad y a la libertad económica-, aún así no existen alegatos ni elementos probatorios que de manera concreta desvirtúen la utilidad pública envuelta en el desarrollo de actividades comerciales de trabajadores informales, cuya verificación derivó de la necesaria ponderación de los intereses generales que debe hacerse en casos como el de autos...”, así como que “...no se observa que alguno de los argumentos y denuncias esgrimidas por la parte actora haya logrado en esta Sala la presunción de la falta de asidero fáctico y jurídico de la utilidad pública constituida por la satisfacción del derecho al trabajo que se persigue mediante la ejecución de la obra...”.

Una vez más, la carencia de argumentación jurídica –y por tanto de motivación– resulta ostensible, puesto que el órgano judicial en ningún momento examina, siquiera superficialmente, la procedencia o no de los vicios denunciados por los demandantes y que afectarían la validez del acto administrativo impugnado, sino que se limita a invocar un interés general (en este caso representado por la *causa expropriandi* de utilidad pública) que no se toma el trabajo de explicitar, y mucho menos de ponderar realmente.

Por su parte, en la sentencia 77 del 30 de enero de 2013, en la cual, como señalamos, se emite pronunciamiento interlocutorio respecto de una demanda por responsabilidad contractual interpuesta por un ente estatal contra un particular, la Sala Político-Administrativa considera satisfecho el requisito

del *periculum in mora* o peligro en la mora a los fines de acordar la medida cautelar solicitada por la Administración, y una vez más el órgano judicial se limita hace referencia al interés público, el cual se habría visto afectado por el presunto incumplimiento de la parte demandada en devolver una cantidad de dinero recibida como anticipo. De tal argumento hipotético (por cuanto ninguna referencia hay a que las circunstancias del caso concreto así lo comprueban, por lo cual aquí sí se está adelantando indebidamente opinión sobre el mérito de la causa), el Tribunal infiere que se producirá un año dada la demora en la devolución de los recursos destinados a la construcción de vivienda.

En este supuesto pues, aparte de la censurable confusión entre dos requisitos distintos, como lo son el *periculum in mora* (que se circunscribe al peligro de daño a la parte, no a los hipotéticos terceros) y la eventual afectación del interés general, la única conclusión posible es que, en criterio de la Sala Político-Administrativa, en el caso de las pretensiones de condena interpuestas por el Estado, en cualquiera de sus personificaciones, incluso bajo el Derecho Privado, es que siempre habrá *periculum in mora* a favor de la demandante, puesto que se está partiendo de que cualquier obligación pecuniaria reclamada por la Administración (reclamada, esto es, no constatada judicialmente puesto que se trata de un examen en sede cautelar), no pagada oportunamente, genera daños a la colectividad.

Extrapolando tal criterio a la generalidad de las hipótesis, lo cual no solo es perfectamente posible sino que parece ser la única conclusión lógica habida cuenta de la también generalidad del razonamiento, el resultado es que cualquier medida cautelar que solicite la Administración en el marco de un proceso judicial que tenga por objeto una pretensión de condena al pago de una cantidad de dinero, siempre que esté actuando la República, los Estados o los Institutos Autónomos o Estatales, procederá otorgar la tutela cautelar, habida cuenta de que conforme a lo dispuesto en el encabezamiento del artículo 92

del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, basta con que se cumpla alguno de los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil³⁷, y hoy en día por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y no de forma concurrente como se exige al particular, para que automáticamente proceda acordarse la medida cautelar pedida³⁸. La negativa consecuencia de este criterio sobre la regla de la igualdad procesal, como derivación del derecho constitucional a la igualdad de trato, y también de la garantía constitucional del debido proceso, salta a la vista.

