

# EL SISTEMA DE GARANTÍAS JURÍDICAS DEL CIUDADANO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**José Araujo-Juárez**

Profesor de Postgrado de Derecho Administrativo de la UCAB. Miembro de la Asociación de Derecho Administrativo Iberoamericano, de la Asociación Española e Iberoamericana de Profesores e Investigadores de Derecho Administrativo, de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, y Miembro de Honor de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo. E-mail: [jaraujoj@abogaconsult.com](mailto:jaraujoj@abogaconsult.com)

---

Recibido: 30-4-2012 • Aprobado: 15-5-2012

### **Resumen**

Se plantea la configuración de un sistema de garantías jurídicas, es decir, un conjunto ordenado de las mismas, concebido justamente para abordar desde los diferentes ámbitos la protección del ciudadano frente a la Administración Pública y sus funcionarios públicos, y cuya expresión más cualificada sería el principio de la buena Administración. De existir dicho sistema se trataría de una manifestación de la nueva vocación del Derecho administrativo contemporáneo: Derecho del poder convertido en el Derecho de los ciudadanos.

### **Palabras clave**

Garantías ciudadano Administración Derecho Administrativo Poder

### **Abstract**

We propose setting up a system of legal guarantees, ie an ordered set of the same, designed precisely to address the different areas from the protection of citizens against public administration and public officials, and whose expression would be more qualified principle of good administration. In this system there would be a manifestation of the new vocation of contemporary administrative law: Law of the Law to become citizens.

### **Key words**

Administrative Law guarantees citizens Power Administration

SUMARIO: I. Introducción. II. Sistema de garantías jurídicas. A. Intervención administrativa. B. Sistema de derechos y garantías. III. Clasificación de las garantías. A. Cuestión previa. B. Clases. IV. Clasificación de las garantías jurídicas. A. Garantías vinculadas a la conducta ciudadana y de la Administración Pública. B. Garantías vinculadas al funcionamiento de los órganos de control. C. Garantías vinculadas a la legalidad administrativa. V. Conclusiones.

## I. Introducción

Cualquier estudio cuya atención se oriente al sistema de garantías jurídicas del ciudadano frente a la Administración Pública, debe partir desde el firme convencimiento de que el ciudadano es el centro de la vida pública, el auténtico protagonista, rector y receptor de la actividad pública.

En este sentido, la doctrina destaca que una de las vertientes del Derecho administrativo contemporáneo es la garantizadora<sup>1</sup>, pues se caracteriza por la evolución encaminada a ofrecer, cada vez más, mayores garantías al ciudadano. Y es que si bien el Derecho administrativo en sus orígenes se configuró como un Derecho del Poder, de las potestades públicas, también más recientemente la doctrina<sup>2</sup> advierte que en las últimas décadas se estaría produciendo una transformación que podría convertirlo en el Derecho de los ciudadanos –o al servicio de los derechos y obligaciones de los ciudadanos- que superaría la precedente versión del mismo como Derecho del poder.

En efecto, es sabido que de acuerdo con el Art. 141 de la C<sup>3</sup> vigente, la Administración Pública sólo se justifica como Poder Público vicarial<sup>4</sup>, esto es, como Poder Público al servicio de los ciudadanos convertidos en el Estado democrático en referente y finalidad del mismo. Para ello la Administración Pública dispone de un elenco de medios jurídicos excepcionales o potestades exorbitantes respecto de los propios del Derecho común, de un cuadro de poderes

1 Un sector de la doctrina cuando habla acerca del encuadramiento sistemático de las garantías o vías de reacción frente a la actuación del Poder Público, hace referencia al bloque que integrarían las garantías en vía administrativa, en vía jurisdiccional y en vía constitucional, bajo la rúbrica de Derecho administrativo garantizador, como una categoría jurídica esencial, carente todavía hoy de una adecuada teorización. Véase PARADA, R., *Derecho Administrativo*, Décimaquinta edición, Marcial Pons, Madrid, 2004; y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo Español*, EUNSA, Pamplona, 2007.

2 LINDE PANIGUA, E., *Fundamentos de Derecho Administrativo, del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, 3ª. Edición, COLEX EDITORIAL, Madrid, 2011, p. 46.

3 Véase Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.453 de fecha 24 de marzo de 2000.

4 ARAUJO-JUÁREZ, J., *Derecho Administrativo General. Administración Pública*, Paredes Editores, Caracas, 2011; y HERNÁNDEZ G, J. I., *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, EJV, Caracas, 2011.

de actuación de los que no cuentan los sujetos privados (GARCÍA DE ENTERRÍA)<sup>5</sup>.

Pero por otra parte, el Derecho Administrativo coloca como contrapartida frente a las potestades públicas, todo un sistema de garantías para el ciudadano radicadas en último extremo en su titularidad de derechos fundamentales que configuran una situación de equilibrio<sup>6</sup> (por supuesto difícil pero posible), entre potestades y garantías.

En las afirmaciones de que el Estado está sometido al Derecho y de que la ley general y abstracta, como expresión del poder, ha de tener su origen de la voluntad general, se encuentra condensado todo el principio garantizador que el Estado de Derecho en su versión clásica dispensa al ciudadano frente al Poder Público. Y es que el principio garantizador se encuentra enunciado por MONTESQUIEU<sup>7</sup> en su obra “El espíritu de las leyes”, y desde entonces no ha hecho sino afianzarse, hasta el punto de que no se puede concebir un Ordenamiento jurídico democrático que no incluya un robusto sistema de garantías jurídicas del ciudadano frente al Estado que integran: por un lado, una parte general o común a todos los sectores del Ordenamiento jurídico; y por el otro, una parte singular, dependiendo de los sujetos o de la materia concernida.

En esta oportunidad, lejos de llevar a cabo una indagación general sobre el tema –por cierto tan necesaria como inexistente–, elegiremos las garantías típicas que ostenta el ciudadano como consecuencia de su posición jurídica frente a la Administración Pública. De modo que nos centraremos, desde un punto de vista general, en las garantías jurídicas que surgen con ocasión de las relaciones entre el ciudadano y la Administración Pública y sus funcionarios públicos.

