

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

8 *Número monográfico. Eduardo García de Enterría y la lucha contra las inmunidades del poder*

Presentación

La lucha contra las inmunidades del poder y el Derecho Administrativo venezolano
José Ignacio Hernández G.

La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo
(poderes discrecionales, poderes de Gobierno, poderes normativos)
Eduardo García de Enterría

Estudios

Inmunidades del poder en el funcionamiento de la Administración Pública
a través de Tecnologías de la Información y la Comunicación
José Rafael Belandria García

Algunos aspectos del control judicial de la discrecionalidad en Venezuela
Allan R. Brewer-Carías

Estado de Justicia: control judicial plenario
María Alejandra Correa Martín

La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo
y los profesores venezolanos de Derecho Público
Carlos García Soto

Las inmunidades del poder contra las libertades de expresión
e información: propuestas para el restablecimiento pleno
de la libertad informativa en Venezuela
Luis Alfonso Herrera Orellana ~ Mayerlin Matheus Hidalgo

La lucha por la defensa de las libertades ciudadanas.
Reflexiones a partir de las ideas de Eduardo García de Enterría
Mauricio Subero Mujica

Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos
indeterminados: ¿nociones totalmente diversas
o dos niveles dentro de una misma categoría?
García de Enterría y las posiciones de la doctrina venezolana
Miguel Ángel Torrealba Sánchez

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

N° 8 enero – abril 2016

**NÚMERO MONOGRÁFICO.
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Y LA LUCHA CONTRA
LAS INMUNIDADES DEL PODER**



© Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

© Universidad Monteávila

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

Publicación del Centro de Estudios de Derecho Público

de la Universidad Monteávila

Final Av. El Buen Pastor, Urb. Boleíta Norte,

Caracas, Venezuela

Teléfonos: (0212) 232-52-55 / 71-70 / 58-80

Fax (0212) 232-56-23

RIF J-30647247-9

www.uma.edu.ve

www.redav.com.ve

Hecho el Depósito de ley

Depósito legal ppi201302DC4673

Esta publicación no puede ser reproducida en todo o en parte,
salvo permiso escrito de los autores.

REVISTA ELECTRÓNICA DE
DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO
Publicación cuatrimestral

Consejo de Redacción

José Ignacio Hernández G.

Director

Carlos García Soto

Subdirector

Miembros del Consejo de Redacción

Antonio Silva

Claudia Nikken

Cosimina Pellegrino

Daniela Urosa Maggi

Flavia Pesci-Feltri

José Valentín González

Fabiola Tavares

Miguel Ángel Torrealba

“Porque hemos creído que la sociedad es para el individuo y no el individuo para la sociedad, porque el individuo tiene un fin propio y la sociedad es un medio de realizarlo”.

Federico Urbano

Exposición de Derecho administrativo venezolano

1910

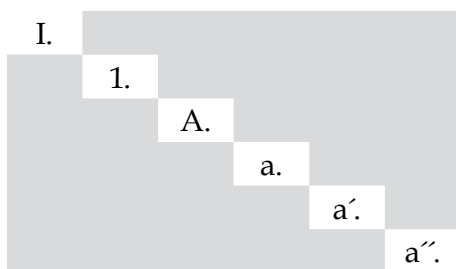
Normas de publicación

Las colaboraciones serán solicitadas por el Consejo de Redacción o serán recibidas por éste, para su evaluación a los efectos de su publicación, a las siguientes direcciones de correo electrónico: info@redav.com.ve. Las colaboraciones, solicitadas o recibidas, deben ser inéditas. REDAV no está en la obligación de publicar la colaboración solicitada o recibida. Los autores que publican colaboraciones en REDAV ceden los derechos correspondientes como primera publicación, así como el derecho de explotar y usar la colaboración para posteriores publicaciones. Si el autor decide publicar su colaboración posteriormente, debe comunicarlo a REDAV.

Las colaboraciones recibidas, bien sea porque hayan sido solicitadas por REDAV, o porque hayan sido recibidas sin haber sido solicitadas, serán sometidas al arbitraje de dos miembros del Consejo de Redacción, quienes no conocerán la identidad del autor de la colaboración sometida a arbitraje. Si el dictamen de los dos miembros del Consejo de Redacción no coincidiera, se someterá al dictamen de un tercer miembro del Consejo de Redacción.

En todo caso, las colaboraciones deben cumplir con las siguientes políticas editoriales:

1. Deben presentarse a espacio y medio, en letra *Times New Roman*, 12, en hoja tamaño carta. Si el trabajo ha de ser publicado en la sección “estudios”, la extensión no debe sobrepasar las cuarenta cuartillas. Si ha de ser publicado en la sección “actualidad”, la extensión no debe sobrepasar las veinte cuartillas.
2. Utilizar los siguientes tipos para la división del texto según la jerarquía de sus partes:



3. Las notas bibliográficas deben ajustarse a las siguientes reglas. Para libros: nombre y apellidos del autor o compilador, en el caso que sea obra colectiva; título del libro (en letra *cursiva*); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número de la (s) página (s) citada (s). Para revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor; título del trabajo (entre comillas); nombre de la revista o de la obra colectiva (en letra *cursiva*); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número (s) de la (s) página (s) citada (s). Todas las notas bibliográficas deben realizarse al pie de la página correspondiente.
4. Antes del texto de la colaboración debe colocarse en un solo párrafo un resumen de la colaboración, en idiomas español e inglés, junto con cinco palabras claves, en idiomas español e inglés.
5. En texto aparte de la colaboración, deben señalarse todos los datos necesarios para ubicar al autor, además de un breve resumen de su información académica y profesional.

PRESENTACIÓN

José Ignacio Hernández G., *La lucha contra las inmunidades del poder y el Derecho Administrativo venezolano*

Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*

ESTUDIOS

José Rafael Belandria García, *Inmunidades del poder en el funcionamiento de la Administración Pública a través de Tecnologías de la Información y la Comunicación*

Allan R. Brewer-Carías, *Algunos aspectos del control judicial de la discrecionalidad en Venezuela*

María Alejandra Correa Martín, *Estado de Justicia: control judicial plenario*

Carlos García Soto, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo y los profesores venezolanos de Derecho Público*

Luis Alfonso Herrera Orellana, Mayerlin Matheus Hidalgo, *Las inmunidades del poder contra las libertades de expresión e información: propuestas para el restablecimiento pleno de la libertad informativa en Venezuela*

Mauricio Subero Mujica, *La lucha por la defensa de las libertades ciudadanas. Reflexiones a partir de las ideas de Eduardo García de Enterría*

Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados: ¿nociones totalmente diversas o dos niveles dentro de una misma categoría?* García de Enterría y las posiciones de la doctrina venezolana

PRESENTACIÓN

LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

José Ignacio Hernández G.

*Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela
y Universidad Católica Andrés Bello
Director del Centro de Estudios de Derecho Administrativo,
Universidad Monteávila*

Resumen: El Derecho Administrativo venezolano, a través de su fundamentación republicana, estableció de manera temprana el control pleno sobre la potestad discrecional, los actos políticos y los poderes normativos de la Administración, de manera coincidente con la obra de Eduardo García de Enterría.

Palabras clave: potestad discrecional, actos políticos, poderes normativos de la Administración, Eduardo García de Enterría.

Summary: The Venezuelan Administrative Law, through its republican basis, early established the judicial review over the administrative discretion, the political acts and the regulatory powers of the Administration, in coincident ways with Eduardo García de Enterría's works.

Keywords: Administrative discretion, political acts, regulatory powers of the Administration, Eduardo García de Enterría.

Recibido: 15 de junio de 2106 Aceptado: 19 de junio de 2016

I.

En las páginas 159-208 de la *Revista de Administración Pública* N° 38 (Madrid, 1962), Eduardo García de Enterría publicó “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”. El texto recogió la conferencia el autor dio en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el 2 de marzo de 1962, dentro del curso *El Poder y el Derecho*, organizado por la “Promoción Manuel Ballbé” de 1962.

Este trabajo de García de Enterría debe valorarse en conjunto con otros trabajos más del autor publicados durante los años anteriores, y giran en torno a la idea central expuesta en *La lucha contra las inmunidades del poder*: la necesidad de asegurar el control judicial integral sobre toda la actividad de la Administración, como específica garantía del principio de legalidad, instituida en defensa de la libertad general del ciudadano. Esta idea cobró realce en el *principio de interdicción de la arbitrariedad*, que García de Enterría desarrolló en la reseña del libro de Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, publicada en la *Revista de Administración Pública* número 29, Madrid, 1959, pp. 449-454, así como en su artículo “Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición”, aparecido en el mismo número de la *Revista de Administración Pública*, pp. 161 y ss., y en su artículo “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, publicado en la *Revista de Administración Pública* número 30, Madrid, 1959, pp. 131 y ss.

En estos trabajos, Eduardo García de Enterría elaboró el principio de interdicción de la arbitrariedad, exponiendo los fundamentos conforme a los cuales no pueden existir “*inmunidades*” del poder ejercido por la Administración, es decir, áreas del quehacer administrativo exentas del principio de legalidad y del control judicial.

Por el contrario, el sometimiento pleno de la Administración a la Ley –como años después reconocería la Constitución de España de 1978, sin duda, acogiendo las enseñanzas de García de Enterría– debe ser incluso predicable a aquellas áreas de la actividad de la Administración que por su afinidad con el poder, se habían considerado inmunes a todo control, como sucede con la actividad administrativa discrecional, el llamado “acto de Gobierno”, referible a la actividad política del Gobierno, y los actos normativos de la Administración.

El punto de arranque de la teoría de Eduardo García de Enterría es una observación fundamental: el Derecho Administrativo tiene por objeto la ordenación jurídica de las relaciones entre el *poder* y el ciudadano. Pues el poder del Estado –que ha fundamentado toda la teoría contemporánea del Derecho Constitucional– encuentra expresión primera en la Administración. Por ello, someter sistemáticamente la Administración a la Ley y al Derecho, implica –ni más ni menos– que limitar el poder del Estado en su exteriorización concreta y tangible de poder político.

Este poder político, en el contexto de una visión estatista del Derecho Administración, había llevado a reconocer áreas del quehacer administrativo inmunes al principio de legalidad y del control judicial. Aquí entendemos por *visión estatista* del Derecho Administrativo la concepción según la cual éste ha de girar en torno a la Administración como poder, y a la protección de sus “privilegios y prerrogativas”, también conocidas como “inmunidades”.

Con la teoría que García de Enterría comenzó a desarrollar con ocasión al principio de interdicción de la arbitrariedad, y que luego continuó en *La lucha contra las inmunidades del poder*, la concepción del Derecho Administrativo varió, pues de una visión estatista se pasó a una visión centrada en el ciudadano.

Así, la defensa de la libertad del ciudadano, como cometido primero del Derecho Administrativo, exige el sistemático control de toda la actividad e inactividad administrativa por la Ley y, por ende, su sometimiento al control judicial, incluso en lo que respecta a la discrecionalidad administrativa, los actos de gobierno, la potestad normativa y otras áreas en las cuales se habían reconocido “inmunidades”.

He aquí la base de la concepción vicarial de la Administración Pública, a la cual se refiere el artículo 103 de la Constitución de España de 1978, que ha inspirado a otras Constituciones, como sucede con el artículo 141 de la Constitución de Venezuela de 1999. La Administración al servicio de los ciudadanos es una Administración que parte de la centralidad del ciudadano y, por ende, de su libertad general, todo lo cual implica concebir a la Administración como un poder jurídico limitado por el ordenamiento jurídico y el Poder Judicial.

II

La lucha contra las inmunidades del poder fue publicada en una época decisiva para el Derecho Administrativo venezolano. En efecto, a inicios de la década de los sesenta del pasado siglo la doctrina del Derecho Administrativo venezolano logró sistematizar los principios generales de tal disciplina, muy en especial, de la mano de la jurisprudencia. Principios del mismo contenido que aquellos defendidos por Eduardo García de Enterría en su trabajo publicado en 1962.

Estos principios partían de una idea central, profundamente arraigada en los fundamentos republicanos de nuestro Derecho Público. Tal y como expuso Francisco Javier Yanes en 1839, en su *Manual Político del Venezolano*:

“La sociedad fue primero: ella es independiente y libre en su origen: por ella y para ella fue que se instituyó el gobierno, que no es sino instrumento suyo. A la sociedad corresponde mandar, al gobierno servir”.

He allí resumida la idea de la Administración al servicio de los ciudadanos y sometida por entero a la Ley. Sin embargo, la fundamentación republicana de nuestro Derecho Público no había podido aplicarse de manera correcta, al menos, por dos circunstancias. La *primera* fue la degeneración de estos fundamentos en los regímenes autocráticos desarrollados en Venezuela durante el siglo XIX. La *segunda* circunstancia fue el proceso de *desfragmentación* del Estado venezolano durante aquel siglo, que impidió configurar una Administración Pública Nacional y con ella, un Derecho Administrativo igualmente nacional.

Esta segunda condición comenzó a cambiar a partir de 1899, cuando inicia el proceso de *centralización* del Estado Nacional. Entonces, fue necesario articular de manera organizada el conjunto de principios que regirían a la naciente Administración Pública Nacional, que ya para el final de la dictadura de Juan Vicente Gómez (1908-1935) aparece consolidada. De allí surgió no solo la Administración Pública Nacional, sino también, el Derecho Administrativo que le era propio, el cual comienza a sistematizarse formalmente a partir de 1909.

Fue por ello que a partir de 1909, la fundamentación republicana de nuestro Derecho Público comenzó a decantarse en un Derecho Administrativo articulado para el control efectivo de la Administración. Esta fundamentación republicana puede encontrarse en el primer texto conocido del Derecho Administrativo venezolano, a saber, el Curso del profesor Federico Urbano, de 1910. Allí puede leerse lo siguiente:

“Porque hemos creído que la sociedad es para el individuo y no el individuo para la sociedad, porque el individuo tiene un fin propio y la sociedad es un medio de realizarlo”

Sobre esta fundamentación republicana comenzó a decantarse el Derecho Administrativo en Venezuela durante la primera mitad del siglo XX. En ese proceso la jurisprudencia tuvo un rol relevante, pues logró condensar principios claves orientados a afirmar el sometimiento pleno de la Administración a todo el ordenamiento jurídico bajo el control judicial integral.

La sistematización de esa jurisprudencia fue especialmente adelantada por Allan R. Brewer-Carías, quien con base en ello comenzó a redactar su Tesis Doctoral en 1962, precisamente, el mismo año en que Eduardo García de Enterría publicó *La lucha contra las inmunidades del poder*. Pero hay aquí una importante diferencia: mientras que el trabajo de Eduardo García de Enterría era una *propuesta* sobre el necesario sometimiento integral de toda la actividad e inactividad de la Administración al principio de legalidad y al control judicial, Allan R. Brewer-Carías pudo demostrar cómo, de acuerdo con los principios jurisprudenciales aceptados para ese entonces, tal control respondía –en Venezuela– a un principio general plenamente aceptado.

Así, en 1963 Brewer-Carías publicó su artículo “Algunas bases fundamentales del Derecho Público en la jurisprudencia venezolana” , que aparece en la *Revista de la Facultad de Derecho* N° 27 de la Universidad Central de Venezuela (Caracas, 1963, pp. 143-147). Allí Brewer-Carías resumió las principales sentencias que moldearon a los principios generales del Derecho Administrativo venezolano, incluso, por lo que respecta al control sobre la discrecionalidad. Entre otras, quiere resaltarse la sentencia de la Corte Federal de 17 de julio de 1953, en la cual se afirma lo siguiente:

“En este orden, todas las actividades de la autoridad administrativa deben ceñirse a reglas o normas preestablecidas.

De ahí, el principio de legalidad de los actos administrativos, según el cual éstos carecen de vida jurídica no sólo cuando les falta como fuente primaria, un texto legal, sino también cuando no son ejecutados en los límites y dentro del marco señalado de antemano por la ley. Desbordar este cerco constituye grave infracción que apareja la consiguiente enmienda por parte del o de los órganos jurisdiccionales competentes”

Tal principio había sido desarrollado en la década anterior por J.M. Hernández-Ron, quien dedicó su discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1942), precisamente, al tema de “La potestad administrativa discrecional y su ejercicio en el campo del Derecho Público venezolano” (*Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 7, Caracas, 1942, pp. 2 y ss). Allí puede leerse siguiente:

“Hemos dicho que todos los poderes del Estado pueden en ciertas oportunidades, y para desarrollar sus actividades privativas, hacer uso de la facultad discrecional. Mas ésta, según lo hemos repetido en el curso del presente trabajo, no debe degenerar en facultad arbitraria (...) el Poder Judicial –regulador supremo de la potestad discrecional y bastión para resistir las irrupciones arbitrarias de éste– ocupa hoy en las instituciones republicanas un lugar preferente”

Como puede apreciarse, entre la década de los cuarenta y cincuenta de pasado siglo, la doctrina y jurisprudencia venezolanas habían admitido que la potestad discrecional no es excepción al principio de legalidad, en el sentido que la discrecionalidad administrativa no puede equivaler a arbitrariedad, todo lo cual presupone el control judicial de esa discrecionalidad. Cabe aquí citar también, por su importancia histórica, el fallo de la Sala Político-Administrativa de 6 de noviembre de 1958, caso *Reingrüber*.

Todas estas sentencias fueron rescatadas y sistematizadas por Allan R. Brewer-Carías en su Tesis Doctoral, redactada entre 1962 y 1963, bajo el título “*Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*” (originalmente publicada en la *Colección Tesis de Doctorado, Volumen IV*, Publicaciones de la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1964, y reimpresa en la obra homenaje de esa Tesis, publicada por la Editorial Jurídica Venezolana en 2015). En relación con el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Allan R. Brewer-Carías afirmó lo siguiente:

“Pero esa discrecionalidad ni implica arbitrariedad ni injusticia, puesto que la Administración Nacional, Estatal o Municipal no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su fin. Siendo así las cosas, el funcionario, al obrar discrecionalmente, tiene que hacerlo sin excederse de su competencia y marcando la exacta correspondencia entre *los motivos, el fin perseguido y los medios utilizables*” (p. 51).

Como puede observarse, existe plena sintonía entre esas afirmaciones y las propuestas de Eduardo García de Enterría en *La lucha contra las inmunidades del poder*. Ello a pesar de que esa obra, por la fecha en la cual fue publicada, no pudo ser citada por Brewer-Carías en su Tesis.

Cuando pocos años después Allan R. Brewer-Carías volvió sobre este tema (“Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas”, en *Ponencias venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Publicaciones del Instituto de Derecho Privado, Sección de Derecho Comparado, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966, pp. 255 y ss.), todos estos principios son ratificados y sistematizados, ahora, con referencia directa a *La lucha contra las inmunidades del poder*. Así, en las páginas 258 y 259 de ese trabajo, Brewer-Carías afirma lo siguiente:

“La evolución de los últimos años en el sistema administrativo de casi todos los países, ha sido el de la reducción paulatina de las llamadas “inmunidades de poder”, donde se encuentra tradicionalmente inmerso el poder discrecional. Y puede decirse que esa reducción paulatina del poder discrecional ha sido una de las características de la reciente evolución del Derecho Administrativo”.

De esa manera, los fundamentos republicanos de nuestro Derecho Administrativo permitieron afirmar, tempranamente, el principio de universalidad de control de todos los actos del Poder Público, incluyendo los actos dictados por la Administración. Tal principio no solo fue afirmado respecto de los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales, sino también, de los actos de contenido político, llamados “actos de gobierno”. Ambos temas fueron tratados por Eloy Lares Martínez, quien en 1963 publicó su *Manual de Derecho Administrativo* (Cursos de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, p. 127). Allí se afirma que los “poderes discrecionales” no implican la supresión del principio de legalidad, especialmente en cuanto a los elementos reglados del acto, sometidos como tal al control judicial.

Estas consideraciones permitieron a Lares pronunciarse sobre el acto de gobierno, otra fuente de las “inmunidades” a las cuales aludió Eduardo García de Enterría. Así, respecto de los llamados *actos de gobierno*, Lares Martínez negó su existencia en Venezuela (p. 135), en cuanto actos puramente políticos excluidos del control judicial, citando en su apoyo a José Guillermo Andueza (*El control en Venezuela de los actos ilegales de la Administración*, Caracas, 1959, p. 24).

La universalidad de control y el sometimiento pleno de la Administración a la Ley, fueron principios afirmados también respecto de los actos normativos de la Administración, que constituyen la tercera y última fuente de las inmunidades estudiadas por García de Enterría. En Venezuela, tradicionalmente

se ha considerado que la potestad normativa de la Administración, en su manifestación específica de potestad reglamentaria, queda sometida a la Constitución y a la Ley, así como sometida al control directo por parte del Poder Judicial. En el *Tomo I su Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, publicado originalmente en 1937, Hernández-Ron afirmó estos principios respecto de la potestad reglamentaria:

“Pasemos ahora a estudiar lo relativo a la nulidad de los reglamentos: corresponde a la Corte Federal y de la Casación declarar la nulidad de todos los actos del Poder Público violatorios de las disposiciones de la Constitución Nacional, y, por tanto, de los Reglamentos dictados por el Ejecutivo Federal, cuando alteren el espíritu, propósito y razón de la respectiva Ley” (segunda edición del Tratado, Editorial Las Novedades, Caracas, 1943, p. 139).

Como puede apreciarse, el Derecho Administrativo venezolano, muy tempranamente, materializó su fundamentación republicana afirmando el sometimiento pleno de la Administración al Derecho, bajo el control judicial integral, incluso, respecto de los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales; actos basados en motivaciones políticas y actos reglamentarios.

III

Toda la doctrina y jurisprudencia venezolanas posteriores girarían en torno a estos principios que aparecen ya consolidados en el Derecho Administrativo venezolano para cuando *La lucha contra las inmunidades del Poder* es publicado en 1962, como es el caso –notable por lo demás– del trabajo de Antonio Moles Caubet, publicado en 1974, *El principio de legalidad y sus implicaciones*.

Baste igualmente con citar, aquí, como sentencias que posteriormente ratificaron estos principios, a las decisiones de la Sala Político-Administrativa de 2 de noviembre de 1982, caso *Depositaria Judicial*; 19 de mayo de 1983, *Hola Juventud* y 1 de agosto de 1991, *La Escuelita*. Tales decisiones –con ponencias de los magistrados Luis H. Farías Mata, en el primer y tercer caso, y de René de Sola, en el segundo– forman parte de los fundamentos republicanos básicos del Derecho Administrativo venezolano.

De esa manera, el control judicial integral de toda la actividad e inactividad administrativa, incluso en los ámbitos de la discrecionalidad administrativa, valoraciones políticas y potestades reglamentarias, se consolidó notablemente en las décadas siguientes como consecuencia del afianzamiento de la democracia en Venezuela. Así lo resumió magníficamente la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 21 de noviembre de 1988, caso *Jorge Olavarría*. Nuevamente con ponencia de Luis H. Farías Mata, la Sala explicó, de la siguiente manera, el avance en el control judicial de la Administración:

“pero este avance no es producto del azar, sino el consecuente resultado de la proporcional coincidencia entre la consolidación del Estado de Derecho –gracias al afianzamiento del régimen democrático– y el desarrollo de la justicia a favor, especialmente, del particular, buscando preservar a éste de las arbitrariedades del poder público, producidas con ocasión, o so pretexto, del resguardo del interés general por la Administración”.

Queda así en evidencia la estrecha relación entre Estado de Derecho, democracia e interdicción de la arbitrariedad.

IV

Todos estos principios están formalmente vigentes en el Derecho Administrativo venezolano. Algún tribunal, incluso, ha citado en fecha reciente el trabajo de García de Enterría (sentencia N° 455/2010 de la Corte Segunda de lo Contencioso-Administrativa). En la práctica, sin embargo, el Derecho Administrativo venezolano contemporáneo se ha convertido en el refugio último de las inmunidades del poder en detrimento de la libertad general del ciudadano. La justicia administrativa en Venezuela no control al poder frente al ciudadano, sino todo lo contrario: controla al ciudadano frente al poder.

De allí que ha pareció útil reproducir en la *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* el texto originalmente publicado por Eduardo García de Enterría en 1962. Hay, como es sabido, ediciones posteriores, como la publicada en formato de libro por Civitas (tercera edición de 1983, reimpresa en 2004) pero nos ha parecido pertinente reproducir la versión publicada en 1962, por el interés que ese texto representa para los estudiantes actuales del Derecho Administrativo venezolano. Esa fue la iniciativa con base en la cual el profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer nos propuso publicar tal texto, lo cual fue posible gracias a su intermediación y al consentimiento de la viuda del profesor Eduardo García de Enterría, Doña Amparo Lorenzo-Velázquez, a quienes deseamos expresar nuestro sincero agradecimiento.

Interés actual para los estudiantes del Derecho Administrativo venezolano, decíamos. Pues a diferencia de la década de los sesenta del pasado siglo, cuando las enseñanzas del profesor Eduardo García de Enterría encontraron eco en nuestra disciplina, en la actualidad esas enseñanzas chocan contra el muro construido por un Derecho preocupado mucho más de proteger al poder que de proteger al ciudadano.

De allí que quisimos, además, acompañar la publicación en Venezuela del texto del profesor García de Enterría, con estudios de profesores de Derecho Administrativo venezolano acerca de la influencia de *La lucha contra las inmunidades del poder*.

La publicación de *La lucha contra las inmunidades del poder* del profesor Eduardo García de Enterría, por ello, debe servir para reanimar en Venezuela la misión con la cual el profesor García de Enterría culminó su estudio, esto es, la lucha por la instrumentación del Estado de Derecho como un Estado de justicia “*pero entendiendo esta palabra no en cualquier sentido impreciso o retórico, sino precisamente como justicia judicial plenaria*”.

Caracas, julio 2016

LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO (PODERES DISCRECIONALES, PODERES DE GOBIERNO, PODERES NORMATIVOS)

Eduardo García de Enterría

Catedrático de la Facultad de Derecho de Madrid

SUMARIO

Introducción

- I. Poder y Derecho. La conversión de la metafísica en técnica como tarea jurídica.
- II. La configuración del sistema de enjuiciamiento contencioso de la Administración: idea de la legalidad, libertad como garantía jurídica, derecho de resistencia, separación entre Administración y Justicia, el autocontrol del aparato administrativo y la aparición del recurso contencioso.
- III. La jurisdiccionalización del recurso contencioso y el repliegue de la Administración hacia zonas de inmunidad judicial. Los tres círculos de inmunidad de la anterior Ley de lo contencioso y el esfuerzo de reducción de la Ley de 1956.
- IV. La inmunidad de los poderes discrecionales. Los primeros intentos de reducción: la existencia de elementos reglados en todo poder discrecional, en especial el fin y la desviación de poder. La situación actual de nuestro Derecho en orden al control de la discrecionalidad.
- V. Hacia un control más sustancial del poder discrecional,
 - a) El control de los hechos determinantes.
 - b) Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados; el principio de la unidad de solución justa y la reducción de la masa de la discrecionalidad y su relativización.
 - c) El control por los principios generales del Derecho.

El último residuo de la discrecionalidad: la apreciación de valores singulares.

- VI. La inmunidad de los llamados actos políticos o de gobierno. El intento restrictivo de la Ley de 1956 y el efecto expansivo de su Preámbulo. Importancia política y régimen jurídico. La disolución doctrinal de los actos de gobierno. El caso singular de los actos de relación con el Legislativo y de relaciones internacionales. Análisis de los demás pretendidos actos de gobierno, en especial cuestiones de orden público y de organización militar. La eliminación de esta supervivencia de la razón de Estado. El caso francés. Las cláusulas generales constitucionales de otros países y el fin de los actos de gobierno. La condenación de las exclusiones de materias por ministerio de la Ley.
- VII. La inmunidad de los poderes normativos. La idea revolucionaria de la Ley y la conversión de ésta en un simple medio técnico de la organización. La Ley como amenaza para la libertad. El estilo legislativo de la Administración. La defensa contra los poderes normativos administrativos y la significación del recurso contra Reglamentos. Problemas actuales del mismo.
 - a) El acceso al recurso: legitimación; la injustificación de la limitación a Corporaciones. Recurso de reposición.
 - b) La universalidad del recurso: inadmisión de la extensión a esta materia de la doctrina de los actos de gobierno y de una limitación por razón de la materia del Reglamento,
 - c) La fiscalización de los poderes legislativos delegados: inexistencia de excepciones, d) Fondo del recurso: el criterio esencial de los principios generales.
- VIII. Conclusión: la eliminación de inmunidades. El poder administrativo como poder esencialmente justiciable. Estado de Derecho y Estado de Justicia.

Nada más grato para mí que hablar en esta Universidad de Barcelona () en la que justamente inicié mi Licenciatura de Derecho hace ya más de veinte años, y de la que guardo un gran recuerdo de maestros eminentes y de compañeros, al que he procurado mantenerme siempre fiel. Viví aquí durante un año entero la misma vida que ahora vosotros, Promoción de 1962, os disponéis a despedir, a la vez anhelantes, temerosos, ilusionados y tristes. Honor también de dirigirme a esta Promoción de 1962, con la que ninguna relación ciertamente me ligaba hasta ahora, pero que se ha hecho familiar a todos los administrativistas españoles, y al último de todos ellos, que soy yo, por esa designación que orgullosamente la señala: la del llorado profesor Manuel Ballbé, nombre, que despierta tantas resonancias de admiración, de dolor, de afecto fraternal. ¡Qué decir ya, y precisamente ante ustedes, que con él han convivido hasta su muerte, qué decir de nuevo del profesor Ballbé que no conozcáis! Yo mismo, por un triste y honroso encargo a la vez, he debido hacer, recientemente, su nota necrológica en la "Revista de Administración Pública", cuyo Consejo de Redacción honraba, en la que me he esforzado en precisar la pérdida que significa la desaparición de esta gran figura, que va a marcar -Promoción de 1962- a la vez de orgullo y de exigencia íntima todos vuestros destinos universitarios.*

I. PODER Y DERECHO. LA CONVERSIÓN DE LA METAFÍSICA EN TÉCNICA COMO TAREA JURÍDICA

En este curso, donde tantas cosas importantes estaréis oyendo, me toca a mí un menester que es habitual en los modos científicos del Derecho Administrativo. Es, desde luego, su servidumbre (por de pronto, esto); nos parece, sin embargo, a sus servidores que también su grandeza. Esta tarea es la de recon-

* Este trabajo recoge el texto de la conferencia pronunciada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el día 2 de marzo de 1962, dentro del curso *El Poder y el Derecho*, organizado por la "Promoción Manuel Ballbé" de 1962.

ducir los grandes temas, los temas que estremecen el corazón del hombre¹, como es éste, sin duda, del Poder, a su concreta, diaria y artesana aplicación, donde desaparecen su esoterismo y su misterio y se hace patente, posiblemente, su funcionalismo verdadero. Así, todo el succulento tema del Estado de Derecho se convierte para los administrativistas en un conjunto de técnicas concretas y particulares. Esta conversión de la metafísica en técnica es, justamente, nuestro papel en el gran concierto de las ciencias sociales. No es exacto que una buena Administración pueda sustituir una ausencia de Política², o que todo el problema del Estado de Derecho pueda ser reconducido a un problema de justicia administrativa, como alguna vez se ha pretendido³, pero sí lo es, sin embargo, que sin una total y plenaria resolución de este gran tema de la justicia administrativa el Estado de Derecho es literalmente nada.

El ciudadano se enfrenta con el Poder primariamente en cuanto poder administrativo. Él le acompaña, como decían nuestros clásicos del siglo XIX, desde la cuna a la sepultura. Pero no se trata, naturalmente, de enfocar este problema de la justicia administrativa como un sistema de regulaciones procesales formales, sino de hacer pasar por ellas todo un conjunto de reglas sustanciales, que es lo que vamos a intentar precisar, en cuanto a uno de sus puntos críticos, en esta lección de esta mañana.

1 Von Kirchmann, *La jurisprudencia no es ciencia*, traducción española, Madrid, 1949, p. 46: "Todas las cuestiones del Derecho público están penetradas de estos factores...; basta mencionar estas cuestiones para que el corazón de cada cual se ensanche".

2 Más bien ocurre que sin una sana estructura política no existe ni siquiera la posibilidad de una mediana Administración. Cfr. mi libro *La Administración española*, Madrid, 1961. p. 229.

3 Cfr. el excelente estudio de Scheuner, *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland*, en la obra colectiva *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift deutscher Juristentag, 1860-1960*, tomo II, Karlsruhe, 1960, pp. 229 y ss., en especial pp. 247 y ss.

II. LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO CONTENCIOSO DE LA ADMINISTRACIÓN: IDEA DE LA LEGALIDAD, LIBERTAD COMO GARANTÍA JURÍDICA, DERECHO DE RESISTENCIA, SEPARACIÓN ENTRE ADMINISTRACIÓN Y JUSTICIA, EL AUTOCONTROL DEL APARATO ADMINISTRATIVO Y LA APARICIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO

La idea de someter el Poder sistemáticamente⁴ a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho es una idea que surge del Estado montado por la Revolución francesa, pero que aparece de un modo ocasional. No se encuentra en las grandes fuentes doctrinales de la Revolución una anticipación de este mecanismo que lejanamente pudiese parecerse a lo que hoy estamos habituados a ver. Sin embargo, es un hecho que es de aquí, de los grandes dogmas revolucionarios, de donde en virtud de un conjunto de circunstancias, muchas de ellas casuales, va a surgir esto que hoy ya se considera como un atributo definitivo del sistema cultural de Occidente.

Esquemáticamente, estas razones, que determinan el surgimiento de la justicia administrativa, podríamos esbozarlas así:

En primer lugar, el principio de legalidad. Es, con toda claridad, una consecuencia del dogma rousseauiano de la voluntad general, en virtud del cual no se aceptan ya poderes personales; todo el poder es de la Ley, toda la autoridad que puede ejercitarse es la propia de la Ley; sólo “en nombre de la Ley” –expresión ya habitual, pero cuya significación precisa resulta de su origen en los textos revolucionarios⁵– se puede

4 Al margen, pues, las posibilidades casuísticas de un enjuiciamiento del Príncipe, que ya la Edad Media conoce (justicias estamentales, técnica de los rescriptos *contra ius*, especialmente).

5 El artículo 5.º de la Declaración de Derechos de 1789 dice: “Todo lo que no es prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena”; el artículo 7º: “Los que soliciten, dicten,

exigir la obediencia. La Ley otorga, y a la vez limita, la autoridad de los agentes, que, como tales, son sólo servidores de la Ley, *lex loquens*, aunque en el sentido precisamente opuesto al que se dio a esta expresión en la Edad Media cuando se refería al Rey. Parafraseando a Duguit podríamos decir, con conceptos caros a la mentalidad administrativista, que se trata de la conversión del hecho bruto del poder político en la idea técnica de la competencia legal⁶.

En segundo lugar, el principio de la libertad como una garantía jurídica. De nuevo es también en nuestro terreno donde ha de efectuarse la conversión técnica de este soberbio mito de la libertad en una técnica jurídica operante y concreta. La libertad como ideario, como idea metafísica, podríamos decir, se convierte para nosotros, en nuestro terreno, en el derecho público subjetivo. Este derecho público subjetivo comienza configurándose como un derecho a la legalidad, en el sentido de un derecho a oponerse a la opresión que no venga en nombre de la Ley, a oponerse a toda posibilidad de ser afectados en la esfera de los intereses personales si no es por disposición expresa de la Ley. Ahora bien, esta idea, que es patente en todos los textos revolucionarios, comienza técnicamente montando a su servicio dos garantías perfectamente toscas, como tomadas del Antiguo Régimen⁷. Por una parte, la técnica medieval del derecho de resistencia – los textos revolucionarios que proclaman el derecho de resistencia son constantes, como ustedes

ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados: pero todo ciudadano apelado o detenido en vertu de la loi debe obedecer al instante: se hace culpable de la resistencia”. A su vez, el famoso artículo 3.º de la Sección 1.a del Capítulo II de la Constitución de 1791 dice: “No hay en Francia autoridad superior a la de la Ley. El Rey no reina más que por ella, y sólo en nombre de la Ley puede exigir obediencia”.

6 Es sabido que Duguit edifica sobre esa diferencia su entera construcción del Derecho público: “La puissance publique que... c’est une notion sans valeur et qu’il faut bannir de toute construction positive du droit public”, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 4.a éd.. Paris, 1923, pág. 65.

7 En realidad, el influjo se recibe directamente a través de las formulaciones anglosajonas (inglesas y americanas), que, a su vez proceden de la propia experiencia revolucionaria de estos países. Véase nota siguiente.

saben⁸; por otra parte, la técnica del proceso penal al agente arbitrario, al agente que no legitima su actuación con un mandato de la Ley.

Evidentemente, estas dos técnicas no son válidas por su misma violencia, por su misma excepcionalidad, para poder exigir el respeto a la Ley a una acción administrativa que se manifiesta concreta, constante, detallista, y, además, en mantenido crecimiento. Ocurre, sin embargo, que la idea de exigir judicialmente a la Administración por modo directo ese respeto a la Ley, que sería toda su regla de vida, parece encontrarse en los propios comienzos revolucionarios con un obstáculo inesperado, que es el dogma de la separación entre la Administración y la Justicia.

La última fase del Antiguo Régimen contempla la curiosa experiencia de un intento de mediatización judicial de los poderes regios. Los parlamentos judiciales, como saben ustedes, último reducto del estamento nobiliario (el propio Montesquieu fue Consejero y Presidente más tarde del Parlamento de Burdeos, y, además, en su gran libro sobre *L'esprit des lois*

8 Véase el libro clásico de Wolzendorff, *Slaalsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt*, Breslau, 1916 (reimpresión fotomecánica, Aalen, 1961), p. 390 y ss. El artículo 2.º de la Declaración de Derechos de 1789, dice: "Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression". Los antecedentes ingleses y americanos, en Wolzendorff, págs. 262 y sigs y 375 y sigs. En el artículo 32 de la Declaración de Derechos girondina se especificaba: "Il y a oppression lorsque loi viole les droits naturels, civils et politiques qu'elle doit garantir. Il y a oppression lorsque la loi est violée par les fonctionnaires publics dans son application à des faits individuels. I y a oppression lorsque les actes arbitraires violent les droits des citoyens contre l'expression de la loi. Dans tout gouvernement libre, le mode de résistance à ces différents actes d'oppression doit être réglé par la Constitution". Fueron los jacobinos, no obstante, quienes formalizaron más matizadamente este derecho de resistencia en sus varias formas: pasiva, defensiva y agresiva o insurrección (arts. 10, 11, 27 y 35 de la declaración de 1793). Cfr. Ducuit, Manuel, cit., págs. 320 y sigs., y su *Traité de Droit Constitutionnel*, 2.a edición, III. París, 1923. pp. 735 y ss.

formula una directa y nada velada apología del sistema), se oponen a las grandes reformas de estructura que el monarca absoluto emprende en la última fase de su monarquía, sobre todo cuando estas reformas están orientadas en el sentido de una reforma de estructura social, por obra de los grandes ministros fisiócratas Turgot, Calonge, Necker. Justamente la negativa de los Parlamentos al “*enregistrement*” de las Ordenanzas regias, las llamadas “*remontrances*”, que es una especie de veto devolutivo al rey que actúan respecto a las Ordenanzas que reciben, origina la gran crisis constitucional del Antiguo Régimen, de la que va a salir directamente la convocatoria de los Estados generales.

Los revolucionarios son conscientes de esta gran experiencia, y una vez que el poder político es suyo no aceptan llanamente la posibilidad de que los jueces, que para ellos se identifican todavía con las clases conservadoras, pudiesen mediatizar sus propias decisiones. Es así como se formula la Ley de separación entre la Administración y la Justicia, la famosa Ley de 16-24 de agosto de 1790, donde se proclama la separación radical entre la Administración y la Justicia, entendida en el sentido de que los tribunales no podrían (literalmente, porque es muy expresiva la frase) molestar de la manera que fuese a las operaciones de los cuerpos administrativos (“*troubler de quelque maniere que ce soit les opérations des corps administratifs*”) ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones⁹.

He aquí, pues, que en el mismo momento que todo este ideario de la legalidad, de la libertad, de la garantía jurídica, va a ponerse en práctica, parece encontrarse con un obstáculo impensado: este principio de la separación entre la Administración y la Justicia, separación concebida como una exención judicial, una exención rotunda, radical, absoluta, de los poderes administrativos. Pero

9 Véase sobre todo esto mi estudio “La Revolución francesa y la emergencia histórica de la Administración contemporánea”, en *Homenaje a Pérez Serrano, II*, Madrid, 1959, p.202 y ss.

he aquí también lo casual, he aquí lo paradójico. Es justamente esta idea de la exención judicial de la Administración la que va a determinar la suerte entera de lo que hoy llamamos lo contencioso-administrativo.

Este régimen de lo contencioso-administrativo comienza originándose como un control interno de la Administración sobre su propio aparato. No ya los Tribunales, sino la propia Administración, mediante órganos especiales, será quien enjuicie el comportamiento de los administradores. Tiene para ello la Administración un interés directo: la reducción a la legalidad formal de todo el actuar del magno aparato de la Administración, una experiencia inédita en la historia política del hombre, fue posible porque la Ley es de suyo una técnica de racionalizar una organización colectiva¹⁰. Al interés de los particulares de que los funcionarios no excediesen la Ley, se unió así el de la propia Administración en sus órganos centrales o directores, a quienes interesaba lo mismo para poder mantener en orden su propio aparato, excluyendo iniciativas personales, en un momento, además, en que estas iniciativas amenazaban con un vasto desorden el sistema social. Es por ello un hecho rigurosamente comprobable que la historia del recurso contencioso-administrativo corre parejas, paradójicamente, con la historia de la centralización: son los jacobinos, primero, los autores del famoso centralismo revolucionario, que tanto influyó todavía en las ideas de Lenin sobre las estructuras políticas, y es Napoleón, más tarde y definitivamente, el gran constructor del Estado centralizador francés moderno, modelo para toda la Europa del siglo XIX, y que dista aún de haber perdido actualidad, los que instauran y desenvuelven, configurándolo casi en sus líneas actuales, el sistema de lo que hoy llamamos contencioso-administrativo.

Este sistema es un sistema de autocontrol; no podían ya ejercerlo los jueces en virtud del dogma de la separación. Lo ejerce la propia Administración, y respecto de este control montado por la Administración en su propio interés, los particulares coadyuvan,

10 Es éste el concepto de legalidad en la sociología de la organización de Max Weber. Véase *infra*.

podemos decir, al modo de un Ministerio público, de un Ministerio fiscal, que denuncia la infracción de la Ley y en interés de ésta¹¹.

Es un hecho que Napoleón atribuyó el conocimiento de estos recursos a los dos órganos por excelencia centralizadores de todo su sistema: el Consejo de Estado, en lo central, los Consejos de Prefectura, en los Departamentos.

Es cabalmente esta radicación del sistema de control en el propio aparato administrativo y en su interés lo que permite su consagración definitiva y lo que impulsa su desarrollo y extensión, que va a marcar desde sus fases iniciales el sistema de lo contencioso.

III. LA JURISDICCIONALIZACIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO Y EL REPLIEGUE DE LA ADMINISTRACIÓN HACIA ZONAS DE INMUNIDAD JUDICIAL. LOS TRES CÍRCULOS DE INMUNIDAD DE LA ANTERIOR LEY DE LO CONTENCIOSO Y EL ESFUERZO DE REDUCCIÓN DE LA LEY DE 1956

No podemos seguir paso a paso la historia de este desenvolvimiento. Baste decir que esta evolución concluye por eliminar esos supuestos convencionales iniciales que permitieron su instauración. Hoy ya el recurso contencioso-administrativo no es un recurso montado desde dentro de la propia Administración y en su propio interés, sino que es un heterocontrol (valga el término), un control arbitrado por auténticos jueces, un control jurisdiccional pura y simplemente, y, por consiguiente, en interés de los demandantes, salvo en los supuestos excepcionales de acciones populares, aunque en todo caso produzca siempre saludables efectos de buena Administración. Quizá esto, que es evidente, y que es fruto relativamente tardío del desarrollo de la institución, es lo que fuerza a un repliegue

11 Todavía encontramos esta idea en Hauriou, *Précis de Droit Administratif*, 12 edición, París, 1933 pág. 405: los recurrentes “jouent le rôle d’un ministère public”; su papel en la historia del recurso, pp. 406-7.

de la Administración sobre sus propias prerrogativas y a que ésta presente la exigencia formal de que determinadas materias que le son propias han de quedar inmunes al control y a la fiscalización de los jueces.

La historia de la reducción de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la Administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo.

Pero nos urge llegar a la actualidad del tema y, en concreto, a nuestro propio país.

Cuando en 1952 se dictó el texto refundido de la Ley de lo Contencioso Administrativo, esos grandes círculos de actuación, inmunes a la fiscalización judicial son, sobre todo, tres: los actos discrecionales, por una parte; los actos políticos, en segundo lugar, y los actos normativos o Reglamentos, en tercer lugar. Cada uno de estos tres círculos ordena alrededor de los mismos toda una amplia materia exenta, inmune al poder fiscalizador de los jueces, donde la Administración, por consiguiente, puede obrar a su arbitrio. La Ley actualmente vigente de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, obra, por cierto, en su mejor parte del profesor Ballbé, hizo un enorme esfuerzo para concluir con estos tres círculos de exención jurisdiccional. Pero este esfuerzo, en buena parte, no fue, o no pudo ser, completo.

Hay que decir, en todo caso, que esa reducción de inmunidades no puede ser la obra de puras y abstractas declaraciones legales, sino que ha de ser el resultado de todo un vasto movimiento de lucha por el Derecho, en el que, naturalmente, no es sólo responsable, y ni siquiera quizá primariamente, el legislador. Aquí se inserta, sobre todo, la obra de la jurisprudencia, que ha comenzado ya con arrojo, debemos decir, aunque en ocasiones también con timidez y con recelo, a sacar todas las consecuencias de esa espléndida Ley.

Es obligación de todos los juristas el auxiliar a esta gran obra de la jurisprudencia, el facilitarla y abrirla caminos, el animarla en las descubiertas hacia terrenos todavía no por ella recorridos, el organizar y sistematizar sus hallazgos aislados.

Vamos, por nuestra parte, a ofrecer un examen analítico de la situación actual y de las posibilidades de reducción de esos tres últimos y ya clásicos círculos de inmunidad jurisdiccional de la Administración: los poderes discrecionales, los poderes políticos o de gobierno, en el sentido estricto de poderes de los que emanan los llamados actos políticos o de gobierno, y los poderes normativos.

Vamos, por nuestra parte, a ofrecer un examen analítico de la situación actual y de las posibilidades de reducción de esos tres últimos y ya clásicos círculos de inmunidad jurisdiccional de la Administración: los poderes discrecionales, los poderes políticos o de gobierno, en el sentido estricto de poderes de los que emanan los llamados actos políticos o de gobierno, y los poderes normativos.

IV. LA INMUNIDAD DE LOS PODERES DISCRECIONALES.

LOS PRIMEROS INTENTOS DE REDUCCIÓN: LA EXISTENCIA DE ELEMENTOS REGLADOS EN TODO PODER DISCRECIONAL, EN ESPECIAL EL FIN Y LA DESVIACIÓN DE PODER. LA SITUACIÓN ACTUAL DE NUESTRO DERECHO EN ORDEN AL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

En primer lugar, pues, los poderes discrecionales.

Se ha dicho del poder discrecional -la frase es del excelente jurista suizo Hans Huber¹²- que es el verdadero caballo de Troya en el seno del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho.

12 H. Huber, "Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaat", en *Festschrift für Z. Giacometti*, Zürich. 1953, p. 66.

