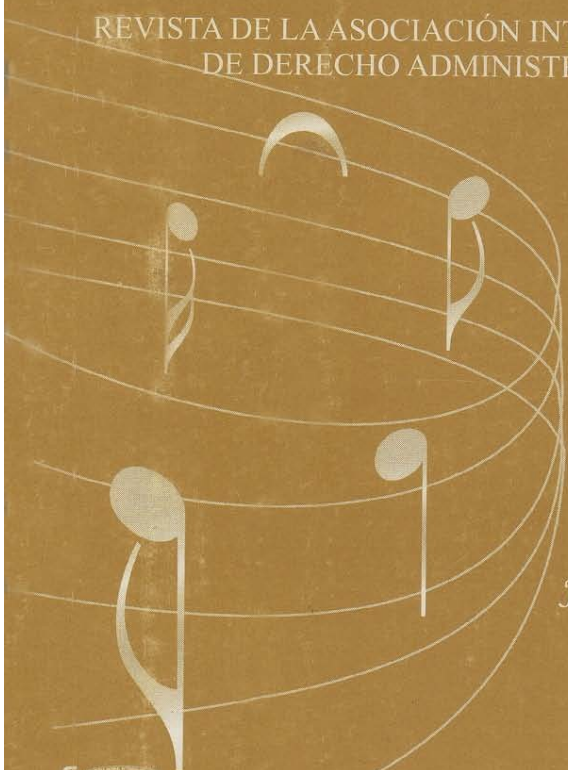


AÍDA

Ópera prima

de Derecho Administrativo

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



Opus No. 8

Julio-Diciembre 2010



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN
COORDINACIÓN DE POSGRADO
INSTITUTO INTERNACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO
"AGUSTÍN GORDILLO"
ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO



AÍDA
OPERA PRIMA DE DERECHO
ADMINISTRATIVO

Revista de la Asociación Internacional
de Derecho Administrativo

AÑO 4 *OPUS* No. 8 Julio - Diciembre 2010

Dr. Jorge Fernández Ruiz
Fundador

De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica en manera alguna que esta revista, AÍDA. OPERA PRIMA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, se solidarice con su contenido.



COMITÉ EDITORIAL DE LA FES ACATLÁN

MTRA. HERMELINDA OSORIO CARRANZA
Presidenta del Comité Editorial

LIC. RUBÉN ORTIZ FRUTIS
Secretario Ejecutivo del Comité Editorial

D.G. VICTOR HUGO HUERTA GONZÁLEZ
Secretario Técnico del Comité Editorial

DR. JOSÉ ALEJANDRO SALCEDO AQUINO
Secretario General

DR. GUILLERMO GONZÁLEZ RIVERA
Coordinador del Programa de Estudios de Posgrado

DR. MAURICIO PILATOWSKY BRAVERMAN
Coordinador del Programa de Investigación

PROFRA. CARLA POVERO CANTU
Coordinadora del Centro de Idiomas Extranjeros

MTA. ROSALÍA VÁZQUEZ HERNÁNDEZ
Jefa de la División del Sistema de Universidad
Abierta, Educación Continua y a Distancia

LIC. SARA LUZ ALVARADO ARANDA
Jefa de la División de Humanidades

ARQ. JOSÉ LUIS BERMÚDEZ ALEJO
Jefe de la División de Diseño y Edificación

MTRO. MANUEL MARTÍNEZ JUSTO
Jefe de División de Ciencias Socioeconómicas

LIC. AÍDA MIRELES RANGEL
Jefa de la División de Ciencias Jurídicas

FIS. MAT. JORGE LUIS SUÁREZ MADARIAGA
Jefe de la División de Matemáticas e Ingeniería



