UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE DERECHO

18

PONENCIAS VENEZOLANAS AL VD CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO

UPSALA, AGOSTO DE 1966

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO
SECCION DE DERECHO COMPARADO
CARACAS
1966

LOS LIMITES DEL PODER DISCRECIONAL DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS[1]

por el

Dr. ALLAN-RANDOLPH BREWER C.

Profesor de Derecho Administrativo.

SUMARIO **I.** ***INTRODUCCION.*** **II.** ***LIMITES DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD:***
1. Principios generales. 2. Límites en la determinación del presupuesto de hecho del acto administrativo: A) Introducción. B) La comprobación de los hechos. C) La calificación de los presupuestos de hecho. 3. Límites en la finalidad perseguida por el legislador. ***III. LIMITES DERIVADOS DE LA FORMA DE APRECIACION DE LOS HECHOS:***
1. Introducción. 2. El principio de la racionalidad. 3. El principio de la justicia. 4. El principio de la igualdad. 5. El principio de la proporcionalidad. ***IV. CONCLUSION.***

I. INTRODUCCION

1. Conforme a lo establecido en el artículo 117 de la Constitución venezolana, ésta y "las leyes definen las atribuciones del Poder Público y a ellas debe sujetarse su ejercicio". En esta norma está consagrado constitucionalmente en Venezuela, el principio de la legalidad que rige la actuación de todo Estado de Derecho.

1. **El presente trabajo ha sido preparado como una de las ponencias del Comité Venezolano de Derecho Comparado para el** ***VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*** **a celebrarse en Upsala, Suecia, del 6 al 13 de agosto de 1966.**

En las notas se ha utilizado las siguientes abreviaturas: EDCE: ***Etudes et Documents,*** **Conseil d'Etat, París; GF:** ***Gaceta Forense,*** **Organo de publicidad de las antiguas Corte Federal** ***y***

Sin embargo, legalidad, en el sentido etimológico de la palabra, es lo que está conforme con la ley, por lo que esta expresión, de acuerdo con el sentido de la norma constitucional, debe ser entendida en sentido amplio y como sinónimo de Derecho. Conforme a esto, el principio de la legalidad aplicado al Estado no es más que la conformidad con el Derecho que debe acompañar a todos los actos de las ramas del Poder Público. Es decir, el principio según el cual toda la actividad del Estado debe estar conforme con el Derecho de ese Estado.[2]

Este principio de la legalidad, en su aplicación a la Administración, ha sido claramente determinado por la jurisprudencia venezolana en decisión de la antigua Corte Federal al expresar que "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".

Esta necesidad que tiene la Administración Pública, como órgano de la actividad estatal, de ejercitar sus funciones sólo dentro de los precisos límites del derecho positivo es ciertamente, como también lo ha recalcado la jurisprudencia, una "garantía establecida en beneficio de los particulares o administrados contra las posibles ***arbitrariedades*** de la autoridad ejecutiva".[3]

de Casación y Corte Federal y de la actual Corte Suprema de Justicia, Caracas; RAP: *Revista de Administración Pública,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid; RCADF: *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal,* Caracas; RCIJ: *Revista de la Comisión Internacional de Juristas,* Bruselas; RDP: *Revue de Droit Public et de la Science Politique en Franee et á VEtranger,* Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París; RDF: *Revista de la Facultad de Derecho,* Universidad Central de Venezuela, Caracas.

2. Cfr., nuestra obra: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana,* Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pág. 23.

Ello se desprende, por otra parte, del artículo 206 de la Constitución cuando atribuye a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa competencia para declarar la nulidad de los actos administrativos generales o individuales *contrarios a derecho.*

3. Vid. sentencias de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 y de 23 de octubre de 1953, en nuestro trabajo: "Algunas Bases del Derecho Público en la Jurisprudencia Venezolana", *RDF,* Nº 27, 1963, pág. 145. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, Nº 1, 1953, pág. 151, y en *GF,* 2a. Etapa, Nº 2, 1953, pág. 64.

Sin embargo, y ello es innegable, no toda la actividad de la Administración Pública tiene establecida en el ordenamiento jurídico positivo "precisos límites", lo que ha dado origen a la distinción clásica entre administración reglada y poder discrecional en la actividad de la Administración Pública.

A este respecto, la antigua Corte Federal ha señalado expresamente que "los actos administrativos son de dos categorías: ***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 obre al arbitrio, eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto; y ***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".[4]

En este sentido, la diferencia entre estos dos tipos de actos administrativos estriba "en que en los 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 dejar margen a la elección del procedimiento; mientras que en los 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.***[5]

En esta forma entendida, ciertamente que la actividad discrecional de la Administración es indispensable para que ésta pueda realizar 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, por lo general, 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 actuación.[6]

4. Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953, en nuestro trabajo: "El poder discrecional en la jurisprudencia administrativa venezolana", *RDF,* Nº 28, 1964, pág. 187. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, Nº 1, 1953, pág. 151.

5. Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 26 de noviembre de 1959, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...*loe. cit.* pág. 188. Asimismo, en GF, 2a. Etapa, Nº 26, 1959, pág. 125.

6. Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...", *loe. cit.* pág. 189. Asimismo, en GF, 2a. Etapa, Nº 22, 1958, pág. 133.

Pero, sin embargo, debe señalarse que, en todo caso, el ejercicio de una actividad discrecional ha de encontrar su fundamento y su razón de ser en una ley. La discrecionalidad, ha dicho Ballbé, "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".[7] En este mismo sentido, la jurisprudencia venezolana ha sostenido que el funcionario sólo tiene las facultades que la ley le señala expresamente, por lo que "nunca, en ninguna oportunidad, puede el funcionario ejercer atribuciones discrecionales, a menos que la ley se las conceda directa y categóricamente".[8] Por todo ello podría decirse que el primer límite del poder discrecional está en la ley que lo autoriza.