Una posición similar se observa, en relación con ese mismo requisito del *periculum in mora* o peligro en la mora, en la sentencia 101 del 6 de febrero de 2013, dictada con ocasión de una solicitud de medida cautelar interpuesta por la parte actora (una empresa del Estado) contra un particular, en la cual el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana destaca que éste se verifica pues el incumplimiento contractual (el adelanto de opinión resulta también ostensible ya que no se refiere a un presunto incumplimiento aunque ello no parece preocupar al Tribunal), determina un retraso en las obras mediante las cuales se prestaría un servicio público, lo cual es entonces un daño de difícil reparación por la definitiva “...dada la utilidad pública y el interés social que detentan las obras vinculadas al sistema eléctrico en todo el territorio nacional, circunstancia que configura el segundo de los requisitos exigidos...”. Además de reiterarse lo señalado en los párrafos precedentes, parece obvio también constatar cómo el órgano judicial confunde dos elementos distintos, a saber, el *periculum in mora*, es decir, el

37 G.O. 5.892 Extraordinario del 31 de julio de 2008. Artículo 92. *Cuando la Procuraduría General de la República solicite medidas preventivas o ejecutivas, el Juez para decretarlas, deberá examinar si existe un peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo, o si del examen del caso, emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión, bastando para que sea procedente la medida, la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados.*

38 Véase nuestros comentarios a la disposición en: Las demandas contra los entes públicos. En: Manual de práctica forense. Contencioso administrativo. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2009, pp. 77-78.

eventual daño de difícil reparación que sufriría el solicitante de la medida cautelar si esta no se acuerda, con la ponderación del interés general, siendo que se trata de dos elementos diversos, de acuerdo con lo ya antes referido, al igual que como la propia Sala Político-Administrativa ha sostenido y se evidencia del tratamiento que le otorga el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Aún más genérico, si se quiere, y por tanto más censurable, es el pretendido razonamiento expuesto por ese mismo órgano judicial en la decisión 83 del 6 de febrero de 2013, al referir que el presunto incumplimiento obligacional de un particular respecto a una empresa del Estado, permite considerar la posibilidad de que resulte ilusoria la ejecución del fallo y, por tanto, el perjuicio irreparable a la demandante “...*en detrimento de las finalidades públicas que sus bienes están destinados a satisfacer, por lo que se considera, en el presente caso, satisfecho el requisito bajo análisis*” (se refiere una vez más al *periculum in mora* aunque lo confunde con la afectación del interés general). En otras palabras, con esta decisión se establece como criterio apriorístico que cualquier presunto incumplimiento de obligaciones contractuales o extracontractuales determina per se y sin motivación adicional, la existencia del *periculum in mora* como requisito para acordar la tutela cautelar a favor de cualquier ente estatal, público o privado, visto que los bienes de tales entidades están destinados a satisfacer necesidades públicas. Se trata de una afirmación, aparte de igualmente riesgosa como la sostenida en la sentencia antes inmediatamente referida, notablemente falaz, pues parte de sostener que todos los bienes del patrimonio público están destinados a cubrir directamente necesidades también públicas, sin distinguir ni el tipo de bien, patrimonial o demanial, ni su finalidad para el caso concreto (uso público o privado, destinado o no a la prestación de un servicio público).

Un caso especialmente llamativo es el contenido en la sentencia 702 del 26 de junio de 2013. Se trató de una demanda de nulidad de una Resolución Ministerial, respecto de la cual se

alegaron una serie de vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad. Al momento de pronunciarse sobre la medida cautelar de suspensión de efectos del acto normativo, la Sala Político-Administrativa comienza anunciando la orientación de su decisión al expresar que *"...el operador jurídico al juzgar sobre la procedencia de la medida solicitada deberá ponderar en qué forma la irreparabilidad del daño alegada por el recurrente pudiera afectar el interés general involucrado, el cual prevalece sobre el interés particular..."*. En ese mismo orden de ideas, el órgano jurisdiccional destaca que cualquier decisión que tome sobre la solicitud de suspensión de efectos incidiría sobre los derechos e intereses de toda la comunidad educativa, por lo cual habrá de ponderar todos los intereses involucrados.

De seguidas, la Sala Político-Administrativa describe el contenido de la normativa impugnada, para señalar luego que su falta de aplicación reduciría la eficacia de la normativa legal en materia de Educación e impediría el desarrollo de los postulados constitucionales que rigen al Estado Docente, así como limitaría la eficacia de los mecanismos de participación previstos en la referida legislación, visto que los órganos incluidos en la normativa impugnada están destinados a tal fin. De ello cual concluye que *"...la declaratoria de procedencia de la medida en cuestión, paradójicamente supondría el menoscabo de estos derechos de participación para la totalidad del colectivo educativo, cuya tutela prevalece, resultando en consecuencia improcedente su otorgamiento"*.

