

Las tendencias totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho y el carácter iliberal del Derecho Administrativo

José Valentín González P.

RESUMEN:

La cláusula del Estado social de Derecho, reconocida en la Constitución de Venezuela, tiene rasgos totalitarios, en tanto promueve la configuración de la sociedad desde el propio Estado. Como resultado de esos riesgos, han derivado instituciones de Derecho Administrativo que son contrarias a la libertad del ciudadano.

Palabras clave:

Estado social, totalitarismo, Derecho Administrativo, libertad del ciudadano

ABSTRACT:

The welfare state clause in the Venezuelan Constitution has totalitarian features. It promotes a societal order conducted by the State. As a result of these totalitarian features, institutions of Administrative Law are contrary to citizen's freedom.

Key words:

Welfare State, totalitarianism, citizen freedom.

I. INTRODUCCIÓN

En este artículo no se sostiene que el Estado Social y Democrático de Derecho sea un Estado Total o Totalitario. Claramente se señala que el Estado Social y Democrático de Derecho tiene rasgos totalitarios pero, evidentemente, carece de otras características para poder ser catalogado como total o totalitario, tales como el régimen de partido único, el mo-

* Profesor de Derecho Administrativo I. Universidad Católica Andrés Bello

nopolio de los medios de comunicación, la completa estatización de las actividades económicas y profesionales, entre otras características señaladas por los teóricos del totalitarismo.¹ No obstante, tal como se expondrá ampliamente, el Estado Social y Democrático de Derecho sí posee rasgos típicamente totalitarios, tales como la superación de la *separación entre Estado y Sociedad* que se concreta en el otorgamiento al Estado de un poder *configurador* o *conformador* del orden social y económico.

Según los teóricos del Estado Social y Democrático de Derecho, ese poder *configurador* no es absoluto ya que tiene como límite un conjunto de derechos individuales reconocidos constitucionalmente o mediante instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. No obstante, en nuestro criterio, esos derechos individuales están tan debilitados en comparación con los derechos individuales del Estado Liberal de Derecho que ya no pueden servir de contención efectiva al poder estatal. Quizás ello explique que la última línea de defensa de esos derechos individuales se haya trasladado a tribunales internacionales de derechos humanos.

Atacar el Estado Social y Democrático de Derecho implica graves riesgos académicos porque se ha convertido en una especie de tótem en el Derecho Público continental. Para muchos, el Estado Social y Democrático de Derecho es como la tierra prometida del constitucionalismo. Sin embargo, no debemos olvidar que el origen del constitucionalismo es la defensa de la Libertad por lo cual es perfectamente lógico examinar si ese nuevo modelo de Estado responde o no a ese espíritu original.²

Cuestionar al Derecho Administrativo es incluso más riesgoso. He sido profesor de Derecho Administrativo por más de quince años. Por décadas nos han enseñado y hemos enseñado que esta disciplina jurídica puede ser un instrumento al servicio de la Libertad. No obstante, tengo la absoluta convicción de que sus instituciones fundamentales son iliberales y están al servicio de las tendencias totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho. No podemos dejar que la fascinación por su coherencia y su solidez nos impida ver que el Derecho Administrativo, tal como lo conocemos, representa un peligro para la Libertad. No desconozco

1 Cf. Aron, Raymond; *Democracy & Totalitarianism, A Theory of Political Systems*, Ann Arbor Paperback 1990, pp. 193-194.

2 **Sobre las diferentes nociones de Libertad dentro del liberalismo**, Cf. Rothbard, Murray; *La Ética de la Libertad*, Unión Editorial, Madrid 1995, pp. 275-341.

que se han hecho esfuerzos por controlar los excesos del poder estatal, pero considero que se trata de una lucha desigual contra un conjunto de instituciones que se identifican con un modelo de Estado cuyo objetivo principal ya no es la defensa de la Libertad.

II. DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

2.1. El Estado Liberal de Derecho

En contraste con la idea del Estado Absoluto, el Estado Liberal de Derecho que se va configurando como producto de las revoluciones inglesa de 1688, americana de 1775 y francesa de 1789 se caracterizó por (i) el reconocimiento de unos derechos inherentes a los individuos que son previos a la existencia del Estado y que constituyen esferas inmunes a su actuación (ii) el sometimiento del Estado al derecho (iii) la existencia de tribunales autónomos e independientes capaces de proteger esos derechos ante las actuaciones ilegales del Estado (iv) la separación y autonomía de los poderes públicos (v) la despersonalización del poder y (vi) *la separación entre Estado y Sociedad*.³

De todas esas características, la *separación entre Estado y Sociedad* era la más importante ya que condensaba el pensamiento liberal en relación al rol del Estado. En efecto, ello implicaba que la Sociedad era un orden espontáneo que no debía ser modificado por el Estado, cuya tarea se limita a garantizar su funcionamiento autónomo e independiente.⁴

3 Evidentemente se trata de un modelo ideal ya que algunas de esas características no se verificaron en determinados países. No obstante, el sistema político de los Estados Unidos de América en el Siglo XIX se acercó mucho a ese modelo. Hemos hecho una enunciación propia de los elementos del Estado Liberal de Derecho. Sin embargo, esos elementos coinciden básicamente con los señalados por algunos autores. Cf. Combellas, Ricardo; *Estado de Derecho, Crisis y Renovación*, EJV. Caracas 1990, pp. 11 y ss.

4 García-Pelayo, Manuel; *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid 1994, 8va reimpresión de la 2da. Edición, p. 22.

2.2. La Democratización del Estado Liberal de Derecho

En aquellos países donde se impuso el paradigma liberal, tales como los Estados Unidos de América, la elección de las autoridades se realizaba mediante sufragio censitario o restringido. Normalmente se excluía a las mujeres y además se excluía a los hombres que carecían de un determinado nivel de instrucción o un determinado nivel de rentas o patrimonio. Asimismo, en ciertos casos existieron exclusiones por motivos raciales. Luego, al final del siglo XIX y principios del siglo XX, se va introduciendo progresivamente el sufragio universal en los Estados Unidos de América y en Europa Occidental.⁵

En principio, el sufragio universal no implicó un cambio en el modelo del Estado Liberal de Derecho ya que ese modelo de Estado puede, teóricamente, funcionar tanto con un sistema de sufragio censitario como con un sistema de sufragio universal. No obstante, cuando sólo los propietarios de los medios de producción eran los electores, era mucho más sencillo mantener la *separación entre Estado y Sociedad* ya que esas personas estaban más inclinadas a lograr la satisfacción de sus necesidades y la protección de sus intereses a través del mercado que era su ámbito normal de actuación.

Cuando se universaliza el sufragio, surge la tentación populista de desnaturalizar ese importante logro y conquistar el apoyo de los electores mediante la promesa de utilizar el monopolio de la fuerza del Estado para alterar los resultados del funcionamiento espontáneo de la Sociedad y el mercado. Dado que muchas de las personas que se incorporaron al sufragio eran las menos favorecidas económicamente, se les sedujo señalándoles que los resultados del mercado eran injustos, que estaban siendo explotados por los propietarios, que su pobreza se debía a que se les arrebatava el producto de su trabajo y que el Estado debía corregir esas injusticias para el beneficio de las mayorías. Mediante la *democratización* del Estado Liberal de Derecho se abrieron las puertas a la superación del principio de la *separación entre Estado y Sociedad*.⁶ Así, nos encontramos

5 Cf. Encyclopædia Britannica. Encyclopædia Britannica Online. Encyclopædia Britannica Inc., 2012. Web. 03 Feb. 2012. <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/571785/suffrage>.

6 Cf. Bobbio, Norberto; *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F. 2008, 5ta Reimpresión de la 3era Edición, p. 43.

ante el ataque frontal del populismo contra el Estado Liberal de Derecho, aunque en algunos casos ese ataque se disfrace de científico, como sucede con los partidos socialistas de inspiración marxista.