La importancia de la discrecionalidad aministrativa ha llevado a M. Waline a indicar que, si fuera necesario dar en pocas palabras una definición del Derecho Administrativo, podría decirse que "es esencialmente el estudio del poder discrecional de las autoridades administrativas y de ***su limitación*** en vista de la salvaguarda de los derechos de tercero (administrados y agentes públicos)".[9]

En efecto, el poder discrecional de las autoridades administrativas es la condición indispensable de toda buena y eficiente administración. Sin embargo, su limitación es asimismo indispensable para que el Estado no sea arbitrario, y para que los administrados no se encuentren expuestos al simple arbitrio de los gobernantes. Así, los dos términos del planteamiento: salvaguarda del poder administrativo por el reconocimiento del poder discrecional, y salvaguarda de los derechos de los administrados por la limitación de ese poder, deben conciliarse para que el Estado no se vuelva anárquico o arbitrario.[10]

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 en-

7. Vid. Manuel Ballbé, "Derecho Administrativo", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1949, pág. 64, citado por M. F. Clavero Arévalo, "La doctrina de los Principios Generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico", *RAP*, Nº 7, 1952, pág. 89.

8. Vid. sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Federal de 11 de agosto de 1949, en *GF*, la. Etapa (segunda edición), Año I, Nº 2, agosto 1949, pág. 140.

9. Marcel Waline, "Etendue et limites du controle du juge administratif sur les actes de TAdministration", *EDCE,* Fascículo Nº 10, 1956, pág. 25.

10. Cfr. Marcel Waline, "Etendue et limites...", *loe. cit.,* pág. 25; J. M. Hernández Ron, La Potestad Administrativa discrecional, *RCADF*, Año VII, Nº 35-36, 1947, pág. 8.

cuentra tradicionalmente inmerso el poder discrecional.[11] Y puede decirse que esa reducción paulatina del poder discrecional, ha sido una de las características de la reciente evolución del Derecho Administrativo.

Es necesario señalar, sin embargo, que esa evolución no ha sido ni puede ser la obra de puras y abstractas declaraciones legales, sino que la reducción del ámbito del poder discrecional a un control jurisdiccional efectivo, ha sido el resultado de todo un "vasto movimiento de lucha por el derecho",[12] en el que, naturalmente, no es sólo responsable y ni siquiera primariamente el legislador. Aquí se inserta, sobre todo, la obra de la ***jurisprudencia.***

Esta labor de la jurisprudencia, fundamentalmente en Venezuela, es la que nos proponemos examinar analíticamente en este trabajo.

En la labor jurisprudencial debemos distinguir, sin embargo, dos fases en relación al poder discrecional, que por sentido histórico —dada la amplitud que éste tenía en la doctrina hace algunos años— se han agrupado dentro de la expresión "control del poder discrecional". Tal como lo señalara recientemente Alejandro Nieto, en "el inexorable progreso hacia la reducción de la discrecionalidad hay que distinguir dos fases completamente 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".[13]

Visto esto, en relación a los límites del poder discrecional hay que distinguir entonces, como lo hacemos, los límites derivados de la vigencia del principio de la legalidad, de los límites que la jurisprudencia ha ido clarificando sobre esa "libertad de apreciación de los hechos" [14] que caracteriza jurisprudencialmente al poder discrecional, y que denominaremos límites derivados de la forma de apreciación de los hechos.

11. Vid. el magnífico trabajo de Eduardo García de Enterría, "La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos, *RAP*, Nº 38, 1962, págs. 159 a 205.

12. E. García de Enterría, "La lucha...", *loe. cit.,* pág. 166.

13. Alejandro Nieto, "Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria", *RAP*, Nº 44, 1964, pág. 153.

14. Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...*loe. cit.,* pág. 189. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, N* 22, 1958, pág. 133.

II. LIMITES DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

1. Principios generales

2. Los actos administrativos, tanto los reglados como los discrecionales, están sometidos a determinadas normas legales cuyo cumplimiento les da contenido y efecto jurídicos. En esto consiste el principio de la legalidad. Los unos y los otros deben ser ejecutados de acuerdo con disposiciones preexistentes.[15]

Este ha sido el criterio tradicionalmente sustentado por la jurisprudencia. En efecto, en sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 se estableció que si bien la administración obra discrecionalmente cuando no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, ello no quiere decir que obre al arbitrio, "eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto".[16] Por tanto, la jurisprudencia ha reconocido que los requisitos de forma de los actos administrativos han de cumplirse ineludiblemente en el ejercicio de la potestad discrecional.[17]

En cuanto al cumplimiento de los requisitos de fondo en el ejercicio del mismo poder discrecional, la jurisprudencia ha hecho especial referencia a la competencia,[18] señalando que "el funcionario al obrar discrecionalmente tiene que hacerlo sin excederse de su competencia".[19]

Pero, además de estos límites sobre el cumplimiento de los elementos de legalidad ordinarios del acto administrativo,

15. Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 26 de noviembre de 1959, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...*loe. cit.,* pág. 188. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, Nº 26, 1959, pág. 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...", *loe. cit.,* pág. 193.

16. Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 1953, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...", *loe. cit.,* pág. 187. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, Nº 1, 1953, pág. 151.

17. Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...", *loe. cit.,* pág. 190. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, Nº 22, 1958, pág. 134.

18. Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...", *loe. cit.,* pág. 190. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, Nº 22, 1958, pág. 134.

19. Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956, en nuestro trabajo: "El poder discrecional. . .", *loe. cit.,* pág. 192. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, Nº 11, 1956, pág. 28.

la jurisprudencia ha tomado en consideración especialmente, los límites impuestos al poder discrecional en la determinación del presupuesto de hecho del acto y en la determinación de la finalidad del mismo. Es necesario aquí, prestar atención especial a estas dos limitaciones al poder discrecional derivadas de la sumisión al principio de la legalidad administrativa.