DR. JOSÉ NARRO ROBLES

Rector

DR. SERGIO ALCOCER MARTÍNEZ DE CASTRO

Secretario General

DR. JOSÉ ALEJANDRO SALCEDO AQUINO

Director

DR. DARÍO RIVERA VARGAS

Secretario General

FIS. MAT. JORGE LUIS SUÁREZ MADARIAGA

Coordinador de Servicios Académicos

DR. ENRIQUE GARCÍA MOISÉS

Coordinador del Programa de Estudios de Posgrado

D.G. VICTOR HUGO HUERTA GONZÁLEZ

Jefe de la Unidad de Servicios Editoriales



**ASOCIACIÓN INTERNACIONAL
DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

DR. JORGE FERNÁNDEZ RUÍZ
Presidente

DR. MAHENDRA P. SINGH
Presidente Adjunto para Asia

DRA. JACQUELINE MORAND-DEVILLER
Presidenta Adjunta para Europa

DR. JOHN MILL ACKERMAN
Presidente Adjunto para América del Norte

DR. MARIANO BRITO
Presidente Adjunto para América del Sur

DR. HUGO HAROLDO CALDERÓN MORALES
Presidente Adjunto para Centro América

DR. ANDRY MATILLA CORREA
Presidente Adjunto para el Caribe

DR. MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA
Presidente del Foro Mundial de Jóvenes
Administrativistas

AÍDA

OPERA PRIMA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

*Revista de la Asociación Internacional
de Derecho Administrativo*

Jorge Fernández Ruiz
Director general

Augusto Sánchez Sandoval
Director técnico

Miguel Alejandro López Olvera
Director ejecutivo

Gabino E. Castrejón García
Director jurídico

David Cienfuegos Salgado
Director académico

Javier Santiago Sánchez+
Leticia Guadalupe García García
Director de relaciones públicas

Filiberto Otero Salas
Director de distribución

Federico Fabricio Santiago Sánchez
Director editorial

Luis Gerardo Rodríguez Lozano
Director de difusión

CONSEJO EDITORIAL

Manlio Fabio Casarín León
Presidente

José Araujo Juárez, Dafne Barak-Erez, Hugo Haroldo Calderón Morales, Germán Cisneros Farías, Agustín García López, Agustín Gordillo, Miriam Mabel Ivanega, Andry Matilla, Jacqueline Morand-Deviller, José René Olivos Campos, Rolando Pantoja Bauza, Luciano Parejo Alfonso, Juan Francisco Pérez Gálvez, Carlos del Piazzo, Cristian Pielow, Jaime Rodríguez-Arana, Libardo Rodríguez Rodríguez, Enrique Rojas Franco, Mahendra P. Singh, Eduardo Torres Espinosa, Patricia Vintimilla.

COMITÉ EDITORIAL

Daniel Márquez Gómez
Presidente

Jorge Abdó, Héctor Aldasoro Velazco, María Inés Aragón Salcido, Eugenio Arriaga Mayés, Adriana Berrueco García, María Guadalupe Fernández Ruiz, Carla Huerta Ochoa, María Guadalupe Márquez Olvera, Eliseo Muro Ruiz, Arturo Orendain González, Alfonso Román Quiroz, Jorge Enrique Romero Pérez, Lucila Silva Guerrero, Roberto Torres Herrera, Jorge Vargas Morgado, Sonia Venegas Álvarez, Lucinda Villareal Corrales, Miguel Ángel Zarazúa.

Número de reserva al título en Derechos de Autor: en trámite
Número de certificado de licitud de título: en trámite
Número de certificado de licitud de contenido: en trámite

Primera edición: 2010
DR © 2010, Asociación Internacional de Derecho Administrativo.
Impreso y hecho en México.
ISSN en trámite.

CONTENIDO

La legitimidad como criterio de juridicidad de la actuación de la administración pública	11
Juan Carlos BENALCÁZAR GUERRÓN	
El tratamiento del principio de la legalidad en las leyes de procedimiento administrativo de America latina.....	49
Allan R. BREWER-CARÍAS	
Cuestiones subyacentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina sobre la forma de los contratos administrativos. Realidades que desnudan una juridicidad pendiente	83
Isaac Augusto DAMSKY	
La trasposición en España de las normas de la Unión Europea sobre los recursos a interponer en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos	119
Alma Patricia DOMÍNGUEZ ALONSO y José Antonio MORENO MOLINA	
Crisi dell'ordine economico mondiale: tra mercato e regole	151
Giuseppe FRANCO FERRARI	
El concepto institucional de Administración pública en Venezuela	185
José Ignacio HERNÁNDEZ G.	