Conocen ustedes sobradamente el concepto de poderes discrecionales, de actos discrecionales. El sistema de la inmunidad judicial de los mismos, presente todavía en la Ley anterior de 1952, era el de la eliminación pura y simple de la posibilidad de ser enjuiciados de todos los actos discrecionales en bloque. Allí donde se daba un acto discrecional –y debemos decir que raro es el acto administrativo donde no se dé un elemento de discrecionalidad–, allí el juez, sin más, constatando el hecho de que esta discrecionalidad estaba presente en el acto, se abstenía de entrar en el fondo del mismo.

La primera reducción de este dogma de la discrecionalidad se opera observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos¹³. Estos elementos reglados son, por de pronto, la misma existencia de la potestad, de cuyo ejercicio dimana el acto¹⁴, la

13 Esta observación se hizo ya por la doctrina francesa del siglo XIX frente a una jurisprudencia análoga a la nuestra reciente, que es la que influyó en la primitiva Ley de lo Contencioso de 1888. Véase Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2.a edición, II, París, 1896, p. 424. El *Conseil d'Etat* no recogió, sin embargo, esta tesis hasta 1902, con el famoso *arrêt Grazietti*, que motivó un agudo comentario de Hauriou (*La jurisprudence administrative*, II. París, 1929, pp. 182 y ss.), donde por primera vez se dijo: “Il n’y a pas d’actes discrétionnaires; il y a un certain pouvoir discrétionnaire de l’Administration, qui se retrouve plus ou moins dans tous les actes”.

14 No hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido positivamente atribuida por el Ordenamiento. Es falsa, pues, la tesis, bastante común, por otra parte, de que hay potestad discrecional allí donde no hay norma, postulado central de la doctrina de la “vinculación negativa” de la Administración al Derecho. Véase sobre esto mi artículo “Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos”, *Revista de Administración Pública*, 27, 1958, págs. 76 y sigs., especialmente página 77. Ya antes Clavero Arévalo, “La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo”, en la misma *Revista*, 7, 1952, p. 88 y ss., distinguiendo con toda corrección entre potestad discrecional y ausencia de Ley. Véase últimamente en el mismo sentido, Peters, “Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?”, en *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit. Festschrift für H. Huber*, Bern, 1961, p. 206 y ss. También Jesch, “Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechts-theoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht”, en *Arch’v des Öffent-*

extensión concreta de esta potestad, que es imposible que sea totalmente indeterminada¹⁵, y, en fin, la competencia para ejercerla. Estos son siempre elementos necesariamente reglados.

Luego lo son normalmente, aunque pueden no darse o darse en distinta medida, las formas determinantes para el ejercicio de la potestad y, en fin, el fondo parcialmente reglado¹⁶; puede haber, en efecto, una regulación, y, además, ordinariamente, la hay, no totalmente discrecional, sino parcialmente discrecional en cuanto al fondo, que obliga, pues, a considerar o a partir de ciertos elementos reglados previos (por ejemplo, ascenso por elección entre funcionarios, pero dentro del primer tercio de la escala de la categoría inmediatamente anterior, o entre los que tengan tantos años de antigüedad o tales cualificaciones).

El segundo gran proceso de reducción llega más allá y significa un extraordinario progreso en la técnica de la reducción de esta pieza suelta, que era la potestad discrecional. Consiste, como saben ustedes, en constatar que el fin de las potestades discrecionales es también un elemento reglado de las mismas. En efecto, las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso de la finalidad pública, de la utilidad o interés general.

Es al hilo de esta observación como se monta la técnica de control de la desviación de poder. El acto discrecional que se

lichen Recht, 82, 1957, p. 209 y ss., donde tipifica justamente la discrecionalidad como un fenómeno de "*Ermächtigung*" o habilitación legal.

15 Ello equivaldría a someter al imperio de tal potestad la totalidad del orden jurídico y de los derechos subjetivos, lo cual es impensable en un Estado de Derecho. Incluso la potestad legislativa o la constituyente -aun situando el caso ya fuera de la Administración y del Derecho Administrativo- tienen efectivos límites: S. Romano, *Principii di Dirillo Costiluzionale Generale*, rist. 2a ed., Milano, 1947, págs. 264-6.

16 Una excelente sistematización, en Merikoski, *Le pouvoir discrétionnaire de L'Administration*, Bruxelles, 1958

ha desviado de su fin, del fin en vista del cual el Ordenamiento otorgó el poder, ha cegado la fuente de su legitimidad. Incurre en un vicio, que, naturalmente, puede ser fiscalizable por los Tribunales. Es una aportación técnica que viene del Derecho francés (donde cuenta ya más de un siglo), y que ha sido recibido muy tardíamente en nuestro Derecho.

La Ley de lo Contencioso Administrativo de 1956 por vez primera ha introducido, en efecto, la técnica de control de las potestades discrecionales por la desviación de poder, que de esta manera ha tenido que penetrar curiosamente en nuestro Derecho por vía legal y no jurisprudencial. Sin embargo, parece quedarse ahí. Atendidas las declaraciones legales, el punto en que nuestro Derecho está hoy en cuanto a este gran tema de la reducción de las potestades discrecionales, es precisamente este del control de los elementos formalmente reglados, con la especificación de que uno de ellos es el fin, fiscalizable a través de la técnica de la desviación de poder. Pero, evidentemente, las técnicas de reducción de la potestad discrecional no pueden quedar aquí. Sería un error interpretar la Ley de la jurisdicción contenciosa de 1956 en el sentido de que el único vicio estimable por los Tribunales en los actos discrecionales es el vicio de la desviación de poder¹⁷. Sin embargo, no es infrecuente que se haga una aplicación práctica en el sentido de esta interpreta-

17 El artículo 83. 2. se refiere inequívocamente “a cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico”, en tanto que la referencia a la desviación de poder es sólo a una de estas formas de infracción (“incluso”) que no excluye cualquier otra. En tal sentido ya Clavero Arévalo, “La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Administración Pública*, 30, p. 113, nota. S. Martín-Retortillo, “La desviación de poder en el Derecho español”, en la misma *Revista*, 22, p. 172, y en mi citado “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, en *Revista de Administración Pública*, 30, p. 160. Bien es verdad que la Exposición de Motivos de la Ley, tan certera de ordinario, no lo es tanto al hablar de las potestades discrecionales, cuyo control jurisdiccional parece limitar al de sus elementos reglados, lo cual, si es verdad que en último término es cierto, no lo es menos que requiere algunas importantes aclaraciones sobre la extensión real de tales elementos reglados. Véase infra.

ción y que los recurrentes fueren los argumentos para probar que, en efecto, se da este vicio legalmente tipificado.

V. HACIA UN CONTROL MÁS SUSTANCIAL DEL PODER DISCRECIONAL, A) EL CONTROL DE LOS HECHOS DETERMINANTES.
B) DISCRECIONALIDAD Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS; EL PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE SOLUCIÓN JUSTA Y LA REDUCCIÓN DE LA MASA DE LA DISCRECIONALIDAD Y SU RELATIVIZACIÓN. C) EL CONTROL POR LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. EL ÚLTIMO RESIDUO DE LA DISCRECIONALIDAD: LA APRECIACIÓN DE VALORES SINGULARES

Podemos decir con alguna seguridad que existe la posibilidad de otro control mucho más sustancial sobre las potestades discrecionales. La doctrina francesa, que es la misma que puso a punto la técnica de la desviación de poder, es hoy bastante escéptica sobre las posibilidades prácticas que la misma ofrece, y está volcando por ello su interés sobre otras técnicas alternativas que se han revelado mucho más eficaces¹⁸. Es paradójico que sea justamente en este momento cuando nuestro Derecho haya venido a consagrar como última conquista algo sobre lo que tan escasas esperanzas tienen hoy en su país de origen.

Puesto que tenemos todavía que tratar de otras materias, es fuerza esquematizar rápidamente este importante tema, cla-

18 Rivero, *Droit Administratif*, 2.a ed., París, 1962, ha hablado de un “déclin du détournement de pouvoir” (pág. 224). Vedel, *Droit Administratif*, II, París, 1959, indica también cómo el desarrollo de otras técnicas de control ha implicado “La diminution du rôle joué par le détournement du pouvoir”. Auby y Drago, *Traité de Contentieux administratif*, III, París, 1962, p. 85 y ss. (donde se emplean los mismos términos de “déclin” de la desviación de poder y de la disminución y reducción de su campo de aplicación, que “es hoy poco frecuente”). Jeanneau, *Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence administrative*, París. 1954, pp. 38-9, habla también de una cierta “desafección” actual por el “détournement de pouvoir” y de un “déclin” del mismo como consecuencia sobre todo del desarrollo de la técnica de los principios generales y de la del control de los hechos. Etc.

sificando para ello en tres apartados las técnicas de control de la discrecionalidad que pueden utilizarse al margen de las ya indicadas.

a) En primer lugar, el control de los hechos determinantes. Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho, y ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra. La valoración política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar a arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo.

En nuestro Derecho Administrativo, en nuestra jurisprudencia especialmente, no es raro encontrar el control de los hechos determinantes de las facultades discrecionales en aplicaciones casuísticas¹⁹, pero no hay del mismo una conciencia general y es obligado, desde luego, forzar esta conciencia sistemática, porque precisamente en el control de la realidad de los hechos determinantes radica una de las posibilidades más eficaces de control judicial de las potestades discrecionales, como saben bien en los países que utilizan abiertamente esta técnica.

19 Un paso extraordinario ha supuesto la nueva regulación de la prueba en el proceso contencioso-administrativo por la Ley de 1956, y la afirmación explícita del Preámbulo de ésta, dirigida contra la anterior jurisprudencia, (le que “la jurisdicción contencioso-administrativa no es una casación, sino propiamente una primera instancia jurisdiccional”, lo que significa que no es “impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda”. Véase, para un tratamiento ejemplar del tema en la jurisprudencia reciente, mi citado estudio *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, especialmente p. 147 y ss.

b) En segundo lugar, y ésta es una de las aportaciones más importantes de la ciencia jurídica alemana de los últimos tiempos, procede recordar la diferencia entre discrecionalidad y lo que los juristas alemanes llaman los conceptos jurídicos indeterminados²⁰. Estos conceptos jurídicos indeterminados, o que se contienen en lo que también se llaman las normas flexibles, son consustanciales a toda la técnica jurídica y no constituyen una particularidad del Derecho público.

El *arbitrium boni viri*, el “standard” de conducta del buen padre de familia, la buena fe, el orden público o las buenas costumbres como límite de la autonomía de la voluntad, o simplemente los conceptos de fidelidad, respeto, fuerza irresistible, ejemplo corruptor, uso natural de las cosas, etc., todos estos conceptos (unos, conceptos de valor; otros, conceptos de experiencia), bien conocidos en la doctrina general del Derecho²¹, son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata.

20 En la jurisprudencia francesa esta importante técnica de control se engloba en la anterior de control de los hechos, como un supuesto simplemente más intenso. Así, por ejemplo Auby y Drago, *Traité*, cit., III, p. 74 y ss., bajo el concepto de “cualificación jurídica de los hechos”, como supuesto más intenso del de mera constatación material de los mismos y menos de lo que ya juzgan que es—a mi juicio erróneamente—una apreciación de hechos con verdadero control de la oportunidad. Igualmente, Letourneur, “El control de los hechos por el Consejo de Estado francés”, en *Revista de Administración Pública*, 7, pp. 219 y ss., lo que llama “control de la legalidad en relación a las circunstancias de hecho” y “sustitución de la apreciación del funcionario por la del juez”. Igualmente Rivero, “La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d’Etat français”, en la obra colectiva *Le Fait et le Droit. Eludes de Logique Juridique*, publicado por el Centre National de Recherches de Logique, Bruxelles, 1961, p. 130 y ss., con una gradación de supuestos de control judicial de hechos idéntica a la de Auby y Drago, ya indicada. Por las razones que veremos, aun sumariamente, es mucho más certero el enfoque germánico.

21 Véase Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1956, p. 106 y ss.

Pues bien, en el Derecho público estos conceptos jurídicos indeterminados son también perfectamente habituales y normales, con idénticos contornos técnicos²²; un error común y tradicional, y de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas, ha sido confundir la presencia de conceptos de esa naturaleza en las normas que ha de aplicar la Administración con la existencia de poderes discrecionales en manos de ésta²³. Algunos ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Administrativo: justo precio, utilidad pública (como concepto legal), urgencia, circunstancias excepcionales, orden público, etc.

Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio, o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no, podemos decir en términos del Derecho Privado; o en nuestro campo: o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no

22 Véase Bachof, "Die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle", en *Süddeutschen Juristenzeitung*. 1948. pp. 742 y ss., y "Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht", en *Juristenzeitung*, 1955, pp. 97 y ss. Ule, Zur, "Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht", en *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, München, 1955, pp. 309 y ss., y en sus dos obras recientes, *Verwaltungsprozessrecht*, München und Berlin, 1960, pp. 5 y ss., y *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Berlin. 1960, pp. 318 y ss. "Reuss, Das Ermessen", en "*Deutsches Verwaltungsblatt*", 1954, pp. 585 y ss., y "Der unbestimmte Rechtsbegriff", en la misma revista 1954, pp. 649 y ss. Becker, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, en "Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer", Hef: 14, Berlin, 1956, pp. 125 y ss. Eyer-mann-Fröler, Verwaltungsgerichtserdnung, Berlin, 1960, páginas 492 y ss. Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff, cit. Ehmke, "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, Tübingen, 1960.

23 De ahí la gravedad del error de algunas teorías de la discrecionalidad que han tratado de identificar ésta con el uso en las Leyes de conceptos indeterminados ó imprecisos, tesis antigua bastante extendida que todavía tiene algún representante reciente entre nosotros.

lo es, etc. *Tertium non datur*. Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio. Si el Ministro, por ejemplo, tiene potestad discrecional para ascender a los funcionarios de una categoría y pasarlos a la categoría superior, tan justo será, desde el punto de vista del Derecho, que escoja a Juan, que escoja a Pedro, como que escoja a Antonio. Aquí, cualquiera de estas soluciones, alternativamente, es igualmente justa, y precisamente porque lo es existe libertad de decisión (la discrecionalidad consiste esencialmente en una libertad de elección), procediendo ésta en virtud de otros criterios materiales distintos de los jurídicos, que por ello no pueden jurídicamente ser fiscalizados. En la aplicación de un concepto jurídico indeterminado la Ley –por hipótesis– no nos da resuelto, como ocurre en los conceptos jurídicos determinados (por ejemplo, la fijación de la mayoría de edad), la solución concreta de cada caso, de modo que ésta debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según la naturaleza del concepto; pero lo característico es que ese valor propio del concepto o esa experiencia a que el concepto remite deben ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la Ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión, Ley que ha configurado éste con la intención expresa de acotar un supuesto concreto, aunque su precisión esté indeterminada; de este modo la aplicación de estos conceptos será justamente un caso de aplicación de la Ley. Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación²⁴, que ha de atenderse,

24 Una de las implicaciones más agudas que se ha dado de la diferencia entre discrecionalidad y uso de conceptos jurídicos indeterminados en la de “Flume, Steuerwesen und Recatsordnung”, en *Festgabe für R. Smend*, Göttingen, 1952, pp. 59 y ss., que, aunque con expresiones no desprovistas de

necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse, por otra, al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea sólo una, al concepto jurídico indeterminado que su precepto emplea. Justamente por esto, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado-discrecional, porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales.

La funcionalidad inmediata de esta fundamental distinción se comprende en seguida; allí donde estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, allí cabe con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación²⁵.

equivoco, ha establecido la correspondencia de ese par de conceptos con el de "*Handlungsermessen*" y "*Unelsermessen*", esto es, la discrecionalidad de actuación frente a la discrecionalidad de juicio; la primera supone la posibilidad de una actuación activa de la autoridad según propia iniciativa, cuya solución concreta no comprende en sí la norma, que se limita a apoderar a aquélla con la competencia, medios y ámbito formal en que la decisión puede moverse; el supuesto segundo es el de una declaración jurídica sobre el fundamento de una "norma de decisión objetiva" ("*Sachentscheidungsnorm*" frente a la "*Handlungsnorm*" del primer caso): es una mera declaración de lo que es de derecho en el caso concreto; se trata de una mera aplicación del Derecho, que el autor califica incluso como "jurisdicción en sentido material" Cfr. sobre esta perspectiva Jesch, op. cit., pp. 234 y ss., Ehmke, op. cit., p. 24 y ss. Hemos de notar que la expresión española "discrecionalidad", al utilizar el concepto de discreción, que igual puede utilizarse en el ámbito cognoscitivo como en el de la actuación práctica, y que es casi equiparable al de prudencia, tan ligado tradicionalmente a la función de los Tribunales, quita relieve a la contraposición que se persigue; ésta quedaría más clara si se empleasen expresiones más netas, como, por ejemplo, la de arbitrio.

- 25 No podemos entrar en todos los problemas de esta fiscalización. La exposición esquemática que adoptamos en el texto se complica algo por la necesidad de reservar a la autoridad que aplica un concepto jurídico

En el Derecho español encontramos aplicaciones casuísticas e informulas de esta tesis que no han parado mientes sobre la peculiaridad del fenómeno, pero nos falta también una conciencia sistemática del mismo, conciencia sistemática en la cual radican posibilidades enormes de reducción de ese gran cuerpo bruto de las potestades discrecionales. He aquí, por ejemplo, el concepto de casa ruinosa, típico concepto jurídico indeterminado. Ante una casa determinada no cabe más que una sola solución justa: la casa es ruinosa o no es ruinosa. Es claro entonces que esta determinación no puede ser objeto de una facultad discrecional, sino que se trata de un problema de aplicación de la Ley en un caso concreto. El Tribunal Supremo, con absoluta corrección, no ve ningún obstáculo en entrar en el fondo de si existe o no existe casa ruinosa en el caso particular, y de rectificar, por consiguiente, el juicio de la Administración²⁶.

El concepto de falta de probidad del funcionario, como una de las faltas disciplinarias típicas: el Tribunal Supremo no tiene ningún inconveniente en entrar a valorar sobre las circunstancias concretas si hay que entender producido este concepto jurídico indeterminado de la probidad o de la falta de probidad, etc.²⁷.

indeterminado el llamado por Bachof "margen de apreciación" ("*Beurteilungsspielraum*") (Jesch lo llama expresivamente "*Begriffshof*" por diferencia del "*Begriffskern*", esto es, halo del concepto por diferencia de su núcleo fijo, utilizando categorías de Heck), que en todo caso -véase nota anterior- es un margen cognoscitivo y no volitivo; este "margen de apreciación" -es la tesis de Jesch- será mayor o menor ordinariamente según la posibilidad o no de aportar o representar ante el Tribunal la totalidad de los elementos de hecho que la autoridad que aplicó el concepto tuvo en cuenta. En ocasiones la extensión del "margen de apreciación" está tasada por la Ley: por ejemplo, para la determinación del justo precio en la expropiación, la lesión que se invoca para que el Tribunal pueda revisar la apreciación administrativa ha de exceder precisamente del sexto (art. 126, 2, de la Ley de Expropiación Forzosa).

26 Véase E. Roca, *El expediente contradictorio de ruina*, Madrid, 1961.

27 Notemos al paso que los poderes de fiscalización de que usa nuestro Tribunal Supremo en materia de sanciones disciplinarias son mucho más amplios que los que utiliza el Consejo de Estado francés, que suele reco-

Incluso encontramos en la jurisprudencia reciente, aunque por la vía forzada de la desviación de poder, quizá por esa interpretación equivocada, que ya hemos combatido, de entender que es ella la única vía de penetración en el bloque de las facultades discrecionales, una Sentencia de 24 de octubre de 1959, en la que el Tribunal Supremo entra directamente a valorar en un concurso para la provisión de una plaza de recaudador de contribuciones de un gran Municipio catalán los méritos respectivos de los concurrentes, las ventajas que cada uno aporta, y a resultas de ello no tiene inconveniente en rectificar el juicio de la Administración²⁸. Aquí el principio de

nocer en la materia un “margen de apreciación” amplísimo a la Administración. Rivero, *La distinction du droit et du fait*, citado, pp. 145-6. Esta audacia de nuestra jurisdicción no hace sino más ostensible su frecuente abstención en materia de sanciones policiales. Véase infra.

- 28 Sentencia fundamental (Ponente, señor Cervia Cabrera) que constituye quizá el punto extremo alcanzado por nuestro Tribunal Supremo en materia de control de la discrecionalidad. Clavero Arévalo, *La desviación de poder*, cit., pp. 119-120. tras sostener que en esta Sentencia se trató más bien de un caso de control jurisdiccional de los hechos (dando a este concepto la extensión propia de la doctrina francesa, que ya hemos combatido, supra nota 20), afirma luego (p. 122, nota) que en los Considerandos de la Sentencia se excede en ocasiones el argumento de la desviación de poder –o del control de los hechos– entrándose en “el vicio de mérito de los actos administrativos”, es decir, por consiguiente, en un juicio de pura oportunidad y no de legalidad. Es de notar que, sobre la misma técnica del control de los hechos, los franceses aceptan que en ocasiones, y por de pronto en todos los casos de “police municipal”, el Consejo de Estado sustituye con su propio juicio el juicio de oportunidad de la Administración, yendo más allá del examen de mera legalidad. Auby y Drago, *Traite*, cit., III, pp. 81 y ss. Rivero, *De la distinction du droit et du fait*, cit., p. 146. Dubisson, *La distinction entre la légalité et l’opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1956, pp. 129 y ss. y 198 y ss. A mi juicio, estos equívocos quedan aclarados utilizando la idea de los conceptos jurídicos indeterminados de que, en realidad, se trata; la existencia de una unidad de solución justa, que excluye la auténtica discrecionalidad, tanto en el caso de la resolución del concurso a que la Sentencia de 24 de octubre de 1959 se refiere, que debía hacerse conforme “al bien del servicio o el interés público” y escogiendo a quien “reuniera las mejores condiciones de competencia y garantía”, como en el ejemplo francés de la policía municipal, porque el orden público es otro concepto jurídico indeterminado (vid. infra), justifican sobradamente estas soluciones jurisprudenciales. Sin embargo, es claro que en ellas la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es llevada a su extremo

la unidad de solución justa, al dar carácter de concepto jurídico indeterminado al “bien del servicio o el interés público”, o a “las mejores condiciones de competencia y garantía”, que era el principio valorativo incluido expresamente en las bases del concurso, justifica sobradamente la gallarda solución jurisprudencial.

Esta técnica de los conceptos jurídicos indeterminados lleva en sí (y así se ve en la Sentencia que acaba de citarse) un principio expansivo que es capaz de acabar con muchas de las que tradicionalmente vienen considerándose como facultades discrecionales, especialmente en cuanto se interpreten como conceptos de tal naturaleza los tan amplios de “interés público”, “utilidad pública” y—éste, por supuesto, frente a nuestra tradición jurisprudencial que trata de incluirlo dentro de la función de gobierno, cuestión a la que aludiremos inmediatamente—

al calificarse como tales conceptos tan amplios (dotados de un halo tan extenso, diríamos en la terminología de Jesch) como “el bien del servicio o el interés público”, o “el orden público”, respectivamente, con los cuales, y especialmente con el primero de ellos, viene a comprenderse la mayor parte de las hoy tenidas por facultades discrecionales. Pero ésta es justamente una consecuencia de esta construcción, como veremos, que viene a justificar la correctísima, y casi escandalosa, declaración de la Sentencia de 24 de octubre de 1959: esta técnica de control implica que se “ha transformado la noción del acto administrativo discrecional, pues sin perjuicio de cierta amplitud de criterio en la decisión, éste, en lo que afecta a su parle resolutive, se ha convertido en reglado, ya que no se considera válido más que cuando cumple el fin que implica la idea del bien del servicio o del interés público, pudiendo decirse que todas las veces que la legalidad u objeto del fin está determinada, no existe poder discrecional”. Se apunta

“orden público”. “Esta nueva teoría –ha dicho Ule²⁹ –muestra que la actuación administrativa reglada y la discrecional no están radicalmente separadas... y que la contraposición doctrinal [entre ambas]... queda considerablemente relajada. Ello se manifiesta, ante todo, en la [nueva] posición que los Tribunales administrativos adoptan ante la Administración”.

c) Tercera técnica de control de las facultades discrecionales: el control por los principios generales del Derecho.

Los principios generales del Derecho son, como bien se sabe, una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *abstractum* mismo del Ordenamiento³⁰ y de la experiencia reiterada de la vida jurídica (tópica, en el sentido de Viehweg)³¹. Pues bien, hay que afirmar que la Administración está sometida no sólo a la Ley, sino también a los principios generales del Derecho³², y ello por

con claridad, aunque acaso equívocamente, a la doctrina de la unidad de solución justa, sin que falte una certerísima salvedad del “margen de apreciación” o “*Beurteilungsspielraum*”: “sin perjuicio de cierta amplitud de criterio en la decisión”. Este concepto de margen de apreciación se encuentra también certeramente formularlo en la Sentencia de 8 de junio de 1959 (Ponente, señor Mouzo Vázquez), incluso con su conexión a la posibilidad de representación ante el Tribunal de los elementos de juicio (juicio, no voluntad!) tenidos en cuenta para resolver: “Un Tribunal designado en forma legal es de presumir que use de sus facultades discrecionales con toda ponderación y rectitud... sin que tenga el Tribunal juzgador de esta “litis” elementos de juicio para desvirtuar el análisis, crítica y conclusiones a que llegó el Tribunal examinador”.

29 Ule. *Verwaltungsprozessrecht*, cit., pág. 8.

30 Subrayar esto es un mérito bien conocido de F. de Castro, *Derecho Civil de España*, I, 2a ed., 1949. pp. 405 y ss.

31 Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, Miinchen, 1953. En general, para este tema de los principios generales remito a mi artículo citado *La interdicción de la arbitrariedad*.

32 La afirmación habitual de la doctrina francesa de que la Administración está sometida además de a la regla legal, a la regla jurisprudencial (Dubisson, op. cit., páginas 52 y ss. Eisenmann, *Le Droit Administratif et le principe de légalité*, en “Conseil d’Etat. Etudes et Documents”, 11. 1957. pp. 25 y ss.) es perfectamente equívoca: las reglas jurisprudenciales no son sino concreciones de los principios generales. Más certeramente la Ley Fundamental de Bonn, artículo 20, párrafo 3º, proclama la vinculación de la Adminis-

una razón elemental, porque la Administración no es señor del Derecho, como puede pretender serlo, aunque siempre será parcialmente, el legislador. La Administración no es un poder soberano, sobre esto hemos de insistir, y por esta simplísima razón no puede pretender apartar en un caso concreto, utilizando una potestad discrecional, la exigencia particular y determinada que dimana de un principio general de derecho operante (dentro de la comunidad que se contempla) en la materia de que se trate. La Ley que ha otorgado a la Administración tal potestad de obrar no ha derogado para ella la totalidad del orden jurídico, el cual, con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculando a la Administración. No tiene sentido por ello pretender ampararse en una potestad discrecional para justificar una agresión administrativa al orden jurídico, vale decir, a los principios generales, que no sólo forman parte de éste, sino mucho más, lo fundamentan y lo estructuran, dándole su sentido propio por encima del simple agregado de preceptos casuísticos.

El control de la discrecionalidad por los principios generales hace al juez administrativo atenerse a su más estricta función de defensor del orden jurídico. Hay que decir que en parte alguna del Ordenamiento la apelación a los principios generales es más necesaria que en el Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional, de las normas parciales y fugaces; sobre lo cual tendremos más tarde ocasión de reflexionar.

Ante ello no hay la menor posibilidad de una jurisprudencia y de una ciencia estrictamente exegética, ni por verdadera reducción al absurdo, por inesperado *“embarras de richesse”*, es

tración (y de los Tribunales) *“an Gesetz und Recht”*, a la Ley y al Derecho; “sobre lo cual véase Forsthoff, *Die Bindung an Gesetz und Recht* (art. 20 Abs. 3 GG). “*Strukturanalytische Bemerkungen zum Uebergang vom Rechtsstaat zum Justizstaat*”, en *Die Oeffentliche Verwaltung*, 1950 p. 41 y ss. Schnorr, “*Die Rechtsidee im Grundgesetz Zur rechtstheoretischen Präzisierung des Art. 20*”, Abs. 3 GG, en *Archiv des Oeffentlichen Recht*”. 1960, p. 121 y ss.

posible sostener que el Derecho Administrativo sea la suma de todo ese conjunto inacabable de normas en perpetuo fieri, cuyas notorias y graves deficiencias no alcanzan a potenciarse (antes bien, resultan potenciadas) por la agrupación o reunión de todas ellas. Más que en parte alguna resulta aquí evidente que sin un esqueleto de principios generales capaz de insertar y articular en un sistema operante y fluido ese caótico y nunca reposado agregado de normas, el Derecho Administrativo, ni como ordenación a aplicar, ni como realidad a comprender, ni, consecuentemente, como ciencia sería posible.

Por otra parte –y la observación es de Forsthoff³³–, en una Administración que invade todas las esferas de la vida privada, “no la simple técnica de ciertas formas jurídicas, sino sólo la vinculación a principios jurídicos materiales³⁴ puede asegurar hoy en la medida necesaria libertad individual y justicia social legitimando al Estado como Estado de Derecho”.

Las posibilidades de un control judicial de los poderes discrecionales por los principios generales del Derecho son muy extensos. Hay principios generales que funcionan como reserva última para condenar resultados extremos obtenidos por la Administración, como el principio de la iniquidad

33 *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, 3.a ed., München u. Berlín, pp. 3-4.

34 Principios que no son, dice el mismo Forsthoff en otro lugar (op. cit, página 61), *ius normatum*, sino *iusticia normans*. Hayek, *The Constitution, of Liberty*, London, 1960, pp. 213-4, observa justamente que cuando la acción administrativa interfiere la esfera privada del individuo, los Tribunales deben tener el poder de decidir no solamente si tal acción es *infra vires* o *ultra vires*, sino si la substancia de la decisión administrativa es tal como el derecho impone que sea, y ello porque el principio del “rule of law” o Estado de Derecho, significa que el ciudadano y su propiedad no puede convertirse en objeto o en medio para la acción administrativa, que la Administración no tiene poderes discrecionales contra los derechos fundamentales de la persona.

manifiesta³⁵, o el de la irracionalidad³⁶, o el de la buena fe³⁷, o el de la proporcionalidad de los medios a los fines³⁸, o el de la naturaleza de las cosas³⁹, etc. Otros principios se revelan como límites directos más inmediatos y operantes, como el fundamental principio de igualdad⁴⁰, “cornerstone of administrative

35 Véase sobre ello las referencias de mi artículo *La interdicción de la arbitrariedad*, p. 164.

36 *Ibidem*, pp. 161-5. La Sentencia de la Sala 3.a de 9 de febrero de 1960 (ponente señor Serra Martínez), alude al “principio jurídico de razón natural, y como tal recogido y desarrollado jurisprudencialmente” el de *legem patere quam ipse fecistit*.

37 *Ibidem*, p. 165. Ruck. “Treu und Glauben in der öffentlichen Verwaltung”, en el volumen *Aequilas und Bona Fides. Festgabe Simonius*, Basel. 1955. pp. 341 y ss. Baumann, *Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht*, Zürich. 1952. Giacometti, *Allgemeine Lehre des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zürich, 1960 pp. 220 y ss. y 289 y ss. Las Sentencias de la Sala 4a, de 23 de diciembre de 1959 y 13 de junio de 1960 (ponentes, señores Fernández Hernando y Marroquín Tobalina) invocan expresamente el “respeto al principio de buena fe en sus relaciones [de la Administración] con los administrados”, enunciando la primera como declaración general “el respeto debido al principio de buena fe, en que han de inspirarse tanto los actos de la Administración como los del administrado”. Este principio es mucho más dúctil que el de la prohibición del abuso del derecho, el cual puede ser incluido como una particularidad del primero. Sobre este último, con el esfuerzo de tipificar la figura sobre la desviación del poder, Martínez Useros, *La doctrina del abuso de derecho y el orden jurídico administrativo*, Madrid, 1947. Goy, “L’abus du droit en Droit Administratif français”, *Revue de Droit Public*, 1962, pp. 5 y ss.

38 Sostenido ya. como límite de las facultades discrecionales, en la Sentencia de la Sala 5a de 20 de febrero de 1959 (ponente, señor Camprubi Pader), estudiada por mí en el citado artículo *La interdicción de la arbitrariedad*, en especial pp. 138-9 y 162-3. Hoy puede encontrar base legal este principio en los artículos 40.2, de la Ley de Procedimiento Administrativo y 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Véase también Von Kraus, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Hamburg, 1955 (Universität Hamburg. Abhandlungen aus dem Seminar für öffentliches Recht).

39 Véase las referencias de mi trabajo *La interdicción de la arbitrariedad*, comentando la consagración de este principio como límite de la potestad reglamentaria, que es una de las formas más extensas de discrecionalidad, por la citada sentencia de 20 de febrero de 1959, pp. 138 y 162. Adde, Ballweg, *Zu eine Lehre von der Natur der Sache*. Basel, 1960.

40 *La interdicción de la arbitrariedad* (donde se comenta la Sentencia de la Sala 5a, ya citada, de 6 de julio de 1959, que acoge expresamente este principio como límite de la discrecionalidad reglamentaria), pp. 149-150 y 162, con

justice"⁴¹, y en general, todos los derivados de las decisiones políticas fundamentales (en el sentido de Carl Schmitt)⁴² y de los derechos y libertades fundamentales de las personas y las instituciones⁴³, puesto que es evidente que la Administración no puede, en nombre de sus facultades discrecionales, violar principios constitucionalmente consagrados como base entera de la organización comunitaria y del orden jurídico.

Al término de esta formidable reducción de la discrecionalidad queda de ésta un último residuo, aquel en el que se manifiesta como una apreciación de valores singulares (la oportunidad es sólo uno de ellos) sobre la que se monta la libertad de elección en que en último extremo consiste. Esto ya no es fiscalizable jurisdiccionalmente, ni puede serlo, porque los Tribunales sólo pueden usar para la medida del actuar administrativo criterios jurídicos generales –lo general es justamente lo propio del Derecho, en donde radica su objetividad, y no en apreciaciones subjetivas y contingentes de la justicia de los casos concretos. Es en esa libertad última de decisión, en vista de lo singular y de lo concreto, en donde radica la responsabilidad del poder político, responsabilidad de que el juez está exento y que nunca puede pretender sustituir. El control judicial de la discrecionalidad no es, por ello, una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y ni siquiera se

referencias. Ultimamente, Bettermann, "Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit", en la Revista *Der Staat*, 1962, páginas 79 y ss, y Entrena Cuesta, en *Revista De Administración Pública*, 37, pp. 63 y siguientes.

41 Friedmann, *Law in a changing Society*, London, 1959, pág. 367. Véase, en concreto, Jeanneau, *Les principes*, cit., pp. 7 y ss., sobre su enorme juego en la jurisprudencia francesa.

42 Véase, en general, H. J. Wolff, "Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen", en el *Gedachtnisschrift filr W. Jellinek*, cit., p. 33 y ss. Aquí se inserta, sobre todo en Alemania, el gran debate sobre el alcance del principio del Estado social de Derecho, sobre lo cual véase, por todos, los trabajos de Forsthoff y Bachof, en el cuaderno 12 de las "Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler". con el título *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaat*, y Scheuner, *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaal in Deutschland*, pp. 247 y ss.

43 *La interdicción de la arbitrariedad*, cit., pp. 163-4 y referencias.

ordena a una reducción o limitación del mismo , sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión ni forma parte de sus funciones ni la requieren tampoco sus responsabilidades.

VI. LA INMUNIDAD DE LOS LLAMADOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO. EL INTENTO RESTRICTIVO DE LA LEY DE 1956 Y EL EFECTO EXPANSIVO DE SU PREÁMBULO. IMPORTANCIA POLÍTICA Y RÉGIMEN JURÍDICO. LA DISOLUCIÓN DOCTRINAL DE LOS ACTOS DE GOBIERNO. EL CASO SINGULAR DE LOS ACTOS DE RELACIÓN CON EL LEGISLATIVO Y DE RELACIONES INTERNACIONALES. ANÁLISIS DE LOS DEMÁS PRETENDIDOS ACTOS DE GOBIERNO, EN ESPECIAL CUESTIONES DE ORDEN PÚBLICO Y DE ORGANIZACIÓN MILITAR. LA ELIMINACIÓN DE ESTA SUPERVIVENCIA DE LA RAZÓN DE ESTADO. EL CASO FRANCÉS. LAS CLÁUSULAS GENERALES CONSTITUCIONALES DE OTROS PAÍSES Y EL FIN DE LOS ACTOS DE GOBIERNO. LA CONDENACIÓN DE LAS EXCLUSIONES DE MATERIAS POR MINISTERIO DE LA LEY.

El segundo gran bloque de materias inmunes a la jurisdicción contencioso-administrativa es el bloque de los actos políticos.

La Ley de la Jurisdicción, de 1956, no ha podido concluir con esta institución de los actos políticos o actos de gobierno como actos de los cuales no pueden conocer los Tribunales contenciosos. En el artículo 2.º, apartado b), de la Ley se definen estos actos de la siguiente manera:

“Cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del

territorio nacional, las relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar”.

La Ley, sin embargo, ha hecho un plausible esfuerzo por intentar restringir el significado práctico de estos actos políticos, en dos direcciones: por una parte ha limitado la posibilidad de los actos políticos a que sean emanados del Gobierno, entendido orgánicamente; para ello ha jugado con cierta habilidad con la sinonimia de la palabra gobierno, que si significa objetivamente una función, también especifica un órgano, en concreto el Consejo de Ministros; así la Ley habla de “actos políticos del Gobierno”, sin que la mayúscula de este último término y su concreción por el artículo determinado y determinante “el” deje la menor duda sobre la intención, como por lo demás lo aclara –intentando justificarlo⁴⁴– la Exposición de Motivos. Por consiguiente, todas las autoridades inferiores al Gobierno, al Consejo de Ministros, no pueden emanar actos de gobierno, actos políticos, que tengan la virtud de no ser fiscalizables por los Tribunales contenciosos. Hay que decir, sin embargo, que el Tribunal Supremo no ha seguido fielmente esta idea de la Ley de lo Contencioso, y son ya bastantes las Sentencias en que aplica la calificación de acto político a actos pura y simplemente ministeriales⁴⁵, e incluso de autoridades

44 “La función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales”. Pero, sin embargo, se puede argüir que hay “supremos órganos estatales” que no son el Gobierno y que son incluso superiores a él (Jefe del Estado, Consejo del Reino, Consejo de Regencia). Vid. *infra*. La concreción juega, en realidad, como un límite hacia abajo, no hacia arriba.

45 Sentencias de 18 de junio de 1959, 10 de noviembre de 1959. En la conocida serie de sentencias recaídas sobre el mismo caso de sanciones impuestas con motivo de una reunión de carácter político (26 de diciembre de 1959, 29 de febrero de 1960, 23 de marzo de 1960 y 7 de octubre de 1960) se trataba de una sanción impuesta por el Ministro de la Gobernación; al amparo de lo dispuesto en la Ley de Orden Público, el Consejo de Ministros había conocido de las mismas sólo por vía de recurso contra el acto sancionatorio ministerial (lo que evidentemente no alteraba el carácter ministerial de la medida: un recurso no puede cambiar en materia política lo que inicialmente no lo era, y más si su resolución es confirmatoria del acto recurrido).

inferiores⁴⁶. La reciente Sentencia de 10 de febrero de 1962 (Ponente, señor Fernandez Hernando) parece iniciar una toma de conciencia de esa intención restrictiva de la Ley al limitar la producción de actos políticos al Consejo de Ministros.

Segunda limitación con que la Ley de lo Contencioso ha querido relativizar el concepto de acto de Gobierno: la Ley dispone que, no obstante la imposibilidad de entrar en el enjuiciamiento de los mismos, está entre los poderes de la jurisdicción el disponer indemnizaciones en el caso de que de la aplicación de estos actos dimanen perjuicios⁴⁷.

Pero al lado de este esfuerzo positivo por reducir este viejo dogma, la Ley de lo Contencioso ha incurrido, a mi juicio, en un grave motivo de censura, que es el intento de ofrecer una justificación teórica de este fenómeno de la impunidad jurisdiccional de los llamados actos políticos. Toda justificación abstracta, toda teoría, está dotada de una inmediata fuerza expansiva, y es un hecho fácilmente comprobable que la misma está siendo utilizada por los Tribunales, no sólo para decidir estas cuestiones con buena conciencia, sino también para extender el concepto de acto de gobierno bastante más allá de lo que cualquier interpretación estricta podría admitir.

46 Aunque incidentalmente, la Sentencia de 25 de abril de 1961 afirma que “tuvo evidentemente tal carácter (de acto de gobierno) la incautación del cargamento de harina por la Autoridad militar en previsión de necesidades urgentes derivadas de los sucesos ocurridos en Sidi Ifn”; se trataba de un acto de la Autoridad militar local de Canarias.

47 Este precepto procede de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (véase mi libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956, p. 203), la cual a su vez lo toma del antiguo Reglamento de la Ley de lo Contencioso de 22 de junio de 1894, art. 4° (que nunca tuvo aplicación). Sobre alguno de los problemas de la nueva fórmula legal vid. Boquera Oliver, “La responsabilidad del Estado por la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”, en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, 1, Madrid, 1961, pp. 195 y ss. En todo caso entiendo que toda dificultad interpretativa ha de resolverse en favor de la plenitud de jurisdicción de los Tribunales contenciosos sobre los soi disant actos políticos.

Dice la Ley en su Exposición de Motivos, en efecto, que estos actos políticos no son actos administrativos de gran porte (“no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de la discrecionalidad”), sino que son otra cosa que actos administrativos (“actos esencialmente distintos”, dice, nada menos), puesto que –concluye– una es la función administrativa y otra la función política.

Estas afirmaciones tan categóricas, puestas al lado de sus consecuencias en la parte preceptiva de la Ley y en la jurisprudencia, no las comparte hoy, podemos decir, ningún otro sistema y quizá ningún jurista autorizado. Desde el punto de vista material, desde luego, es obvia la diferencia entre las grandes decisiones políticas que comprometen la suerte entera de la comunidad, y el diario y ordinario quehacer del último funcionario de la Organización. La distinción entre políticos y funcionarios, como agentes que respectivamente encarnan esas dos distintas responsabilidades, es obvia y se apoya en una base real evidente. Pero es también un lugar común que el Derecho Administrativo no puede ser edificado sobre una idea material de la función administrativa⁴⁸. Jurídicamente, que es lo que importa, puesto que estamos hablando de Derecho Administrativo, no hay ninguna diferencia entre el acto más importante del Consejo de Ministros, con las salvedades que haré a continuación, y el acto más nimio del último funcionario de la escala, y no la hay por una razón jurídica elemental, porque todos son órganos de la misma persona, del mismo sujeto, y, por consiguiente, con el mismo título el Consejo de Ministros, como el último liquidador de contribuciones de partido, vienen a imputar del mismo modo al mismo sujeto su propia decisión.

48 Sobre esto, mi estudio “Verso un concetto del Diritto Amministrativo como diritto statutario”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, pp. 317 y ss.

Por otra parte, esta persona jurídica, este sujeto que es la Administración, está sometida al mismo Derecho, sin consideración, salvo una posible distinción inferior de régimen, a la posición de los órganos a través de los cuales actúa. Esto ocurre, del mismo modo, en todas las organizaciones personificadas; nadie dudaría que entre los actos de la Junta general de accionistas y los de cualquiera de los múltiples factores de una gran sociedad hay una verdadera diferencia de grado, atendida su importancia material respectiva; pero sería absurdo pretender de ello, o bien que los actos de la Junta general no son actos de la Sociedad, o bien que si los actos del factor son actos mercantiles, los de la Junta general no, o bien, por último, y mucho más absurdo, que estos últimos no pueden ser fiscalizables por los Tribunales. Aun entre los actos de una persona física no tiene la misma importancia, con toda evidencia, contraer matrimonio, reconocer un hijo o hacer testamento, que comprar un periódico o depositar el abrigo en un guardarropa, pero ello nada arguye, ni puede argüir, lógicamente, contra la doctrina general del negocio jurídico ni contra su extensión, capaz de comprender todas esas particularidades. En definitiva, y esta es la lección que importa retener, una es la perspectiva del Derecho, que es una perspectiva de régimen, y otra la propia de cada una de las materias a que el Derecho se refiere. Al insistirse sobre la diferencia cualitativa entre Política y Administración se está diciendo algo obvio, pero es una petición de principio pretender arrancar de esta diferencia material una diferencia de régimen jurídico, tan grave, además, como la de la definitiva exclusión del Derecho Administrativo de todo un sector de actos que inicialmente se nos presentan como actos propios del sujeto en que la Administración consiste.

Una confirmación de lo que decimos es la absoluta incapacidad, que puede ya darse por rubricada, cabe decir, después de más de un siglo de esfuerzos incesantes y de distinciones cada vez más sutilmente renovadas, en que se encuentra la doctrina para decirnos qué es lo que positivamente es un acto de gobierno.

La teoría de los actos de gobierno, resumamos algo bien conocido⁴⁹, ha pasado por una serie de fases muy características. Cuando surge en la jurisdicción francesa de la primera Restauración⁵⁰ se justifica en la doctrina del móvil o del fin; sería acto político aquel cuya finalidad, cuyo móvil determinante, es político. Se observa en seguida, como era elemental, que estos móviles políticos (calificativo que, por otra parte, es perfectamente equívoco para discriminar una actuación del poder –“poder político”– y que suele reservarse en la práctica para las medidas de defensa de la clase gobernante o del régimen) pueden aplicarse a cualquier acto, y, por consiguiente, aparte la dificultad de precisar en cada caso el motivo último del acto, puede llegar prácticamente a la eliminación de la mayor parte del Derecho Administrativo de la posibilidad de su fiscalización jurisdiccional.

En 1875 el Consejo de Estado francés abandona la teoría del móvil (curiosa forma de cómo al simple contagio con el mundo político el acto administrativo se torna extrajurídico) y la sustituye por la llamada teoría de los actos de gobierno “*à raison de sa nature*”. ¿Cuáles son estos actos de gobierno por naturaleza? No obstante el énfasis del planteamiento, se renuncia a otro criterio que el puramente empírico o casuístico, y se aboca así

49 Vid., en general, Duez, *Les actes de gouvernement*, París, 1935. Schneider, *Gerichtsjreie Hoheitsakte*, Tübingen, 1951; Rumbé, *Regierungsakte im Rechtsstaat*, Bonn, 1955, y allí citados. Para España, Guntá, “Los actos políticos o de gobierno en el Derecho español”, *Revista del instituto de Derecho comparado*, 4, 1955, pp. 74 y ss, y “Actos políticos y Justicia Administrativa”, en *Estudios en homenaje al profesor Legaz*, Santiago de Compostela, 1960 pp. 913 y ss.; Sánchez Agesta, “Concepto jurídico del acto político”, en *Homenaje a Pérez Serrano*, I, Madrid, 1959, pp. 183 y ss. Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 2a ed., Madrid, 1961, pp. 367 y sgs., y el citado trabajo de Boquera; todos, por cierto, y en general, dentro de las posiciones tradicionales.

50 Ha sido fácil observar que la introducción de la teoría de los actos de Gobierno fue una iniciativa del Consejo de Estado para no exacerbar la enemiga que le profesaban los nuevos poderes, iniciativa, pues, “inspirada por la única preocupación política de hacerse modesto para mantenerse y durar”; Duez, op. cit. pp. 30-1; Olivier-Martin, *Le Conseil d’Etat de la Restauration*, París, 1941 y el Prólogo de Pichat.

al sistema de enumeración o de lista: son actos de gobierno aquellos que la propia jurisprudencia ha llamado actos de gobierno. Naturalmente, esta es la confesión paladina de que estamos en presencia de un fenómeno que no tiene una justificación material.

En nuestro Derecho estamos aún, no obstante el intento de construcción conceptual de la Exposición de Motivos de 1956, o más bien podría decirse a causa de eso mismo, en el momento del sistema de lista, aunque todavía haya ecos en las decisiones jurisprudenciales del criterio del móvil o de la finalidad.