## II. Sistema de garantías jurídicas

### A. Intervención administrativa

De todos los órganos que ejercen el Poder Público, la Administración Pública es con quien el ciudadano se encuentra en contacto no sólo a diario, sino desde “la cuna hasta la tumba”. Por ello resulta casi banal afirmar que la Administración Pública es cada vez más y más intervencionista: es una evidencia que conviene examinar con gran atención, antes de hablar cómo el ciudadano puede protegerse frente a ella.

¿Qué hace la Administración Pública? La respuesta no es simple, en la medida que las actividades son de lo más diversas. A poco que nos fijemos observaremos que la Administración Pública en nuestros días realiza una intervención conformadora del orden económico y social. En esta primera década del Siglo XXI, la Administración Pública se ocupa de todo, e interviene todos los sectores de la vida económica, social y cultural: ella se proyecta a todos –o casi todos– los aspectos de la vida del ciudadano. Pero también el ciudadano de hoy se queja más seguido –las más de las veces con razón–, y muchas veces también

5 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Duodécima edición, Thomson-Civitas, Madrid, p. 51.

6 *Ibidem*, p. 64.

7 MONTESQUIEU, *El espíritu de las Leyes*, Origen, Barcelona, 2011.

reclama –con confianza y no poca ilusión- de nuevas intervenciones estatales en su favor.

Ahora bien, la constatación a la cual conduce el examen de las actividades de la Administración Pública nos permite señalar que la multiplicación ha contribuido, sin duda, al bienestar social, que la sola iniciativa privada no puede alcanzar. Pero también es cierto que la profundización de las políticas públicas intervencionistas sin un plan estructural global comporta un crecimiento inorgánico que también representa aspectos negativos (duplicación y dispersión de tareas, ineficiencia, corrupción, clientelismo, etc.).

Así, se dice que esta enorme extensión de las atribuciones del Estado, contrariamente a lo que se dice de ordinario, es más peligrosa para el propio Estado que para el ciudadano, lo que lleva a un sentimiento de desafecto hacia las instituciones que se viene observando desde hace décadas en la sociedad venezolana.

## **B. Sistema de derechos y garantías**

No decimos nada nuevo al advertir que la Administración Pública está formalmente sometida a una serie de exigencias y condicionantes por el modelo de Estado de Derecho hasta prácticamente sus últimas consecuencias. La sujeción al Estado de Derecho supone fijar límites y restricciones a la Administración Pública y sus funcionarios públicos frente a posibles abusos y arbitrariedades en perjuicio de los derechos del ciudadano.

Pues bien, la existencia del Estado de Derecho muestra una serie de manifestaciones básicas: por un lado, implica la asunción de un modelo de relaciones entre los órganos que ejercen el Poder Público y el ciudadano, en el que la función administrativa reviste una importancia primordial; del otro, y de forma destacada a los efectos de nuestra exposición, la instauración de un Estado de Derecho implica el sometimiento pleno a la ley y al Derecho de la Administración Pública y evidentemente de sus funcionarios públicos, estableciendo al efecto un sistema de derechos y garantías según abordaremos de seguidas.

### *1) Sistema de derechos*

En un régimen de Estado de Derecho, la Administración Pública debe obrar procurando no lesionar de cualquier manera que sea los derechos de los ciudadanos (obligación negativa). Es por ello que el Art. 5 de la *LOAP*<sup>8</sup> dispone: “*La Administración Pública debe asegurar a las personas la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella*” (obligación positiva), en desarrollo del Art. 19 de la C.

Pero es una tendencia generalizada que la Administración Pública cada día acrecienta sus potestades. Sin duda, por la amplitud de sus actividades y por la cercanía con que su acción diaria se deja sentir en todas las actividades humanas,

<sup>8</sup> Véase Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 6.217 Extr, de fecha 15 de julio de 2008.

es la rama del Poder Público más proclive a lesionar los derechos del ciudadano, ya individual o ya colectivamente.

Respecto a la trascendencia de las garantías en la técnica constitucional o “procedimiento para asegurar la libertad”, es harto elocuente la afirmación de ESMEIN<sup>9</sup>, cuando recuerda que en las Constituciones modernas, los derechos han sido reconocidos bajo dos formas: en declaración de derechos y como garantías de los mismos.

Por lo que respecta al sistema constitucional venezolano de derechos y garantías fundamentales, el mismo ha sido estudiado con solvencia más que sobrada por nosotros<sup>10</sup>, de modo que no se trata aquí sino de hacer algunas indicaciones que permitan comprender mejor el sistema que instaura la Constitución de 1999. También el sistema constitucional venezolano se integra por dos vectores: (i) el de la consagración de los derechos; y (ii) el de la garantía de los mismos. Vamos a dar un vistazo a ambas perspectivas.

En efecto, la Constitución incluye una tabla, catálogo o repertorio de derechos, diremos en principio, y lo hace de modo amplio. Ahora bien, la división en capítulos y secciones que efectúa la Constitución –a diferencia de la Constitución española– no comporta que la densidad del derecho, o su naturaleza, sea diferente en razón del lugar que ocupe; y por otra parte, tampoco que las garantías de los derechos sean diferentes dependiendo del capítulo o sección en que los mismos se ubiquen.

Por su parte, PRIETO SANCHÍS<sup>11</sup> ha señalado que cualesquiera que sean los concretos medios de protección previstos por cada Ordenamiento, cuando el sistema de Derecho no ofrece al titular la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, no cabe hablar en rigor de una verdadera existencia jurídica de derechos. La resistencia es una de las notas que definen el carácter fundamental de los derechos. Y esa nota de resistencia adquiere sentido desde los de distintos mecanismos de protección de los derechos (PECES-BARBA MARTINEZ)<sup>12</sup>.