Administración pública y función registral.....	225
José Luis MEILÁN GIL	
El derecho constitucional a un medio ambiente sano.....	261
Henry Alexander MEJÍA	
Sobre algunas ineficacias del Estado en el subdesarrollo: El caso de México (2010)	301
Luis J. MOLINA PIÑEIRO	
La difícil y compleja construcción de un ordenamiento jurídico administrativo en Nicaragua.....	351
Karlos NAVARRO MEDAL	
Las leyes orgánicas en Ecuador: un estudio comparado.....	383
Rafael OYARTE MARTÍNEZ	
El conjunto mínimo de datos de los informes de la historia clínica en el Sistema Nacional de Salud español.....	421
Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ	
La mediación en el derecho administrativo.....	453
Jaime RODRÍGUEZ-ARANA	
Breve visión histórica hacia la reforma del contencioso administrativo en Panamá, con apoyo del derecho comparado	487
Edilberto VILLAR B.	
El perfeccionamiento del contrato administrativo	521
Juan Martín VOCOS CONESA	

EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD EN LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE AMÉRICA LATINA*

Allan R. BREWER-CARÍAS¹

SUMARIO: I. *El principio del sometimiento de la Administración al derecho.* II. *La regulación del procedimiento administrativo.*

Uno de los objetivos esenciales de las leyes de procedimiento administrativo en América latina ha

* Este trabajo lo he elaborado en homenaje al recordado amigo *Valentín Paniagua*, profesor de derecho administrativo en el Perú, a quien como Presidente de la República le correspondió promulgar el 10 de abril de 2001, la Ley No. 27.444 del Procedimiento Administrativo General, con la cual dicho país se incorporó en la corriente contemporánea de la codificación formal del procedimiento administrativo, cuyo antecedente remoto, sin embargo, puede situarse en el *Reglamento de Normas Generales de Procedimiento Administrativo* que se dictó también en el propio Perú, mediante Decreto Supremo N° 006-67-56 de 1967. Ese fue el primer cuerpo normativo en la materia en América latina, al cual luego siguieron diversas leyes de procedimiento administrativo, la primera de las cuales fue la Ley de Procedimientos Administrativos, Ley 19.549, de Argentina de 1972. El destino quiso que fuera precisamente el profesor *Valentín Paniagua*, cuya amistad personal me honró durante muchas décadas hasta su inesperado fallecimiento, quien mandara a publicar y a cumplir dicha Ley. Y quien mejor para ello, que un profesor de larga trayectoria académica tornado en jefe de Estado? Por ello, he elaborado este trabajo sobre el tema del tratamiento del principio de la legalidad en las leyes de procedimiento administrativo de América Latina, porque no sólo se trata de una formulación teórica del derecho administrativo, sino de un pilar fundamental del Estado de derecho y del régimen democrático que tanto defendió Paniagua, tanto en su país, como en toda la América Latina

¹ Profesor de la Universidad Central de Venezuela, Adjunct Professor of Law, Columbia Law School, New York (2006-2007)

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

sido el reforzamiento del principio de legalidad, es decir, el buscar asegurar el sometimiento de la Administración al derecho, de manera de garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la misma. Por ello precisamente, la Ley sobre Procedimiento Administrativo General del Perú de 2001, en el artículo IV, 1.1 del Título Preliminar dispone que:

Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Con esta disposición se precisa con claridad, no sólo que la Administración sólo puede actuar sometida al derecho, sino además dentro del preciso marco de las competencias que las normas le asignan, y siempre en acuerdo con los fines para los cuales le fueron conferidas dichas competencias. Este es el principio universal en la materia, y que puede analizarse en el ámbito de las leyes latinoamericanas, haciendo referencia a las modalidades del sometimiento de la Administración al derecho, y al significado que tienen las leyes de procedimiento administrativo en esa tarea.