El propio artículo 2° de la Ley enumera unos cuantos actos políticos, aunque sin afán exhaustivo, dejando, pues, el cuidado de completar la lista a la jurisprudencia; dice, en efecto: “como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad inferior del Estado y mando y organización militar”.

De estas listas tradicionales de actos, de la misma del artículo 2.º, hay dos supuestos, dos, y nada más que dos, que son, efectivamente, perfectamente distintos de los actos administrativos. Se trata de los actos de relación internacional cumplidos por los órganos superiores en vista de las relaciones internacionales, por una parte, y en segundo lugar, los actos de relación interconstitucional de los órganos superiores: así del Jefe del Estado o del Consejo de Ministros con las Cortes o con el Parlamento, según los regímenes: remisión de Proyectos de Ley, cuestiones de confianza, fijación del orden del día, disolución de las Cámaras, convocatoria de elecciones, etc.

Ahora bien, hay que decir que estos dos tipos de actos (vuelvo a repetir: los producidos en las relaciones internacionales y los que se realizan en el ámbito de relaciones entre el Ejecutivo y el Parlamento) no proceden, con toda claridad, de

la Administración como persona⁵¹. Las relaciones internacionales las cumple, no la Administración, sino la persona internacional del Estado, el Estado entendido como personalidad jurídica desde otro ordenamiento distinto del Ordenamiento administrativo, desde el Ordenamiento jurídico internacional. Y a su vez, las relaciones con el Parlamento tampoco las cumple la Administración en cuanto tal, sino simplemente los titulares de los puestos supremos de la Administración en cuanto que cumplen otras funciones constitucionales además de las propias de órganos de la Administración⁵².

51 Remito a mi estudio *Verso un concello di Dirillo amministrativo*, cit, especialmente pp. 328 y ss., para una mayor precisión de este argumento.

52 Es a estos dos tipos de funciones, y correlativamente de actos, a los que exclusivamente se refieren quienes prefieren seguir hablando de actos políticos como expresión de una supuesta función gubernamental, en Francia (Chapus, "L'acte de gouvernement, monstre eu victime", en *Dalloz. Chronique*, 1958, pp. 5 y ss. y voz "Acte de gouvernement", en *Encyclopedie Dalloz. Droit Administratif*, París, 1960. Auby y Drago, *Traité*, cit., I, pp. 71 y ss., en especial 75 y ss.; en Francia se discute aún, y estos mismos autores disienten entre sí, si hay o no que incluir, además, entre los actos de gobierno, los hechos de guerra, en cuanto a su irrecurribilidad por el contencioso de indemnización, prevaleciendo hoy el criterio de que la inadmisión del recurso se funda más bien en la irresponsabilidad del Estado por este tipo de daños, que son objeto de reparaciones a través de medidas legislativas –cfr. desde la teoría de la responsabilidad mis observaciones a este supuesto, en *Los principios de la nueva Ley de Expropiación*, cit., pp. 185 y ss.), Alemania (H. J. Wolff, *Verwaltungsrecht*, I, München und Berlín, 1956, pp. 200-1; Ule, *Verwaltungsprozessrecht*, cit. pp. 102-3; los alemanes suelen incluir además los actos presidenciales de gracia o indulto, pero en Francia donde en un tiempo también estos actos se calificaron de actos de gobierno, se prefiere hoy explicarlo por la naturaleza judicial de estas decisiones– así en las famosas conclusiones del comisario Celier en el "arrêt Gombert", 1947, "Revue de Droit Public, con comentario de Waline, 1947, pp. 95 y ss. –observándose que estos actos son controlados en su regularidad por los Tribunales penales) e Italia (por todos, Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli. 1952, p. 5, especialmente la enumeración). Los *Acts of State* del Derecho inglés, sobre los que también los Tribunales excusan su conocimiento, son exclusivamente los actos de relaciones internacionales: Schneider, *Gerichtsfreie*, cit., p. 49 y ss.; Wade y Phillips, *Constitutional Law*, 6a ed. London, 1961, p. 249 y siguientes. Estas posiciones doctrinales no pueden, pues, ser aducidas en apoyo de nuestra concreta situación legal y jurisprudencial, que extiende el concepto de acto político mucho más allá. En concreto, tanto la Exposición de Moti-

La exención de la jurisdicción contenciosa de estos dos tipos de actos es una consecuencia rigurosa de que, en efecto, no son actos de la Administración⁵³ y no están, por lo mismo, sujetos al Derecho Administrativo. De ahí que no se trate propiamente de consagrar una inmunidad jurisdiccional de la Administración, por el simple motivo de que no es la Administración quien los realiza, ni una excepción a la regla de la competencia general de la jurisdicción contenciosa, porque ésta limita constitutivamente sus poderes a fiscalizar los actos de la Administración.

Tan no es una inmunidad jurisdiccional la exclusión de esas dos especies de actos, que justamente, y esta me parece que es la prueba definitiva, resulta que los mismos son residenciables ante otras jurisdicciones con plena normalidad: los actos de relación internacional, ante los órganos jurisdiccionales internacionales; los actos constitucionales de relación con el Parlamento o con las Cortes ante los órganos de la jurisdicción constitucional, allí donde ésta exista.

¡Cuán distintos, sin embargo, los demás pretendidos actos de gobierno! Los demás pretendidos actos de gobierno, todos los demás, creo que sin excepción, son actos administrativos puros y simples, sólo que dotados de una especial importancia política (ordinariamente en el sentido de la lucha política), pero esta misma importancia lo que justificaría en rigor sería, precisamente, un análisis más cuidadoso de los mismos por la

vos de la Ley de la Jurisdicción y su artículo 2° b), como los autores *cits. supra*, nota 50, que aceptan y justifican su posición objetivista. tienen de la función pública o de gobierno una idea mucho más extensa y de hecho sin límites concretos, lo que priva de toda seguridad a su manejo y da al concepto de acto político, como ya hemos notado, una verdadera fuerza expansiva a costa del sistema de garantías.

- 53 Lo que no parece utilizable es la distinción que enuncia el importante Auto de la Sala 3.a. de 22 de junio de 1961, al que luego aludiremos más detenidamente, entre la actuación del Estado “como Administración... o como Poder público.... como ente político”, a efectos de distinguir los actos administrativos de los políticos: tampoco el caso resuelto ilustra sobre la posible aplicación de este criterio.

jurisdicción contencioso-administrativa, pero no proclamar su exención radical ante ésta⁵⁴.

Proclamar la inmunidad jurisdiccional de la Administración en estas materias, así genérica e imprecisamente llamadas políticas, implica ni más ni menos que consagrar que la Administración puede obrar en las mismas sin límite legal ninguno, incluso atropellando los derechos más elementales y más obvios de los ciudadanos, puesto que no existe medio técnico ninguno, ni de imponerle esos límites legales, ni de exigirle el respeto a esos derechos hipotéticamente atropellados.

Tómense los ejemplos más característicos de nuestra jurisprudencia, el orden público y la organización militar.

El orden público es hoy en todos los países occidentales el ejemplo más claro de lo que más atrás hemos llamado un concepto jurídico indeterminado: no puede ser una facultad discrecional de la Administración determinar a su arbitrio si existe o no perturbación del orden público, o amenaza de la misma, o incluir el más innocuo de los actos de la vida privada entre los actos contrarios al orden. Y ello por razones muy simples : primero, porque el *criterium* central que hemos utilizado para separar la discrecionalidad de los conceptos jurídicos indeterminados, la unidad de solución justa, se cumple en el caso con fácil evidencia: una misma situación no puede ser a la vez conforme y contraria al orden, como un mismo señor puede ser designado o no designado Alcalde, sin perjuicio de que la vida social reserve necesariamente un “margen de apreciación” de cierta holgura –nunca, en todo caso, una discrecio-

54 Triepel formuló ya clásicamente la observación de que las cuestiones políticas y las jurídicas no son entre sí contrapuestas, y que la naturaleza política de un acto no excluye su configuración o carácter jurídico: *Staatsrecht und Politik*, Berlín, 1927, páginas 17 y ss. En el Derecho Internacional, donde lo contrario implicaría su disolución, es ya comúnmente admitido: Wengler, *Der Begriff des Politischen im internationalen Recht*, Tübingen. 1956, pp. 40 y ss.

nalidad- a la Administración para su calificación⁵⁵. Segundo, y capital, todo orden constitucional construye un ámbito de vida privada, las libertades y derechos fundamentales, justamente con el ánimo de declararlos exentos de la acción policial; afirmar que es discrecional de la Administración determinar si cualquier actividad contraría o no el orden es tanto como aceptar que la Administración pueda hacer caso omiso de esos ámbitos de libertad garantizados⁵⁶. Por último, supuesta ya la existencia de la perturbación del orden, y justificada la acción

55 El caso más claro es el que ofrece la jurisprudencia francesa, que arranca de las famosas decisiones de principios de siglo sobre las medidas policiales de prohibición de procesiones católicas o del toque de campanas en base al argumento del orden público: el Consejo de Estado anuló tales medidas por entender que estos actos, que podrían en algún caso concreto provocar desórdenes (prueba que incumbe a la Administración, en cuyo caso podría legitimarse la medida restrictiva), por sí mismos no son contrarios al orden público. Véase los comentarios de Hauriou a estas decisiones del Consejo de Estado, *La jurisprudence administrative*, cit., II, pp. 722 y ss. Waline, *Droit Administratif*, 7a ed., París, 1957. pág. 578. Posteriormente este control de la realidad de la perturbación del orden público se ha extendido mucho más: el Consejo de Estado juzga si motivos estéticos de protección del paisaje o de monumentos son o no motivos de orden público para justificar el uso de los poderes policiales (Waline, pág. 569), o la protección de autóctonos de ultramar contra el alcoholismo, o la de menores en los bailes, o la lucha contra ciertas publicaciones juzgadas malsanas, o el interés financiero de una colectividad, o el interés de tercero (Waline, pp. 570-1), o si las perturbaciones del orden o su amenaza justifican o no, por su naturaleza o intensidad, la intervención de la autoridad de policía (Auby y Drago, *Traite*, III, pp. 78-9), o si las películas prohibidas por las autoridades atentan o no a la moralidad pública atendidas las circunstancias (Auby y Drago, *Ibidem*, pp. 26-7), o si la eventualidad de las perturbaciones invocadas por la autoridad de Policía presenta o no el grado de gravedad suficiente para justificar una medida restrictiva (Auby y Drago, *Ibidem*, pág. 83), etc. Para Italia, a través del concepto -equivoco- de discrecionalidad técnica, véase Virga, *La potestà di polizia*, Milano, 1954, pp. 45 y ss. Para Alemania, Nebinger, *Allgemeines Polizeirecht*, Stuttgart, 1954, pp. 17 y ss. Para Inglaterra el caso es aún más claro, puesto que las medidas represivas son un monopolio de los Tribunales (lo que, por cierto, es un argumento definitivo sobre la naturaleza de concepto jurídico indeterminado del orden público: cfr. *supra*, nota 24). Véase Allen, *The Queen's Peace*, London, 1953, pp. 131 y ss.

56 Cfr. sobre el límite de las libertades públicas, Waline, pp. 578 y ss. Dürig, "Art. 2 des GG und die Generalermächtigung zu allgemein polizeilichen

policial, los medios de la Policía no son ilimitados, sino perfectamente tasados, y ello no sólo por el argumento general de que la Policía no supone la posibilidad de una excepción ilimitada al orden jurídico existente, sino porque, además, es de elemental constatación comprobarlo legislativamente, y más aún justificarlo en la inmediata conexión de los poderes policiales con la garantía de la libertad; de ahí que, incluso dentro del arsenal de medios disponibles legalmente, los Tribunales entren incluso a juzgar sobre su proporcionalidad con las circunstancias de hecho⁵⁷.

He aquí, pues, que el orden público y la Policía general ni siquiera constituyen ya el campo por excelencia de la discrecionalidad, como pretendía la antigua doctrina, no ya, como viene afirmando nuestra jurisprudencia, materia de gobierno vedada *a limine* al conocimiento de los Tribunales contenciosos. Es cierto que el artículo 2º alude *expressis verbis* entre los actos políticos del Gobierno a los que atañen a “la seguridad interior del Estado”, pero entiendo que cabría perfectamente una interpretación de acuerdo con un concepto justo de las llamadas funciones de gobierno, que es la concepción de la Ley, limitando esta referencia a las grandes medidas de defensa total del Estado, como puede ser la declaración de los estados

Massnahmen”, *Archiv des Oeffentlichen Rechts*, 79, 1953, pp. 57 y ss. Virga, pp. 54 y ss., y el clásico estudio de Thoma, “Grundrechte und Polizeigewalt”, en *Festgabe für das Preussische OVG*, Berlín. 1925. pp. 183 y ss.

57 Véase, en general, además de algunos de los ejemplos de la nota 54, Virga, p. 59 y ss. Von Kraus, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, passim (el apoyo en la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, pp. 62 y ss.). El artículo 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el 6º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, dan hoy un apoyo positivo a este principio, como ya notamos más atrás. Es su fundamento la presunción en favor de la libertad.

de excepción o de guerra⁵⁸, pero no a las medidas represivas individuales⁵⁹.

Pues, vamos a ver, ¿qué quiere decirse con que tales materias son actos políticos? ¿Quiere decirse que la Administración en cuanto se trate de cuestiones de orden público puede obrar sin límite legal ninguno? Esto es lo que resulta de la declaración de incompetencia de los Tribunales contenciosos, y se comprende que no hay ningún principio jurídico que pueda justificarlo⁶⁰. Baste recordar lo que acabamos de notar sobre el

58 Cuya naturaleza de acto político, aunque sólo sea por alterar el orden normal de las competencias constitucionales entre los distintos Poderes, se admite en otros países; véase infra sobre la aplicación del artículo 16 de la Constitución francesa, y Virga, página 51. De todos modos, como en la actual Ley de Orden público, de 30 de julio de 1959 (posterior, pues, a la Ley de la jurisdicción), la declaración del estado de excepción, y normalmente también del estado de guerra, se acuerdan por Decreto-Ley, no sería preciso calificar estas decisiones de actos políticos para alcanzar su inmunidad jurisdiccional: cabe, no obstante, que la declaración del estado de guerra se haga por autoridades locales, artículos 37-8, supuesto para el cual vale el argumento del acto político, aunque por cierto vendría a estorbarlo una interpretación estricta del criterio orgánico de la Ley jurisdiccional (sin embargo, dada la delimitación del supuesto del artículo 37, puede muy bien justificarse esa competencia de la autoridad periférica como sustitutiva de la normal competencia del Gobierno).

59 En las Sentencias de la Sala 5a, de 21 de marzo de 1958, 7 de abril de 1960 y 5 de octubre de 1961 podría encontrarse base para esta distinción entre medidas políticas de conjunto y su aplicación a casos concretos, que no son ya actos políticos.

60 Hay que decir, en honor del Tribunal Supremo, que ha intuido lo absurdo de esta consecuencia, y que no es raro por ello encontrar en sus decisiones algo que procesalmente no tendría justificación: la declaración de acto político de una medida (lo que habría de implicar la inadmisión del recurso por incompetencia) y simultáneamente el análisis de fondo de si la Administración ha obrado dentro de los límites de su competencia, conforme al procedimiento debido, e incluso con o sin desviación del poder: así, concretamente, las Sentencias de 26 de diciembre de 1959, 29 de febrero de 1960, 23 de marzo de 1960 y 7 de octubre de 1960, en las que incluso podría verse también un examen de si ha existido o no perturbación del orden, conforme a la técnica más avanzada ya indicada. Análogamente la Sentencia de 18 de junio de 1959. Lo que estas Sentencias demuestran, con esa loable entrada en el fondo, es la falta de necesidad de la calificación de la materia como de gobierno, con lo que se evitaría, para recoger las

papel de los derechos fundamentales como límites del poder de policía: el “habeas corpus”, por ejemplo, o la limitación de las sanciones policiales y la reserva de las sanciones más graves (pensemos como caso límite en la pena de muerte) a los Tribunales penales, etc.

En virtud de la calificación de esta materia como política o de gobierno⁶¹ está resultando una consecuencia jurídicamente inadmisibles, que es que estos valores jurídicos básicos, estos derechos fundamentales resulten intutelables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, quedando ya únicamente su cuidado al único remedio, que al comienzo hemos calificado de violento e inadecuado como medio de defensa efectiva frente a la Administración, de la Jurisdicción penal.

Sería fácil prolongar el mismo análisis al segundo supuesto de actos políticos de los preferidos por nuestra jurisprudencia,

palabras de Waline, “cette pénible impression de déni de justice que donne la jurisprudence” (*Traité*, página 195).

- 61 En algunas Sentencias así precisamente en todas las citadas en la nota anterior, se trata de justificar la calificación de actos políticos a las decisiones administrativas impugnadas por su “soporte legislativo eminentemente político”, que, concretamente, lo constituía la Ley de Orden Público, el Fuero de los Españoles y la Ley de Reuniones –con su carácter de Ley de desarrollo de la Constitución de 1876. También así el Auto de la Sala 3ª, de 22 de junio de 1961, que intenta establecer la correlación acto político-Derecho político. Como sería fácil explicitar, estos conceptos son inadmisibles en buena técnica; puesto que esas Leyes, y cualquier otra del mismo carácter, otorgan determinadas facultades e imponen límites concretos a la Administración, constituyen, sin ninguna duda, el régimen jurídico propio de ésta, y, por consiguiente, parte del Derecho Administrativo (aunque a la vez lo sean del Derecho Constitucional–no, desde luego, la Ley de Orden Público–en cuanto éste contiene las “tetas de chapitre”, en el clásico concepto De Rossi, de todas las demás ramas del ordenamiento). El argumento podría extenderse a la expropiación forzosa, a la propiedad, a los impuestos, a la seguridad social al “nullum crimen sine lege”, etc., con la paradójica consecuencia de la falta de eficacia de las normas básicas y fundamentales. Esta doctrina ha de entenderse felizmente superada por la Sentencia de la Sala 4ª, ya citada, de 10 de febrero de 1962: “no es aceptable el criterio de que todas las sanciones impuestas por infracción de las disposiciones de la vigente Ley de Orden Público son irrecurribles en vía jurisdiccional”.

los actos referentes a la organización militar. Es evidente que no puede consagrarse en favor de la Administración militar una libertad omnímoda y sin control posible para expulsar a sus miembros sin causa ninguna⁶², o para ascenderlos (por ejemplo extremo, haciendo Coronel a un cabo), o trasladarlos de escala, o diplomarlos⁶³; no hay para ello ninguna exigencia política ni ninguna justificación práctica, y si hubiese sido necesario ya lo hubiesen dicho expresamente las normas que organizan y estructuran el Ejército configurando las correspondientes facultades discrecionales. Es absurdo que por esta vía singular el Tribunal venga a dar más que lo que las propias leyes y reglamentos reconocen.

Un atento análisis, pues, de este fenómeno de los actos políticos, con esa doble excepción a que me he referido, impone su desaparición. Se ha dicho con justicia de esta doctrina de los

62 Cfr. el caso de la Sentencia de 18 de junio de 1959 (la baja de un Policía Armada se califica de acto político).

63 Cfr. las Sentencias de 16 de mayo de 1960 (pase de un marino a la Escala de Tierra) y 10 de noviembre de 1959 (convocatoria de un curso de aptitud para diplomarse en el Estado Mayor del Aire). Más certeramente, la Sentencia de 5 de octubre de 1961 (Ponente señor Cortés Echánove) observa en un caso análogo, denegando la excepción de acto político, que “la cuestión que se plantea en el recurso queda reducida y circunscrita a la situación de un Jefe del Ejército dentro de la plantilla de su Cuerpo”, lo que, en efecto, no parece que interese demasiado a la política general del Estado. En la Sentencia de 7 de abril de 1960 (Ponente, señor Cervia Cabrera) parece justificarse la inexistencia de acto de gobierno en que el militar a que el acto impugnado afecta (traslado de un Comandante de Intervención militar) ejerce “funciones fundamentalmente burocráticas, que además no corresponden a Cuerpo o Arma que tenga directa potestad sobre tropa alguna”, pero, en todo caso, la verdadera *ratio decidendi*, mucho más exacta e importante, parece ser esta otra: que los actos políticos implican “medidas políticas de defensa nacional o mando militar, es decir, a asuntos trascendentes dentro del ámbito general, y no precisamente para ventilar cuestiones individuales de la escasa importancia que al interés común pueden llevar el que una plaza de Comandante Interventor de determinados Servicios Regionales esté desempeñada por uno u otro funcionario, extremo, además, que está reglamentado, con autolimitación de cualquier facultad discrecional que sobre ello pudiera invocarse”. Estas dos últimas Sentencias rectifican por sí solas todas las anteriores y parecen iniciar una justa posición del Tribunal Supremo, que es de esperar que se consolide.

actos políticos que constituye pura y simplemente una reminiscencia de la vieja idea de la razón de Estado y del poder de ésta para hacer doblegarse en algún momento a la justicia; este es justamente el título, *La survivance de la raison d'Etat*, del famoso libro de André Gros (París, 1932)⁶⁴, y basta su enunciado para condenar su presencia en un Estado de Derecho que merezca este nombre.

En el Derecho francés, animado por una vivaz y sutil jurisprudencia, puede decirse que la doctrina de los actos de gobierno ha desaparecido. En 1952 publicaba Virally un artículo con el expresivo título *L'introuvable acte de gouvernement*⁶⁵; ya no se encuentran, estudiando la jurisprudencia con detención, actos de gobierno, sin perjuicio de que los dos grupos de actos a que nos hemos referido no sean residenciables ante los Tribunales contenciosos, por razones que nada tienen que ver con la razón de Estado ni con la prevalencia de la política sobre el Derecho, sino, simplemente, porque no procediendo de la Administración no son actos administrativos verdaderos.

Las dos últimas exposiciones de conjunto del Derecho francés, las de Vedel y Rivero, se refieren a “la antigua teoría de los actos de gobierno” como a una curiosidad histórica, al

64 Antes ya Jéze dijo que la teoría de los actos de gobierno no era más que una “sistematización de la razón de Estado”: *Das Verwaltungsrecht der französischen Republik*, Tübingen, 1913, pág. 448.

65 *Revue de Droit Public*, 1952, pp. 317 y ss. También en el mismo sentido son importantes Odent, *Contentieux administratif*, I París. 1957. pág. 157 y ss.; el artículo de Eisenmann, “Gerichtsfreie Hoheitsakte im heutigen französischen Recht”, en *Jarbuch des Oeffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2. 1953, pp. 1 y ss, y la confirmación con criterios de comparatista, por los libros de Hamson, *Executive discretion and judicial control An aspect of the French Conseil d'Etat*, London, 1954. pp. 151 y ss, especialmente p. 155, y Rumpe, *Regierungsakle*, cit., pp. 91-2. Las posiciones contrarias de Chapus y Aubry y Drago (supra, nota 53) son puramente verbales para etiquetar con el viejo nombre, ciertamente cargado de equívocos, la exención jurisdiccional de actos que no son actos administrativos verdaderos (que es lo mismo que sostienen estas posturas negativas), sin postular ninguna extensión, sino todavía una reducción, de las posiciones jurisprudenciales.

“abandono de la teoría de los actos de gobierno”⁶⁶, a que tal teoría “se reabsorbe en la regla general, según la cual el juez administrativo no es competente más que en lo que concierne a la acción propiamente administrativa de los órganos públicos”-excluyendo, pues, las relaciones Gobierno-Parlamento y las relaciones internacionales, únicamente⁶⁷.

Todavía hace quince días esa ejemplar institución judicial que es el Consejo de Estado francés acaba de dar, enjuiciando un verdadero caso límite, la puntilla de muerte a la vieja doctrina de los actos de gobierno.

Por vez primera, el 16 de febrero de 1962, ha conocido el Consejo de Estado de un recurso dirigido contra un acto producido por el Presidente De Gaulle, en ejercicio de los famosos poderes extraordinarios o dictatoriales del artículo 16 de la Constitución⁶⁸, poderes que ha utilizado, como bien saben ustedes, con ocasión del último *putsch* de Argel. Pues bien, un gran sector de la doctrina afirmaba que como con el ejercicio de estos poderes extraordinarios el Presidente asume todos los poderes del Estado, el ejercicio de tales poderes era lógica-

66 Vedel, *Droit Administratif*, cit., pp. 168 y ss., como epígrafes de los respectivos apartados. Concluye en pág. 172: “Permanece un alma de verdad en la teoría de los actos de gobierno: el juez administrativo debe evitar todo incidente de frontera con el Parlamento y con las autoridades encargadas de la política internacional. Pero este fondo de verdad no basta para justificar el mantenimiento de la teoría de los actos de gobierno como categoría autónoma de nuestro Derecho”.

67 Rivero, *Droit Administratif*, cit., pág. 142. Esta exclusión de la doctrina de los actos de gobierno, concluye, “presenta la ventaja de que, respetando la autonomía del Gobierno en dos dominios donde es necesaria, elimina de nuestro derecho una categoría que ofrece a las tentaciones de la arbitrariedad un refugio propio para estimularlas”.

68 Véase, por todos, sobre este supuesto de genuina dictadura constitucional, que entrega todos los poderes del Estado al Presidente “lorsque les institutions de la République, l’indépendance de la Nation, l’intégrité de son territoire ou l’exécution de ses engagements internationaux sont menacés d’une manière grave et immédiate”, el excelente estudio de Lamarque, “La théorie de la nécessité et l’article 16 de la Constitution”, en *Revue de Droit Public*, 1962, pp. 558 y ss.

mente infiscalizable ante la Jurisdicción contenciosa. El Consejo de Estado acaba de decir lo contrario⁶⁹. Ha afirmado que estos poderes exorbitantes, extraordinarios, los cuales podían incluso ser calificados auténticamente de soberanos, puesto que la competencia del Presidente viene a suplir la competencia general de todo el cuerpo del Estado, y por supuesto del legislativo, son perfectamente fiscalizables como regla ante el Consejo de Estado, escapando a la fácil tentación que ofrecía la doctrina de los actos de gobierno⁷⁰, con una única excepción, que es allí donde las decisiones del Presidente se produzcan dentro de la materia definida como dominio propio de la Ley por el artículo 34 de la Constitución; en este supuesto, el Presidente está adoptando disposiciones con fuerza de ley, y

69 La exposición oral, de la que apenas se ha alterado nada en este punto, se hizo sobre la referencia del diario *Le Monde*, del día 18-19 de febrero de 1962. Posteriormente, la *Revue de Droit Public*, en su número de marzo-abril de este año, ha publicado íntegros el texto del arrêt (sieur Rubín de Servens et autres al que se ha dado fecha de 2 de marzo de 1962), las lúcidas conclusiones del Comisario Henry y nota de Berlia, pp. 288 y ss. En esas conclusiones se hace un análisis pormenorizado de las tesis doctrinales anteriores; entre quienes opinaban que los actos emitidos en virtud del artículo 16, por su naturaleza de “actos soberanos... escapan ipso facto a todo control jurisdiccional”, estaba Rivero, *Droit Administratif*, pp. 63-4. El propio texto constitucional parecía amparar esta interpretación al confiar ilimitadamente al Presidente *les mesures exigées par les circonstances*.

70 Las conclusiones del Comisario de Gobierno rechazan expresamente la calificación de acto de gobierno, que implicaría –dice– “revenir à la théorie du mobile politique que vous (el Consejo) avez abandonnée depuis votre décision C. E. 19 fev. 1875. Prince Napoléon”. La cuestión no le merece más comentarios. Sin embargo, acepta que la decisión de recurrir al artículo 16 (no, pues, los actos adoptados como consecuencia de ello) “escapa a vuestro control. Pero es un acto que modifica instantáneamente las competencias de los poderes constitucionales en sus relaciones entre sí, que interesa, pues, las relaciones entre el Ejecutivo y el Parlamento, con lo que encontramos ahí el dominio clásico de los actos de Gobierno”. El texto del arrêt recoge esta distinción: la decisión presidencial de poner en aplicación el artículo 16 “présente le caractère d’un acte de gouvernement dont il n’appartient au Conseil d’Etat ni de apprécier la légalité, ni de contrôler la durée d’application”, por la razón indicada de interesar a las relaciones Ejecutivo-Parlamento, esto es, por no ser un acto de la Administración, según sabemos, sino del Presidente de la República.

por esta razón exclusivamente⁷¹, porque las leyes formales no son nunca residenciables ante los Tribunales contenciosos, este único sector de los poderes del Presidente será infiscalizable ante el Consejo de Estado francés; en todo lo demás la regla es la de la plena fiscalización del ejercicio de estos poderes⁷², sobre todo utilizando la técnica de los principios generales del Derecho.

En otros países la eliminación de la doctrina de los actos de Gobierno, en su tradicional expresión, ha sido el resultado de una técnica constitucional explícita, la técnica llamada de la cláusula general de competencia de los Tribunales contenciosos. El artículo 132 de la Constitución austríaca, el 113 de la Constitución italiana y el artículo 19, párrafo IV, de la Ley Fundamental de Bonn, afirman que los ciudadanos pueden recurrir contra todos los actos de la Administración. Esto, naturalmente, impide toda posibilidad de distinguir en la Administración un sector de actividad jurisdiccionalmente exenta por su calificación de actividad política o de Gobierno⁷³.

71 "Pour cette raison, mais pour cette raison seule", subraya el Comisario, procedía rechazar el recurso, que se dirigía contra una decisión presidencial de tal carácter, que constituyó una jurisdicción militar de excepción para enjuiciar los hechos subversivos de Argel. El caso podríamos decir que es idéntico al de nuestros Decretos-Leyes.

72 El Comisario acepta que este control "s'apparenterai á celui que vous exercez dans les cas où vous admettez l'existence de circonstances exceptionnelles, sans que l'identification soit totale". Esta doctrina de las circunstancias excepcionales (véase, en general, Mathiot, "La théorie des circonstances exceptionnelles", en *Mélanges Meslre*, París, 1956, pp. 413 y ss.) es una matización muy importante de la jurisprudencia francesa respecto a la extensión de los poderes discrecionales de la Administración, por encima incluso de las previsiones legales; la jurisprudencia española no conoce nada parecido, al menos sistemáticamente (en la Ley de Régimen Local, art. 117, d), y en la Ley de Orden Público, art. 17, habría base para ello), y es posible que su introducción descargase a las medidas de defensa del orden de la necesidad de ser protegidas por la teoría de los actos de gobierno.

73 Véase en general, sobre esto, Antonnolli, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1954, pp. 296 y ss., Rinchofer, *Der Verwaltungsgerichtshof*, Wien, 1955, pp. 107 y ss. La Torre, "Sull'art. 113 della Costituzione e alcuni problemi della giustizia amministrativa", *Foro Amministrativo*, 1949, pp. 265

Esta especie de preceptos que, como ha dicho expresivamente Walter Jellinek refiriéndose al artículo 19-4 de la Ley Fundamental de Bonn, son de la estirpe de los artículos regios del Estado de Derecho⁷⁴, podemos decir que corona la gran construcción técnica que éste, inexcusablemente, requiere de una *lückenlose Rechtsschutz*, de una protección jurídica sin lagunas, en las palabras de Otto Bachof⁷⁵.

Es esta misma técnica de las cláusulas generales de competencia jurisdiccional en las Constituciones la que impone calificar como inconstitucional cualquier intento de restringir la materia administrativa fiscalizable por los Tribunales, liquidando así otro reducto de inmunidad que todavía existe en nuestro Derecho, el de aquellas cuestiones exentas por determinación de la Ley, sin ninguna otra razón sustancial que la de la fuerza legal, el *quia nominor leo* de la Ley, así empeñada en la triste misión de negar el Derecho. El artículo 40 de la Ley

y ss. Rosano, "L'art. 113 della Costituzione e l'abrogazione delle norme che limitano le impugnative", *Foro Italiano*, 1919, III, pp. 53 y ss., Alessi, *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo italiano*. Milano, 1953 p. 638. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, 3a ed., Padova, 1954, pp. 199 y ss., Klein y Ehrkhardt, "Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner GG", tomo 8 de las *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, 1950, pp. 67 y ss. Bettermann, "Verwaltungsgerichtliche Generalklausel, ordentlicher Rechtsweg und nichtiger Verwaltungsakt", en *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1949, p. 398 ("Es gibt keine justizlosen Hoheitsakte. keine gerichtsfreien Köln", 1956, especialmente p. 6). Maunz-Dürig, *Grundgesetz. Kommentar*, München, 1958, y ss., comentario al artículo 19, IV, números marginales 10, 11, 23 y ss. Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1961, pp. 98-99. Los autores que después de este precepto siguen hablando de actos de gobierno lo hacen en el sentido verbal, e innecesariamente equívoco, que ya nos consta de actos no procedentes de la Administración (*supra*, nota 53).

74 W. Jellinek: "Gehört sicher zu den königlichen Artikeln des Grundgesetzes", p. 3 del tomo 8 cit. de las *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*.

75 Bachof, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats*, cit., pág. 74 y su artículo "Die richterliche Kontrollfunktion im westdeutschen Verfassungsgefüge", en el tomo *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit Festschrift für Hans Huber*, ya citado, p. 30 ("eine lückenlose Gerichtskontrolle der Verwaltung").

de la Jurisdicción enumera unas cuantas de estas materias⁷⁶ y deja luego abierta la posibilidad, en su último apartado, de que otras leyes sigan enunciando más excepciones. Aunque después de la Ley jurisdiccional no podría decirse que éstas han sido numerosas, sí, sin embargo, que en algún caso han sido extraordinariamente significativas y que han inflingido un duro golpe al sistema de garantías jurisdiccionales contra la acción administrativa; me refiero en concreto a la Ley de Reforma tributaria de 26 de diciembre de 1957, que ha eximido de la posibilidad de conocimiento de los Tribunales contenciosos la mayor parte de todo el proceso de fijación de bases y liquidación tributarias.

Este tipo de leyes, que excluyen por su propia fuerza del conocimiento de los Tribunales contenciosos determinadas materias, es también imposible allí donde la Constitución proclama la universalidad de competencia de los Tribunales en virtud de esa cláusula general, de ese “parágrafo regio” del Estado de Derecho.

76 Este artículo 40 es asistemático: por una parte se refiere a actos cuya exclusión no procede por ministerio de la Ley, sino por aplicación de principios propios del sistema de justicia administrativa, como los actos consentidos o confirmatorios; otros actos se excluyen por razón de pertenencia a otras jurisdicciones (los del apartado d), que corresponden a la jurisdicción de guerra, y los del apartado e) que pertenecen a la vía judicial correspondiente); otros son puros actos discrecionales (ascensos por méritos de guerra y recompensas al personal militar: he ahí que no ha habido necesidad de excluir las distinciones civiles); quedan, en fin, los casos de exclusión autoritaria pura y simple, que son los de los apartados b) (actos dictados en la función de policía sobre la prensa, radio, cinematografía y teatro) y j) (actos que una Ley excluya expresamente de la vía contenciosa). La Sentencia de 16 de mayo de 1960 ha interpretado expresamente estas exclusiones del artículo 40 en el sentido de la teoría de los actos de gobierno.

VII. LA INMUNIDAD DE LOS PODERES NORMATIVOS. LA IDEA REVOLUCIONARIA DE LA LEY Y LA CONVERSIÓN DE ÉSTA EN UN SIMPLE MEDIO TÉCNICO DE LA ORGANIZACIÓN. LA LEY COMO AMENAZA PARA LA LIBERTAD. EL ESTILO LEGISLATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN. LA DEFENSA CONTRA LOS PODERES NORMATIVOS ADMINISTRATIVOS Y LA SIGNIFICACIÓN DEL RECURSO CONTRA REGLAMENTOS. PROBLEMAS ACTUALES DEL MISMO. A) EL ACCESO AL RECURSO: LEGITIMACIÓN; LA INJUSTIFICACIÓN DE LA LIMITACIÓN A CORPORACIONES. RECURSO DE REPOSICIÓN. B) LA UNIVERSALIDAD DEL RECURSO: INADMISIÓN DE LA EXTENSIÓN A ESTA MATERIA DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS DE GOBIERNO Y DE UNA LIMITACIÓN POR RAZÓN DE LA MATERIA DEL REGLAMENTO, C) LA FISCALIZACIÓN DE LOS PODERES LEGISLATIVOS DELEGADOS: INEXISTENCIA DE EXCEPCIONES, D) FONDO DEL RECURSO: EL CRITERIO ESENCIAL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES.

El último círculo de inmunidad frente a los Tribunales contenciosos, el último de los reductos tradicionales, ha sido el de los poderes normativos.

Toda la tradición revolucionaria, ya lo hemos notado al comienzo sumariamente, montó la idea del Estado de Derecho, poniendo el énfasis en un esquema simple: la sumisión de la Administración a la Ley. Pero esta Ley, que era sentida como el mayor escudo de la libertad, es un hecho que ha pasado a ser hoy uno de sus enemigos más temibles⁷⁷.

La concepción rousseaniana creía salvar con el dogma de la generalidad de la Ley hecha por todos los ciudadanos

77 Es el título del famoso artículo de Leibholz: "Die Bedrohung der Freiheit durch die Macht des Gesetzgebers", *Universitas*, 1959, pp. 459 y ss. Véase, en general, sobre toda esta parte, mi artículo ya citado *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*.

nada menos que la alienación del hombre en la sociedad. Esta esperanza utópica está totalmente quemada por la sociedad de nuestro tiempo. La Ley ha pasado a ser en nuestras complejas estructuras sociales un simple medio técnico de la organización colectiva. Es esta la significación que se da al concepto de legalidad en una construcción técnica tan apurada como la Sociología de Max Weber, de modo que la Ley puede no sólo no hacer ninguna referencia a la justicia (por ejemplo, la organización de un taller de miles de obreros, una cadena de montaje), sino, mucho más, puede incluso también convertirse en un modo de organización de lo antijurídico⁷⁸, en un modo de perversión del ordenamiento. Es este el título: *La perversión del ordenamiento jurídico*, de un impresionante análisis de F. Von Hippel⁷⁹ sobre la legalidad nacionalsocialista.

La Ley en sí misma es, pues, un puro pabellón formal que puede cobijar cualquier clase de mercancía. Nuestra sociedad, el hombre de hoy, tiene de ello plena conciencia. No es por ello extraño, ni mucho menos responde tampoco, contra lo que algunas veces se cree, a una simple táctica propagandística, el que en los países tras el telón de acero se hable con no menos énfasis, y posiblemente con no menos sinceridad, que en los países occidentales, de la exigencia del respeto por la Administración a una legalidad socialista⁸⁰. Si, por consiguiente, la Ley, en su pura formalidad, no asegura ningún valor de fondo, y aun cabe temer de ella razonablemente temibles atentados por su propia fuerza organizatoria, se impone la necesidad de establecer jurídicamente un sistema de defensa contra la Ley que permita hacer efectiva esa defensa por otras vías que la del viejo, inmatizado, gravísimo derecho de resistencia.

78 "La Ley como forma de organización de lo antijurídico", es el título de un epígrafe del lúcido análisis de Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Tübingen, 1952, pp. 327 y ss.

79 *Die Perversión von Rechtsordnungen*, Tübingen, 1955.

80 Entre tanta literatura sobre el tema, vease últimamente Stăinov, *Verwaltung und Verwaltungsrecht in der Volksrepublik Bulgarien und in den Sozialistischen Staaten*, en "Verwaltungsarchiv", 1962, pp. 145 y ss.

A nosotros no nos interesa ahora examinar el tema de la Ley en su generalidad, pero sí es de nuestra incumbencia el tratar de los poderes normativos de la Administración. La Administración en todas partes se ha apoderado de los poderes normativos, no sólo en virtud de su potestad reglamentaria, en los países que reconocen que la Administración tiene un poder reglamentario general, sino incluso, fuera de este supuesto, por las varias formas de delegaciones legislativas, cada vez más intensas y generalizadas, que se conocen en todos los países (y, por supuesto, en el nuestro). La Administración, sin embargo, y este es un hecho de elemental constatación, es un pésimo legislador. La Administración es una organización constituida para el tratamiento de lo inmediato, implicada además en mil gestiones concretas. Le falta esa serenidad de juicio, esa superioridad de posición que se requieren para poder acometer la definición abstracta de un orden justo. “Le domaine de la vie administrative” –decía Hauriou⁸¹– est le domaine du provisoire, du révocable et du viager”, por diferencia de lo que ocurre con “le domaine de la vie civile, qui est, au contraire, le domaine du perpetuel et du définitif”. El estilo normativo de la Administración se polariza por eso en la atención de urgencias inmediatas. Desde una famosa y agudísima idea de Carl Schmitt⁸², hoy todos los juristas alemanes hablan de una especie de legislación propia del Estado administrativo, lo que ellos llaman “las leyes de medida” (*Massnahmegesetze*), leyes que atienden a resolver problemas concretos y singulares y no a planear propiamente un orden general y abstracto con vocación de permanencia⁸³. La Administración está, por otra parte,

81 *Précis de Droit Administratif*, cit., p. 565, nota.

82 En su ya clásico estudio “Legalität und Legitimität”, ahora recogido en sus *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlín, 1958, en especial pp. 265 y ss.

83 Véase, en general, Forsthoff, “Ueber Massnahme-Gesetze”, en el *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, cit., pp. 221 y ss., Hedemann, “Wesen und Wandel der Gesetzgebungstechnik”, en el *Festschrift für Smidt-Rimpler, Karlsruhe*, 1957, pp. 28 y ss., Menger y Werhahn, “Das Gesetz als Norme und Massnahme”, en el tomo 15 de las *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, 1957. H. Huber, *Das Recht im technischen Zeitalter*, Bern, 1960, pp. 18 y ss. Zeidler, *Massnahmegesetz und “klassisches” Gesetz*, Karlsruhe, 1961.

profundamente marcada por su estructura burocrática. A sus servicios les falta una visión serena y general de las situaciones sociales por la parcialidad de sus respectivas especialidades técnicas y por la dialéctica propia de las disfunciones burocráticas, consustanciales a su misma existencia.

Baste parar mientes en la impresionante salida diaria del “Boletín Oficial del Estado” para comprobar lo que trato de indicar: la ocasionalidad, la imperfección, la fugacidad de las normas administrativas aparece plásticamente, de una manera difícilmente superable, en esos inmensos rimeros que son las colecciones de “Gacetas”, ordinariamente acumulados en algún sótano o en algún pasillo de los viejos edificios del Estado. ¡Qué lejos, en efecto, del “sagrado depósito de las leyes”, de la emoción sacral que el hombre antiguo tenía ante las *leges patrum*, las leyes de los padres, incluso del sabor añejo y depurado que mantienen las colecciones de sentencias como expresión de una serena, viva y prudente majestad de Derecho!

De ahí que sea fundamental para la sociedad actual organizar técnicas eficaces de control respecto de estos poderes normativos de la Administración. Hay que decir más todavía, y es que, contra lo que de toda la tradición de la justicia administrativa parece resultar, el recurso contra Reglamentos tiene una indudable primacía respecto de los recursos contra los actos concretos, puesto que el recurso contra Reglamentos ejerce en la sociedad una verdadera función purgativa al evitar de raíz que un vicio inserto en un Reglamento se propague, se multiplique, amplifique sus efectos en la extensión y en el tiempo a través de los miles y miles de actos singulares de aplicación de este Reglamento. Es en este sentido, podríamos decir, una terapéutica que opera sobre las causas fisiológicas de la enfermedad, y no simplemente, como es en buena parte el recurso sobre los actos, sobre sus síntomas⁸⁴.

84 Véase sobre esto, más detenidamente, mi estudio *La interdicción de la arbitrariedad*, cit., en especial pp. 154 y ss.

Pues bien, una innovación de la Ley de la Jurisdicción contenciosa del 56 ha sido instaurar, por vez primera en nuestro Derecho⁸⁵, el recurso directo contra los Reglamentos. Es uno de sus méritos más legítimos. Sin embargo, falta, a mi juicio, en la Ley una configuración definitiva de este fundamental recurso, ausencia que la jurisprudencia no se ha decidido a colmar hasta ahora, quizá por un cierto e injustificado recelo contra esta técnica impugnativa que parece prevalecer frente a una tendencia contraria, de la que han resultado ya, no obstante, algunas luminosas Sentencias⁸⁶.

No podemos ocuparnos aquí, dada la extensión que ha ido tomando esta conferencia, de todos los problemas que plantea la especialidad de este recurso. Vamos a limitarnos a ofrecer esquemáticamente los puntos que a nuestro juicio están pendientes de resolución para llegar al desarrollo pleno de esta garantía fundamental que es el recurso contra Reglamentos.

a) Primero es menester desembarazar el recurso directo de la posibilidad de acceso al mismo. La Ley de 1956 ha impuesto una importante limitación a la legitimación para impugnar los Reglamentos, que reduce en principio a las Corporaciones. No hay nada, a mi juicio⁸⁷, que justifique esta limitación, que en

85 El precedente del régimen local casi no ha tenido ningún valor real, sobre todo por su errónea solución al problema de la relación recurso directo-recurso indirecto, que en la práctica se tradujo, como notó certeramente Clavero Arévalo (El recurso contencioso-administrativo contra Reglamentos y Ordenanzas en la nueva Ley de Régimen Local, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", agosto, 1951, en especial pág. 45 de la separata), en un paradójico sistema de seguro de ilegalidad en favor de la Administración.

86 Por ejemplo, las de 20 de febrero y 6 de julio de 1959 (Ponentes, señores Camprubí Pader y Cerviá Cabrera), estudiadas por mí en el trabajo *La interdicción*, cit.

87 No es exacta, desde luego, la razón que a veces proclama la jurisprudencia: "que [la Ley] no podía prescindir de ciertos presupuestos mínimos e insoslayables que son habilitantes so pena de incurrir en extremismos perturbadores, y si así no fuese hubiese instaurado una acción popular" (Sentencias de 31 de diciembre de 1960 y de 18 de abril de 1961, idénticas); en la primera de ellas se añade, además, que en este punto la Ley de la

Jurisdicción “justamente se jacta de ser tan avanzado su ordenamiento como el que más de los extranjeros”. Todas estas declaraciones son típicas *obiter dicta*, y no tienen por ello demasiada importancia, pero sí expresan la motivación interna de los jueces, la cual, por ser errónea, convendría fuere rectificada. Ningún país, que conozcamos, limita la impugnación de normas a las Corporaciones, y por eso la Ley de 1956 es en este punto bastante más restrictiva que la regulación de los demás países. Tampoco es cierto que la alternativa a esa legitimación corporativa sea la acción popular o cualquier otro “extremismo perturbador”, sino la legitimación personal por un interés directo, como ocurre en todo el sistema general de la justicia y de las acciones, y como ocurre, desde luego, en los demás países donde la técnica del control abstracto de normas o recurso directo funciona pacíficamente y con normalidad y, en fin, en la propia Ley en el recurro contra actos o incluso en el mismo recurso contra Reglamentos en el supuesto del párrafo 3º del art. 39. Véase, para Francia (donde la evolución ha sido justamente desde exigir en el siglo XIX una representación de todos los intereses colectivos afectados hasta aceptar “d’une manière générale (que) toute personne dont les intérêts juridiques matériels ou moraux sont affectés par la réglementation est recevable à exercer un recours contre elle”), Auby y Drago, *Traite*, II, pp. 498 y ss. Para Italia (solución idéntica: incidencia del Reglamento sobre una situación jurídica de que se es titular), De Marchi, “Il ricorso alla IV Sezione del Consiglio di Stato contro i regolamenti illegittimi ed il cosiddetto interesse a ricorrere”, *Rivista di Diritto Pubblico*, 1915. I. A. Romano, “Osservazioni sull’impugnativa dei Regolamenti della pubblica Amministrazione”, *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 1955, pp. 870 y ss. Para Alemania (solución aún más amplia: eventualidad de sufrir un perjuicio en un futuro previsible), Menger, *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz*, Tübingen, 1954, p. 92 y Bachof, “La jurisdicción administrativa en la República Federal de Alemania”, *Revista de Administración Pública*, 25, p. 312. Otra justificación material se declara a veces en la jurisprudencia: “que no es misión de esta jurisdicción el prevenir ataques futuros e inciertos, pues hasta ahora ha permanecido estática e inalterada la situación a pesar del Decreto” (Sentencia de 26 de mayo de 1961), con lo que se alude a la necesidad de esperar los actos singulares de aplicación. Como se comprende, el argumento va derechamente contra la justificación misma del recurso directo, pues exactamente lo mismo ocurre cuando quien recurre es una Corporación, con la diferencia de que para ésta los intereses afectados no son propios, sino de sus miembros; por otra parte, un Reglamento no es una simple amenaza potencial e “incierto”, sino una perfecta realidad actual, como es actual también su incidencia sobre las situaciones jurídicas individuales, aun antes de los actos singulares de aplicación, por el solo hecho de modificar el orden jurídico e imponer –o pretender– una obligación de cumplimiento; por último, es totalmente erróneo remitir como forma ordinaria de impugnar Reglamentos al recurso indirecto (que es un recurso contra actos, cuya decisión no alcanza normalmente fuerza *erga omnes* y en cuyo seno no

ningún otro Derecho se conoce⁸⁸, y que pugna con el sentido personalista de toda la justicia al hacer depender la posibilidad de la tutela judicial de los individuos de la decisión de una Corporación o de otras personas⁸⁹. El hecho de que la lesión que yo sufro en mi propia esfera jurídica esté acompañada por lesiones análogas sufridas por otros ciudadanos en sus respectivas esferas jurídicas no es, ni medianamente, un argumento atendible para imponer un litisconsorcio activo necesario de tanta

pueden discutirse fácilmente infracciones procedimentales del Reglamento o violaciones de los principios de Derecho), considerando excepcional o privilegiada la impugnación directa; sólo ésta permite apartar los Reglamentos nulos, cuya sola presencia perturba todo el orden jurídico y el mismo aparato administrativo, en lo cual abundan obvias razones de orden público; y aun puede invocarse el principio de economía procesal de resolver en un solo proceso lo que de otro modo, si ha de esperarse a los actos de aplicación, necesitará para ser rectificado cientos o miles de recursos.