2. *Límites en la determinación del presupuesto de hecho del acto administrativo discrecional*

A) *Introducción*

3. Dentro de los elementos del acto administrativo está claramente determinado el elemento fáctico, es decir, los presupuestos de hecho del acto que configuran, de acuerdo con nuestro criterio, el elemento denominado causa.[20]

La determinación de los presupuestos de hecho del acto administrativo constituye una de las etapas que debe seguir la administración para manifestar su voluntad. Debe dejarse claramente establecido sin embargo, que esta determinación de los presupuestos de hecho no comprende ningún elemento de apreciación ni juicio;[21] se trata simplemente de una constatación de los hechos que constituyen el presupuesto fáctico del acto.

Ahora bien, en esta determinación de los hechos, la administración, aun encontrándose en ejercicio de un poder discrecional, debe ceñirse a determinados límites: en primer lugar, debe comprobar los presupuestos de hecho del acto; en segundo lugar, los hechos deben ser ciertos y no falsos; y en tercer lugar, los hechos han de ser calificados correctamente. Veamos estos tres límites al poder discrecional en materia de determinación del elemento causa en el acto administrativo.

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

21. Cfr. Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs,* Collection de Tlnstitut Frangais d'Athénes, Nº 82, Atenas, 1954, pág. 154; Bonnard, "Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excés de pouvoir", *RDP*, 1923, pág. 363, cit. por J. C. Venezia, *Le pouvoir discretionnaire*, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence (Bibliothéque de Droit Public, Tome XVII), París, 1959, pág. 48.

B) *La comprobación de los hechos*

4. La jurisprudencia administrativa ha determinado que las decisiones administrativas están 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".[22]

Es de destacar uno de los considerandos de la decisión a que se ha hecho referencia, y que declaró la nulidad de un acto administrativo revocatorio de otro por el cual se concedió la nacionalidad venezolana a una extranjera, por no haberse comprobado suficientemente los hechos en que se fundaba la resolución ministerial. La Corte Suprema de Justicia, señaló: "Al no existir, como en efecto no existe, prueba alguna de los hechos que se imputan a la recurrente, la resolución ministerial resulta manifiestamente infundada y debe, en consecuencia, revocarse. A juicio de la Sala no es posible atribuir mérito probatorio a la nota que figura al folio 2 del expediente administrativo, con el membrete de la Dirección de Extranjeros y que aparentemente se ha tenido como fundamento para el empleo de la norma legal aplicada en la resolución, pues dicha nota no hace legalmente fe respecto de los supuestos de hecho de la norma que se aplica. En efecto, en ella se dice que la nombrada ciudadana «continúa en actividades que van contra la moral y buenas costumbres y ha burlado la buena fe del Despacho»; mas no existe en el expediente administrativo ningún elemento que acredite los hechos a que se contrae la referida nota, como sucedidos con posterioridad a la fecha en que le fue otorgada la nacionalidad. Conforme a estas consideraciones, la resolución impugnada carece de toda eficacia legal, ***por haberse fundado en hechos no comprobados*** y porque al dictarla, la autoridad administrativa actuó en forma no permitida por la rigidez del precepto legal".

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.[23]

22. Vid. sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 22 de mayo de 1963 (CSJ-PA-70-1; 22-5-63 según sigla del Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia).

23. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa en sentencia de 8 de junio de 1964 ha sostenido lo siguiente:

"Observa la Corte, que en el acto administrativo a que se concreta la resolución ministerial cuya nulidad se ha demandado,

La comprobación exacta de los presupuestos de hecho del acto, o la "exactitud material de los hechos básicos de la decisión" [24] evita, por otra parte, el llamado error de hecho[25] que puede ser controlado también jurisdiccionalmente y que consiste simplemente en el "falso conocimiento de la realidad".[26]

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,*** tal como lo manifestó el Fiscal General de la República en su dictamen en el cual concluye considerando que es procedente el recurso de nulidad solicitado".[27]

C) *La calificación de los presupuestos de hecho*

5. Por otra parte, dentro del proceso lógico de formación del acto administrativo, la Administración, después de haber constatado y comprobado los presupuestos de hecho, debe proceder a la sumisión de los hechos al presupuesto de

el funcionario de la Administración Pública (Ministerio de Fomento) ha obrado en la esfera de sus atribuciones al dictar la resolución, y desde este punto de vista su decisión es inobjetable, pero no sucede lo mismo cuando se examina el aspecto formal de su actuación administrativa, la que por serlo, *no le eximía de la obligación de juzgar conforme a lo probado en el expediente,* de suerte que el supuesto de la norma legal guardara correspondencia con los hechos, no estándole permitido en ningún caso dar por probados los hechos con los solos elementos aportados por la gestión oficial, de indiscutible valor cuando ella es conforme con la realidad, pero igualmente revisable o descartable si se comprueba por otros medios de autos que la prueba final no es verdadera. Es tan rigurosa la exigencia de la ley a este respecto, que *la discrecionalidad en la apreciación de los hechos en un caso determinado* de parte del funcionario, con todo y estar revestida de cierta amplitud dentro del marco de la ley, nunca *aquélla puede conducir a la arbitrariedad.* Si esto ocurre, el acto administrativo es irregular por vicio de ilegalidad. *Vid.* en CSJ-PA-56-1; 8-6-64 según sigla del Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia. (Subrayado nuestro).

24. 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 *RAP,* Nº 7, 1952, pág. 221.

25. Cfr. M. Stassinopoulos, *op. cit.,* págs. 175 y ss.

26. Sebastián Martín-Retortillo Baquer, "El exceso de poder como vicio del acto administrativo", *RAP,* Nº 23, 1957, pág. 138.

27. Vid. sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 3 de julio de 1961, en *GF,* 2a. Etapa Nº 33, 1961, pág. 20.

derecho,[28] es decir, a la norma que autoriza su actuación. Esto es lo que se ha llamado "calificación jurídica de los hechos" [29] como otro de los límites de la actividad administrativa y, por tanto, limitativo de la potestad discrecional y que tiene su control jurisdiccional en el llamado abuso o exceso de poder por la jurisprudencia venezolana, que corresponde a la tergiversación de los hechos de la jurisprudencia italiana,[30] y que se presenta como una figura análoga al falso supuesto del derecho procesal civil.[31]

En este sentido, la jurisprudencia indica 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 funcionario administrativo, lo mismo que la del juez, no puede traspasar los lindes de la verdad y de la equidad".***[32]

Por tanto, los límites del poder discrecional y la posibilidad de su control no se limitan a la posible transgresión de normas constitucionales o legales expresas, sino que abarca también la necesidad de que el funcionario, aun en el caso de

28. Cfr. J. C. Venezia, *op. cit.,* pág. 25, al señalar que "L'opération de qualification a pour but de faire rentrer une situation de fait dans le cadre d'une notion juridique".