I. EL PRINCIPIO DEL SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN AL DERECHO

1. *El sometimiento al derecho y sus fuentes*

El solo hecho de que se dicte una ley de procedimientos administrativos en un país puede considerarse como un enunciado formal de que la Administración tiene que someterse al derecho y, a su vez,

EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD...

de que ese sometimiento puede ser objeto de control por parte de los tribunales contencioso-administrativos. Se trata, nada más y nada menos, que de uno de los signos de afianzamiento del Estado de derecho.

Ese sometimiento al derecho, sin embargo, como principio del Estado de derecho, tiene diverso alcance según los órganos del Estado y los diversos actos estatales. Por ejemplo, las leyes dictadas por el Congreso o Parlamento y los *interna corporis* son actos estatales que sólo están sometidos a la Constitución en cuanto que se dictan en ejecución directa e inmediata de la misma; asimismo, los llamados "actos de gobierno" del Poder Ejecutivo son también actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, por lo que el derecho que los condiciona es el que contiene la Constitución. En esos casos, por ello, no puede haber una ley que se interponga entre la Constitución y un *interna corporis* o un acto de gobierno, ya que el ámbito de derecho aplicable a estos actos estatales está circunscrito a la Constitución. Por tanto, en general, el ámbito del derecho aplicable a los actos de los órganos del Estado depende de la posición del órgano que lo dicta en la jerarquía de las normas y de la forma en que emana en relación con la Constitución.

En cuanto a la actividad administrativa, ésta, al ser siempre de rango sublegal, por supuesto que está no sólo sometida a la Constitución sino también a todas las otras fuentes del ordenamiento jurídico, respetándose "la jerarquía normativa" de las fuentes, como lo indica la Ley de Procedimiento Administrativo de Honduras (1987) (art. 2) e, incluso, a las fuentes no escritas. De allí la importancia de los principios generales del derecho administrativo que han guiado la elaboración de las leyes de procedimiento administra-

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

tivo formulados inicial y paulatinamente a través de su aplicación jurisprudencial, y que han terminado siendo positivizados en las leyes.

Como consecuencia de ello, al analizar el sometimiento de la Administración al principio de legalidad, conforme a las leyes de procedimiento administrativo se constata que ya no se trata sólo de un principio general del derecho, pues el mismo tiene cada vez con más frecuencia y precisión, una expresión formal en los textos. Uno de estos enunciados está, por ejemplo, en la Ley No. 9784 que regula el procedimiento administrativo en la Administración pública federal de Brasil (1999), que impone como criterio a ser observado en los procedimientos administrativos, "la actuación conforme a la Ley y al derecho" (art. 2, Párrafo Único, I); y en el Reglamento de procedimiento administrativo de la Secretaría de la Comunidad Andina (1997), al disponer su artículo 5° que precisamente en virtud del *principio de legalidad*:

La Secretaría deberá someterse en su actuación a las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad" ajustándose a lo establecido "en el Acuerdo de Cartagena, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, y en las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (art. 8).

Otras leyes nacionales también enuncian este principio en forma expresa. Por ejemplo, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (1978) señala que: "La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico..." (art. 11,1); agregando en su artículo 13, que:

EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD...

La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.

Este principio de *legalidad* o de actuación en conformidad con el derecho, por tanto, implica que las actividades que realicen todos los órganos que ejercen el poder público y no sólo los que conforman la Administración pública, deben someterse a la Constitución y a las leyes. La consecuencia de ello, en un Estado de derecho, es que las actividades contrarias al derecho están sometidas al control tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción contencioso administrativa, cuyos tribunales pueden anularlos.

En relación con la Administración pública, la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela (2001) expresa formalmente el principio, vinculándolo a la competencia, para lo cual, además, precisa la jerarquía de las fuentes del derecho aplicable a la Administración, así:

Artículo 4º. La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a las personas.