En consecuencia, en la realización del Estado de Derecho no basta la declaración de todo género de derechos –de 1ra., 2da. y 3ra. generación–; son también indispensables las garantías que conforman la armonía entre el Ordenamiento jurídico y las declaraciones formales.

9 ESMEIN, M., *Elements de Droit constitutionnel francais et comparé*, 7<sup>a</sup>. edition, t. I, Paris, 1927.

10 BREWER-CARIAS, A. R., *Instituciones Políticas y Constitucionales. Derechos y Garantías Constitucionales*, t. IV, UCAT-EJV, Caracas, 1996; CASAL HERNÁNDEZ, J. M., *Los derechos humanos y su protección (Estudio sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, UCAB, Caracas, 2006; y *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Legis, Caracas, 2010.

11 PRIETO SANCHÍS, L., “El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española”, en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 2, 1983, p. 370.

12 PECES-BARBA MARTINEZ, G., *Curso de Derecho Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III, Madrid.

## 2) Sistema de garantías

En efecto, tal y como ha apuntado la doctrina más destacada, la virtualidad de todo derecho se vincula a las garantías que lo preservan. De nada sirve formular un derecho si este no está a cubierto por un sistema de garantías o cautelas jurídicas que aseguren su integridad y efectividad o, en su caso, posibiliten la oportuna reacción en el supuesto de ser desconocido o vulnerado de cualquier manera que fuere.

¿Pero que son las garantías? La expresión garantía es una de aquellas que han estado desde siempre indisolublemente unidas al fenómeno jurídico, de manera que su utilización con pretensiones de rigor científico en estos momentos, requiere necesariamente un esfuerzo previo de clarificación.

Para responder debemos empezar señalando que de acuerdo con la doctrina<sup>13</sup>, parece ser que el término garantía proviene del término anglosajón “*warranty*” o “*warrantie*”, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (“*to warrant*”), por lo que tiene una connotación muy amplia. Garantía equivale, pues, en su sentido lato, a aseguramiento o afianzamiento, pudiendo denotar también protección, defensa, salvaguarda o apoyo. Jurídicamente, el término y el concepto garantía se originaron en el Derecho privado, teniendo en él las acepciones apuntadas.

En el Derecho público, según afirmación de SANCHEZ VIAMONTE<sup>14</sup>, la palabra garantía y el verbo garantizar son creaciones institucionales de la doctrina francesa, quien las tomó de los demás países en cuya legislación aparece desde mediados del siglo XIX. Así, el concepto de garantía en Derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones a favor del ciudadano dentro de un Estado de Derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del Estado está sometida a normas pre-establecidas que tienen como base de sustentación el Ordenamiento constitucional.

Al efecto hemos sostenido en otra oportunidad que entraña, ontológicamente, cualidad esencial del Estado de Derecho, ser régimen de garantías o seguridades de los derechos fundamentales. Las garantías son así, pues, seguridades-institucionales que el propio Ordenamiento jurídico arbitra para posibilitar la vigencia de los derechos reconocidos o consagrados al ciudadano.

En definitiva, la garantía es la institución de seguridad creada a favor del ciudadano a fin de que disponga el medio necesario para hacer efectivo el reconocimiento de un derecho (BIDART CAMPOS)<sup>15</sup>. Por tanto, y nos parece de la máxima importancia destacarlo, el medio de hacer valer, el procedimiento mediante el cual se hace efectivo, en su caso, el derecho reconocido o consagrado, es lo que se llama garantía jurídica, la cual ha sido objeto de muy diversas clasificaciones.

<sup>13</sup> BURGOA, I., *Las Garantías Individuales*, Editorial Porrúa, S. A., Décimasegunda edición, México, 1979, pp. 160 y ss.

<sup>14</sup> SANCHEZ VIAMONTE, *Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa*, Ed. de la Facultad de Derecho de México, México, p. 7.

<sup>15</sup> BIDART CAMPOS, G. *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 150.

### III. Clasificación de las garantías

#### A. Cuestión previa

Al aumentar la actividad y las relaciones jurídicas con los ciudadanos también va creciendo el número de conflictos, los cuales habrán de resolverse por medios jurídicos, pues la Administración Pública no puede sustraerse al Estado de Derecho. Ahora bien: ¿Qué garantías existen que aseguren al ciudadano la sumisión de la Administración Pública al Estado de Derecho?

A lo largo de su evolución, los sistemas jurídicos han ido estructurando un sistema de garantías cuya finalidad es, precisamente, asegurar la validez del Derecho existente. Las garantías jurídicas pretenden la invulnerabilidad del Ordenamiento jurídico, restableciéndolo cuando ha sido infringido. En ellos encontramos hoy día, a su vez, dos grandes modelos, según tengan por finalidad directa asegurar: (i) la conservación del derecho objetivo (garantía de legalidad); y (ii) por el contrario, la protección del derecho subjetivo (garantía del ciudadano). De allí que al señalarse las características se exprese que preferentemente los sistemas jurídicos buscan la protección de uno u otro derecho, o de ambos.

#### B. Clases

A efecto de proteger los derechos y hacer efectiva la responsabilidad por la lesión que se le cause al ciudadano, el Derecho público prevé mecanismos de protección o más propiamente un sistema de garantías. En el análisis de los diferentes mecanismos de protección se diferencian: (i) las garantías generales; y (ii) las garantías jurídicas.

##### 1° Generales

Las garantías generales se constituyen básicamente en las garantías de diversa índole necesarias para el mantenimiento de la visión integral de los derechos del ciudadano. En tal sentido, W. JELLINEK<sup>16</sup> clasifica las garantías del Derecho público así:

##### a) *Sociales*

Consisten en la moralidad, las costumbres, la religión de los pueblos, y, en general, los elementos diversos que se dan en la dinámica de la sociedad, que actúan como límite y defensa de los derechos del ciudadano porque los funcionarios públicos en el desarrollo de la actividad administrativa están sujetos a tales fuerzas sociales. No son otra cosa que fuerzas culturales que influyen en el desarrollo de la vida nacional, pero que no ofrecen garantía suficiente coercitiva, ya que no pasa de ser una fuerza moral.