29. M. Stassinopoulos, *op. cit.,* pág. 182.

30. Vid. en la jurisprudencia venezolana nuestra obra: *Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo*, cit., págs. 67 y 68. En la jurisprudencia italiana: Sebastián Martín-Retortillo Baquer, "El Exceso de poder...", *loe. cit.,* pág. 135.

31. El artículo 435 del Código de Procedimiento Civil dispone: "En el fallo del recurso, la Corte Federal y de Casación se limitará a considerar las infracciones alegadas en el escrito de formalización, y decidirá sobre ellas sin extenderse al fondo de la controversia, ni al establecimiento o apreciación de los *hechos* por parte de los jueces sentenciadores; a menos que se alegue infracción de regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba. Esta excepción procede: 1º Cuando los jueces hayan dado por probado un *hecho* con pruebas que por la ley sean improcedentes para demostrarlo; 2º 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; 3º 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".

32. Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957, en *GF,* 2a. Etapa, Nº 17, 1957, pág. 136.

darle cumplimiento estricto a la norma estricta, ley positiva o precepto legal expreso, en la aplicación de ese precepto legal, no tergiverse los presupuestos de hecho que autorizan su actuación.[33] En este sentido, puede controlarse jurisdiccionalmente el poder discrecional —"pues de no ser así imperaría en todo caso el arbitrio del funcionario sin remedio alguno"—, cuando la Administración dicte un acto administrativo falseando el lógico y verdadero presupuesto del mismo. Asimismo, se considera dictado el acto con tergiversación de los hechos, no sólo en el caso extremo de que el acto se funde sobre el presupuesto de la existencia o inexistencia de hechos que resulten inexistentes o existentes, sino también basta con que en su realidad tales hechos sean sustancialmente distintos a como son aprehendidos por la autoridad administrativa; es decir, cuando ésta, realizando un error de método, no considere debidamente elementos esenciales o dé, por lo contrario, excesiva importancia a elementos accesorios.[34]

La función de calificación de los hechos y sus límites es, ciertamente, una actividad reglada y, por tanto, controlable en todos los actos administrativos. Sin embargo, su verdadera relevancia se particulariza en relación con la actividad discrecional.

Debe señalarse, por otra parte, que la jurisprudencia ha destacado que 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 tergiverse la verdad procesal denudándose los hechos, o bien por cualquier otra causa",[35] 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 hecho.[36]

Por último, y dentro del proceso de calificación de los hechos siguiendo el esquema francés,[37] debe destacarse la reduc-

33. Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957, en *GF,* 2a. Etapa, Nº 17, 1957, pág. 136.

34. Cfr. S. Martín-Retortillo Baquer, "El exceso de poder...", *loe. cit.,* pág. 131. *Vid.* asimismo sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 8 de junio de 1964, *cit.* en Nota Nº 23.

35. Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957, en *GF.,* 2a. Etapa, Nº 17, 1957, pág. 135.

36. Cfr. S. Martin-Retortillo Baquer, "El exceso de poder...", *loe. cit.,* pág. 138.

37. Cfr. M. Letourneur, "El control de los hechos...", *loe. cit.,* pág. 219.

ción a la discrecionalidad elaborada por los juristas alemanes y que recientemente ha sido destacada por García de Enterría,[38] realizada por los denominados "conceptos jurídicos indeterminados" o "nociones jurídicas imprecisas".[39]

En efecto, partiendo del principio de la legalidad y de que la ley regula en todo caso la actividad administrativa, tal regulación puede hacerse de una manera más o menos indeterminada, por ejemplo, cuando se utilizan expresiones como justo precio, urgencia, etc. Estos 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.[40] Tradicionalmente se admitía que la calificación de los hechos en estos casos indeterminados encajaba dentro de la discrecionalidad.[41] Sin embargo, con la nueva técnica de los conceptos jurídicos indeterminados se ha reducido nuevamente la discrecionalidad y se le ha establecido un nuevo límite.

La diferencia entre la discrecionalidad y la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados estriba, como mínimo, en ios siguientes puntos: en la discrecionalidad auténtica la Administración es libre de elegir entre varias posibilidades, y cualquier polución que adopte dentro de ellas es, en principio, jurídicamente irreprochable; en el supuesto de los conceptos jurídicos indeterminados la elección no es libre, sino que se trata de la aplicación de la ley a un caso concreto y que admite sólo una solución justa. Por ejemplo, la Ordenanza sobre Arquitectura, Urbanismo y Construcciones en general del Distrito Federal establece la necesidad de demoler o modificar, según el caso, las edificaciones que "amenacen o se encuentren en ruina", lo que configura un concepto jurídico indeterminado. Ante una edificación determinada no cabe más que una sola solución justa: la edificación se encuentra en ruina o no. Esta determinación, es claro, no puede ser objeto de una facultad discrecional.[42] Existe, además, otra diferencia entre la dis-

38. E. García de Enterría, "La lucha contra...", *loe. cit.,* pág. 171.

39. Cfr. Forsthoff, *Tratado de Derecho Administrativo,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, págs. 123 y ss.; Hans Klecatsky, "Reflexiones sobre el imperio de la ley, especialmente sobre el fundamento de la legalidad de la administración", *RCIJ,* Vol. IV, Nº 2, Verano de 1963, pág. 237.

40. Cfr. E. García de Enterría, "La lucha contra...", *loe. cit,* pág. 171; A. Nieto, "Reducción Jurisdiccional...", *loe. cit.,* pág. 154.