88 En otros países las Corporaciones de intereses han tenido que conquistar trabajosamente su capacidad y legitimación para recurrir, al lado, pero nunca excluyendo, la de los administrados. Auby y Drago, *Traite*, II, pp. 155 y ss., y 504 y ss.

89 Es evidente que no hay ninguna razón para dar aquí esta insólita prevalencia al principio corporativo, pues el orden jurídico afecta directamente a las personas, que por eso son sujetos activos del mismo, y no por el intermedio de una Corporación de intereses, que, además –y ello es de experiencia común–, puede existir o no (por ejemplo, los funcionarios no tienen ninguna representación corporativa, lo que les priva automáticamente de esta garantía). Por lo demás, los riesgos de esta entrega de la posibilidad de tutela judicial contra los Reglamentos a las Corporaciones son demasiado evidentes para insistir sobre ellos; conozco el caso de una Corporación cuyos miembros acordaron ir al recurso directo contra un Reglamento que les afectaba, recurso que bloqueó el jefe de la misma, por el hecho de que era a él, como representante legal de la Corporación, a quien correspondía extender los poderes en favor de Procuradores: no hay que decir que este directivo era de libre designación gubernativa, lo que no es anómalo en nuestro Derecho. He aquí otro caso tomado de la Sentencia de 12 de febrero de 1962: una Junta social de un Sindicato (esto es, la representación obrera) no está legitimada para recurrir contra una disposición solicitada por su propio Sindicato (que incluye también la representación empresarial, que es la que pudo haber solicitado tal disposición). Por supuesto, estamos refiriéndonos al caso normal en que las normas afectan a los miembros corporativos y no directamente a la propia Corporación: en este último caso ésta será un administrado común (es, en general, el supuesto de la Sentencia de 26 de diciembre de 1961).

gravedad, puesto que esa comunidad de lesiones no se traduce, ni se ve cómo podría traducirse, en una comunidad forzosa de titularidad, dada la total independencia entre el conjunto de las distintas esferas jurídicas afectadas. Podrá haber un motivo de acumulación procesal de los autos correspondientes a las distintas pretensiones, pero nunca de inadmisibilidad de una de éstas por no ir acompañada de las demás pretensiones individuales posibles. Un ejemplo totalmente análogo sería el de daños patrimoniales producidos por un mismo hecho (por ejemplo, una explosión) a un amplio conjunto de personas. La falacia del argumento legal es demasiado visible para insistir en ello.

Por cierto, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo hay indicios de que todavía se intenta restringir esta legitimación negando la posibilidad de recursos a las Corporaciones cuyo ámbito representativo es puramente local cuando se trata de impugnar disposiciones que afectan a todo el territorio nacional⁹⁰, restricción extra-legal y que de confirmarse supondría una gravísima quiebra para esta técnica impugnativa.

90 Sentencia de 18 de abril de 1961 (un Grupo Sindical local no está legitimado para impugnar un Decreto de ámbito nacional: “un Grupo Sindical local no es Entidad que ostente la representación de interés que afectan en general a todos los Sindicatos de España, de los de su clase, dado su limitado ámbito personal y territorial, y si se admitiese lo contrario se perdería esa ecuación de interés y norma que una correcta interpretación exige entre los referidos intereses presuntamente lesionados y los Organismos para representarlos en esta especial legitimación *ad causam*”). No son, sin embargo, excepcionales los recursos en que se ha aceptado lo contrario: Sentencias de 16 de diciembre de 1959 (Colegio de Abogados de Barcelona contra la Orden de Hacienda de 22 de enero de 1959 que modificó la Instrucción Provisional del Impuesto sobre el rendimiento del trabajo personal), de 14 de diciembre de 1959 (un Sindicato Provincial de Transportes y Comunicaciones contra el Decreto de 23 de diciembre de 1957, que modificó el Reglamento de Ordenación de transportes por carretera), de 7 de julio de 1961 (Hermandad Sindical de Labradores de Cieza contra la Orden de Obras públicas de 31 de julio de 1959, que afectaba a toda la cuenca del Segura) etc. Es curioso que en el Derecho francés la regla venga a ser la inversa de la que intenta justificar la Sentencia de 18 de abril de 1961: no se reconoce legitimación a una entidad representativa cuando el caso no afecta a todos sus miembros, sino sólo a una parte de los mismos

En el mismo orden hay que situar la jurisprudencia que ha impuesto, sin utilidad visible y con una interpretación perfectamente contestable⁹¹, un trámite previo de reposición para una serie de recursos directos, trámite que no encuentra ninguna justificación en el régimen de este recurso y que embaraza su camino, que más bien debe ser estimulado que impedido.

b) El segundo extremo que me parece importante es el de establecer sin la menor vacilación el postulado de la universalidad de este recurso contra Reglamentos, respecto del cual no hay materias exentas, y ello porque en el orden de los principios ninguna podría justificarse y porque felizmente en el plano de *iure condito* ninguna acepta la Ley jurisdiccional de 1956. Sin embargo, quizá por la novedad de este recurso, encontramos dos Sentencias del Tribunal Supremo que pretenden nada menos que hacer aplicación en la materia reglamentaria de la arcaica, y ya hemos visto hasta qué punto superada, doctrina de los actos de Gobierno. La Sentencia de 10 de febrero de 1960 rechaza la admisión de un recurso dirigido contra sendas disposiciones del Ministerio de Trabajo reglamentando las Universidades Laborales, porque serían expresión de la “política docente-laboral del Estado...”, la prosecución de dicha directriz política”. La segunda decisión es el Auto de la Sala 3ª de 22 de junio de 1961⁹², que califica como acto político el Decreto

(Auby y Drago, II, p. 505) lo que pretende fundamentarse en el principio de especialidad de los entes corporativos, criterio restrictivo que no tiene gran importancia por no excluirse la legitimación puramente individual, como ya nos consta.

91 Sentencia de 19 de enero, 27 de abril y 8 de junio de 1959. Véase mi crítica en “Recurso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición”, *Revista De Administración Pública*, 29, pp. 161 y ss. La réplica de González Pérez, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1960, pp. 161 y ss., que apoya sorprendentemente esta dialéctica de sutilezas dirigidas contra la admisión de los recursos, está ya contestada, en realidad, en mi anterior artículo, cuyos argumentos no merece la pena repetir.

92 Este Auto no figura publicado en la “Recopilación Aranzadi”. Puede consultarse íntegro, no obstante, en el núm. 3-4, de mayo-agosto de 1961, en la “*Revista Jurídica de Cataluña*”, pp. 467 y ss., que publica antes el “texto de la demanda del recurso en que se produjo (recurso del Colegio de Abogados de Barcelona, dirigido por Manuel Ballbé, contra el Decreto de 29 de sep-

impugnado de 29 de septiembre de 1959, por “responder a una política afectante a la seguridad interior del Estado y a la organización de los Tribunales militares”. Esta doctrina no es aceptable. En ningún país de los que conocen el recurso contra Reglamentos se ha extendido a un sector de éstos el equívoco calificativo de “políticos”⁹³, para concluir que sobre ellos el Tribunal no puede extender sus poderes fiscalizadores. Hay que decir que ni siquiera en nuestra antigua Ley de lo contencioso de 1888-94, en su regulación del recurso indirecto, ni en la Ley Orgánica del Poder judicial de 1870, al disponer en su artículo 7° la excepción de ilegalidad de los Reglamentos, con la prohibición formal a los jueces de aplicar los Reglamentos contra Ley, se ha hecho esta salvedad de los supuestos reglamentos políticos, y es evidente que no tendría el menor sentido hacerla, luego no se ve la razón para que ello se haga en la técnica procesal del recurso directo, que es una más entre las técnicas de lucha contra el Reglamento ilegal. Hablar de Reglamentos infiscalizables por los jueces, sea cual sea la vía de fiscalización, es consagrar pura y simplemente en favor de la Administración una verdadera patente de corso para vulnerar las Leyes y el Derecho. De nuevo podemos hacer la pregunta sobre los efectos de esa abstención judicial: ¿Es que en la materia de seguridad interior, por referirnos a la doctrina del Auto de 1961, la Administración puede dictar Reglamentos con absoluta y total libertad, estableciendo penas de cárcel o de muerte, vulnerando las garantías básicas, violando las leyes formales?

En este Auto de 1961 se apunta, además, a otro criterio de exclusión: cuando la materia de los Reglamentos no sea de

tiembre de 1959, refundiendo la regulación de los delitos contra el orden público).

- 93 Se comprende que el criterio puede dar al traste con el recurso contra reglamentos, pues es evidente que todos los reglamentos responden a una “política” (fiscal, de personal, docente, económica, etc.) del Estado: las frases que se han destacado en el texto de las dos decisiones pueden aplicarse sin la menor dificultad a cualquier reglamento. Es ésta, en realidad, una fácil reducción al absurdo de la doctrina de los actos políticos.

Derecho Administrativo, sino de Derecho Penal, Procesal, etc., sería de aplicación la regla de incompetencia del párrafo a) del artículo 2º de la Ley (cuestiones de índole civil o penal). Esta doctrina no es tampoco aceptable. Lo que se fiscaliza en los Reglamentos no es tanto su materia, como (eventualmente a través de ella) la potestad reglamentaria de la Administración en cuanto tal potestad formal, cuyos límites (sustanciales, formales, procedimentales)⁹⁴ son siempre regulados por el Derecho Administrativo. Si el Reglamento Hipotecario infringe o no la Ley no es una cuestión de Derecho Hipotecario, sino de Derecho Administrativo. El texto de la Ley jurisdiccional expresamente autoriza además esta interpretación al distinguir con toda claridad (art. 1º) entre actos, que han de estar sometidos al Derecho Administrativo, y disposiciones, de las que lo único que precisa es que han de ser “de categoría inferior a la Ley”. Por último, la exclusión de “las cuestiones de índole civil o penal” que se enuncia en el artículo 2º, a) de la propia Ley han de referirse, como pide el texto legal, a las cuestiones que estén positivamente “atribuidas a la jurisdicción ordinaria”, pero el recurso directo contra Reglamento no lo está, con toda evidencia; es, pues, ésta una regla de distribución de competencias entre jurisdicciones y nada permitiría pretender echar sobre la jurisdicción ordinaria el conocimiento de tales recursos.

Ha pesado quizá en esta jurisprudencia, que hay que esperar ver pronto rectificada, la misma dificultad de los casos en que se produjo y su significación. Los juristas anglosajones tienen para esto un apotegma muy expresivo, que aquí comprobamos: *Hard cases makes bad law*.

c) El tercer punto al que quisiera brevemente aludir en este rápido recorrido sobre los problemas del recurso contra

94 El Tribunal Supremo ha anulado ya Reglamentos por defectos de procedimiento en su formulación: Sentencia de 26 de diciembre de 1961 (Ponente, señor Fernández Hernando); dígame por qué este vicio no puede ser apreciado en un Reglamento que regule materias civiles.

Reglamentos es el de la fiscalización de los poderes legislativos delegados. He dedicado al tema un estudio reciente⁹⁵, y remitiéndome a él diré solamente que las varias formas de ese equívoco concepto de delegación, esto es, la deslegalización, la remisión y la delegación *stricto sensu*, son todos plenamente justiciables. La jurisprudencia no suele aceptar conocer de este último caso (desarrollo de Leyes de bases), pero ello me parece injustificado, como sería ahora quizá algo extenso demostrar. El único acto normativo del Ejecutivo que está exento del recurso directo es el Decreto-Ley; todas las demás formas normativas, sin excepción, caen bajo su imperio.

d) En cuarto y último lugar, es fundamental para el futuro de este recurso y para el Derecho que los ilícitos a fiscalizar por él no se limiten a las ilegalidades puramente formales, o, en otros términos, que a su través se mida la validez de los Reglamentos también, y quizá sobre todo, por el criterio sustancial de los principios generales del Derecho. Todo lo que hemos dicho sobre el valor de este *criterium* central a propósito de la discrecionalidad es de aplicación inmediata al dominio reglamentario, dominio donde se produce una de las más intensas discrecionalidades, pero hay todavía una razón adicional, y es la de que el Reglamento opera inmediatamente sobre el ordenamiento, y los principios generales del Derecho, como ya tuvimos ocasión de notar, fundamentan y estructuran este ordenamiento, de modo que sin ellos éste no sería siquiera un orden estrictamente tal, cuanto más un orden precisamente justo.

Aquí el Tribunal Supremo no ha pecado de remiso, y en su jurisprudencia reciente encontramos decisiones de una sutileza y un rigor ejemplares en esta dirección⁹⁶, que es de esperar

95 *Legislación delegada y recurso contencioso-administrativo*, en prensa, por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, "Centenario de la Ley del Notariado. Estudios jurídicos".

96 Sobre todo las Sentencias ya citadas de 20 de febrero y 6 de julio de 1959, comentadas ampliamente en mi trabajo *La interdicción de la arbitrariedad en*

que se afiance y consolide. Esta medida sustancial de validez de los Reglamentos está hoy en todos los países en pleno desarrollo, aunque quizá en ninguna parte como en Francia ha pasado a ser esencial, por la razón de que la nueva Constitución de 1958 ha creado la figura singular (inesperado fallo de la *Stufene bantheorie kelseniana* o teoría sobre el orden escalonado del ordenamiento) de Reglamentos directamente ordenados a la Constitución, en cuyo ámbito material reservado por ésta la Ley formal no puede entrar; estos Reglamentos no podrán, pues, ser tildados de ilegalidad o de infracción de la jerarquía normativa, porque no tienen sobre ellos otra norma que la Constitución, no obstante lo cual el Consejo de Estado no ha dudado en su fiscalización, que ya queda al solo cuidado de los principios generales del Derecho. Ha sido esta experiencia la que ha determinado a Waline a proponer que debe “resueltamente sustituirse” la fórmula clásica “violación de Ley”, como motivo de estimación del recurso, por la de “violación de la regla de derecho de fondo... y reconocer que el respeto de los principios generales del Derecho continúa imponiéndose a toda autoridad administrativa”⁹⁷.

VIII. CONCLUSIÓN: LA ELIMINACIÓN DE INMUNIDADES.

EL PODER ADMINISTRATIVO COMO PODER ESENCIALMENTE
JUSTICIABLE. ESTADO DE DERECHO Y ESTADO DE JUSTICIA

Uno por uno hemos podido ver que esos tres últimos y graves reductos de la vieja inmunidad regia (*the king can do not*

la potestad reglamentaria, al que se me disculpará remitirme de nuevo sobre este extremo.

97 Waline, “Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958”, *Revue de Droit Public*, 1959. pp. 699 y ss.; la frase citada en pp. 711-2. Igual Vedel, *Droit Administratif*, cit., p. 635: “Los principios generales del Derecho tendrán, pues, una significación mucho más grande para limitar el arbitrio gubernamental”. Rivero, *Droit Administratif*, p. 60: “En estas materias el Gobierno decide con una libertad vecina de la del legislador, hecha reserva de la necesidad para él de respetar los principios generales del Derecho”: ídem., p. 72.

wrong, *lex animata in terra*, etc.) respecto de los Tribunales, que había infundadamente heredado la moderna Administración, pueden y deben ser eliminados. El poder administrativo es de suyo un poder esencial y universalmente justiciable. A ello llevan otras razones de principio que no es este el momento oportuno para puntualizar, pero, por de pronto, una razón básica, que no es un poder soberano.

Al concluir este análisis hemos de expresar nuestra esperanza en que la lucha por el Derecho, esa gran empresa de todos los juristas, a la que, desde que salgáis de estas aulas, alumnos organizadores de este acto, vais a ser personalmente convocados, concluya pronto por lograr esa ambiciosa, alta, pero necesaria cota de todo Estado de Derecho que es la de instrumentarse como un Estado de justicia, pero entendiendo esta palabra no en cualquier sentido impreciso o retórico, sino precisamente como justicia judicial plenaria⁹⁸.

Me ampararé, para concluir, en unas graves y hermosas palabras de Alexis de Tocqueville:

“Es de la esencia del poder judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir complacidamente sus miradas sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista; es también de la esencia de ese poder, si no acudir por sí mismo en

98 Son hoy los juristas alemanes quienes destacan este punto de vista, que en otros tiempos fue propio del Derecho anglosajón, con su idea de la “judicial supremacy”. Cfr., entre una amplia bibliografía, Marcic, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Wien, 1957; el ya citado artículo de Forsthoff, “Die Bindung an Gesetz und Recht”, que se subtitula: “Bemerkungen zum Uebergang vom Rechtsstaat zum Justizstaat. Bachof, Grundgesetz und Richtermacht”, Tübingen, 1959 (y mi amplia reseña en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 105, pp. 291 y ss.). Werner, *Das Problem des Richterstaates*, Berlín, 1960. Quizá todos estos conceptos proceden de Jahrreiss, que en un famoso trabajo de 1949 habló de un *Rechtsweg-Staat*, de un *Rechtsprechungs-Staat* (Estado de acciones judiciales. Estado de Jurisdicción); véase este fundamental trabajo recogido en su libro *Mensch und Staat. Rechtsphilosophische staatsrechtliche und völkerrechtliche Grundfragen in unserer Zeit*, Köln-Berlin, 1957, pp. 113 y ss., en especial pp. 126 y ss.

auxilio de aquellos que son oprimidos, estar sin desmayo a la disposición del más humilde de ellos. Por débil que se le suponga a este, puede siempre forzar al Juez a escuchar su reclamación y a responder a ella.

Tal poder es por ello especialmente aplicable a las necesidades de la libertad en un tiempo en que el ojo y la mano del soberano se introducen sin cesar en los más pequeños detalles de las acciones humanas, y donde los particulares, demasiado débiles para protegerse por sí mismos, están también demasiado aislados para poder contar con la ayuda de sus semejantes. La fuerza de los tribunales ha sido, en todos los tiempos, la más grande garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero esto es, sobre todo, verdadero en los siglos democráticos; los derechos y los intereses particulares estarían siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualan”⁹⁹.

99 Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, en la edición de Gallimard, París, 1951, II, p. 331.

ESTUDIOS

INMUNIDADES DEL PODER EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN

José Rafael Belandria García

*Profesor de Derecho Administrativo
en la Universidad Central de Venezuela*

Resumen: la investigación analiza cuatro sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, relacionadas con el funcionamiento de la desaparecida Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), en las que se observa un ámbito de inmunidad del poder en mensajes de datos enviados por medios telemáticos. Con base en el trabajo del Profesor Eduardo García de Enterría, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo”, se postula la universalidad del control jurisdiccional, el cual debe abarcar inclusive los nuevos modelos de funcionamiento de la Administración Pública, basados en la utilización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación.

Palabras clave: universalidad del control, Tecnologías de la Información y la Comunicación, Internet.

Abstract: the research analyzes four judgments of the Political Administrative Chamber of the Supreme Court, related to the operation of the disappeared Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), in which a power level of immunity is observed in data messages sent by electronic means. According to the work of Professor Eduardo García de Enterría, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo”, the universality of judicial review is postulated and should even include new models of operation of the Public Administration based on the use of the Technologies of the Information and Communication.

Keyword: *universality of review, Technologies of the Information and Communication, Internet.*

Recibido: 23 de junio de 2016

Aceptado: 29 de junio de 2016

I

La lucha por el Derecho debe concluir por lograr esa ambiciosa, pero necesaria cota de todo Estado de Derecho, que es la de instrumentalizarse como un Estado de Justicia. Esa palabra no debe ser entendida en cualquier sentido impreciso o retórico, sino precisamente como justicia judicial plenaria. Antes de comenzar la primavera de 1962, concretamente el día 2 de marzo de aquel año, el profesor Eduardo García de Enterría dictó una conferencia en la Universidad de Barcelona (al este de España), que se publicó luego bajo el título "*La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*"¹ y se convirtió desde entonces en un célebre trabajo suyo. El Maestro español explicó allí que a partir del hecho de que el recurso contencioso administrativo conduce a un "*control arbitrado por auténticos jueces*", ocurre "*un repliegue de la Administración sobre sus propias prerrogativas y a que ésta presente la exigencia formal de que determinadas materias que le son propias han de quedar inmunes*

al control y a la fiscalización de los jueces"². Después de un recorrido por los ámbitos de inmunidad que existían en el Derecho español de aquella época (potestades discrecionales, actos de gobierno y reglamentos administrativos), el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA concluyó con las palabras expuestas al comienzo de este párrafo³.

1 Originalmente se publicó en el número 38 de la *Revista de Administración Pública* (en <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=38>), que actualmente edita el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) adscrito al Gobierno español. Posteriormente se publicó en un cuaderno de Editorial Civitas, bajo la siguiente referencia: García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos)*. Civitas. Primera edición. Madrid, 1974. A esta edición le siguieron las de 1979 y 1983, y las reimpresiones de 1989, 1995 y 2004.

2 García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos)*. Civitas. Tercera reimpresión. Madrid, 2004. p. 25.

3 García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder...*, cit., pp. 107 y 108.

II.

Al otro lado de la península ibérica, en Venezuela, la vigente Constitución de 1999⁴ estableció en su artículo 259 la jurisdicción contencioso administrativa, mediante la indicación de los órganos que la conforman y las competencias de los mismos. Ese precepto es casi idéntico al artículo 206 de la derogada Constitución de 1961, salvo porque agregó la competencia para “conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos”⁵. A partir de aquella disposición constitucional, en 2010 se dictó la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁶ (en lo sucesivo, LOJCA), la cual vino a llenar un hondo vacío que existía en el país en dicha materia, pues hasta entonces la misma sólo había sido regulada por la antigua Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia⁷ (cuando ésta fue derogada en 2004, la materia quedó en manos de la jurisprudencia).

El artículo 7 de la LOJCA estableció los órganos sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa, donde se hallan: los que conforman la Administración Pública; los que conforman el Poder Público en cualquier ámbito territorial o institucional; los entes públicos no territoriales de carácter fundacional, empresarial o corporativo; los denominados consejos comunales y otras manifestaciones populares de planificación; las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional; y cualquier sujeto distinto a los anteriores que dicte actos de autoridad o ejerza la función administrativa. El artículo 8 de la LOJCA estableció asimismo el ámbito mate-

4 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 5.908 Extraordinario, de fecha 19 de febrero de 2009.

5 Para conocer la historia de este precepto constitucional puede consultarse: García Soto, Carlos. “Incluso por desviación de poder”. Notas acerca de los orígenes de una parte de la norma constitucional sobre la jurisdicción contencioso administrativa”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo venezolano*, núm. 3, mayo-agosto 2014. pp. 75 y ss.

6 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 39.451, de fecha 22 de junio de 2010.

7 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 1.893 Extraordinario, de fecha 30 de julio de 1976.

rial de control de la jurisdicción contencioso administrativa, que comprende la actividad administrativa desplegada por los órganos y entes mencionados en el artículo anterior, en los casos de actos de efectos generales y particulares, actuaciones bilaterales, vías de hecho, silencio administrativo, prestación de servicios públicos, omisión de cumplimiento de obligaciones y, en general, cualquier situación que pueda afectar los derechos e intereses públicos o privados.

Se configuró en consecuencia el *principio de universalidad del control*, en el entendido de que “*toda relación, acto o hecho derivado de la función administrativa están sometidos al control jurisdiccional por contrariedad a Derecho*”⁸. En efecto, los actos, actuaciones y omisiones de los órganos y entes del Poder Público, están sujetos a la revisión jurisdiccional⁹ de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa. El interesado por su parte tiene la posibilidad de interponer cualquier tipo de pretensión, siempre que sea idónea para conseguir el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas¹⁰.

III.

La utilización de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's) por la Administración Pública, que conduce a un nuevo modelo de funcionamiento de ésta –denominado

8 Araujo-Juárez, José. “La configuración constitucional del contencioso administrativo en Venezuela. Antecedentes, origen, evolución y consolidación”. *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos N° 96. Caracas, 2012. p. 36. Por lo que respecta a la contrariedad a Derecho como motivo de impugnación, véase además: Subero Mujica, Mauricio. “Los Motivos de Impugnación y la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa”. *El contencioso-administrativo en el ordenamiento jurídico venezolano y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2006. p. 198.

9 Torrealba Sánchez, Miguel. *La Vía de Hecho en Venezuela*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2011. p. 23.

10 Ídem.

Administración Pública electrónica, Administración Pública telemática o e-Administración-, implica nuevos desafíos para los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa en la realización del principio de universalidad del control. Al efectuar una revisión de las decisiones de los últimos años de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, es posible encontrar algunas relacionadas con ese modelo. Cuatro de ellas vinculadas al funcionamiento de la desaparecida Comisión de Administración de Divisas (CADIVI)¹¹, dictadas en los años 2009, 2010 y 2011, colocan de manifiesto la posición de la Sala en torno al referido control jurisdiccional.

La primera de esas decisiones es la núm. 1.011, de fecha 07 de julio de 2009, la cual resolvió un recurso de nulidad intentado en contra de un mensaje de datos contentivo de la negativa a una solicitud de divisas realizada por la sociedad recurrente, a CADIVI, siendo enviado dicho mensaje por medios telemáticos, a una dirección de correo electrónico¹². Para la Sala no puede atribuirse a un mensaje de datos, o a una consulta efectuada a través del sistema tecnológico empleado por las autoridades administrativas, los vicios de ilegalidad de los actos administrativos, salvo que la ley requiera que el acto se transcriba y transmita íntegramente en su forma original. Considera la Sala que en virtud de que el

“acto referido por la recurrente lo constituye el mensaje de datos obtenido por correo electrónico, (...) sobre el cual no existe obligación legal alguna para que en dicho mensaje se transcriba y transmita íntegramente en su forma original el texto de la decisión administrativa, (...) la legalidad de dicho mensaje de datos no puede impugnarse bajo el argumento de no reunir los requisitos de forma y de fondo de todo acto administrativo, como se pretende en este caso”.

11 Véase el Decreto núm. 903, de fecha 14 de abril de 2014, publicado en la Gaceta Oficial de la República núm. 40.393, de la misma fecha.

12 En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/01011-8709-2009-2007-1029.HTML>

No obstante, estima la Sala

“que los particulares, luego de conocer por medios electrónicos el “Status” de su solicitud, tienen el derecho de acudir ante la Administración para solicitar la entrega del acto dictado, en caso de considerarlo necesario, como también de recurrir la decisión si por otros medios pueden conocer las razones que la motivaron”.

En ese año 2009, el día 08 de octubre, la Sala dictó una segunda decisión, que es la núm. 1.437, en la cual resolvió un recurso muy similar al anterior y reprodujo los argumentos expuestos¹³.

La tercera sentencia es la núm. 100, de fecha 03 de febrero de 2010, dictada por la Sala Político Administrativa¹⁴. En esta ocasión esa instancia conoció de un recurso de la misma naturaleza, basado en un mensaje de datos de CADIVI enviado a través de medios telemáticos, que negó las divisas solicitadas por la sociedad recurrente. Dicho órgano jurisdiccional reiteró que mal podría exigirse a la mencionada Comisión

“el cumplimiento de las formalidades previstas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en el correo electrónico enviado a la empresa recurrente, (...) y, en general, a cualquier información recibida por un mensaje de datos derivado de la consulta realizada en algún sistema tecnológico”.

Por último, está la sentencia núm. 1.801, de fecha 15 de diciembre de 2011, del órgano jurisdiccional en referencia¹⁵, relativa a un recurso de nulidad en contra de un mensaje de datos contentivo de una Autorización de Liquidación de Divi-

13 En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01437-81009-2009-2007-1028.HTML>

14 En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00100-3210-2010-2007-0707.HTML>

15 En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/01801-151211-2011-2011-0776.HTML>

sas (ALD) de CADIVI, que ratificó el criterio expuesto en las decisiones anteriores. En concreto, la Sala consideró

“que aquellos particulares que estimen lesionados sus derechos como consecuencia de una de estas autorizaciones, deben solicitar a la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), el texto íntegro del acto de que se trate, a fin de conocer los motivos de la Administración y, por ende, poder recurrir del mismo”.

Para el Profesor José Ignacio Hernández, en esta decisión *“la Sala Político Administrativa niega todo valor al acto administrativo electrónico, al aclarar que las decisiones expresadas por la Administración a través de las TIC no son actos administrativos y, por ello, no son recurribles”*¹⁶. Dice el Profesor Hernández que es preciso

*“recordar que el objeto del proceso contencioso administrativo no es el acto administrativo escrito, sino la pretensión procesal administrativa, que puede ser deducida frente a cualquier manifestación de la actividad o inactividad de la administración (...) Por ello, la ausencia de un acto escrito no es impedimento para que el interesado acuda al contencioso administrativo, dado que, en definitiva, hay una inactividad de CADIVI que es controlable, a saber, la inactividad que consiste en no reconocer el derecho a la adquisición o liquidación de divisas”*¹⁷.

IV.

¿Quedan en consecuencia los mensajes de datos enviados por la Administración Pública a una dirección de correo electrónico, y otras formas de funcionamiento de la Administración Pública a través de las TIC's, inmunes al control jurisdiccional? La respuesta es negativa, y no puede ser de otro modo conforme al principio de universalidad del control

16 Hernández, José Ignacio. “El control judicial de la Administración electrónica. Comentarios a la sentencia de la Sala Político-Administrativa del 15 de diciembre de 2011”. *Revista de Derecho Público* núm. 131, julio-septiembre 2012. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012. p. 223.

17 Hernández, “El control judicial de la Administración electrónica...”, cit., p. 224.

jurisdiccional. La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia insiste en que no puede atribuirse a ese tipo de mensajes los vicios de los actos administrativos, previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Agrega ese órgano jurisdiccional, inclusive, que los interesados luego de conocer por medios electrónicos el estado de su solicitud, tienen derecho de acudir al órgano respectivo para solicitar la entrega del acto. No obstante, ello supone –sin más– una negativa a ejercer el control jurisdiccional sobre el funcionamiento de la Administración Pública a través de las TIC's (caso particular de CADIVI), siendo un ámbito de inmunidad del poder. La situación se agrava al considerar que el funcionamiento de la Administración Pública a través de Internet (como es adecuado que lo haga a tenor de los artículos 110 y 108 de la Constitución), obra en este caso específico en perjuicio de los ciudadanos debido a la falta de garantías administrativas y la ausencia de control jurisdiccional.

V.

Hace unos años tuve la fortuna inmensa de cursar en la Universidad Complutense de Madrid, en su Departamento de Derecho Administrativo, mi doctorado en Derecho; y asimismo tuve igual fortuna de elaborar mi tesis doctoral bajo la dirección del catedrático español de Derecho Administrativo, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer¹⁸. Desde el mencionado Departamento, el Profesor Eduardo García De Enterría, en su condición de catedrático, dirigía su brillante escuela de administrativistas, que se extiende por toda España y por otros países de Europa, así como por países de América. En el Seminario de los días miércoles que se realiza en el mencionado Departamento, el cual lleva su nombre y dirige el Profesor

18 Dicha tesis fue publicada, con prólogo suyo, bajo la siguiente referencia: Belandria García, José. *El derecho de petición en España y Venezuela*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2013.

Martín-Retortillo, pude recordar una sesión destinada a tratar la *Administración Pública telemática* (hacia comienzos de 2010¹⁹), en la cual el propio Profesor García De Enterría, lúcido, sabio y entusiasta, evaluaba las transformaciones que este modelo de Administración ha traído consigo.

A partir de las enseñanzas del Maestro español, corresponde señalar que la lucha por el Derecho debe comprender el control de la totalidad de la actividad administrativa, aún frente a los desafíos derivados de los nuevos modelos de funcionamiento de la Administración Pública. La utilización de portales en Internet y la remisión de mensajes de datos a través de dicha red, no puede ser motivo para rehusar el control. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela deben evolucionar, partiendo por analizar el fenómeno de la *Administración Pública telemática* e incluir, sin cortapisas, la universalidad del control tanto en lo relativo a los órganos y entes del Estado, como a la forma de la actividad de éstos.

19 Concretamente del día 24 de marzo de 2010, siendo el título de la ponencia: *Aspectos técnicos y jurídicos de la Identidad Electrónica. Certificados Digitales y Servicios de Certificación. El DNI Electrónico*, a cargo del Profesor D. José Manuel Bocanegra Requena.

ALGUNOS ASPECTOS DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD EN VENEZUELA *

Allan R. Brewer-Carías

Profesor Emérito en la Universidad Central de Venezuela

Resumen: El control judicial de la discrecionalidad es una de las manifestaciones más destacadas del afianzamiento del principio de la legalidad en los Estados democráticos. Tal principio fue desarrollado por la jurisprudencia venezolana durante la segunda mitad del pasado siglo.

Palabras clave: control judicial de la Administración Pública, discrecionalidad

Abstract: The judicial review of the administrative discretion is one of the most important manifestations of the strengthening of the rule of Law in democratic States. That principle was developed by the Venezuelan jurisprudence during second half of the twentieth century.

Keywords: judicial review of the Administration, administrative discretion.

Recibido:

1 de julio de 2016

Aceptado:

6 de julio de 2016

* Ponencia para el Congreso de Derecho Administrativo, paralelo al VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Panamá, septiembre 2009. Para la elaboración de este documento hemos partido de lo expuesto en nuestro estudio sobre “Sobre los límites al ejercicio del poder discrecional,” publicado en Carlos E. Delpiazzi (Coordinador), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano Brito*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2008, pp. 609-629.

SUMARIO

Introducción

- I. Algo sobre la actividad discrecional de la administración y sus límites
- II. El control judicial del ejercicio del poder discrecional
- III. La depuración del ámbito de la discrecionalidad administrativa y el control judicial de los elementos reglados de los actos administrativos

INTRODUCCIÓN

El control judicial de la discrecionalidad es, sin duda, una de las manifestaciones más destacadas del afianzamiento del principio de la legalidad en los Estados democráticos, donde se ha podido desarrollar una Jurisdicción contencioso administrativa autónoma e independiente capaz de enfrentar el poder de la Administración, y proteger los derechos de los administrados frente a la arbitrariedad administrativa¹. Ese control es una de las manifestaciones más destacadas del proceso experimentado por el derecho administrativo contemporáneo de lo que Eduardo García de Enterría denominó la lucha contra las “inmunidades de poder” donde tradicionalmente se había enmarcado precisamente el poder discrecional², cuyo desarrollo ha correspondido a los jueces contencioso administrativos.

1 Sobre los poderes discrecionales y sus límites, véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, p. 52 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Fundamentos de la Administración Pública*, Tomo I, Caracas 1980, pp. 203-222; J. M. Hernández Ron, “La potestad administrativa discrecional” en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Nos. 35-36, Caracas 1943, p. 8; y Allan R. Brewer-Carías, “Los límites al poder discrecional de las autoridades administrativas” en *Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Caracas 1966, pp. 255-278 y en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCAB, N° 2, Caracas 1966, pp. 9-35;

2 Véase el clásico trabajo de Eduardo García de Enterría, “La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, N° 38, Madrid 1962, pp. 159 a 205.

Estos, en definitiva, han sido los conductores de ese “vasto movimiento de lucha por el derecho”³ que ha implicado la reducción y control de la discrecionalidad, lo que por supuesto ha sido posible en regímenes democráticos que es donde en definitiva se puede garantizar la autonomía e independencia de los mismos.

Ello fue así en Venezuela durante la segunda mitad del siglo pasado, cuando la jurisdicción contencioso administrativa pudo desarrollarse y pudo controlar con total libertad la legalidad de la actuación de la Administración, y pudo limitar la arbitrariedad de los funcionarios. Es a ese período al cual me referiré en estas líneas, en el cual se fijaron las bases del control judicial de la discrecionalidad. Ello, lamentablemente no está garantizado en la actualidad debido al régimen autoritario que se ha instalado en el país desde 1999, y cuya manifestación más trágica ha sido precisamente el sometimiento de la totalidad del Poder Judicial al Poder Ejecutivo, y en particular, de la Jurisdicción contencioso administrativa, la cual ha sido despojada de toda autonomía e independencia⁴.

Ahora bien, para analizar el progresivo desarrollo del control judicial de la discrecionalidad, tal como lo expresó Alejandro Nieto, deben distinguirse “dos fases completamente

3 E. García De Enterria, “La lucha...”, loc. cit., p. 166.

4 Véase nuestros trabajos Allan R. Brewer-Carías, “La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)]” en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57; “La justicia sometida al poder y la interminable emergencia del poder judicial (1999-2006)”, en *Derecho y democracia. Cuadernos Universitarios*, Órgano de Divulgación Académica, Vicerrectorado Académico, Universidad Metropolitana, Año II, No. 11, Caracas, septiembre 2007, pp. 122-138; y “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004”, en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174

distintas: una, la de precisión o determinación de lo que no sea discrecional, y sobre lo que se extiende, como es lógico, la jurisdicción; y una segunda fase, la de control –en la medida de lo posible– de lo que sí es discrecional”⁵. Para ello, por supuesto, hay que partir de la determinación de cuándo en la actividad administrativa se está en presencia de una actividad que pueda calificarse de discrecional, en cuyo ejercicio precisamente es donde puede manifestarse la arbitrariedad que pueda ser controlada por el juez⁶.

I. ALGO SOBRE LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y SUS LÍMITES

La discrecionalidad administrativa se manifiesta en el ejercicio de aquellas actividades de la Administración en las cuales el legislador le confiere al funcionario determinados poderes de apreciación de la oportunidad y conveniencia de su actuación. Ello sucede, por ejemplo, en todos los casos en los cuales la ley otorga a la Administración la facultad de obrar, y se encuentra en aquellos casos en los cuales la Ley confiere la competencia al funcionario mediante el uso del verbo “podrá.” Como lo indicó la antigua Corte Federal de Venezuela en sentencia de 6 de noviembre de 1958:

“El uso del verbo “poder”, en la oración “podrá reducir las penas” [de una norma legal], indica que se está en presencia de una facultad discrecional de la Administración Pública. Poder es tener la facultad o el medio de hacer una cosa, y facultad, el derecho –no el deber ni la obligación–, de hacer una cosa. El Código de Procedimiento Civil, en

5 Véase Alejandro Nieto, “Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria”, *Revista de Administración Pública*, N° 44, Madrid 1964, p. 153.

6 Véase sentencias de 17 de julio y 23 de octubre de 1953, Corte Federal (Venezuela), *Gaceta Forense* No. 1, Caracas 1953, p. 151 y No. 2, Caracas 1953, p. 64.

su artículo 13, da la interpretación jurídica de este verbo, que bien puede aplicarse, no sólo en las actuaciones judiciales, sino en general. Cuando la ley dice: “El Juez o Tribunal puede o podrá”, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad”⁷.

Ello ha sido, precisamente, lo que ha dado origen a la distinción clásica del Derecho Administrativo entre la administración reglada y el poder discrecional; distinción a la cual se refirió hace varias décadas la misma antigua Corte Federal de Venezuela de Venezuela al expresar que:

“Los actos administrativos son de dos categorías: los *discrecionales*, cuando la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, sin que ello quiera decir que se obra al arbitrio, eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto; y los *reglados*, llamados también vinculados y obligatorios, cuando el funcionario no puede ejecutarlos sino con sujeción estricta a la ley, so pena de incurrir en incompetencia, exceso de poder o genéricamente, en ilegalidad o violación de la ley”⁸.

En este sentido, en otra sentencia la misma antigua Corte estableció la diferencia entre estos dos tipos de actos administrativos, indicando que estriba:

“en que en los [actos administrativos] reglados la ley establece si la autoridad administrativa ha de actuar, cuál es esa autoridad y cómo debe hacerlo, determinando las condiciones de la conducta administrativa en forma de no

7 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 22, Caracas 1958, p. 133.

8 Véase sentencia de la Antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 1, Caracas 1953, p. 151.

dejar margen a la elección del procedimiento; mientras que en los [actos administrativos] discrecionales, atendiendo a necesidades de la Administración Pública, la autoridad administrativa, en muchos casos, apreciará hechos pasados o consecuencias futuras, y para ello, dispondrá de cierta libertad de apreciación, sin que quiera significar esto que proceda *arbitrariamente*"⁹.

Entendida en esta forma, la actividad discrecional de la Administración es indispensable para que ésta pueda realizar actividades en procura del interés general y lograr sus fines de un modo cabal, porque la ley no puede prever y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en la sociedad. De ahí que, en muchos casos, la ley se limite a determinar normas que fijan la competencia de los diversos órganos administrativos y deja a éstos una cierta *libertad de apreciación de los hechos*, para decidir u orientar su actuación¹⁰.

De lo anterior resulta una premisa en esta materia, y es que el ejercicio de una actividad administrativa discrecional tiene que tener siempre su fundamento y su razón de ser en una ley, en el sentido de que la discrecionalidad, como lo dijo hace años Ballbe, "no se funda en la ausencia de preceptos jurídicos que limitan la actividad de la administración, sino en la atribución, por el derecho, de una libertad de apreciación"¹¹. Es decir, como la jurisprudencia venezolana lo sostuvo hace años, el funcionario sólo puede ejercer las facultades que la ley le señala expresamente (competencia expresa), por lo que "nunca, en ninguna oportunidad, puede el funcionario ejercer

9 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 26, Caracas 1959, p. 125.

10 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 22, Caracas 1958, p. 133.

11 Véase Manuel Ballbé, "Derecho Administrativo" en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona 1949, p. 64 cit. por M. F. Clavero Arévalo, "La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico", *Revista de Administración Pública*, N° 7, Madrid 1952, p. 89.

atribuciones discrecionales, a menos que la ley se las conceda directa y categóricamente”¹². Por ello, el primer motivo del control judicial de la discrecionalidad está en la aplicación e interpretación de la ley que autoriza la actividad discrecional, que no es otra cosa que el control de la competencia o base legal de los actos administrativos. Por ello, con razón, Marcel Waline afirmó hace varias décadas que si fuera necesario dar de algún modo una definición de derecho administrativo mismo, podría decirse “que es esencialmente el estudio del poder discrecional de las autoridades administrativas y de su limitación para salvaguardar los derechos de terceros (administrados o agentes públicos)”¹³.

Ahora bien, en materia de la actividad discrecional, no sólo el juez contencioso ha jugado un papel fundamental, sino también el legislador, de manera que en muchos casos los límites al ejercicio del poder discrecional se ha establecido en leyes, positivizándose en esta forma los principios generales del derecho.

En tal sentido, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece varias normas relativas al ejercicio del poder discrecional y al control judicial del mismo que deben destacarse. El artículo 15.1 de la Ley General, en efecto, comienza por prescribir que el ejercicio del poder discrecional está “sometido en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable”, atribuyéndose el juez potestad para controlar la legalidad no sólo sobre los aspectos reglados del acto discrecional, sino “sobre la observancia de sus límites” (art. 15.2).

12 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal y de Casación en Sala Federal* de 11 de agosto de 1949 en *Gaceta Forense*, 1ª etapa (Segunda Edición), Año I, N° 2, Caracas 1949, p. 140.

13 Véase Marcel Waline, “Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l’Administration”, *Études et documents*, Conseil d’Etat, núm. 10, París, 1956, p. 25.

Ello lo refuerza la propia Ley General al prescribir en su artículo 216 que:

“La Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento y, en el caso, de las actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél”.

El artículo 16.1 es reiterativo, en cuanto a este principio de la razonabilidad, al establecer que “en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia” (art. 16.2). Otro límite al ejercicio del poder discrecional en la Ley de Costa Rica, se establece, en relación a “los derechos del particular” (art. 17) frente a la discrecionalidad, que no deben ser vulnerados.

La Ley General, además, consagra expresamente la consecuencia del traspaso de los límites mencionados por la autoridad administrativa al prescribir, en el artículo 158, como una causa de invalidez de los actos administrativos, la infracción a las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso, y agrega en el artículo 160, que:

“El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias del caso”.

Por último, es de destacar que el artículo 133 de la misma Ley General el cual regula los motivos del acto administrativo, y establece que cuando éste no esté regulado, “deberá ser *proporcionado* al contenido y cuando esté regulado en forma imperiosa deberá ser *razonablemente* conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento. El principio de la proporcionalidad también lo repite la Ley General en el

artículo 132.1 relativa, al objeto del acto administrativo, al prescribir que debe ser “proporcionado al fin legal” del acto.

Es difícil, ciertamente, encontrar otro ejemplo de legislación positiva en el mundo con normas tan precisas y ricas en su contenido, para que los jueces puedan controlar el ejercicio del poder discrecional¹⁴, con precisas referencias a los principios de razonabilidad, racionalidad, justicia, lógica, proporcionalidad y conveniencia.

La Ley venezolana de Procedimientos Administrativos de 1982, recogió también el principio de los límites al ejercicio del poder discrecional en la norma que hemos comentado del artículo 12, que prescribe:

“Aún cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia”.

Se consagró así, expresamente, como antes hemos analizado, no sólo la existencia de elementos reglados del acto discrecional que siempre deben respetarse (adecuación con los presupuestos de hecho, adecuación con la finalidad, competencia legal o reglamentaria, respeto de las formas y procedimiento), sino que se erigió como límite fundamental al ejercicio del poder discrecional, la obligación del funcionario de “mantener la debida proporcionalidad”. Así se estableció también

14 Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre los Principios Generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica”, en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, San José, 1981, p. 52; Eduardo Ortíz, “Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de Administración Pública”, ídem, p. 386; Gonzalo Fajardo, “El Estado de Derecho y la Ley General de Administración Pública”, ídem, pp. 523-524.

en el Código Contencioso Administrativo de Colombia, en su artículo 36:

“En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

De lo anteriormente expuesto se puede sacar como conclusión, en materia de control judicial del ejercicio del poder discrecional, que tanto la jurisprudencia y la doctrina como la legislación, ésta última, en particular en América Latina, fue abandonando la vieja inmunidad jurisdiccional en esta materia, distinguiendo, incluso, lo que en apariencia es discrecionalidad (como en el caso de la aplicación de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados) y que esta sometida plenamente a control judicial; de lo que sí es, propiamente, ejercicio del poder discrecional y en relación a lo cual los principios de razonabilidad, lógica, justicia, igualdad y proporcionalidad, se impusieron en el materia de oportunidad, que tradicionalmente había estado excluida de control.