<sup>16</sup> JELLINEK, cit. por ÁLVAREZ-GENDÍN, S., *Tratado General de Derecho Administrativo*, t. I, BOSCH, Barcelona, 1958, pp. 529 y 530.



b) *Políticas*

Así serían garantías políticas, las garantías que resultan directamente del funcionamiento de los órganos supremos del Estado (separación de poderes, control parlamentario, contraposición de los órganos, etc.). Se residencian en el Poder Legislativo a través de los controles legislativos o parlamentarios que se ejercen sobre la Administración Pública a través de los distintos mecanismos consagrados en el Derecho positivo<sup>17</sup>. Dentro de esta categoría algunos autores incluyen el recurso a los Ombudman en sus diferentes versiones.

c) *Jurídicas*

La garantías jurídicas propiamente dichas, son los medios previstos por el Ordenamiento positivo que tienen por objeto inmediato la protección de los derechos del ciudadano y son puestas en movimiento a instancia de estos, según analizaremos a continuación.

**2° Garantías jurídicas**

a) *Cuestión previa*

Las garantías jurídicas suponen mecanismos de protección jurídica de los derechos, si bien su incidencia real sobre los mismos posee, como veremos, diferente alcance.

En efecto, el sistema de garantías jurídicas que ostenta el ciudadano frente a la Administración Pública en la actualidad es el resultado de un aluvión de normas que algunas veces se solapan, otras se complementan y en ocasiones entran en colisión, sin que la resolución de algunos de los problemas y lagunas del referido sistema vengan determinados en las leyes. Pues bien, a la hora de analizar el sistema de garantías o cautelas jurídicas que se arbitran para la protección de los derechos del ciudadano frente a la Administración Pública existen diferentes clasificaciones.

También es cierto que la protección del ciudadano es tradicionalmente abordada bajo el ángulo jurisdiccional; es el recurso al juez, y especialmente al juez contencioso administrativo, que parecería la forma natural de tal protección. Esta apreciación es exagerada. Si bien no se puede negar la importancia del control jurisdiccional de la legalidad administrativa y las garantías esenciales que el juez administrativo en el desarrollo de la jurisprudencia ha ofrecido al ciudadano, también es cierto que las garantías adoptan otras formas además de las jurisdiccionales.

<sup>17</sup> Véase ARAUJO-JUÁREZ, J., “La Teoría del Control Público de la Administración del Estado. Noción y Clasificación”, en *El Control y la Responsabilidad en la Administración Pública*, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, EJV, Caracas, 2012.

b) *Clases*

En efecto, las garantías son de diversa naturaleza. Todas ellas son garantías jurídicas, en la medida que son creadas y reguladas por el Ordenamiento jurídico, pero teniendo en cuenta sus aspectos sustanciales resulta obvio que son posibles distintas clasificaciones de las mismas.

También debemos observar que las garantías jurídicas no se agotan en el ámbito de cada país, sino que tienen continuación a través de diferentes instancias supranacionales. Pero no hay que olvidar que a pesar de los importantes avances que se han producido en la protección internacional de los derechos humanos, está aún muy lejos de convertirse en un mecanismo jurídico eficaz, capaz de obligar a los poderes nacionales soberanos.

De ese tipo de garantías jurídicas y su relación con la Administración Pública nos interesan sólo las previstas en el Derecho interno, en cuanto destinadas en forma inmediata a la protección plena de los derechos del ciudadano, lo cual constituye el propósito esencial de estas IX Jornadas de Derecho Administrativo.

**IV. Clasificación de las garantías jurídicas**

Partiendo, pues, de las premisas enunciadas y dentro del Ordenamiento jurídico venezolano, existen, sin duda, seguridades o garantías jurídicamente organizadas frente a la Administración Pública y sus funcionarios públicos. Si bien resulta difícil clasificar de forma rigurosa las garantías jurídicas, sin embargo, a efectos didácticos conviene estructurar de alguna manera todos u cada una de las garantías jurídicas.

En este sentido, por nuestra parte propondremos una clasificación de las garantías adoptando los tres puntos de vista siguientes:

- (i) El ejercicio de la ciudadanía y de la Administración Pública.
- (ii) Los órganos específicos de control.
- (iii) Y por último, la legalidad administrativa.

**A. Garantías vinculadas a la conducta ciudadana y de la Administración Pública**

Como principal garantía del ciudadano frente a la Administración Pública se configura la propia conducta del ciudadano y de la Administración Pública respecto a la calidad de la gestión pública. De nada sirve la formulación de un catálogo de derechos y sus correlativas garantías si quienes han de facilitar su ejercicio proceden de manera inadecuada o impropia.

1°) *Ejercicio de la ciudadanía*

Comencemos por la posición misma del ciudadano. Quien “lucha por su derecho” defiende con ello el Ordenamiento jurídico, y aún más cuando ejerce el tipo de los denominados “derechos subjetivos reaccionales” que le permiten

imponer a la Administración Pública la observancia de todo su Ordenamiento objetivo<sup>18</sup>.

Sin embargo resulta preocupante descubrir una situación de desinterés o auténtico abandono por parte de la ciudadanía que imposibilita la efectividad de las garantías, favoreciendo, por el contrario, la consolidación de malas prácticas administrativas y el surgimiento de casos de corrupción. La realidad es que el general comportamiento de la ciudadanía es un dato de gran significación en el que los niveles de exigencia y control son muy bajos, despreocupados y hasta cómplices. Pese a ello, la falta de ejercicio de un derecho no justifica su directo quebranto por quien tiene la obligación de rango constitucional de darle cumplimiento, como es la propia Administración Pública y sus funcionarios públicos.