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Se destaca de esta norma, como se dijo, la indicación formal de la jerarquía de las fuentes del derecho aplicables a la Administración: 1) la Constitución, 2) las leyes y 3) los actos administrativos normativos; y la referencia al principio teleológico de la sumisión a la ley, cuyo fin es la garantía y protección de las libertades públicas propias del régimen democrático. Las fuentes del derecho, además, para ser tales, deben haberse dictado formal y previamente a la actividad que se regule, lo que implica la proscripción de la retroactividad de la ley.

El principio de la *legalidad*, además, se erige como un principio en el cual se fundamenta la Administración pública, definiéndose en la Constitución venezolana (1999) como “el sometimiento pleno a la ley y al derecho” (art. 141), y en ese país es una de las misiones fundamentales de los órganos del poder ciudadano, consistente en velar por “la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado” (art. 274).

Adicionalmente, el artículo 8 de la mencionada Ley Orgánica de Venezuela recoge la previsión del artículo 7 de la Constitución del país, y precisa que “todos los funcionarios de la Administración pública están en la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución”. Toda autoridad, por tanto, deriva y debe ejecutarse conforme a la Constitución.

Por otra parte, la Ley General de Costa Rica, consagra en su propio texto no sólo la sujeción de la Administración a la ley escrita, sino también a las normas no escritas del ordenamiento jurídico. Incluso llega a enumerar con precisión y expresamente la jerarquía de las fuentes, las cuales el artículo 6,1 sujeta al siguiente orden:

- a) La Constitución Política;

EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD...

- b) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana;
- c) Las leyes y los demás actos con valor de ley;
- d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia;
- e) Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados; y
- f) Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas.

Además, en la citada Ley General de Costa Rica, se enumeran las siguientes fuentes no escritas: "la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho", que deben servir para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan (art. 7).

La Ley 27.444 del Perú puede decirse que culminó este proceso de positivización de las fuentes del derecho administrativo, como fuentes del procedimiento administrativo. Por una parte, indica que "el ordenamiento jurídico-administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del derecho" (art. V, Título Preliminar), consagrando así la autonomía del derecho administrativo para lo cual precisa, el mismo artículo V,1, que "el ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho". Por otra parte, enumera las siguientes fuentes del derecho administrativo:

- 2.1 Las disposiciones constitucionales
- 2.2 Los tratados y convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Na-

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

cional.

2.3 Las leyes y disposiciones de jerarquía equivalente

2.4 Los Decretos Supremos y demás normas reglamentarias de otros poderes del Estado.

2.5 Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos.

2.6 Las demás normas subordinadas a los reglamentos anteriores.

2.7 La jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas.

2.8 Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.

2.9 Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas.

2.10 Los principios generales del derecho administrativo.

Sin embargo, en cuanto a la jurisprudencia, a los precedentes, a las consultas interpretativas y a los principios generales del derecho administrativo, la ley peruana señala que: "sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento

EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD...

positivo al cual se refieren". (art. V, 3, título preliminar).

Por otra parte, para completar el proceso de positivización del principio de la legalidad, el artículo 8 de la ley general de Costa Rica agrega también este enunciado:

El ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo.

Con ello también encuentra consagración en el derecho positivo el enunciado del principio del necesario equilibrio entre el poder de la Administración (la eficiencia de la Administración) y los derechos de los particulares.

Aparte de esto, la ley costarricense señala otros principios a los cuales queda sometida la Administración, como son los relativos al servicio público, "para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios" (art. 4).

Ahora bien, este principio del sometimiento de la Administración al derecho encuentra en este conjunto de leyes una consagración expresa en tres aspectos que hay que destacar: en primer lugar, en el carácter siempre sublegal de la actividad de la Administración y del acto administrativo; en segundo lugar, en la regulación misma del régimen de los procedimientos, que tiene carácter obligatorio, proscribiéndose las vías de hecho; y, en tercer lugar, aún cuando no haya regulación general del procedimien-

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

to, en la importancia del principio del paralelismo de las formas como un elemento que debe guiar la actuación de la Administración.