Es precisamente, por los límites impuestos al ejercicio de los poderes discrecionales derivados de esos principios generales del derecho, por lo que la jurisprudencia ha reiterado¹⁵ que “la discrecionalidad no es arbitrariedad”¹⁶.

15 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, N° 1, 1953, p. 151. Véase Además, la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 11, 1956, p. 28.

16 Véase. J. M. Hernández Ron, “La Potestad discrecional y la Teoría de la Autolimitación de Poderes”, loc. cit, p. 8.

II. EL CONTROL JUDICIAL DEL EJERCICIO DEL PODER DISCRECIONAL

En efecto, el ejercicio del poder discrecional, es decir, de la potestad atribuida por el Legislador a la Administración de apreciar libremente las circunstancias de hecho y adoptar una decisión escogiendo entre varias alternativas, todas igualmente justas y conforme a la legalidad, tiene siempre un límite absoluto sobre el cual versa el control judicial, y es que el acto administrativo que se adopte con base en el ejercicio de tal poder no puede ser arbitrario, es decir, la libertad de apreciación de los hechos y de la oportunidad de actuar otorgada al funcionario, no significa que pueda actuar arbitrariamente¹⁷.

El problema de los límites al ejercicio del poder discrecional y su control judicial radica, entonces, en el establecimiento de la frontera entre discrecionalidad y arbitrariedad; de manera que el juez contencioso administrativo pueda controlar el ejercicio directo del poder discrecional cuando resulte arbitrario, además de ejercer sus poderes de control sobre los aspectos reglados del acto discrecional¹⁸ y particularmente sobre la comprobación y calificación de los presupuestos de hecho¹⁹, y sobre la adecuación de la decisión a los fines establecidos en la Ley.

Las dudas del Juez contencioso-administrativo de controlar efectivamente lo que es ejercicio del poder discrecional por

17 Allan R. Brewer-Carías, "Los límites...", *loc. cit.*, p. 11.

18 En la sentencia de la antigua Corte Federal (Venezuela) (Caso *Reingruber*) de 6 de noviembre de 1958, por ejemplo, quedó claramente señalado en relación a los actos del ejercicio del poder discrecional, que siempre "puede ser materia de revisión (por el Juez) por lo que se refiere a la incompetencia del funcionario que lo dictó, o defecto de forma del acto, o a su ilegalidad", *Gaceta Forense*, núm. 22, p. 134. Cf. Allan R. Brewer-Carías, "Los límites...", *loc. cit.* p.14.

19 Sobre la "veracidad y la congruencia de los hechos" como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa (Venezuela), en sentencia (caso Depositaria Judicial) de 2 de noviembre de 1982, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, Caracas 1982, p. 130.

la Administración y establecer el límite entre discrecionalidad y arbitrariedad, históricamente existieron en todos los países contemporáneos, donde con frecuencia se formuló el principio de que el juez no podía juzgar sobre las razones de oportunidad o de conveniencia para la adopción de un acto administrativo porque: “el juez no puede sustituirse al administrador por motivos obvios de diferenciación y especialización de funciones conectadas con el principio de la separación de poderes”²⁰.

Sin embargo, tanto en la jurisprudencia como en la legislación de América Latina, desde hace décadas se aprecian esfuerzos significativos por permitir, efectivamente, que el juez contencioso-administrativo penetre en el ámbito de la discrecionalidad y controle la arbitrariedad. En esta materia, de nuevo, los principios generales del derecho han suministrado el arsenal inicial para esta lucha contra la arbitrariedad que habiendo sido inicialmente librada por los jueces, ha venido teniendo como aliado al Legislador en la codificación del procedimiento administrativo.

1. Los fundamentos del control judicial: los principios generales del derecho

Hace más de medio siglo, por ejemplo, uno de los clásicos tratadistas venezolanos, J. M. Hernández Ron, señalaba que “la acción administrativa se puede considerar como discrecional, cuando se realiza según la libre apreciación de las circunstancias que, *con sujeción siempre a la equidad y a los principios generales del derecho*, hará la Administración”²¹. Ello implica la facultad de ejercer una actividad administrativa en forma discrecional, está limitada por los principios generales del derecho y puede suponer un control judicial que no implica “una sustitución de la discrecionalidad administrativa por la judicial”²².

20 Ídem.

21 Véase J. M. Hernández Ron, “La Potestad Administrativa discrecional”, loc. cit., p. 8

22 Véase A. Nieto, “Reducción jurisdiccional...”, loc. cit., p. 157.

Entre esos principios generales se encuentran el principio de la injusticia manifiesta, el de la irracionalidad, el de la buena fe, el de la proporcionalidad de los medios a los fines, el de la igualdad, y en general todos los principios derivados de los derechos y libertades fundamentales de las personas, puesto que es evidente que la Administración no puede, en nombre de sus facultades discrecionales, violar principios constitucionales consagrados como base entera de la organización social y del orden jurídico²³.

Un punto de partida contemporáneo en este esfuerzo, puede situarse en dos sentencias de la antigua Corte Federal de Venezuela adoptadas en los años cincuenta. En la primera (caso Municipalidad de Maracaibo) de fecha 24 de febrero de 1956, al declarar la Corte la anulación de un acto administrativo que había revocado un permiso de construcción, el juez consideró que era arbitrario por carecer de fundamento y por ser injusto, afirmando que “la discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia puesto que la Administración... no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su fin”²⁴.

En la segunda sentencia (caso *Reingruber*) de 6 de noviembre de 1958, la antigua Corte, a pesar de haber considerado que la potestad dada al Ministerio de Hacienda de poder reducir las multas cuando concurren circunstancias que demuestren falta de intención dañosa del contraventor, era una potestad

23 Cfr. E. García de Enterría, “La lucha por...”, loc. cit., pp. 178-179. En este mismo sentido M. F. Clavero Arevalo, “La Doctrina de los Principios Generales del Derecho y las Lagunas del Ordenamiento jurídico”, *Revista de Administración Pública*, N° 7, 152, p. 101, expresa que los Principios Generales del Derecho “constituyen un límite exterior que no puede ser violado por el contenido de los actos discrecionales, ya que en este sentido se producirá un desbordamiento de la potestad discrecional invadiendo la esfera reglada, cuya norma la constituirán los preceptos administrativos y, en su defecto, los principios generales del Derecho”.

24 *Gaceta Forense*, núm. 11, Caracas, 1956, pp. 27-30, Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. I, Caracas, 1975, pp. 611-612.

discrecional, y decidir que “la manera como el funcionario administrativo ejerció la facultad discrecional” que le reconoce la ley no podía ser revisado por la Corte, el Supremo Tribunal reconoció que en los casos de atribución de poder discrecional debe entenderse que la Ley autoriza al funcionario: “para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad”²⁵.

Puede decirse que en este considerando la antigua Corte sentó las bases para el control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional en Venezuela, fundamentándose en principios generales del derecho, como son el principio de la *racionalidad* (la decisión administrativa adoptada en ejercicio de un poder discrecional no puede ser ilógica o irracional); el principio de la *justicia* o de la *equidad* (la decisión producto del ejercicio de poderes discrecionales no pueden ser inicua, inequitativa o injusta); y el principio de la *igualdad* (la decisión administrativa que resulte del ejercicio de poderes discrecionales no puede ser parcializada ni discriminatoria). A estos principios se agrega el principio de la *proporcionalidad* que toda decisión adoptada en ejercicio de un poder discrecional debe respetar, de manera que exista una adecuación entre los supuestos de hecho y la decisión tomada²⁶, y debe agregarse también el principio de la

25 *Gaceta Forense*, num. 22, Caracas, 1958, pp. 133-134

26 Véase en Allan R. Brewer-Carías, “Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas”, loc. cit., pp. 27-33. Véase los comentarios a nuestro análisis en Gustavo Urdaneta Troconis, “Notas sobre la distinción entre actos reglados y discrecionales y el control jurisdiccional sobre estos” en *Tendencias de la Jurisprudencia venezolana en materia contencioso administrativa*, Caracas, 1986, pp. 395-399. En Colombia, al referirse a la necesaria sumisión del ejercicio del poder discrecional a los principios generales del derecho, Consuelo Sarria los resume así: “la Administración tendrá en cuenta la *racionalidad* o *razonabilidad*: en cuanto su decisión tiene que estar de acuerdo con la razón con la lógica y congruente con la motivación, en cuanto la discrecionalidad no implica arbitrariedad; la *justicia*: el actuar de la Administración, aunque sea discrecional en el sentido de que puede evaluar la oportunidad y conveniencia de sus decisiones, no puede ser injusto, deberá siempre ser equitativo, respetando los intereses de la Administración y de los administrados; la *igualdad*: la autoridad administrativa tendrá que respetar el principio de la igualdad

buena fe, de manera que toda actuación del funcionario que con intención falsee la verdad, también sería ilegal²⁷.

En la jurisprudencia argentina y uruguaya, estos principios que se configuran como límites a la discrecionalidad, se englobaron en la exigencia de la “razonabilidad” en la actuación administrativa²⁸, en el sentido de que un acto administrativo, aún dictado en ejercicio de facultades discrecionales, puede ser revisado judicialmente si es irrazonable o arbitrario. El principio de la razonabilidad se desarrolló particularmente en Argentina como un límite al ejercicio del poder de policía²⁹, al erigirse en la garantía de seguridad respecto a la forma, modo, manera y oportunidad del *cómo* debe realizarse la función policial. La jurisprudencia argentina, así, conformó cuatro principios de lógica jurídica que conforman el carácter razonable de una medida de policía, exigiendo que la limitación debe ser justificada; el medio utilizado, es decir, la cantidad y el modo de la medida, debe ser adecuado al fin deseado; el medio y el fin utilizados deben manifestarse proporcionalmente; y todas las medidas deben ser limitadas³⁰.

La razonabilidad se ha configurado así, en un *standard* jurídico comprensivo de una serie de valores que deben guiar

que se aplica a todas las actuaciones del Estado enfrente a los particulares, en cuanto estos serán tratados en igualdad de condiciones, sin que pueda haber favoritismo por parte de las autoridades; *la proporcionalidad*: que debe existir entre los medios utilizados por la Administración y los fines de la medida; *el derecho a la defensa*: en cuanto la Administración antes de tomar una medida, debe oír al administrado”, Consuelo Sarria, “Discrecionalidad Administrativa” en J.C. Cassage y otros, *Acto Administrativo*, Tucumán, 1982, p. 118.

27 Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de marzo de 1984, *Revista de Derecho Público*, núm. 18, Caracas, 1984, p. 172.

28 Véase Juan Francisco Linares, *Poder Discrecional Administrativo*, Buenos Aires, 1958, pp. 155 ss.

29 Véase Ramón F. Vázquez, *Poder de Policía*, Buenos Aires, 1957, pp. 41 ss. y 122 ss.

30 Véase Bartolomé A. Fiorini, *Poder de Policía*, Buenos Aires, 1958, p. 149.

la actividad administrativa (en lugar de "*bonus pater familiae*" el "*bonus magistratus*") y que realizan la justicia con todos sus sinónimos: equivalencia, proporción, adecuación, igualdad, paridad, justa distribución, dar a cada uno lo que le corresponde, etc³¹. La actuación administrativa irrazonable, por tanto, es arbitraria y aún cuando sea producto del ejercicio de un poder discrecional, puede ser controlada judicialmente, tal como lo decidió la antigua Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), en 1959, al señalar que "los jueces poseen la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre hechos controvertidos, si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan solo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios"³².

Lo arbitrario o irrazonable de una actuación administrativa, en todo caso, puede resultar, de la irrazonabilidad en la elección del momento (decisión manifiestamente inoportuna); en la elección de modalidades de actuación (medios desproporcionados, por ejemplo), o en la forma de actuación (desigual o discriminatoria)³³.

En la jurisprudencia contencioso-administrativa del Uruguay se encuentran soluciones basadas en principios similares. Así, el Tribunal de lo Contencioso administrativo en sentencia de 27 de septiembre de 1971 afirmó que "los poderes discrecionales... sólo los podía ejercitar (la Administración) dentro de los límites razonables y conforme a una equilibrada valuación de los factores constitutivos de la falta en juicio"³⁴.

En España, la reducción progresiva de la arbitrariedad se desarrolló inicialmente por la jurisprudencia del Tribunal

31 Ídem, p. 158; Juan Francisco Linares, op. cit., p. 164.

32 Caso *Reyes* de 25 de septiembre de 1959, Fallos t. 244, cit. por A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, Buenos Aires, 1979, pp. 9-27.

33 Véase Juan Francisco Linares, op. cit., pp. 164 ss.

34 Véase en J. P. Cajarville, *Dos Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1988, p. 106.

Supremo, en igual forma, por la aplicación de los principios generales del derecho. Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández, en esta forma, citan un cúmulo de sentencias en las cuales el control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional se ha efectuado con base en considerar que unas medidas eran injustificadas a todas luces a incluso contrarias a la razón (sentencia 6-2-63). Así, se censuraron jurisdiccionalmente las actuaciones administrativas contrarias al “respeto debido al principio de la buena fe, en que han de inspirarse los actos de la Administración” (sentencias de 23-12-59, 22-6-60, 27-12-66, 13-5-71, 12-3-75, 6-2-78, 24-2-79 y 5-2-81); o “cuya gravedad no guarda una razonable proporcionalidad con la infracción” (sentencia de 25-3-72). El Tribunal Supremo también acudió al principio *favor libertatis* para obligar a la Administración a acomodar sus intervenciones en la esfera de los administrados al procedimiento menos restrictivo de la libertad³⁵.

2. El control judicial de la discrecionalidad basado en el principio de la proporcionalidad

Como hemos dicho, por ejemplo, las leyes de Colombia y Venezuela establecen que el acto discrecional debe mantener la debida proporcionalidad, lo cual configura uno de los límites que tradicionalmente la jurisprudencia exigía a la autoridad administrativa frente a la discrecionalidad. El acto discrecional no puede ser desproporcionado, porque la desproporción es arbitrariedad. Si una disposición establece, por ejemplo, que por la infracción de una norma se puede aplicar una sanción entre dos límites, máximo y mínimo, según la gravedad de la falta, a juicio de la autoridad administrativa, dentro de su libre apreciación de la situación, la Administración no puede ser arbitraria y aplicar medidas desproporcionadas. La decisión que tome tiene que ser proporcional al supuesto de hecho.

35 Véase Eduardo García de Enterría y Tomas R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1983, pp. 449-451.

Por supuesto, la proporcionalidad, como límite a la discrecionalidad, no sólo rige respecto de la aplicación de sanciones, sino en general, respecto de toda medida discrecional que adopte la Administración.

Este límite había sido tradicionalmente elaborado por la jurisprudencia que había señalado expresamente que “el funcionario al obrar discrecionalmente, tiene que hacerlo...marcando la exacta correspondencia entre el fin perseguido y los medios utilizables (medio que ofrece la técnica de su actividad)”³⁶. Se trata de la aplicación del principio de la proporcionalidad de medios a fines como límite del poder discrecional³⁷. En este sentido, la desproporcionalidad entre los fines perseguidos y los medios utilizados puede también ser controlada judicialmente. Esa situación puede plantearse en casos como el siguiente: un funcionario comete una falta de poca entidad (contestar de mala forma a un superior); no se discute el hecho considerado en sí mismo; las leyes y reglamentos no prevén la falta, ni fijan la sanción; aunque el poder disciplinario, en principio, es discrecional, no podría destituirse al funcionario porque tal sanción sería *manifiestamente excesiva*, configurando una arbitrariedad³⁸.

La proporcionalidad también se establece en la Ley argentina de Procedimiento Administrativo, al prescribir dentro de los “requisitos esenciales del acto administrativo”, la necesidad de que “las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas” a la finalidad que resulta de las normas que otorgan las facultades al órgano administrativo (art. 7.f).

36 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 11, Caracas 1956, p. 28.

37 Cfr. E. García De Enterría, “La interdicción...”, loc. cit., p. 130; Merikoski, *Le pouvoir discretionnaire de l'administration*, Bruselas, 1958, p. 44 cit. por E. García De Enterría, “La interdicción...”, loc. cit., p. 163.

38 Cfr. Enrique Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo, 1953, p. 410, nota N° 3.

Estas normas incorporaron, por tanto, a los límites a la discrecionalidad, el principio de la proporcionalidad³⁹, conforme al cual las medidas adoptadas en los actos administrativos deben ser proporcionales tanto a los fines que prevé la norma que las autoriza, como a los hechos que las motivan. Tal como lo precisó la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, los actos administrativos estarían viciados de abuso de poder:

“cuando no existe proporción o adecuación entre los motivos o supuestos de hecho que sirvieron de base al funcionario u órgano autor del acto recurrido para dictar su decisión, y los contemplados en la norma jurídica, en el sentido de que se trata de un vicio que consiste en la actuación excesiva o arbitraria del funcionario, respecto de la justificación de los supuestos que dice haber tornado en cuenta, para dictar el acto”⁴⁰.

En el mismo sentido, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Uruguay, en sentencia de 23 de abril de 1976 al apreciar la ilegalidad de la imposición de una sanción, señaló que esta “aparece como ciertamente desproporcionada... hubo exceso de parte del jerarca en el ejercicio de sus funciones dis-

39 Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, p. 46; Agustín Gordillo, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, p. 250. Conforme a lo establecido por la Corte Suprema de la Nación (Argentina) “las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionadamente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador”. Caso: *Sindicato Argentino de Músicos*, 1960, Fallos t. 248, pp. 800 ss.

40 Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de marzo de 1984, *Revista de Derecho Público*, núm. 18, Caracas, 1984, p. 172. En igual sentido, la misma Corte Primera en sentencia de 16 de diciembre de 1982, estimó que este vicio de abuso de poder se da en los casos de “desmedido uso de las atribuciones que han sido conferidas lo cual equivale al excesivo celo, a la aplicación desmesurada, esto es, a todo aquello que rebasa los límites del correcto y buen ejercicio de los poderes recibidos de la norma”, *Revista de Derecho Público*, núm. 13, Caracas, 1982, p. 119.

crecionales, cayendo en ilicitud... obligando, por ende, al control anulatorio por parte del Tribunal”⁴¹.

Por su lado, en la Ley de Procedimientos Administrativos del Perú, entre los principios del procedimiento administrativo que enumera y describe el artículo IV del Título Preliminar, se destaca el de razonabilidad señalándose, al efecto, que:

“Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido (art. IV, 1.4)”.

Los principios de la razonabilidad y de la proporcionalidad también han tenido aplicación jurisprudencial en Francia, en materia de control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional. En cuanto al principio de la razonabilidad, puede encontrarse aplicado en la jurisprudencia comentada relativa al “error manifiesto de apreciación”, el cual según lo afirma Guy Braibant, aparece cuando la Administración “ha ido más allá de los límites de lo razonable en el juicio que ella ha realizado sobre los elementos de la oportunidad”⁴². De allí la celebre frase del mismo Braibant en relación al ejercicio del poder discrecional y el principio de la razonabilidad: “El poder discrecional comporta el derecho de equivocarse pero no el de cometer un error manifiesto, es decir a la vez aparente y grave”⁴³.

41 Véase en J. P. Cajarville, op. cit., p. 106.

42 Conclus, CE, 13 de noviembre de 1970, *Lambert*, cit., por A. De Laubadère, “Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrctionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d’Etat Français”, *Mélanges offerts a Marcel Waline*, París, 1974, t. II, p. 540.

43 Conclus, CE, 2 de noviembre de 1973, *Librairê François Maspero*, Rec. 611, en Long, Weil y Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 585.

En el caso de control jurisdiccional del error manifiesto en la apreciación de los hechos, indicaron Long, Weil y Braibant, que el juez “no se pronuncia sobre la apreciación como tal, sino sobre el error que ha podido viciar esta apreciación, cuando este error es evidente, al poder ser descubierto por simple sentido común, cuando se trate de un error manifiesto que desnaturalice la interpretación que hace la Administración de la extensión de su poder discrecional”⁴⁴.

Ahora bien, si en general se dan ejemplos jurisprudenciales de la aplicación de la técnica del error manifiesto como instrumento de control del ejercicio del poder discrecional por el Consejo de Estado, en la gran mayoría de los casos reseñados, en realidad, como hemos dicho, se trata de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados⁴⁵. Quizás, supuestos de aplicación del error manifiesto de apreciación en tanto que control del ejercicio del poder discrecional, en estricto sentido se pueden encontrar en las decisiones del Consejo de Estado sobre error de equivalencia entre empleos públicos (CE 13 nov 1953, *Denizet*, Rec. 489; y CE 15 fév 1961, *Lagrange*, Rec. 121; CE 9 mai 1962, *Commune de Montfermeil*, Rec. 304)⁴⁶.

En cuanto al principio de la proporcionalidad como límite al ejercicio del poder discrecional, aun cuando a veces se afirmó que no había sido reconocido plenamente en el sistema francés⁴⁷, fue aplicado en muchas decisiones por el Consejo de Estado, comenzando por el *arrêt Benjamin* del 19 de mayo de 1933, en el cual el Consejo de Estado anuló la prohibición de una reunión impuesta por un Alcalde, considerando que “la eventualidad de las perturbaciones... no presentaban un *grado de gravedad* tal que no pudiera, sin prohibir la conferencia, man-

44 Véase Long, Weil y Braibant, op. cit., p. 580.

45 Véase todas las referencias jurisprudenciales en Long, Weil y Braibant, op. cit., con ocasión de los comentarios al *arrêt Maspero*, pp. 580-585; J. M. Auby y R. Drago, op. cit., t. II, pp. 399-400.

46 Véase las referencias en Long, Weil y Braibant, op. cit., p. 581.

47 Guy Braibant, “Le Principe de la proportionnalité”, *Mélanges offerts a Marcel Waline*, París, 1974 t. II pp. 297 ss.

tener el orden decretando las medidas de policía que le correspondía tomar”⁴⁸. En este caso, como lo observaron Long, Weil y Braibant, el juez verificó “no solamente la existencia, bajo las circunstancias del caso, de una amenaza de perturbación del orden público susceptible de justificar una medida de policía, sino también si esta medida era apropiada, por su naturaleza y su gravedad a la importancia de la amenaza; controlando así la adecuación de la medida a los hechos que la motivan”⁴⁹.

Se trató, sin duda, de la aplicación del principio de la proporcionalidad, es decir, de la adecuación entre las medidas adoptadas y los hechos, lo cual también tuvo aplicación en Francia en materia disciplinaria a partir del *arrêt Lebon* (CE 9 juin 1978), en el cual el Consejo de Estado, aplicando la técnica del error manifiesto, controló la proporcionalidad de la sanción disciplinaria con la gravedad de la falta⁵⁰. En otra decisión del Consejo de Estado en el *arrêt Vinolay* (CE 26 juillet 1978), conforme al mismo criterio, anuló una destitución de un funcionario, señalando que “si las faltas a reglas de buena administración... eran de tal índole que legalmente justificaran una sanción disciplinaria, ellas no podían legalmente fundamentar, sin error manifiesto de apreciación, una medida de revocación que constituye la sanción mas grave dentro de la escala de las penas”⁵¹.

3. El control judicial de la discrecionalidad basado en el principio de la racionalidad

Pero además del límite al poder discrecional derivado del principio de la proporcionalidad, otro importante límite al mismo es el que se ha construido por la jurisprudencia derivado del principio de la racionalidad o razonabilidad. Como

48 Rec. 541, concl. Michel. en Long, Weil y Braibant, op. cit., pp. 217 ss.

49 Idem, p. 221.

50 Cf. Long, Weil y Braibant, op. cit., p. 583.

51 Cit., en J. M. Auby y R. Drago, op. cit., t. 11, p. 400; G. Vedel y Pierre Delvolvé, *Droit Administratif*, París, 1984, p. 801.

lo dijo la antigua Corte Federal de Venezuela, en los casos de ejercicio del poder discrecional, la ley autoriza al funcionario para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad”⁵².

En sentido similar, en otra decisión referente a las limitaciones a la libertad de cultos, los cuales conforme a la legislación, están sometidos a la suprema inspección de la Administración, la antigua Corte Federal venezolana también señaló que “esa inspección o vigilancia no es puramente contemplativa, sino que implica la facultad de tomar medidas que a juicio del Ejecutivo Nacional aconsejan los superiores intereses de la Nación, materiales, morales, políticos, industriales, patrióticos o de cualquier otra índole *racional y justa*”⁵³.

Por tanto, uno de los límites del ejercicio de la libertad de apreciación que implica el poder discrecional, es que éste se ejerza racionalmente, lo que no es sino una consecuencia de ese principio que impone a la Administración una actuación lógica y congruente. La irracionalidad y la ilogicidad aparecen entonces como una falta de consecuencia y de nexo lógico entre las distintas partes que forman el acto administrativo, siempre que no sea la ley la que determine su estructura. En este sentido habría ilogicidad por contradicción en la propia motivación o en el propio dispositivo del acto o por falta de correspondencia entre la motivación y el dispositivo⁵⁴.

52 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 22, 1958, p. 133.

53 En este mismo sentido la antigua *Corte Federal y de Casación*, en sentencia de 7 de diciembre de 1937 señaló: “Cuando la ley no establece esas formas especiales para el acto, sino que únicamente establece la facultad de cumplir el funcionario tal o cual acto, la forma de expresión de la voluntad de la administración pública, puede hacerse en las condiciones que juzgue más *conveniente y racional* el funcionario público, siempre que, esa forma de expresión, demuestre claramente la voluntad de la administración”. Véase en *Memoria* de 1938, Tomo I, p. 374.

54 Cfr. S. Martín-Retortillo Baquer, “El exceso de poder. . .”, loc. cit., p. 147.

Uno de los supuestos que requiere de racionalidad en el ejercicio de la facultad discrecional es la oportunidad de obrar. Si bien es típico de la discrecionalidad que “la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la *oportunidad de obrar*... ello no quiere decir que se obre al arbitrio”⁵⁵, es decir, ello no quiere significar que en la elección de ese “momento” se pueda obrar irracionalmente. Por ejemplo, el viejo Reglamento General de Alimentos de Venezuela establecía que correspondía “al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social todo lo relacionado con la higiene de la alimentación y, en consecuencia,... adoptar cualquier otra medida sanitaria que se considere conveniente para el mejoramiento de la alimentación en el país”⁵⁶. Ello implica que la autoridad administrativa, para hacer uso de esa facultad discrecional cuando lo “considere *conveniente*”, puede tomar cualquier medida sanitaria en vista del mejoramiento de la alimentación, pero siempre que ello sea oportuno. Y aquí hay que hablar de una oportunidad espacial y temporal. No sólo es necesario que el “momento” sea el congruente con la medida adoptada (por ejemplo, la prohibición de importar carne de cerdo, aunque ésta haya sido tratada para destruir las triquinas, que disponga la autoridad sanitaria porque existe temor de que esté contaminada, en virtud del alto índice de contaminación que presenta en un momento dado en el país de origen, debe hacerse cuando el “momento” lo exige, y no tiempo después, cuando el peligro de contaminación ha sido erradicado), sino que también debe esa apreciación de la oportunidad tener una referencia espacial (por ejemplo, prohibición de importar carne de cerdo de un país dado donde existe alto índice de contaminación, y no prohibición general de importación respecto, a todos los países) . En este sentido la jurisprudencia ha determinado que los actos administrativos discrecionales implican

55 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 1, 1953, p. 157.

56 Artículo 1º, ordinal 10 del Reglamento General de Alimentos.

*“un juicio técnico lógico de los hechos, soberanamente apreciados a través de las respectivas normas jurídicas”*⁵⁷.

Por otra parte, el poder discrecional debe ser utilizado técnicamente para que sea racional. Era muy clara en este sentido una norma del mismo viejo Reglamento General de Alimentos citado, que inicialmente era única en el derecho positivo, que establecía que: *“Cuando en este Reglamento se deje alguna medida, reglamentación o providencia, a juicio de la autoridad sanitaria, se entiende que tal medida, reglamentación o providencia debe estar fundada en principios, normas, directrices o apreciaciones de carácter científico o técnico y de ninguna manera podrá ser el resultado de una actuación arbitraria”*(art. 2). Este es otro de los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional, en el sentido de que éste debe ser usado técnicamente por la autoridad administrativa: La prohibición de utilizar determinados utensilios en la elaboración de alimentos debe estar fundada en razones de carácter técnico, es decir, en que del análisis del utensilio se ha comprobado científicamente que contiene sustancias capaces de alterar el alimento.

Este principio del viejo Reglamento, como se dijo, se recogió textualmente en el artículo 12 de la Ley venezolana de Procedimientos Administrativos de 1982, al disponer que *“Aún cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia”*.

57 Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 3 de julio de 1961 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 33, 1961, p. 14.

4. El control judicial de la discrecionalidad basado en el principio de la justicia

Pero además de la exigencia de que el acto administrativo discrecional sea racional, la jurisprudencia en distintas decisiones ha exigido que sea *justo*. El poder discrecional está dado a la autoridad administrativa para que obre “según su prudente arbitrio, consultando lo *más equitativo* o racional, en obsequio de la *justicia y de la imparcialidad*”⁵⁸. Por ello la “discrecionalidad no implica arbitrariedad ni *injusticia*”⁵⁹, y en todo caso, la potestad discrecional del funcionario administrativo, “no puede traspasar los lindes de la verdad y de la *equidad*”⁶⁰.

En este sentido, puede ser controlada judicialmente la falta de equidad manifiesta o “iniquidad manifiesta”⁶¹ en los actos discrecionales, así como también su injusticia manifiesta⁶².

En este sentido el principio de la equidad como integrante del más amplio de justicia, funciona al lado de la libertad de apreciar la oportunidad, “como uno de los principios inspiradores para la obtención del mejor contenido del acto, tratando que la autoridad administrativa elija entre las diversas soluciones la más equitativa, la mejor que respete los intereses de la administración y de los administradores”⁶³.

Por otra parte, el acto administrativo discrecional no puede crear situaciones manifiestamente injustas. Como en el clásico

58 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 22, 1958, p. 132.

59 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 11, 1956, p. 28.

60 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 17, 1957, p. 135.

61 Cfr. Eduardo García De Enterría, “La interdicción de la arbitrariedad en la Potestad Reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, N° 30, 1959, p. 164; M. M. Díez, *El Acto Administrativo*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 197.

62 Cfr. S. Martín-Retortillo Baquer, “El exceso de poder...”, loc. cit., p. 148.

63 Véase M. M. Díez, op. cit., p. 198.

ejemplo de la jurisprudencia italiana por el cual se “anulaba un acto administrativo de separación por escaso rendimiento de un ferroviario, cuya capacidad había sido notablemente disminuida a causa del servicio”⁶⁴, lo que producía una situación *manifiestamente* injusta.

De todo lo antes expuesto resulta, en consecuencia, que “*la discrecionalidad no implica arbitrariedad*”⁶⁵. Es decir, la Administración, cuando realiza una determinada actividad en ejercicio del poder discrecional, además de estar enmarcada su actuación dentro de los requisitos legales generales, la misma debe ser racional, justa, igual y proporcional, pues de lo contrario sería arbitraria, es decir, irracional, injusta, desigual o desproporcionada, lo que produciría la posibilidad de ser controlada judicialmente por los tribunales contencioso-administrativa. Por ello, precisamente, en materia de ejercicio del poder discrecional es que se ha hablado, y tan bien, de la “*interdicción de la arbitrariedad*” como limitación al mismo⁶⁶.

III. LA DEPURACIÓN DEL AMBITO DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ELEMENTOS REGLADOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Delimitada la discrecionalidad administrativa como la potestad o libertad otorgada por la ley al funcionario para elegir entre varias posibilidades, todas las cuales son justas, lo primero que se impuso el juez contencioso administrativo al ejercer el control de legalidad, fue distinguir los casos donde

64 Véase S. Martin-Retortillo Baquer, “El exceso de poder...”, loc. cit., p. 149.

65 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 11, 1956, p. 28; sentencia de la misma Corte de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 1, 1953, pp. 151-152; y sentencia de la misma *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 26, 1959, p. 125.

66 Véase E. García de Enterría, “La Interdicción...”, loc. cit., p. 160.

hay auténtica discrecionalidad de aquellos en que no la hay, donde el control judicial se realiza en otro ángulo, propio del principio de legalidad respecto de la Administración reglada. Es el caso, por ejemplo, de la previsión en las leyes de los conceptos jurídicos indeterminados que imponen un control judicial que difiere del control de la discrecionalidad, así como del control sobre la apreciación y calificación de los hechos, que constituye una operación reglada de la acción administrativa.

1. La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y su control judicial

En el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, la ley, sin otorgar discreción alguna al funcionario, generalmente le fija su competencia utilizando conceptos jurídicos que no están precisamente determinados, pero en cuya aplicación no hay libre elección, sino simple aplicación de la ley a un caso concreto, en forma tal que sólo admite una solución justa. Por ejemplo, cuando una ley local o municipal establece la competencia de la autoridad para ordenar la demolición o modificación de edificaciones que “amenacen o se encuentren en ruina”, con ello no se está otorgando poder discrecional alguno al funcionario, sino lo que se está es delimitando el ejercicio de su competencia mediante el uso de un concepto jurídico indeterminado, lo que implica que ante una edificación determinada no tiene competencia sino para adoptar una sola solución justa, dependiendo de si la edificación se encuentra o no se encuentra en ruinas, cuya determinación no puede ser objeto de facultad discrecional alguna⁶⁷.

67 Véase E. García de Enterría, “La lucha contra...”, loc. cit., p. 174. El tema de los conceptos jurídicos indeterminados como excluidos del ámbito de la discrecionalidad fue considerado inicialmente por los autores alemanes. Por ejemplo E. Forsthoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1958, pp. 123 y sig.; Hans Klecatsky, “Reflexiones sobre el imperio de la ley, especialmente sobre el fundamento de la legalidad de la administración”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Vol. IV, N° 2, Verano de 1963, p. 237. Véase las referencias en Fernando Sainz Moreno, *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad*

Por tanto, cuando la ley, al otorgar una facultad o competencia al funcionario, utiliza expresiones como “justo precio,” “urgencia,” “interés general,” “orden público” y otros similares, lo que está es estableciendo la competencia del mismo con base a conceptos jurídicos indeterminados, respecto de los cuales, en su aplicación concreta respecto de casos particulares, el funcionario está en la obligación de determinar su contenido específico, sin que ello signifique que tenga discrecionalidad para determinar, por ejemplo, lo que sea el “justo precio.”

Si la ley al contrario, estableciera al definir la competencia del funcionario, su poder para determinar por ejemplo un determinado valor o una multa dentro de un límite máximo y un límite mínimo claramente determinado⁶⁸, allí estaríamos en presencia de un poder discrecional, que le permite al funcionario según su apreciación de las circunstancias o de la gravedad de la falta establecer la cifra correspondiente. En cambio, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la operación que realiza la Administración es de estricta aplicación de la ley en el sentido de que está llamada a determinar, por ejemplo, el precio que sea “justo, para lo cual no tiene libertad de apreciación, sino que tiene que ser el resultado de un juicio técnico. En este último caso, cabe la posibilidad de que la Administración se haya equivocado en su juicio, y tal error puede ser controlado y corregido por los tribunales⁶⁹.

Como ejemplo de este control respecto de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, puede citarse lo resuelto en sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia de Vene-

administrativa, Madrid, 1976, pp. 224 ss. In Italia es lo que se conoce como discrecionalidad técnica. Véase por ejemplo Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoles 1964 pp. 573 ss.; Pietro Virga, *Il Provvedimento Amministrativo*, Milano 1972, pp. 27 ss

68 Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 12 de diciembre de 1963 en *Gaceta Oficial*, N° 27344 de 13 de enero de 1964.

69 Véase Alejandro Nieto. “Reducción jurisdiccional...”, loc. cit., pp. 154-155.

zuela de 19 de mayo de 1983⁷⁰, al conocer de la impugnación de un acto administrativo que había decidido la suspensión de un programa de televisión por ofensas a la moral pública. En el caso, el Reglamento relativo a la Radiodifusión Audiovisual (Televisión) de 1980, establecía que dichas estaciones, entre los programas que podían transmitir, estaban “los programas recreativos que contribuyan a la sana diversión, sin ofender la moral pública ni exaltar la violencia ni el delito” (art. 15). El Ministerio respectivo con competencia en materia de comunicaciones, consideró que en el caso, referido a un determinado programa (Hola Juventud), transmitido por una estación de televisión, en una fecha determinada, “se proyectó una escena de una obra de teatro en la cual se ofende la moral pública, por cuanto apareció la figura de un hombre desprovisto de vestimenta”, razón por la cual la Administración sancionó a la empresa con suspensión del programa referido, por un día.

El acto administrativo sancionatorio fue impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la cual se alegó que la escena en cuestión correspondía a una obra de teatro denominada “Macunaima” de Brasil, y que personificaba el nacimiento de dicho personaje, quien era un héroe mitológico indígena; y que no podía considerarse que ofendía la moral pública, razón por la cual se consideró que la transmisión del programa no había violado el Reglamento aplicado.

La Corte Suprema de Justicia, en su sentencia, al anular la Resolución impugnada, se basó en la siguiente argumentación:

“El presupuesto de hecho -ofensa a la moral pública- incorpora a la norma uno de aquellos elementos que la doctrina administrativa ha denominado conceptos jurídicos indeterminados, y que se diferencian claramente de las llamadas potestades discrecionales. Mientras éstas dejan al funciona-

70 Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de 19 de mayo de 1983, en *Revista de Derecho Público*, No. 34, Caracas 1988, p. 69.

rio la posibilidad de escoger según su criterio entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. Se caracterizan, estos últimos, por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforma con el espíritu, propósito y razón de la norma.

La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración Pública constituye una actividad reglada y por consiguiente, sujeta al control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente. De allí la importancia que tiene establecer la significación y alcance del concepto moral pública empleada por la norma y que ha sido invocada como fundamento de la Resolución impugnada”⁷¹.

Con base en esas premisas, la antigua Corte Suprema de Justicia analizó el concepto de “moral pública”, como concepto dinámico, destinado a proteger el buen orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos (y no atinente a la moral individual), el cual, consideró, “cambia con el correr de los tiempos y la evolución de las costumbres”. “De allí que para juzgar si una determinada actuación ofende efectivamente la moral pública -sostuvo la antigua Corte-, menester es atenerse al criterio dominante en el medio social en que aquélla se realizó”, concluyendo que “En el estado actual de la evolución cultural de Venezuela, sería inexacto sostener que toda manifestación del cuerpo humano desprovisto de vestimenta

71 Ídem. En sentido similar la Corte Suprema de Justicia (Venezuela) en sentencia de 27 de abril de 1989 consideró que la noción de “interés público” para el otorgamiento de una exoneración fiscal, no podía dar origen a su apreciación discrecional, sino que “siendo la aplicación de un concepto jurídico indeterminado en caso de aplicación o interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el Juez debe fiscalizar tal aplicación valorando si la solución a que con ella se ha llegado, es la única solución justa que le permite la Ley” *Revista de Derecho Público*, núm. 38, Caracas, 1989, p. 96.

afecte a la moral pública o constituya objeto de escándalo o de repudio por parte de la colectividad”⁷².

En esta forma, la distinción entre lo que es ejercicio del poder discrecional y lo que no es discrecionalidad, basado en la noción de los conceptos jurídicos indeterminados, ha conducido a una reducción efectiva del ámbito de la libertad de apreciación y a una ampliación de los poderes de control judicial. La consecuencia es que la discrecionalidad sólo existe cuando la ley deja a la Administración la elección entre varias decisiones, de manera que en la voluntad del Legislador, cualquiera de ellas es jurídicamente admisible y tiene el mismo valor; en cambio, existe un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, no hay discrecionalidad, cuando sólo una sola decisión es la jurídicamente admisible⁷³. Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; es decir, una actividad es de utilidad pública, o no la es; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala para un bien es justo o no lo es; o se ofende a la moral pública o no se la ofende. No hay un tercer género o posibilidad. Por ejemplo, para que se adopte una orden municipal de demolición de un inmueble porque amenaza ruina, el inmueble, o está en estado ruinoso o no lo está.

Como lo puntualizó García de Enterría, “hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta”. Por ello califica el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados como un “proceso reglado”, porque no admite más que una solución justa: “es un proceso de aplicación a interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado; no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas”⁷⁴.

72 Ídem.

73 Véase F. Sainz Moreno, op. cit., p. 234.

74 Véase E. García de Enterría, op. cit., pp. 35, 37 y 38.

Sobre esto, el Tribunal Supremo de España, en relación con el concepto de “justo precio” como un concepto jurídico indeterminado, indicó que sólo podía conducir a determinar el precio en una expropiación como real y efectivamente un “verdadero y justo valor”. Así, en una la decisión judicial pionera en este campo en el mundo de habla hispana, de 28 de abril de 1964, el Tribunal señaló:

“las facultades discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprometida dentro de la norma la solución concreta; mientras que el concepto jurídico indeterminado (ruina, precio justo, utilidad pública etc.) es configurado por la Ley como un supuesto concreto de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho”⁷⁵.

Esta noción de los conceptos jurídicos indeterminados como área de actividad pública que no pertenece a lo discrecional, también se ha adoptado en Italia pero sobre la base de la distinción entre la llamada “discrecionalidad administrativa” y “discrecionalidad técnica”. La discrecionalidad administrativa, así, se ha definido “como la facultad de escogencia entre comportamientos jurídicamente lícitos, para la satisfacción del interés público, y para la consecución de un fin que se corresponda con la causa del poder ejercido”⁷⁶; en cambio en la “discrecionalidad técnica” no existe escogencia alguna. Como lo destacó hace años Aldo Sandulli, en la discrecionalidad técnica “la escogencia del comportamiento a seguir, tomando en cuenta los intereses públicos, fue realizada por el legislador a priori (de una vez y para siempre) de manera vinculante, por lo que a la Administración sólo le corresponde realizar una valoración sobre la base de conocimientos y de reglas técnicas, como son aquellas de la medicina, de la ética, de la economía,

⁷⁵ Véase la referencia en F. Sainz Moreno, op. cit., p. 273.

⁷⁶ Véase Pietro Virga, *Il Provvedimento Amministrativo*, Milano, 1972, p. 19

como sería el caso, por ejemplo, de la determinación del valor económico de un bien⁷⁷. La “discrecionalidad técnica” por tanto, como lo destacó en su momento Massimo Severo Giannini, no es discrecionalidad, derivando su denominación de un error histórico de la doctrina⁷⁸.

Por esta razón por ejemplo, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica recalca con precisión, que “en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica” autorizando al Juez para “controlar la conformidad con esas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como sí ejerciera contralor de legalidad” (art. 16).

2. El control judicial de la apreciación y calificación de los presupuestos de hecho del acto administrativos

A. Algunos aportes de la jurisprudencia francesa

En Francia, el proceso de ampliación del control jurisdiccional de la Administración y de reducción de la discrecionalidad, también se ha manifestado en este campo aún cuando sin denominarlo como de los conceptos jurídicos indeterminados, y sin dejar de considerarlo como parte del ejercicio de potestades discrecionales, mediante el desarrollo del control jurisdiccional en relación con la calificación de los hechos y en la apreciación de los motivos de los actos administrativos⁷⁹.

77 Véase Aldo M. Sandulli, op. cit., p. 574.

78 Véase Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, vol. I, Milán, 1970, p. 488.

79 Véase A. De Laubadère, “Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d’Etat Français”, *Mélanges offerts a Marcel Waline*, París 1974, t. II, pp. 531-S49.

El primer *arrêt* del Consejo de Estado que se dictó en estos aspectos fue el *arrêt Gomel* de 4-4-1914⁸⁰, en el cual se juzgó el poder legal de un Prefecto, para negar el otorgamiento de un permiso de construcción en los casos en los que se considerara que el alineamiento y el nivel de la construcción proyectada con la vía pública, no se encontrase acorde con el interés de la seguridad pública, de la salubridad y, en particular, de la conservación de perspectivas monumentales y del sitio. El Consejo de Estado, en un caso concreto en París, entró a apreciar si la construcción permisaza atentaba contra “la perspectiva monumental existente” en una conocida plaza de París (Place Beauveau), concluyendo en el caso concreto que la misma no chocaba con la “perspectiva monumental” del sitio, por lo que consideró que el Prefecto, al haberse rehusado a conceder el permiso de construcción, había hecho una falsa aplicación de la Ley.

Este *arrêt* se consideró en su momento como el punto de partida de una abundante jurisprudencia relativa al control por el juez de exceso de poder, de la calificación jurídica de los hechos, en el sentido de que cada vez que un texto subordine el ejercicio de un poder de la Administración a la existencia de ciertas circunstancias de hecho, el juez debe verificar si estas condiciones de hecho están efectivamente cumplidas, y, particularmente, si los hechos presentan un carácter de tal índole que justifican la decisión tomada⁸¹. Ello llevó al Consejo de Estado a controlar, por ejemplo, el carácter artístico y pintoresco de monumentos y ciudades (CE 2 mai 1975, *Dame Ebri et autres*, Rec. 280, AJ 1975, 311 concl. G. Guillaume); el carácter técnico de un cuerpo de funcionarios (CE 27 juin 1955, *Deleuze*, Rec. 296; A. J. 1955, II, 275, concl. Laurent); el carácter fáctico del acto de un agente público, (CE 13 mars 1953, *Teissier*, Rec. 133 concl. Donnedieu de Vabres); el carácter licencioso o pornográfico de una publicación (CE 5 déc 1956, *Thibault*, Rec. 463;

80 CE 4 avr. 1914, *Gomel*, Rec. 488. Véase en M. Long P. Weil y G. Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 7^o ed., París, 1978, p. 124

81 Véase Long, Weil y Braibant, op. cit., p. 125.

D. 1957, 20, concl. Mosset); o el carácter inmoral de un film (CE 18 déc 1959, *Société Les Films Lutetia*, Rec. 693, concl. Mayras)⁸².

En este último caso, el Consejo de Estado estimó que el Alcalde respectivo, al haber prohibido la exhibición de un film en el municipio, había tomado la decisión correcta, al precisar el concepto jurídico indeterminado del “carácter inmoral” del film⁸³. En otros casos similares, el Consejo de Estado examinó si esta inmoralidad era de naturaleza tal como para justificar legalmente la prohibición, teniendo en cuenta las circunstancias locales (CE 14 oct 1960, *Société Les films Marceau*, Rec. 533, y 23 déc 1960, *Union générale cinématographique*, Rec. 731), anulando la prohibición de exhibición de un film. En otro caso, rechazó el recurso contra la prohibición de proyectar otro film⁸⁴. En estos casos, se trató, de una operación de control de la calificación jurídica de los hechos por parte del juez o, si se quiere, de la aplicación por la Administración de conceptos jurídicos indeterminados, que no configuran ejercicio de poder discrecional.

Después de estas primeras manifestaciones, la reducción del ámbito de la discrecionalidad condujo en Francia, al control jurisdiccional en casos de “error manifiesto de apreciación” y mediante la aplicación del principio del “balance-costo-beneficios”.

En cuanto al principio del “error manifiesto de apreciación” como mecanismo de control de la discrecionalidad, el mismo se aplicó por ejemplo en el *arrêt Société anonyme Libraire François Maspero*, de 2 nov 1973 (Rec. 611, concl. Braibant)⁸⁵, en el cual el Consejo de Estado decidió, con motivo de la impugnación de un acto administrativo del Ministro del Interior de prohibir la circulación de la edición francesa de la *Revista Tricontinental*,

82 Ídem, p. 125.

83 Ibíd., op. cit., pp. 490-493.

84 Ibíd., p. 493.

85 Ibíd., op. cit., pp. 575 ss.

editada en Cuba, que había sido adoptado en virtud de una Ley que lo autorizaba para prohibir la circulación distribución y venta de revistas y periódicos de proveniencia extranjera; que dicha decisión no podía ser discutida en la jurisdicción contencioso administrativa, al no estar “viciada de error manifiesto”, en cuanto a la apreciación del Ministro del Interior sobre el peligro que representaba la revista para el orden público⁸⁶.