Por lo tanto, y nos parece también de la máxima importancia destacarlo, existe un déficit en el comportamiento de la propia ciudadanía respecto al ejercicio de las garantías de los derechos de que es titular. Falta que debería ser cubierta con una mejor educación ciudadana frente a la más absoluta indiferencia por la calidad en la gestión de los asuntos públicos.

## 2°) *Administración Pública*

Por lo que respecta al funcionamiento de la propia Administración Pública debe partirse de un planteamiento muy simple: ella debe cumplir con las obligaciones impuestas por el Ordenamiento jurídico. En suma, cumplir con el principio de legalidad. Lo cual puede resultar una verdadera obviedad.

También otra idea igualmente simple es asegurar el comportamiento de los funcionarios públicos a través de los cuales la Administración Pública se conduce y procede en un doble sentido.

### a) *Competencias*

En primer lugar, garantizando que los funcionarios públicos ejerzan debidamente las competencias que le son propias. Es decir, fundamentalmente, ejerciendo las competencias que el Ordenamiento jurídico como título habilitador para actuar les otorga y que además resultan irrenunciables, según el Art. 11 de la *LOAP*.

Basta pensar que los funcionarios públicos resuelvan siempre en el plazo; respeten el derecho a la defensa; decidan de manera motivada; en caso de recursos administrativos dejen de resolver de manera mecánica; no soliciten ningún documento que ya obre en sus archivos, y así otros tantos ejemplos que están en la mente de todos ustedes. En efecto, tales ejemplos podrían ampliarse y diversificarse por materias y sectores.

### b) *Idoneidad y responsabilidad funcional*

En segundo lugar, no sólo es suficiente que los funcionarios públicos desarrollen cumplidamente sus actividades, como que la organización en la que

<sup>18</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Ob. cit.*, nota 3, t. II, pp. 83 y 84.

se integran sea idónea al buen funcionamiento de aquellas, según el principio de buena Administración. A tal fin, es imprescindible una buena política de régimen de personal (selección, medios, carrera y régimen salarial) y, por supuesto, la existencia de un verdadero sistema de responsabilidad funcional.

En este último aspecto no podemos desconocer que la Administración Pública forma, manifiesta y ejecuta su voluntad a través de sus funcionarios públicos. De ahí que el ejercicio de sus funciones impone un especial cuidado respecto a los derechos del ciudadano, y nos hace recordar la significativa importancia de su condición a los efectos de requerirle un régimen más estricto en su desempeño. Precisión y rigor en el régimen de su proceder expresado en ámbitos como el disciplinario, la rendición de cuentas y, por supuesto, como elemento síntesis de garantía, la exigencia de la responsabilidad funcional, tanto en términos de reacción y remedio, como por el importante efecto disuasivo que ejerce sobre el funcionario público como corresponsable al fin de cuentas de la plena juricidad de la actividad administrativa.

## **B. Garantías vinculadas al funcionamiento de los órganos de control**

No creo que alguien pueda cuestionar la importancia y significación de la labor de los órganos del Poder Público creados específicamente para intervenir y controlar la actividad de la Administración Pública o, de manera más general, del sector público. Es más, sobre ellos recae en buena medida la tarea de examinar y determinar el respeto y ejercicio pleno de los derechos y garantías del ciudadano, teniendo una responsabilidad propia respecto a la cuestión.

### *1°) Superior jerárquico*

#### *a) Jerarquía administrativa*

En primer lugar, todo superior jerárquico es un órgano de control interno para los funcionarios públicos subalternos, pues en virtud del principio de jerarquía derivan las funciones de naturaleza supervisora y de control. En tal sentido, le corresponde al superior jerárquico garantizarles a todas las personas “*el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos*” ante la Administración Pública (Art. 3 de la LOAP). Afirmación que también siendo de una gran simplicidad no siempre se tiene presente, no tanto a nivel de la burocracia, sino de la propia ciudadanía.

#### *b) Garantía de buena Administración*

En segundo lugar, el control del superior jerárquico va mucho más allá del control de la legalidad administrativa, pues también se proyecta con la garantía de la buena Administración, que se consustancia con la correcta gestión de los asuntos públicos y el manejo de los recursos públicos, en un marco de conciencia ciudadana del control o de evaluación de la calidad de la gestión pública.

## 2º) *Defensoría del Pueblo*

En segundo lugar, tenemos la garantía que resulta de las relaciones que se establecen entre diversos sistemas orgánicos que cooperan en la gestión pública. Así tenemos en el Derecho comparado la figura del Ombudsman, y en nuestro caso la Defensoría del Pueblo (Art. 280 de la C), que es una manifestación de control externo sobre la Administración Pública. De manera concreta, y de acuerdo con los Arts. 2 y 4 de la *LODP*, la DP tiene a su cargo “la promoción, defensa y vigilancia de los derechos, garantías e intereses en relación con los servicios administrativos prestados por el sector público” (num. 2), y de “los servicios públicos prestados por las personas públicas o privadas” (num. 3)<sup>19</sup>.

### **C. Garantías vinculadas a la legalidad administrativa**

Una vez más, y a fuerza de ser reiterativos, debemos recordar la importancia del principio de legalidad en la actividad de la Administración Pública, lo cual nos lleva a la necesidad de corregir los comportamientos no ajustados a Derecho y, por consiguiente, la protección de la posición jurídica del ciudadano. En este sentido, las garantías jurídicas poseen dos dimensiones: (i) las garantías formales; y (ii) las garantías patrimoniales.

#### 1º) *Garantías formales*

El significado de las garantías jurídicas en su dimensión formal comprende dos aspectos<sup>20</sup>: primero, la exigencia de que se imponga a la Administración Pública un régimen jurídico para su actuación, en el que existan tanto garantías en cuanto al contenido del fondo como en cuanto a la forma, señalando los requisitos de forma, trámites y procedimientos de los actos administrativos, y en los cuales el ciudadano puede hallar protección para sus derechos e intereses; y segundo, el establecimiento de los diversos modos de controlar la legalidad administrativa y, en definitiva, los de restaurar el derecho del ciudadano lesionado o evitar el daño público, cuando el Poder administrativo ha sido empleado no conforme al Ordenamiento jurídico que lo otorgó.

