

# LA LUCHA POR LA DEFENSA DE LAS LIBERTADES CIUDADANAS. REFLEXIONES A PARTIR DE LAS IDEAS DE EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

**Mauricio Subero Mujica**

*Profesor de Prácticas de Derecho Administrativo  
y del Programa de Posgrado de Derecho Administrativo de la UCAB*

*Resumen: A partir del contenido del artículo La Lucha contra la Inmunidades del Poder de Eduardo García de Enterría, esta colaboración advierte sobre los peligros que representa para el Estado de Derecho el que la jurisprudencia contencioso administrativa en Venezuela disponga de fórmulas para crear nuevos mecanismos de inmunidad para el poder ejercido por la Administración Pública.*

*Palabras clave: jurisdicción contencioso-administrativa, Estado de Derecho.*

*Summary: From de content of the article The Struggle Against Immunities of the Power by Eduardo García de Enterría, this collaboration warns about the danger to the rule of law that may come from de administrative jurisprudence in Venezuela that creates new immunity mechanism for the powers of the public administration.*

*Keywords: Administrative justice, Rule of law.*

Recibido:

7 de julio de 2015

Aceptado:

11 de julio de 2015



## I.

Todo homenaje a la obra del Maestro Don Eduardo García de Enterría será siempre muy merecido, pero este en concreto, dedicado a su trabajo “La Lucha contra las Inmunidades del Poder”, resulta para los administrativistas venezolanos, además, muy oportuno y necesario. Celebro esta iniciativa y felicito a sus impulsores, pues ahora más que nunca deberíamos hacer pervivir las ideas centrales de la obra de García de Enterría en las generaciones más jóvenes para no dejar morir su legado.

Tal y como se señal al inicio de “La Lucha...” su propósito es mostrar el resultado de “la conversión de la metafísica en técnica”, ya que como lo señaló el propio García de Enterría, “todo el succulento tema del Estado de Derecho se convierte para los administrativistas en un conjunto de técnicas concretas y particulares”. Pero estas técnicas no pueden comprenderse en su magnitud e importancia sin comprender y aceptar esa “metafísica” de la cual provienen y de la que son una forma de implementación concreta. Y es allí donde “La Lucha...” se muestra también ejemplar, dado que las técnicas descritas son contextualizadas y ancladas en los correspondientes principios del Estado de Derecho que cada una de ellas defiende. Es desde este punto de vista que el trabajo del Maestro García de Enterría se nos presenta también como un verdadero manifiesto en defensa de las libertades del ciudadano.

En este sentido García de Enterría apeló, por ejemplo, a las palabras de Forsthoff para sostener que “en una Administración que invade todas las esferas de la vida privada” sólo su vinculación a “principios jurídicos materiales” (e.g.: el principio de la iniquidad manifiesta, la irracionalidad, la buena fe, la proporcionalidad o el de la naturaleza de las coas) puede garantizar la libertad individual y la justicia social, legitimando al Estado como Estado de Derecho”. Asimismo, aseguró el Maestro que “...todo orden constitucional construye un ámbito de

vida privada, las libertades y derechos fundamentales, justamente con el ánimo de declararlos exentos de la acción policial; afirmar que es discrecional de la Administración determinar si cualquier actividad contraría o no el orden es tanto como aceptar que la Administración puede hacer caso omiso de esos ámbitos de libertad garantizados." Es así como lucha contra las inmunidades del poder se nos presenta también como la lucha por la defensa de los espacios de libertad que todo orden constitucional debe garantizar y garantiza.

Con "La Lucha..." García de Enterría procuró demostrar que en un Estado de Derecho no deben existir espacios vedados a la justicia contencioso-administrativa, la cual, por ende, puede llegar a esos rincones de inmunidad que la Administración se había reservado. Pero este argumento da por sentado que en la medida en que el Juez contencioso pueda alcanzar esos espacios de la otrora inmunidad del poder, hará uso de sus facultades de control para tratar de atajar las arbitrariedades y excesos de la Administración.