2.3. El Estado Social y Democrático de Derecho

Durante un determinado período, el Estado Liberal de Derecho coexistió con la democracia. Se configura temporalmente el Estado Liberal y Democrático de Derecho. No obstante, la dinámica del juego electoral terminó por destruir el carácter liberal de ese modelo de Estado. Progresivamente se fue diluyendo el principio de la *separación entre Estado y Sociedad*, incluso en los Estados Unidos de América. Estamos ante el nacimiento del Estado Social.⁷

Constitucionalmente, se usa por primera vez la expresión Estado Social y Democrático de Derecho en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. No obstante, el Estado Social y Democrático de Derecho ya era una realidad muchas décadas atrás. Después de la Gran Depresión, el Estado Social se va configurando claramente en los Estados Unidos de América bajo el modelo del *Welfare State*. Asimismo, la idea del Estado Social ya estaba presente en la Constitución de Querétaro de 1917 y en la Constitución de Weimar de 1919.⁸

¿Cuál es la diferencia fundamental entre el Estado Liberal de Derecho y el Estado Social y Democrático de Derecho? No se trata del principio democrático, es decir, el sufragio universal, ya que teóricamente es posible concebir un Estado Liberal y Democrático de Derecho. La diferencia fundamental entre ambos modelos es la eliminación del principio de la *separación entre Estado y Sociedad* y el otorgamiento al Estado del rol de *conformador o configurador del orden social y económico*.⁹

7 Pipes señala la década de 1880 como el momento del inicio de este proceso. Cf. Pipes, Richard; *Propiedad y Libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, Turner-Fondo de Cultura Económica, Madrid- México D.F., 1999, 1era Edición en castellano, p. 292 y ss.

8 Para algunos autores existe una clara diferencia entre el Estado Social y el Estado de Bienestar. Con base en ese criterio, ellos podrían argumentar que lo que surgió antes de la II Guerra Mundial fue el Estado de Bienestar, el cual no puede ser calificado aún como Estado Social por la ausencia de las notas políticas, legales e ideológicas. Cf. Combellas, ob. cit., pp. 48-51

9 La Dasseinvorsorge de Forsthoff. Cf. Muñoz Machado, Santiago; *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I*, Iustel, Madrid 2006, 2da Edición, p. 1028.

En el Estado Social y Democrático de Derecho, las autoridades mayoritariamente electas se convierten en *arquitectos* de la sociedad. En efecto, esas autoridades conciben un modelo de sociedad ideal que desean alcanzar y, considerándose legitimadas por el sufragio popular, proceden a intervenir el orden social y económico. Para esas autoridades, la Sociedad pasa a ser la materia prima sobre la cual van a trabajar para lograr producir el modelo social y económico que han diseñado.

Nunca falta quienes rechacen que el Estado tenga ese rol *configurador* en el Estado Social y Democrático de Derecho, ya que no desean afrontar la existencia de rasgos totalitarios en ese modelo de Estado.¹⁰ No obstante, destacados doctrinarios han usado, con gran naturalidad, las siguientes expresiones para explicar ese rol: (i) “*capacidad de estructuración del orden social*”¹¹ (ii) “*responsabilidad de conformar el orden social*”¹² (iii) “[el] *orden económico y social [pasa] a ser el objeto mismo del Estado, realidad existente pero sometida a la potestad (facultad-deber) de configuración del poder público*”¹³ (iv) “*la Administración es [...] conformadora del orden social*”¹⁴ e (v) “*intervenciones estatales conformadoras del orden económico y social*”.¹⁵

Por otra parte, no debemos creer que el rol *configurador* se limita a la economía (como si eso no fuera suficientemente grave y peligroso para la Libertad), sino que “*la planificación ha de ser generalizada, no sólo referida al aspecto económico, sino extendida a una multiplicidad de*

10 En contradicción con toda la doctrina del Derecho Público y en un intento loable pero quimérico de reconciliar al Estado Social con la Libertad, se ha señalado que el mismo no implica (i) la superación de la separación entre Estado y Sociedad o (ii) el moldeamiento de la Sociedad. Cf. Hernández, José Ignacio; Estado Social y Libertad de Empresa en Venezuela; *Consecuencias Prácticas de un Debate Teórico*, http://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Libertad_economica_seminario.pdf

11 García Pelayo, ob. cit., p. 23.

12 Santamaría Pastor, Juan Alfonso; *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, Madrid 2009, 2da Edición, p. 66.

13 Parejo Alfonso, Luciano; *Estado Social y Administración Pública. Los Postulados Constitucionales de la Reforma Administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 82-83.

14 Martín-Retortillo, Sebastián; *Derecho Administrativo Económico I*, La Ley, Madrid 1991 (Reimpresión), p. 38.

15 Brewer-Carías, Allan; “Introducción al Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela”, en *Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela, Homenaje del Instituto de Derecho Público al Prof. Antonio Moles Caubet*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Tomo I, Vol. III, UCV, Caracas 1981, p. 42.

aspectos [...] ya que vivimos en lo que se ha llamado una sociedad planificada o programada".¹⁶ Así, el Estado Social también tiene una política familiar, la cual en el caso de Alemania ha pasado desde la compensación social por las cargas familiares, la promoción de la igualdad de oportunidades hasta el fomento de la natalidad.¹⁷ En ese caso, resulta interesante ver como las políticas de bienestar social ocasionaron el descenso de la natalidad, lo cual a su vez ha comprometido la viabilidad económica de esas políticas. Se trata de una lección para la soberbia del planificador social. Un caso típico de la ley de las consecuencias imprevistas, también llamado efecto *Frankenstein*.¹⁸

2.3.1. Las "Tensiones" entre el Estado de Derecho y el Estado Social

Existen largas reflexiones escritas sobre la supuesta incompatibilidad entre el principio del Estado de Derecho y el principio del Estado Social en el Estado Social y Democrático de Derecho. En nuestro criterio, no existe contradicción alguna entre ambos principios en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho porque el principio del Estado de Derecho, tal como se le conoció en el Estado Liberal, ya no existe. Una vez desaparecido el principio de *separación entre Estado y Sociedad*, el nuevo "*Estado de Derecho*" es muy diferente de aquel principio cuyo fin fundamental era servir de muro de contención a la fuerza expansiva del poder estatal y sus arbitrariedades. Por ello, los autores modernos acertadamente nos dan una definición desnaturalizada de ese nuevo "*Estado de Derecho*" que carece de contenidos asociados a los principios liberales.¹⁹ En efecto, la idea del derecho del Estado Social es diferente a la idea del derecho en el Estado Liberal de Derecho.²⁰

16 García-Pelayo, *ob. cit.* p. 37.

17 Cf. Meil Landewerlin, Gerardo; *El Estado de Bienestar ante el desafío demográfico: problemas de la Política Familiar Alemana en el contexto del envejecimiento de la población*, en *Revista de Estudios Políticos* N° 72, Abril-Junio 1991, p. 259, consultada en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27107&orden=0...>

18 Cf. Norton, Rob; *Unintended Consequences*, en *Concise Encyclopedia of Economics. Library of Economics and Liberty*. <http://www.econlib.org/library/Enc/UnintendedConsequences.html>

19 Por ejemplo, Santamaría Pastor señala que el nuevo "Estado de Derecho" comprende simplemente (i) el Principio de la Legalidad (ii) la Tutela Judicial y (iii) la Garantía Patrimonial. Cf. Santamaría Pastor, *ob. cit.* pp. 53 y ss.

20 Combellas, *ob. cit.* p. 57.

Asimismo, se ha señalado que existen tensiones entre el principio del Estado Social y algunos derechos individuales de contenido económico, tales como el derecho de propiedad privada. En este caso, también consideramos que no existe tal tensión. En el Estado Liberal de Derecho, la propiedad era la barrera de defensa fundamental de la Libertad contra las arbitrariedades del Estado. En nuestro criterio, lo que el Estado Social y Democrático de Derecho llama ahora propiedad es un derecho absolutamente debilitado por su llamada *función social* cuyo contenido es determinado contingentemente por el legislador en función de intereses ajenos a su titular.²¹

3.2.2. *Permanencia o Transitoriedad del Estado Social y Democrático de Derecho*

Para la socialdemocracia europea y latinoamericana, cuyo instrumento fundamental de análisis social era y sigue siendo el marxismo, el Estado Social y Democrático de Derecho era un compromiso con otros partidos políticos y grupos sociales en el camino hacia el Socialismo, entendido como la apropiación estatal de los medios de producción. Se trataba de una tregua o más bien de una forma de humanización de la batalla por la instauración del Socialismo ya que representaba la renuncia a la revolución y la aceptación de la democracia como vía para lograr ese objetivo.²² No obstante, la caída del régimen soviético en los ochenta obligó a la socialdemocracia a asumir el Estado Social y Democrático de Derecho como una fase final de su lucha política. En efecto, el haber visualizado el resultado final del proceso de socialización o estatización progresiva de la propiedad privada de los medios de producción, el cual la socialdemocracia imaginaba alcanzar bajo medios democráticos, truncó el proyecto socialdemócrata en su etapa final y decisiva. De esa forma, el progreso de las tendencias totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho se detuvo como consecuencia de la caída del régimen soviético y el surgimiento de la globalización.