En cuanto a los argumentos concretos presentados por la parte actora para cuestionar la validez del acto, a saber *"...violación del artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de los artículos 2, 3 y 102 de la Constitución de 1999, del derecho de propiedad, del procedimiento establecido en los artículos 139 y 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (ausencia de consulta), de la Ley Orgánica de Educación y su Reglamento, vulneración de la seguridad del alumnado y personal docente, y finalmente que el acto impugnado es inaplicable"*, el órgano judicial se limita a reiterar lo ya expuesto, en cuanto a que el acto en cues-

tión se fundamenta en disposiciones de rango constitucional y legal y que el mismo desarrolla estas últimas en lo atinente a las formas de participación por lo que su no aplicación limitaría los efectos de las normas que desarrolla. De ello concluye que no están cumplidas las exigencias de ley para acordar la tutela solicitada.

Curiosamente, la motivación antes referida se limita a reproducir un fallo previo, el 471 de fecha 16 de mayo de 2013, agregando únicamente lo transcrito en el párrafo anterior (que en realidad reitera lo ya expuesto) y la misma se repite textualmente para desestimar otra petición cautelar, esta vez en la decisión 703 del mismo día, 26 de junio de 2013, aun cuando de la narrativa de la decisión se evidencia que los alegatos presentados para fundamentar la solicitud de medida cautelar sólo coincidían parcialmente³⁹.

Al respecto, resulta oportuno transcribir lo que expusimos sobre la fundamentación de estas decisiones en un previo trabajo:

39 Sin necesidad de dar una lectura detenida al fallo 703, puede evidenciarse que la coincidencia es parcial, pues en el resumen de tales alegatos señala la propia Sala Político-Administrativa: *“En el presente recurso de nulidad la representación judicial de la accionante adujo que el acto recurrido adolece de los siguientes vicios: incompetencia y usurpación de funciones, violación de los artículos 2, 3, 102, 103, 104 y 106 de la Constitución de 1999 y del derecho a la no discriminación, prescindencia del procedimiento establecido en los artículos 139 y 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (ausencia de consulta), violación del derecho de los padres, madres, representantes y responsables de participar en la educación de sus hijos, vulneración al ejercicio de la patria potestad y del régimen progresivo de reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, inaplicabilidad del acto impugnado, violación a la Ley Orgánica de Educación, vulneración de la seguridad del alumnado y personal docente, abuso de poder y desviación de poder”*. Sobre estas decisiones, véanse nuestros breves comentarios en: *“Consejos educativos e interés general: Una misma sentencia para tres peticiones cautelares”*. En: *Anuario de Derecho Público* de la Universidad Monteávila (en prensa). Más recientemente, similar proceder del mismo órgano judicial respecto a otra pretensión de nulidad de la mencionada Resolución al momento de pronunciarse sobre la solicitud cautelar de suspensión de efectos, puede verse en la decisión 849 del 17 de julio de 2013.