41. Vid. M. Stassinopoulos, *op. cit.,* págs. 185 y ss.

42. Cfr. E. García de Enterría, "La lucha contra...", *loe. cit.,* pág. 174.

crecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados:[43] en la discrecionalidad la operación que debe realizar la Administración es de naturaleza ***volitiva;*** así, sucede cuando la ley faculta a la Administración para tomar una medida dentro de un límite máximo y mínimo claramente determinado.[44] En cambio, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la operación que realiza la Administración es de naturaleza ***intelectiva:*** la Administración ***cree, juzga*** que la edificación amenaza ruina. Tal distinción provoca efectos importantes: mientras en el primer caso no hay posibilidad de controlar esa voluntad, puesto que la ley la ha atribuido expresamente, en el segundo, como siempre cabe la posibilidad de que la Administración se haya equivocado en su juicio, tal error puede ser controlado y corregido por los tribunales.[45]

3. Límites en la finalidad perseguida por el legislador

6. Tal como lo ha destacado la jurisprudencia, "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".[46]

Por tanto, otro de los elementos reglados del acto administrativo que ha contribuido eficazmente a la fijación de los límites del poder discrecional, es este de la finalidad perseguida. Por ello ha recalcado la jurisprudencia que la "discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia puesto que la Administración nacional, estadal o municipal, no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su ***fin".***[47]

El control de este límite ha sido denominado en cuanto produce un vicio en los actos administrativos que lo traspasen, como desviación de poder según la terminología acuñada en

43. Vid. Alejandro Nieto, "Reducción jurisdiccional...*loe. cit.,* pág. 154.

44. Vid. sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 12 de diciembre de 1963, en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela,* Nº 27.344, de 15 de enero de 1964.

45. Alejandro Nieto, "Reducción jurisdiccional...", *loe. cit.,* págs. 154 y 155.

46. Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...", *loe. cit.,* pág. 192. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, Nº 17, 1957, pág. 135.

47. Vid, sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956, en nuestra trabajo: "El poder discrecional..." *loe. cit.,* pág. 192. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, Nº 11, 1956, pág. 28.

el derecho francés y recibida en casi todos los ordenamientos jurídicos modernos.[48]

La desviación de poder, por tanto, "surge cuando la Administración usa de sus poderes con finalidades distintas a aquellas determinadas en la ley"[49] y su configuración es sencilla: la Administración está obligada a realizar su actividad no sólo respondiendo a un fin público o social buscado[50] —lo que no sucede cuando obra por un fin privado—, sino que, dentro de tal concepto genérico, debe actuar precisamente el ***fin específico*** por el que le son concedidas las facultades determinadas que ejercita en el supuesto concepto.[51]

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 el interés general por el que la autoridad administrativa ha recibido los poderes que ejercita.[52]

En este sentido, las autoridades administrativas no pueden obrar ***ad libitum*** cuando están de por medio los derechos de los administrados y los actos administrativos pueden adolecer de vicios que acarreen su nulidad, aun cuando tales actos no violen los preceptos constitucionales o legales, y con ellos no usurpe atribuciones el funcionario que los profiere. Entre estos vicios está la desviación de poder, pues el acto administrativo "aun siendo dictado por quien está facultado para hacerlo y en forma tal que aparece subordinado a la ley, 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".***[53]

48. **El artículo 206 de la Constitución atribuye competencia a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa "para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso *por desviación de poder".***

49. **Sentencia de la antigua Corte Federal de 2 de junio de 1958, en *GF,* 2a. Etapa, Nº 20, 1958, pág. 99.**

50. **Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...", *loe. cit.,* pág. 188. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, Nº 1, 1953, pág. 153.**

51. **Cfr. S. Martín-Retortillo Baguei> "La *áesyiacipD Ó?) WÓfir PJ7 />) ¿Pereeét ezpzm^ SAP, í%7, Nº* 22, pág. 137.**

52. **Cfr. M. Letourneur, "La desviación de poder en Francia", *Cuadernos de Derecho Francés,* Nº 14-15, *Barcelona,* 1960, págs. 19 y 21. Asimismo, nuestro libro: *Las Instituciones Fundamentales* cit., pag. 71.**

53. **Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 28 de septiembre de 1954, en *GF,* 2a. Etapa, Nº 5, 1954, pág. 218.**

La actividad administrativa en el Estado de Derecho —ha señalado la antigua Corte Federal— 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 la más estricta licitud y moralidad pues lo que se busca es el logro de determinado fin" [54] 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.

III. LIMITES DERIVADOS DE LA FORMA DE APRECIACION DE LOS HECHOS

1. Introducción

7. La jurisprudencia en Venezuela ha sido constante en determinar que la "facultad de apreciar las circunstancias en punto a oportunidad y conveniencia" [55] o la "libertad de apreciación de los hechos" [50] por la autoridad administrativa que le deja a la ley, no es controlable jurisdiccionalmente y, por tanto, no tiene límites que permitan dicho control." Esta ha sido por otra parte la opinión general de la doctrina.[58]

En este sentido, la antigua Corte Federal ha determinado que "es de la naturaleza de todo acto realizado en ejercicio de una facultad discrecional, el que no pueda ser revisado o anulado por otro poder en lo que se refiere al ***mérito*** o fondo. Esta conclusión resulta evidente, porque de lo contrario, esa facultad discrecional no sería tal, ni propia de un poder".[59]

54. ***Idem.***

55. **Vid. sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación de 4 de junio de 1952, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...", *loe. cit.,* pág. 191. Asimismo, en *GF,* la. Etapa, N" 11, 1952, pág. 26.**

56. **Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...", *loe. cit.,* pág. 189. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, Nº 22, 1958, pág. 133.**

57. **Vid. sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de 5 y 12 de diciembre de 1963 en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela,* Nos. 27.329, 27.342 y 27.344 de 26 de diciembre de 1963 y 13 y 15 de enero de 1964, respectivamente.**

58. **Cfr. Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo,* Caracas, 1963, pág. 128. Asimismo, nuestro libro: *Las Instituciones Fundamentales...* cit., pág. 56.**

59. **Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...", *loe. cit.***

Asimismo la jurisprudencia ha señalado que en los actos 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".[60]

Ahora bien, ante esta libertad de apreciación otorgada a la Administración por la ley, ¿cabe algún límite y, por tanto, algún control? Consideramos que el verdadero problema de los límites del poder discrecional es aquí donde se plantea auténticamente, ya que las anteriores consideraciones sobre los límites impuestos por el principio de la legalidad administrativa, buscaban delimitar el campo de la discrecionalidad.[61]

A la pregunta anterior parece que debe responderse, a primera vista, en forma negativa, pues si la norma jurídica autoriza a la Administración "para ejecutar y hacer ejecutar las medidas que juzgue necesarias" en un caso concreto, ello indica que da por buena cualquier solución que adopte la Administración.