21 Cf. Ariño Ortiz, Gaspar; *Principios de Derecho Público Económico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, pp. 208-209.

22 Al analizar el pensamiento de la socialdemocracia clásica, se señala que *“La democracia política no sólo es el camino hacia el socialismo, sino también el supuesto de su edificación”*. García Pelayo, *ob. cit.* p. 87.

Ahora bien, el intento de la socialdemocracia de ahogar las fuerzas espontáneas de la Sociedad y el mercado no siempre resulta exitoso ya que esas fuerzas han resurgido en un espacio situado más allá de las fronteras nacionales. Por ello, ahora vemos el intento de los Estados de crear autoridades transnacionales para extender ese poder *configurador* más allá de sus fronteras en el marco del proceso de globalización. Así, por ejemplo hay quienes reclaman un reforzamiento de los poderes de la Unión Europea mediante la creación de un gobierno económico europeo.²³

Sin embargo, la socialdemocracia siempre se encuentra en búsqueda de oportunidades para desplegar los poderes *configuradores* del Estado sobre la Sociedad. A falta de oportunidades para desplegar esos poderes en el ámbito económico debido a las dificultades que genera el modelo de progresiva socialización de los medios de producción, la socialdemocracia ha trasladado esas potestades configuradoras a ámbitos como el familiar, el sexual y el cultural.²⁴

Por razones que escapan a este artículo, otros grupos políticos que no son de inspiración marxista, tales como la democracia cristiana europea y latinoamericana y quienes se agrupan en el partido popular europeo, aceptan el Estado Social y Democrático de Derecho también como permanente y justo.²⁵ Igual sucede con los sectores “liberales” del Partido Demócrata y otros sectores de izquierda en los Estados Unidos de América.

23 Por ejemplo el Ministro de Finanzas alemán Wolfgang Schäuble Cf. <http://www.cnnexpansion.com/economia/2011/12/25/alemania-trata-de-generar-confianza>.

24 Así, durante los gobiernos de José Luis Rodríguez Zapatero en España, el PSOE trató de diferenciarse de la oposición popular por iniciativas legislativas relativas al matrimonio de parejas homosexuales, adopción por homosexuales, flexibilización del aborto y la introducción de la materia Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos en la educación primaria y secundaria.

25 Sobre cómo la democracia cristiana asume el Estado Social y Democrático de Derecho, el cual consideramos de raíz claramente socialdemócrata, Cf. Combellas, *ob. cit.* pp. 101-109

III. ALGUNOS RASGOS TOTALITARIOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

3.1. La superación de la separación entre Estado y Sociedad

Cuando se le otorga al Estado el poder de *configurar* el orden social y económico y se acepta la tendencia del modelo a la “*estatización de la sociedad*” confiando en las bondades de la “*socialización el Estado*”²⁶, se están destruyendo los límites entre lo público y lo privado y se inicia la senda hacia el totalitarismo.

En forma contundente, los apologistas del totalitarismo nazi han señalaron que la *superación de la separación entre Estado y Sociedad* es un rasgo esencial del Estado Total o Totalitario:

El Estado *total* sustentador de la identidad de Estado y Sociedad -un Estado que no se desinteresa por ningún rubro y que potencialmente abarca a todos los rubros- aparece como contraconcepto polémico, opuesto a estas neutralizaciones y despolitizaciones de importantes rubros. En él, por consiguiente, *todo* es político, al menos en cuanto a posibilidad, y la referencia al Estado ya no está en condiciones de fundamentar un carácter diferenciador específico de lo ‘político’.

La evolución va del Estado Absoluto del Siglo XVIII pasando por el Estado neutral (no-intervencionista del Siglo XIX [...]). La democracia tiene que abolir todas esas diferenciaciones y despolitizaciones típicas del Siglo XIX liberal y, junto con la oposición Estado-Sociedad (=político *contra* social), también debe dejar de lado las contraposiciones y separaciones que esa oposición tenía en correspondencia con la situación del Siglo XIX.

[...]

La evolución de la doctrina estatal alemana [...] termina siguiendo finalmente la evolución histórica hacia la identidad democrática de Estado y Sociedad, bien que con algunas limitaciones, reticencias y compromisos.²⁷

26 García-Pelayo, ob. cit. p. 49.

27 Schmitt, Carl; *El Concepto de lo Político*, Traducido de la Edición de 1932 por Dénes Martos, 1963, pp. 13-14, versión digital disponible en <http://www.quedelibros.com/libro/21066/El-Concepto-De-Lo-Politico.html>.

En ese sentido, los teóricos del Estado Social hablan con toda naturalidad y sin pena alguna de la “*unidad entre el Estado Social y la comunidad nacional [...] para producir el proceso constantemente renovado de conversión de una pluralidad en una unidad*”.²⁸ Así, vemos los puntos de contacto entre los apologistas del nazismo y los defensores del Estado Social.

Hayek reaccionó contundentemente contra el argumento de ciertos intelectuales ingleses de que la defensa de la *separación entre Estado y Sociedad* había perdido sentido ya que esa afirmación los colocaba al lado de los apologistas del totalitarismo nazi:

Quando el profesor Carr afirma, por ejemplo que “no podemos ya encontrar mucho sentido a la distinción, familiar al pensamiento del Siglo XIX entre ‘sociedad’ y ‘Estado’”, ¿sabe que ésta precisamente la doctrina del profesor Carl Schmitt, el más destacado teórico nazi del totalitarismo, y, de hecho, la esencia de la definición del totalitarismo dada por ese autor, que es quien ha introducido ese término.²⁹

Asimismo, Hayek afirmó que sostener que el hombre debe aprender a dominar las fuerzas de la Sociedad de la misma forma en que ha aprendido a dominar y manejar las fuerzas de la naturaleza es no sólo el camino al totalitarismo sino la senda para la destrucción de nuestra civilización y el bloqueo del progreso futuro.³⁰

Por ello, cuando le otorgamos al Estado el rol de *configurador* del orden social y económico lo que estamos haciendo es habilitar a un grupo de funcionarios para que traten de dominar y controlar las causas y los efectos de los fenómenos sociales, para hacer ingeniería social, para entrar así en la senda del totalitarismo.

3.2. El Estado Docente

La sociedad moderna está tan acostumbrada a sufrir el poder *configurador* del Estado Social y Democrático de Derecho que prácticamente

28 García Pelayo, *ob. cit.* p. 45. No deja de resultar sorprendente que esos teóricos se digan defensores del pluralismo.

29 Hayek, Friedrich; *Camino de Servidumbre*, Alianza Editorial, Madrid 1990, 2da reimpresión de la 1era edición, pp. 227-228.

30 *Ibidem*, p. 247.

no lo cuestiona como totalitario. A nadie parece alarmarle que el Estado Docente sostenga como propósito la reproducción de un determinado modelo de individuo:

La formación educacional responde a un concepto general del ciudadano que el Estado se forja, a un tipo humano nacional de determinadas características, que es el tipo deseable del buen ciudadano. Al Estado le interesa que los ciudadanos tengan determinadas virtudes y no adquieran ciertos vicios, porque los vicios repercuten desfavorablemente dentro de la colectividad, y, en cambio, las virtudes contribuyen al progreso colectivo.³¹

No es posible conseguir una confesión tan abierta y clara del carácter *configurador* del Estado Social y de sus rasgos totalitarios. Curiosamente, desde el liberalismo también se habían hecho esas consideraciones sobre la educación pública: “Una educación general a cargo del Estado es una estrategia para moldear a la gente con el propósito de que todos sean iguales, según el modelo que agrada al poder dominante a cargo del gobierno”.³²

Resulta completamente incompatible con la Libertad que la Administración Pública decida qué se enseña en cada aula de clase en la educación básica y el bachillerato, que los libros de historia para esos niveles deban ser aprobados por las autoridades educativas y que todos contengan interpretaciones similares y satisfactorias para esas autoridades de la historia nacional y universal.

