



Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal Administrativo

Título del Trabajo Especial
“Distinción y alcance de las Categorías Jurídicas Interés Público y Orden
Público en el Derecho Administrativo Venezolano”

Trabajo Especial presentado para optar al Título de Especialista
en Derecho Procesal Administrativo

Autor: José Antonio Benítez Paredes

Tutor: Prof. Armando Rodríguez García

Caracas, Mayo de 2013

DISTINCIÓN Y ALCANCE DE LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS “INTERÉS PÚBLICO” Y “ORDEN PÚBLICO, EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO.

ÍNDICE

CAPITULO 1.- EL MODELO CONTEXTUAL REFERENCIAL.

- 1.1.- Consideraciones generales.
- 1.2.- El modelo socio político en que se inscribe el “interés público” y el “orden público”.
- 1.3.- El rol que la Administración Pública juega en este contexto.
- 1.4.- La concepción de “lo público” asociado al Estado y a la sociedad.

CAPÍTULO 2.- LA NOCIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE “INTERÉS PÚBLICO” Y “ORDEN PÚBLICO”.

- 2.1.- La concepción de “interés público”.
- 2.2.- La concepción de “orden público”.
- 2.3.- Aproximaciones y discrepancias entre “interés público” y “orden público”.

CAPÍTULO 3.- REFERENCIA JURISPRUDENCIAL SOBRE “INTERÉS PÚBLICO” Y “ORDEN PÚBLICO”.

- 3.1.- Consideraciones previas.
- 3.2.- El “interés público” en la jurisprudencia venezolana.
- 3.2.- El “orden público” en la jurisprudencia venezolana.

CAPÍTULO 4.- APORTES PARA UNA TEORÍA INTEGRADORA DEL “INTERÉS PÚBLICO” Y EL “ORDEN PÚBLICO”.

- 4.1.- Delimitación doctrinal y jurisprudencial de los conceptos: “interés público” y “orden público”.
 - 4.1.1.- Marco doctrinal referencial.
 - 4.1.2.- Marco referencial jurisprudencial.

4.2.- Conclusión.

4.3.- Propuesta para la conformación de una teoría integradora de las categorías jurídicas: “interés público” y “orden público”.

DISTINCIÓN Y ALCANCE DE LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS “INTERÉS PÚBLICO” Y “ORDEN PÚBLICO”, EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo fundamental, analizar las nociones que posee la doctrina y jurisprudencia jurídica venezolana, de las categorías jurídicas “interés público” y “orden público”, para luego hacer una propuesta factible, que contribuya al mejoramiento del foro jurídico patrio. A tal efecto, se ha utilizado como metodología de trabajo la exploración y la descripción tanto en el tiempo como en el espacio. Cuatro capítulos conforman su contenido: el primero analiza el modelo conceptual referencial del tema, incluyendo, la concepción sociopolítica, el rol de la Administración Pública y el concepto de “lo público”. El segundo, profundiza sobre las nociones de la doctrina en relación a dichas categorías. El tercero, analiza la concepción de la jurisprudencia en relación a dichos términos. Y el cuarto, elabora una síntesis del contenido de los tres primeros capítulos, presenta las conclusiones y hace una propuesta. Como aspectos relevantes del estudio, destacan: la importancia de dichas nociones en razón de que efectivamente contribuyen a frenar el autoritarismo y la arbitrariedad del Poder Público, legitiman la participación del Estado en los asuntos públicos y refuerzan la ideología de lo social como motor de la acción y la reflexión hacia lo colectivo. Para la doctrina el “interés público” es la constante del servicio público y el “orden público” es el protector de las instituciones sociales, la paz social y el imperio de la ley. Se resalta el hecho de que como categorías dinámicas y flexibles, ambas se resisten a ser definidas en forma permanente, pero llama la atención el peligro que acarrea para la libertad personal el intentar homologar ambas nociones. La jurisprudencia, por su parte, se manifiesta pacífica con los criterios que al respecto sustenta la doctrina pero, en materia de “interés público” enfatiza que, éste se refiere a servicio público, función exclusiva del Estado, mientras que cuando dicho servicio puede ser compartido con particulares, lo apropiado es referirse a servicio de utilidad pública. Recomienda, igualmente, la jurisprudencia que, como tal materia carece de una teoría, debería la noción vincularse directamente con principios que rigen el proceso civil.

Entre sus conclusiones, la investigación destaca: la necesidad de asumir posiciones dialécticas y de avanzada, debido a lo difícil que resulta configurar una teoría permanente, sobre las categorías jurídicas analizadas. Se reconoce, por otra parte, el rol que en esta realidad juega el Estado, como ente aglutinador de la diversidad, complejidad y promotor del bienestar social de la población. Se hace énfasis en la búsqueda de iniciativas innovadoras e incluyentes, que garanticen la participación colectiva, donde las categorías jurídicas en referencia, tienen suprema prioridad

Finalmente se presenta una propuesta conformada por cinco puntos considerados de obligante atención: el reconocimiento del alto valor jurídico que tienen las categorías en referencia, como medios para frenar el autoritarismo y la arbitrariedad del Estado. La necesidad de compensar la limitante de la carencia de una teoría definida en la materia, con la convicción de su permanente estudio e investigación. El no olvidar que es la satisfacción del “interés general”, lo que las homologa, pero sin perder de vista que, de las dos categorías, corresponde al “orden público”, en particular, exigirle a la Administración, tener autorización expresa de la ley para poder afectar la esfera jurídica del particular.

DISTINCTION AND RANGE OF THE TERMS PUBLIC INTEREST AND PUBLIC ORDER FROM THE THEORETIC AND JURISPRUDENTIAL PERSPECTIVE OF VENEZUELAN ADMINISTRATIVE LAW

SUMMARY

The fundamental aim of this research is to analyse the concepts of the doctrine and jurisprudence about the juridical categories “public interest” and “public order”, for presenting a workable proposal in order to contribute to the improvement of venezuelan juridical forum. In such a task, the exploration and descriptive, both in time and space, has been implemented as a work methodology. This thesis research is set up on four main chapters: the first one analyse the most important theoretic model of reference of the research; the second, deepens on the different concepts about these categories; the third one analyses the notion of jurisprudence in relation to such terms and the last one makes a synthetic of the contents of the first three chapters, presents conclusions and makes a proposal. As very important points of this research stand out: the important of such concepts for: breaking authoritarianism and arbitrariness of the Political Power, legalising the participation of the government on public affairs and strengthening the social ideology as the power for collective action and reflexion. For the theory the “public interest” is the reliable of the public service, and the “public order” is the defender of the social institutions, the social peace and the empire of the law. It strengthens the fact that as dynamic and flexible category, both terms are resistant to be defined as permanent forms, but it is important to recognise the risk that brings about for personal freedom, the intention to balance both notions. The jurisprudence, on the other hand is pacific clear with the criteria that, in such a respect, maintains the theory, but in relation to “public interest” emphasises that this is concerned to public service, and as such it is exclusively a government function, while when such a service is shared by individuals, it is appropriate to talk to it as a service of public utility. The jurisprudence also recommends that such a matter lacks of theory, so this concept should directly be linked with principles which rule the civil process. As outstanding conclusions of the research: the necessity of adopting a dialectic and advanced position in such juridical concepts as well as recognising the role that the government plays in this reality as a brief entity and promoter of social welfare of population. It emphasises the searching for innovative and inclusion ideas, in order to guarantee the collective participation, where such categories have the supreme priority. Finally, it presents a proposal of five aspects considered of compulsory attention. These are: the acknowledgement of the high important juridical value of such categories as tools for breaking the government authoritarianism and arbitrariness. The need to compensate the limitation of the lack of a defined theory on the subject., which demands conviction for its permanent analysis and research. It is important to recognise that it is the satisfaction of the “general interest” what makes them similar, without forgetting that from the two categories it is particular the “public order”, which is able to require from the government Administration, to get an express juridical law in order to affect the private individual sphere.

DISTINCIÓN Y ALCANCE DE LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS “INTERÉS PÚBLICO” Y “ORDEN PÚBLICO”, EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO.

CAPÍTULO 1. EL MODELO CONTEXTUAL REFERENCIAL..

1.1.- Consideraciones generales-

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad fundamental, estudiar la concepción doctrinal y jurisprudencial de dos conceptos, figuras o categorías jurídicas de connotado interés general para el foro jurídico universal, pero que para efectos del presente análisis su énfasis se centrará, particularmente, en la realidad jurídica del Derecho venezolano. Esas figuras jurídicas son: el “interés público” y el “orden público”.

Como bien lo refleja la extensa bibliografía existente en la materia, parte de la cual se citará oportunamente a lo largo del presente y de los siguientes Capítulos, el tema en referencia, no sólo es de trascendental importancia en la vida democrática de los pueblos, ya que su contenido está estrechamente relacionado con la legitimación del Poder Público en las sociedades modernas, sino también, porque el Derecho como ciencia jurídica, es una rama del pensamiento de la cultura universal, que atrae indistintamente a pensadores y científicos, de las mas variadas áreas del saber universal.

Esta investigación respeta esta tendencia y, en tal sentido, se propone enfocar dicho estudio desde una perspectiva amplia y multidisciplinaria, pues un enfoque parcializado y unidimensional del tema, haría un tanto complicada la tarea de comprender dichas nociones como, igualmente, dificultaría poder profundizar sobre su extensión y alcance, ya que son categorías jurídicas esenciales para el Derecho Administrativo en particular y para el Derecho Público en general.

Como se podrá evidenciar en este Capítulo, la Administración Pública es el instrumento y medio efectivo del Derecho Público, e igualmente se verifica que, la referencia legal particular de los órganos del Poder Público, descansa en el Derecho Administrativo para el cual, la Administración es su dato primario, por personificar ésta el Poder del Estado y asumir el servicio objetivo de los intereses generales. De manera que corresponde al Derecho Administrativo, la responsabilidad de regular en forma equilibrada y justa, las relaciones entre los órganos públicos y los particulares, una tarea que, a decir de los entendidos, no ha sido fácil pues es “... un logro producto de un esfuerzo de más de cien años de búsqueda de criterios para establecer los límites de la discrecionalidad de la Administración”¹

¹ Eduardo, García De Enterría. *Hacia una nueva justicia administrativa*. Civitas. Madrid. 1998, p. 62

En relación a las categorías jurídicas objeto de estudio, se podrá inicialmente observar que, entre ellas existe una estrecha relación y, como ya se ha hecho notar, son de amplia utilización en el foro jurídico universal y, concretamente, en el Derecho venezolano, son conceptos de marcada y constante referencia. En efecto, dichas nociones están formalmente consagradas en las leyes de la República, en algunos casos aparecen de manera directa como “interés público” y “orden público”, pero en otros, de manera implícita en expresiones tales como “interés general”, “bienestar colectivo”, “utilidad pública”, “beneficios colectivos”, “bienestar social general” si es para referirse “interés público”. En el caso de “orden público”, su insinuación se concreta, mas bien a concebírsele atendiendo a su finalidad, al asociársele con la “convivencia democrática” y el logro de la “paz social”.

Lo que la doctrina ha venido sosteniendo de manera pacífica y reiterada - como oportunamente se podrá evidenciar -, es que el “interés público” es sinónimo de “interés general”, y que éste es el que justifica y legitima la actividad del Poder Público. Sin embargo, donde los criterios no han venido siendo totalmente coherentes y el tema se ha prestado a confusión y a discrepancia, es respecto a esa relación entre la Administración y los administrados. Tradicionalmente la Administración, como instrumento funcional de los órganos públicos y titular por ley de los “intereses generales”, se venía acreditando superioridad y supremacía sobre los particulares. Tal actitud fue producto del hecho de que una parte de esa relación, era la que monopolizaba el poder y gozaba de privilegios –la Administración-, mientras que la otra - el particular -, quedaba en condiciones de minusvalía y totalmente desasistido, frente a la autoridad del Estado.

Sin embargo, esta concepción felizmente ha sido superada, al menos en teoría, gracias al avance que el desarrollo social, político, económico y cultural, le ha impregnado a las nuevas visiones del hombre, del mundo y de la sociedad. En efecto, estas nuevas corrientes del pensamiento universal, se han hecho presentes en el Derecho moderno, donde los principios, valores y normas propias de esta nueva concepción, han sido absorbidas, particularmente, por el Derecho Administrativo casi en el mundo entero. Entre los criterios trascendentes de dicho avance en materia jurídica, son relevantes: las relaciones de igualdad entre el Poder Público y los particulares, la inclusión de los derechos fundamentales como núcleo irreductible del “interés general”, que obliga a los órganos públicos a regirse por las atribuciones que le asignan los textos constitucionales y demás leyes que rigen a las naciones, la conversión de las Administraciones Públicas de dueñas y señoras de los “intereses generales”, en sus mas fervientes y efectivas servidoras y, finalmente, la exigencia rigurosa de la doctrina de las llamadas habilitaciones legales², las cuales prescriben que, para poder entrar en el ámbito de la libertad del sujeto, se debe estar amparado por habilitaciones legales explícitas, como sería, en tal caso, las cláusulas generales de “orden público”.

Frente a esta nueva visión del Poder, y ante el desafío que ello implica para la nueva ciencia del Derecho, particularmente en cuanto a las relaciones entre el Estado -representado en este caso en la figura del Poder Público y su instrumento ejecutivo, que es la

² Eduardo, García De Enterría. cit. p. 56

Administración-, y los particulares, es preciso profundizar sobre los criterios admitidos por la doctrina y jurisprudencia, en relación a las categorías jurídicas identificadas como “interés público” y “orden público”, pues se tiene la convicción que dichas categorías son, clave a la hora de decidir si la actuación de la Administración está apegada o no a derecho.

Con este propósito y a efectos de darle direccionalidad a la investigación, es oportuno plantearse previamente las siguientes interrogantes: ¿Qué entiende la doctrina por “interés público” y “orden público”? ¿Son estos términos equivalentes o equívocos? Y en cualquier caso ¿qué los aproxima o qué los diferencia? Respecto a la jurisprudencia son igualmente válidos los siguientes planteamientos: ¿Cuál es el criterio que la jurisprudencia venezolana ha venido sosteniendo en relación a dichos términos? ¿Es coherente el criterio de la doctrina y la jurisprudencia nacional en esta materia? Finalmente, tomando en cuenta las reflexiones y respuestas a estas interrogantes surge el siguiente y último planteamiento, ¿qué propuesta es factible construir en materia doctrinal y jurisprudencial sobre las categorías jurídicas objeto de investigación, para contribuir al mejoramiento del foro jurídico venezolano en general y, al Derecho Administrativo en particular?