## II.

El reto de la Venezuela del Siglo XXI es, sin embargo, más abrumador que las conquistas descritas por García de Enterría. Nuestra situación actual se puede resumir en la construcción de nuevas zonas de inmunidad del poder. Sin embargo, estas inmunidades no pueden conquistarse con la simple extensión del control judicial, ya que, paradójicamente, se trata de inmunidades creadas desde la misma justicia contencioso-administrativa. En Venezuela la tarea es hoy lograr que el Juez contencioso administrativo no abdique de su deber de controlar al poder y que cese en la construcción de nuevos ámbitos de inmunidad.

Una de las técnicas de control del poder con que cuenta la justicia administrativa, de acuerdo con García de Enterría, es

la que diferencia la discrecionalidad de la Administración del empleo de conceptos jurídicos indeterminados. Una potestad discrecional admite una pluralidad de soluciones justas, por lo que la solución adoptada por la Administración en uso de estas potestades procede “en virtud de otros criterios materiales distintos de los jurídicos, que por ello no pueden jurídicamente ser fiscalizados”, mientras que los conceptos jurídicos indeterminados implican una unidad de solución justa, por lo que “allí donde estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, allí cabe con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación”.

En Venezuela, por el contrario, asistimos constantemente a la construcción judicial de conceptos indeterminados (lo de “jurídicos” lo pongo en reserva) que la justicia contencioso-administrativa mantiene conscientemente en esa indeterminación para que funjan como comodines, como simples recursos retóricos empleados para sostener la validez de las decisiones de la Administración, permitiendo así la invasión de espacios de libertad. Así, por ejemplo, conceptos como el interés general<sup>1</sup>, la utilidad pública<sup>2</sup>, así como el siempre controversial concepto de servicio público<sup>3</sup> han servido para justificar que la Administración, en el marco de los llamados contratos administrativos, haga uso de potestades que no tienen reconocimiento ni en la Constitución ni en la Ley y que, por ende, deberían ser rechazadas por contrariar el principio de legalidad consagrado en el artículo 137 de la Constitución.

- 
- 1 Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1967 de 5 de noviembre de 2007, caso *Transcar de Venezuela, C.A.*
  - 2 Sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 126 de 4 de febrero de 2010, caso *Serdica, C.A.*; N° 603 de 11 de mayo de 2001, caso *Petroleum Contractor, C.A.*; N° 636 de 18 de mayo de 2011, caso *Sateca Lagunillas*; N° 34 de 25 de enero de 2012, caso *Grupo Novoca, C.A.*; N° 70 de 8 de febrero de 2012, caso *Banco Provincial S.A. Banco Universal*; N° 238 de 2 de mayo de 2016, caso *Consorcio Tepuy*.
  - 3 Sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 800 del 13 de abril de 2000 (caso *Promotora Jardín Calabozo C.A.*) y N° 967 del 12 de agosto de 2015 (caso *Consultel, C.A.*),

Pero hay que llamar la atención especialmente sobre el abuso del concepto *de interés general* en que incurre nuestra justicia contencioso-administrativa. Así por ejemplo, mediante la sentencia N° 653 del 7 de mayo de 2014, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia negó a unas empresas privadas el decaimiento de la afectación expropiatoria que pesaba sobre inmuebles de su propiedad en virtud de un Decreto dictado el 11 de noviembre de 1985, todo ello debido a que dicha afectación se dispuso para la creación de un Parque Recreacional que nunca ha sido edificado. A pesar de ello, la Sala estimó procedente dejar de lado (y no era la primera vez que lo hacía) su propia doctrina sobre la desafectación de inmuebles en los casos de proyectos no ejecutados oportunamente por la Administración, debido a “la prevalencia del interés general sobre el interés particular”.

El abatimiento de un derecho fundamental como es el derecho de propiedad, en virtud del mito de la prevalencia automática del interés general es una constante reciente en la jurisprudencia administrativa venezolana, que se fundamenta en el carácter limitado y limitable de todos los derechos individuales, sin advertirse, sin embargo, que la fijación de estos límites corresponde a la Ley formal y no al Juez, a reserva, además, de la posibilidad de controlar la racionalidad y razonabilidad de la medida legislativa<sup>4</sup>.