A título de ejemplo de lo que puede implicar el Estado Docente, debemos mencionar las políticas de *inmersión lingüística* o *procesos de normalización del uso social* de ciertas lenguas que se practican en algunos sistemas educativos de comunidades autónomas españolas, con el propósito de homogeneizar lingüísticamente a sus habitantes para lograr que al cabo de un número determinado de generaciones, la len-

31 Prieto Figueroa, Luis Beltrán; *El Estado y la Educación en América Latina*, Monte Avila Editores, Caracas 1980, 3era Edición, p. 50.

32 Stuart Mill, John; *On Liberty*, Amazon Digital Services, Kindle Edition, Posición 1997. Hemos hecho una traducción libre del siguiente texto original en Inglés: “*A general State education is a mere contrivance for moulding people to be exactly like one another, and as the mould in which it casts them is that which pleases the dominant power in the government*”.

gua materna de la totalidad de una población sea igual.³³ Sin embargo, a niveles aun más escandalosos se llegó con el sistema de *forced busing* implantado con base en decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América con el objetivo de integrar forzosamente comunidades raciales sin tomar en consideración los daños causados a los niños sujetos a ese sistema, desnaturalizando así la loable lucha por los derechos de la minoría afroamericana.³⁴ Si eso no es totalitarismo e ingeniería social, entonces esos conceptos no existen.

3.3. El Derecho de Propiedad

Liberales y socialistas coinciden en que el derecho de propiedad era la columna vertebral del Estado Liberal de Derecho.³⁵ No obstante, lo que los socialistas no comprenden es que el derecho de propiedad era la más extraordinaria línea de defensa contra los abusos del poder estatal. En el Estado Liberal de Derecho, la existencia del derecho de propiedad constituía un obstáculo formidable contra la tentación natural del Estado de expandir su ámbito de actuación. La capacidad de resistencia de una sociedad de propietarios contra las arbitrariedades estatales podía llegar a ser fabulosa por los recursos humanos y materiales que se podían dedicar a esa batalla política; no olvidemos que fue capaz de enterrar al Absolutismo. Por ello, la destrucción de la clase de los propietarios, incluso los más pequeños, fue objetivo primordial en el proceso de consolidación de los sistemas de la Unión Soviética, la China Popular, Cuba y otros países comunistas.³⁶

Por ello, en el Estado Liberal de Derecho, el derecho de propiedad era el auténtico guardián de la Libertad.

33 Cf. Gil, Miguel; *Entre la inmersión lingüística y el bilingüismo: educación / calidad frente a ingeniería social: dos modelos; dos resultados. La gestión de la educación en Cataluña se preocupa de la 'normalización' mientras la Comunidad de Madrid afronta retos como el bilingüismo*", en Revista Época, Thomson Gale, 2005, p. 20(2).

34 Para un análisis del *forced busing*, Cf. Armor, David J.; *Forced Justice: School Desegregation and the Law*, Oxford University Press, New York, 1996.

35 Cf. Novoa Monreal, Eduardo; *Derecho, Política y Democracia, Un punto de vista de izquierda*, TEMIS, Bogotá 1983, *ob. cit.* p. 73.

36 Sobre la eliminación de los pequeños propietarios rurales (*kulaks*) tanto bajo el liderazgo de Lenín como el de Stalin, Cf. Pipes, Richard; *Historia del Comunismo*, Mondadori, Barcelona 2002, pp. 68-71 y 82-86.

En el Estado Social y Democrático de Derecho, el derecho de propiedad es un derecho completamente diferente. Se trata de un derecho condicionado por su *función social*, el cual sólo puede ser ejercido en armonía con los supuestos intereses de la Sociedad identificados por el Estado:

En suma, se trata de dejar establecido que el propietario tiene la cosa en nombre y con autorización de la sociedad y que solo puede hacer uso de sus facultades sobre ella en forma concordante con los intereses de la misma sociedad.

[...]

Lo expuesto permite concluir que en el mundo actual se produce un consenso universal para admitir que la propiedad comprende simultáneamente poderes y deberes, y que el ejercicio del correspondiente derecho debe ser realizado en forma compatible con el interés general.³⁷

Dado que el derecho de propiedad también implica deberes y que el Estado es quien determina qué es el interés general, es evidente que el derecho de propiedad ya no juega rol alguno en la defensa de la Libertad frente al Estado, tal como sucedía en el Estado Liberal de Derecho.³⁸ Por ello, lo coherente sería darle una nueva denominación ya que es una institución completamente diferente.

Como una muestra de hasta donde llegó el Estado Social en Alemania en su objetivo de socavar el derecho de propiedad, es necesario recordar la tesis de la *democracia empresarial*, la cual:

tiene lugar en el seno de las empresas y significa compartir la autoridad derivada de la propiedad de los medios de producción con la autoridad derivada del trabajo que hace productivos a tales medios, pudiendo tomar distintas formas, desde los comités de control de las condiciones laborales o de las prestaciones sociales empresariales hasta la cogestión.³⁹

El nuevo rol de la propiedad en el Estado Social y Democrático de Derecho ha sido brillantemente descrito en los siguientes términos:

37 Novoa Monreal, *ob. cit.* p. 87.

38 Cf. Pipes, Richard, *Propiedad y Libertad*, pp. 298-299.

39 García Pelayo, *ob. cit.* p. 50.

En esta forma, en Venezuela, el régimen de propiedad que regula el texto constitucional [de 1961], consagra una propiedad individual, pero, como se dijo, con una función social que cumplir, que implica la posibilidad de someterla a las restricciones, contribuciones, obligaciones y limitaciones que establezca la Ley. La función social es, en este sentido, un concepto jurídico indeterminado cuya determinación corresponde al legislador. *De tal manera, dicha función, en definitiva, consistirá en lo que el legislador establezca*; y la amplitud de la misma dependerá de la concepción política que tenga el legislador para conciliar los intereses individuales del propietario con los intereses colectivos.⁴⁰ (itálicas agregadas)

Así, se aprecia claramente que el derecho de propiedad bajo el Estado Social y Democrático de Derecho está a merced de la voluntad del legislador, es decir, de la variable mayoría política que emerge de unas elecciones parlamentarias.⁴¹

En ese orden de ideas, otra forma de menoscabar el derecho de propiedad ha sido el crecimiento desmedido de los tributos. Para 2009, en los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Estado recaudaba aproximadamente un promedio del 34 % del Producto Interno Bruto en tributos, llegando a superar el 40% en los casos de Suecia, Noruega, Italia, Finlandia, Francia, Dinamarca, Bélgica y Austria.⁴² En pocas palabras, el valor de casi cuatro de cada diez bienes producidos en esos países es sustraído de la Sociedad para ser administrados por el Estado, lo cual ratifica la desnaturalización que ha sufrido el derecho de propiedad bajo el Estado Social y Democrático de Derecho.

¿Cómo se denomina a una entidad que recibe el 40% de la producción de otra entidad? En el mejor de los casos y para respetar la

40 Brewer-Carías, Allan R.; *Urbanismo y Propiedad Privada*, EJV, Caracas 1980, pp. 82-83.

41 Nos parecen realmente estériles los esfuerzos por limitar los poderes del legislador con base en nociones como el contenido esencial y los principios generales del derecho. Lamentablemente, no podemos analizar ese tema en este breve artículo. Para una completísima exposición y análisis de esas nociones en el derecho comparado, Cf. Casal H, Jesús María; *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*, Legis, Caracas 2010.