Inicialmente podría pensarse que el resultado de este análisis puntual y detallado de todas y cada una de las nociones que llevan implícitas estas interrogantes, sería suficiente para calificar definitivamente el tema objeto de estudio y, por consiguiente, para estructurar la propuesta que justifica el presente ejercicio de investigación, sin embargo, tomando en cuenta que las nociones jurídicas en referencia, ni son abstractas ni mucho menos neutras, ya que la influencia del contexto socio cultural dentro del cual se producen y se desarrollan, les hace partícipes de muy diversos criterios y visiones, como ya lo observara oportunamente Antonio Moles Caubet³, al afirmar que “...antes que una concepción caprichosa (el Estado) es una invención del mundo, precedida de totalidad y condicionada históricamente”. Para efectos de este análisis se considera apropiado y pertinente que, previo al análisis doctrinario y jurisprudencial respectivo, se precise hacer un estudio, del contexto socio político dentro del cual se inscriben dichas categorías.

Es oportuno observar, igualmente, que se tiene la convicción de que las categorías jurídicas objeto de indagación, por la connotación ideológica que llevan implícitas en la práctica jurídica, son de extraordinaria importancia tanto para la vida jurídica de las sociedades, como para la justificación del Poder Público en las comunidades democráticas. En los Estados modernos, bien lejos se está de la inmunidad y de la discrecionalidad absolutas que gozaba el Poder Público con anterioridad. Sin duda que el “interés público” y el “orden público” como conceptos jurídicos de amplia aceptación cognitiva e indiscutible práctica judicial, han contribuido eficazmente a frenar las tendencias del Poder, al autoritarismo y a la arbitrariedad. Se espera que los resultados de este análisis permitan confirmar dicha afirmación.

Con tal propósito, la investigación -concebida desde el punto de vista metodológico, como un estudio de carácter exploratorio y descriptivo, para analizar de manera puntual y en forma longitudinal en el tiempo y en el espacio, las nociones jurídicas reiterativamente

³ Antonio, Moles Caubet. *Estado y Derecho*. Caracas. Studia Jurídica No.1. Estudios de Derecho Público. Facultad de Derecho. UVC. Caracas. 1957 p 291

señaladas-, estructuralmente ha sido organizada por capítulos. El primero sirve de introducción y se concreta a analizar las características socio políticas dentro de las cuales se presentan y desarrollan las nociones objeto de indagación, incluyendo el rol que en dicha realidad juega la Administración Pública, haciendo un análisis multidisciplinario del significado que “lo público” tiene en la cultura occidental. El Capítulo número dos, profundiza sobre la concepción que tiene la doctrina en relación a dichas nociones. Un tercer Capítulo analiza los criterios que ha sustentando la jurisprudencia, en relación a dicha materia, teniendo como referencia documental un variado número de sentencias seleccionadas en forma aleatoria. Finalmente, el Capítulo cuatro es el que registra la síntesis dialéctica de todo el análisis desarrollado en los capítulos anteriores. Además, dicho Capítulo, antes de presentar la propuesta factible, que es el resultado de todo el análisis desarrollado en la tesis, plantea, a manera de conclusión, varias consideraciones finales.

1.2. - El modelo socio-político en que se inscriben el “interés público y el “orden público”.

El presente tema de investigación se inscribe dentro del modelo constitucional venezolano, estructurado por valores denominados de rango superior, configurado como un Estado social, de justicia, de igualdad, de solidaridad y de responsabilidad social, valores trascendentes que, entre otros, sirven de referencia e inspiración a la hora de concretarse en órganos y funciones estatales propias de ese modelo (artículo. 2 de la Constitución). Ya en el mismo preámbulo de la Constitución, estos valores superiores se establecen como criterio teleológico en “la refundación de la República” y “el logro de su fin supremo”, junto al “imperio de la ley y el derecho, la justicia social y la igualdad, el bien común, así como la garantía universal e indivisible de los derechos humanos”.

Frente a esta concepción, cabría entonces hacer la siguiente pregunta ¿y cómo se hace efectivo ese Estado social en un Estado de Derecho?, porque se parte del hecho de que se está frente a un Estado regido por el derecho, donde no existe arbitrariedad, donde la regla de conducta - tal como lo observa Moles Caubet parafraseando a Rousseau -, es que “la ley es la expresión de la voluntad general”⁴. La respuesta que parece más apropiada a esta interrogante la ofrecen dos destacados juristas. Uno de ellos es Marcos Gómez Puente, quien al hacer referencia a la realidad española observa que, la concreción de un Estado social se logra: transformando las condiciones vitales de la sociedad, satisfaciendo las necesidades existentes de las personas en los términos que impone vivir con dignidad, garantizando la participación de los ciudadanos en los bienes y valores sociopolíticos, económicos, tecnológicos y culturales, donde el Estado más que un ente garante del bienestar general y el respeto personal, se convierta en un organismo que preste servicios, ordenando, programando y asumiendo responsabilidades para la satisfacción de necesidades de toda la población.⁵

⁴ Antonio Moles Caubet. cit., p 302

⁵ Marcos Gómez Puente. *La Inactividad de la Administración*. Aranzadi Editorial S. A. Navarra, España. 2000. pp 43 y sgtes.

El otro autor que es de obligada referencia en esta materia es A. Moles Caubet ⁶, quien al querer establecer el nuevo modelo político de la actual era del Estado social afirma que, dentro de este contexto, se requiere tener una nueva mentalidad, que comience por lograr que el sujeto político, sea menos el individuo y más el conjunto social, donde se afirme más el poder exclusivo del pueblo, y se deje como secundario la capacidad individual plenaria, donde la suma de los derechos individuales esté cada vez más en dependencia de los derechos sociales, acentuándose la tecnificación del Estado como ente prestador de servicios. En fin, parafraseando al mismo autor, la existencia de un Estado caracterizado por el patrón estándar de sus actos y relaciones, legitimado por la voluntad popular, donde todos y cada uno de sus actos estén predeterminados por una regla de derecho. Un Estado que, como institución jurídica genere actos y promueva relaciones, orden y objetividad, donde el consenso social prive sobre los intereses particulares, se haga efectiva la sincronización de la dualidad entre lo individual y lo institucional, donde quede excluida la arbitrariedad y la fuerza y, se imponga el derecho como efectivo instrumento de cohesión y convivencia social.

Es el reconocimiento de esta dimensión social del Estado, el que repliega el individualismo y configura la sociedad sobre la base de un nuevo pluralismo de asociaciones, abocadas a la satisfacción de necesidades y exigencias económico sociales, que culmina con el reconocimiento de los derechos sociales, aplicado a múltiples realidades que van, desde la conciencia social y el derecho social, hasta la problemática social y la acción dejando, junto a la posibilidad y obligación de formular verdaderas políticas sociales, la de abrir una dimensión social de lo público, requerimiento hoy mas vigente que nunca

De manera que la relevancia social, es la impronta que caracteriza el tránsito de la función del Estado en el siglo XX, "... siglo que crea la conciencia capaz de motorizar la ideología para la acción...". Así lo afirma Manuel García Pelayo en su trabajo sobre "Lo público y lo privado".⁷ De allí la conexión estrecha que existe entre la concepción ideológica del Estado social y la forma de gestión de la actividad del servicio público. Al respecto, J. Araujo Suárez señala que "...la función de prestación constituye la expresión más viva del significado del Estado social, cuya realización ha de tener lugar mediante la acción positiva del Derecho Público, en forma de prestación o de servicios de carácter material y naturaleza social ...".⁸ En este sentido, la actividad indispensable del Estado debe inspirarse en la concepción de lo que es la función social y, su deber correspondiente no es otro que, su obligación de realizarla. En palabras del propio A. Moles Caubet., "el poder de los gobernantes tiene por único fundamento sus deberes..." -y en este caso-, "...el servicio público es el fundamento y el límite del poder gubernamental".⁹

Es éste precisamente el argumento que legitima el Estado de nuestro tiempo, pues como observa M. García Pelayo "...la posibilidad de prestaciones de servicios exigidos por la procura existencial de la población..., enriquece la funcionalidad del Estado de hoy, que no

⁶ Antonio Moles Caubet. Ibidem, p 305

⁷ Manuel García Pelayo. *Lo Público y lo Privado*. Fundación Manuel García Pelayo. Caracas. 1996. p 49

⁸ José Araujo-Juárez. *Derecho Administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas. 2007. p 375

⁹ Antonio Moles Caubet. *Lecciones de Derecho Administrativo. Parte General*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. No. 84. UCV. 1991. p 119

está sólo en conexión con los principios culturales de nuestra época, sino también con las peticiones o demandas que ha de enfrentar por requerimiento de la propia población”¹⁰. Conviene agregar, siguiendo el criterio expuesto por A. Moles Caubet en la obra que se acaba de citar, que el servicio público no es propiamente una función sino, una prestación: prestaciones reguladas, creadas, aseguradas y regidas por la Administración.

Finalmente, existe un argumento más para justificar de manera concreta razones para que en este Estado de bienestar social, el sistema estatal actual se sustente en este tipo de legitimación, que es el hecho de ser un Estado que no sólo crea un orden jurídico para la acción, sino que acciona constantemente por sí mismo, no sólo para satisfacer de manera apropiada las crecientes demandas de la sociedad y administrar los recursos económicos, sino también, para hacerse responsable de la procura existencial del bienestar económico y del desarrollo educacional de su población. En síntesis un Estado gestor que se legitima por su funcionalidad y que, lógicamente, la aumentará en la medida en que sea más eficaz en el cumplimiento de las prestaciones que se le exigen.

De todo lo anteriormente expuesto, quizá los elementos más trascendentes de esta concepción sociopolítica, muy asociados a las nociones jurídicas objeto de esta investigación, son: en primer lugar, la responsabilidad que les corresponde a todos los órganos públicos de trabajar y motorizar su acción, con la finalidad de satisfacer las necesidades de interés general y, procurar la vida existencial de toda la población. Y en segundo lugar, resalta la concepción de que en un Estado social de justicia, de igualdad y de solidaridad, la actividad del Estado se legitima en base a la eficacia de su actividad de prestación, que se hace evidente mediante el desarrollo de actividades de carácter material y naturaleza social

Cabe destacar, dentro de este contexto, que lo que más va a influir en la configuración de las nociones objeto de análisis, es la convicción de que en un Estado social y de derecho, la relevancia que lo social acarrea sobre lo particular es definitiva. En efecto en una sociedad de tales características, la vivencia más fuerte y la manifestación más potente es por la reflexión hacia lo colectivo, pues como ya se ha observado, lo social es la conciencia capaz de motorizar la ideología para la acción. De manera que a la luz de la nueva época, el valor social de la actividad del Estado se convierte en la fuerza teleológica capaz de garantizar la justicia, la igualdad social y el bien común.

Esta finalidad es la que hace que el Estado dentro de esta concepción principista, asuma de manera efectiva su rol como organismo público emprendedor de servicios de carácter material y de naturaleza social, en el sentido que lo señala el propio M. García Pelayo, “...el servicio público más que una función es una prestación que la crea, regula, asegura y la rige la Administración”¹¹ Y es esta nueva dimensión social del derecho, la que va a configurar la sociedad sobre la base de un nuevo pluralismo de asociaciones, abocada a la satisfacción de necesidades y exigencias económicas, sociales y culturales, que culmina con el reconocimiento de esos derechos aplicado a múltiples realidades, como serían: la

¹⁰ Manuel García Pelayo. *El Estado de nuestro tiempo*. Fundación Manuel García Pelayo. Cuadernos No.13. p 22

¹¹ Manuel García Pelayo. *Lo Público y lo Privado*. cit. p 47

conciencia social, el derecho social y la problemática social. Es decir que bajo esta concepción hoy está más vigente que nunca, la obligación del Estado de formular verdadera políticas sociales y de abrir una dimensión social de lo público.

1.3.- El rol que la Administración Pública juega en este contexto.

A la Administración Pública le corresponde la responsabilidad suprema del servicio público, mediante los poderes que le atribuye el ordenamiento jurídico en forma expresa, pues es a través de la actuación de la Administración que se legitima el Estado en la sociedad moderna y democrática. Conceptualmente hablando, corresponde a la Administración Pública el ejercicio legítimo de la potestad ejecutiva, una actividad sujeta de manera concreta y en sus diversas formas de actuación, a las reglas del derecho. Es lo que normalmente se reconoce como principio de legalidad (Art. 137 Constitución), de fundamental importancia para la actividad que realizan los órganos públicos y que, de manera resumida, se podría entender como aquella exigencia constitucional de que todos los actos propios de los órganos del poder público, por regla legal, han de estar regidos por una norma jurídica, que es la que les da la medida de licitud o ilicitud de dichos actos.

Es oportuno acotar que, esta vinculación de la Administración con el derecho puede ser, tal como lo señala A. Moles Caubet¹², de tres tipos: primero, en forma mínima, que es cuando el criterio permite que la Administración pueda hacer todo lo que la ley no prohíba. El segundo tipo de relación es la denominada vinculación media, que es aquella que permite que la Administración realice una actividad, pero dentro de los límites que la ley establezca, así como de las demás condiciones que se le exigen al acto. Y finalmente, está la vinculación máxima, que es la que restringe al Estado a hacer sólo lo que le permite expresamente el derecho, en otros términos: el que los órganos públicos pueden hacer sólo lo que cae expresamente dentro de su competencia. De manera que la actividad del órgano público sólo se reconoce donde existe un precepto jurídico que lo regula. Es este precisamente el caso del que se ocupa la presente investigación, pues el criterio que prevalece en la doctrina, que sirve de fundamento conceptual de este estudio, es que cuando se trata de la actuación de la Administración frente al administrado, si con ella se afecta la esfera jurídica del particular, no basta exclusivamente justificar su actividad por razones de su función imperativa como instrumento ejecutivo del Estado, sino que, necesariamente, tiene que existir una norma expresa que la autorice a hacerlo, que en el caso de la doctrina justamente señalada, vendría a ser, en todo caso, una vinculación de carácter máximo.