“¿Cuál fue entonces la motivación en el caso de las decisiones ya referidas, con relación a argumentos tales como: violación del artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de los artículos 2, 3 y 102 de la Constitución de 1999, del derecho de propiedad, de la Ley Orgánica de Educación y su Reglamento, vulneración de la seguridad del alumnado y personal docente, e inaplicabilidad del acto impugnado? (argumentos expuestos en el libelo de demanda respecto de la cual se pronunció cautelarmente la decisión 702); ¿o bien de la alegada incompetencia y usurpación de funciones, violación de los artículos 2, 3, 102, 103, 104 y 106 de la Constitución de 1999 y del derecho a la no discriminación, violación del derecho de los padres, madres, representantes y responsables de participar en la educación de sus hijos, vulneración al ejercicio de la patria potestad y del régimen progresivo de reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, inaplicabilidad del acto impugnado, violación a la Ley Orgánica de Educación, vulneración de la seguridad del alumnado y personal docente, abuso de poder y desviación de poder (alegatos contenidos en el caso de la pretensión resuelta cautelarmente por la sentencia 703)? Sencillamente ninguna. El máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana se limita a reproducir parcialmente el contenido de la decisión 471, que se pronunció respecto a una pretensión de nulidad cuyo basamento, como ya se señaló, se limita a alegar la violación de los artículos 139 y 140 del Decreto-Ley Orgánica de la Administración Pública, en el caso de dos pretensiones que, si bien tienen el mismo objeto, difieren en su fundamentación o causa de pedir, toda vez que en las dos últimas hipótesis existen una serie de argumentos adicionales atinentes tanto a vicios de inconstitucionalidad como de ilegalidad que no fueron examinados, luego de haberse señalado tras un superficial análisis que no se demostró el periculum in mora sobre la base de que no se evidenció el inminente acaecimiento de un daño de imposible o difícil reparación (lo cual es bastante discutible pero no es el caso abundar en esta ocasión)”⁴⁰.

40 Cfr. *Ibidem*.

En esa misma oportunidad, en cuanto a la decisión original, señalamos:

“Esa es la pretendida motivación de la decisión 471, de la cual se evidencia claramente que la Sala Político-Administrativa en ningún momento consideró el único argumento expuesto por la parte actora para sustentar su pretensión de nulidad, a saber, la nulidad absoluta (expresamente prevista en el artículo 140 del Decreto-Ley Orgánica de la Administración Pública) de la Resolución en referencia habida cuenta de la falta de cumplimiento en su trámite de aprobación del procedimiento de consulta pública exigido en los artículos 139 y 140 eiusdem. Por el contrario, el órgano judicial se limitó a parafrasear el acto cuya juridicidad se pone en tela de juicio y a señalar algo obvio, a saber, que la referida Resolución pretende desarrollar la legislación vigente, como si ello evidenciara per se la conformidad a Derecho de tal regulación sub-legal, y como si bajo la excusa del ejercicio de la potestad reglamentaria se pudieran afectar indiscriminadamente otros intereses generales, como lo son el mantenimiento de la juridicidad de los actos normativos y el respeto a los derechos del ciudadano. Esa argumentación, emanada del máximo órgano de la Justicia Administrativa venezolana, nos regresa a los tiempos previos a la existencia del Estado de Derecho, al invocarse una genérica “razón de Estado” que siempre beneficia al colectivo, sin más. Una vez más, se invita al lector a revisar el texto de la citada decisión”⁴¹.

Pasando a otro fallo, si se revisa con cierto detenimiento la decisión 239 del 28 de febrero de 2013, la Sala Político-Administrativa invoca como justificación para *nombrar a la propia parte actora como depositaria del bien embargado* (propiedad de la parte demandada, un ente privado), que la parte demandante, visto que representa el interés general y ciertas gravedades en juego⁴², como lo sería la posible paralización de la obra pública, procede a darle preeminencia a ese interés general

41 Cfr. Ibídem.

42 La expresión reproduce la defectuosa redacción –por genérica– del artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

sobre el interés particular del contratista demandado y por tanto le asigna la guarda, custodia, conservación, administración, defensa (sic) y manejo de los bienes objeto de la medida cautelar de embargo a la parte demandante, con la finalidad de que se garantice la continuidad de la obra pública.

Visto que este es en realidad el único caso en las sentencias aquí referidas en el cual el órgano judicial parece hacer alusión a las circunstancias concretas, es conveniente aclarar que en realidad se trata de referencias notablemente superficiales, siempre vinculadas con la etérea invocación de un interés general presente en la causa. En ese sentido, a los fines de justificar la designación de la Administración demandante como Depositaria Judicial de los bienes embargados, contraria expresamente al contenido del artículo 545 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia comienza describiendo los sujetos y el objeto de la causa principal en la cual se está acordando medida preventiva de embargo, a saber, una demanda contentiva de dos pretensiones, una de condena al pago de cantidades de dinero, y subsidiariamente otra de condena al cumplimiento de un contrato de obras suscrito entre las partes, obra vinculada con la construcciones de inmuebles destinados a vivienda, de lo cual concluye la Sala Político-Administrativa que la obra se inscribe en la ejecución de las políticas de viviendas adelantadas por el Ejecutivo Nacional de conformidad con la legislación sectorial aplicable.