42 Cf. http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/total-tax-revenue_20758510-table2;jsessionid=4uqpq79c1df2u.delta

corrección académica, digamos que se trata de un socio. Así, a través de la tributación, en el Estado Social y Democrático de Derecho, el Estado se ha convertido en socio forzoso de los propietarios, sin aportar capital ni asumir riesgos empresariales. De esa forma, se ha cumplido, al menos parcialmente, el programa socialdemócrata clásico, tal como lo describía García-Pelayo:

El Estado debe someter a la economía a su dirección y regulación generales, incluida la planificación, a fin de hacerle lograr una mayor eficacia y obligarla al cumplimiento de sus funciones sociales. Pero para ello no es absolutamente necesario que se convierta en propietario directo de los medios de producción, sino que, por el contrario, una nacionalización brusca y total tendría probablemente efectos disfuncionales. Para lograr sus fines basta que el Estado asuma la *Obereigentum*, es decir, la nuda propiedad o dominio eminente que sin necesidad de ejercer la posesión directa pueda controlar en distintos aspectos el ejercicio de ésta.⁴³

Nuevamente, tanto los socialdemócratas clásicos como los liberales estaban de acuerdo en que el cumplimiento de ese programa representaba un serio avance en la construcción del socialismo:

La evolución hacia el socialismo no queda satisfecha por una simple transferencia formal [de la propiedad] al Estado. La restricción de los derechos del propietario es también un medio de socialización. Si se le retira gradualmente la facultad de disponer de su bien. Si el Estado se asegura una influencia siempre más importante sobre el objeto y los métodos de producción, si exige una parte cada vez más grande del beneficio de la producción, la correspondiente al propietario se ve restringida día a día; y finalmente, sólo le queda a este último la palabra propiedad, vacía de sentido, pues la propiedad misma ha pasado enteramente a manos del Estado.⁴⁴

Asimismo, un sector de la doctrina venezolana no dudó en señalar que el aspecto económico del Estado Social y Democrático de Derecho se manifiesta en "*Capitalismo de Estado y Socialismo*".⁴⁵

43 García-Pelayo, *ob. cit.* p. 87.

44 Von Mises, Ludwig; *Socialismo*, Western Books Foundation, 3era Edición en Castellano, p. 43.

45 Brewer-Carías, Allan; *Derecho Administrativo*, UCV, Caracas 1975, p. 55.

A la tributación hay que añadir los efectos de la regulación económica que es un elemento fundamental en el rol *configurador* del Estado Social y una herramienta fundamental para poner a la propiedad privada al servicio del llamado interés general. No olvidemos que el Estado es “señor [...] *del proceso económico*”.⁴⁶ En ese sentido, es necesario tener presente que para 1993 el costo para el sector privado americano de las regulaciones gubernamentales era de 430.000 millones de dólares anuales que representaban un nueve por ciento del producto interno bruto de los Estados Unidos de América.⁴⁷

En conclusión, en el Estado Social y Democrático de Derecho los propietarios de los medios de producción se *integran* en el Estado ya que pasan a ser agentes o colaboradores del Gobierno en la gestión del interés general. En otras palabras, una evidencia más de la superación de la *separación entre Estado y Sociedad* y de los rasgos totalitarios del Estado Social y Democrático de Derecho.

IV. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

4.1. Breves Reflexiones sobre el origen y naturaleza del Derecho Administrativo

En nuestro criterio, las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo son claramente liberales, por lo cual esa disciplina jurídica es un excelente instrumento para el rol *configurador* del Estado Social. En principio, ello resulta contradictorio porque la tesis tradicional nos señala que el Derecho Administrativo es un producto del Estado Liberal que se habría desarrollado progresivamente en Francia como consecuencia de la caída del Absolutismo. Por consiguiente, las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo deberían haberse inspirado en el liberalismo.

No es el objeto de este artículo resolver esa contradicción, pero quizás podamos encontrar una explicación en la tesis de Zakaria quien

46 Guggenberger, citado por García Pelayo, *ob. cit.* p. 36

47 Pipes, Propiedad y Libertad, p. 297. Mientras que el gasto total en programas de bienestar social llegó al 19,4% en 2001. Cf. http://en.wikipedia.org/wiki/Welfare_state#Welfare_expenditure

ha señalado que durante gran parte del siglo XIX Francia fue democrática pero difícilmente liberal y que se colocó al Estado sobre la Sociedad, a la democracia sobre el constitucionalismo y a la igualdad sobre la libertad.⁴⁸ En ese mismo sentido, se ha señalado que en Francia “*el liberalismo siguió a la democracia y fue su corrección y superación*”.⁴⁹

Otra explicación podría llegar al origen mismo de esta disciplina jurídica. Recordemos que para mediados del Siglo XIX ya se cuestionaba en Francia que el Derecho Administrativo fuera una consecuencia de la Revolución Francesa de 1789.⁵⁰ Según esas tesis críticas, el Derecho Administrativo ya existía en el Antiguo Régimen. En ese sentido, se ha señalado que instituciones tan profundamente iliberales como la autotutela y el *solve et repete* ya existían bajo el Absolutismo.⁵¹

Con base a esas tesis críticas, se podría argumentar que el carácter claramente iliberal de las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo se explica porque ellas existían desde el Antiguo Régimen y el Estado Liberal de Derecho no fue capaz de suprimirlas.⁵² Así, el Derecho Administrativo sería una disciplina que logró sobrevivir la caída del Absolutismo, resistir los embates del Estado Liberal y permanecer hasta el surgimiento del Estado Social y Democrático de Derecho y convertirse en un vaso comunicante entre el Absolutismo y el Estado Social. Por consiguiente, no nos debe sorprender que León Duguit a principios del Siglo XX se atreviera a afirmar que la propiedad no era un derecho sino una función social, lo cual representa un rechazo absoluto de una de las bases fundamentales del Estado Liberal.⁵³

No podemos compartir la tesis de que el Derecho Administrativo sea simultáneamente un elemento reforzador de los poderes del Estado y un elemento de protección de los derechos de los particulares frente a los

48 Zakaria, Fareed; *The Future of Freedom, Illiberal Democracy at Home and Abroad*, Norton, New York 2003, p. 65.

49 Panfilo Gentile, citado por Sartori, Giovanni; *¿Qué es la Democracia?*, Editorial Patria, México D.F. 2000, 3era Reimpresión, p. 201.

50 Chinchilla, Carmen y otros; *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios*, Civitas, Madrid 1992. pp. 31 y ss.

51 *Ibidem*, pp. 56-57.

52 Cf. García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid 1990, reimpresión de la 5ta Edición, pp. 486 y 490.

53 Brewer-Carías; *Urbanismo y Propiedad Privada*, pp. 82-83.

abusos del poder estatal⁵⁴, ya que “*Nadie puede servir a dos señores; porque o aborrecerá a uno y amará al otro, o se apegará a uno y despreciará al otro*”.⁵⁵ No se puede servir a la vez al Poder y a la Libertad y es muy claro a quién se ha apegado realmente el Estado Social y sus disciplinas jurídicas. Si bien desde del Derecho Administrativo se han desarrollado esfuerzos por reducir las arbitrariedades estatales, esos esfuerzos palidecen ante la existencia de instituciones fundamentales iliberales como la autotutela administrativa, el servicio público, el contrato administrativo y la potestad sancionadora de la Administración.

Quizás la única explicación que podría sostener la existencia de un vínculo entre el Derecho Administrativo y la Libertad sea concebir a esa disciplina jurídica como un proyecto quimérico destinado al fracaso por más que algunos se empeñen en sostener una desigual *lucha contra las inmunidades del poder*. No obstante ¿para qué dar una *batalla por las medidas cautelares* cuando la defensa de la Libertad lo que impone es reclamar la eliminación de la autotutela administrativa? ¿Para qué contentarse con tratar los síntomas cuando se debe exigir la cura de la enfermedad?