Esta prevalencia, sin duda, requiere una profunda revisión. La verdad es que la defensa de los derechos e intereses individuales es un elemento consustancialmente unido al interés general. Como lo señaló García de Enterría -insisto- “todo orden constitucional construye un ámbito de vida privada, las libertades y derechos fundamentales”; pues bien, no hay nada más próximo

---

4 Gustavo Zagreblesky, señala que “Uno de los principales (por su importancia y frecuencia) criterios de control de la legitimidad constitucional de las leyes está representado por la racionalidad y la razonabilidad...” (Zagrebelsky, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Minima Trotta, Madrid, 2008, p. 75).

al interés generales que la defensa de ese orden constitucional y, con él, de ese ámbito de libertades y derechos fundamentales. Cuando se trata de controlar al poder el interés general no radica en las antípodas de las libertades y derechos particulares, no se trata de términos opuestos ni de asuntos que deban ponerse en platos diferentes de la balanza. Todos tenemos un interés en que la Administración Pública respete y acate el ámbito de las libertades y derechos fundamentales porque en ello radica el respeto y conservación del orden constitucional establecido.

Adicionalmente, debe advertirse que el saldo final de esa prevalencia ciega y absoluta será en muchos casos un perjuicio aún mayor al verdadero interés general. En efecto, como ocurrió en el caso decidido por el fallo antes mencionado, la prevalencia de ese supuesto interés general desemboca en la protección e inmunidad de una “Administración maula” que en ese caso concreto omitió durante casi treinta años ejecutar el proyecto planificado, pero que, a pesar de ello, encuentra protección en la justicia administrativa. Se trata, por ende, de una suerte de aliento judicial a la ineficacia y a la desidia de la Administración, la cual podrá seguir operando indefinidamente de la misma forma al amparo de ese supuesto interés general, con lo cual los perjudicados seremos siempre los ciudadanos interesados en una buena administración.

### III.

El error que yace a la base del mito de la prevalencia del interés general tal como lo ha manejado nuestra jurisprudencia, es la supuesta identificación y absoluta equivalencia que se hace entre ese interés general y cualquier derecho o interés de titularidad colectiva (como el derecho al ambiente en el caso antes mencionado). Sin que ello suponga negar la existencia de los llamados intereses difusos y derechos colectivos, que gozan de expreso reconocimiento constitucional (art. 26), debe

advertirse que ellos no son la única ni exclusiva expresión del interés general, el cual radica, como se ha dicho, en la protección de todo el sistema constitucional en su conjunto y del cual no queda excluido, por ende, el interés en la protección y respeto a las libertades y derechos particulares<sup>5</sup>. Por lo tanto, en cuanto atañe al control del poder, los límites no pueden relajarse por mor de una defensa general y automática de los intereses colectivos, pues ello sólo conduce a la creación de nuevos espacios de inmunidad y al fomento de una Administración Pública ineficaz e ineficiente. En este ámbito los límites deben erigirse en la defensa del orden constitucional integral, bajo los principios de racionalidad y proporcionalidad.

El legado fundamental del Maestro Eduardo García de Enterría parece ser, por tanto, que la lucha contra las inmunidades del poder no acaba, que las conquistas que él mismo describió hace más de cincuenta años deben actualizarse. Las trincheras de esa lucha son otras, pero los propósitos y los principios que la animan son los mismos, y el aliento que insufla su obra es constante.

---

5 El profesor Gonzalo Rodríguez Matos, ha precisado que en caso de un conflicto entre un derecho particular y el interés social “el juez deberá ponderar los valores y derechos constitucionales en juego y resolverá el conflicto de acuerdo al principio de la racionalidad, limitando un derecho sólo cuando sea estrictamente necesario y la única vía para la preservación de otro...” (Rodríguez Matos, Gonzalo: “La Revisión del Contrato y la Justicia Constitucional”, en *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*. Vol. II. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002, p. 496).