Se significan en este momento dos modalidades de garantías formales que, pese a ubicarse en Poderes Públicos diferenciados, la conexión entre ambas es directa, así: (i) en sede administrativa; y (ii) agotada esta, en sede jurisdiccional.

#### a) *Garantías en sede administrativa*

Se denominan garantías administrativas a los mecanismos de protección que el Ordenamiento jurídico-administrativo integra en sede administrativa.

Cuando se habla de la etapa avanzada en la configuración de las relaciones jurídicas entre el ciudadano y la Administración Pública sobre la base de una

<sup>19</sup> Véase Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.995, de fecha 5 de agosto de 2004.

<sup>20</sup> GASCÓN y MARÍN, J., *Tratado de Derecho Administrativo*, Principios y legislación española, t. I, Madrid, 13ª. edición, 1955-1956.

nueva cultura de la calidad de la gestión pública, estos planteamientos han de alcanzar igualmente el sistema de garantías en vía administrativa, descargando, y por tanto, favoreciendo el ejercicio de la función jurisdiccional. Una buena Administración Pública pasa también por modificar o anular aquello que no está ajustado al principio de legalidad sin necesidad de que, habitualmente, el ciudadano tenga que acudir a la función jurisdiccional.

a') *Procedimiento administrativo*

A comienzos de este Siglo XXI se ha replanteado la cuestión del procedimiento administrativo. Así, lo que se ha impuesto en la atención de la doctrina y la jurisprudencia de Derecho comparado no es ya la estructura del procedimiento administrativo, sino la función y utilidad del mismo. La cuestión ya no es ¿Qué es el procedimiento administrativo?, sino ¿Por qué el procedimiento administrativo? ¿Para qué sirve el procedimiento administrativo?

Al respecto diremos que las pautas de comportamiento de la Administración Pública y sus funcionarios públicos encuentran en el procedimiento administrativo la más genuina y paradigmática expresión, hasta el punto que ha sido categorizado por la doctrina más autorizada como una de las más importantes garantías para la plena vigencia del principio de legalidad y, por tanto, para el óptimo rendimiento del Estado de Derecho.

Lo expuesto genera una serie de regulaciones que se conocen con el nombre de normas procedimentales, vale decir, el conjunto de normas jurídicas a las que debe sujetarse la Administración Pública. Por ende, la protección en materia procedimental se obtiene a través de un conjunto de garantías o derechos procedimentales.

En ese orden de ideas, el procedimiento administrativo ordinario regula el ejercicio de las garantías formales en las distintas etapas: (i) inicio: inhibición, notificación, registro; (ii) sustanciación: derecho a la defensa, acceso a los archivos, suspensión administrativa; (iii) terminación: decisión expresa, cosa decidida administrativa, motivación administrativa, silencio administrativo, plazo; y por último (iv) ejecución: publicidad, ejecución forzosa, etc.

Junto al procedimiento administrativo ordinario tenemos: (i) el procedimiento administrativo de consulta pública (Arts. 138 a 140 de la *LOAP*); (ii) el procedimiento administrativo de selección de contratistas (Arts. 36 a 92 de la *LCP*)<sup>21</sup>; el procedimiento administrativo disciplinario (Arts. 79 a 90 de la *LEFP*)<sup>22</sup>; el procedimiento administrativo de intervención bancaria (Arts. 239 y ss. de la *LISB*)<sup>23</sup>; que constituyen otras tantas modalidades de garantías formales del ciudadano.

21 Véase Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N°39.503, de fecha 6 de septiembre de 2010.

22 Véase Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N°37.482, de fecha 11 de julio de 2002.

23 Véase Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 39.627 de fecha 2 de marzo de 2011.

El procedimiento administrativo es, en suma, un instrumento de garantía al servicio de los derechos del ciudadano<sup>24</sup>, o mejor, como nos enseña GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>25</sup>, el primer círculo de las garantías de la posición jurídica del ciudadano, en tanto supone que la actividad de la Administración Pública tiene que canalizarse obligadamente a través de la correcta sustanciación del procedimiento administrativo como requisito mínimo para que pueda ser calificada la actividad administrativa de legítima, que proscribiera el ejercicio de las potestades administrativas de plano y las vías de hecho.

b') *Recurso administrativo*

El segundo círculo de garantías está constituido por el sistema de recursos administrativos que permiten al ciudadano reaccionar frente a los actos y normas lesivos a su derechos: (i) reconsideración (Art. 91 de la LOPA); jerárquico e institucional (Arts. 95 96 de la LOAP); y por último (III) revisión (Art. 97 de la LOAP).

Además cabe mencionar la acción de nulidad (Art. 83 de la LOPA); los reclamos o quejas (Art. 3 de la LOPA); y por último, las denuncias administrativas que no tienen carácter general sino sólo algunos textos específicos receptan tal modalidad.

c') *Arbitraje administrativo*

Por último, también cabría mencionar la actividad arbitral administrativa que consiste en que la Administración Pública resuelve controversias sobre derechos administrativos y privados del ciudadano. El arbitraje administrativo implica el ejercicio de competencias propiamente administrativas, el cumplimiento del procedimiento administrativo debido, y finalmente la emisión de un acto administrativo dictado con estricta sujeción a la ley, y todo ello supone una función de naturaleza administrativa que al encontrarse regulada por normas de Derecho público se encuentra sometida al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

b) *Garantías en sede jurisdiccional*

a') *Concepto*

Se consideran garantías jurisdiccionales, en sentido estricto, a los mecanismos de protección que pueden ejercerse en la función jurisdiccional en el contexto del Estado de Derecho. La función jurisdiccional se caracteriza por estar únicamente vinculada al interés del Derecho, que no es otro que la garantía, esto es, la protección o tutela de los derechos lesionados.