En ese sentido, el órgano judicial invoca la declaratoria de utilidad pública que hace tal legislación respecto a la construcción de viviendas de interés social, y lo concatena con la consagración constitucional del derecho a una vivienda digna y adecuada y con servicios básicos, así como con la descripción que de tal derecho ha realizado la jurisprudencia constitucional, para concluir que *“...es evidente para la Sala que la solicitud del accionante (...) al representar el interés general y ciertas gravedades en juego, como lo sería la posible paralización de la obra pública, se confronta con el interés particular de la contratista (...) intereses en juego*

que deben ser ponderados por el Juez Contencioso Administrativo, al momento de decidir, lo que lleva a esta Sala, a darle preeminencia al interés general sobre el particular, todo lo cual, justifica la asignación de la guarda, custodia, conservación, administración, defensa y manejo de los bienes muebles objeto de la medida cautelar de embargo preventivo decretada en el presente fallo, así como de aquellos que se sigan ejecutando, al Instituto (...), con la finalidad de garantizar la continuidad de la obra pública de eminente contenido social (...); pese a que es el Juez Ejecutor de Medidas (comisionado) quien debe nombrar al depositario o guardador de los bienes a embargar, se declara como guardador a la parte ejecutante”.

Como puede verse, en el texto de la decisión no se razona realmente de forma concreta y específica cómo, a la luz del examen de las circunstancias fácticas y jurídicas evidenciadas en la causa, el interés general determinaba la necesidad jurídica de obviar la regulación procesal y ordenar (sin tener además la competencia para ello pues la ostenta es el órgano ejecutor de la medida, como lo confiesa expresamente la decisión) la designación –manifiestamente contraria a expresa reglas procesales y a la propia lógica del instituto adjetivo del depósito judicial– de la parte demandante como depositaria de los bienes preventivamente embargados, que no son otros que las maquinarias, vehículos automotores y equipos destinados a la construcción de las viviendas⁴³.

43 La descripción de los bienes sobre los cuales primeramente recaerá la medida se encuentra en la propia sentencia, lo que también resulta por decir lo menos irregular, ya que, tratándose de una medida de embargo, la regla es que ella se decreta hasta cubrir una determinada cantidad de dinero, y es al momento de la ejecución cuando se decide sobre qué bienes en específico recaerá la misma, lo que entre otras cosas permite que el afectado por la providencia cautelar pueda ejercer su derecho a la defensa y oponerse a la ejecución basándose en los principios de proporcionalidad y necesidad de la medida preventiva, como por ejemplo, señalando que los bienes sobre los que se está acordando la misma le generan un perjuicio innecesario para garantizar la finalidad de la tutela acordada (véanse los artículos 586 y 597 del Código de Procedimiento Civil). De allí que lo que en realidad se está dictando en este caso mas parece una medida de secuestro, que sí recae sobre un bien específico, pero que debe responder

Pero es que además, del párrafo antes transcrito se evidencia que tal designación se realiza “...con la finalidad de garantizar la continuidad de la obra pública...”, lo que parece implicar que la desposesión forzosa no se hace con el propósito de poner en resguardo tales bienes a fin de que los mismos resulten una garantía en cuanto a que un hipotético fallo favorable a la parte demandante y solicitante de la medida de embargo pueda resultar cabalmente ejecutado, sino con el destino de que tales bienes se sigan utilizando, ahora por la parte actora, para la construcción de la obra pública cuyo cumplimiento se está reclamando judicialmente. Ello implicaría entonces la absoluta desnaturalización de la medida cautelar y la violación de disposiciones expresas (artículo 541.4° del Código de Procedimiento Civil), así como lo que es más grave, la desposesión ilegítima (lo cual es además inconstitucional por violatorio del derecho a la propiedad) de un bien amparada en una decisión judicial que en realidad está diseñada para un fin totalmente distinto.