En esta decisión, sin embargo, a pesar de tratarse de un tema propio de los conceptos jurídicos indeterminados, como se ha analizado, el Consejo de Estado estimó que estaba en presencia del ejercicio de un poder discrecional de apreciación por la Administración, el cual consideró que sólo podía ser juzgado si el Ministro hubiera incurrido en error manifiesto de apreciación. En sentido similar la doctrina consideró que en estos casos en los cuales

“el legislador no ha fijado las condiciones bajo las cuales se debe ejercer la actividad administrativa o bien las ha fijado de manera general e imprecisa”, activándose el poder discrecional de la Administración, no puede el juez, bajo esta hipótesis, controlar la calificación jurídica de los hechos, sino solamente la legalidad de la motivación de la decisión. En estos casos, como en el *arrêt Maspero*, si bien el juez ha sido conducido a someter a la Administración, a un control mínimo en cuanto a la apreciación de los hechos realizada por ella: “de hecho el juez no se pronuncia sobre la apreciación como tal, sino sobre el error que ha podido viciar esta apreciación cuando este error es evidente, al poder ser descubierto por simple sentido común, cuando se trate de un error manifiesto que desnaturalice la interpretación que hace la Administración de la extensión de su poder discrecional”⁸⁷.

86 Ibid, p. 576.

87 Ibid., cit., p. 580.

En todo caso, este criterio del “error manifiesto de apreciación” puede considerarse en Francia, como fundamental en cuanto a la limitación y control al poder discrecional conforme al principio de la razonabilidad o racionalidad, particularmente cuando es aplicado a casos en los cuales se trate del verdadero ejercicio del poder discrecional, cuando la Administración tiene la libertad de escoger entre varias decisiones justas. En casos como en el decidido en el *arrêt Maspero*, en el cual sólo se trataba de juzgar si la Revista prohibida presentaba peligro para el orden público de manera de justificar la prohibición de circulación, en realidad, bajo el ángulo de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, el Ministro del Interior no ejercía poderes discrecionales sino que sólo podía tomar una decisión justa: o la revista presentaba o no presentaba peligro para el orden público al momento en el cual se dictó la decisión y esa decisión configuraba, por tanto, el ejercicio de una competencia reglada. Esto ya lo había apuntado en la doctrina francesa André De Laubadère, cuando se refirió a los casos de “apariencia” de control del poder discrecional; precisamente referido a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en los cuales “el juez administrativo, contribuyendo así con el legislador a determinar en qué casos hay poder reglado, transformándose entonces una competencia aparentemente discrecional en una competencia reglada”⁸⁸, o más exactamente, según la expresión de Auby y Drago, “descubre” las condiciones legales, los motivos considerados por el cómo los solos legítimos de la decisión⁸⁹.

Otro principio destacado por la jurisprudencia francesa relativo al control jurisdiccional del poder discrecional, o más propiamente, mediante el cual se buscó descubrir competencias regladas en lo que aparentemente era el ejercicio de poderes discrecionales, fue el conocido principio del “balance-

88 Véase A. De Laubadère, loc. cit., p. 535.

89 Ídem.

costo-beneficio”⁹⁰, desarrollado en casos de urbanismo y expropiación con ocasión de la aplicación precisamente, del concepto jurídico indeterminado de “utilidad pública”.

El inicio de esta aproximación al control jurisdiccional del poder discrecional se puede situar en el *arrêt* denominado *Ville Nouvelle Est* adoptado por el Consejo de Estado el 28 de mayo de 1971⁹¹, con motivo de la impugnación de un acto administrativo del Ministro del Equipamiento y Vivienda que había declarado de utilidad pública un proyecto de desarrollo y renovación urbana al este de la ciudad de Lille destinado a configurar, tanto una ciudad universitaria como una Nueva Ciudad. Con motivo de la impugnación de la decisión, entre otros motivos, se denunció que la destrucción de un centenar de viviendas que podía evitarse si se hubiera dispuesto de un proyecto distinto al de una autopista, constituía un costo demasiado elevado para la operación proyectada que le quitaba el carácter de utilidad pública a la misma. El Consejo de Estado, al juzgar “la utilidad pública de la operación” y considerar que el proyecto si tenía carácter de tal, estimó “que una operación no podría ser legalmente declarada de utilidad pública sino cuando los atentados a la propiedad privada, el costo financiero, y eventualmente los inconvenientes de orden social que ella comporta, no son excesivos en relación al interés que ella presenta”⁹².

Hasta ese momento, el Consejo de Estado había controlado la finalidad de utilidad pública de determinados proyectos, verificando si la operación correspondía en sí misma a un fin de utilidad pública, pero se había rehusado a examinar el con-

90 Véase Jeanne Lemasurier, “Vers un nouveau principe général du droit. Le principe “bilan-cout-avantages””, en *Mélanges offerts a Marcel Waline*, París, 1974, t. II, pp. 551-562.

91 CE 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé “Ville Nouvelle Est”*, Rec. 409, concl. Braibant, en Long, Weil y Braibant, op. cit., pp. 561-574.

92 Véase en Long, Weil y Braibant, op. cit., p. 563.

tenido concreto del proyecto, es decir, la escogencia de las parcelas a expropiar. Con el la decisión comentada, el Consejo de Estado asumió la tareas de decidir y de apreciar, en cada caso, la utilidad pública de un proyecto, realizando el balance entre las ventajas y los inconvenientes de la operación y apreciando no sólo el costo financiero de la misma, sino también su costo social⁹³. Marcel Waline, al comentar el “considerando” del *arrêt* constató que:

“El juez se reconoce el derecho de apreciar todo tipo de ventajas e inconvenientes de la operación en cuestión, de establecer entre ellos un balance, de hacer en alguna forma la suma algebraica de unas y otros, y de no dar la aprobación, sino cuando el saldo de esta operación, después de hechas las cuentas, le parecía positivo”⁹⁴.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado se pronunció en otra decisión, *Soc. Civile Sainte-Marie de l'Assomption* de 20 de octubre de 1972⁹⁵, al juzgar sobre la utilidad pública del proyecto de la autopista norte de Niza, cuya construcción amenazaba un Hospital Psiquiátrico (Sainte-Marie), caso en el cual no sólo se oponía el interés general a los intereses particulares, sino en el cual surgía un conflicto entre dos intereses públicos: el de la circulación y el de la salud pública. En su decisión, el Consejo de Estado declaró la nulidad del decreto declarativo de utilidad pública, por considerar la solución de circulación establecida en el proyecto alrededor de un hospital, como inconveniente, no solo por el ruido que se producía sino porque privaba al hospital de toda posibilidad de expansión futura⁹⁶.

93 Ídem, pp. 568-569.

94 Véase M. Waline, “L’appréciation par le juge administratif de l’utilité d’une project”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*, 1973, p. 454; cit., por J. Lemasurier, loc. cit., p. 555.

95 CE 20 octobre 1972, Rec. 657, concl. Morisot.

96 Véase en Long, Weil y Braibant, op. cit., p. 569.

En todos estos casos, las decisiones del juez no incidieron realmente en el ejercicio de poderes discrecionales, sino en el ejercicio de competencias regladas, que sólo admitían una solución justa: o la obra era o no era de utilidad pública. El balance costo-beneficios que efectuó el Consejo de Estado fue precisamente lo que la Administración estaba obligada a hacer en cada caso, para adoptar la única solución justa al concretar el concepto jurídico indeterminado de “utilidad pública” en un proyecto de expropiación. El Consejo de Estado, por tanto, al efectuar jurisdiccionalmente el mismo balance lo que controló no fue el ejercicio de poder discrecional alguno, sino la competencia legal que tiene la Administración al hacer la declaratoria de utilidad pública; es decir, corregir “las faltas o las ligerezas, algunas veces fantasiosas”, como lo indicó Marcel Waline, de los tecnócratas administrativos⁹⁷.

Como lo destacó indirectamente el Comisario Morisot en sus conclusiones sobre el caso *Sainte-Marie de l'Assomption*:

97 Véase M. Waline, “L’appeciation...” loc. cit., p. 461. El problema se plantea, incluso, en los casos de control judicial de la constitucionalidad de las leyes que declaran la utilidad pública a los efectos expropiatorios, como ha sucedido en Argentina. En el caso *Nación Argentina y Jorge Ferrario*, 1961, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló “si los jueces de una causa expropiatoria comprueban que la utilidad pública no existe o ha sido desconocida por la Administración, y... media alguno de los supuestos de gravedad o arbitrariedad extrema... están obligados a desempeñar la primera y más elemental de las funciones que les incumben, esto es, la que consiste en proteger las garantías constitucionales declarando la invalidez de los actos del Estado que pretendan vulnerarlos” (*Fallos* t. 251, pp. 246 ss.). Agustín Gordillo, sobre este principio, ha comentado lo siguiente: “si la jurisprudencia ha establecido, y con razón, que puede controlar y revisar hasta la calificación de utilidad pública hecha por el Congreso en materia de expropiación (lo que si es probablemente facultad discrecional, y ni siquiera del Poder Ejecutivo sino del Poder Legislativo), no se advierte entonces qué superioridad constitucional tiene el Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo y el Poder Judicial para que los actos discrecionales del parlamento, esto es las leyes del Congreso de la Nación, puedan ser controladas judicialmente, pero no pueda serlo un acto meramente emanado del Poder Ejecutivo”, Agustín Gordillo, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, p. 216.

“La noción de utilidad pública es relativa. No se la puede apreciar y, en consecuencia, controlar sin considerar todos los elementos, lo que conduce a hacer el balance de los aspectos positivos y negativos de la operación. Dado el caso de que la utilidad pública de ésta es la condición de legalidad de la puesta en marcha de un procedimiento de expropiación, la apreciación hecha por el juez de esta utilidad, con todos los elementos que ella comporta, es un control de legalidad”⁹⁸.

En esta forma, aún cuando no consideramos que esta jurisprudencia signifique realmente control del ejercicio de poderes discrecionales, como lo continuó razonando la doctrina francesa, fue un importante avance inicial en cuanto al control de legalidad y la reducción del círculo de la discrecionalidad, pues conforme a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, contribuyeron a identificar lo que sólo era una apariencia de discrecionalidad.

B. El control judicial en la determinación del presupuesto de hecho del acto administrativo discrecional y la forma de apreciación de los hechos

El tema de los presupuestos de hecho de los actos administrativos, sean discrecionales o no, corresponde a los elementos de fondo de los mismos, en lo que se ha denominado la causa de los actos⁹⁹. La determinación de los presupuestos de hecho por tanto, constituye una de las etapas que debe seguir la

⁹⁸ Cit. por A. De Laubadère, loc. cit. p. 540.

⁹⁹ Cfr. Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Tomo I, Madrid 1956, p. 453. En este sentido Georges Vedel incluyó los elementos o presupuestos de hecho del acto dentro del elemento causa: Véase *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, Sirey, París, 1934, p. 361, cit. por Rafael Nuñez Lagos, “La causa del acto administrativo” en *Estudios en homenaje de Jordana de Pozas*, Tomo III, Vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 113. Véase asimismo nuestro libro *Las Instituciones Fundamentales...*, ob. cit., p. 127.

Administración para manifestar su voluntad, la cual no comprende ningún elemento de apreciación ni de juicio¹⁰⁰.

Por tanto, en esta determinación de los hechos, aun encontrándose en ejercicio de un poder discrecional, la Administración debe ceñirse a determinados límites en relación con la comprobación de los presupuestos de hecho del acto; en relación con la certeza de los mismos; y en relación con la correcta calificación de ellos. Estos tres son condicionantes de la actividad administrativa, incluso de la realizada en ejercicio del poder discrecional.

a. La comprobación de los hechos

Como lo ha determinado la jurisprudencia, las decisiones administrativas se hayan condicionadas por “la *comprobación previa* de las circunstancias de hecho previstas en la norma, claramente estatuida para obligar a la Administración a someter sus actos, en cada caso, al precepto jurídico preexistente”¹⁰¹.

Conforme a esta doctrina, por ejemplo, en un caso llevado ante la antigua Corte Suprema de Venezuela, la sentencia respectiva declaró la nulidad de un acto administrativo revocatorio de otro por el cual se le había concedido la nacionalidad venezolana a una extranjera, por el hecho de que la Administración no comprobó suficientemente los hechos en que se fundaba la resolución ministerial impugnada, señalando, en el caso, “no existir, como en efecto no existe, prueba alguna de los hechos que se imputan a la recurrente”. La Corte concluyó en el caso, por falta de elementos de prueba, que la “Resolución impugnada carece de toda eficacia legal, *por haberse fundado en*

100 Cfr. Michel Stassinopoulos, *Traite des actes administratifs*, Collection de l'Institut Français d'Athènes, N° 82, Atenas, 1954, p. 154; J. C. Venezia, *Le pouvoir discretionnaire*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (Bibliothèque de Droit Public. Tome XVII), París, 1959, p. 48.

101 Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 22 de mayo de 1963

hechos no comprobados y porque al dictarla la autoridad administrativa actuó en forma no permitida por la rigidez del precepto legal" ¹⁰².

Por tanto, uno de los límites del poder discrecional en cuanto a la determinación de los presupuestos de hecho del acto administrativo, es la necesaria comprobación de dichas circunstancias de hecho por la Administración. En consecuencia, en cuanto al acto discrecional, esta exigencia implica: En primer lugar, que todo acto administrativo debe tener una causa o motivo, identificado, precisamente, en los supuestos de hecho, no pudiendo haber acto administrativo sin causa y sin supuesto de hecho. En segundo lugar, que debe haber adecuación entre lo decidido y el supuesto de hecho y para que ello sea cierto, es necesario que ese supuesto de hecho haya sido comprobado, estando la Administración, obligada a probarlo. El acto, por tanto, no puede estar basado simplemente en la apreciación arbitraria de un funcionario. No basta señalar, por ejemplo, que una fábrica contamina para ordenar cerrarla. Si el funcionario considera que una instalación industrial es contaminante tiene que probar que contamina y debe hacer constar en el expediente cuáles son los efectos contaminantes. Esto implica que la carga de la prueba en la actividad administrativa, recae sobre la Administración, como principio general muy importante.

La comprobación exacta de los presupuestos de hecho del acto, o la "exactitud material de los hechos básicos de la decisión" ¹⁰³ evita, por otra parte, el llamado error de hecho ¹⁰⁴ que

102 Sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 8 de junio de 1964

103 Véase M. Letourneur, "El Control de los hechos por el Consejo de Estado Francés, juez del Recurso por exceso de poder, en la jurisprudencia reciente" en *Revista de Administración Pública*, N° 7, Madrid 1952, p. 221.

104 Cfr. M. Stassinopoulos, op. cit., pp. 175 y sig.

puede ser controlado también judicialmente y que consiste simplemente en el “falso conocimiento de la realidad”¹⁰⁵.

En este sentido la jurisprudencia ha señalado al decidir sobre la impugnación de un acto administrativo que contenía un error de cálculo, acordando su nulidad, que “el error en que incurre la Resolución ministerial impugnada, equivale a *falta de adecuación entre el supuesto legal y la realidad*, de allí que el resultado obtenido haya sido *inexacto*”, resultando procedente el recurso de nulidad solicitado¹⁰⁶.

b. La calificación de los presupuestos de hecho

Por otra parte, dentro del proceso lógico de formación de todos los actos administrativos, incluyendo los discrecionales, la Administración, después de constatar y comprobar los presupuestos de hecho, debe proceder a la subsunción de los hechos al presupuesto de derecho¹⁰⁷, es decir, a la norma que autoriza su actuación. Esto es lo que se ha llamado “calificación jurídica de los hechos”¹⁰⁸ como otro de los límites de la actividad administrativa y por tanto limitativo de la potestad discrecional, que permite el control judicial de lo que la jurisprudencia italiana llamó la tergiversación de los hechos¹⁰⁹, y que en la actualidad se configura como el vicio de falso supuesto; es decir, el vicio que se configura “en la errada fundamentación fáctica del procedimiento administrativo, pues, la Administra-

105 Véase Sebastian Martin-Retortillo Baquer, “El Exceso de poder como vicio del acto administrativo”, *Revista de Administración Pública*, N° 23, Madrid 1957, p. 138.

106 Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 3 de julio de 1961 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 33, Caracas 1961, p. 20.

107 Cfr. J. C. Venezia, op. cit., p. 25

108 M. Stassinopoulos, op. cit., p. 182.

109 Véase en la jurisprudencia venezolana nuestra obra *Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo...* cit., pp. 67-68. En la jurisprudencia italiana: Sebastian Martin-Retortillo Baquer, “El Exceso de poder. . .”, loc. cit., p. 135.

ción fundamentó su decisión en hechos inexistentes, falsos y no relacionados con el asunto objeto de la decisión”¹¹⁰.

En este elemento está, quizás el área más rica de vicios del acto administrativo: el vicio en la causa, en la comprobación de los hechos, en la calificación de los hechos, e inclusive, en la propia existencia del supuesto de hecho. Por ello, el falso supuesto del derecho procesal encuentra aquí su asidero fundamental en materia de derecho administrativo. Es decir, los actos no pueden partir de falsos supuestos, sino que deben partir de supuestos probados, comprobados y adecuadamente calificados.

Por otra parte, la Administración no puede tergiversar los hechos, que tampoco es infrecuente, sino que debe darle el tratamiento racional a los hechos, comprobados técnicamente.

En este sentido la jurisprudencia hace años indicó que “si la Administración, sin violar un precepto legal, realiza un acto en el que altere la verdad que sirve de presupuesto a éste, no podría ciertamente decirse que ha cometido una efectiva transgresión de la Constitución o de la ley positiva... pero no puede caber duda de que el acto así cumplido está gravemente viciado por exceso de poder. *La potestad discrecional del funcio-*

110 Véase por ejemplo, en *Revista de Derecho Público*, No. 93-96, Caracas 2003, p. 400. El vicio es similar a la institución existente en el proceso civil en materia de casación, cuando se alega infracción de regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, y que procede, cuando los jueces hayan dado por probado un hecho con pruebas que por la ley sean improcedentes para demostrarlo; cuando a una prueba que no reúna los requisitos exigidos por la ley, le hayan dado, sin embargo, los efectos que ésta le atribuye, como si estuviere debidamente hecha; cuando basen sus apreciaciones en *falso supuesto*, atribuyendo la existencia de un instrumento o acta del expediente de menciones que no contenga, o dando por demostrado un hecho con pruebas que no aparezcan de autos, o cuya inexactitud resulte de actas o instrumentos del expediente mismo, no mencionados en la sentencia.

*nario administrativo, lo mismo que la del juez, no puede traspasar los lindes de la verdad y de la equidad”*¹¹¹.

Por tanto, los límites del poder discrecional y la posibilidad de control no se reducen a la posible trasgresión de normas constitucionales o legales expresas, sino que abarcan también la necesidad de que el funcionario, aun en el caso de darle cumplimiento estricto a la norma escrita, en la aplicación de este precepto legal, no tergiversar los presupuestos de hecho que autorizan su actuación¹¹², ni falsee el lógico y verdadero presupuesto del mismo. En tal sentido Sebastián Martín Retortillo consideraba que un acto se dictaba con tergiversación de los hechos, no sólo en el caso extremo de que el acto se fundase sobre el presupuesto de la existencia o inexistencia de hechos que resultaban inexistentes o existentes, sino también bastaba con que en su realidad tales hechos fueran sustancialmente distintos a como fueron aprehendidos por la autoridad administrativa; es decir, cuando ésta, realizando un error de método, no consideraba debidamente elementos esenciales o por lo contrario, diera excesiva importancia a elementos accesorios¹¹³.

La función de calificación de los hechos y sus límites, ciertamente es una actividad reglada y, por tanto, controlable en todos los actos administrativos, pero su verdadera relevancia se particulariza en relación con la actividad discrecional. Como lo ha destacado la jurisprudencia, este vicio del acto administrativo por falsa calificación de los hechos, consiste en “hacer *uso indebido* del poder que es atribuido al funcionario, independientemente del fin logrado, bien porque se tergiversa la verdad procesal denudándose los hechos, o bien por cual-

111 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 17, Caracas 1957, p. 136.

112 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 17, Caracas 1957, p. 136.

113 Cfr. S. Martín-Retortillo Baquer, “El exceso de poder...”, loc. cit., p. 131. Véase asimismo sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 8 de junio de 1964.

quier otra causa”¹¹⁴, lo que conlleva un cierto elemento subjetivo de valoración intelectual por parte de la Administración. Esto distingue por otra parte, a la calificación de los hechos y su vicio, la tergiversación de los mismos, de la comprobación de los hechos y su vicio, el error de hecho¹¹⁵.

En esta materia, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, establece en el artículo 12, como otro límite a la discrecionalidad, que el contenido del acto debe tener adecuación con los supuestos de hecho que constituyen su causa.

3. El control judicial de otros aspectos regulados de los actos administrativos, aún los discrecionales

Pero dejando aparte estos aspectos de reducción del círculo de la discrecionalidad, otro aspecto que contribuye a aislar el poder discrecional se refiere a los aspectos regulados (principio de legalidad) de los actos administrativos, tanto reglados como discrecionales, al estar sometidos a determinadas normas legales cuyo cumplimiento les da contenido y determina los efectos jurídicos a los mismos. En estos casos, es el principio de la legalidad el que impone que todos los actos administrativos deban emitirse de acuerdo con las disposiciones preexistentes¹¹⁶.

Es decir, como lo estableció hace décadas la antigua Corte Federal de Venezuela de 17 de julio de 1953, si bien la Administración puede obrar discrecionalmente cuando no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a

114 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 17, Caracas 1957, p. 135.

115 Cfr. S. Martín-Retortillo Baquer, “El Exceso de poder...”, loc. cit., p. 138

116 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 26, 1959, p. 125.

Por otra parte, véase la sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa* de 12 de diciembre de 1962 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, loc. cit., pág. 193.

la oportunidad de obrar, ello no quiere decir que pueda obrar a su arbitrio, “eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto”¹¹⁷. Por tanto, los requisitos de forma de los actos administrativos siempre han de cumplirse ineludiblemente en el ejercicio de la potestad discrecional¹¹⁸; y es por ello, que el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela de 1982 disponga que la Administración, aún en ejercicio de potestades discrecionales, debe cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia de los actos administrativos. Por tanto, el acto discrecional no puede nunca ser arbitrario en sus formas; debe cumplir las formalidades previstas en la Ley. En el mismo sentido, en cuanto al cumplimiento de los requisitos de fondo en el ejercicio del mismo poder discrecional, la jurisprudencia ha hecho especial referencia a la competencia¹¹⁹, señalando que “el funcionario al obrar discrecionalmente tiene que hacerlo sin excederse de su competencia”¹²⁰.

Pero en esta materia, hay elementos de fondo de los actos administrativos que la Administración está obligada a observar, quizás con mayor atención cuando ejerce poderes discrecionales, y que se refieren al elemento causa o a la determinación de los presupuestos de hecho del acto administrativo y a su finalidad. Adicionalmente está, también, el principio de la igualdad que la Administración está obligada a observar en todas sus actuaciones.

117 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N°1, Caracas 1953, p. 151.

118 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense* 2ª etapa, N° 22, Caracas 1958, p. 134.

119 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense* 2ª etapa, N° 22, Caracas 1958, p. 134.

120 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 11, Caracas 1956, p. 28.

A. El control judicial de la adecuación a la finalidad legalmente prescrita del acto administrativo

El mismo artículo 12 de la Ley Orgánica de procedimientos Administrativos de Venezuela, además, exige que el acto discrecional tenga adecuación con los fines de la norma que prevé su emisión por la Administración. Con esto se consagra legalmente el principio de la necesaria adecuación a la finalidad legal de los actos administrativos, de manera que el funcionario, al dictarlos, no puede desviar esos fines, y perseguir fines distintos a los previstos en la norma, así sean ellos plausibles desde el ángulo del servicio público. La no adecuación a los fines previstos en la norma, da origen al conocido vicio de desviación de poder, regulado en el artículo 259 de la Constitución venezolana.

Sin embargo, en sus inicios ello fue destacado por la jurisprudencia al indicar que “la subordinación (de los actos administrativos) a la equidad y a la verdad significa que el funcionario o la Administración no pueden en modo alguno salirse de los fines que con la norma legal se persiguen, aun en el supuesto de que estén en función las facultades discrecionales del Poder Público”¹²¹.

De allí que otro de los elementos reglados del acto administrativo que ha contribuido eficazmente a la fijación de los límites del poder discrecional, haya sido este de la finalidad perseguida, en el sentido de que la “discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia puesto que la Administración nacional, estatal o municipal, no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su *fin*”¹²².

121 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 17, Caracas 1957, p. 135.

122 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 11, Caracas 1956, p. 28

La desviación de poder, por tanto, como vicio en la finalidad de los actos administrativos, “surge cuando la Administración usa de sus poderes con finalidades distintas a aquellas determinadas en la ley”¹²³, por lo que su configuración es sencilla: la Administración está obligada a realizar su actividad no sólo respondiendo a un fin público o social buscado¹²⁴, sino que dentro de tal concepto genérico, debe actuar precisamente conforme al *fin específico* para cuyo logro le son concedidas las facultades determinadas que ejerce¹²⁵.

En consecuencia, la desviación de poder no sólo se presenta como resultado de la obtención de un fin extraño al interés general, sino también como resultado de la obtención de un fin que, sin ser extraño al interés general, no es la manifestación concreta del interés general por el que la autoridad administrativa ha recibido los poderes que ejerce¹²⁶. En este sentido, un acto administrativo “aun siendo dictado por quien está facultado para hacerlo y en forma tal que aparece subordinado a la ley, [está viciado si] en su espíritu o en el fondo es realmente *contrario a la finalidad del servicio público o de los principios que informan la función administrativa*”¹²⁷.

La actividad administrativa en el Estado de Derecho está condicionada por la ley a la *obtención de determinados resultados*; por ello no puede la Administración pública procurar resultados distintos de los perseguidos por el legislador, “aun cuando aquéllos respondan a las más estrictas licitud y moralidad

123 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 2 de junio de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 20, Caracas 1958, p. 99.

124 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 1, Caracas 1953, p. 153.

125 Cfr. S. Martin-Retortillo Baquer, “La desviación de poder en el Derecho español”, *Revista de Administración Pública*, Madrid 1957, N° 22, p. 137.

126 Cfr. M. Latourneur, “La desviación de poder en Francia”, *Cuadernos de Derecho Francés*, Nos. 14-15, Barcelona, 1960, pp. 19 y 21.

127 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 28 de septiembre de 1954 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 5, Caracas 1954, p. 218.

pues lo que se busca es el logro de determinado fin”¹²⁸ que no puede ser desviado por ningún motivo, así sea plausible éste.

En consecuencia, este elemento reglado de la finalidad de la actuación administrativa, viene a ser otro de los límites impuestos al poder discrecional por el principio de la legalidad administrativa.

B. El control judicial del acto discriminatorio: el principio de la igualdad

Como lo ha señalado la jurisprudencia venezolana, la consagración en la ley de facultades discrecionales para que un funcionario público actúe, es hecha, además, para que éste obre “según su *prudente arbitrio*, consultando lo más equitativo y racional, en obsequio de la justicia y de la *imparcialidad*”¹²⁹. Por tanto, otro de los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional, como a toda actuación de la Administración, es el que se deriva del principio de la igualdad que impide los tratamientos de favor de parte de la autoridad administrativa en relación a los administrados. Hay en este sentido, igualdad, cuando se toman las mismas medidas en condiciones parecidas o análogas; por el contrario, no hay igualdad –hay desigualdad y parcialidad– cuando en las mismas condiciones se niega a un administrado lo que se ha acordado a otro¹³⁰.

El principio de la igualdad, aunque de rango constitucional y, por tanto, aplicable a todas las actuaciones del Estado, ofrece especial interés en cuanto límite del poder discrecional, pues el ejercicio de éste debe adecuarse especialmente a las

128 Ídem.

129 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 22, 1958, p. 133.

130 Cfr. Stasinopoulos, op. cit., p. 212.

exigencias de este principio¹³¹. De ahí que se haya hablado de la “irracionalidad de la desigualdad”¹³².

Existe entonces desigualdad y el acto así dictado puede ser controlado judicialmente cuando de la actuación administrativa surge un disparate trato de dos o más casos, pese a no existir sustancial diferencia de circunstancias de hecho; o dicho de otro modo, cuando la Administración ha discriminado entre supuestos similares, dando a unos y a otros, no obstante su esencial identidad, tratamientos distintos¹³³. Por ejemplo, hay evidentemente un trato desigual si frente a dos propietarios de edificaciones en igualdad de situaciones de peligro, es decir, que ambas amenazan ruina, la autoridad administrativa ordena a uno la demolición, y al otro no.

La aplicación del principio de la igualdad como límite del poder discrecional, tiene riquísimas posibilidades, y entre éstas, especialmente, la llamada “vinculación del precedente”¹³⁴. Se admite, en efecto, que la contradicción de un acto administrativo con otro anterior emanado en circunstancias análogas produce la violación del principio de la igualdad y, como consecuencia, dicho acto puede ser controlado por la jurisdicción contencioso-administrativa. No hay duda que esta forma de control ofrece máximas posibilidades, pues la Administración frente a supuestos idénticos, no debe sino decidir en forma también idéntica.

131 Cfr. Rafael Entrena Cuesta, “El Principio de la Igualdad ante la ley y su aplicación en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, N° 37, Madrid 1962, p. 67.

132 Véase J. F. Linares, *Poder discrecional administrativo (Arbitrio Administrativo)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, pp. 197-229

133 Véase E. García De Enterría, “La interdicción...”, loc. cit., p. 149.

134 Véase E. García De Enterría, “La interdicción...”, loc. cit., p. 150.

C. El control judicial respecto de la motivación de los actos administrativos

Uno de los elementos de forma de los actos administrativos de mayor importancia en cuanto al control de los mismos, particularmente de los discrecionales, es la motivación de ellos, es decir, la necesaria expresión formal de los motivos o causa de los actos. Ello es esencial para permitir que los jueces contencioso-administrativa puedan hacer realmente efectivos los límites impuestos al poder discrecional ¹³⁵.

Esta exigencia de motivación de los actos administrativos, ciertamente que en la actualidad está consagrada formalmente en todas las leyes de procedimientos administrativos, pero sin duda, también fue la jurisprudencia la que la impuso en ausencia de aquellas. Ello se evidencia, por ejemplo, de la sentencia de 9 de agosto de 1957 de la antigua Corte Federal donde se estableció lo siguiente:

“Entre los elementos integrantes del acto administrativo están el motivo y la forma... Pues bien, el motivo del acto administrativo es, como lo enseña la doctrina, el antecedente que lo provoca. Un acto administrativo se integra con tal elemento cuando exista previa y realmente una situación legal o de hecho, cuando esa situación es la que el legislador ha previsto con miras a la actuación administrativa. De allí que, vinculado o discrecional el Poder de la Administración Pública, cuando están de por medio el interés colectivo y los derechos subjetivos de los administrados, todo acto administrativo, máxime si es revocatorio de uno proferido por el inferior jerárquico, ha de ser motivado, o mejor dicho, fundamentado con los razonamientos en que se apoya... En este orden de ideas, la forma del acto en lo tocante a la motivación del mismo, ha llegado a considerarse sustancial,

135 Cfr. Stassinopoulos, op. cit, p. 198; José Guillermo Andueza, *El Control en Venezuela de los Actos Ilegales de la Administración Pública*. Publicaciones del Ministerio de Justicia, Caracas, 1959, p. 13.

en razón de que la ausencia de fundamentos abre amplio campo al arbitrio del funcionario... Los actos administrativos deben expresar concretamente la causa o motivo que los inspira como condición de validez... De otra parte, la motivación del acto dictado por la Administración, no sólo es conveniente como justificativo de la acción administrativa, sino como medio de permitir el control jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto”¹³⁶.

136 Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 17, 1957, pp. 132 y ss.

ESTADO DE JUSTICIA: CONTROL JUDICIAL PLENARIO

María Alejandra Correa Martín

*Profesora de la Escuela de Derecho de la Facultad
de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*

Resumen: El artículo analiza el trabajo de profesor García de Enterría, partiendo de su definición de Estado de Justicia, como aquél en el que el control judicial alcanza todos los elementos de la decisión administrativa y su propuesta de instrumentar una “justicia judicial plenaria”, garantía del Estado de Derecho.

El Derecho Venezolano acoge el principio de universalidad del control jurisdiccional, al cual están sometidos todos los actos del Poder Público; así mismo se admite que ese control puede versar sobre la racionalidad, proporcionalidad y adecuación al fin; sin embargo, estamos lejos de afirmar que en Venezuela exista un Estado de Justicia, la principal falla radica en la independencia de los jueces.

Palabras clave: Democracia, Estado de Justicia, Control Judicial de la Actividad Administrativa, Garantías de legitimidad del Control Judicial: Independencia y mérito de los jueces.

Summary: The article analyzes a research paper by Professor Garcia de Enterría, based on the definition of a State of Justice, which the author defines as the one in which judicial review reaches all elements of the administrative decision and proposes to implement a “justice Judicial plenary “ (complete justice), as essential to guarantee the rule of law.

Under Venezuelan law, the universality of judicial review is accepted as rule of law principle; all acts of public power shall be under such principle and it controls the scope of discretionary powers, through the ideas of rationality, proportionality and adequacy under judicial review for the purpose of evaluating administrative measures. However, in fact we are far from suggesting that there is a State of Justice in Venezuela, while the main flaw

shall be placed in the lack of guarantees of independence of the judges.

Keywords: *Democracy, rule of law, Judicial Control of Administrative Activity, Judicial Guarantees Control Effectiveness: Independence and Merit of Judges.*

Recibido:

12 de julio de 2016

Aceptado:

19 de julio de 2016

SUMARIO

- I. ¿Por qué luchar contra las inmunidades de un Poder al servicio del ciudadano?
- II. Un Estado de Derecho y de Justicia
- III. Garantías del control judicial: Mérito e Independencia de los jueces

I. ¿POR QUÉ LUCHAR CONTRA LAS INMUNIDADES DE UN PODER AL SERVICIO DEL CIUDADANO?

A pesar de haber proclamado las revoluciones americanas y francesas de finales del siglo XVIII el fin del absolutismo y el imperio de la ley, el Derecho Público mantiene una relación difícil con el poder. La autoridad pública, aun cuando se sabe sometida al principio de la legalidad, defiende cuotas de acción *política*, que quisiera abstraer del control jurisdiccional. En el Estado de Derecho, lo político debe entenderse sometido a lo jurídico y ser controlable. La razón de ser y la justificación de la autoridad pública es el servicio a los ciudadanos, al cual estos últimos tienen un derecho subjetivo, por lo que pueden exigirle a la autoridad "*cumplidamente justificaciones*" por sus decisiones y someterlas al control judicial, sin el cual "*el Estado de Derecho es literalmente nada*" ¹.

Por decisión política no podemos entender libertad de decisión. El arbitrio, como posibilidad de elección entre distintas opciones de oportunidad, conveniencia o intensidad de

1 García de Enterría, Eduardo: *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1983. Las frases citadas se leen en las páginas 12 y 13. La idea de sujeción de lo político al Derecho se expresa a lo largo de su trabajo, incluso con cinismo, se lee en la página 57: "curiosa forma de cómo al simple contagio con el mundo político el acto administrativo se torna extrajurídico". En ese sentido también encontramos la referencia a Triepel, en la nota 55 de la página 62 "las cuestiones políticas y las jurídicas no son entre sí contrapuestas, y que la naturaleza política de un acto no excluye su configuración o carácter jurídico".

las medidas administrativas, deberá estar siempre conforme con los fines que justifican la potestad atribuida en el ordenamiento jurídico. No se trata de hacer de la regla jurídica una camisa de fuerza para la Administración Pública, ello sería absolutamente contraproducente, porque le impediría dar una respuesta adecuada a las necesidades cambiantes de la sociedad,

“el control judicial de la discrecionalidad no es, (...) una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y ni siquiera se ordena a una reducción o limitación del mismo, sino que más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales”².

El dinamismo de la actividad administrativa justifica las potestades discrecionales, negar el control sobre su ejercicio comportaría el riesgo de derivar en arbitrariedad. El derecho de resistencia autoriza al control jurisdiccional de todo acto dictado por el Poder Público, cualquiera sea la función en ejercicio de la cual se dicte, y si bien su razón pudiera estar dictada por elementos extrajurídicos, los ciudadanos tienen derecho a conocer su justificación y a que un órgano independiente la controle, conforme a los Principios Generales del Derecho y el respeto de las libertades fundamentales.

Ello no se ha entendido siempre así, las tesis de razón de Estado, el móvil político, la lista de *political questions*, defienden la existencia de actos exentos del control jurisdiccional. La idea de controlar el ejercicio del Poder Público es el resultado de una conquista lenta de las libertades, que el derecho público ha ido perfeccionando, en respuestas al autoritarismo y deberá reinventarse cada vez que enfrente una gestión antidemocrática. La consideración que la democracia es la única opción, porque solamente en ella se reconoce legitimidad al poder político³,

2 Ídem, p.49.

3 García de Enterría, Eduardo, “La democracia y el lugar de la ley”, en Eduardo García de Enterría y Aurelio Menéndez Menéndez: *El Derecho, la Ley y el Juez, Dos estudios*. Madrid, Civitas, 1997, p.24.

se fundamenta precisamente en que la democracia supone esa preponderancia de los derechos y libertades ciudadanas, entre las cuales el acceder a la justicia para denunciar los excesos del poder.

II. UN ESTADO DE DERECHO Y DE JUSTICIA

El principio democrático de respeto de las libertades fundamentales redimensiona el Estado de Derecho hacia un Estado de Justicia, en el que *la Administración está sometida no sólo a la Ley, sino también a los principios generales del Derecho*⁴, a los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico⁵.

La Constitución de 1999 en el artículo 141 dispone que la Administración Pública ejerce sus funciones *con sometimiento pleno a la ley y el Derecho*. No basta la sujeción a la ley, porque en el Derecho Administrativo la norma con frecuencia deja un margen de actuación, que debe ser ejecutado por la autoridad conforme a los Principios Generales del Derecho y el respeto de los derechos fundamentales.

4 ob cit, p.43.

5 En ese sentido, en sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de fecha 31 de octubre de 1995 se lee: "En realidad el objeto de la defensa de la Constitución no radica únicamente en aspectos de Derecho Constitucional Positivo, como ocurre con frecuencia, sino también el orden constitucional subyacente. En una palabra, a la decisión subyacente dentro de una pluralidad de normas de carácter constitucional que conforma el núcleo de la Constitución material. En términos muy familiares al Derecho Público Latino, el objeto de la defensa de la Constitución quizá pudiera formularse diciendo que lo que se quiere proteger es el régimen en los aspectos esenciales. No las normas jurídicas que le dan forma concreta en un momento determinado, incluyendo los objetivos perseguidos por las normas constitucionales, los valores sobre los que se asientan, la democracia, la libertad, la igualdad (Expediente N° 649, *Municipio Sotillo del Estado Anzoátegui*, consultada en Pierre Tapia, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, 1995, Tomo 10, p. 12).

En su trabajo el profesor García de Enterría muestra la evolución de los ámbitos de la discrecionalidad administrativa, otrora inmunes al control jurisdiccional. Da cuenta de la consagración normativa de figuras que buscan sustituir la apreciación subjetiva del funcionario, por criterios técnicos, a través de los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad técnica; nociones en las cuales ya no priva el criterio subjetivamente apreciado por el funcionario, e imponen la obligación de fundamentar las decisiones en conocimientos propios de una especialidad, cercando la subjetividad de la autoridad administrativa, al tiempo que exigen mayor profesionalización en los órganos de decisión.

De esa manera el sometimiento pleno a la ley y al Derecho, extiende el ámbito de control de la decisión administrativa, de lo conforme a la Ley a lo adecuado, racional y técnicamente correcto. Una decisión administrativa puede estar dentro de los parámetros de la legalidad, pero resultar desproporcionada, inadecuada, irracional, o no corresponder a lo que en el contexto histórico, cultural o económico específico, determina la conceptualización de una noción utilizada por el legislador, o bien, no estar debidamente fundada en los criterios de la ciencia, que rigen la especialidad de la materia sobre la cual versa la decisión administrativa.

La jurisprudencia contencioso administrativa venezolana ha seguido esa línea. Ya desde los primeros años de la década de los 80, se abandona la distinción entre acto reglado y acto discrecional⁶ y se supera la tesis de la exclusión del control

6 La posibilidad de controlar los aspectos reglados de los actos dictados en ejercicio de una potestad discrecional ya había sido afirmada por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 6 de noviembre de 1958, caso Reingruber (Gaceta Forense N° 22, 1958, pp. 130-135), sentencia luego citada en una de las decisiones más emblemáticas sobre el tema, caso Depositaria Judicial, dictada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 2 de noviembre de 1982. (Véase Brewer-Carías, Allan R. y Luis Ortiz Álvarez: *Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa 1961-1996*, Caracas, 1996, pp. 578-593).

respecto de los segundos, afirmando la posibilidad de revisar judicialmente la legalidad de las potestades discrecionales. Al principio ese control alcanzaba únicamente a los aspectos reglados y a la veracidad de la causa del acto administrativo; sin admitir la posibilidad de juzgar los criterios de oportunidad o conveniencia que hubiere tenido la Administración para adoptar su decisión.

Sin embargo, la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma es en nuestro derecho una exigencia legal, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁷, por lo que no deben escapar del control judicial⁸.

De la misma manera se ha afirmado el alcance del control jurisdiccional sobre los actos administrativos dictados en ejecución de normas que incorporaban conceptos jurídicos indeterminados o ámbitos de discrecionalidad técnica⁹.

La noción de la competencia como potestad de obligatorio cumplimiento, comporta más que una facultad, el deber de ejercerla atendiendo al fin para el cual se le atribuye. La contrapartida de toda atribución de potestad pública son los derechos de los ciudadanos, esa es su razón de ser y único móvil que la justifica, por lo que siempre debe expresar la causa y fin perseguido, procediendo igualmente el control judicial de esos elementos. Es por ello que la inmunidad se contradice con la servidumbre del Poder Público.

7 Ley publicada en la Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinaria del 1 de julio de 1981

8 En ese sentido, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 103 del 8 de agosto de 2013, por ejemplo, juzgó que una medida adoptada por el organismo electoral constituía un "limitación desproporcionada e irrazonable del derecho a la participación" (Expediente AA70-E-2013-00059, consultada en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#3>)

9 Véase sentencia de fecha 5 de mayo de 1983, caso *Hola Juventud* y otras en *Allan Brewer Carías* y *Luis Ortiz Álvarez* ob. cit., pp. 593 y ss)

Todas las consideraciones de la Administración Pública, cualquiera sea el ámbito de lo decidido debe estar orientada a esos fines y debe poder controlarse, en eso consiste la idea de justicia judicial plenaria¹⁰. Además del juicio sobre los motivos y fines, el control debe alcanzar a todos los actos del poder público, quedando sometidos a la jurisdicción constitucional los que al no calificar de actos administrativos, escapan de la jurisdicción contencioso administrativa.

En el derecho venezolano rige el principio de la universalidad del control jurisdiccional de todos los actos del Poder Público¹¹; la legislación consagra el control judicial de los actos administrativos discrecionales¹² y la doctrina y la jurisprudencia

10 Tarea que califica de “ambiciosa, alta, pero necesaria cota de todo Estado de Derecho, que es la de instrumentarse como un Estado de justicia, pero entendiendo esta palabra no en cualquier sentido impreciso o retórico, sino precisamente como justicia judicial plenaria”. García de Enterría, Eduardo: *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1983 p.98.

11 Este principio forma parte de nuestra tradición, debido a la consagración del control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes, decretos y resoluciones (artículo 110, ordinal 8, de la Constitución de 1883). Sin embargo, no han faltado decisiones que afirmen límites al alcance de ese control judicial, así, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, de fecha 29 de abril de 1965, se sostuvo que determinados actos del Presidente de la República estarían “excluidos del control jurisdiccional de la constitucionalidad en atención que por su esencia son actos de índole eminentemente política o actos de gobierno, o de índole discrecional; situaciones en las que no cabe aplicar a los motivos determinantes de la actuación el expresado control constitucional”. Más recientemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 13 de agosto de 2008, aun cuando afirma que en nuestro derecho rige “el principio de universalidad del control de todos los actos y actuaciones del Poder Público, el cual implica el pleno control de los actos políticos o de gobierno”, aclara que ese control solamente alcanza los aspectos formales de validez y competencia del decreto, así como el respeto de ciertas prohibiciones o limitaciones establecidas en el texto constitucional. (Sentencia consultada en la página web del tsj: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1368-130808-01-2503.HTM>).

12 El artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone expresamente que aun cuando la norma deje una medida a juicio de la autoridad competente, dicha medida deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines la

dencia afirman que el control de la conformidad a Derecho de las medidas administrativas alcanza la consideración sobre su proporcionalidad, racionalidad y debida adecuación al fin previsto en la norma. Sin embargo el reto de la lucha contra las inmunidades del poder se mantiene.

La consagración de los mecanismos de control de los actos del Poder Público no es más que una ilusión, si los órganos jurisdiccionales, arena donde se libra la lucha contra las inmunidades del poder, no ofrecen garantías de independencia y rectitud de juicio.

III. GARANTÍA DE CONTROL JUDICIAL: MÉRITO E INDEPENDENCIA DE LOS JUECES

En Venezuela la jurisdicción contenciosa administrativa desde el principio ha estado a cargo del Poder Judicial, esa separación debería permitir afirmar su independencia de las demás ramas del Poder Público. Sin embargo, no han faltado los cuestionamientos sobre la independencia del Poder Judicial¹³; la crisis institucional que actualmente atraviesa nuestra democracia obliga a reflexionar sobre las garantías de independencia y objetividad del sistema judicial.

Los jueces son los máximos garantes de la democracia, ellos “tienen la legitimidad del Derecho que están llamados a aplicar; su independencia es la expresión misma de la objeti-

norma y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarias para su validez y eficacia

13 Véase Brewer Carías Allan, *Democracia y Reforma del Estado*, Caracas, 1978, pp. 508-509, *El Poder Nacional y el Sistema Democrático de Gobierno*, Caracas, 1996, Tomo III de las *Instituciones Políticas y Constitucionales*, pp. 173 y ss, capítulo que titula “El problema del Poder Judicial”. Véase también Giustino José Capablanca: “Injusticia para todos” en: *Revista de Derecho Administrativo*, Sherwood, Sep-dic. 1999, N°7, pp. 361-378

vidad de ese Derecho”¹⁴. Los mecanismos de designación de los jueces varían en el derecho comparado, pero independientemente del modelo que se adopte, lo cierto es que único capaz de legitimar a un Juez es su mérito profesional y su independencia.

Las condiciones de todo juez deben ser su alta especialización y su honorabilidad. Una justicia plenaria, un eficaz control judicial, garante de un Estado de Justicia solamente puede alcanzarse con jueces conocedores del derecho e independientes.

La idoneidad para ser Juez implica seleccionarlos entre profesionales y altamente calificados, debidamente formados. Su independencia se logra evitando que la designación sea permeable a los intereses políticos partidistas, proveyendo una adecuada remuneración y garantías de estabilidad.

En la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y de los jueces en general solamente deben participar los sectores académicos y profesionales, la comunidad de juristas, a través de la Academia de la Ciencias Jurídicas y Políticas, las Facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas de las Universidades, los Colegios de Abogados y organizaciones de juristas.

La calificación de los postulados debe basarse en los méritos profesionales, rectitud y honorabilidad. No deben influir concepciones ideológicas, porque el Juez, llamado a aplicar e interpretar la ley, debe hacerlo guiado solamente por su conocimiento de la ciencia jurídica, independientemente de sus creencias personales, porque no es con base a ellas que deberá dictaminar la justicia, sino conforme al Derecho.

