

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 causas 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 en 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 si 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: Monteávilva 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.