Por último, en la sentencia 129 del 7 de febrero de 2013, como ya se destacó, la Sala Político-Administrativa, aun afirmando expresamente haber constatado una actuación contraria a Derecho por parte de la Administración (ocupación previa de un inmueble realizada sin cumplir los requisitos exigidos por la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social)⁴⁴, desestima la apelación (más allá de que

como regla general a que ese bien sea el objeto material de la pretensión u objeto litigioso (véase el artículo 599 del Código de Procedimiento Civil), lo que no sería aplicable en la causa en referencia ya que en ella se trata de una demanda contentiva de pretensiones de condena respecto a una prestación genérica (pago de una cantidad de dinero) y subsidiariamente al cumplimiento de un contrato, por lo que en ella no se está discutiendo la titularidad de un bien específico.

- 44 En el caso concreto, la ocupación previa fue acordada por un juez de instancia sin cumplir los requisitos de Ley, y ante la apelación interpuesta contra la decisión interlocutoria, la Sala Político-Administrativa se pronunció como alzada. La sentencia, aunque declara parcialmente con lugar la apelación, mantiene los efectos de la medida decretada por el juez de primera instancia y respecto de la cual se había ejercido el recurso, lo cual es notablemente contradictorio.

formalmente la declara parcialmente con lugar) interpuesta por los afectados de una medida cautelar de ocupación previa de un inmueble en un proceso de expropiación, sobre la base de una genérica invocación de los intereses en juego. En ese sentido, la decisión se limita a traer a colación –de forma genérica– la finalidad de tal ocupación previa para adelantar la construcción de inmuebles destinados a viviendas, de lo cual concluye, visto el *“incuestionable fin de interés público que persigue la obra”*, que *“la medida de ocupación previa decretada por el a quo no debe ser revocada”*, por lo que mantiene la eficacia de la referida medida, decretada por el Juez de Primera Instancia, y, a los fines de garantizar los derechos a favor de los propietarios del inmueble (lo cual es bastante paradójico pues precisamente los requisitos de la ocupación previa vulnerados por la decisión apelada tienen como fin proteger los derechos de los propietarios del bien a expropiar), ordena realizar el avalúo por el órgano competente.

Ante tal proceder, se evidencia que el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa *afirma expresamente que incluso una actuación de la Administración manifiestamente ilegal y violatoria de los derechos constitucionales del ciudadano, siempre que la misma persiga un fin de interés público, resulta inmune al control jurisdiccional*⁴⁵. A ello cabe añadir que la invocación del interés público o general no pasa de ser más que una alusión

45 Es notorio que la Sala Político-Administrativa no hizo siquiera el esfuerzo por invocar los principios de las nulidades en materia de Derecho Administrativo ni se refirió a la finalidad y requisitos de la ocupación previa en la Expropiación para justificar su fallo, probablemente porque hubiera quedado aún más evidente que las exigencias pautadas por la Ley en este caso distan de ser meras formalidades, sino que constituyen garantías patrimoniales esenciales cuya violación ineludiblemente acarrea la vulneración del derecho de propiedad del afectado, mucho más en el caso del justiprecio. De allí que en la propia decisión se considera que la exigencia incumplida es *“requisito formal esencial”* y aún así, la Sala no duda en obviarlo en última instancia, al mantener la eficacia la medida cautelar y ordenar en la misma sentencia –contradiciéndose– que se realice lo que no es otra cosa que un presupuesto *previo* esencial para la procedencia de ésta.

ritual, sin que medie análisis del caso concreto en el cual se pondere la existencia real de ese interés general frente a los eventuales derechos o intereses conculcados, cuya protección también forma parte del interés general aunque eso parezca ignorarlo esta tendencia jurisprudencial (y que en este caso esos sí están debidamente probados así como también está demostrada su inconstitucional vulneración como lo acepta la propia decisión). De ahí que la única conclusión posible es que actualmente la Administración Pública venezolana se encuentra prácticamente inmune a control jurisdiccional (y por consiguiente el ciudadano se encuentra en indefensión), puesto que un genérico y evanescente interés general (invocado además paradójicamente no por la Administración, sino por el juez contencioso-administrativo, quien debería más bien controlar la presencia real o no de éste y su eventual alusión infundada, abusiva o desviada) justifica cualquier ilegalidad cometida⁴⁶.