Sin embargo, es necesario aclarar que la Administración no agota su actividad cumpliendo sólo con las funciones jurídicas que le son propias, sino que también cumple con cometidos que le asigna el propio Estado para el logro de determinados objetivos o fines, en base a decisiones legales particulares, como podría ser en materias de: sanidad, educación, salud, previsión social, o cualquier otra, que el Estado considere que es propia de un servicio

¹² Antonio Moles Caubet. *Lecciones de Derecho Administrativo*, cit. p 101

público. En estos casos, es el régimen jurídico exclusivo y propio de dicha función emplazado en el Derecho Administrativo, el que permite su regulación y autoriza a la Administración Pública desempeñar dicho cometido.

Finalmente, es oportuno observar, que cuando aquí se habla de función y de servicio público, se está asumiendo la concepción que al respecto sostiene A. Moles Caubet para quien, la actividad administrativa se manifiesta de manera triple: mediante funciones que se resuelven a través de actos administrativos, servicios públicos que se realizan por medio de prestaciones y, las negociaciones que corresponde realizarlas a las empresas administrativas del Estado.¹³

Por cierto, esta noción de prestación es una de las claves para entender en su más amplio sentido, no sólo la función de la Administración, sino más importante aún, su finalidad. Conviene observar que, como ya se ha afirmado, la característica fundamental de esta noción es que, son actividades regulares, creadas, aseguradas y regidas por la Administración Pública. Es decir que, para que un servicio público como prestación tenga lugar, se requiere básicamente: que exista una regla legal que lo crea, que se preste regularmente y de manera segura, que lo rija la Administración a través del régimen de servicio público, con igualdad de provecho y de cargas, que se sujete a la jurisdicción administrativa, que cuente con una organización que respete la regla legal que lo crea y los demás actos reglamentarios pertinentes y, finalmente, que la autonomía de la responsabilidad por la que se determina, no sea por el concepto subjetivo de culpa, sino por la noción objetiva de falta de servicio.

En todo caso este “servicio público”, esta estrechamente asociado al “interés público”, un interés que corresponde valorarlo y declararlo al propio Estado y, que al final, se convierte en el fundamento de su intervención. De hecho como muy acertadamente lo afirma M. García Pelayo, corresponde al Estado, entre otras cosas, “convertir en público aquello que es privado y a privatizar aquello que es público”¹⁴ De allí que la Administración como instrumento y brazo ejecutor del Gobierno, es la institución pública que participa en la toma de decisiones, una participación que debido a su considerable y permanente acrecentamiento, ha generado un cambio cualitativo en la realidad político social del Estado moderno. Por ello es explicable que, ante las presiones por parte de la población y su entorno, por la atención y satisfacción de sus necesidades, la Administración no pueda concentrarse exclusivamente a cumplir con las responsabilidades que formalmente le han sido asignadas como competencias jurídicas, sino que también, debe recurrir a las competencias técnicas, habilitada por el dominio de conocimientos teóricos y el desarrollo de actividades prácticas, con el propósito de poder asegurar la racionalidad de su acción, identificar los medios apropiados para llevarlas a feliz término y articular un gran número de factores y variables, a objeto de plantear y dar solución, a los más variados y complejos problemas de su población, con un grado aceptable de certidumbre

Es esto lo que justamente justifica y legitima al Estado democrático del mundo actual, una legitimidad que más que instrumental es funcional, pues se expresa en los aportes que la

¹³ Ibidem, p 103

¹⁴ Manuel García Pelayo. *El Estado de nuestro tiempo*. Caracas. Fundación Manuel García Pelayo. 2008, p 19

institución ofrezca al sistema político vigente al cual le sirve, de manera tal que pueda consolidar un orden libre y democrático, socialmente orientado a la satisfacción de las peticiones y demandas de toda la sociedad. Dentro de esta concepción doctrinaria de legitimidad funcional, la Administración se manifiesta como un ente activo, con iniciativas propias, preocupada no por la manipulación de los medios para el ejercicio de sus competencias, sino por los fines hacia los que dirige toda su energía y actividad. Es precisamente este tipo de legitimación el que demanda el Estado de bienestar social actual. Un Estado que por un lado crea y garantiza el orden jurídico imperante y, por el otro, también tiene la capacidad para gestionar bienes y servicios indispensables para la estabilidad y el crecimiento de toda la población. Del mayor o menor grado de efectividad en el logro de esta tarea, dependerá su nivel real de legitimidad.

1.4.- La concepción de lo “público” asociado al Estado y a la sociedad.

Se entiende por público lo general, lo impersonal, lo colectivo, lo social, lo numeroso y como tal se contrapone a lo individual y a lo particular. Con lo público se vincula la notoriedad y como requisito de objetivación de cualquier actividad humana, conduce a observar que las acciones de cuyo interés se demanda, están a la vista de todos y con mayor razón si de ideales de igualdad se trata. De manera que intentar ofrecer una definición de lo “público”, teniéndolo como contraparte de “lo privado”, mas que un ejercicio intelectual y abstracto, es necesario remontarse a la propia historia, pues como muy bien lo señala Graciela de García Pelayo¹⁵, “...aprender y comprender con propiedad dichos términos es imposible sin tener una clara emergencia en la historia, pues tales nociones...desde la antigüedad constituyen un interesantísimo ejercicio de historia de las ideas”.

No se quiere hacer aquí un resumen completo del valioso trabajo de dicha autora, pero lo que sí se puede es, extrapolar algunas ideas que sirvan de referencia, a la hora de querer aproximarse a una noción de tales términos. En efecto, según dicha intelectual, una de las características más resaltantes de estas nociones es su peculiar volubilidad histórica, pues se observa que en distintos tiempos y épocas, dichos términos han podido coexistir en condiciones algunas veces armónicas, otras tensas y en momentos complementarias. Sin embargo, lo curioso de esa inestabilidad conceptual es que, cualquiera haya sido el momento o la época, su concepción siempre ha estado asociada al Estado y a la sociedad.

Sin querer homologar la concepción que de tales nociones se tenía en la Grecia antigua y en la cultura Romana posterior, ya que a pesar de su similitud también tenían sus diferencias, para efectos del presente trabajo interesa resaltar cómo en la Roma antigua, por ejemplo, Ulpiano distinguía entre lo doméstico y lo público, con una expresión latina que es fuente de la doctrina civilista del Derecho actual: “*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singularum utilitatem pertinet*”.¹⁶ Y sin querer afirmar que con ello quedaba definitivamente deslindado “lo público” de “lo privado”, porque en realidad

¹⁵ Graciela S. de García Pelayo. de. *Aproximación histórica a lo público y lo privado*. P 28. En *Lo público y privado. Redefinición de los ámbitos del Estado y de la Sociedad*. Fundación Manuel García Pelayo. Caracas, Enero, 1996. Tomo I

¹⁶ Citado por Graciela de García Pelayo. cit. p 34

dichas nociones sufrieron un proceso lento de diferenciación histórica, lo importante aquí es observar que, desde la antigüedad ya el Derecho estaba interesado en la clarificación de tales términos.

Con el surgimiento del Estado moderno, “lo público” quedó definitivamente asociado con la esfera estatal, mientras que “lo privado” se concretó específicamente a la sociedad. Dentro de esta relación Estado-sociedad, tres aspectos influyeron en la diferenciación conceptual entre ambos términos. El primero de ellos fue, el surgimiento de la noción de individuo y consecuentemente del individualismo. En contraste a la concepción del hombre genérico, propio de la Edad Media, en la época moderna, lo individual se concretiza en la persona particular y se extiende desde la dimensión artística hasta el intelectual individual.

El segundo aspecto, es la importancia que en esta época tomó la dimensión pública de lo social. Pública, no en el sentido de lo político y estatal, sino más bien para referirse a la notoriedad en la difusión de la opinión pública sobre la política, la ciencia, el arte, etc. Y el tercer aspecto es la transformación que se opera en la sociedad civil, bajo la concepción iusnaturalista, una sociedad política ordenada desde arriba, un orden inmanente a una sociedad organizada bajo la responsabilidad de individuos libres, donde se concilian los principios de justicia con los de la razón.

Sin embargo, lo que definitivamente diferenció las nociones de “lo público” y “lo privado”, fue la concepción que surgió de la Revolución Francesa, de que particularmente la dimensión pública se refería a todo aquello relacionado con lo social, que no se podía ocultar, porque era lo que estaba a la vista de todos, de la vida y de la sociedad. A partir de allí, en la sociedad liberal, lo público se asoció al poder, a la esfera político-administrativa, pasando las funciones de la sociedad civil, hasta ese momento bajo el control de la iglesia, a ser controladas por el Estado. Fue en ese momento en que se estableció la dimensión administrativa del Estado al ámbito público, pero bajo el imperio de la ley y, se concretó “lo privado”, al espacio físico, y el despliegue vital del sector social dispuesto a defender sus derechos, bajo el criterio del interés individual.

Esta concepción político-social que refrendó la llamada ideología liberal, se estructuró de manera dual: por un lado el Estado con su actividad pública y, por el otro, la población con plena libertad para el despliegue de su actividad socio-económica, de cuya sincronización se generaba el ideal de bienestar social. Pero, bien pronto este ideal se fue haciendo más difícil de lograr, hasta convertirse realmente, por efectos de la revolución industrial, en una situación problemática que desencadenó grandes y profundas transformaciones en la estructura social, que concluyó con la irrupción de la ideología social, frente al desplazamiento del interés económico privado.

Consecuencia de todo ello fue el repliegue del individualismo y el reconocimiento y la valorización de la dimensión social del Derecho y la configuración de la sociedad sobre la base de un nuevo pluralismo de asociaciones, orientadas a lograr la satisfacción de las necesidades económico-sociales, que culminaron con el reconocimiento de los derechos sociales, la formulación de verdaderas políticas sociales y la apertura de una dimensión social de lo público.

A partir de allí la vivencia y la reflexión hacia lo colectivo – fenómeno histórico propio del siglo XX – desplazó a lo personal e individual pero sin que ello, paralelamente, permitiera delimitar la noción de “lo público” y “lo privado”, pues dentro de este contexto, el concepto no sólo ha sido parcial sino que, de acuerdo a los entendidos, está aún más lejos de ser esclarecedor. De manera general se observa que, a “lo público” se le asocia con lo colectivo, lo comunitario y lo social, mientras que a “lo privado” se le sigue relacionando con lo particular y lo personal. Sin embargo se percibe cierta ambigüedad en la utilización de ambos términos pues si, la primera mitad del siglo XX se caracterizó por la defensa de los intereses sociales, durante la segunda mitad la preocupación se volcó hacia el “estado de bienestar”, cuya característica fundamental fue, la aceleración de la privatización de las empresas públicas.

Y esta individualización se hace más evidente, cuando se detecta que frente a esa tendencia de la relevancia de lo social, lo individual se presenta con tanta o mayor fuerza que su contrario, hasta el punto de tener que llegar a reconocer que la manifestación de lo uno, no implica la exclusión de lo otro, de manera que más que contraponerse lo que la realidad parece confirmar, es que se conjugan y se integran. De manera que las fronteras que se pretenden establecer entre los dos términos, más que definidas y precisas, son fundamentalmente borrosas e impenetrables, porque si “lo público”, está asociado con el Estado y con lo político y “lo privado” con la sociedad, pues en definitiva más que contraponerse en el fondo lo que hacen es compenetrarse. De manera que para efectos de la presente investigación la conclusión es ésta, que hoy más que nunca, “lo público” y “lo privado”, son términos que en realidad se conjugan y se integran.

En efecto, esto es lo que la realidad actual constantemente informa: se vive una época caracterizada por la masificación, la diversidad y la complejidad. El mundo actual es un mundo de crecimiento progresivo de relaciones múltiples entre los fenómenos y de desarrollo técnico acelerado. Y esta tendencia está presente en todas las áreas y niveles de lo real, particularmente en la relación Estado y sociedad. De manera que frente a esta concepción, insistir en buscar diferencias conceptuales en cuanto a lo que es “público”, frente a lo que es “privado”, sustentadas en referencias propias de siglos anteriores que tenían una dimensión social totalmente diferente a la actual, no sólo agota la indagación sino que ignora una realidad que está demandando una perspectiva social de un hombre nuevo, una cultura nueva, una realidad con nuevas exigencias, con una diversidad de tendencias políticas, sociales, económicas, globales y locales, continuamente sometidas a múltiples ritmos y ciclos combinados de acción, que sin duda reclaman otras tantas visiones y nociones amplias de “lo público y “lo privado”.

Ya la temporalidad lineal dejó de ser el modelo de referencial de la reflexión metodológica y, en sustitución, se impone la exigencia de temporalidades mixtas. La realidad histórica permite pensar en nuevos términos. Concretamente, “lo público” y “lo privado” se presentan como tópicos de reflexión del Derecho, como términos que demandan una percepción más amplia y dialéctica, pues la nueva civilidad exige, más que establecer fronteras y definiciones permanentes, conceptos flexibles y difuminados, que se ajusten a las emergencias sociales y políticas existentes en el tiempo. Cada sociedad estará en condiciones de estructurar sus propias formas de control y organización, así ha quedado demostrado a lo largo de toda la existencia de la vida y realidad histórica de los pueblos.

Como dice la misma autora, “existen millones de fecundas posibilidades inéditas llenas de nuevas potencialidades... que necesitan de un código para una nueva civilidad.”¹⁷ Atender este desafío, es una de las tareas prioritarias del Derecho, como ciencia social.

CAPÍTULO 2 LAS NOCIONES DE LA DOCTRINA SOBRE “INTERÉS PÚBLICO” Y “ORDEN PÚBLICO”

2.1.- La concepción de “interés público”.

Como ya se planteó con anterioridad, no existe actividad de la Administración Pública que no esté vinculada directamente con el “interés general” e, igualmente, que lo que legitima y justifica la existencia de un Estado, calificado como de bienestar social y de derecho es que, como tal, se hace responsable de la procura existencial de toda su población, mediante su actuación directa, apegado a las reglas del Derecho, que son las que informan de la licitud o ilicitud de los actos, a través de los cuales se expresa la Administración..