<sup>24</sup> ARAUJO-JUÁREZ, J., *Derecho Administrativo General. Procedimiento y Recurso Administrativo*, Paredes Editores, Caracas, 2010.

<sup>25</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, R.-T., *Ob. cit.*, nota 3, t. II, Novena edición, p. 452.



Pues bien, la piedra angular de la protección de los derechos del ciudadano es la garantía jurisdiccional, denominada con razón la garantía última o de cierre. Sólo cuando el derecho puede ser alegado y defendido de manera efectiva por su titular ante el Poder jurisdiccional, es posible hablar realmente y en un sentido integral de protección.

En efecto, la vigencia constitucional de la cláusula de Estado de Derecho impone la exigencia de arbitrar un eficaz sistema de garantías en sede jurisdiccional que dé solución a los conflictos de derechos e intereses que se plantean entre el ciudadano y la Administración Pública, y que hoy día es pieza central del orden democrático sustantivo y de lo que se ha convenido en llamar Estado de Derecho (GARCÍA DE ENTERRÍA)<sup>26</sup>.

Ahora bien, es de todos sabido que durante el Siglo XX se produjo un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales y, dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Es así como a diferencia de nuestras Constituciones históricas, en las que encontramos escasas referencias a derechos y garantías fundamentales de contenido procesal, la Constitución del 99 sí prevé un conjunto de garantías procesales que sintetizan lo que ha de constituir el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva en un Estado de Derecho y de Justicia, dando lugar al denominado Derecho constitucional procesal.

Por otra parte, la jurisprudencia afirma que el Art. 26 de la C es más que un presupuesto lógico del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues entraña también una doble perspectiva: (i) es un derecho fundamental que abarca además el derecho a los recursos judiciales; y (ii) es una garantía constitucional<sup>27</sup>.

Desde entonces, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva se reconoce cada vez más como un derecho fundamental de carácter subjetivo de importancia primordial, ya que la posesión de derechos carece de sentido si no existen mecanismos para su aplicación efectiva. El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional –denominado también garantía jurisdiccional– se puede considerar, por tanto, como el requisito más básico –el derecho humano más fundamental– en un Ordenamiento jurídico moderno que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos del ciudadano.

#### b') Clases

Las garantías en sede jurisdiccional pueden ser clasificadas en administrativas, constitucionales y ordinarias. Entre las administrativas destacan los correspondientes recursos contencioso-administrativos o tercer círculo de garantías que hacen efectivo y operante el principio de legalidad y su sanción (GARCÍA DE ENTERRÍA)<sup>28</sup>, ya sea por vía de acción –impugnación directa y principal- o por vía de excepción –impugnación indirecta o incidental-.

<sup>26</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Transformaciones de la Justicia Administrativa: de la Excepción singular a la Plenitud Jurisdiccional. ? Un Cambio de Paradigma?*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 12.

<sup>27</sup> Véase Sent. N° 310 del TSJ/SPA, de fecha 5 de febrero de 2006, RDP N° 105, EJV, p. 99.

<sup>28</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Ob. cit.*, nota 3, t. II, p. 452.



En el primer caso mediante los módulos procesales siguientes: (i) contencioso administrativo de nulidad; (ii) contencioso administrativo por abstención; (iii) contencioso administrativo de interpretación legal; (iv) contencioso administrativo de demandas patrimoniales; (v) contencioso administrativo de controversias; (vi) contencioso administrativo del servicio público; y por último (vii) contencioso administrativo de la vía de hecho<sup>29</sup>.

En el segundo caso, la garantía jurisdiccional también se alcanza por la vía de la denominada excepción de ilegalidad<sup>30</sup>, esto es, el derecho de las partes a promover de manera incidental, la cuestión de ilegalidad de un acto administrativo en el curso de un proceso principal.

Por último no hay que dejar de mencionar uno de los “temas de nuestro tiempo” en la justicia administrativa<sup>31</sup>: la tutela cautelar cuya indiscutible importancia como garantía del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ha sido puesta de manifiesto por la doctrina nacional, y cuyo modelo en el extranjero con motivo de un impulso legislativo en Francia<sup>32</sup> pretende hacer más resueltamente operativa las garantías jurisdiccionales para el ciudadano, al superarse las viejas técnicas restrictivas, y que supone una verdadera ruptura del sistema de justicia administrativa histórico.

### c) *Garantías patrimoniales*

Por lo que respecta a las garantías patrimoniales tenemos dos modalidades: (i) la responsabilidad administrativa; y (ii) la expropiación pública.

#### a') *Responsabilidad administrativa*

Una de las innovaciones importantes de la C de 1999 en materia de régimen general del ejercicio del Poder Público, es la consagración expresa en el Art. 140 *eiusdem* del principio de la garantía patrimonial del Estado por los daños y perjuicios que cause en el ejercicio de sus funciones, el cual es un instituto jurídico consustancial al Estado de Derecho<sup>33</sup>.

En este sentido, la correspondiente Exposición de Motivos dice: “*Finalmente, en las disposiciones generales, se establece bajo una perspectiva de derecho público moderna la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera*

<sup>29</sup> Véase ARAUJO-JUÁREZ, J., “Los Principios Fundamentales de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, en *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Vol. I, Funeda, Caracas, p.60.

<sup>30</sup> Véase ARAUJO-JUÁREZ, J., “La excepción de ilegalidad en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”, en *Revista Tachirensis de Derecho* N° 9, San Cristóbal, 1997, p. 118.

<sup>31</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las mediadas cautelares*, 3ª. edición, Madrid, Reimpresión 2004.

<sup>32</sup> Véase Ley de 30 de junio de 2000, relativa a las medidas cautelares ante las jurisdicciones administrativas.

<sup>33</sup> CALCAÑO DE TEMELTAS, J., “La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública”, en *Las Formas de la Actividad Administrativa, II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carias*, EJV, Caracas; y Sent. N° 1469 del TSJ/SC, de fecha 6 de agosto de 2004.