En realidad, frente a esta última decisión, resulta difícil –el tiempo dirá si es imposible o no– encontrar un ejemplo más patente de cómo la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa expresamente acepta que en lugar de darle cumplimiento a su cometido constitucional, contraría el contenido del artículo 259 de la Carta Fundamental, al negarse expresamente a ejercer su rol de contralora de la juridicidad de las actuaciones de la Administración y defensora de los derechos e intereses legítimos del ciudadano frente a tales contradicciones a Derecho, y en su lugar erigirse como defensora a ultranza de la Administración.

46 Esta violación al principio de universalidad del contencioso-administrativo y el consiguiente regreso a la vieja doctrina de los actos excluidos de control jurisdiccional, basada ahora no en la naturaleza del acto sino en su pretendida finalidad, ha sido advertida previamente en algunas sentencias de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo por CARRASCO, Rosnell Vladimir: *Los actos administrativos de contenido ambiental. Una nueva categoría de actos revestidos de inmunidad jurisdiccional* (inédito).

¿Y qué decir sobre la motivación? Exigencia de racionalidad en un Estado de Derecho, requerida para cualquier actuación que adopte el Poder Público, pero mucho más si se trata de las decisiones judiciales⁴⁷, una lectura detallada de los anteriores fallos nos revela que la misma en realidad es mera apariencia, pues conforme al Código de Procedimiento Civil y a los principios generales del Derecho, la motivación se refiere a una decisión con *arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas*. Pues bien, si la genérica y vacía invocación del interés general (que no ponderación, pues ella exigiría un real contraste entre el interés general evidenciado con los derechos e intereses en juego, y por ende implicaría entonces un análisis del caso concreto ausente en la labor jurisdiccional de la Sala Político-Administrativa) sustituye a la argumentación racional (que en estos casos tendría que centrarse en el examen de los alegatos y en la valoración de las pruebas), que también debe hacerse en sede de tutela cautelar, entonces no tiene sentido hablar de argumentación, ni de motivación, y mucho menos de justificación racional de la sentencia, que se limita a amparar y a tratar –sin lograrlo realmente– de darle una apariencia de juridicidad *a posteriori*, a cualquier decisión administrativa que afecte negativamente la esfera jurídica del ciudadano, o al menos, a las que hemos descrito en las páginas precedentes⁴⁸.

A ello parece haber quedado reducida la labor de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la actualidad, regresándonos a etapas superadas en la evolu-

47 Al punto que el Tribunal Constitucional español -por ejemplo- ha señalado que la exigencia de la motivación de las sentencias judiciales se relaciona de una manera directa con el principio del Estado Democrático de Derecho y con la legitimidad de la función jurisdiccional (RUBIO LLORENTE, Francisco y otros: *Derechos Fundamentales y principios constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)*. Editorial Ariel. Barcelona, España, 1995, p. 3).

48 Situación especialmente indeseable, pues como bien se ha sostenido: “...el peligro surge cuando la arbitrariedad se cobija bajo el manto de una legalidad formal y tan solo aparente, pues entonces resulta más difícil detectarla y combatirla...” (ESCOLA, op. cit., p 57).

ción de la civilización y de las relaciones entre el ciudadano y el Poder, eras en las cuales bastaba la invocación del interés general que encarnaba la Administración –cualquiera que esta fuera– para que necesariamente cedieran los derechos de la persona. Justamente el advenimiento y la consolidación del Estado de Derecho pusieron fin a este tipo de prácticas.

Lo más preocupante en este análisis es que nos lleva a concluir –se insiste– en que tal proceder proviene en la actualidad no de la propia Administración, sino de quien estaría llamada a controlarla en virtud de expresos mandatos constitucionales. De allí la gravedad y los riesgos de esta nueva tendencia jurisprudencial de la Sala Político-Administrativa, que debería abandonarse de inmediato dadas sus inicuas consecuencias sobre el Estado de Derecho, aunque dudamos que ello suceda. Antes bien, no es difícil avizorar que el próximo paso que dará ese Tribunal será el de intentar trasladar ese tipo de pretendido razonamiento a los fallos de fondo, como mecanismo adicional para justificar –al menos en la apariencia– cualquier actuación administrativa ahora bajo el manto del supuesto interés general existente, negando una vez más con ello sus cometidos constitucionales⁴⁹. De ser así, habrá de continuarse esta crónica como medio de dejar claro cuáles son los fines de la jurisdicción contencioso-administrativa en un verdadero Estado de Derecho, con el propósito de contrastarlos con la realidad venezolana.