Por otra parte, también se ha adelantado, al intentar clarificar las nociones objeto del presente estudio que, el primer problema que la doctrina confronta, es la falta de un criterio claro y definido, debido a las diversas concepciones y a los múltiples significados que se les han querido conferir. Tal situación trae como consecuencia ambigüedad y confusión y, sobre todo, la imposibilidad de precisar con suficiente claridad su concepción. El presente Capítulo intenta abordar este problema. En tal sentido, el primer punto del análisis se centrará concretamente en precisar los criterios que la doctrina ha venido sosteniendo en materia de “interés público”. La idea fundamental es poder precisar en forma clara, cuándo se está frente a un “interés” de tal naturaleza, establecer las relaciones y diferencias existentes entre diferentes tipos de “interés”, buscando homologar todos aquellos que tienen elementos que les son comunes para, finalmente, ofrecer una noción coherente con los criterios expresados por la doctrina hasta el momento. Con este propósito y tratando de ser fundamentalmente didácticos, se parte de lo siguiente.

De acuerdo a la doctrina sustentada por Eduardo García de Enterría¹⁸, la Administración Pública ha actuado fundamentalmente bajo dos formas jurídicas bien definidas: mediante actos de autoridad o a través de actos de gestión. Cuando lo hace bajo esta última condición, su actuación es muy similar a la de cualquier ente particular y su regulación jurídica se establece a través del Derecho privado y la jurisdicción ordinaria, sin que por ello comprometa su independencia, ni amenace las potestades públicas asignadas por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, cuando la Administración actúa mediante actos de autoridad, lo hace bajo reglas jurídicas especiales y claras, consagradas en el Derecho Administrativo, y bajo la premisa de que sus decisiones, esencialmente, podrían ser objeto

¹⁷ Graciela S. de, García Pelayo, cit. p 56.

¹⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás R. Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I*. Civitas Ediciones S.L. Madrid. 2004. XII Edición, pp. 54-59.

de control jurisdiccional, por razones judiciales expresamente establecidas en la Constitución y en las leyes.

Sin embargo, esta concepción, según el mismo autor, entra en crisis debido al descubrimiento de un tercer género de actos, donde la gestión pública se cumple sin tener ese carácter autoritario o de imperio, pero que por su condición, tendrán que ser también regulados por el Derecho Administrativo, acudiendo la doctrina al criterio material, al calificar dichos actos de “servicio público”. En síntesis, con independencia del tipo de autoridad con que actúe la Administración, en estos casos, cuando es ella la que gestiona dichos servicios, la regulación que procede es la establecida por el Derecho Administrativo.

Este primer criterio doctrinal que inicialmente perseguía acabar con la duda y confusión existentes, en relación a los actos procedentes de la Administración y su respectiva regulación jurídica, sin embargo, muy pronto se vió desfasada debido a que comenzaron a observarse igualmente actos gestionados por entidades públicas sin ser de “servicio público” y lo contrario, “servicios públicos” anteriormente gestionados por la Administración, ahora responsabilidad de los particulares y regidos por el Derecho privado. Esta situación trajo como consecuencia, primero, la imposibilidad de separar con claridad por bloques, los distintos tipos de actividad desarrollada por uno u otro sector y segundo, aceptar lo difícil y confuso que resulta para el ejercicio jurídico, asignarle a cada sector social, la rama del Derecho que lo debe regular.

¿Y qué es lo que la doctrina ha hecho para superar dicha dificultad? Inicialmente, y mientras se lograba profundizar en la materia, la doctrina decidió, como una medida sabia, cada vez que se presentaran situaciones de tal naturaleza, aceptar el entrecruzamiento de ambos derechos: el Derecho Administrativo y el Derecho Privado. Por eso, a partir de allí no es raro observar que, inclusive, en un mismo acto de la Administración Pública, haya elementos que se someten a la regulación del Derecho Administrativo, mientras que otros lo son del Derecho privado. Frente a esta situación, la interrogante, entonces, sería y ¿cuándo o en base a qué criterios se puede decidir, que un determinado acto de la Administración Pública es realmente objeto de la regulación del Derecho Administrativo?

La respuesta a esta inquietud obliga a recurrir a un rigor metodológico y a un criterio científico, que permita comprender y, lógicamente, tratar de precisar lo que la doctrina entiende y considera como “público”. En tal sentido, y para efectos del presente trabajo, se considera que el criterio más apropiado para despejar esta inquietud, es el desarrollado por Antonio Moles Caubet, en sus “Lecciones de Derecho Administrativo”.¹⁹ Señala este autor, que la Administración Pública o el Estado, es el objeto que califica el Derecho Administrativo y que, precisar lo que la doctrina jurídica entiende por Administración, teniendo como referencia lo que al respecto plantea la doctrina alemana y francesa, es desarrollar lo que la Escuela italiana considera como, la piedra angular del Derecho Administrativo, que es el “servicio público”. En vista de que es esta noción la que -de acuerdo al autor -, ha tenido mayor aceptación en la doctrina jurídica moderna y,

¹⁹ En dicha obra, el autor hace un estudio completo de la relación administración y Derecho, desarrolla el concepto de Administración en las diversas escuelas jurídicas, amplía la relación justicia y administración y concreta la concepción de servicio público.

observando que sus principios y preceptos logran aproximarse conceptualmente, a continuación se extrapolan algunas ideas de esta obra que precisan la noción en referencia y le dan fundamento a la doctrina, en dicha materia.

Se sustenta la doctrina italiana del Derecho, en el criterio teleológico o finalista. Según este criterio, el Estado se realiza a través de sus propios fines, mediante el cumplimiento de las funciones que la ley le ha asignado. Su propósito: los intereses públicos y la conservación del derecho. De manera que tanto la Administración como el Derecho Administrativo, se califican, igualmente, por su finalidad; siendo el fin y el objetivo de la función estatal, el “interés público”. En este sentido la nota definidora de la función administrativa es el “interés público”, concebido como el concepto donde se vincula la idea de provecho o utilidad con la de pueblo o colectividad. Esta es una concepción del Derecho Administrativo, que se actualiza en ese doble juego desplegado por la contraposición y, simultáneamente, por la conexión del “interés público” con el “interés privado”, criterio que fue suficientemente desarrollado en el Capítulo 1 cuando se analizó la noción de “lo público” y “lo privado”. Esto es lo que realmente permite admitir que haya “intereses públicos” que son regulados por el Derecho privado. Sin embargo, lo que importa resaltar aquí es que, para que el “interés público” sea de Derecho Público y objetivo del Derecho Administrativo, necesariamente la obligación tiene que asumirla el Estado.

Es importante observar que, si bien es cierto que el Estado asume el “interés general” en cumplimiento de una obligación legal, razón por la que le da máxima jerarquía incorporándolo al Derecho Público, hay que reconocer que no es éste el único “interés público” que asume el Estado, pues existen varias actividades que éste realiza, que se rigen por el Derecho común, que responden al “interés general”, pero no como una obligación. Como ya se ha adelantado, la Administración como órgano ejecutivo del Estado, se resuelve en diversas manifestaciones: como función administrativa en actos administrativos, como servicio público en prestaciones creadas, reguladas y regidas por la propia Administración y como empresas administrativas de “interés público”, pero reguladas por el Derecho privado. También hay otras actividades declaradas de “interés general” que el Estado las cumple de manera concurrente con los particulares y por ello les corresponde un status mixto de regulación. En este caso ciertas relaciones se rigen por el Derecho privado, mientras que otras lo hacen por el Derecho Administrativo.

Se puede agregar, para efectos de clarificar esta concepción que, se diferencia el “interés público” del “interés legítimo” en el hecho de que éste, siendo por naturaleza singular, en un momento determinado podría llegar a coincidir con la naturaleza propia del “interés público” adquiriendo, en tal caso, protección mediante su transformación en interés especial. La tutela judicial de este interés la establece la norma, al estar de manera directa dirigida al “interés general” y sólo de manera indirecta al “interés individual”. De hecho, el interés particular se hace conexo y queda protegido a través del “interés general”, conforme a lo que determina el ordenamiento jurídico.

En síntesis y para efectos del presente trabajo por “público”, de acuerdo a lo que la doctrina jurídica pacíficamente ya ha señalado, que lo resume muy apropiadamente J.

Araujo-Juárez²⁰, se ha de entender de una manera amplia, que el sujeto titular de dicha actividad es una entidad o un funcionario público o, también, que la naturaleza de las facultades empleadas provienen de un órgano del Poder Público o, que el fin al que se dirige es un fin público, que el régimen por el que se regula es de Derecho Público o, que los destinatarios o usuarios es el público en general.

Y muy estrechamente relacionado con el “interés público” está el “servicio público” entendido como la organización de unos medios o el desarrollo de una actividad o función. De hecho, este servicio - como ya lo observaba A. Moles C., en la obra anteriormente citada -, está asociado al interés común y sirve de principio legitimador de la acción del Estado. En realidad el “interés público” es el elemento material u objetivo del “servicio público”, servicio que a su vez, por su finalidad está relacionado al “interés común”, que es el mismo “interés público” o “interés general”, su nota característica es que no se trata de actividades esenciales para el propio Estado, sino de mera utilidad general del público, que sí son esenciales para la vida de la sociedad. Es decir que un servicio será público, cuando con él se busca, fundamentalmente, desarrollar una tarea destinada a satisfacer un interés colectivo.

De manera que el “interés público” se presenta como la constante de los servicios públicos. Un interés que por su naturaleza y debido al contexto histórico, político, económico y social donde se realiza, es básicamente subjetivo y variable, como en efecto el propio Poder Público lo declara. Es precisamente basado en dicho interés, que se justifica la intervención del Estado. Es tarea propia de este Poder Público, valorar el reconocimiento de la existencia de una determinada necesidad y declarar asumirla, en función del interés general y político que representa. Es decir, que la titularidad jurídica del servicio público como expresión del Poder Público, sólo puede pertenecer al Estado. Una declaración expresa que adopta el órgano competente, sin mas límites que los que le señalan la Constitución y las leyes. Es decir, que no es susceptible de ser calificada una actividad de servicio público, en virtud de la potestad reglamentaria de la Administración Pública, pues la *publicatio*, entendida como “...la declaración legal y formal en la que la integralidad total o parcial de una actividad se predica del Estado... que es intransferible e imprescriptible, a excepción de su ejercicio”²¹, es competencia exclusiva del legislador.

En una concepción más estricta, la noción de “interés general” se concreta a los bienes imputables a la colectividad, cuya tutela corresponde al Poder Público a través de organizaciones estatales, como gestores que son de los intereses del común, es decir, no pertenecientes a la esfera propia de los intereses privados. De manera que lo que esencialmente diferencia la actividad de los particulares de la actividad pública, es que esta última se consagra totalmente a satisfacer el “interés público”, general, que se concreta en la prestación de los servicios públicos.

Por ser el elemento funcional del “interés general”, por naturaleza subjetivo y variable, por las razones ya señaladas, las expresiones más comunes de caracterizarlo es como un interés

²⁰ José Araujo-Juárez. *Derecho Administrativo. Parte General* Ediciones Paredes. Caracas. 2007, p 376

²¹ José Araujo-Juárez, cit. p 378.

de conveniencia, ya que es factible que en un momento dado lo que se ha venido aceptando como “interés general”, ya no convenga mantenerlo.

Finalmente, es apropiado señalar que para otros,²² el “interés general” es una noción psicológica que se le impone a la Administración, para obligarla a perseguir en todas sus actuaciones el “interés público”, que puede ser concreto, específico o genérico de servicio público. Igualmente, es reiterativo el criterio de la doctrina que, las potestades que legalmente le son asignadas a la Administración, para satisfacer los “intereses generales”, son indisponibles y en consecuencia no se pueden delegar, renunciar, relajar, ni transferir y que, su ejercicio, es de obligatorio cumplimiento por previsión legal.

2.2.- La concepción de “orden público”.

Existe un interesante e ilustrativo análisis de lo que es el “orden público”, en el texto de Emilio Calvo Baca sobre el *Código Civil Venezolano Comentado y Concordado*²³ que, si no aclara definitivamente la noción jurídica del término, al menos sirve de importante referencia para profundizar en su concepción. Al respecto, dicho análisis plantea lo siguiente:

Siguiendo el criterio que en este sentido sostiene J.C. Smith²⁴, por “orden público” se entiende, el conjunto de condiciones fundamentales de vida social, instituidas en una comunidad jurídica, que por afectar básicamente su organización, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos, ni por la aplicación de normas extranjeras. Reconoce igualmente el autor, que el concepto ofrece especial importancia en cuestiones de índole política y de Derecho Administrativo, así como en materia de Derecho Social, porque se les ha atribuido a sus normas, la condición de afectar al “orden público” y, en consecuencia, como preceptos son irrenunciables, cualidad que también se atribuye a diversos preceptos legales, como sucede con los del Derecho del Trabajo.

Es oportuno señalar, que la importancia de dicho término, según afirmación del mismo autor, se hace evidente por el interés que prestigiosos juristas, a través del tiempo, han manifestado por dicha noción. Una síntesis de sus ideas más relevantes sobre el tema, permite observar que, el “orden público” se concibe como el conjunto de normas que tienen por objeto: mantener la buena marcha de un país, lograr el buen funcionamiento de sus servicios públicos y garantizar la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares. Igualmente, asociado a dicha concepción, está el deber general de todos los ciudadanos, de mantener el buen orden y la paz social y el de no permitir que se desarrollen actividades individuales o públicas, que produzcan perturbaciones o conflictos que desestabilicen el sistema político social. En este sentido, el “orden público” es garantía del imperio de la ley, y se opone al desorden y al estado de perturbación, sin que ello

²² José Araujo-Juárez. *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*. Vadell Hermanos. Editores. Caracas. 2004. p 64.

²³ Emilio Calvo Baca. *Código Civil Venezolano, comentado y concordado*. Ediciones Libra C.A. Caracas. 2002. pp 25-28.

²⁴ Emilio Calvo Baca, cit. p 25

signifique, la imposición de un Estado despótico donde la discrepancia sea un delito y la protesta un crimen capital.

Por otra parte, este “orden público” se diferencia de las buenas costumbres, por el hecho de que mientras en aquel las normas están incorporadas en el ordenamiento jurídico positivo, el concepto de buenas costumbres implica preceptos de índole moral, vigentes en una comunidad que, o bien secundan la ley o, son toleradas por las normas jurídicas, sin que en ningún caso puedan infringir las normas integrantes del ordenamiento jurídico positivo. Hay que reconocer, sin embargo, que es difícil enunciar convicciones que infrinjan las buenas costumbres, ya que éstas se han convertido en normas jurídicas de “orden público”, al haber sido incorporadas al ordenamiento jurídico positivo.