14 García de Enterría, Eduardo: *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1997, p.33

“LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO” Y LOS PROFESORES VENEZOLANOS DE DERECHO PÚBLICO

Carlos García Soto

*Profesor de Historia del Derecho en la Universidad Monteávila
y de Derecho Administrativo en la UCV*

“Así, todo el succulento tema del Estado de Derecho
se convierte para los administrativistas en un conjunto
de técnicas concretas y particulares.

Esta conversión de la metafísica en técnica es,
justamente, nuestro papel en el gran concierto
de las ciencias sociales”.

(Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades
del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales,
poderes de Gobierno, poderes normativos)*).

Resumen: *Se explica cuál es el significado del ensayo del profesor García de Enterría para los profesores venezolanos de Derecho Público.*

Palabras clave: *Significado. Ensayo del profesor García de Enterría. Profesores venezolanos de Derecho Público.*

Abstract: *Explains what is the meaning of the essay of the Professor García de Enterría for the Venezuelan professors of public law.*

Keywords: *Meaning. Professor's García de Enterría essay. Venezuelan professors of public law.*

Recibido: 28 de junio de 2016 Aceptado: 11 de julio de 2016

SUMARIO

Introducción

1. Contexto político en el cual se dicta la conferencia
2. La labor del profesor García de Enterría en la lucha por el Estado de Derecho
3. El reflejo de la labor del profesor García de Enterría en la democratización de la sociedad española
4. La lucha contra las inmunidades del Poder en el contexto de la situación política venezolana
5. La labor de los profesores de Derecho Público en la lucha por el Estado de Derecho en Venezuela

INTRODUCCIÓN

En la variedad de intereses humanísticos y jurídicos que conformaron la labor intelectual del profesor Eduardo García de Enterría (1923-2013), destaca su trabajo sobre “La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de Gobierno, poderes normativos)”, como un ejemplo de honestidad y valentía intelectual.

El trabajo recoge la versión escrita de una conferencia dictada por el profesor en Barcelona, España, en 1962, en la cual analiza detalladamente el alcance del control que corresponde ejercer al Derecho Administrativo sobre el Poder político. Como se señalará, la conferencia es dictada cuando aun España se regía por un régimen autocrático, en el cual no era frecuente la exposición de ideas que cuestionaran la actuación del Poder.

Esa conferencia, como manifestación de la labor intelectual del profesor García de Enterría, es particularmente aleccionadora para los profesores venezolanos de Derecho Público, a los que también las circunstancias les han obligado a enseñar y aplicar el Derecho Público en el contexto de un régimen que, ciertamente, no puede ser calificado como democrático.

1. CONTEXTO POLÍTICO EN EL CUAL SE DICTA LA CONFERENCIA

Cuando el 2 de marzo de 1962 el profesor Eduardo García de Enterría dicta su célebre conferencia “La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de Gobierno, poderes normativos)”¹, habían transcurrido casi veintitrés años del fin de la Guerra Civil Española. España vivía bajo la dictadura del General Francisco Franco, que moriría en el poder trece años después, en 1975.

La conferencia se centra en el examen de los poderes que podían considerarse de alguna forma exentos del control de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, de 27 de diciembre de 1956², a saber: (i) los actos discrecionales, (ii) los actos políticos y (iii) los actos normativos (Reglamentos). En realidad, la conferencia será un intento muy logrado de explicar las razones por las cuales la actuación de la Administración siempre debe estar sujeta al Derecho, como garantía de la libertad de las personas.

Al explicar la necesidad de promover la reducción de los ámbitos de inmunidad, hará referencia, por supuesto, al contenido de la propia Ley. Pero también, a la labor jurisprudencial. Ya los efectos de esta nota nos interesa especialmente acotar como advertirá que “es obligación de todos los juristas el auxiliar a esta gran obra de la jurisprudencia, el facilitarla y abrirle caminos, el animarla en las descubiertas hacia terrenos

1 Publicada originalmente en *Revista de Administración Pública*, N° 38, 1962.

2 Sobre el proceso de redacción de esa Ley, véase Carlos García Soto, “Incluso por desviación de poder”. Notas acerca de los orígenes de una parte de la norma constitucional sobre la jurisdicción contencioso-administrativa”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo venezolano*, N° 3, mayo-agosto, 2014. También publicado en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 167, 2014.

todavía no por ella recorridos, el organizar y sistematizar sus hallazgos aislados”³.

Sin duda, se trató de una época oscura para el Derecho Público español, dado el carácter antidemocrático del régimen político. Un reflejo de esa oscuridad sería, por ejemplo, la ausencia de una auténtica Constitución, entendida como norma jurídica. Sólo será en 1978 cuando en España se dicte una Constitución democrática. Por algo el propio García de Enterría deberá preparar un trabajo apenas dictada la Constitución titulado, precisamente, como “La Constitución como norma jurídica”⁴, así como el trabajo “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”⁵, entre otros, para explicar suficientemente por qué esa Constitución debía ser considerada como una verdadera norma jurídica. Tales explicaciones serán determinantes para la interpretación y aplicación de esa Constitución.

2. LA LABOR DEL PROFESOR GARCÍA DE ENTERRÍA EN LA LUCHA POR EL ESTADO DE DERECHO

Fue en esa época de oscuridad para el Estado de Derecho en España que el profesor García de Enterría iniciará su labor intelectual como Catedrático de Derecho Administrativo, como autor de importantes trabajos jurídicos y como secretario del Consejo de Redacción y principal impulsor de la Revista de Administración Pública, y luego de la Revista Española de Derecho Administrativo, constituyéndose así en la principal figura del Derecho Público en España del siglo XX.

Todo el trabajo intelectual del profesor García de Enterría estará señalado por una constante defensa del Estado de Derecho. Primero, como una lucha por delimitar jurídicamente la

3 Pp. 166-167.

4 Publicado originalmente en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXII, 1979.

5 En *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 1, 1981.

actuación de un régimen que no era democrático. Pero luego, como un esfuerzo por diseñar, construir y defender el sometimiento de la Administración Pública al Derecho “en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (artículo 1 de la Constitución de España de 1978).

Como resaltaría el profesor Raúl Bocanegra Sierra, al momento de otorgársele al profesor García de Enterría el doctorado *honoris causa* en la Universidad de Oviedo, en 1996:

“El Derecho Administrativo gira alrededor de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, de las relaciones de poder entre el Estado y los ciudadanos y su control, intentando el sometimiento de la Administración al Derecho, la sujeción del poder al Ordenamiento jurídico, proyectándose, por tanto, sobre todos los grandes temas del Estado y del Poder y sobre muchos otros aparentemente no tan grandes, que afectan intensamente a la vida ordinaria de las personas: se ha dicho –y se ha dicho con acierto– que el Derecho Administrativo acompaña al hombre desde la cuna hasta la tumba. Pues bien, la ingente obra del Prof. García de Enterría, que carece de parangón en el panorama del Derecho público español, abarca prácticamente todos los ámbitos de esas relaciones propias del Derecho público, de manera que muy pocas cosas han escapado a su penetrante mirada. Ni en intensidad, en donde el rigor de sus planteamientos institucionales, estrechamente conectados con la mejor dogmática alemana (entendiendo, con razón, que el Derecho se articula alrededor de las instituciones), era donde su inmenso instrumentario jurídico (con un gusto especial por la historia y por la historia del pensamiento, como veremos en su intervención) está perfectamente afinado y puesto al servicio de la solución de los problemas que afectan al pueblo al que pertenece, porque, como él

mismo dice, el Derecho, o sirve para resolver problemas o no sirve para nada”⁶.

3. EL REFLEJO DE LA LABOR DEL PROFESOR GARCÍA DE ENTERRÍA EN LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA

Esa labor del profesor García de Enterría se va a reflejar en el proceso de democratización de la sociedad española. Primero, en el propio articulado de la Constitución. Por ejemplo, es conocida la historia sobre cómo el numeral 3 del artículo 9 de la Constitución de España de 1978 va a recoger la doctrina del propio García de Enterría sobre la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, de la mano de uno de sus discípulos, el también profesor en las Cortes Constituyentes Lorenzo Martín-Retortillo, también profesor de Derecho Administrativo⁷. Pero también, por ejemplo, en la fórmula sobre la delegación legislativa y sobre la legislación delegada (artículos 82 al 85 de la Constitución de España)⁸.

Luego, la interpretación de la Constitución realizada por el profesor García de Enterría va a ser determinante. Primero, a través del trabajo ya mencionado sobre “La Constitución como norma jurídica”, pero luego también con su trabajo sobre “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”. Y después a través de todos sus trabajos sobre el alcance de las normas constitucio-

6 AA.VV., *Eduardo García de Enterría. Semblanzas de su vida y de su obra*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 105-106.

7 Véase Eduardo García de Enterría, “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 124, 1991.

8 Véase Eduardo García de Enterría, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial (Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español)*, Civitas, Madrid, 2006.

nales, y sus implicaciones para el Estado de Derecho. Lo advertirá el Profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer:

“Se ha destacado el papel relevante de los administrativistas en el primer desarrollo y puesta en funcionamiento de la Constitución. Pues bien, en esa tarea García de Enterría desempeñará un papel determinante, ya en la preparación del ambiente previo a la Constitución, o consiguiendo que llegaran luego a ésta decisivas aportaciones suyas, pero también, después, a la hora de ir dando los primeros pasos. Recuérdese que fue uno de los integrantes del selecto y reducido grupo que preparó el anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pero contribuyó también con aportaciones doctrinales decisivas a la efectiva implantación del sistema constitucional. De destacar así su libro “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional” (con primera edición de 1981), o, por poner otro ejemplo, la recopilación “Estudios sobre Autonomías Territoriales” (primera edición 1985), ambos sucesivamente reeditados y que ejercerían muy notable influencia. Pero, no sólo con la letra impresa: participando activamente para alcanzar soluciones operativas; valga como ejemplo el de su presidencia de la importante comisión –consensuada entre los dos grandes partidos políticos de ámbito nacional de entonces, la UCD y el PSOE– que redactó en 1981 un decisivo informe de expertos, con ideas tan claras sobre el sistema autonómico”⁹.

4. LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER EN EL CONTEXTO DE LA SITUACIÓN POLÍTICA VENEZOLANA

Ciertamente, el Derecho Público venezolano se encuentra en una etapa oscura, debido al progresivo deterioro de las

9 “Eduardo García de Enterría y el Anuario”, en AA.VV., *Eduardo García de Enterría. Semblanzas de su vida y de su obra*, cit., p. 406.

formas típicas de control sobre la actividad estatal, particularmente la del Poder Ejecutivo.

Una manifestación clave de cómo el poder estatal se ha hecho inmune al control judicial en Venezuela, son las estadísticas y sus análisis sobre los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia¹⁰.

El Derecho Público venezolano actual se caracteriza por la ausencia de mecanismos de control a lo interno en el Poder Ejecutivo, pero también por la ausencia de control judicial sobre la actuación de ese Poder¹¹. Pero también, se ha caracterizado por la ausencia de control judicial sobre la legislación dictada por la Asamblea Nacional que se haya considerado como favorable al proyecto político impulsado desde el Poder Ejecutivo.

5. LA LABOR DE LOS PROFESORES DE DERECHO PÚBLICO EN LA LUCHA POR EL ESTADO DE DERECHO EN VENEZUELA

Teniendo esa realidad muy en cuenta, es que se plantea el significado de la conferencia del profesor García de Enterría para los profesores venezolanos de Derecho Público en esta época.

Básicamente, el trabajo puede ser un llamado de atención sobre la labor de los profesores de Derecho Público en Venezuela contra las inmunidades del Poder en esta época oscura.

10 Véase Antonio Canova González, Luis A. Herrera Orellana, Rosa E. Rodríguez Ortega y Giuseppe Graterol Stefanelli, *El TSJ al servicio de la Revolución*, Editorial Galipan, Caracas, 2014.

11 No se olvide la afirmación del profesor García de Enterría: “sin una total y plenaria resolución de este gran tema de la justicia administrativa el Estado de Derecho es literalmente nada. El ciudadano se enfrenta con el Poder primariamente en cuanto poder administrativo” (*La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo [Poderes discrecionales, poderes de Gobierno, poderes normativos]*, cit., p. 161).

En ese sentido, si se quisiera señalar algunos aspectos en los cuales los profesores de Derecho Público pueden participar en la lucha por el Estado de Derecho, cabría considerar:

En primer lugar, a través de la preparación y dictado de las clases. La enseñanza didáctica, pero suficiente, de los temas propios del Derecho Público, principalmente del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo, es esencial para la formación de los estudiantes en los principios y reglas propios del Estado de Derecho. Si bien la constante actuación de los Poderes Públicos en contra del ordenamiento jurídico nacional e internacional pueda desalentar la enseñanza del Derecho Público, en realidad, debe suponer un acicate para insistir en la enseñanza de los grandes temas. Y aunque parezca paradójico, la violación por parte de los Poderes Públicos de los principios y normas aplicables a su actuación, debe suponer una ocasión para resaltar a través de ejemplos concretos la enseñanza sobre los temas generales de la disciplina.

En segundo lugar, a través de la realización de investigaciones sobre los temas generales y especiales del Derecho Público, con sentido crítico y rigurosidad. Tales investigaciones pueden tomar ocasión de los cambios normativos y de los criterios jurisprudenciales contrarios a los principios y normas del ordenamiento, para así denunciar tales violaciones y aprovechar la ocasión para reiterar la doctrina correcta. En este ámbito resulta de particular interés la posibilidad de alentar a los estudiantes a realizar breves investigaciones, acordes a su proceso de formación, a través de las cuales puedan ir adquiriendo habilidades para el estudio y la investigación, y juicio crítico acerca de los temas de la disciplina.

En tercer lugar, a través de distintas intervenciones de tipo académico que puedan realizarse en eventos llamados a analizar temas propios del Derecho Público. Algunos de esos eventos estarán organizados, precisamente, para analizar algún

aspecto de particular interés con ocasión de la actuación de los Poderes Públicos.

En cuarto lugar, a través de la publicación, cuando corresponda, de opiniones de forma escrita o verbal que expliquen de forma sencilla pero rigurosa a la ciudadanía aquellas actuaciones de los Poderes Públicos que constituyan violaciones a normas o principios del ordenamiento jurídico.

En quinto lugar, mediante el estudio y exposición de perspectivas de reforma de las instituciones del Derecho Público venezolano, particularmente de aquellas que hayan sido objeto de actuaciones de los Poderes Públicos contrarias al ordenamiento jurídico.

~ ~ ~

Toda la vida y obra del profesor García de Enterría es un ejemplo de honestidad y valentía intelectual, cuya una de sus facetas fue la de la promoción y defensa del sometimiento del Estado al Derecho. Como se señaló, parte importantísima de esa labor se realizó bajo un régimen autocrático, cuya una de sus características era la de carecer de una Constitución escrita que pudiera ser considerada como una norma jurídica. Tal situación, en el caso del profesor García de Enterría implicó una resulta toma de postura, desde la perspectiva del jurista que se dedica al Derecho Público, a partir de la cual construyó decisivamente a la construcción de un nuevo Estado de Derecho, que comenzó concretarse a partir de la promulgación de la Constitución de España de 1978.

En esta época oscura del Derecho Administrativo, esa muestra de honestidad y valentía intelectual constituye un ejemplo a seguir para quienes se dedican a la enseñanza del Derecho Público en esta época difícil para el Derecho Público venezolano. Sobre todo, constituye un incentivo para la pre-

ocupación sobre la necesidad de pensar la reconstrucción del Derecho Público en Venezuela.

LAS INMUNIDADES DEL PODER CONTRA LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN: PROPUESTAS PARA EL RESTABLECIMIENTO PLENO DE LA LIBERTAD INFORMATIVA EN VENEZUELA

Luis Alfonso Herrera Orellana

Profesor de la UCV

Mayerlin Matheus Hidalgo

Abogado de la UCAB

“Esta tarea es la de reconducir los grandes temas, los temas que estremecen el corazón del hombre, como éste, sin duda, del Poder, a su concreta, diaria y artesana aplicación, donde desaparecen su esoterismo y su misterio y se hace patente, posiblemente, su funcionalismo verdadero “.

Eduardo García de Enterría.

La lucha contra las inmunidades del Poder. 1974.

Resumen: El trabajo examina dos ámbitos tradicionales de inmunidad de la Administración: el relativo a la potestad discrecional y a la potestad reglamentaria. Asimismo, se analiza otro ámbito, como es la potestad organizativa, todo ello, en relación con la libertad de expresión e información.

Palabras clave: discrecionalidad, potestad reglamentaria, organización administrativa, libertad de expresión e información.

Abstract: The article analyses two traditional spheres of administrative immunity: the administrative discretion and the administrative regulations. Also, this article includes the analysis of another sphere, that is the administrative organization. All of this, related with the expression and information freedom.

Keywords: administrative discretion, administrative regulations, administrative organization, expression and information freedom.

Recibido: 12 de julio de 2016 Aceptado: 15 de julio de 2016

SUMARIO

Introducción

- I. Las arbitrarias potestades actuales de la administración pública nacional frente a las libertades de expresión e información
- II. Propuestas para el restablecimiento pleno de la libertad de expresión e información en Venezuela

INTRODUCCIÓN

En su discurso ante la Universidad de Barcelona de 1962, el profesor García de Enterría examinó el estado, para la fecha, de los controles y principios jurídicos vigentes en el Derecho Administrativo para someter a poderes y ámbitos tradicionalmente considerados como fueros o privilegios del Estado, y en particular de la Administración, al orden jurídico. En concreto, analizó como medios para desarrollar esa lucha los siguientes:

- a. El contencioso administrativo como mecanismo de control judicial de los actos de la Administración Pública.
- b. Los actos políticos como actos excluidos de ese control judicial por considerarse propios y exclusivos del Poder Ejecutivo.
- c. Los límites y formas de revisión de la potestad discrecional de la Administración Pública a fin de someterla al imperio de la ley.
- d. Los límites y formas de revisión de la potestad normativa de la Administración Pública a objeto de asegurar la subordinación del Gobierno a la legislación democrática.

De esos ámbitos, en este trabajo se examinan dos, el relativo a la potestad discrecional y a la potestad reglamentaria, y se añade uno que no incluyó el maestro cantábrico en su estudio, pero que cabe considerar, al menos en el caso venezolano, como un fuero de inmunidad o privilegio de la Administración Pública para ejercer de forma arbitraria su poder, como es la potestad organizativa, y en particular se examinan y proponen reformas en la legislación que los regula en materia de libertad de expresión e información¹.

Constituye, para los autores motivo de honda satisfacción el participar en este homenaje a una idea que es transversal en la obra de Eduardo García de Enterría, la cual ha sido y sigue siendo una guía al momento de estudiar tanto en la academia como en casos concretos a las instituciones del Derecho Administrativo, como lo es la lucha contra la arbitrariedad del poder mediante el logro de un equilibrio efectivo y garantizado por el Derecho, entre las potestades de la Administración y la libertad y los derechos de los particulares, del que en gran medida depende nada más y nada menos que la vigencia del Estado de Derecho.

I. LAS ARBITRARIAS POTESTADES ACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL FRENTE A LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

1. En el ámbito de las cadenas de radio y televisión y difusión de mensajes gratuitos:

En Venezuela, según la disposición final segunda de la reformada Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT) del año 2011, es obligatorio para las televisoras y radioemisoras emitir, de forma gratuita, mensajes oficiales cuando el Presidente de la

1 Estas propuestas se apoyan en el informe preparado por la organización civil Un Estado de Derecho, de la que son investigadores los autores de esta contribución.

República así lo disponga. Dicha obligación se encuentra establecida sin ningún tipo de limitación, es decir, no se determina en qué ocasiones puede el Presidente obligar la transmisión de mensajes oficiales ni qué tipo de mensajes oficiales son los que deben transmitirse de forma gratuita.

La disposición final segunda de la LOT es la que ha servido de base al actual y al anterior Presidente para hacer llamados a cadena nacional de radio y televisión, sin mayores justificaciones de duración de las cadenas o frecuencia. Además, ahí se expresa que cualesquiera limitaciones, modalidades, restricciones se establecerán a través de un reglamento que nunca fue dictado. Dicha disposición establece lo siguiente:

“Sin perjuicio de las disposiciones legales en materia de seguridad y defensa, el Presidente de la República podrá, directamente o a través de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, ordenar a los operadores que presten servicios de televisión por suscripción, a través del canal de información a sus clientes y a las empresas de radiodifusión sonora y televisión abierta la transmisión gratuita de mensajes o alocuciones oficiales, de la Presidencia o Vicepresidencia de la República o de los Ministros. Mediante reglamento se determinarán las modalidades, limitaciones y demás características de tales emisiones y transmisiones. No estará sujeta a la obligación establecida en este artículo la publicidad de los entes públicos”.

De manera que las cadenas no solo son obligatorias sin que medie límite alguno, sino que, además, no se establece ningún tipo de indemnización a las televisoras o radioemisoras por las pérdidas económicas que puedan sufrir por transmitir mensajes oficiales en lugar de su programación habitual, en tanto que, quienes se dedican a tal actividad (con excepción de algunos medios de comunicación) persiguen fines de lucro y dependen de ello para sostener puestos de trabajo y demás obligaciones.

Además de la citada disposición de la LOT, el artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio Televisión y Medios Electrónicos (Ley RESORTE) dispone lo siguiente:

Artículo 10. El Estado podrá difundir sus mensajes a través de los servicios de radio y televisión. A tales fines, podrá ordenarle a los prestadores de estos servicios la transmisión gratuita de:

1. Los mensajes previstos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. La orden de transmisión gratuita y obligatoria de mensajes o alocuciones oficiales podrá ser notificada válidamente, entre otras formas, mediante la sola difusión del mensaje o alocución a través de los servicios de radio o televisión administrados por el Ejecutivo Nacional.
2. Mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos, de servicio público los cuales no excederán, en su totalidad de setenta minutos semanales, ni de quince minutos diarios. A los fines de garantizar el acceso a los servicios de radio y televisión, el órgano rector del Ejecutivo Nacional, con competencia en materia para la comunicación e información, cederá a los usuarios y usuarias diez minutos semanales de estos espacios, de conformidad con la Ley (...).

Así, además de la obligación de enlazarse en cadena cuando el Presidente lo ordene, existe otra para radio y televisión de transmitir diariamente y de manera gratuita mensajes oficiales de contenido variado (educativos, preventivos, de servicio público, etc.). En esta normativa se establece un límite de quince minutos diarios y setenta minutos semanales. Estas obligaciones se suman a la larga lista de las que deben asumir los prestadores del servicio de radio y televisión, lo que, sin duda, va limitando su libre actuación.

Nada de lo anterior encuentra basamento en las normas constitucionales y las previstas en tratados internacionales suscritos por la República en materia de libertad de expresión e información. En efecto, los artículos 57 y 58 de la Constitución.

2. En el ámbito de los poderes administrativos ilimitados en materia de concesiones, definición de contenidos y regulaciones técnicas

A los excesivos poderes administrativos (reglamentarios, sancionatorios, discrecionales, ejecutorios, de revisión, etc.) que manejaba el Ejecutivo Nacional de acuerdo a las versiones originales tanto de la LOT, como de la Ley RESORTE, se sumaron otros más en las reformas hechas a ambos instrumentos legislativos a fines de 2010.

Así lo confirmó la organización Espacio Público, al consultar a expertos en la materia como Ewald Scharfenberg, director del Instituto Prensa y Sociedad de Venezuela (IPYS), quien tras evaluar la reforma legal impulsada por el partido oficialista PSUV, en diciembre de 2010, señaló:

“Se trata de un paso más en la asfixia paulatina a los medios. Aquí no será fácil establecer cuál es el momento de extinción de la libertad de prensa, porque lo que se viene cumpliendo es una constante escalada de la agonía... Allí declaran como «servicio de interés público» la prestación de servicios de telecomunicaciones, y le da al Estado la potestad de revocar una licencia cuando lo considere «conveniente a los intereses de la Nación» y por motivos de «orden público» o «seguridad» [Además] redujo la duración de las habilitaciones administrativas (licencias) para operar estaciones de radio y TV de 25 a 15 años, al tiempo que estableció que si el Estado lo considera necesario, cuando finalice el período de vigencia de una concesión, los bienes afectados pasarán

a sus manos... con lo que se incrementan las potestades... para ejercer control sobre la administración de licencias”².

Sobre la Ley RESORTE, el mismo experto expresó que lamentaba que se extendiesen a Internet las consideraciones “ambiguas y punitivas” que ya sufrían la radio y la televisión. En su criterio, aquéllas fomentan la noción “de que la circulación de la información es algo siempre propenso a incurrir en delitos” y, por lo tanto, debe ser monitoreado por el Estado. Asimismo, reafirman la “usanza de forzar a los medios a hacer la tarea sucia de la censura, nombrándolos corresponsables de sus contenidos”.

Con base en la LOT, CONATEL tiene atribuidas competencias que le permiten ejecutar acciones que inciden directamente en quienes se dedican a la actividad de telecomunicaciones. Entre las competencias más arbitrarias, destacan las siguientes:

- Dictar normas y planes técnicos.
- Otorgar, revocar y suspender habilitaciones administrativas y concesiones.
- Realizar inspecciones, fiscalizar y requerir información a los operadores.
- Aprobar las condiciones generales de los contratos (entre operadores y usuarios).
- Abrir, sustanciar y decidir los procedimientos y dictar medidas preventivas.
- Evaluar y proponer la aprobación de tarifas y determinar y recaudar los tributos.

2 Peñaloza, Pedro Pablo, *Telecom y Resorte-me. Las reformas legales de diciembre y la libertad de expresión*. Caracas: Espacio Público, 2011, pp. 52-53, disponible en: <http://goo.gl/pMxiH8>

En el ejercicio de sus competencias CONATEL puede dirigir la actividad de los prestadores, a través de requerimientos, planes técnicos y cualquier normativa que considere adecuados. Estos medios le permiten obligar a aquéllos a ejecutar determinadas conductas. El incumplimiento de esas obligaciones habilita a CONATEL a iniciar un procedimiento e imponer –según corresponda– cualquiera de las sanciones establecidas en el artículo 158 de la LOT:

- Amonestación pública.
- Multa.
- Revocatoria de la habilitación administrativa o concesión.
- Cesación de actividades clandestinas.
- Inhabilitación.
- Comiso de equipos y materiales utilizados para la realización de la actividad.
- Prisión.

Además de las normas ya citadas de la LOT, en la Ley RESORTE se otorgan competencias a CONATEL y al denominado Directorio de Responsabilidad Social que también incluyen potestad normativa y sancionatoria y la posibilidad de dictar medidas cautelares de requerimiento de información. Por su parte, los incumplimientos de la Ley RESORTE se sancionan con cesión gratuita de espacios, multas, suspensión de habilitación administrativa y revocatoria de habilitación administrativa o de la concesión, según corresponda.

Sin duda, otorgar estas potestades a un ente administrativo, tanto por la amplitud, discrecionalidad y severidad, si no es inconstitucional, resulta definitivamente cuestionable, incluso si se lograra una integración plural de ese ente y ajena

a toda parcialidad política, ya que directamente se erige en una amenaza real a las libertades de expresión e información.

Por un lado, las sanciones establecidas en la LOT de inhabilitación y comiso de equipos no pueden continuar siendo sanciones administrativas. Por principios jurídicos, de ser necesarias tales sanciones, sólo pueden ser judiciales y fruto de procesos judiciales, pues implican la afectación de derechos como la propiedad privada, libre asociación, libertad económica, además de la libertad de expresión, opinión e información.

Además, no deberían atribuirse medidas cautelares, menos aún anticipativas, a CONATEL en un procedimiento sancionatorio, pues ello equivale a permitir que se dicten actos ejecutivos y ejecutorios sin procedimiento previo, lo cual viola el derecho a la defensa, entre otros derechos constitucionales.

También es criticable que las atribuciones de inspección, fiscalización y requerimiento de información no estén limitadas de forma cierta. Esto permite que CONATEL pueda requerir, inspeccionar y fiscalizar a los particulares que operan en el sector de las telecomunicaciones en todo momento y cuantas veces lo crea necesario, como si se le otorgara la potestad de presumir siempre la mala fe y la culpabilidad de los prestadores.

Por otra parte, la competencia que tiene CONATEL para revisar los contratos entre operadores y usuarios también resulta excesiva, pues desconoce el derecho que tienen las personas de contratar libremente en este sector en las condiciones que mejor le parezcan, sin que intervenga un tercero que nada aporta a dicha relación.

Tampoco tiene asidero constitucional la potestad de CONATEL de dictar planes técnicos que incidan en forma directa o indirecta sobre contenidos, línea editorial y esquema

económico de cada operador. Es violatoria de la libertad de expresión e información, por cuanto el desarrollo de la actividad viene planificado por un agente distinto a los operadores y usuarios, que expresarán y verán o escucharán lo que CONATEL considere puede ser escuchado, visto y expresado.

Finalmente, el numeral 31 del artículo 37 de la LOT y los numerales 14 del artículo 19 y 5 del artículo 20 de la Ley RESORTE, que otorgan a CONATEL y al Directorio de Responsabilidad Social “las demás atribuciones que le asigne la ley y las demás normas aplicables”; resultan totalmente excesivos y abusivos, al dejar abierta la posibilidad de que se les concedan poderes para intervenir en la vida de los ciudadanos disminuyendo cada vez más su esfera de derechos y su posibilidad de actuación libre.

3. El caso de los monopolios estatales para controlar la difusión de contenidos y expulsar del mercado a medios independientes:

Sin que el Poder Legislativo, ni el Poder Judicial o el Ciudadano, objetaran tal proceder, en los últimos años el Ejecutivo Nacional ha creado monopolios comerciales en distintas áreas de la economía, siendo una de ellas el área de las comunicaciones y la información.

Es una realidad orientada a imponer la llamada por expertos “hegemonía comunicacional”, es decir, la ausencia absoluta y total de libertad de expresión, pensamiento e información, quedando toda centralizada en el Estado. El caso paradigmático es el de la compañía Complejo Editorial Alfredo Maneiro (CEAM).

La Constitución prohíbe, en su artículo 113, la existencia de monopolios, estatales y privados, en cualquier área o sector de la economía. Si ello es válido y conveniente en ámbitos estrictamente comerciales, con mayor razón lo es en el de las comu-

nicaciones, en cual no solo hay interés general en que se genere riqueza, entretenimiento, información y cultura, sino en que se hallen los espacios para ejercer las libertades civiles y políticas propias de un sistema democrático de gobierno. De modo que hay razones para no tolerarse ni permitirse más nunca monopolios estatales en esta materia, que violan los derechos constitucionales y afectan la democracia.

El brutal efecto coercitivo del dominio del CEAM en la prensa escrita en Venezuela, ha dejado decenas de periódicos cerrados y casi un centenar en crisis por falta de papel. La asfixia que sufre prensa en el país como consecuencia de la dependencia obligada de esta empresa estatal para adquirir papel prensa, ha mermado el sector con la pérdida de espacios informativos y miles de empleos desaparecidos con la reducción o extinción de medios impresos nacionales y regionales, y la contracción económica del sector.

Periódicos cerrados y desempleo para trabajadores de la prensa es la consecuencia directa más visible del chantaje político ejercido desde el Gobierno hacia la prensa no alineada con sus intereses. Pero otros flagelos intangibles como la censura, la autocensura y la censura previa, entre los dueños de medios y los periodistas, para no caer en el radar de las represalias gubernamentales, erosionan de forma más peligrosa y determinante el libre ejercicio del periodismo y la libertad de prensa en Venezuela.

Las nuevas generaciones de periodistas, no solo están emigrando, sino que se están formando en un campo laboral deprimido y signado por el control estatal. Muchos periodistas no conocen otra forma de trabajar que no sea bajo la amenaza de sanciones internas o externas al medio, como resultado de investigaciones o denuncias periodísticas que afecten los intereses del Gobierno y sus relacionados. El temor a sanciones de tipo penal o moral, a agresiones físicas o verbales, a la pérdida

del empleo, son algunos de los miedos sembrados en quienes ejercen el periodismo en Venezuela.

Otro ámbito en el cual existe un monopolio estatal en materia de comunicaciones, si bien no reconocido formalmente como tal, es en la prestación del servicio de internet, y más en concreto, en lo referido a la dependencia de los pocos prestadores privados de ese servicio de la actividad, como último proveedor de conexión a internet, de la telefónica estatal Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV).

En Venezuela el acceso a Internet es precario y la calidad de conexión paupérrima, de acuerdo al informe de CEPAL 2015. El informe señala:

“La República Bolivariana de Venezuela, el Estado Plurinacional de Bolivia y Perú cuentan con las velocidades más bajas.

Aunque el país registra un crecimiento la lentitud de la conexión y el pobre servicio hacen que Venezuela se ubique en los últimos puestos de la región en materia de velocidad de Internet. El informe indica que:

No siempre los países que tienen el mayor porcentaje de usuarios de Internet tienen el mayor porcentaje de hogares conectados”³.

Una de las variables para determinar la calidad de la conexión se refiere a la velocidad de descarga, en Venezuela tenemos una de las más bajas del mundo. El estudio de la CEPAL arrojó que:

3 Informe CEPAL “Estado de la banda ancha en América Latina y el Caribe 2015”. Disponible en: <http://goo.gl/KJ33HK>

Las mayores velocidades de descarga se dan, fuera de Uruguay, en Chile y Brasil y las menores, en el Estado Plurinacional de Bolivia, Paraguay y la República Bolivariana de Venezuela.

A la lentitud en la velocidad de conexión se le suman otros factores que empobrecen el servicio, como cortes frecuente e inestabilidad en el servicio.

Por otra parte, en Venezuela se ha registrado un fenómeno de migración de usuarios de unas plataformas informativas a otras, es decir, de medios tradicionales a medios emergentes en plataformas digitales. Tal fenómeno responde a la merma en las opciones disponibles para que la ciudadanía se mantenga informada, esto como consecuencia del cierre de medios y la censura que impera.

En este contexto, un servicio de Internet de mala calidad atenta contra las mínimas posibilidades de información que quedan. Lo cual ha sido utilizado por el Gobierno como una forma de mantener el control del flujo de la información, dificultad el acceso a esta, todo ello usando arbitrariamente sus potestades normativas y organizativas.

Por otra parte, un factor aún más preocupante es el presumible monopolio de la empresa estatal de telecomunicaciones CANTV como proveedora de servicio de Internet. La compañía funge como mayorista de conexión en el país y provee a las demás empresas que ofrecen el servicio de Internet del país. Con esto, la calidad del servicio en la nación depende de la calidad de lo que ofrezca CANTV, aunque existan otros proveedores.

Así nos encontramos que el Gobierno, a través del férreo control que ejerce el Estado sobre el espectro radioeléctrico con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y el servicio de Internet por medio de CANTV, tiene dominio casi total de las comunicaciones en Venezuela y, lo que es peor, no ha dado muestras

de tener intención alguna de mejorar el servicio ni flexibilizar los controles legales en materia de telecomunicaciones.

Al ser CANTV el principal y casi único proveedor del servicio de Internet en Venezuela (dado que otros proveedores se ven obligados a depender de la compañía estatal para ofrecer sus servicios), está al alcance del Gobierno ejercer control de lo que circula por Internet en Venezuela.

Prueba de ello es el bloqueo que existe actualmente sobre sitios web críticos al Gobierno como Infobae (medio argentino) y NTN24 (medio colombiano), a este último también se le aplicó un bloqueo obligando a las compañías de televisión por cable a sacar su señal de la parrilla tal y como ocurrió con RCTV que primero fue cerrada en señal abierta y posteriormente, bajo amenaza de sanciones por parte del Gobierno a través de CONATEL, las cableras tuvieron que retirarla.

4. El caso de la ausencia de límites en la potestad organizativa para la conformación del Estado comunicador

Muy conectado con el aspecto anterior se encuentra la problemática del llamado “Estado comunicador”, y cuyo fundamento último parte de contenidos que en un futuro deberán ser excluidos de la Constitución.

El objetivo de la actual estructura de control y predominio directo e indirecto del Estado sobre las comunicaciones, y que encuentra en la Ley RESORTE una pieza indispensable, surgió de la mano del régimen político instaurado en 1999, lo que torna al ordenamiento jurídico actual en un orden legal contrario al ejercicio de las libertades de expresión e información. Marcelino Bisbal, comunicador social y doctor en ciencias sociales, lo explica así:

“Desde un primer momento, el Estado tiene claridad sobre la significación estratégica de los medios de comunicación como lugar para la política y la confrontación ideológica. Esto se pone en evidencia no sólo en el sentido de sus acciones y medidas frente al aparato comunicacional privado, sino en la creación de toda una estructura o plataforma comunicacional que sea capaz de enfrentar al enemigo (tanto interno como externo) y a la vez irradiar a través de la cultura de masas el proyecto y proceso político-ideológico que se desea instaurar o que está en la imaginación del poder. Así, la estrategia se corresponde con fielmente con los moldes del Estado fascista”⁴.

Actualizando su análisis del problema, el mismo autor, al referirse al sistema estatal de dirección de los medios al servicio del Ejecutivo, y que se usan entre otras cosas para generar odio y violencia contra la disidencia, señala lo siguiente:

“Capítulo aparte e historia muy particular es el cuadro mediático del Estado. Lo que a partir de del 2002 irrumpe como una necesidad de reacción defensiva ante la “guerra mediática” de los medios privados, tal y como declararon desde el alto Gobierno, se ha venido convirtiendo en los años siguientes en un proyecto de “medios públicos” sobre la base de lo que se ha denominado la “hegemonía comunicacional”. Hoy todo el conjunto de medios del Gobierno en funciones de Estado, medios que deben ser de “servicio público”, se encuentran agrupados en el Sistema Bolivariano de Comunicación e Información (SIBCI)”⁵.

4 Bisbal, Marcelino, *Autoritarismo Comunicacional. Dimensiones del control*. Caracas: Los Libros de El Nacional, 2015, p. 32.

5 Bisbal, Marcelino, “Medios de comunicación social en Venezuela. Notas sobre nuestro escenario comunicativo”, en Bisbal, Marcelino y Aguirre, Jesús María (Comp.), *Encrucijadas de la comunicación en Venezuela*. Caracas: Centro Gumilla y Bid & Co editor, 2015, p. 20.

Por último, al destacar la gravedad que añade al cuadro actual de las comunicaciones, tanto estatales como privadas, la aplicación del Plan de la Patria, Marcelino Bisbal advierte:

“[L]as comunicaciones siguen ocupando un lugar de importancia dentro de este Plan de la Patria. Allí en consonancia al anterior Plan Simón Bolívar (Primer Plan Socialista 2007-2013), se declara «seguir construyendo la soberanía y la democratización comunicacional, por medio de un conjunto de sub-objetivos. Entre ellos destaca la idea de fortalecer el uso de los medios de comunicación para impartir valores bolivarianos, garantizar el derecho popular a la información veraz, actualizar tecnológicamente la plataforma comunicacional del Estado y moldear los medios de comunicación nacionales con la defensa de la patria y la consonancia con los valores socialistas»”⁶.

Nada de lo antes descrito es admisible en una sociedad democrática, plural, respetuosa de la libertad individual y del Estado de Derecho. Urge, en tal sentido, atender a lo que el ya mencionado Héctor Faúndez destaca sobre los límites que tienen los Gobiernos en otros países de la región al momento de intervenir y operar como agente en el ámbito de las comunicaciones. Señala Faúndez:

“[E]n lo que concierne a los medios radioelétricos (radio y televisión), que dependen de un espectro electromagnético limitado, que a diferencia de la prensa hace absolutamente imposible que cada persona posea una radioemisora o una estación de televisión, es posible someterlos a un control más rígido, que tome en cuenta el servicio público que ellos prestan... En tal sentido, el artículo 43 del texto único ordenado de la Ley de Telecomunicaciones del Perú establece que la radiodifusión...es un «servicio privado de interés público». Pero si bien los medios radioelétricos deben

6 Bisbal, Marcelino, “Medios de comunicación social en Venezuela. Notas sobre nuestro escenario comunicativo”, op. cit., pp. 27-28.

estar al servicio del público, sostener que la actividad de los mismos es un servicio público representa el serio peligro de que, con ese pretexto, el Estado pretenda reglamentar su actividad más allá de todo límite razonable y entrar a regular el contenido de los mensajes que se difunden a través de ese medio”⁷.

Ahora bien, ¿por qué ha sido posible en Venezuela la instauración de un Estado comunicador? No sólo por la absoluta inexistencia de límites legales y parlamentarios a la potestad del Ejecutivo Nacional de crear entes descentralizados “con forma de Derecho Privado”, debido a la muy insuficiente regulación que esa potestad organizativa tiene tanto en la Ley Orgánica de Administración Pública⁸ como en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sino también por la ausencia de comprensión política, jurídica, económica y social acerca de lo esencial que resulta limitar el tamaño, poder y acción del Gobierno en el ámbito de las comunicaciones y la información, como condición para la existencia de la democracia como del Estado de Derecho.

En Venezuela solo hay preocupación por la posición de dominio, monopolios e influencia que puedan tener o llegar a tener medios de comunicación privados o los grupos económicos privados que operen en dicho sector, pero nunca ha existido preocupación respecto de esa misma realidad cuando es el Gobierno, o el Estado en general, el que ostenta semejante poder en el ámbito de las comunicaciones, además del poder político, jurídico y económico que ya posee.

7 Faúndez Ledesma, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*. México: Universidad Autónoma de México, 2004, pp. 213 y 214.

8 Un análisis detenido sobre esta problemática en Herrera Orellana, Luis Alfonso, “La potestad organizativa en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Administración Pública de 2014”, en *Boletín Electrónico de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*. Caracas: UCAB, 2016, pp. 20 y ss, y que puede consultarse en: <http://goo.gl/VH55AA>

Es fundamental la regulación adecuada del rol del Estado en el ámbito de las comunicaciones, con la mayor libertad ideológica y mediante análisis de los costos y beneficios de las regulaciones a adoptar, pues de ello depende la buena salud de la democracia y del Estado de Derecho. Es urgente, además, tener en cuenta valoraciones de la libertad de expresión e información, desde perspectivas poco consideradas por las opciones políticas tradicionales en Venezuela, pero que redundan en beneficio de la vigencia del sistema democrático de gobierno, y del ideal político del Estado de Derecho.

Una de estas perspectivas, ajustada a lo que establece la Constitución en esta materia, es del académico Alberto Benegas, quien señala lo siguiente:

“Puede resumirse el asunto aquí tratado en el siguiente decálogo. Primero, absolutamente todo debe permitirse que se exprese lo cual no es óbice para que los que se sientan damnificados de algún modo recurran a la Justicia para su debida reparación. De lo que se trata es de abrogar toda posibilidad de censura previa. Segundo, lo anterior incluye ideas consideradas disolventes, las cuales deben ser discutidas abiertamente pero nunca aplicar criterios inquisitoriales. Tercero, no deben existir agencias oficiales de noticias al efecto de evitar la tentación de utilizarlas políticamente”⁹.

Otros aspectos a tener en cuenta, según el mismo autor, son medidas que pueden considerarse extremas, pero que sirven para debatir acerca de los límites que en una democracia debe respetar el Estado para no acabar con la libertad de expresión e información- Textualmente sostiene Benegas:

“[E]l espectro electromagnético y las señales televisivas (y las respectivas definiciones de los anchos de banda) deben

9 Benegas Lynch, Alberto (h), “Sin libertad de prensa no hay libertad”, 14 de diciembre de 2012), consultado el 05 de febrero de 2016 en: <http://goo.gl/imSDCp>

asignarse en propiedad y eliminar la peligrosa figura de la concesión. Quinto, los gobiernos no deben contar con medios de comunicación estatales ni involucrarse en relación alguna con la prensa oral o escrita, lo cual naturalmente excluye también —por la consiguiente incompatibilidad— a proveedores del gobierno. Sexto, no debe existir organismo de control de ningún tipo incluido los llamados horarios para menores en un contexto de satélites que toman señales de muy diversos husos horarios, situaciones que quedan reservadas a los padres y a las codificaciones y limitaciones de los propios medios (...) [B]ajo ningún concepto se debe promulgar una «ley de medios» ya que esto significa restringir la libertad de prensa, lo cual también excluye la posibilidad de efectuar distinciones entre capital extranjero y el nacional. Noveno, la red de Internet debe quedar al margen de las garras gubernamentales, del mismo modo que los operadores de cable. Y décimo, el cuarto poder bajo ninguna circunstancia debe estar obligado a revelar sus fuentes de información”¹⁰.

Ninguna de las propuestas previas se deriva de visiones dogmáticas, reñidas con el reconocimiento del rol arbitral e institucional que corresponde al Estado en el ámbito de las comunicaciones, sino de observaciones y sentido común, si de lo que se trata es de asegurar el ejercicio pleno de las libertades de expresión e información, actualmente desconocidas en Venezuela. Explica Alberto Benegas, en tal sentido, que:

“[E]l conocimiento está disperso entre millones de personas y para sacar partida de ello es necesario que las puertas y ventanas se encuentren abiertas de par en par para que cada uno exprese libremente su punto de vista al efecto de los fértiles intercambios de ideas y para dar lugar a eventuales refutaciones de las corroboraciones siempre provisionarias. La libertad de prensa o libertad de expresión significa eso y

10 Ibídem.

simultáneamente hace de contralor insustituible al poder de turno, al tiempo que informa de los actos de gobierno a la población en un proceso abierto de competencia. Quienes estimen que pueden imprimir o decir de mejor manera lo pueden hacer instalando otro medio —y si no disponen de los recursos necesarios los reclutan en el mercado si es que lo que proponen resultara atractivo y viable—... Al efecto de tender a la pluralidad de voces es también indispensable que el mercado se encuentre totalmente abierto, no solo en cuanto a lo que en esta nota dejamos consignado, sino a la libertad plena de incorporar la tecnología que se considere conveniente y comerciar con quienes ofrecen las mejores condiciones, independientemente del lugar geográfico en que se encuentren. Surge un silogismo de hierro en esta materia: si no hay libertad de prensa con sus denuncias, críticas y límites al poder, el Leviatán se hace más adiposo y grotesco, ergo, corroe, deglute y destroza las libertades individuales”¹¹.

Impedir mediante reformas legislativas la existencia y futura conformación de monopolios estatales no es una medida reñida con la libertad de expresión e información, ni tampoco que promueve los monopolios privados en la materia, sobre lo cual, en todo caso, conviene siempre hacer las importantes diferencias que existen entre una posición de dominio sin abuso por parte de medios privados, y una posición de dominio o monopolio estatal.

II. PROPUESTAS PARA EL RESTABLECIMIENTO PLENO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN VENEZUELA

Estas propuestas se han dividido en los dos ámbitos de acción de la Asamblea Nacional (AN): el ejercicio de su activi-

11 Ibídem.

dad propiamente legislativa y el uso de sus competencias de control político sobre el Ejecutivo Nacional, como parte fundamental de un estado democrático en el ejercicio de la independencia de los poderes públicos y el contrapeso y contraloría que entre ellos debe existir.

1. En materia de función legislativa

A. Derogatoria inmediata de Leyes y Decretos Presidenciales

a. Derogatorias de la LOT

De más está señalar que esta Ley requiere de un análisis profundo que permita depurar en su totalidad todas aquellas competencias excesivas que resultan en limitaciones arbitrarias de los derechos de las personas, incluso de algunos diferentes a los de libertad de expresión e información. En tal sentido, estas propuestas deben ser tomadas como un primer paso, y a juicio de UED, es el más urgente para que en un futuro no lejano Venezuela cuente con una legislación integral de la materia que sea una verdadera garantía y no un instrumento de represión y arbitrariedades al servicio del gobierno.