4.2. Venezuela

Para un importante sector de la doctrina venezolana, cuando supuestamente existía el Estado Liberal de Derecho en Venezuela, el Derecho Administrativo era de corte liberal y se encontraba totalmente al servicio de una clase social determinada y de espaldas a las grandes mayorías nacionales:

Era, en definitiva, un Estado celoso defensor de la propiedad privada y de la libertad económica, que se reconocían como derechos absolutos. El fundamento y basamento de la organización política y del Estado, era el respeto a esos dos derechos; y el Derecho Administrativo era un Derecho Administrativo típicamente liberal. *El Estado estaba controlado*

54 Brewer-Carías; *Introducción al Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela*, p. 43.

55 Mateo 6:24. <http://www.biblia12.com/mateo-6-n40.html>. En términos menos poéticos y más laicos, vale la pena recordar lo señalado por Garrido Falla sobre el Estado Social: “*un Estado al que ahora se le pide que intervenga (que no se abstenga) para procurar las condiciones mínimas vitales a sus ciudadanos [...] y que, por ende, se ve en la contradictoria situación de aumentar su competencia [...] y disminuir sus poderes. Algo que los espíritus escépticos comparan con la cuadratura del círculo*”. Garrido, Falla, Fernando; *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I*, Tecnos, Madrid 1989, 11ª Edición, p. 77.

por la burguesía y operaba al servicio de ésta. Por tanto, quienes controlaban al Estado, los propietarios locales y los inversionistas extranjeros, eran los árbitros del Derecho Administrativo. *Este estaba, por tanto, al servicio de sus intereses.*

Los ciudadanos, el pueblo, así como estaban ausentes de las preocupaciones efectivas del Estado, no entraban en el marco de las regulaciones del Derecho Administrativo. Este, insistimos, era el derecho de los propietarios y de los empresarios quienes controlaban al Estado".⁵⁶ (itálicas agregadas)

Posteriormente, se señala que debido a la evolución del Estado Liberal de Derecho al Estado Social y Democrático de Derecho:

El mismo Derecho Administrativo así, comienza a democratizarse: sin olvidar su carácter de instrumento de los intereses colectivos, que permiten el reforzamiento de los poderes del Estado; se presenta, también, como un derecho para la protección de los intereses o derechos particulares frente a las abusivas o ilegítimas acciones estatales.⁵⁷

Al respecto, sería interesante analizar con detenimiento la supuesta existencia de un Estado Liberal de Derecho en alguna época de la historia venezolana. En efecto, en la historia venezolana del siglo XIX encontramos una colección de gobiernos inestables, autocracias y guerras civiles que difícilmente se correspondan con la idea de Estado Liberal de Derecho que describimos al inicio de este artículo. De hecho, hay quienes han llegado a negar la existencia efectiva del Estado venezolano en ese período.⁵⁸ Sería sorprendente descubrir a estas alturas que el Presidente José Tadeo Monagas, el responsable del *Asesinato del Congreso*, sea nuestra versión tropical de James Madison, el *Padre de la Constitución* de los Estados Unidos de América y Presidente de un auténtico Estado Liberal.

También es necesario señalar que otro sector de la doctrina nacional señala que en Venezuela sólo se consolidó un verdadero régimen de Derecho Administrativo en la segunda mitad del siglo XX⁵⁹, mientras

56 Brewer-Carías, *Introducción al Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela*, p. 42.

57 *Ibidem*, p. 43

58 Hernández, José Ignacio; *Introducción al Concepto Constitucional de Administración Pública en Venezuela*, EJV, Caracas 2011, p. 35.

59 Cf. Araujo-Juárez; José; *Derecho administrativo venezolano. Aproximación a su construcción científica*. http://www.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/1_boletin/JOSE_ARAUJO_JUAREZ.pdf. p. 8 y Hernández, José

que instituciones fundamentales del Derecho Administrativo, tales como la autotutela no se introdujeron en el ordenamiento jurídico venezolano sino en el primer cuarto del siglo XX.⁶⁰

Finalmente, debemos dedicar unas líneas al período que se inicia con el triunfo de la Revolución Liberal Restauradora en 1899 y culmina con la Revolución de Octubre de 1945, ya que el nacimiento del Derecho Administrativo habría ocurrido durante ese período.⁶¹ Algunos autores han identificado ese período como liberal,⁶² lo cual podría llevarnos a una contradicción semejante a la francesa ya que un régimen liberal habría originado una disciplina jurídica cuyas instituciones fundamentales son iliberales. No obstante, consideramos que no existe tal contradicción porque calificar el período de la hegemonía andina como un régimen liberal es inaceptable si se usa el término liberal bajo los cánones de la ciencia política.⁶³ En efecto, no resulta complicado concluir que el régimen de Juan Vicente Gómez no cumplía con las características de un Estado Liberal de Derecho que señalamos *supra* 3.1., a menos que alguien tenga la temeridad de afirmar que, por ejemplo, en ese régimen existía separación de poderes y que los tribunales eran autónomos e independientes; o bien que los prisioneros de la Generación de 1928 estaban amparados por el derecho a un debido proceso porque esas garantías las contemplaban los textos constitucionales vigentes.

Por consiguiente, nos cuesta mucho aceptar la tesis de la existencia de un Derecho Administrativo de corte liberal durante algún período de nuestra historia republicana.

Ignacio, ob. cit. p. 35.

60 Cf. Herrera Orellana, Luis Alfonso; *La Potestad de Autotutela Administrativa*, Ediciones Paredes, Caracas 2008, pp. 139-140.

61 Cf. Herrera Orellana, ob. cit. pp. 139-140 y Hernández, *Introducción al Concepto Constitucional de Administración Pública en Venezuela*, pp. 34-36

62 Hernández, *Introducción al Concepto Constitucional de Administración Pública en Venezuela*, p. 34-35.

63 Se trata de la cuestionable tesis del historiador Manuel Caballero expuesta en su obra *Gómez, el tirano liberal*; Alfadil Ediciones, Caracas 2003.

4.3. Análisis de algunas instituciones fundamentales del Derecho Administrativo

4.3.1. La Autotutela Administrativa

La autotutela administrativa es la columna vertebral del Derecho Administrativo. Si la Administración Pública fuera privada de ella, el Derecho Administrativo, tal como lo conocemos, desaparecería inmediatamente.

Con base en la prerrogativa de la autotutela administrativa, la Administración Pública puede, sin solicitar la intervención de los tribunales y sin que ellos puedan interferir en el ejercicio de esa prerrogativa: (i) crear, modificar y extinguir situaciones jurídicas de otras personas en forma unilateral mediante actos jurídicos que se presumen lícitos (*autotutela declarativa*) (ii) ejecutar forzosamente esos actos jurídicos, salvo las excepciones legales (*autotutela ejecutiva*) (iii) revocar sus propias decisiones con base en razones de mérito o legalidad (*autotutela revisora*) y (iv) ejercer la coacción directa legítima en supuestos determinados.⁶⁴

Sobre lo que representa la prerrogativa de la autotutela y como el Derecho Administrativo tiene una base claramente absolutista, la doctrina española ha señalado:

De este modo vemos con claridad como se desarrolla en la última fase del Antiguo Régimen, cada vez con mayor precisión, un diseño que prefigura de manera casi exacta los métodos administrativos que hoy estamos acostumbrados a contemplar. Es explícita, como se habrá visto, la intención de dispensar a la Administración de la necesidad de obtener mediante un proceso una tutela judicial a sus pretensiones y derechos, apoderándola para una actuación autónoma y jurídicamente suficiente. Aparece por ello la misma clave del sistema, la prohibición a los jueces de interferir y perturbar el actuar autosuficiente de la Administración.⁶⁵

En ese mismo sentido, se ha añadido la siguiente reflexión sobre el contraste entre el régimen anglosajón y el Derecho Administrativo:

64 Sobre el concepto de autotutela administrativa, su contenido y extensión, Cf. García de Enterría, *ob. cit.* pp. 496-507 y 758-771.

65 *Ibidem*, p. 486.

Aquí radica, en último extremo, la diferencia sustancial entre el sistema anglosajón y el continente europeo. En los formidables privilegios que en éste se reconocen a la Administración, y en su exención, mayor o menor, pero capital y efectiva, respecto de los jueces, siguen viendo los juristas anglosajones, justamente, a mi juicio, el verdadero vestigio histórico del absolutismo sobre el que se constituyó el sistema estructural que sigue estando en la base del Derecho Administrativo.⁶⁶

Con base en lo expuesto, no es difícil apreciar que la prerrogativa de la autotutela administrativa es una herramienta formidable al servicio del rol *configurador* del Estado Social y Democrático de Derecho. En efecto, si bien podría ser posible realizar esa labor configuradora sin la autotutela administrativa, ella le imprime un dinamismo excepcional a la Administración Pública del Estado Social. Gracias a esa prerrogativa, la Administración configuradora siempre lleva la iniciativa, mientras que los particulares afectados están limitados a una lamentable posición defensiva a través de las pretensiones que dificultosamente pueden interponer y tramitar ante los tribunales administrativos:

Como ejemplo del deterioro de la noción tradicional de Estado de Derecho bajo el Estado Social, la doctrina española ha señalado claramente en que se ha convertido el Principio de la Legalidad y la Tutela Judicial en el contencioso-administrativo:

Por otra parte, aunque exista control, ¿quién se atreve contra el Estado?. Aunque logren la razón en el caso concreto, la reacción del Estado puede ser más dura: frecuentemente, como ha destacado FORSTHOFF en el texto citado, los afectados renuncian al recurso judicial porque, aunque ganen, no quieren enfrentarse con el Estado (pensemos en el caso de contratistas, promotores inmobiliarios, banqueros, empresarios eléctricos y, en general, sectores regulados, cuyo negocio depende en gran parte de los poderes públicos). Todos ellos prefieren renunciar a obtener justicia.⁶⁷

En el modelo anglosajón tradicional, las decisiones que adopta y ejecuta la Administración con base en la prerrogativa de la autotutela administrativa y constituyen un gravamen para los derechos de los particulares corresponden a los tribunales ordinarios. Por consiguiente, es sen-

66 *Ibidem*, p. 490.