Finalmente, y desde una perspectiva jurídica, resumiendo la concepción de E. Calvo - ya citado -, el “orden público” se define como aquella expresión legal propia de una sociedad, que tiene como finalidad fundamental, lograr el normal funcionamiento de las instituciones tanto públicas como privadas, así como la posibilidad de alcanzar el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales, reconocidos en las leyes que las rigen.

Una concepción más actualizada de la materia objeto de análisis, que sirve de valioso aporte al enriquecimiento del tema de investigación, es el estudio realizado por María Petzold R.²⁵ sobre la noción de “orden público” en el Derecho Civil venezolano. Afirma dicha autora que el concepto de “orden público” es voluble y dinámico, que está sujeto a las condiciones sociales, políticas y económicas en el tiempo y en el país, que no ha podido ser delimitado ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia y, agrega, que su noción tiene dos enfoques, uno estricto, que lo define como un conjunto de principios que forman parte esencial del bien común y, otro amplio, que se refiere a las normas no derogables por la autonomía privada.

Para esta jurista, el “orden público”, es una noción afín a la de la ley positiva que la doctrina clásica no las distinguía. En realidad, como nociones cuentan con elementos un tanto diferentes. En efecto, las normas de “orden público” tienen por objeto la protección de la persona o de la comunidad de manera indirecta, mientras que las leyes imperativas, además de consagrar principios de “orden público” y otros preceptos, cumplen dicha protección por vía impositiva directa.

Igualmente, reconoce la misma autora, que este “orden público” es parte integrante del bien común, propósito al que se dirige todo el Derecho, sin embargo, como dicho bien no es abarcable en conjunto por las funciones atribuidas al Estado, la noción de “orden público” tampoco puede ser yuxtapuesta al contorno exclusivo de las normas de carácter público. Es decir, que es factible que tal concepto sea susceptible de contemplarse desde diferentes puntos de vista e, inclusive, que admita también matices.

²⁵ María Petzold R. *La noción de orden público en el Derecho Civil venezolano. Doctrina y Jurisprudencia.* Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. No. 110. UCV. Caracas. 1998. pp 205-321.

Refuerza también, la autora en referencia, que el carácter dinámico y flexible de dicha noción se refuerza por el hecho de que el Derecho es un instrumento subjetivo para el logro de la convivencia, la libertad y la autonomía, pero que se resuelve y se define objetivamente como medio que se soporta en la moral social y en el ejercicio responsable de los miembros de la comunidad en la tarea social. En este sentido el “orden público” como misión, ni es coercitiva ni paralizante, como tampoco admite la arbitrariedad, ni la inseguridad jurídica, porque de hacerlo atentaría contra la certeza y la eficacia de dicho “orden” en su conjunto.

Finalmente M. Petzold, desarrolla su propia definición de lo que es el “orden público”, apoyándose en los criterios de connotados juristas que ya fueron señalados por el propio E. Calvo B. – citado con anterioridad –, que se sintetiza como, el conjunto de instituciones que forman la base de la sociedad, que por estar explícitos en una ley, los beneficios que ella acuerda, no pueden entenderse como propiedad del individuo a quien se concede el derecho, sino del entorno al que representa.

De manera que la noción de “orden público” se revela como una categoría jurídica de trascendental importancia para la estabilidad socio-política de un Estado pero a la vez, por las mismas circunstancias que la justifican y le dan origen, está muy lejos de ser concebida como una noción caracterizada por su claridad y precisión. Este criterio es el que adoptan los autores anteriormente estudiados y lo refuerzan algunos otros como Eloy Maduro L.²⁶, para quien los intentos por obtener un concepto claro de lo que es “orden público” han fallado, pues inicialmente se pretendió asociarlo con aquellas normas que regulaban intereses o relaciones jurídicas de carácter no patrimonial, descartando aquellas que controlaban las de carácter patrimonial. Sin embargo, como se evidenció la existencia de normas que regulaban intereses no patrimoniales, que podían ser derogadas mediante convenio entre particulares, al igual que se comprobó la existencia de normas que regulaban intereses patrimoniales que no podían ser derogadas por particulares, este criterio definitivamente quedó descartado.

En segundo lugar, se pretendió atribuir a las normas de “orden público” sólo la regulación de los “intereses generales” descartando de dicha noción aquellas normas que tutelan “intereses individuales”. Sin embargo, igual como sucedió con el criterio anterior, se pudo evidenciar la existencia de normas que regulan intereses individuales que no pueden ser derogadas por particulares. En todo caso, observa E. Maduro, lo que las críticas han logrado es, hacer que la doctrina tienda a establecer un criterio *a posteriori*, en lugar de un criterio *a priori*, impidiendo así obtener una definición general de dicha noción. Ejemplo de ello es lo que ha hecho la propia jurisprudencia francesa, que ha clasificado de manera sistemática una serie de prestaciones contrarias al “orden público”, que no obstante ser un valioso aporte en el esfuerzo por delimitarlo, poco agrega a un concepto que continúa siendo indefinible.

No obstante a esta tendencia de la doctrina y con fines más que doctrinales con propósitos prácticos, para efectos del presente trabajo, a continuación se esboza un concepto de lo que se podría entender por “orden público”, tomando en cuenta los elementos o términos

²⁶ Eloy Maduro L. *Curso de Obligaciones. Civil III.* Publicaciones UCAB. Caracas. pp 434-436

comunes y constantes, observados en el análisis doctrinal previamente realizado. Sin embargo antes de proceder a desarrollar dicha noción es pertinente tomar como referencia las siguientes consideraciones previas:

En primer lugar, que la materia relacionada con el “orden público”, no puede ser objeto de renuncia, ni relajamiento por convenios particulares. Así lo expresa el Código Civil venezolano - ya citado . en su Art. 6, y lo reafirma el propio E. Maduro L. al observar que “...normas de orden público son las que establece el legislador en forma imperativa y prohibitiva, imposibles de ser derogadas por los particulares...ni aún mediante convenio expreso o tácito”²⁷

En segundo lugar, que la idea fundamental que subyace en la concepción de normas de “orden público” es la de lograr que en una sociedad se realicen actividades individuales y colectivas, sin necesidad de que se produzcan perturbaciones o conflictos. Así se evidenció con los criterios ya esbozados de Posada y Hariou – citados por E. Calvo B. - quienes consideran dicha concepción, como opuesta al desorden y al estado de perturbación, donde debe imperar la ley y, como consecuencia, respirarse un ambiente de tranquilidad.

En tercer lugar, que de la concepción de Aníbal Domínci -también citado por A. Calvo B.- se desprende, que el “orden público” atiende el interés general de la sociedad, es garantía de los derechos particulares y de sus relaciones recíprocas, pero sin entender que sus beneficios puedan ser considerados como propiedad del individuo a quien se concede el derecho.

A partir de estas tres consideraciones ya se puede esbozar una noción de lo que se puede inferir por “orden público”: es el conjunto de normas jurídicas positivas, establecidas por el legislador de manera impositiva y prohibitiva, que tienen como finalidad fundamental facilitar y promover el interés general así como el fomentar el desarrollo de actividades individuales y colectivas, dentro de un determinado contexto social, que por garantizar la tranquilidad y la paz social no pueden ser renunciadas, ni relajadas por convenio expreso o tácito alguno.

Concebido así el “orden público”, se puede observar que caracteriza dicha noción: primero, el estar conformado por normas y preceptos jurídicos que rigen una particular comunidad social, que tienen valor preferente sobre otras normas imperativas del ordenamiento jurídico vigente y que, como tales, no se pueden relajar, delegar, renunciar ni transferir por convenciones ni públicas ni privadas. Segundo, el hecho de que como los preceptos que la conforman evolucionan en el tiempo y en el espacio, su contenido está sujeto a la dinámica y flexibilidad propia de la realidad política, social y económica que le dan origen. Y finalmente, que como concepto móvil en constante cambio y fluctuación, los intérpretes autorizados para su efectiva y apropiada aplicación son los jueces y magistrados, quienes están obligados por ley a lograr con sus sentencias, la finalidad última de su ejercicio jurisdiccional: la protección de la armonía, la convivencia y la paz social.

²⁷ Eloy Maduro L., cit. p 436.

2.3.- Aproximaciones y discrepancias entre “interés público” y “orden público”.

Como se ha podido observar en el análisis previamente desarrollado, entre “interés público” y “orden público” existen elementos que se homologan, pero hay otros que se distancian. Como elementos por los que se asimilan, se destaca el hecho de que ambos conceptos se caracterizan por lo difícil que resulta el quererlos definir de forma precisa. Esta relatividad conceptual se debe, fundamentalmente, a que ambos términos, evolucionan, son volubles, son subjetivos y variables. En tal sentido, ambos conceptos son dinámicos, flexibles y resistentes a ser definidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Igualmente, ambas nociones buscan satisfacer el “interés general” de un determinado grupo social. En efecto mientras que el “interés público” es una de las manifestaciones mediante las cuales se resuelve la actividad de la administración pública, para la satisfacción del bien común, el “orden público”, busca el mismo propósito, estableciendo principios fundamentales extrapositivos. De hecho, el “interés general” es el más próximo al “orden público” y en este sentido se aproxima al “interés público”, pues en principio persigue el mismo propósito que aquel.

Finalmente, ambos son conceptos jurídicos cuya legitimación y origen, tienen su fundamento en principios de naturaleza política, social, económica y cultural y, como condicionantes que son en el mantenimiento del orden y la paz social, ambas nociones implican una carga que corresponde cumplir a todos los órganos del Poder Público, en general. En tal sentido los dos términos presumen funciones que son indelegables, irrelajables, indisponibles y de obligatorio cumplimiento, pues es su eficaz ejercicio, el que legitima la acción de dichos órganos.

Sin embargo, no obstante a estas similitudes, las dos nociones también tienen sus particulares diferencias. Así, mientras el “interés público” es un fin que delimita la aplicación del derecho, el “orden público” es un medio que permite legitimar y justificar la intervención judicial del Estado. En efecto, con el “interés público” se busca una utilidad, se persigue un propósito o un fin, mientras que con el “orden público” lo que se intenta es hacer respetar un precepto. El “interés público” esta muy asociado con el servicio público, en cambio el “orden público” lo está con el orden social. En tal sentido, el “orden público” demanda un procedimiento especial de aprobación que lo establece el legislador, mientras que el “interés público”, es materia de competencia de la Administración, como rama ejecutiva del Poder Público.

Por otro lado, al “interés público” se le considera, desde el punto de vista doctrinal, como un elemento material u objetivo del servicio público, no así al “orden público”, que en forma precisa representa una verdadera necesidad, tanto para el propio Estado, como para el logro de la vida armónica de la misma sociedad. Igualmente, es relevante que el “interés público” puede llegar a matizarse con el “interés privado”, mientras que el “orden público” es y será siempre por su naturaleza jurídica, competencia exclusiva del orden legislativo. El “orden público” es un mecanismo jurídico excepcional, responsabilidad del Poder Legislativo, mientras que el “interés público” es un mecanismo jurídico general, competencia del Poder Público.

Esta serie de semejanzas y diferencias entre ambos términos jurídicos, guarda estrecha relación con la doctrina expuesta por el catedrático español Ángel Acedo P²⁸, para quien las nociones en referencia no son nada coincidentes, de manera que tratar de homologarlas podría generar inconvenientes. De manera más precisa, señala el autor, el “interés público” abarca al “orden público” y no lo contrario pues no es lo mismo “orden público” y defensa del “interés público”. El peligro que acarrea intentar identificar ambos términos es que el “orden público” como concepto, podría ser utilizado por los particulares para la defensa de determinadas actuaciones del Poder Público, como sucedería en el caso de ampararse en el “interés público” para legitimar actuaciones del Estado, que fuesen en contra de la libertad personal. Aún más, las normas de “orden público” tienen su fuente en principios superiores que inspiran a todo ordenamiento jurídico en beneficio del interés general, que es muy distinto al “interés público”, que tiene su referencia directa en el comportamiento social y el interés político de la población.

En este sentido, según el mismo A. Acedo -ya citado-, el “orden público” es excepcional, su aspiración esencial es proteger a la comunidad de los ataques que sufran sus valores más esenciales. Por eso las normas que conforman el “orden público” son extrapositivas, pues en un Estado social democrático de derecho, carecería de sentido pretender identificar el “orden público” con la ley imperativa, porque sería como eliminarle la operatividad al concepto y diluirlo en la ley para dejarlo al arbitrio del legislador. Tomando en cuenta que el “orden público” se establece en beneficio del “interés general” y obedeciendo a los principios superiores que inspiran a todo ordenamiento jurídico, que serían aquellos principios fundamentales que rigen el funcionamiento de la comunidad de acuerdo a la realidad económica, política y social que experimente, no sería absurdo pensar que como tal, pudiera servir de instrumento jurídico para contradecir la letra de la propia ley.

En síntesis, si la misión y el objetivo del “orden público” en su concepción clásica, es defender la forma natural de ser de una determinada sociedad, la del “interés público” es la de satisfacer el “interés general” de toda la población. Este interés lo que busca es legitimar y justificar la participación de la Administración, mientras que el “orden público” lo que pretende es, darle mayor fuerza a un determinado tipo de normas, respecto a otras que también son imperativas, pero cuya fuente de origen es diferente. Complementa el “orden público” al “interés público”, en el sentido de que el primero, con su destacado carácter social, limita la extensiva interpretación de la voluntad de los particulares y de sus intereses e, impide en consecuencia, que dicho interés prevalezca sobre el “interés general”. El “orden público”, por otro lado, ampara las libertades humanas y, una de sus funciones fundamentales es, la defensa y promoción del ser humano y del libre ejercicio de la propia personalidad, en tanto que el “interés público” tiene como finalidad fundamental, satisfacer las necesidades perentorias de toda la población.

²⁸ Ángel Acedo P. *El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y jurisprudencia*. Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura. Volúmenes Nos. 14-15 Cáceres. España. 1996-1997

CAPÍTULO 3

REFERENCIA JURISPRUDENCIAL SOBRE “INTERÉS PÚBLICO” Y “ORDEN PÚBLICO”

3.1.- Consideraciones previas.

Se entiende por jurisprudencia, en el sentido más general del término, la interpretación que de la ley hacen los tribunales, para aplicarla a los casos sometidos a su consideración²⁹. En tal sentido, la jurisprudencia está formada por un conjunto de sentencias dictadas por los jueces del Poder Judicial, sobre una materia determinada. De este conjunto de decisiones, se pueden extraer elementos o criterios jurídicos, para ser aplicables a una situación concreta y particular.