Sin embargo, la forma de ejercer esa libertad de apreciación de los presupuestos de hecho en cuanto a la oportunidad y conveniencia de un acto, sí pueden ser controladas por la autoridad judicial competente, y, por tanto, sí tiene límites. Estos límites están constituidos por los principios generales del derecho. En efecto, ya hace más de dos décadas uno de nuestros grandes y clásicos tratadistas, J. M. Hernández Ron, señalaba que "la acción administrativa se puede considerar como discrecional, cuando se realiza según la libre apreciaciación de las circunstancias que, ***con sujeción siempre a la equidad y a los principios generales del derecho,*** hará la Administración".[62] Por tanto, la facultad de ejercer una actividad administrativa en forma discrecional, está limitada por los principios generales del derecho y puede suponer un control

pág. 190. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, N" 22, 1958, pág. 134. Cfr. Laureano López Rodó, "Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Evolution doctrínale et jurisprudentielle", *RDP,* 1953, N" 3, París, pág. 579.

60. Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 26 de noviembre de 1959, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...", *loe. cit.,* pág. 188. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, N* 26, pág. 125.

61. Cfr. A. Nieto, "Reducción jurisdiccional...", *loe. cit.,* pág. 157; A. de Laubadére, *Traité Elémentaire de Droit Administratif,* 2a. edición, París, 1957, pág. 221.

62. J. M. Hernández Ron, "La potestad administrativa discrecional", *loe. cit.,* pág. 8.

Asimismo la jurisprudencia ha señalado que en los actos 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".[60]

Ahora bien, ante esta libertad de apreciación otorgada a la Administración por la ley, ¿cabe algún límite y, por tanto, algún control? Consideramos que el verdadero problema de los límites del poder discrecional es aquí donde se plantea auténticamente, ya que las anteriores consideraciones sobre los límites impuestos por el principio de la legalidad administrativa, buscaban delimitar el campo de la discrecionalidad.[61]

A la pregunta anterior parece que debe responderse, a primera vista, en forma negativa, pues si la norma jurídica autoriza a la Administración "para ejecutar y hacer ejecutar las medidas que juzgue necesarias" en un caso concreto, ello indica que da por buena cualquier solución que adopte la Administración.

Sin embargo, la forma de ejercer esa libertad de apreciación de los presupuestos de hecho en cuanto a la oportunidad y conveniencia de un acto, sí pueden ser controladas por la autoridad judicial competente, y, por tanto, sí tiene límites. Estos límites están constituidos por los principios generales del derecho. En efecto, ya hace más de dos décadas uno de nuestros grandes y clásicos tratadistas, J. M. Hernández Ron, señalaba que "la acción administrativa se puede considerar como discrecional, cuando se realiza según la libre apreciaciación de las circunstancias que, ***con sujeción siempre a la equidad y a los principios generales del derecho,*** hará la Administración".[62] Por tanto, la facultad de ejercer una actividad administrativa en forma discrecional, está limitada por los principios generales del derecho y puede suponer un control

pág. 190. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, N» 22, 1958, pág. 134. Cfr. Laureano López Rodó, "Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Evolution doctrínale et jurisprudentielle", *RDP,* 1953, N» 3, París, pág. 579.

60. Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 26 de noviembre de 1959, en nuestro trabajo: "El poder discrecional. . .", *loe. cit.,* pág. 188. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, N* 26, pág. 125.

61. Cfr. A. Nieto, "Reducción jurisdiccional...", *loe. cit.,* pág. 157; A. de Laubadére, *Traite Elémentaire de Droit Administratif,* 2a. edición, París, 1957, pág. 221.

62. J. M. Hernández Ron, "La potestad administrativa discrecional", *loe. cit.,* pág. 8.

jurisdiccional que no implica "una sustitución de la discrecionalidad administrativa por la judicial" [63] Se trata, en efecto, de un control que revisa el ejercicio del poder discrecional que formalmente se ha ajustado a la letra de la ley.

La jurisprudencia, por otra parte, ha reconocido la posibilidad que'tiene la Administración de revisar sus propios actos, sobre todo cuando no lesionan derechos legítimamente adquiridos, cuando éstos no se ajustan a las exigencias de la equidad: "Advertido el funcionario de que su determinación no corresponde a las exigencias de la ***equidad,*** bien por haberse cometido error de derecho, ***bien porque no se apreciaron cabalmente circunstancias de hecho,*** la sana lógica y el buen sentido han de inducirlo a la consiguiente rectificación".[64]

Los límites impuestos a la forma de apreciación de los hechos en el ejercicio del poder discrecional por los principios generales del derecho son extensos. 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 o 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 jurídico.[65]

Es precisamente por los límites impuestos al ejercicio de los poderes discrecionales derivados de los principios generales del derecho por lo que se afirma que "la discrecionalidad no es arbitrariedad"[66] en forma reiterada por la jurisprudencia.[67]

63. A. Nieto, "Reducción jurisdiccional...", *loe. cit.,* pág. 157.

64. Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953, en *GF,* 2a. Etapa, N* 1, 1953, pág. 153.