*de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones”.*

Del extracto transcrito se observa claramente, la amplitud e integralidad en la que formalmente ha quedado reconocida la garantía patrimonial del Estado<sup>34</sup>. Así, se tiene un gran avance en cuanto a la consolidación, al menos constitucionalmente, de uno de los pilares fundamentales de la cláusula de Estado de Derecho, como es el sistema de la garantía patrimonial del Estado, y de manera específica bajo la denominación general de responsabilidad administrativa que englobaría todas las reparaciones debidas por el Estado por daños causados por la actividad de la Administración Pública, como estructura orgánica.

#### b') *Expropiación pública*

Por último, la expropiación pública o forzosa constituye el ejercicio por parte de la Administración Pública de una potestad pública que le permite la transferencia de determinados bienes de los ciudadanos, por motivos de interés público o de interés social<sup>35</sup>.

Ahora, mientras que la responsabilidad patrimonial se produce como consecuencia del ejercicio de cualquier función pública, que determina un daño no directamente procurado; en cambio, la expropiación forzosa es una actuación que directamente va ordenada a la producción del despojo o de la privación patrimonial. En la institución expropiatoria, señala la doctrina comparada<sup>36</sup>, la garantía patrimonial no es un efecto anormal, sino normal, en cuanto se configura como “negocio dirigido directamente al despojo patrimonial”, o “un despojo directo y querido (expropiación)”<sup>37</sup>.

En este orden de ideas, la doctrina nacional<sup>38</sup> sostiene que en la expropiación pública consagrada en el Art. 115 de la C vigente, respetando el procedimiento debido y por causas concretas –de utilidad pública o de interés social-, los actos van dirigidos directamente al despojo patrimonial –transferencia coactiva de la propiedad- entrando en juego las cláusulas de indemnización como *conditio iuris*.

En tal sentido, cuando el Estado expropia con apego al Derecho ejerce una potestad pública constitucional, pero como su ejercicio supone un sacrificio particular en el derecho del propietario, es preciso que se respete la garantía patrimonial mediante la compensación o indemnización por la privación de su

<sup>34</sup> Véase Sents. N° 2818 del TSJ/SC, de fecha 19 de noviembre de 2002, caso *Glady's Josefina Jorge Saad viuda de Carmona*; y N° 403 del TSJ/SC, de fecha 24 de febrero de 2006.

<sup>35</sup> Vid. Sent. de la CPCA: 16-6- 1982, Expediente N° 80-1264.

<sup>36</sup> GONZÁLEZ PÉRES, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 4ª. Edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp.187- 188.

<sup>37</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, E., *Ob. cit.*, nota 3, t. II, p. 362.

<sup>38</sup> ORTIZ-ALVARES, L., *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, EJV, Caracas, 1995, p. 32. En el mismo sentido, véase la Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 27 de enero de 1994, caso *Promociones Terra Cardón*, en *Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual*, FUNEDA-EJV, Caracas, 1997, pp. 61-63.

derecho, y sólo así quedará cumplido el mandato constitucional que ordena pagar una oportuna y justa indemnización (Art. 115 de la C).

## **V. Conclusiones**

A manera de síntesis podemos concluir que todo lo expuesto configura un sistema de garantías jurídicas, es decir, un conjunto ordenado de las mismas, concebido justamente para abordar desde los diferentes ámbitos la protección del ciudadano frente a la Administración Pública y sus funcionarios públicos, y cuya expresión más cualificada sería el principio de la buena Administración. De existir dicho sistema se trataría de una manifestación de la nueva vocación del Derecho administrativo contemporáneo: Derecho del poder convertido en el Derecho de los ciudadanos.

Así las cosas debemos plantearnos si el sistema venezolano de garantías jurídicas es suficiente y eficiente.

- Cuando se habla de una etapa avanzada en la configuración de las relaciones jurídicas entre el ciudadano y la Administración Pública y sus funcionarios públicos, debe ser sobre la base no sólo de nuevos planteamientos, sino también la necesidad de que exista una mentalidad social novedosa para crear conciencia ciudadana sobre una nueva cultura de la calidad de gestión del sector público.

- Es necesario también la presencia de un adecuado y eficaz sistema de responsabilidad del funcionario público por la gestión pública, modificando el actual sistema generador de una absoluta impunidad y falta de conciencia de responsabilidad por la legalidad y calidad de la gestión pública que tiene a su cargo, de modo que sepa que tiene anudada una responsabilidad personal –y no difuminada en el conjunto de la organización administrativa de la cual forma parte- cuando desconozca o vulnere los derechos del ciudadano.

- Por lo que se refiere a las garantías jurídicas –formales o patrimoniales- es necesario recordar que no son eficaces si no cumplen con su finalidad y, por tanto, se convierten en superfluas. Es cierto que existe un conjunto de garantías jurídicas nada despreciables, pero todavía insuficientes para asegurar el nivel óptimo de protección que el ciudadano necesita en el contexto social en que hoy día nos desenvolvemos.

- A todas luces, habida cuenta de la gran transformación de nuestras sociedades, es evidente que las garantías vigentes, en especial en sede administrativa, son anticuadas, insuficientes e ineficientes, y los son en particular para afrontar una de las vertientes que preocupan más al ciudadano: el ciudadano más débil.

- En suma, el sistema de garantías jurídicas del ciudadano frente a la Administración Pública y los funcionarios públicos es en lo formal y en la práctica en muchos aspectos deficitario, y no puede ser corregido con un simple mejoramiento o perfeccionamiento de los mecanismos tradicionales, por lo que se hace impostergable la creación de nuevos y adicionales mecanismos y órganos de protección del ciudadano.

- Finalmente, tal y como sucede en general, el capítulo del Derecho administrativo referente a las garantías está necesitado de una revisión a fondo,

pues en la actualidad no resulta satisfactorio, lo que cobra mayor gravedad si se trata del sistema de garantías jurídicas del ciudadano frente a la Administración Pública y de sus funcionarios públicos.