Se valora la jurisprudencia por ser, junto a la doctrina y a la costumbre, una de las fuentes del conocimiento del Derecho positivo, de carácter secundario o no vinculante. En su concepción más ortodoxa, todo juez para decidir debe: investigar la intención del legislador, examinar los antecedentes de la ley, comparar ésta con sus fuentes históricas y consultar con la doctrina. Cumplido este proceso, el siguiente paso es interpretar la norma y, si fuese necesario, crear las reglas de acuerdo a las cuales debe resolverse la cuestión propuesta,³⁰ Y aunque la sentencia tiene valor únicamente respecto al caso decidido, sin embargo, puede también llegar a constituir un precedente aplicable a casos análogos decididos, siempre y cuando las circunstancias no varíen.

En este sentido, la jurisprudencia no es sólo interpretativa del Derecho, sino también constructiva del mismo. No tiene carácter o fuerza obligatoria de ley, pero sí posee un alto valor, como ejemplo a tomar en casos análogos, cuando la sentencia llega a tener jerarquía y prestigio, en su razonamiento de decisión.

Esta concepción es totalmente válida, particularmente en lo que se refiere a las decisiones judiciales que tienen que ver con el “interés público” y el “orden público”. Como se observó en el Capítulo precedente, ambos términos, según la doctrina, se caracterizan, entre otras cosas, por ser nociones volubles, dinámicas y flexibles en tanto están adheridas al concepto de “interés general” o bienestar común. Es precisamente esta dinamicidad propia del carácter de dichos conceptos, lo que obliga a tribunales y jueces a la tarea de fijar su noción, mediante razonamientos ajustados a cada momento y ocasión, de acuerdo al espíritu de las normas que les han dado origen y, a las circunstancias fundamentales del orden económico y social donde se resuelven. En todo caso, corresponde a la jurisprudencia declarar el derecho y a los tribunales clarificar sus aspectos esenciales, así como evaluar su importancia, a objeto de sancionar de “interés público” u “orden público”, una regla o principio que impida su transgresión a costa, inclusive, de limitar la libertad contractual y hasta la misma autonomía privada,

²⁹ Manuel, Osorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires s/f. p 410.

³⁰ Vicente J. Puppio. *Teoría General del Proceso*. Publicaciones UCAB. Caracas. 2002. p 76.

Particularmente, en materia de “orden público”, los jueces, asumiendo función cuasi legislativa, interpretan y configuran el contenido que ha sido apriorísticamente formulado por el legislador, tomando como referencia las concepciones sociales de un momento histórico y de un concreto ordenamiento jurídico. Y como afirma A. Acedo³¹, “es la imprecisión de la noción lo que determina su carácter meramente judicial, que no acepta normas concretas sino que se plantea en cada caso concreto, variando el criterio para resolverlo, sin que cambie el precepto legal donde se contiene el principio...”, pues, como ya se ha afirmado, es en la sede jurisprudencial donde diariamente se aplica en la práctica el Derecho.

Por esta razón, es importante enfatizar la misión instrumental del Derecho, así como la función creadora de la jurisprudencia, enriquecida por la doctrina científica en la tarea de interpretar lo que se entiende por “interés público” y “orden público”, a la luz del ímpetu que las diferentes corrientes sociales representan en cada momento y lugar históricos. A continuación, se intenta profundizar en esta materia, particularmente en cuanto a la interpretación que los tribunales venezolanos han asumido, cuando han tenido que asentar jurisdicción, en casos relacionados con el “interés público” y el “orden público”.

3.2.- El “interés público” en la jurisprudencia venezolana.

En cuanto a la finalidad de la actividad administrativa, la Corte Federal y de Casación en decisión de fecha 28/09/1954, señaló que se impone a la Administración, además de las reglas exteriores de conducta, una especie de regla psicológica, como es la obligación de perseguir en todas sus actuaciones el “interés público”, el cual es concreto y determinado o, en su defecto, genérico, de servicio público, o que informa la función administrativa, razón por la cual no es posible que se ejercite en aras de otro interés, por muy estimable que fuere.

Refuerza este criterio la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo(CPCA) en su sentencia de fecha 14/06/1982 y lo reitera la Sala Político Administrativa, de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 15 de noviembre del mismo año, al afirmar que la exigencia de que la Administración persiga en todo momento el “interés público” se incorporó a la Constitución del año 1961, al facultar a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para anular los actos administrativos, incluso por desviación de poder.

En estos casos, lo que la jurisprudencia reconoce es que, el “interés público” es la finalidad de la actividad administrativa. Pero ¿cuál es la concepción que asume la jurisprudencia al interpretar dicho concepto? La Sala Político Administrativa (SPA) de la antigua Corte Suprema de Justicia (CSJ),³² asocia el servicio público con el “interés público” y señala que, en sentido amplio, servicio es toda actividad dirigida a la satisfacción de una necesidad colectiva sin que importe la persona o ente que lo preste. Sin embargo, añade la sentencia, que en un sentido restringido, se denomina servicio público al órgano al que el Estado

³¹ Ángel Acedo P. cit. p 436.

³² Ver sentencia de la CSJ/SPA de fecha 5/10/1970.

encomienda atender dicha actividad. Define la sentencia, como servicio público el conjunto de personas y bienes organizados y destinados por algunos entes territoriales del Derecho público, para satisfacer de manera regular y permanente una necesidad colectiva.

En otra sentencia la misma Sala³³ considera que, en un sentido amplio, un servicio será público, cuando la actividad administrativa busque el desarrollo de una tarea destinada a satisfacer un interés colectivo. Este interés o necesidad general, lo asimila de manera concreta, el mismo órgano judicial³⁴ al servicio público, al afirmar que la noción de servicio público, es una tarea destinada a satisfacer un “interés general” o colectivo.

Reconoce igualmente la jurisprudencia,³⁵ que dicho interés no es un concepto inmutable sino que varía según la evolución de las costumbres, la defensa de la cultura y de los intereses superiores de la comunidad. Sin embargo, sí hace la jurisprudencia³⁶ una diferencia entre servicio público, como expresión típica y exclusiva de la función administrativa del Estado y, los servicios de utilidad pública o de “interés público”, que son aquellas necesidades colectivas que pueden ser satisfechas también por los particulares, con sus recursos personales y con instrumentos de su propia creación.

Respecto a la supremacía de lo público sobre lo privado y, específicamente, sobre el “interés público” como constante o denominador común de todos los servicios públicos, la CPCA³⁷ sostiene que, el “interés público” es la expresión común de los intereses privados y su importancia nace, de la supremacía que lo público tiene sobre lo privado, no por ser distinto sino por ser general.

Una interesante sentencia de la SPA,³⁸ admite existir relación directa entre “orden público” e “interés público”, al observar que aunque el “orden público” como concepto jurídico es imposible e inconveniente formularlo, debido a las características de volubilidad, relatividad y graduación que sobre el mismo gravitan, sin embargo, hay que reconocer que dicha concepción, representa una noción que cristaliza todas aquellas normas de “interés público” que exigen observancia incondicional, y que no se pueden derogar por disposiciones particulares. Agrega dicha sentencia, que es imprescindible tomar en cuenta que el concepto de “orden público”, tiende a hacer triunfar el “interés general” tanto de la sociedad como del Estado, frente al del particular, para asegurar la vigencia y la finalidad de determinadas instituciones de tal rango, de manera que nada que pueda hacer o dejar de hacer un particular o autoridad, puede subsanar o convalidar la contravención que menoscabe dicho interés.

Esta tendencia es reiterada por la SPA³⁹, en un conflicto presentado entre una empresa privada (DEDULCA) y CORPOTURISMO, donde la Sala se pronunció en contra de dar por prescrito el contrato entre ambas partes, argumentando que, a pesar de que la Empresa

³³ Ver sentencia del la CSJ/SPA de fecha 19/11/1987.

³⁴ Ver sentencia de la CSJ/SPA de fecha 24/05/1995.

³⁵ Ver sentencia de la CPCA, de fecha 29/03/1984.

³⁶ Ver sentencia de la CSJ/SPA, de fecha 5/10/1970.

³⁷ Ver sentencia de la CPCA de fecha 17/03/1980.

³⁸ Ver sentencia de la CSJ/SPA, de fecha 24/02/1983

³⁹ Ver sentencia del TSJ/SPA de fecha 29/10/2008.

no llegó a denunciar la violación de una norma de “orden público”, debido al marcado “interés público” -elemento material del servicio público-, no se podía declarar la prescripción del mismo, por cuanto la doctrina nacional en la materia, reiterativamente ha sostenido que dicho elemento es denominador común de los servicios públicos, materia declarada por la Ley Orgánica de Turismo (LODT), de utilidad pública e “interés general”, que denota que dichas actividades tienen una finalidad de “interés público” en dicho contrato y, por lo tanto, son materia de “orden público” que no admiten declarar su prescripción, conforme al contenido del Art. 1.346 del Código Civil, en el que se sustentaba la demanda de nulidad.

Criterio semejante adopta la Sala de Casación Social (SCS)⁴⁰, al observar que el concepto de “orden público” tiende a hacer triunfar el interés general de la sociedad y del Estado frente al particular, con la finalidad de asegurar la vigencia y la estabilidad de determinadas instituciones públicas; de manera que nada que pueda hacer o dejar de hacer un particular o autoridad, puede subsanar o convalidar la contravención que menoscabe dicho interés.

Y asociado con el “interés público” está el “interés colectivo”. En sentencia de la Sala Constitucional,⁴¹ al diferenciar entre “intereses difusos” e “intereses colectivos” afirma que, éstos se diferencian de los intereses difusos, en el hecho de que no son una simple suma de intereses personales, sino que son cualitativamente diferentes y además porque afectan por igual y en común, a todos los miembros de un grupo y, pertenecen por entero a todos ellos. En síntesis, la Sala equivale los “intereses colectivos” a los “intereses generales” que, como ya se ha observado, desde el punto de vista jurídico, viene a ser el mismo “interés público”.

3.3.- El “orden público” en la jurisprudencia venezolana.

El criterio jurisprudencial de que todo lo que es materia de “orden público” es de obligante y estricto cumplimiento, data de casi un siglo en la doctrina patria, pues ya en el año 1915 la Corte Federal y de Casación en una de sus sentencias⁴² consagraba el criterio que, no era potestativo de los tribunales subvertir las reglas con que el legislador ha revestido la tramitación de los juicios, porque su estricta observancia es materia de “orden público”. A tenor de esta decisión y a partir de esa época, se puede observar cuál ha sido la tendencia de los tribunales en dicha materia.

En efecto, de manera reiterada el TSJ/SPA, ha venido sustentando dicho criterio, que se hace evidente, no sólo a nivel de esta alta magistratura, sino también, a través de los diferentes tribunales del sistema de justicia nacional. Por ejemplo, la SPA declara que la perención no corre en lapso alguno, sino que en todo caso, de prosperar un determinado recurso, lo que opera es el carácter suspensivo del proceso en cualquiera de sus etapas, cuando la causal en que aquel se sustenta, es materia de “orden público”⁴³. En estas

⁴⁰ Ver sentencia del CSJ/SCS, de fecha 24/02/1983.

⁴¹ Ver sentencia del TSJ/SC de fecha 17/05/2001.

⁴² Ver sentencia de la CFC de fecha 24/12/1915

⁴³ Ver sentencias Nos. 2134 y 00213 del TSJ/SPA de fechas 9/10/2001 y 7/02/2002.

controversias, la Sala argumentaba que se estaba poniendo en tela de juicio un presupuesto esencial de las decisiones judiciales, precepto establecido en los Arts. 62 y 66 del Código de procedimiento Civil (CPC)⁴⁴ y en consecuencia era una causal de “orden público” que tenía que ser preservada. Igual decisión toma la misma Sala años más tarde⁴⁵, con respecto a un recurso de nulidad, por haber operado la caducidad, en tal juicio, el máximo tribunal impuso el conocimiento de la apelación interpuesta, argumentando que la materia está referida a una causal de “orden público” y, por lo tanto, es revisable en cualquier estado o grado del proceso.

En este mismo sentido, ya con anterioridad la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo⁴⁶ había declarado que, cuando se tratara de una incompetencia como vicio que afecta los actos de nulidad absoluta, por ser materia de “orden público”, su declaratoria no requería ser instada por la parte. Esta misma Corte asume igual criterio⁴⁷, cuando configura el vicio de nulidad absoluta de acuerdo al numeral 4 del Art. 19 de la LOPA, al que el Tribunal le asocia otro, al afirmar que toda incompetencia es un vicio, pero que no todo vicio de incompetencia apareja nulidad absoluta, ya que ello ocurre sólo cuando la autoridad que haya dictado el acto, sea manifiestamente incompetente. De manera que invocar el “orden público” como causal de nulidad absoluta del acto, requeriría cumplir con dicho fundamento.

Sin embargo, es necesario acotar, en todo caso, que el “orden público”, según la jurisprudencia, no se centra exclusivamente en una noción que se cristaliza en el riguroso cumplimiento de preceptos de naturaleza procesal, pues tal y como lo expresa la Sala de Casación Social,⁴⁸ no se puede interpretar dicho concepto sólo a la luz de dicho criterio, por cuanto el “orden público”, es una noción que también tiene como fuente, hechos sociales fundamentales, que escapan al arbitrio exclusivo de dichos preceptos.

En efecto, quizá donde la Sala de Casación Social sentó jurisprudencia respecto al concepto de “orden público” fue en su sentencia del mes de mayo de 1977.⁴⁹ En dicha declaración la Sala reconoció, la diversidad de contenidos de dicha noción y, como consecuencia de ello, consideró que más que concentrarse en construir un concepto, lo importante es centrarse en indagar sobre los fines que dicho término jurídico persigue, como serían: el imponer la nulidad que los actos que ofenden la moral y las buenas costumbres, como propósito ético; vigilar la tranquilidad ciudadana, el respeto mutuo y la paz colectiva como finalidad social; el mantener el equilibrio de las instituciones, como objetivo político; y garantizar la seguridad de la justicia, como fin jurídico.