65. Cfr. E. García de Enterría, "La lucha por...", *loe. cit.,* págs. 178 y 179. En este mismo sentido, M. F. Clavero Arévalo, "La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico", *RAP,* N" 7, 1952, pág. 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".

66. Cfr. J. M. Hernández Ron "La potestad discrecional y la teoría de la autolimitación de poderes", *RCADF,* Año VI, Nos. 30-31, 1942, pág. 8.

67. Vid. sentencias de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953, en nuestra trabajo: "El Poder discrecional...", *loe. cit.,* pág. 187. Asimismo, en GF, 2a. Etapa, N9 1, 1953, pág. 151. *Vid.,* además,

Veamos los diversos límites señalados por la jurisprudencia venezolana al ejercicio del poder discrecional y que pueden considerarse como principios generales del derecho, es decir, como aquellos principios fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de los cuales deben deducirse exclusivamente en fuerza de la abstracción.[68]

2. El principio de la racionalidad

8. En sentencia de la Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 se expresó que "el uso del verbo «poder», en la oración «podrá reducir las penas», del texto copiado, 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 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".[69]

En otra decisión referente a las limitaciones a la libertad de cultos que, por otra parte, están sometidos a la suprema inspección de la administración, la antigua Corte Federal 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".[70]

sentenciá de la antigua Corte Federal de 26 de noviembre de 1959, en nuestro trabajo: "El poder discrecional. ..", *loe. cit.,* pág. 188. *Vid.,* por otra parte, la sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...", *loe. cit.,* pág. 191. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, N' 11, 1956, pág. 8.

68. Cfr. Nicolás Coviello, *Doctrina General del Derecho Civil,* UTEHA, México, 1949, pág. 98.

69. *Vid.* sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...", *loe. cit.,* pág. 189. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa N" 22, 1958, pág. 133.

70. 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

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 dispositivo.[71]

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",[72] es decir, ello no quiere significar que en la elección de ese "momento" se pueda obrar irracionalmente. Por ejemplo, el Reglamento General de Alimentos establece que "corresponde 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".[73] 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 (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"

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, pág. 374.

71. Cfr. S. Martín-Retortillo Baquer, "El exceso de poder...", *loe. cit.,* pág. 147.

72. Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...", *loe. cit.,* pág. 187. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, N« 1, 1953, pág. 157.

73. Artículo l", ordinal 10 del Reglamento General de Alimentos.

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 (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 "un juicio ***técnico lógico de los hechos, soberanamente apreciados*** a través de las respectivas normas jurídicas".[74]

Por otra parte, el poder discrecional debe ser utilizado técnicamente para que sea racional. Es muy clara, en este sentido, una norma del Reglamento General de Alimentos citado, única en nuestro derecho positivo que establece: "Cuando en este Reglamento se deja 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"***.[75] Este es otro de los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional: 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.

Claro está, no nos referimos a la llamada "discrecionalidad técnica" que no es controlable jurisdiccionalmente, pues se trata de cuestiones que han de resolverse a la vista de un juicio técnico emitido por un órgano especializado de la Administración. En estos casos se trata de una "cuestión de mera apreciación, en la cual la autoridad administrativa es precisamente la más autorizada en virtud de su especialización".[76] Así se ha señalado que "al margen de la jurisdicción contenciosa deberá quedar únicamente el problema de la adecuación o no del acto a las reglas técnicas o de buena administración".[77]

74. *Vid.* sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 13 de diciembre de 1962 (CSJ-PA-173-3; 13-12-62 1961, pág. 14.

75. Artículo *2"* del Reglamento General de Alimentos.

76. *Vid.* sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 13 de diciembre de 1962 (CSJ-PA-173-3; 13-12-62 según sigla del Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia).

77. S. Martín-Retortillo Baquer, "La desviación de poder...", *loe. cit.*, pág. 146.

3. El principio de la justicia

9. 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 ésta obre "según su procedente arbitrio, consultando lo más ***equitativo*** o racional, en obsequio de la ***justicia y*** de la ***imparcialidad"***.[78] Por ello la "discrecionalidad no implica arbitrariedad ni ***injusticia",[79]*** y en todo caso, la potestad discrecional del funcionario administrativo "no puede traspasar los lindes de la verdad y de la equidad".[80]

En este sentido, puede ser controlada jurisdiccionalmente la falta de equidad manifiesta o "iniquidad manifiesta" [81] en los actos discrecionales, así como también su injusticia manifiesta.[82]

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 administrados".[83]

Por otra parte, el acto administrativo discrecional no puede crear situaciones manifiestamente injustas. Clásico es el 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",[84] lo que producía una situación manifiestamente injusta.

78. *Vid.* sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...", *loe. cit.,* pág. 189. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, N" 22, 1958 pág. 132.
79. *Vid.* sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...", *loe. cit.,* pág. 191. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, N" 11, 1956, pág. 28.
80. *Vid.* sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...", *loe. cit.,* pág. 193. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, N' 17, 1957, pág. 135.
81. Cfr. Eduardo García de Enterría, "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", *RAP,* N' 30, 1959, pág. 164; M. M. Diez, *El Acto Administrativo,* Tipografía Editoral Argentina, Buenos Aires, 1956, pág. 197.
82. Cfr. S. Martín-Retortillo Baquer, "El exceso de poder...", *loe. cit.* pág. 149.
83. M. M. Diez, *op. cit.,* pág. 198.
84. S. Martín-Retortillo Baquer, "El exceso de poder...", *loe. cit.,* pág. 149.

4. El principio de la igualdad

10. Hemos señalado que la jurisprudencia venezolana ha puntualizado que 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"***.[85] Por tanto, otro de los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional 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 otro.[86]

El principio de la igualdad, aunque de rango constitucional[87] 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 exigencias de este principio.[88] De ahí que se haya hablado de la "irrazonabilidad de la desigualdad".[89]

Existe entonces desigualdad y el acto así dictado puede ser controlado jurisdiccionalmente, cuando surge de la actuación administrativa un disparejo trato de dos o más casos, pese a no existir sustancial diferencia de circunstancias de hecho; o dicho de otro modo, cuando la actividad administrativa ha discriminado entre supuestos similares, dando a unos y a otros, no obstante su esencial identidad, tratamiento distintos.[90] 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, se ordena, por la autoridad administrativa a uno la demolición,

85. *Vid.* sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...", *loe. cit.,* pág. 189. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, N* 22, 1958, pág. 133. Por otra parte, véase auto de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Federal, de 4 de noviembre de 1949, en *GF,* la. Etapa, N" 3, 1949, pág. 94.