Culminamos en esta oportunidad con la siguiente afirmación doctrinaria, que nos parece muy pertinente como advertencia y nos reitera la gravedad de la situación actual del contencioso-administrativo venezolano:

49 Hay que tomar en cuenta que esta tendencia –como las demás– tiene como último propósito el favorecer a la Administración. Evidencia de ello –y no simple coincidencia– es que en todas las sentencias reseñadas, la parte que resultó gananciosa con la dispositiva sobre la tutela cautelar fue la Administración, sea porque se negara una medida cautelar frente a su actuación, o bien porque se le otorgara una providencia por ella pedida.

“Una sociedad en la que los funcionarios y los empleados de la administración pública no se cuidan de aplicar con toda dedicación el ordenamiento jurídico, en la que los legisladores no trepiden en violar con las leyes que sancionan los mandatos constitucionales y en la que los jueces no se dedican a restaurar con sus sentencias aquella vigencia, y en la que los administrados renuncian de antemano por temor, por comodidad o pereza, o por interés, a la lucha por el derecho, está irremisiblemente condenada al fracaso y a la disolución”⁵⁰.

50 ESCOLA, *op. cit.*, pp. 230-231.

ÍNDICE

Estudios

LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS EN VENEZUELA

Rafael Badell Madrid..... 13

- I. Introducción..... 15
- II. Tutela de los Intereses Colectivos o Difusos
en Venezuela.....16
- III. Acción por Intereses Colectivos o Difusos..... 29
- IV. Derecho Comparado..... 39

LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE LA IRRESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN MATERIA AMBIENTAL EN VENEZUELA

Miguel Ángel Basile Urizar 43

- Introducción..... 45
- I. La inconstitucionalidad en virtud de la relación
entre el derecho ambiental y otros derechos 48
- II. La inconstitucionalidad del criterio jurisprudencial
sobre la base de la responsabilidad patrimonial
del Estado 64
- III. Conclusión..... 69

DERECHO ADMINISTRATIVO Y LIBERTAD: O DE POR QUÉ EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO NO HA RESPETADO NI PROMOVIDO LA LIBERTAD

Luis Alfonso Herrera Orellana 71

LA CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz 95

- I. Introducción 95
- II. La intervención del Estado en la Sociedad 98
- III. El denominado Estado del Bienestar 101
- IV. La crisis del Estado del Bienestar 109
- V. Derechos Humanos y Estado 124
- VI. Estado, responsabilidad y participación 132
- VII. Reflexión final 134

PRINCIPIOS DEL CÓDIGO DE CONDUCTA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Manuel Rojas Pérez 137

- I. Objeto de Aplicación del Código de Conducta de los Servidores Públicos 141
- II. Sujetos de aplicación del Código de Conducta de los Servidores Públicos 141
- III. Vigencia del Código de Conducta de los Servidores Públicos 143
- IV. Los Principios Éticos de los Servidores Públicos 144

Actualidad

DESAFÍOS PRESENTES FRENTE AL ESTADO COMUNAL

Claudia Nikken 177

- I. Hay que desmontar los mitos sobre el “estado comunal” 182
- II. Lo que se pretende es instaurar una hegemonía “ética, moral y espiritual” a partir de sedicentes valores liberadores del socialismo 198

INTERÉS GENERAL Y TUTELA CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: RESEÑA DE UNA PELIGROSA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA <i>Miguel Ángel Torrealba Sánchez</i>	211
Preliminar	212
I. La tendencia jurisprudencial	214
II. El trascendente rol del interés general en la actividad administrativa, y por tanto, en el Derecho Administrativo y en el contencioso-administrativo	223
III. La ritual invocación del interés general como sustituto de la motivación	238