Considera la Sala, igualmente, que como en el país no existe una verdadera teoría sobre el “orden público”, ésta debería vincularse directamente con la elaboración de la teoría de los principios que rigen el proceso civil, tal como ha sido establecido por el legislador, que son los principios formativos del proceso civil, de manera expresa o implícita. A tal efecto, el

⁴⁴ CPC. Gaceta Oficial No. 3970. Extraordinario. 13/03/1987.

⁴⁵ Sentencia No. 01534 del TSJ/SPA de fecha 14/06/2006.

⁴⁶ Sentencia de la CPCA en relación a la controversia entre José Manuel e INAVI. Junio de 1989.

⁴⁷ Sentencia de la CPCA, de fecha 16/09/1993. Caso JR Durán e INAVI.

⁴⁸ TSJ/SCS, sentencia No. 389 de fecha 21/09/2000.

⁴⁹ Sentencia del CSJ/SCS de fecha 12/05/77.

alto Tribunal señala una serie de preceptos que van, desde la forma de presentar los actos, hasta el ejercicio de los recursos ordinarios, extraordinarios y el derecho a la cosa juzgada, además de la bilateralidad de la audiencia, el ser juzgado por el tribunal competente y el poder inquisitivo de las partes, entre otros.

Otra jurisprudencia importante es la decisión de la misma Sala⁵⁰, que desestima las denuncias en un juicio en relación a una solicitud de reposición, donde la formulación de la denuncia tiene como presupuesto fundamental, determinar si dicha formulación interesa o no al “orden público”. Lo trascendente, para efectos de esta investigación, es que aquí la Sala reconoce la imposibilidad e inconveniencia de establecer una noción de “orden público”, así como de su valor y alcance de manera permanente. Sin embargo, lo que sí deja claro la Sala es que el concepto en referencia, representa una noción que cristaliza todas aquellas normas de “interés público” que exigen observancia incondicional, y que no son derogables por disposiciones particulares. Agrega el Tribunal, que estos elementos permiten discutir con razonable margen de acierto, cuándo se está o no ante la infracción de una norma de “orden público” y, en consecuencia, cuándo el Tribunal está autorizado para decretar una reposición planteada con el recurso, sin que medie una decisión de la instancia que la hubiere negado.

Respecto a la concepción de “orden público”, también la SPA es coherente con el criterio expuesto por los demás tribunales de la República, al observar⁵¹ que el termino en cuestión, según la doctrina patria más autorizada, se caracteriza por la imprecisión tanto de su noción, como de su naturaleza jurídica, de su extensión y de sus efectos. Ello se explica por el hecho de que cada legislador, tiene su propia concepción sobre la materia, pues su criterio es el resultado de la influencia de múltiples factores, entre los que se destacan: los usos y costumbres, las tradiciones, la religión, el clima, la constitución política, las necesidades económicas y sociales e, inclusive, los factores étnicos. De manera que es tan amplio el número de variables que condicionan el término, que al final habría que aceptar que es una noción convencional. Esta vaguedad e imprecisión del concepto jurídico, según la Sala, tiene la ventaja que al final casi facilita, intuitivamente, al intérprete su determinación.

Una prueba de que el “orden público” para la jurisprudencia, tiene como propósito el mantenimiento de las instituciones sociales y la preservación del Estado, es el criterio expresado por la CSJ/SCC⁵² y luego reiterado por la SCS⁵³, donde se comparte la doctrina existente en la materia, al calificar como normas de “orden público” las de las Leyes del Trabajo, pues el contenido de sus preceptos lo conforman normas legítimas y morales y, por lo tanto, de obligatoria aplicación para la autoridad jurisdiccional, ya que su violación produciría inseguridad y peligro para las personas, la familia, para el propio Estado y para todo cuanto es esencial a los derechos inmanentes de éstos.

⁵⁰ CSJ/SCS sentencia de fecha 13/08/1981.

⁵¹ CSJ/SPA sentencia de fecha 13/08/1981.

⁵² CSJ/SCC sentencia de fecha 16/01/1985

⁵³ TSJ/SCS sentencia No. 367 de fecha 09/08/2000.

Inclusive, al “orden público” como concepción que hace efectivo el interés social, le atribuye consecuencias jurídicas de tal peso, que hasta admite la posibilidad de aplicarse en forma aparentemente retroactiva sobre hechos que no estaban amparados por ordenamientos jurídicos derogados. Esta conclusión se desprende de la Sentencia de la Corte⁵⁴ sobre el estado y la capacidad de las personas. Según el criterio decidido por esta alto Tribunal, por ser de “orden público” las leyes que rigen el estado y la capacidad de las personas, dichas normas son de inmediata aplicación a situaciones preexistentes, sin que ello signifique retroactividad, porque los hechos a que se aplica la nueva ley ya existían, pero la ley derogada no los amparaba en sus previsiones y, se trata de simples estados de hecho y no de derechos adquiridos.

CAPÍTULO 4

APORTES PARA UNA TEORÍA INTEGRADORA DEL “INTERÉS PÚBLICO” Y DEL “ORDEN PÚBLICO”

4.1.- Delimitación doctrinal y jurisprudencial de los conceptos: “interés público” y “orden público”.

El presente Capítulo tiene como finalidad fundamental, formular una propuesta que sirva de referencia doctrinal y jurisprudencial a quienes, en el foro jurídico venezolano, ya sea en calidad de operadores de justicia o en su rol de profesionales en el ejercicio libre de la profesión, demanden orientación y asesoría jurídica, cuando se encuentren frente a conflictos asociados con las categorías jurídicas objeto de investigación.

Con este propósito y a objeto de sustentar los fundamentos en que se basa dicha proposición, de manera preliminar se presenta a continuación dos marcos referenciales que conforman el contenido integral de la propuesta y justifican, de alguna manera, la razón de ser del fondo de dicha consideración. El primero, denominado marco doctrinal, hace una síntesis del contenido desarrollado a lo largo de los tres primeros capítulos de la tesis, sobre aspectos relativos al modelo sociopolítico dentro del cual se inscriben los términos objeto de indagación, sus elementos relevantes, así como sobre el rol que juega la Administración Pública dentro de dicho contexto, incluyendo la noción social de “lo público”. El segundo, identificado como marco jurisprudencial, extrapola los elementos jurídicos relevantes de las sentencias que han servido de referencia a dicho estudio. De las ideas contenidas en estos dos marcos referenciales, y a manera de conclusión, surge la propuesta integradora de las categorías jurídicas objeto de investigación, que será desarrollada en el último acápite del Capítulo. De inmediato, los dos marcos referenciales seguidos por la conclusión y la propuesta en cuestión.

4.1.1.- Marco doctrinal referencial.

Los términos jurídicos “interés público” y “orden público”, a la luz del análisis previamente realizado, se inscriben dentro de un modelo constitucional democrático, donde prevalecen como valores de rango superior, el Estado social de justicia, igualdad, solidaridad social,

⁵⁴ CSJ/SCC sentencia de fecha 23/11/1974.

donde impere la ley y la justicia social. Un Estado que, más allá de garantizar el cumplimiento de la ley y del derecho, se convierte en un organismo de prestación, para la satisfacción de las necesidades y la procura existencial de toda su población. Una realidad política donde priva el consenso, donde la relevancia de lo social obliga a abrir una dimensión social de lo público, de manera de lograr una conexión más estrecha, entre la concepción ideológica del Estado social y la forma como éste gestiona la actividad del servicio público. Un Estado que se legitima y se afianza por la eficacia de su funcionalidad.

Son elementos relevantes de esta concepción, la responsabilidad y, a la vez, la obligación de los órganos del Poder Público de motorizar su acción en la procura existencial de la población. Su énfasis se manifiesta, por la reflexión hacia el tema social y colectivo, hasta el punto de que la preocupación por la satisfacción de la problemática social se convierte, bajo esta concepción, en una nueva dimensión, como una fuerza teleológica capaz de garantizar la justicia, la igualdad social y el bien común.

Dentro de este contexto, el rol de la Administración Pública es el de servir de instrumento y brazo ejecutor del Gobierno, mediante la realización de la actividad suprema del servicio, a través de los poderes que le asigna la ley de manera expresa y, que en todo caso, es lo que da legitimación a su acción. De forma muy particular, la doctrina revela, que si con dicha actuación se afecta la esfera jurídica del particular, necesariamente, tiene que amparar su acción en una norma expresa que la autorice a hacerlo. Dentro de esta función, la Administración debe prestar dichos servicios en forma segura, regular y reglada, con normas claras sujetas al régimen particular de servicio público.

“Lo público”, en este contexto, se revela como una noción caracterizada por su volubilidad histórica y confrontada, de manera permanente, con lo privado o individual. En todo caso, el criterio que se ha mantenido constante, es el que ambos conceptos han sido asociados con el Estado y la sociedad. Esta dualidad entre Estado y sociedad, caracterizó particularmente la estructura política de la ideología liberal del Estado moderno, donde, a partir del siglo XX, la reflexión por lo colectivo desplazó al interés por lo personal, pero sin que quedara totalmente esclarecidas las nociones de “lo público” y “lo privado”

Esta ambigüedad se hizo más evidente cuando frente a la relevancia de lo social, lo individual aparece con tanta o mayor fuerza que lo colectivo. Hoy día, se reconoce que la manifestación de lo uno no implica la exclusión del otro. Es decir, que tales conceptos no se contraponen, sino que se compenetran. Una concepción de tal naturaleza es más coherente con una realidad caracterizada por el crecimiento acelerado de relaciones múltiples, presente en todas las áreas y niveles de participación social, que demanda referencias conceptuales y exigencias prácticas nuevas e innovadoras, donde las relaciones entre Estado y sociedad no son, precisamente la excepción.

Además, siendo esta dinámica social actual completamente distinta a la que sirvió de fundamento al desarrollo político, cultural y social de siglos anteriores, las nociones de “lo privado” y “lo público” están igualmente sometidas, por su condicionamiento histórico, a los múltiples ritmos y muy variados ciclos combinados de acción, que exigen la concepción de nociones flexibles capaces de ajustarse más a la complejidad y diversidad de las emergencias sociales y políticas del momento.

Dentro de esta perspectiva, se configura la noción de “interés público”, como una categoría jurídica inspirada en el criterio teleológico de que el Estado se realiza a través de sus propios fines, que no son otros más que, la satisfacción del “interés público” y la conservación del derecho. En este sentido, se puede afirmar que la esencia de la función estatal es el “interés público”, interés que califica la actividad de la Administración y resuelve el régimen legal que lo regula, que es el Derecho Administrativo. Este interés está estrechamente asociado al servicio público, de hecho lo complementa, porque el servicio público es igual al “interés común” o “interés general”, que en términos jurídicos es el mismo “interés público”, cuya característica esencial es que, cuando de él se trata, no se refiere a actividades esenciales del Estado, sino a actividades esenciales para la vida de la sociedad.

Y en ese proceso de regulación jurídica, el Derecho Administrativo se actualiza haciendo posible la coordinación entre el doble juego desplegado por la contraposición y, a la vez, la conexión de los “intereses públicos” y de los “intereses privados”, pues la doctrina ha logrado evidenciar, que ya no es posible continuar asumiendo esta confrontación entre ambos tipos de intereses. En este sentido, se ratifica que, la titularidad jurídica del servicio público corresponde al Estado, una actividad que por su mismo carácter es indisponible, no delegable e irrelajable. Igualmente, se refuerza el criterio de que como competencia del Estado, corresponde a éste declarar, a través de los órganos legislativos pertinentes, cuándo un interés es general.

En síntesis y, acotando el criterio que en este sentido sostiene el Dr. Gustavo Linares B.⁵⁵, se puede concluir que el “interés público” es una actividad discrecional de la Administración por las razones siguientes: En primer lugar, porque sustancialmente es ella la que ajusta tal tipo de decisiones y porque, constitucionalmente, dicha responsabilidad le es atribuida al Poder Ejecutivo y no a los Tribunales. Y en segundo lugar, porque en un sistema democrático, dicho interés viene determinado por la mayoría de la población, en ese juego político que se concreta en el binomio Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, siendo aquél el canal natural de su efectiva realización, mientras que en el caso legislativo, es el pueblo el que decide la representación política del Poder Público, que es el que al final tiene la potestad de determinar y hacer efectivo dicho interés.

Respecto a la noción de “orden público”, la doctrina, de manera general, lo considera como una noción indefinible, en razón de que su contenido queda estructurado por una serie de elementos condicionantes, entre los que se destacan: los factores sociales, políticos, económicos y culturales que delimitan su concepción. Sin embargo, para efectos referenciales y prácticos, se adelanta a continuación, una noción aproximada de dicho término jurídico, resultado del ejercicio de síntesis de los elementos más destacados que han surgido a lo largo del análisis desarrollado en los capítulos anteriores. De esta manera que se entiende por “orden público”, al conjunto de normas jurídicas establecidas por el legislador de manera positiva y prohibitiva, con la finalidad fundamental de promover y facilitar la satisfacción del “interés general” y el desarrollo de actividades individuales y

⁵⁵ Gustavo Linares Benzo. *Notas sobre los Actos Administrativos*. En Román Duque, C. y Jesús M. Casal (Coordinadores), *Estudios de Derecho Público*. UCAB. Caracas, 2004. Tomo 2 p 424

colectivas, dentro de un determinado contexto social, que por garantizar la paz y la tranquilidad social, no pueden renunciarse, ni relajarse por convenio expreso o tácito alguno.

Visto así el “orden público”, queda configurado como una noción dinámica y flexible, integrada por una serie de preceptos jurídicos, que tienen como finalidad fundamental, mantener en funcionamiento en una sociedad particular, los servicios públicos, la seguridad, la moralidad y, en general, el buen orden social. La nota esencial de este conjunto de normas es su fuerza coercitiva e imperativa y, como consecuencia de ello, el no poder ser objeto de renuncia, ni relajamiento, como tampoco, el permitir la arbitrariedad, ni la inseguridad política, ya que ello atentaría contra la certeza y eficacia del “orden público” en su conjunto.

A la luz de de estas dos nociones, los términos jurídicos “interés público” y “orden público” se proyectan como concepciones que tienen sus similitudes e igualmente sus diferencias. En primer lugar y, de manera general, quizá el elemento que más los identifica es su relatividad conceptual. En efecto, en esencia ambos términos son subjetivos, variables y se resisten a cualquier intento de conceptualización definitiva, es decir, que sólo aceptan nociones aproximadas y perentorias, que es precisamente lo que se ha tratado de hacer aquí. Por otro lado, ambos términos buscan satisfacer el interés general de un determinado grupo social: el “interés público”, lo logra mediante la actividad de la Administración Pública, mientras que el “orden público”, se resuelve a través de preceptos contenidos en el orden jurídico vigente. Igualmente la titularidad de ambas instituciones jurídicas descansa en el Poder Público, pero con la diferencia de que, mientras el “interés público” lo determina la Administración en función de la ley, el “orden público” es potestad exclusivamente legislativa. Y, finalmente, que ambas potestades son indelegables, irrelajables, indisponibles y de obligatorio cumplimiento.