86. Cfr. Stassinopoulos, *op. cit.,* pág. 212.

87. Preámbulo y artículo 61 de la Constitución.

88. Cfr. Rafael Entrena Cuesta, "El principio de la igualdad ante la ley y su aplicación en el Derecho Administrativo", *RAP,* N9 37, 1962, pág. 67.

89. J. F. Linares, *Poder discrecional administrativo (Arbitrio Administrativo),* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, págs. 197 y 229.

90. Cfr. E. García de Enterría: "La interdicción. ..", *loe. cit.,* pág. 149.

y no al otro; o si se ordena a uno de ellos con ciertas modalidades lesivas y que no se imponen al otro.

La aplicación del principio de la igualdad como límite del poder discrecional, tiene riquísimas posibilidades, y entre éstas, especialmente, la llamada "vinculación del precedente".[91] 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 en ello 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 incidir, en forma también idéntica, entendiendo, sin embargo, que el precedente no vincula a la Administración con el rango de fuente del derecho.®[2]

5. Principio de la proporcionalidad

11. Por último, la jurisprudencia ha 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)".[93] Se trata de la aplicación del principio de la proporcionalidad de medios a fines como límite del poder discrecional.[94] En este sentido, la desproporcionalidad entre los fines perseguidos y los medios utilizados puede también ser controlada jurisdiccionalmente. 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 arbitrariedad.[95]

91. E. García de Enterría, "La interdicción...", *loe. cit.,* pág. 150.

92. Cfr. S. Martín-Retortillo Baquer, "El exceso de poder...", *loe. cit.,* pág. 143.

93. *Vid.* sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956, en nuestro trabajo: "El poder discrecional...", *loe. cit.,* pág. 191. Asimismo, en *GF,* 2a. Etapa, N° 11, 1956, pág. 28.

94. Cfr. E. García de Enterría, "La interdicción. . .", *loe. cit.,* pág. 130; Merikoski, *Le pouvoir discretionnaire de l'administration,* Bruselas, 1958, pág. 44 *cit.* por E. García de Enterría, "La interdicción. . .", *loe. cit.,* pág. 163.

95. Cfr. Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo,* Tomo I, Montevideo, 1953, pág. 410, nota N" 3.

IV. CONCLUSION: LA DISCRECIONALIDAD NO IMPLICA ARBITRARIEDAD

12. Luego de analizados los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional por el principio de la legalidad administrativa y por los principios generales del derecho en especial, la conclusión no puede ser otra que la reiterada de la jurisprudencia: ***"la discrecionalidad no implica arbitrariedad".***[96]

Así, la Administración, cuando realiza una determinada actividad en ejercicio del poder discrecional, su actuación, además de estar enmarcada dentro de los requisitos legales generales, 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 jurisdiccionalmente por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, en materia de ejercicio del poder discrecional se ha hablado de la ***"interdicción de la arbitrariedad"*** como limitación al poder discrecional.[97]

Ahora bien, una de las formas que han utilizado los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para hacer realmente efectivos esos límites impuestos al poder discrecional, y, por tanto, para lograr un exacto control sobre los actos discrecionales que traspasen esos límites, ha sido la de exigir como principio general el de la necesaria motivación, especialmente, de dichos actos discrecionales.[98]

Es de destacar la sentencia de 9 de agosto de 1957 de la 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

96. ***Vid.*** **sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956, en** ***GF,*** **2a. Etapa, N" 11, 1956, pág. 28; sentencia de la misma Corte de 17 de julio de 1953, en GF, 2a. Etapa, N° 1, 1953, págs. 151 y 152; y sentencia de la misma Corte Federal de 26 de noviembre de 1959, en** ***GF,*** **2a. Etapa, N" 26, 1959, pág. 125. Véanse, asimismo, dichas sentencias en nuestro trabajo: "El poder discrecional...",** ***loe. cit.,*** **págs. 187, 188 y 192.** ***Vid.,*** **además sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 8 de junio de 1964, cit. en nota N" 23.**

97. E. García de Enterría, "La interdicción...", ***loe. cit.*** **pág. 160.**

98. Cfr. nuestro libro: ***Las Instituciones fundamentales.*** **. . cit., pág. 125; Stassinopoulos,** ***op. cit.*** **pág. 198; José Guillermo Andueza,** ***El Control en Venezuela de los Actos Ilegales de la Administración Pública.*** **Publicaciones del Ministerio de Justicia, Caracas, 1959, pág. 13.**

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,*** 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".[99]

La obligación de motivar el acto administrativo discrecional impuesta por la jurisprudencia, es consecuencia por otra parte, del principio de que el poder discrecional no está sometido al control de fondo.[100] El juez contencioso-administrativo entonces, no pudiendo controlar directamente si el ejercicio del poder discrecional ha sido justo en el fondo, salvo en las formas que hemos visto, exige que los actos discrecionales tengan un elemento ***externo*** que pruebe que ese poder se ejerció dentro de los límites legales,[101] con el objeto de lograr ese control sobre la "exactitud de los motivos y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto".[102]

99. ***Vid.*** **sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957, en** ***GF,*** **2a. Etapa, N[9] 17, 1957, págs. 132 y ss.**

100. ***Vid.*** **sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, de 3 de julio de 1961, en** ***GF,*** **2a. Etapa, N" 33, 1961, págs. 14 y 15.**

101. **Cfr. Stassinopoulos,** ***op. cit.,*** **pág. 198.**

102. ***Vid.*** **sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957, en** ***GF,*** **2a. Etapa, N' 17, 1957, pág. 133.**