67 *Ariño Ortiz, ob. cit.* p. 151.

cillo concluir que esa prerrogativa atenta contra las bases fundamentales del Estado Liberal de Derecho y constituye una violación grosera de la idea original del debido proceso en el Estado Liberal de Derecho, la cual implicaba que nadie podía ser privado de sus derechos sino mediante sentencia dictada por un tribunal autónomo e imparcial.⁶⁸

4.3.2. El Servicio Público

A efectos prácticos vamos a manejar una noción estricta de servicio público y proceder a definirlo como aquella actividad que satisface una necesidad de interés general y cuya titularidad es asumida por una colectividad pública (persona político-territorial), la cual puede prestarla directamente o a través de agentes privados bajo su control y supervisión.⁶⁹

Nuestro cuestionamiento tiene que ver con que el Estado asuma la titularidad de una determinada actividad prestacional. De esa forma, ningún particular tiene el derecho de desarrollarla. En otras palabras, se ve impedido de usar sus talentos y sus propiedades para un determinado propósito, salvo que la Administración Pública decida graciosamente *concederle* temporalmente la prestación de ese servicio. Así, a los ciudadanos se les *amputa* parte de su libertad económica y su derecho de propiedad en nombre del llamado interés general. Evidentemente, esa *amputación* es claramente contraria a los principios del Estado Liberal de Derecho.⁷⁰

68 Curiosamente expresada en forma brillante en el artículo 14 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en los siguientes términos: “*Nadie podrá ser privado de [...] sus [...] derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.*”. En nuestro criterio, no es posible que exista realmente un debido proceso ante un órgano administrativo, tal como se desprende del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ya el órgano decisor jamás será autónomo ni independiente. Sin embargo, se trata de un análisis que excede este artículo.

69 Vedel, George; *Derecho Administrativo*, Aguilar, Madrid 1980, pp. 688 y ss.

70 Nuevamente nos encontramos ante una aparente contradicción ya que la noción de servicio público es propia del régimen supuestamente liberal que se va consolidando en Francia luego de la caída del Absolutismo. Como explicación, podríamos recurrir a la tesis de Zakaria expuesta supra 5.1. Para una explicación alternativa a esta aparente contradicción. Cf. Ariño, Gaspar; *Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)*, en *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons-UAM, Madrid 1997, pp. 18-25, la cual, consideramos,

De hecho, hay quienes han señalado que el servicio público tradicional tiene un carácter esencialmente “*liberticida*”.⁷¹

Imaginemos que habría sucedido si un Estado hubiera declarado como servicio público el correo electrónico. Probablemente hubiera corrido el opaco destino de los servicios postales tradicionales. No existirían los cibercafés, no se podrían enviar mensajes desde nuestras casas y oficinas y habría que acudir a una oficina pública sujeta a un horario de trabajo tradicional para enviar un mensaje. Así, el correo electrónico habría sido una simple modernización del telégrafo. En el mejor de los casos habríamos contado con gobernantes modernizadores que hubieran reclamado una política amplia de concesiones para que el Estado garantizase el acceso de la población a ese servicio bajo las reglas tradicionales de continuidad, igualdad y adaptación.⁷² Quizás una política de subsidios cruzados hubiera garantizado el acceso al servicio a los sectores mas desfavorecidos.

Afortunadamente, el concepto tradicional de servicio público experimentó una crisis tan profunda que hay quienes han señalado que “*El servicio público ha muerto; lo que queda es darle un entierro digno*”.⁷³ Sin embargo, consideramos que se trata de una carta de defunción prematura ya que el servicio público tradicional no ha desaparecido completamente⁷⁴, no siendo descartable que resurja victorioso, incluso en Europa, como producto del esquizofrénico movimiento pendular de las políticas económicas del Estado Social y Democrático de Derecho.

se basa en el racionalismo constructivista que inspiró a la Revolución Francesa en contraste con el racionalismo evolutivo o crítico propio de la tradición anglosajona.

71 Montero, Juan J. y Helmut Brokelman; *Telecomunicaciones y Televisión. La nueva regulación en España*, Tirant Monografías, Valencia 1999, p. 34.

72 Cf. Vedel, *ob. cit.* p. 691.

73 Gaspar Ariño, citado por De La Cuétara Martínez, Juan Miguel; *Tres Postulados para el Nuevo Servicio Público*, en *El Nuevo Servicio Público*, p. 112.

74 Como ejemplo, podemos señalar el caso de la reforma de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones venezolana aprobada en 2010 donde se califican como “*de servicio e interés público*” todas las actividades de telecomunicaciones, hasta los canales de cable, lo cual nos hace recordar la cita apócrifa atribuida a la obra de teatro Don Juan Tenorio: “*Los muertos que vos matasteis gozan de buena salud*”.

4.3.3. El Contrato Administrativo

Nuevamente, adoptaremos una noción instrumental de contrato administrativo. En ese sentido, consideramos que un contrato es administrativo cuando una persona jurídica de derecho público suscribe un contrato (i) que tiene por objeto la ejecución del servicio público por la otra parte contratante o (ii) que contiene cláusulas exorbitantes del derecho común o (iii) que es calificado como administrativo por la ley o el juez administrativo.⁷⁵

No obstante, lo relevante es el régimen de los contratos administrativos en relación a los particulares que contratan con la Administración Pública. En efecto, en este tipo de contratos y en contraste con el régimen contractual del derecho privado, la persona jurídica de derecho público (i) puede imponer modificaciones cuantitativas y cualitativas del objeto del contrato (*ius variandi*) (ii) puede revocar el contrato por razones de oportunidad o rescindirlo como consecuencia del incumplimiento del contratista y (iii) está exenta de que se le oponga la excepción de contrato no cumplido, entre otras potestades atribuidas a la Administración Pública que son desconocidas en el derecho privado.⁷⁶

Ese régimen se justifica porque teóricamente la Administración Pública está gestionando el supremo interés general, mientras que la otra parte sólo es titular de su interés particular. Así, en términos benévolos, el particular es calificado como un “*contratista-colaborador*”.⁷⁷ En nuestro criterio, simplemente, mediante un contrato, se ha incorporado a la estructura administrativa a una persona privada. En otras palabras, una especie de *publicatio* temporal del patrimonio de un particular. Una muestra más de la eliminación de las diferencias entre Estado y Sociedad y de las diferencias entre lo público y lo privado.

En este orden de ideas, particularmente repugnante a la Libertad, y al derecho de propiedad privada, es la imposibilidad del particular de oponerle a la Administración la excepción de contrato no cumplido,

75 Cf. Vedel, *ob. cit.* pp. 188-197.

76 Para ver el contraste entre el régimen de derecho privado de los contratos y los contratos administrativos, Cf. Melich Orsini; *La responsabilidad contractual de la Administración*, en Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos, FPGR, Caracas 1991, pp. 225-228.