Sin embargo, pese a estas características que les son comunes, ambas nociones también tienen sus diferencias. El “interés público” como finalidad, delimita la aplicación del derecho, mientras que el “orden público”, es un medio que legitima y justifica la normativización de la vida en un determinado contexto social. En este sentido el “interés público” está asociado al servicio público, en tanto el “orden público” lo está con la estabilización política y la paz social.

Doctrinariamente el “interés público” es un elemento teleológico y, como tal, se traduce en el elemento material u objetivo del servicio público, no esencial para la existencia del propio Estado, mientras que el “orden público”, representa la condición fundamental del propio Estado. De hecho es un elemento normativo de indispensable presencia, para la armonía y el bienestar político y social de una determinada comunidad. Como conceptos judiciales el “interés público” es un mecanismo jurídico general del Derecho Público, en tanto el “orden público” es, igualmente, un mecanismo jurídico pero de excepción.

Respecto al procedimiento que les da origen, “el interés público” nace de la determinación que de manera exclusiva, hace el Administrador de lo que es el “interés general”, mientras que el “orden público” demanda un proceso especial de aprobación, que lo establece el legislador. La doctrina sostiene que el “interés público” abarca el “orden público” y no al

contrario. Querer asimilar ambos conceptos, podría acarrear el peligro de que, amparándose en el “interés público”, se pudiera limitar la libertad personal. De hecho, como ya se ha observado, el “orden público” es una institución jurídica que tiene su fuente de inspiración, en los principios superiores de todo ordenamiento jurídico, en el que el beneficio al que se aspira es el “interés general”, que es muy distinto al “interés público”, ya que en su concepción clásica, el “interés general” defiende la forma natural de ser de una determinada sociedad, ampara las libertades humanas, defiende y promociona al ser humano y facilita el libre ejercicio de su personalidad, mientras que el segundo lo que persigue de manera directa es sólo la satisfacción de ese “interés general”.

4.1.2.- Marco referencial jurisprudencial.

Haciendo valer la importancia que la jurisprudencia tiene como fuente del conocimiento del derecho positivo, y extrapolando los elementos jurídicos de las sentencias tomadas como referencia para realizar esta investigación, se considera que la interpretación de lo que se concibe como nociones propias de las categorías jurídicas objeto de indagación, es la siguiente:

El “interés público” queda asociado al servicio público y se conceptualiza como el conjunto de provisiones y bienes, destinados por entes del Derecho Público, para lograr la satisfacción regular y permanente de las necesidades colectivas de la población. Una tarea que le corresponde cumplir como fin y regla psicológica, a los órganos de la Administración Pública. Es un interés concreto y determinado o genérico de servicio público, que informa a la Administración y que no puede ejercitarse en nombre de otro interés. Su competencia, de manera estricta, corresponde al Estado cumplirla, a través del órgano que él mismo encomiende.

Acepta igualmente, la jurisprudencia, que la noción varía, como igualmente lo hace la costumbre, la defensa de la cultura y los intereses superiores de la comunidad, factores que lo delimitan y le dan origen. El servicio público, como concepción estrechamente asociada al “interés público”, es el denominador constante o la expresión común de los derechos privados y su trascendencia se concreta, no en que éstos son distintos a aquel, sino que el “interés público” es general. Corresponde a la ley declarar cuándo un servicio es de utilidad pública e “interés general”, y a la Administración la discrecionalidad de llevarlo a cabo. Es un interés que, por su propia naturaleza, nada ni nadie puede subsanarlo, como tampoco se puede convalidar cualquier contravención que menoscabe su ejercicio.

En relación al “orden público”, reconoce la jurisprudencia que, dicha noción no sólo carece de una verdadera teoría que lo sustente como institución jurídica, sino que, inclusive, el tratar de hacerlo de manera permanente, sería una tarea imposible y hasta inconveniente debido a la volubilidad, relatividad y graduación del concepto. De manera que, más que una noción precisa con valor y alcance permanentes, se ha de pensar que es una noción convencional, cualidad que a su vez es extensiva a su concepción y efectos jurídicos.

En efecto, como ya se ha evidenciado, la jurisprudencia de la doctrina patria confirma que, el concepto varía con el tiempo, como igualmente lo hace la conciencia jurídica nacional,

ya que cada legislador tiene sus propias ideas sobre la materia y, además, porque la realidad que inspira su noción también cambia, como resultado de la constante modificación del medio en que se desarrolla.

Sin embargo, paradójicamente, lo que a primera vista luce como una vulnerabilidad, para varios autores, y en particular para quien desarrolla esta tesis, tal característica al final se traduce en un elemento relevante, a la hora de querer decidir si se está frente a una situación factible o no de infringir el “orden público”, pues el estudio de las variables y los factores que lo condicionan, en definitiva lo que hace es, facilitar intuitivamente su determinación. De manera que, en tales casos, lo que el intérprete debe tomar en cuenta es, si con dicha actuación se mantiene el equilibrio de las instituciones sociales, se facilita la seguridad de la justicia como fin jurídico, se resuelven las normas de “interés público” y si en definitiva se garantiza la preservación del Estado, mediante la protección y preservación de sus instituciones sociales, que es lo que en definitiva justificaría ideológicamente, la razón de ser de las categorías jurídicas objeto de indagación.

4.2.- Conclusión.

La finalidad fundamental de la presente investigación, ha sido la de establecer una distinción y caracterizar el alcance, de los términos jurídicos, “interés público” y “orden público”, desde las perspectivas doctrinal y jurisprudencial en la realidad jurídica venezolana, nociones caracterizadas, como ya se ha podido observar, por su difícil conceptualización, tanto en la doctrina jurídica general, como en la ciencia jurídica patria.

Frente a esta realidad, la doctrina y jurisprudencia no han tenido otra alternativa que el de asumir posiciones dialécticas y de avanzada, a la hora de tener que resolver conflictos jurídicos asociados con dichos términos. Una síntesis de tales criterios, sirve de referencia preliminar, en la formulación de la propuesta definitiva.

En primer lugar, se resalta la necesidad de reconocer que existe una realidad social, política, económica y cultural, caracterizada por su constante evolución, donde todo crece de manera acelerada y las relaciones se multiplican en forma exorbitante, de manera que dentro de este contexto socio-histórico, no debe extrañar que la complejidad y la ambigüedad, sean las conductas que caracterizan el comportamiento de todas y cada una de las instituciones que conforman la sociedad en general.

En segundo lugar, se reconoce que dentro de esta realidad social, política e histórica, el Estado se identifica como un ente conductor y aglutinador de toda esta diversidad y complejidad y, muy particularmente, en el contexto propio de la realidad venezolana, como un Estado social, de justicia, de igualdad y de responsabilidad social, su participación debe caracterizarse por lograr el consenso social y la procura existencial de toda su población.

En tercer lugar, se afirma que frente a esta realidad, la búsqueda de solución o de respuesta efectiva a los problemas más apremiantes de la sociedad, donde la realidad jurídica no es la excepción, debe caracterizarse por iniciativas innovadoras, más inclusivas que excluyentes,

donde se garantice el consenso social, la participación ciudadana y el bien común, valores considerados de mayor aceptación por la población

En cuarto lugar, se considera que bajo estas premisas el “interés público” y el “orden público”, se presentan como categorías jurídicas de alto interés y suprema prioridad social, que demandan, más que conceptos definidos, criterios abiertos y flexibles, nociones factibles de ser constantemente sometidas a revisión.

4.3.- Propuesta para la conformación de una teoría integradora de las categorías jurídicas: “interés público” y “orden público”.

La presente propuesta, atiende el requerimiento fundamental del presente trabajo de investigación, que se propuso desde su inicio, estudiar la noción doctrinal y jurisprudencial de las categorías jurídicas “interés público” y “orden público”, bajo una perspectiva teórica amplia y un enfoque práctico focalizado –la realidad jurídica venezolana-, con la finalidad de contribuir al enriquecimiento y mejoramiento de la doctrina y la praxis jurídica patria, mediante la presentación de una propuesta factible. A continuación se señalan los aspectos fundamentales en que se concreta dicha propuesta.

En su esfuerzo por atender de manera eficaz y apropiada, los diversos conflictos jurídicos que en materia de “interés público” y “orden público”, tengan que enfrentar los operadores de justicia o los abogados en el ejercicio libre de la profesión, es fundamental tomar en cuenta los siguientes criterios:

PRIMERO: Reconocer el valor jurídico que dichas nociones poseen, básicamente, por ser categorías jurídicas con una alta connotación ideológica, instrumentos efectivos de cohesión social, medios apropiados para legitimar la actuación del Estado y herramientas legales que facilitan frenar las tendencias al autoritarismo y a la arbitrariedad, propias del Poder Público, en general

SEGUNDO: Admitir la complejidad de dichas categorías debido a que son instituciones jurídicas que tienen su origen en multiplicidad de factores, hechos y relaciones, políticas, sociales y culturales, que son resistentes a ser concebidas bajo parámetros rígidos, precisos y definidos.

TERCERO: Ser coherentes con el criterio pacífico que sustenta de manera permanente la doctrina y jurisprudencia, para las cuales la vaguedad y ambivalencia de tales términos, debe convertirse en una ventaja, al tomar conciencia de que la materia en referencia, es tema constante de estudio e investigación, más cuando se tiene en cuenta las demandas y presiones de la realidad actual, por concepciones y prácticas jurídicas innovadoras, certeras y efectivas.

CUARTA: Tener mucha claridad, en relación al criterio de que dichas categorías cuentan con más analogías que diferencias y, en definitiva, lo que las hace más próximas y digeribles es la finalidad hacia las que ambas se orientan: la satisfacción del “interés general”. El “interés público” lo hace más como fin en sí mismo, al logro del bienestar colectivo, mientras que el “orden público”, lo realiza como medio, al pretender la

protección de las instituciones sociales, la paz social, el equilibrio político y la garantía de la justicia.

QUINTO: Finalmente, hay que prestar mucha atención al hecho de que, pese a las variadas similitudes entre ambas categorías jurídicas, el “orden público” en particular, tiene un elemento que le es propio y muy particular y es que, cuando los órganos del Poder Público actúan a través de su rama ejecutiva, que en este caso es la Administración, hay que tener presente que, si con sus hechos están afectando la esfera jurídica del particular, es decir, su estado y capacidad personal, tiene que contar con una autorización expresa y explícita, otorgada taxativamente por la ley, ya que dicho instrumento jurídico tiene como finalidad fundamental, garantizar la seguridad de las personas, la familia, el Estado y la sociedad, y todo aquello que sea esencial a los derechos inmanentes en los mismos. El no cumplir con dicho requisito, hace que dicha actuación no sólo sea ilegítima, sino también ilegal.

5.- BIBLIOGRAFÍA.

- Acedo P., Ángel. *El orden jurídico actual como límite de la voluntad en la doctrina y Jurisprudencia*. Cáceres, España. Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, 1996-1997.
- Araujo-Suárez, José. *Principios generales de Derecho Procesal Administrativo*. Caracas. Vadell Hermanos Editores. 2004
- *Derecho Administrativo. Parte General*. Caracas, Ediciones Paredes, 2007.
- Calvo Baca, Emilio. *Código Civil Venezolano, comentado y concordado*. Ediciones Libra, 2002.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas. Ediciones Dabosan, C.A., 2000.
- Duque C. Román y Casal Jesús M. *Estudios de Derecho Público*. Caracas. UCAB. 2004
- García de Enterría, Eduardo. *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid. Civitas, 1992.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid. Civitas Ediciones, 2004.
- García Pelayo, Manuel. *El Estado de nuestro tiempo*. Caracas. Fundación Manuel García Pelayo. Cuadernos No. 13. 2008.
- García Pelayo, Graciela de y Njaim Humberto (Editrs). *Lo público y lo privado*. Caracas. Fundación Manuel García Pelayo, 1996.
- García R., Armando. *Los principios generales del Derecho Administrativo venezolano*. La Coruña, España. Anuario da Facultade de Dereito No. 13. Universidade da Coruña, 2009.
- *Fundamentos de Derecho Urbanístico. Una aproximación jurídica a la ciudad*. Caracas. Serie Trabajos de Grado.No. 20. UCV, 2010.
- Gómez Puente, Marcos. *La inactividad de la Administración*. Navarra, España. Aranzadi Editorial, S.A., 2000.
- Maduro L., Eloy. *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Caracas. Publicaciones UCAB 1993.
- Meilán Gil, José Luis. *Categorías Jurídicas en el Derecho Administrativo*. Madrid. Escola Galega de Administración Pública, 2011.

- Moles Caubet, Antonio. *Nación y particularismo*. Caracas. UCV. Studia Jurídica No. 2, 1958.
- - - - *El principio de legalidad y sus implicaciones*. Caracas. Publicaciones del Instituto de Derecho Público. Facultad de Derecho. UCV, 1974.
- - - - *Estado y Derecho*. Studia Jurídica No. 1. Estudios de Derecho Público. Facultad de Derecho. Caracas. 1957.
- - - - *Lecciones de Derecho Administrativo. Parte General*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. No. 84. U.C.V. Caracas, 1991
- Osorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires. Editorial Heliasta, S.R.L., s/f.
- Petzold R., María. *La noción de orden público en el Derecho Civil venezolano. Doctrina y Jurisprudencia venezolana*. Caracas. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. UCV, 1998.
- Puppio, Vicente J. *Teoría General del Proceso*. Caracas. Publicaciones UCAB, 2002.
- Rengel R., Arístides. *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano. I Teoría General del Proceso*. Caracas. Organización Gráfica Capriles, 2003.
- Tribunal Supremo de Justicia. *Doctrina de la Sala Político Administrativa*. Caracas. Colección Doctrina judicial. No. 31, 2009.
- - - - *Compilación de la Doctrina de la Sala Político Administrativa: Contencioso Administrativo*. Caracas. Colección Doctrina Judicial No. 41, 2010.