En concreto, se propone la reforma o eliminación, total o parcial, de varias disposiciones:

Artículo 37 (de las competencias). Se propone su derogatoria parcial con el objetivo de eliminar los siguientes numerales: 12, relativo a la competencia para aprobar las condiciones generales de los contratos, por ser una materia que corresponde a la autonomía de la voluntad de las partes en acuerdos libres sin intervención de terceros ajenos a la relación contractual; 14, relativo a la competencia de CONATEL para dictar medidas preventivas por las razones ya expuestas; el numeral 31 que se refiere a “las demás atribuciones que le asigne la ley”, por dejar abierta la posibilidad de CONATEL de limitar cada vez más los derechos de los particulares.

Artículo 158 (de las sanciones). Se propone su derogatoria parcial para eliminar los numerales: 5. Inhabilitación y 6. Comiso de equipos y materiales utilizados para la realización de la actividad, ya que estas sanciones solo deben atribuirse a Tribunales que actúen de manera imparcial.

Artículo 169 (relativo a la reincidencia). Se propone su derogatoria parcial por permitir que la reincidencia por cualquier incumplimiento pueda conllevar a la revocatoria de la habilitación o la concesión, pues, se desprende de la propia LOT que varios incumplimientos son verdaderamente de poca relevancia y que no justificarían que se revoque el título habilitante. En este sentido, sugerimos que sea eliminada la última parte que dispone "...sin perjuicio de la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión correspondiente", y que en general se especifique en la LOT que solo cabe la reincidencia cuando el acto previo que declaró el incumplimiento o impuso la sanción haya quedado firme y no esté abierto a demanda ni sujeto a un juicio en marcha.

Artículo 171. Se propone su derogatoria total por desarrollar lo relativo a la inhabilitación por espacio de 5 años a los prestadores, cuestión que como ya fuera indicado, corresponde aplicar exclusivamente a un tribunal y no en forma unilateral a un ente de la Administración Pública.

Artículo 172. Se propone su derogatoria total por desarrollar lo relativo al comiso. Esa es una competencia excesiva, que se traduce en violaciones de los derechos a la defensa y a la propiedad de las personas, que al igual que la confiscación en materia penal, solo pueden aplicar los tribunales.

Artículos 181, 182 y 183. Se propone su derogatoria total por atribuir la facultad de dictar medidas cautelares administrativas en ejercicio de la potestad de autotutela, cuestión que no corresponde a CONATEL por ser excesiva y violatoria de los derechos de las personas.

b. Derogatoria de la Ley RESORTE

En cuanto a la Ley RESORTE, simplemente se propone la derogatoria total de esta ley. Ello, a diferencia de lo propuesto en fecha reciente en una reforma presentada por profesionales de la comunicación, por cuanto consideramos que dicha legislación contiene disposiciones que exceden la potestad administrativa de limitación y conllevan a violaciones de la libertad de expresión e información, a los derechos de propiedad privada y al libre ejercicio de la actividad económica de telecomunicaciones.

Esa Ley regula hasta el más mínimo aspecto de esa actividad, degenerando así en un absoluto control por parte del Directorio de Responsabilidad Social y del Ejecutivo Nacional sobre todos los contenidos que se transmiten por radio y televisión. Asimismo, los habilita para suprimir aquellos que no se ajusten o no crean convenientes a su programa de Gobierno. Contiene también un régimen sancionatorio excesivo que otorga potestades que en un Estado de Derecho corresponderían solamente a tribunales imparciales en los que se garantice el derecho a la defensa y el debido proceso.

Lo cierto es que tanto la LOT como la Ley RESORTE resultan violatorias del derecho a expresar libremente sus opiniones y el derecho a ser libremente informado. También vulneran la libertad de empresa y los derechos de propiedad.

c. Derogatoria de otras Leyes conexas

Hay otras normas legales o del mismo rango que, igualmente, habrían de ser derogadas en su totalidad, porque afectan de manera más o menos directa en estos derechos constitucionales y, en general, a la democracia y al Estado de Derecho. No queremos dejar de proponer la derogatoria total de los siguientes instrumentos normativos:

- Derogatoria de la Ley de Defensa de la Soberanía Política y la Autodeterminación Nacional.
- Derogatoria de la Ley de Comunicación Popular (y en su lugar sancionar alguna ley que fomente la participación en esta materia sin imposición ideológica).
- Por último, también es urgente la derogatoria total de los artículos 147, 148, 159, 150 y 150 del Código Penal, que tipifican delitos por lesión del honor y reputación de funcionarios e instituciones públicos y que, en tal sentido, limitan inconstitucionalmente los derechos de libertad de expresión e información. Concretamente se hace mención a los artículos que contienen los llamados delitos de desacato, que ampliamente han sido censurados por los organismos internacionales de protección de derechos humanos y la doctrina.

B. Aprobación de normas legales

a. Modificaciones de la LOT

En el caso de la LOT se propone incluir las siguientes nuevas normas jurídicas:

Artículo i. El Presidente de la República, personalmente o a través de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, podrá llamar a cadena nacional de radio y televisión exclusivamente cuando exista emergencia nacional, calamidad pública o se vea afectada de alguna manera la soberanía nacional.

En estos casos, podrán enlazar, de manera gratuita, todos los medios radiales y televisivos, de señal abierta, para hacer anuncios de relevancia nacional. Dichos anuncios no podrán exceder de diez minutos continuos y no podrán enlazarse los medios radiales y televisivos más de dos veces diarias.

Otros anuncios de relevancia nacional que esté justificado realizarse excediendo el tiempo o el límite diario podrán transmitirse por los medios oficiales que garantizarán que los ciudadanos obtengan información oportuna sobre las decisiones de Estado.

Artículo ii: Cuando existan procesos electorales, el Consejo Nacional Electoral podrá enlazar, de manera gratuita, todos los medios radiales y televisivos, de señal abierta, a fin de hacer llamados a votación, de informar a la población cómo y cuándo se ejecutará el proceso electoral, los cargos a elegir y cualquier otra información relativa a dicho proceso. Asimismo podrá enlazar en las mismas condiciones los medios señalados a fin de emitir los resultados correspondientes al proceso electoral que se lleve a cabo.

Los mensajes correspondientes al llamado a votación y demás información no podrán exceder de dos minutos y se transmitirán una vez al día durante el período de campaña electoral. Por su parte, el anuncio de los resultados se transmitirá en el momento que el Consejo Nacional Electoral lo disponga y no podrá exceder de diez minutos.

Otros anuncios correspondientes a los procesos electorales que pretendan realizarse excediendo el tiempo o el límite diario, podrán transmitirse por los medios oficiales que garantizarán que los ciudadanos obtengan información oportuna sobre las decisiones de Estado.

Artículo iii: Fuera de los límites señalados en los artículos precedentes, los medios de comunicación radiales y televisivos de señal abierta no estarán obligados a transmitir los mensajes dispuestos por el Presidente de la República, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, el Consejo Nacional Electoral o algún otro órgano o ente del Estado.

Artículo iv: Se limita hasta el 20 % del mercado nacional, estatal y municipal, según el caso, la participación como propietario o accionista del Poder Nacional, Estatal y Municipal, así como de quienes ocupen cargos públicos en ellos, en medios de comunicación social (radio, tv, prensa y medios electrónicos) a fin de evitar monopolios estatales o la posición de dominio de los medios estatales en el ámbito de las comunicaciones.

Artículo v: Se prohíbe al Ejecutivo Nacional, Estatal o Municipal adoptar medidas administrativas de ejecución inmediata que impliquen la revocatoria unilateral de concesiones, autorizaciones y habilitaciones a medios de comunicación privados, así como la toma en posesión de equipos empleados por éstos sin una sentencia judicial previa firme que declare conforme a Derecho ese proceder.

Artículo vi: Se prohíbe al Ejecutivo Nacional, Estatal y Municipal, así como a cualquier otra autoridad estatal, el imponer contenidos a medios de comunicación social privados nacionales o regionales invocando para ello conceptos indeterminados.

Artículo vii: Solo podrán adoptarse medidas administrativas de suspensión o prohibición de contenidos emitidos por medios de comunicación privados cuando se verifiquen alguno de los casos que la Constitución reconoce como límites de la libertad de información y expresión, a saber, el anonimato, la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y la intolerancia religiosa; en cualquier otro caso, dichas medidas podrán ejecutarse sólo si en forma previa, a través de una medida cautelar, lo acuerda un tribunal.

Artículo viii: El Ejecutivo Nacional, en un plazo no mayor de tres (3) meses, adoptará las medidas reglamentarias, técnicas y de inversión necesarias para asegurar a los particulares la diversificación en el acceso a internet y eliminará el

actual monopolio estatal de conexión a dicho servicio, que ejerce la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela, CANTV.

Artículo ix: Se prohíbe al Ejecutivo Nacional, en ejercicio de su potestad de organización, crear órganos o entes con competencias y potestades contrarias a la libertad de expresión e información, que prohíban, ordenen o controlen los contenidos de los medios de comunicación privados, que censuren o generen autocensura, así como para establecer monopolios o posiciones de dominio coactivos, lo que se derogan y dejan sin efectos todos los actos sub-legales que actualmente contemplen dichas potestades u organización administrativa.

b. Modificaciones de otras leyes conexas

En el caso de otras leyes vinculadas con la materia de libertad de expresión e información, se propone incluir las siguientes nuevas normas jurídicas:

- Reformar la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, para establecer limitaciones a los medios de comunicación social en cuanto a difusión de contenidos y programación en relación con horarios y portadas en medios impresos, lo que en ningún implica prohibición de difusión de contenidos.
- Establecer mecanismos flexibles en la legislación cambiaria, mientras ésta no sea derogada, para facilitar el acceso de los medios de prensa a divisas para la importación de papel.
- Adoptar, mediante ley orgánica, las recomendaciones y órdenes de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de libertad de información y expresión en sus informes y sentencias sobre Venezuela.

- Establecer reglas transparentes y límites a los recursos invertidos por los Poderes Públicos en publicidad oficial, sujeta dicha inversión a rendición de cuentas ante el Poder Legislativo nacional, estatal y municipal.

2. En materia de función de control político

Entre otras acciones, se proponen a la AN adoptar las siguientes:

A. Suspensión inmediata de entrega de recursos públicos a entes descentralizados y a medios comunitarios “privados” creados con fines propagandísticos e ideológicos

A través de un procedimiento parlamentario de la Comisión de la AN correspondiente, se propone revisar la justificación del otorgamiento de porciones del espectro radioeléctrico y frecuencias a medios “comunitarios” y a medios calificados como “empresas de responsabilidad social”. También sugerimos que se examine el contenido de la programación de dichos medios y se evalúen los costos y beneficios de invertir fondos públicos en ellos, deteniendo toda asignación de nuevos recursos hasta que haya culminado dicho procedimiento. Por último, proponemos evaluar la justificación de creación de televisoras, portales y emisoras estatales para organismos de la Administración Pública (como la Fuerza Armada entre otros) y los costos y beneficios de mantener dichos medios.

B. Inicio de investigación parlamentaria sobre medidas e impacto de los monopolios estatales creados en el sector y el destino de los recursos asignados a éstos

A través de un procedimiento parlamentario de la Comisión de la AN correspondiente, se propone identificar las medidas que adoptaron los monopolios estatales creados en el sector comunicaciones por el Ejecutivo Nacional en perjuicio de la libertad de expresión e información. También, precisar qué

destino dieron a los recursos en moneda nacional y en divisas que recibieron y cuáles son los resultados de sus actividades administrativas y comerciales. Todo ello con miras a establecer, donde procedan, las responsabilidades por violaciones a la libertad de expresión y de información, y por irregular manejo de fondos públicos.

Impulsar medidas desde la instancia parlamentaria dirigidas a garantizar el acceso a divisas de los medios impresos para que puedan adquirir el papel con proveedores de su elección. Promover acciones para acabar con el monopolio del CEAM en la proveeduría de papel prensa.

A través de la revisión legislativa de la LOT establecer las bases para la reforma administrativa de CONATEL para reforzar su condición de ente autónomo sin dependencia ninguna del Gobierno de turno, conformada como una comisión mixta, polivalente y colegiada, en la que participen activamente la academia, miembros de la sociedad civil, periodistas y abogados independientes, entre otros profesionales y expertos en comunicación con reconocida trayectoria y probidad, y para que el marco jurídico aplicable permita a CONATEL ejercer un control limitado y no punitivo sobre las materias referentes al negocio de los medios, dentro del marco constitucional y los derechos fundamentales de una sociedad democrática.

En cuanto al acceso a internet, tener en cuenta que en los tiempos actuales si una sociedad tiene dificultades considerables para mantener un acceso de calidad a Internet, esto incide negativamente en el ejercicio democrático, pues sus integrantes están mucho menos informados y en capacidad de actuar con autonomía política.

Por tanto, urge que la AN investigue esta realidad de las fallas, obstáculos y limitaciones inconstitucionales al servicio de internet, y adopte y proponga las condiciones que hagan posible ampliar el mercado y acabar con el monopolio sote-

rrado de la estatal CANTV respecto de este servicio. Se hace indispensable que otros proveedores con tecnología propia puedan ofrecer un servicio de calidad, que les permita a los venezolanos escoger el mejor servicio sin el temor del control o la baja calidad.

C. Inicio de investigación parlamentaria sobre fines, costos y beneficios de la publicidad oficial en medios públicos y privados, e inversión de recursos públicos del Estado venezolano en medios regionales (caso TELESUR)

De acuerdo con investigaciones del Instituto Prensa y Sociedad (IPYS), el Ejecutivo Nacional ha elevado de manera sostenida y exponencial el gasto de la nación destinado a la publicidad y la propaganda oficiales. Textualmente indica el informe aludido, que:

En 2015, la inversión pública para publicidad y propaganda acumula Bs. 612.867.446,00 (\$ 97 mil), cuatro veces más de las partidas que se ejecutaron en 2012, que coincidió con la última campaña presidencial de Hugo Chávez. El Estado también se vale de la asignación de la publicidad para discriminar a la prensa privada con tendencia crítica, fomentar la dependencia y forzar al ejercicio de un periodismo cada vez menos incómodo para el poder.

Este proceder debe ser objeto de una investigación de la AN, para determinar la veracidad de estos hechos, establecer responsabilidades y adoptar medidas legislativas y de otra índole para que no sigan ocurriendo tales situaciones.

Del mismo modo, urge que la AN investigue el alcance, justificación en términos de costos y beneficios para los venezolanos y viabilidad en medio de la actual crisis económica nacional, de la participación accionaria de la República en medios de comunicación estatales regionales como TELESUR, cuya programación y línea editorial es, en general, contraria a

los principios y estándares internacionales en materia de libertad de expresión y de información.

En esta Venezuela de 2016, en el ámbito de las libertades de expresión e información, la lucha contra las inmunidades del poder requiere de una acción parlamentaria firme, que depure el ordenamiento jurídico y ejerza el control político sobre la ineficiente y autoritaria organización administrativa, mediante el ejercicio de sus competencias constitucionales.

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

Mauricio Subero Mujica

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

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

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

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

Keywords: Administrative justice, Rule of law.

Recibido:

7 de julio de 2015

Aceptado:

11 de julio de 2015

I.

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

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

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

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

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

II.

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

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

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

En Venezuela, por el contrario, asistimos constantemente a la construcción judicial de conceptos indeterminados (lo de “jurídicos” lo pongo en reserva) que la justicia contencioso-administrativa mantiene conscientemente en esa indeterminación para que funjan como comodines, como simples recursos retóricos empleados para sostener la validez de las decisiones de la Administración, permitiendo así la invasión de espacios de libertad. Así, por ejemplo, conceptos como el interés general¹, la utilidad pública², así como el siempre controversial concepto de servicio público³ han servido para justificar que la Administración, en el marco de los llamados contratos administrativos, haga uso de potestades que no tienen reconocimiento ni en la Constitución ni en la Ley y que, por ende, deberían ser rechazadas por contrariar el principio de legalidad consagrado en el artículo 137 de la Constitución.

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

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

El abatimiento de un derecho fundamental como es el derecho de propiedad, en virtud del mito de la prevalencia automática del interés general es una constante reciente en la jurisprudencia administrativa venezolana, que se fundamenta en el carácter limitado y limitable de todos los derechos individuales, sin advertirse, sin embargo, que la fijación de estos límites corresponde a la Ley formal y no al Juez, a reserva, además, de la posibilidad de controlar la racionalidad y razonabilidad de la medida legislativa⁴.

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

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

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

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

III.

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

advertirse que ellos no son la única ni exclusiva expresión del interés general, el cual radica, como se ha dicho, en la protección de todo el sistema constitucional en su conjunto y del cual no queda excluido, por ende, el interés en la protección y respeto a las libertades y derechos particulares⁵. Por lo tanto, en cuanto atañe al control del poder, los límites no pueden relajarse por mor de una defensa general y automática de los intereses colectivos, pues ello sólo conduce a la creación de nuevos espacios de inmunidad y al fomento de una Administración Pública ineficaz e ineficiente. En este ámbito los límites deben erigirse en la defensa del orden constitucional integral, bajo los principios de racionalidad y proporcionalidad.

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

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

DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA
Y CONCEPTOS JURÍDICOS
INDETERMINADOS:
¿NOCIONES TOTALMENTE DIVERSAS
O DOS NIVELES DENTRO
DE UNA MISMA CATEGORÍA?
GARCÍA DE ENTERRÍA Y LAS POSICIONES
DE LA DOCTRINA VENEZOLANA

Miguel Ángel Torrealba Sánchez

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela.

*Profesor de la Especialización de Derecho Administrativo
en la Universidad Católica Andrés Bello. Director Adjunto
del Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO),
de la Universidad Monteávila*

Resumen: *Se describe la concepción de Eduardo García de Enterría sobre la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados y su influencia en la doctrina venezolana.*

Palabras clave: *Eduardo García de Enterría; discrecionalidad administrativa; conceptos jurídicos indeterminados.*

Abstract: *This paper describes the vision of Eduardo García de Enterría about the administrative discretion and the undetermined legal concepts and his influence on Venezuelan legal doctrine.*

Keywords: *Eduardo García de Enterría; administrative discretion; undetermined legal concepts.*

Recibido: 2 de junio de 2015

Aceptado: 11 de julio de 2015

SUMARIO

Introducción

- I. ¿Qué son las potestades discrecionales y cómo se diferencian de los conceptos jurídicos indeterminados? García de enterría y la tesis dualista
 - II. Potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados como niveles dentro de una misma gradación
- Epílogo

INTRODUCCIÓN¹

Las siguientes páginas *no* tienen como finalidad –ni podrían tenerla– responder a la interrogante formulada en el título de ellas, sino esbozar la visión que sobre el asunto planteó Eduardo García de Enterría hace más de medio siglo en el conocido trabajo que se publica una vez más, ahora en este número especial de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano². Posición que luego se plasmó en su también célebre *Curso de Derecho Administrativo*³, y que influyó, primero, en los autores españoles, y luego, en toda Iberoamérica, incluyendo por supuesto nuestro país.

-
- 1 Este artículo constituye un extracto de uno previo intitulado: “Las potestades discrecionales de la Administración y su control judicial. Panorama actual en la doctrina Hispanoamericana”, que al momento de escribir esto está en proceso de publicación en el número 7 de la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, homenaje a José Peña Solís, y el cual, a su vez forma parte de un trabajo de mayor amplitud actualmente en elaboración que se centra en el estudio de ciertos aspectos de algunas legislaciones procesales administrativas iberoamericanas
 - 2 Para las referencias en este trabajo: García De Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder (Poderes discrecionales, poderes de Gobierno, poderes normativos)*. Reimpresión de la 3ª edición. Cuadernos Civitas. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1995.
 - 3 Para las referencias en este trabajo: García De Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo. Volumen I*, Duodécima edición, Thomson Civitas. Madrid, 2004.

Lo aquí pretendido es mucho más limitado, a saber, exponer una reseña de las principales posiciones de la doctrina venezolana sobre el asunto y evidenciar la notable influencia (para seguirlo o para discrepar de él) del recordado autor español, en este espinoso asunto de la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados⁴.

Como es sabido, en sintonía con lo expuesto por García de Enterría, para un amplio sector de la doctrina iberoamericana, la discrecionalidad administrativa es expresión –y no excepción– del principio de legalidad⁵. Y es que –justamente– ella se presenta ante una expresa remisión normativa, y no ante la inexistencia de la norma⁶. No hay discrecionalidad adminis-

4 Espinoso por difícil y debido a la polémica doctrinaria que lo rodea. Basta recordar la controversia que se planteó a fines del pasado siglo en la doctrina española durante la preparación de lo que terminó siendo la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, discusión en la que participó el propio García de Enterría y de la cual dan cuenta, entre otros: Atienza, Manuel, "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica". *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 85. Editorial Civitas. Madrid, 1995, pp. 5-26 y Castillo Vegas, Jesús Luis, "Debate de la doctrina española sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa". *Revista Tachirensis de Derecho* N° 23. San Cristóbal. Venezuela, 2012, pp. 49-64

5 En la doctrina española, recalcando la relación entre la atribución de la potestad y la discrecionalidad, partiendo de la concepción del principio de legalidad en su vinculación positiva, entre otros: García de Enterría y Fernández, op. cit, pp. 442-452. En análoga orientación, por ejemplo sostiene recientemente la doctrina venezolana, que: "*Legalidad y discrecionalidad, lejos de ser nociones opuestas, son complementarias, en la medida en que la segunda requiere de la consagración legal de un margen de libertad de apreciación*" (Correa, María Alejandra: "El principio de la legalidad administrativa". En: (Coord. José Ignacio Hernández G.) *Libro Homenaje a las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana del Profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, p. 105).

6 Siguiendo a García de Enterría y a buena parte de la doctrina española, en el caso venezolano, entre otros: Peña Solís, José: *Manual de Derecho Administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999*. Volumen 1. Colección de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2000, pp. 726-727; Moles Caubet, Antonio: "El principio de legalidad y sus implicaciones", en *Estudios de Derecho Público* (compilación). Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1997, p. 343, Araujo

trativa, pues, al margen de la Ley, sino más bien en virtud de ella y en la medida en que ésta lo disponga⁷, ya que la potestad discrecional debe emanar del propio ordenamiento jurídico, no de la ausencia de norma aplicable⁸.

Juárez, José, *Derecho Administrativo. Parte general*. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, pp. 115-116 y 121.

- 7 García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 460-462. En similar sentido, entre otros: Rivero Ysern, José Luis: "Reflexiones sobre la discrecionalidad administrativa en el urbanismo. Breve reseña jurisprudencial", en *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1996, p. 561. Al respecto, se ha señalado en gráfica expresión: "*Recordando la famosa metáfora de Dworkin sobre la discrecionalidad judicial, podemos decir que la discrecionalidad es el vacío de la rosquilla, pero que ese agujero no puede existir sino dentro de un borde, rodeado por la normatividad que la hace aparecer. Por amplia que sea la discrecionalidad se encuentra siempre rodeada de un borde de elementos reglados que sirven de base para el control judicial*" (Castillo Vegas, op. cit., p. 59).
- 8 De allí que se expresa que, ante la inexistencia de norma que otorgue la potestad, no puede hablarse de discrecionalidad sino de laguna legal (Pérez Andrés, Antonio: "La limitación constitucional de la remisión legislativa al planeamiento (Hacia la reducción de la discrecionalidad)", en *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1996, p. 663). En la doctrina venezolana, véanse entre otros: Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, 12ª Edición (reimpresión), Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas. 2002, p. 172; Brewer-Carías, Allan: "Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*. Caracas, 1966, p. 12; Brewer-Carías, Allan R. "Algunos aspectos del control judicial de la discrecionalidad en Venezuela", en *Ponencia para el Congreso de Derecho Administrativo, paralelo al VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Panamá septiembre 2009 [ahora publicado en esta Revista], pp. 3-5; Brewer-Carías, Allan R.: "Notas sobre la discrecionalidad administrativa, y sobre su delimitación y límites", pp. 1-2. [Documento en línea: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/1,%201,%20953.%20Sobre%20la%20discrecionalidad%20administrativa.%20M%C3%A9xico.pdf>], pp. 3-4; Brewer-Carías, Allan R.: "Los actos de gobierno y los actos preeminentemente discrecionales". En: (Dir. Víctor Rafael Hernández-Mendible) *La actividad e inactividad administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Colección Estudios Jurídicos Nº 96. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, p. 175; Brewer-Carías, Allan R.: *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. La acción de la Administración: poderes, potestades y relaciones con los Administrados. Volumen V*. Civitas Thomson Reuters-Editorial Jurídica Venezolana,

Ahora bien: ¿Qué es la discrecionalidad administrativa y en qué se diferencia de los conceptos jurídicos indeterminados? A ello dedicó García de Enterría parte del estudio sobre *La Lucha contra las inmunidades del Poder*, y en gran medida su punto de vista es el asumido por la doctrina española y también por la venezolana, como pretendemos esbozar de seguidas.

Madrid, 2013, pp. 219-321; Ruan Santos, Gabriel, *El principio de la legalidad, la discrecionalidad y las medidas administrativas*, Ediciones FUNEDA, Caracas, 1998, p. 42. Parcialmente en contra en el caso español, entre otros: Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. Volumen I*. 12ª Edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1994, pp. 182-184, quien señala que la potestad discrecional es una delimitación del principio de legalidad desde el punto de vista negativo. Este autor agrega que también hay potestad discrecional en ausencia de reglamentación en una materia y que sobre tal ámbito de actuación administrativa no exista un principio prohibitivo, aunque admite que su posición no encuadra con la tesis de la vinculación positiva imperante en España. También se ha expuesto que en el ejercicio de las potestades discrecionales, la Administración se encuentra en una situación semejante al caso de las potestades domésticas o internas, en el sentido de que podrá hacer todo aquello que no esté prohibido (Villar Palasí, José Luis y José Luis Villar Ezcurra, *Principios de Derecho Administrativo, Tomo II*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1999, p. 11), aunque haciendo la matización de las distintas posiciones jurídicas en que se encuentra la Administración y los particulares (Ibidem, p. 31). En similar sentido, se acota que la discrecionalidad se da precisamente, en ausencia de vinculación positiva, entendida ésta como aquella que se da cuando el ordenamiento establece exactamente cuál es el sentido que ha de tener la actuación administrativa en un supuesto de hecho determinado (Bacigalupo, Mariano: *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Monografías Jurídicas. Marcial Pons. Madrid, 1997, pp. 207-209). Tal concepción es invocada incluso en Venezuela por Balzán, Juan Carlos: "Los límites a la discrecionalidad, la arbitrariedad y razonabilidad de la Administración", en: *V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". Los requisitos y vicios de los actos administrativos*. FUNEDA. Caracas, 2000, p. 64, y previamente planteada por Rondón De Sansó, Hildegard, *Teoría General de la Actividad Administrativa. Organización. Actos internos*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981, p. 54; al señalar esta última que la discrecionalidad se produce en una esfera de libertad dentro del círculo de la legalidad, lo que permite a la Administración pública actuar en ciertos campos más allá de la simple ejecución.

I. ¿QUÉ SON LAS POTESTADES DISCRECIONALES Y CÓMO SE DIFERENCIAN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS?

GARCÍA DE ENTERRÍA Y LA TESIS DUALISTA

Siguiendo a García De Enterría, se estará en presencia del conferimiento de potestades discrecionales, en el caso de remisión legal a la Administración pública para la fijación de alguna de las condiciones de ejercicio de una potestad, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho, bien en lo concerniente al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable (fijación del *quantum*), o incluso a ambos⁹. La potestad discrecional es entonces, aquella que no está definida anticipadamente por la norma jurídica en todos sus aspectos, por lo que remite la toma de posición pertinente (en grado variable) al juicio o a la voluntad de la Administración¹⁰.

A su vez, para un amplio sector de la doctrina iberoamericana, los conceptos jurídicos indeterminados¹¹ son aquellas fórmulas jurídicas que regulan la actividad de la Administración, en los que la indeterminación de sus enunciados no se traduce en una indefinición de sus aplicaciones, pues solo se permite una unidad de solución justa¹². La Ley no determina

9 Cfr. García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, p. 461.

10 Parejo Alfonso, Luciano y otros: *Manual de Derecho Administrativo. Volumen 1*. 4ª Edición. Editorial Ariel S.A. Barcelona, España, 1996, p. 371.

11 Conceptos legales indeterminados sería el término más preciso, partiendo de la doctrina alemana, según señala Hernández-Mendible, Víctor Rafael, *Estudio Jurisprudencial de las nulidades, potestades de la Administración y Poderes del Juez en el Derecho Administrativo*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2012, p. 90. No obstante, emplearemos aquí la expresión más usada por la doctrina iberoamericana.

12 Por ejemplo, o hay o no justo precio, hay o no falta de probidad, como señalan: García de Enterría, *La lucha...*, pp. 34 y 48; Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*. 3ª edición ampliada. Civitas Ediciones, S.L. Madrid, 1999, p. 45. En la doctrina venezolana, entre otros: Balzán, *op. cit.*, p. 79; Linares Benzo, Gustavo: "Notas sobre los actos administrativos". En: (Allan R. BREWER-CARÍAS, Allan R. Coord.) *El Derecho*

con exactitud los límites de esos conceptos porque los mismos no admiten una cuantificación o determinación rigurosas¹³.

No obstante, tal indeterminación no impide la precisión del caso concreto, y es tarea del intérprete obtener la solución adecuada contenida en tales supuestos¹⁴. Se trata, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, de la técnica legal que permite que la medida a ser aplicada en una hipótesis particular, no esté precisada con exactitud en la norma que los establece¹⁵.

Los criterios para identificar los conceptos jurídicos indeterminados, serían: 1) La interpretación debe encontrar una única solución justa para el caso singular; 2) La aplicación está sujeta a revisión por el juez en los aspectos fáctico y jurídico, salvo casos excepcionales (a diferencia del núcleo duro o de la libertad de selección propia de la potestad discrecional)¹⁶; 3) Son empíricos o descriptivos (peligro, ruina, nocturnidad, nevada) o normativos o de valor (urgencia, orden público, probidad, interés general)¹⁷, en cuyo caso el juez puede revisar su aplicación mediante la revisión de los hechos relevantes y el auxilio pericial¹⁸. Estos últimos, a saber, los conceptos jurídi-

Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980-2005. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, p. 765.

13 García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, p. 465.

14 Cfr. *Ibidem*, pp. 465-466. En similar sentido en la doctrina venezolana, entre otros: Peña Solís, *op. cit.*, 746-747; Correa, *op. cit.*, pp. 107-108.

15 Cfr. García de Enterría, *La lucha...*, p. 34.

16 *Ibidem*, pp. 48-49. Esta afirmación no deja de ser polémica, como pone de relieve, entre otros: Sánchez Morón, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*. Cuarta edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2008, p. 93.

17 Cfr. Moles Caubet, *op. cit.*, p. 348. En contra parece estar, en la doctrina venezolana por ejemplo: Linares Benzo, *op. cit.*, p. 765, quien entiende que el concepto de "interés público", "interés general" u otros semejantes construyen una potestad discrecional y no conceptos jurídicos indeterminados.

18 García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, p. 470. Más recientemente, en similar sentido: Fernández, Tomás Ramón: "La discrecionalidad técnica. Un viejo fantasma que se desvanece", en *Revista de Administración Pública* N° 196, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 2015, pp. 211-226.

cos indeterminados valorativos, son los que presentan mayores problemas en su interpretación¹⁹, y en los que el control judicial es más limitado, pero no inexistente²⁰, puesto que se trata de casos de “dificultad de control”, mas no de exención²¹.

Así las cosas, los conceptos jurídicos indeterminados se diferenciarían de las potestades discrecionales, básicamente en lo siguiente:

Primero: Los conceptos jurídicos indeterminados únicamente admiten una unidad de solución, mientras que la potestad discrecional permite a la Administración optar por varias soluciones, todas justas, o al menos indiferentes jurídi-

19 Cfr. Barnés Vázquez, Javier, “Una nota sobre el análisis comparado. A propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1996; Parejo Alfonso, op. cit., p. 373. En similar sentido en la doctrina venezolana: Peña Solís, op. cit., p. 747.

20 Cfr. García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 469.

21 García de Enterría y Fernández, op. cit., pp. 470-471. No obstante, esta concepción no es unánime, pues, como apunta también un sector de la doctrina, se trata de una distinción en cierto modo forzada toda vez que la solución, incluso en el caso de potestades discrecionales, debe atender a los principios de la actividad administrativa en atención a la finalidad de tutela del interés general (Rivero Ysern, Enrique y Jaime Rodríguez-Arana Muñoz: *Con miras al interés general. Derecho Público Global*. Madrid, 2014, pp. 79-81. [Libro en línea: <http://www.bubok.es/libros/232201/Con-miras-al-interes-general>]); en similar sentido: Meilán Gil, José Luis: “Dificultades y atajos en la Justicia Administrativa”, en Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry y María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (coordinadores) *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica. XIV Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Tomo II*. San Juan de Puerto Rico, 2015, p. 1.144. Así por ejemplo, en contra, además de algún sector doctrinario (García-Trevijano Fos, José Antonio, *Los actos administrativos*. 2º Edición actualizada. Tratados y Manuales. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1991, p. 65; Boquera Oliver, José María, *Estudios sobre el acto administrativo*, 5º edición. Tratados y Manuales. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1988, p. 102), se sostiene que el origen de esta distinción entre conceptos empíricos y de valor se le atribuye a Otto Bachof (Bacigalupo, op. cit., p. 127), quien señala que sólo en los primeros rige el principio de solución justa, mientras que en los últimos cabe la posibilidad de que en su aplicación se llegue a soluciones diversas pero igualmente sostenibles.

camente²², siempre y cuando el Juez no evidencie objeciones de naturaleza jurídica. Se trata de la distinción fundamental aportada por la doctrina mayoritaria²³.

Y segundo: Los conceptos jurídicos indeterminados son un problema intelectual, de interpretación y aplicación jurídica, perfectamente revisables por el Juez (hay o no ruina, alteración del orden público, interés general)²⁴, solo que su fijación normativa en cada caso presenta mayores dificultades²⁵. Mientras que la potestad discrecional es un asunto de volición, de adoptar una decisión sobre la base de criterios extrajurídicos²⁶, de tal forma que esta voluntad queda libre para: a) Decidir si, concurriendo el supuesto de hecho de la norma, actúa o no (discrecionalidad de actuación), o b) Optar por alguna de las diversas posibilidades igualmente legítimas previstas por Ley (discrecionalidad de elección)²⁷.

Se aprecia pues, la diferencia con los conceptos jurídicos indeterminados. En estos últimos, la única solución posible se obtiene de un proceso interpretativo, de subsunción de los hechos en las categorías legales, y en el que no hay libertad de decisión o una esfera de indiferencia jurídica en virtud de cri-

22 García de Enterría, *La lucha...*, pp. 35-38; García de Enterría y Fernández, op. cit., pp. 465-466; Garrido Falla, op. cit., p. 186. En la doctrina venezolana, entre otros: Brewer-Carías, *Los límites...*, p. 21; Brewer-Carías, *Notas sobre la discrecionalidad...*, pp. 7-10; Hernández Mendible, Víctor, "Los vicios de anulabilidad en el Derecho Administrativo". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1996, pp. 405-406. Más recientemente del mismo autor: *Estudio Jurisprudencial...*, pp. 90-92.

23 Cfr. Fernández, op. cit., p. 151; Villar Palasí y Villar Ezcurra, op. cit., pp. 30-33; Linde Paniagua, Enrique: *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del Derecho del poder al derecho de los ciudadanos*. 4º edición. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Colex Editorial. Madrid, 2012, pp. 274; Brewer-Carías, *Algunos aspectos...*, pp. 7; 20-22.

24 García De Enterría, *La lucha...*, pp. 36-37.

25 Parejo Alfonso, op. cit., p. 373.

26 Cfr. Brewer-Carías, *Los límites...*, pp. 21-22.

27 Parejo Alfonso, op. cit., pp. 377.

terios metajurídicos²⁸. Por ello, los conceptos jurídicos indeterminados admiten control de juridicidad, no así el ejercicio de la potestad discrecional²⁹ (o al menos, el “núcleo duro” de esta).

II. POTESTADES DISCRECIONALES Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS COMO NIVELES DENTRO DE UNA MISMA GRADACIÓN

No obstante, como ya se adelantó, la posición antes descrita, que sigue los lineamientos propuestos por García de Enterría, no es unánime³⁰. Así por ejemplo, en contra de la distinción tajante entre potestad discrecional y conceptos jurídicos indeterminados, se muestra Bacigalupo³¹. Este autor afirma que, en lo referente al halo de incertidumbre (o halo conceptual) de los conceptos jurídicos indeterminados, su determinación por la Administración es de naturaleza volitiva³², pues no cabe juicio cognoscitivo sobre la vaguedad. Por ende, tal diferenciación teórica es más cuantitativa (la intensidad del control judicial) que cualitativa³³.

28 Cfr. García De Enterría, *La lucha...*, p. 38.

29 Véase: García De Enterría y Fernández, op. cit., pp. 466-469; Parejo Alfonso, op. cit., p. 373. Una vez por supuesto, agregamos, reducida la discrecionalidad a sus justos límites.

30 Señala en ese sentido Desdentado Daroca, Eva, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Editorial Civitas S.A., 1997, pp. 26-27, que según un sector doctrinario “...es preciso reconocer que también en la interpretación y aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados dispone la Administración de un margen de discrecionalidad”, y que en el supuesto de casos difíciles, no es la unidad o pluralidad de soluciones la distinción fundamental entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados.

31 Aunque siguiendo la doctrina mayoritaria, también se acepta que tales distinciones o límites entre las potestades regladas, las discrecionales y los conceptos jurídicos indeterminados, son “borrosos” (Linde Paniagua, op. cit., p. 274). En sentido más semejante a Bacigalupo, pueden verse las consideraciones más recientemente expuestas por Sánchez Morón, op. cit., pp. 92-93

32 Cfr. Bacigalupo, op. cit., p. 72.

33 Cfr. Ibídem, p. 111.

Esta tesis, que se apoya en la doctrina alemana³⁴ y cuya reseña excedería el objeto de estas páginas³⁵, es seguida por algún sector de la doctrina venezolana, al señalar que, en lo que concierne a la precisión del halo del concepto jurídico indeterminado (es decir, excluyendo las zonas de certeza negativa y positiva, en las que es forzoso incluir o excluir el concepto), hay también un margen de apreciación de la autoridad administrativa que podría justificar una especie de deferencia del Juez frente al criterio administrativo, salvo que haya un error en cuanto a los hechos determinantes³⁶.

EPÍLOGO

La lucha contra las inmunidades del Poder es, sin duda, un trabajo de obligada lectura para cualquier *iuspublicista* iberoamericano, tanto directamente, como a través de lo que luego plasmaría García de Enterría en su Curso, en co-autoría con Tomás Ramón Fernández Rodríguez. En el caso de Venezuela, la doctrina mayoritaria está acorde con los lineamientos conceptuales allí propugnados, y los autores que no lo están, no dejan de reconocer que se trata de una obra absolutamente referente, incluso para apartarse de alguna de sus posiciones.

De allí que cada cierto tiempo cabe volver a las enseñanzas plasmados en él, tanto en lo que concierne al tema aquí apenas esbozado, como a los otros allí tratados. Y en nuestro caso, es aún más importante resaltar la importancia práctica de este asunto en lo que se refiere a la delimitación del alcance del control judicial sobre la actividad administrativa, control que, precisamente porque no existe en la actual realidad jurídica

34 Sobre el punto también pueden consultarse, entre otros, las referencias de: Barnés Vásquez, Javier: "La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (Art. 19V)". En: (Coord. Barnés Vásquez, J.) *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1993, pp. 170-183

35 Una referencia a ella, sin pretensiones de exhaustividad, puede verse en el trabajo referido en la nota al pie 1.

36 Cfr. Ruan Santos, op. cit., pp. 57-58; Linares Benzo, op. cit., pp. 765-766.

Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados:...

García de Enterría y las posiciones de la doctrina venezolana

Miguel Ángel Torrealba Sánchez

venezolana, es más que nunca oportuno y necesario tener presente.

Índice

Presentación

LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

José Ignacio Hernández G.11

LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO (PODERES DISCRECIONALES, PODERES DE GOBIERNO, PODERES NORMATIVOS)

Eduardo García de Enterría 25

- I. Poder y Derecho. La conversión de la metafísica
en técnica como tarea jurídica 27
- II. La configuración del sistema de enjuiciamiento
contencioso de la Administración: idea de la legalidad,
libertad como garantía jurídica, derecho de resistencia,
separación entre Administración y Justicia,
el autocontrol del aparato administrativo y la aparición
del recurso contencioso 29
- III. La jurisdiccionalización del recurso contencioso
y el repliegue de la Administración hacia zonas
de inmunidad judicial. Los tres círculos de inmunidad
de la anterior Ley de lo contencioso y el esfuerzo
de reducción de la Ley de 1956 34
- IV. La inmunidad de los poderes discrecionales.
Los primeros intentos de reducción: la existencia
de elementos reglados en todo poder discrecional,
en especial el fin y la desviación de poder. La situación
actual de nuestro Derecho en orden al control
de la discrecionalidad 36
- V. Hacia un control más sustancial del poder discrecional,
a) El control de los hechos determinantes.
b) Discrecionalidad y conceptos jurídicos
indeterminados; el principio de la unidad de solución
justa y la reducción de la masa de la discrecionalidad
y su relativización. c) El control por los principios
generales del Derecho. El último residuo de

	la discrecionalidad: la apreciación de valores singulares.....	40
VI.	La inmunidad de los llamados actos políticos o de gobierno. El intento restrictivo de la Ley de 1956 y el efecto expansivo de su Preámbulo. Importancia política y régimen jurídico. La disolución doctrinal de los actos de gobierno. El caso singular de los actos de relación con el Legislativo y de relaciones internacionales. Análisis de los demás pretendidos actos de gobierno, en especial cuestiones de orden público y de organización militar. La eliminación de esta supervivencia de la razón de Estado. El caso francés. Las cláusulas generales constitucionales de otros países y el fin de los actos de gobierno. La condenación de las exclusiones de materias por ministerio de la Ley.	54
VII.	La inmunidad de los poderes normativos. La idea revolucionaria de la Ley y la conversión de ésta en un simple medio técnico de la organización. La Ley como amenaza para la libertad. El estilo legislativo de la Administración. La defensa contra los poderes normativos administrativos y la significación del recurso contra Reglamentos. Problemas actuales del mismo. a) El acceso al recurso: legitimación; la injustificación de la limitación a Corporaciones. Recurso de reposición. b) La universalidad del recurso: inadmisión de la extensión a esta materia de la doctrina de los actos de gobierno y de una limitación por razón de la materia del Reglamento, c) La fiscalización de los poderes legislati- vos delegados: inexistencia de excepciones, d) Fondo del recurso: el criterio esencial de los principios generales.	75
VIII.	Conclusión: la eliminación de inmunidades. El poder administrativo como poder esencialmente justiciable. Estado de Derecho y Estado de Justicia	87

Estudios

INMUNIDADES DEL PODER EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN

José Rafael Belandria García 93

ALGUNOS ASPECTOS DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD EN VENEZUELA

Allan R. Brewer-Carías103

Introducción.....105

I. Algo sobre la actividad discrecional
de la administración y sus límites.....107

II. El control judicial del ejercicio del poder discrecional.....114

1. Los fundamentos del control judicial:
los principios generales del derecho115

2. El control judicial de la discrecionalidad basado
en el principio de la proporcionalidad..... 120

3. El control judicial de la discrecionalidad basado
en el principio de la racionalidad 125

4. El control judicial de la discrecionalidad basado
en el principio de la justicia..... 129

III. La depuración del ámbito de la discrecionalidad
administrativa y el control judicial de los elementos
reglados de los actos administrativos.....130

1. La técnica de los conceptos jurídicos
indeterminados y su control judicial131

2. El control judicial de la apreciación y calificación
de los presupuestos de hecho del acto
administrativos137

A. Algunos aportes de la jurisprudencia francesa137

B. El control judicial en la determinación
del presupuesto de hecho del acto administrativo
discrecional y la forma de apreciación
de los hechos145

a. La comprobación de los hechos.....146

b. La calificación de los presupuestos de hecho.....148

3. El control judicial de otros aspectos regulados de los actos administrativos, aún los discrecionales	151
A. El control judicial de la adecuación a la finalidad legalmente prescrita del acto administrativo.....	153
B. El control judicial del acto discriminatorio: el principio de la igualdad	155
C. El control judicial respecto de la motivación de los actos administrativos	157

ESTADO DE JUSTICIA: CONTROL JUDICIAL PLENARIO

<i>María Alejandra Correa Martín</i>	159
--	-----

I. ¿Por qué luchar contra las inmunidades de un Poder al servicio del ciudadano?	161
II. Un Estado de Derecho y de Justicia	163
III. Garantía de control judicial: Mérito e Independencia de los jueces	167

“LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO” Y LOS PROFESORES VENEZOLANOS DE DERECHO PÚBLICO

<i>Carlos García Soto</i>	169
---------------------------------	-----

Introducción.....	171
-------------------	-----

1. Contexto político en el cual se dicta la conferencia	172
2. La labor del profesor García de Enterría en la lucha por el Estado de Derecho.....	173
3. El reflejo de la labor del profesor García de Enterría en la democratización de la sociedad española.....	175
4. La lucha contra las inmunidades del Poder en el contexto de la situación política venezolana	176
5. La labor de los profesores de Derecho Público en la lucha por el Estado de Derecho en Venezuela	177

LAS INMUNIDADES DEL PODER CONTRA LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN: PROPUESTAS PARA EL RESTABLECIMIENTO PLENO DE LA LIBERTAD INFORMATIVA EN VENEZUELA

Luis Alfonso Herrera Orellana,

Mayerlin Matheus Hidalgo.....181

Introducción.....183

I. Las arbitrarias potestades actuales de la administración pública nacional frente a las libertades de expresión e información	184
1. En el ámbito de las cadenas de radio y televisión y difusión de mensajes gratuitos:	184
2. En el ámbito de los poderes administrativos ilimitados en materia de concesiones, definición de contenidos y regulaciones técnicas	187
3. El caso de los monopolios estatales para controlar la difusión de contenidos y expulsar del mercado a medios independientes:	191
4. El caso de la ausencia de límites en la potestad organizativa para la conformación del Estado comunicador	195
II. Propuestas para el restablecimiento pleno de la libertad de expresión e información en Venezuela.....	201
1. En materia de función legislativa	202
A. Derogatoria inmediata de Leyes y Decretos Presidenciales.....	202
a. Derogatorias de la LOT	202
b. Derogatoria de la Ley RESORTE.....	204
c. Derogatoria de otras Leyes conexas	204
B. Aprobación de normas legales	205
a. Modificaciones de la LOT	205
b. Modificaciones de otras leyes conexas	208
2. En materia de función de control político	209
A. Suspensión inmediata de entrega de recursos públicos a entes descentralizados y a medios comunitarios “privados” creados con fines propagandísticos e ideológicos	209

B. Inicio de investigación parlamentaria sobre medidase impacto de los monopolios estatales creados en el sector y el destino de los recursos asignados a éstos	209
C. Inicio de investigación parlamentaria sobre finés, costos y beneficios de la publicidad oficial en medios públicos y privados, e inversión de recursos públicos del Estado venezolano en medios regionales (caso TELESUR)	211

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

<i>Mauricio Subero Mujica</i>	213
-------------------------------------	-----

DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y CONCEPTOS
JURÍDICOS INDETERMINADOS: ¿NOCIONES
TOTALMENTE DIVERSAS O DOS NIVELES DENTRO
DE UNA MISMA CATEGORÍA? GARCÍA DE ENTERRÍA
Y LAS POSICIONES DE LA DOCTRINA VENEZOLANA

<i>Miguel Ángel Torrealba Sánchez</i>	221
---	-----

Introducción	223
--------------------	-----

I. ¿Qué son las potestades discrecionales y cómo se diferencian de los conceptos jurídicos indeterminados? García de Enterría y la tesis dualista.....	227
II. Potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados como niveles dentro de una misma gradación	231
Epílogo	232

Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano

N° 8 enero – abril 2016