77 Cf. Garrido Falla, *ob. cit.* pp.88-89.

la cual para algunos es un dogma, tal como lo señaló la jurisprudencia clásica venezolana:

conforme lo decidió la Corte Federal y de Casación, hoy extinguida, en sentencia de fecha 5 de diciembre de 1945, en esos contratos administrativos, por cuanto en ellos va envuelto el interés general, el particular contratista no puede oponer a la Administración la regla *inadimpleti non est adimplendum*.⁷⁸

Cualquier abogado que haya asesorado a un contratista privado sabe la ansiedad y los perjuicios materiales que le causa la imposibilidad de oponer esa excepción a la Administración y la forma abusiva en que los funcionarios públicos se comportan en esa situación de privilegio. En ese sentido, afirmar contundentemente que el sacrificio que se le impone al contratista tiene como contrapartida "*la intangibilidad de la ecuación económica del contrato*"⁷⁹ sólo puede ser producto de la ingenuidad, el cinismo o no haber asesorado jamás a un contratista privado.

En todo caso, tal como se ha señalado, las prerrogativas de que goza la Administración en el marco de los contratos administrativos no son más que manifestaciones de la autotutela administrativa, lo cual ratifica que esa institución es la verdadera enemiga de la Libertad.⁸⁰

4.3.4. La Potestad Sancionadora de la Administración

La potestad sancionadora es un instrumento fundamental para la Administración porque le permite reprimir directa y expeditamente a aquellos particulares que se resisten a adecuar sus conductas a las políticas configuradoras del Estado Social, bien sea en el ordenamiento jurídico general o en los ordenamientos sectoriales generados por la regulación administrativas de las actividades económicas de los particulares.

78 Sentencia Acción Comercial S.A. de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del 14 de junio de 1983, consultada en Ortiz-Alvarez. Luis y Giovanna Mascetti, *Jurisprudencia de Contratos Administrativos (1980-1999)*, Editorial Sherwood, Caracas 1999, p. 523.

79 *Idem*.

80 Cf. Herrera Orellana, *ob. cit.* pp. 210 y ss.

Si bien la potestad sancionadora de la Administración es simplemente una manifestación o un abuso de la autotutela administrativa, la primera ofende mucho más la Libertad porque lesiona en forma más grosera el derecho al debido proceso. Hay que tener presente que desde el artículo 2 de la Carta Magna inglesa, todos los países del *common law* asumieron que los jueces y tribunales tenían el monopolio de la potestad sancionadora contra los particulares.⁸¹

Siendo flexibles y como manifestaciones de la autotutela administrativa, se podría analizar la legitimidad de una potestad sancionadora para algunos pocos casos de autoprotección de la Administración Pública, tales como las sanciones disciplinarias y las de policía demanial. No obstante, la potestad sancionadora de la Administración se ha desbordado hasta las sanciones de protección del orden general, lo cual constituye un abuso de la propia autotutela administrativa, lo cual sí resulta absolutamente inadmisibles desde una perspectiva liberal.⁸²

Curiosamente, en Francia se había mantenido el dogma liberal de que las sanciones debían ser aplicadas exclusivamente por los tribunales. No obstante, el Consejo Constitucional francés en decisiones del 17 de enero y 28 de julio de 1989 admitió la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración, incluso aquellas referidas a la protección del orden general, lo cual se explica por la necesidad de reforzar la intervención administrativa en la economía, tal como es el caso de la legislación de competencia.⁸³ Así, el Derecho Administrativo francés perdió un rasgo liberal que logró preservar por más de un siglo. Un triunfo más del Estado Social y su rol *configurador* del orden social.

81 Parada, Ramón; *Derecho Administrativo I, Parte General*, Marcial Pons, Madrid 2010, 18va Edición, pp. 432-433. Lamentablemente en los países del *common law* ya se observan casos de otorgamiento de potestades sancionadoras al Poder Ejecutivo. Así, el Estado Social es capaz de socavar las más sagradas tradiciones del constitucionalismo anglosajón. Cf. García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid 1990, reimpresión de la 2da Edición, p. 156.

82 García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, pp. 147-161

83 Parada, *ob. cit.*, p. 435.

En este contexto, hay que prestar atención al *principio de subsidiariedad* y el *carácter fragmentario* del Derecho Penal, según el cual (i) sólo se debe recurrir a las sanciones penales cuando otro tipo de sanciones como las civiles y las administrativas resulten insuficientes y (ii) el Derecho Penal no debe sancionar todas las conductas que lesionen los bienes que protege esa disciplina jurídica sino sólo aquellas que representen los ataques más peligrosos a esos bienes⁸⁴. Con base en ese criterio, se ha experimentado un proceso de *despenalización* en Italia y Alemania, mediante la cual se ha transferido el poder sancionador en muchas áreas de los tribunales penales a la Administración, atentando así como el paradigma liberal del monopolio judicial de la potestad sancionadora contra los particulares. Ahora bien, lo que los penalistas no comprenden es que esa transferencia si bien puede resolver problemas de congestión del sistema penal, en realidad representa una disminución grave de los derechos y garantías de los particulares.⁸⁵

En todo caso, la existencia de sanciones administrativas de protección del orden general es absolutamente incompatible con el derecho al debido proceso. En efecto, consideramos que en la Administración Pública jamás encontraremos un órgano encargado de imponer las sanciones que respondan a las exigencias de autonomía e independencia propias de un tribunal. Por ello, si bien loables, los esfuerzos por trasladar las garantías del proceso penal a los procedimientos administrativos sancionadores serán siempre incompletos e insatisfactorios, tal como lo reconoce la doctrina española:

el Derecho Administrativo Sancionador se ha convertido en una coartada para justificar las conductas más miserables de los Poderes Públicos, que sancionan expolían y humillan protegidos por la ley y a pretexto de estar ejecutándola con toda clase de garantías. Éste es, en verdad, el escalón más infame a que puede descender el Derecho. [...]

Ahora bien, para las Administraciones públicas ofrece el Derecho Administrativo Sancionador una cobertura ideal para el abuso y la arbitrariedad, para las represalias políticas y personales y para la extorsión más descarnada. Tal como ya he adelantado, la potestad

84 Mir Puig; Santiago; *Derecho Penal Parte General*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires 2004, 7ta Edición, pp. 126-128.

85 Parada, *ob. cit.* pp. 436-443.

sancionadora –cuando quiere y puede ejercerse– no es otra cosa que la legitimación de la violencia del Poder”.⁸⁶

Creo que sería un irrespeto añadir cualquier comentario adicional sobre el tema de la potestad sancionadora de la Administración Pública.

REFLEXIONES FINALES

A pesar de las proclamas que de buena fe hacen muchos académicos, la Libertad no puede ser un valor fundamental en el Estado Social y Democrático de Derecho. No es posible conciliar la Libertad con el poder *configurador* del Estado Social. Lo que esos académicos llaman Libertad o derechos individuales son instituciones y categorías que no guardan relación alguna con aquellas que llevaban esos nombres en el Estado Liberal de Derecho. Como la Libertad es algo tan valioso para el ser humano, en lugar de rechazarla explícitamente, hay quienes optaron por usurpar su nombre para vender programas políticos que la aniquilan.

Hay quienes consideran que la lucha por la Libertad debe abandonarse ya que el Estado Social y Democrático de Derecho es un modelo insuperable. Se trata de una afirmación tan equivocada como aquella que sostenía que la Unión Soviética era un régimen permanente. Por ello, la lucha por la Libertad sigue teniendo sentido incluso ante el inmenso poder *configurador* del Estado Social. No podemos predecir el futuro. Por ello, la esperanza de un cambio a favor de la Libertad sigue presente.

¿Cuál es la relación entre Derecho Administrativo y Libertad? Si realmente queremos que esta disciplina jurídica se encuentre al servicio de la Libertad, el programa es sencillo: restringir la autotutela administrativa a los casos de coacción directa legítima; desterrar definitivamente la noción de servicio público de titularidad estatal; eliminar la figura de los contratos administrativos y limitar la potestad sancionadora de la Administración Pública a algunos pocos casos de autoprotección de la Administración Pública, tales como las sanciones disciplinarias y las de policía demanial, entre otras medidas destinadas a la protección de la Libertad. ¿Es factible ese programa? Quizás no lo sea en el Estado Social

86 Nieto, Alejandro; *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 3era Reimpresión de la 4ta Edición, Madrid 2011, pp. 29-30.

y Democrático de Derecho, pero ponerlo sobre la mesa puede servir para que quede claro cuál es el verdadero pensamiento político de muchas personas que erróneamente, pero de buena fe, se consideran defensores de la Libertad. Al fin y al cabo, llamar a las cosas por su nombre es siempre el primer paso en la solución de cualquier problema.