2. *El carácter sublegal de la actividad administrativa*

A. *El respeto a la legalidad*

Toda actividad administrativa es de carácter y rango sublegal; por ello, el acto administrativo se distingue del acto de gobierno del poder Ejecutivo y de los actos del Parlamento, que son siempre de rango legal, por ser dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y sometidos, por tanto, al solo control de la Jurisdicción Constitucional. En cambio, los actos administrativos, al ser siempre de rango sublegal, están sometidos al control de la conformidad con el derecho (y no sólo con la Constitución) que ejercen los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora bien, el carácter sublegal de la actividad administrativa que implica el sometimiento o sujeción de la Administración a la ley, exige precisar el esquema de relaciones entre la ley y el acto normativo de la Administración que es el reglamento.

En tal sentido puede decirse que con carácter general en América latina, al contrario de lo que sucede en el sistema constitucional francés, no hay áreas normativas reservadas a la Administración. La función normativa por excelencia corresponde al Legislador, órgano que tiene la posibilidad de ejercer su potestad normativa con los solos límites constitucionales. Por tanto, el principio del derecho constitucional francés de la existencia de áreas reservadas al poder Ejecutivo para ser reglamentadas, que limitan la potestad

EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD...

reguladora del parlamento, no existe en América latina. Al contrario, en nuestros países, la potestad normativa del legislador en principio es ilimitada en cuanto a las materias que puede abarcar, por lo que puede regular todo dentro del marco de la Constitución. Es decir, la competencia normal de carácter normativo corresponde al parlamento, no habiendo áreas reservadas al reglamento; al contrario, lo que sí puede haber y existen son áreas reservadas al legislador, lo que configuran la reserva legal como limitación a la potestad reglamentaria.

En consecuencia, el primer principio que deriva del carácter sublegal de la actividad administrativa es el del necesario respeto a la ley; cuyo antecedente normativo, en todo caso, se encuentra en la legislación española, específicamente en la vieja y ya derogada Ley de Procedimientos Administrativos (1957), que estableció el principio de que "la Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes..." (art. 57). En sentido similar, la ley de Honduras precisa que los órganos de la Administración no pueden, mediante actos de carácter general "alterar el espíritu de la ley, variando el sentido y alcance de ésta" (art. 40, a). Esta ha sido un principio tradicional del constitucionalismo venezolano que impone a la potestad reglamentaria el límite de que con ella no se puede "alterar el espíritu, propósito y razón de la Ley" (art. 236,10).

B. El respeto a la reserva legal

De lo anterior resulta, por tanto, que si bien no existen áreas de regulación normativa reservadas al reglamento, que siempre está sometido y subordinado a la ley; en cambio, sí existen áreas que están reservadas al legislador, que implican una limitación a la

ALLAN R. BREWER-CARIÁS

potestad reglamentaria y al acto administrativo normativo. Estas áreas de la reserva legal derivan tanto de principios constitucionales como de normas expresas de la Constitución.

En efecto, no es infrecuente encontrar en las Constituciones reservas legislativas expresas, por ejemplo, en materia de organización administrativa, como sucede en el caso venezolano, donde la Constitución precisa, por ejemplo, que "La Ley determinará lo relativo a la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República..." (art. 290); o que "La organización de los Municipios y demás entidades locales se regirá... por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que en conformidad con aquéllas dicten los Estados" (art. 169). Por lo tanto, en materia de organización, en estos casos, es la Constitución la que establece expresamente la reserva legal.

Estas materias de reserva legal, por tanto, no pueden ser objeto de regulación mediante reglamentos. Como lo precisa la ley de Honduras, los órganos de la Administración no pueden mediante actos de carácter general, "regular, salvo autorización expresa de una Ley, materias que sean de la exclusiva competencia del Poder Legislativo" (art. 40, b).

En otros casos, la reserva legal deriva de principios constitucionales que comienzan a encontrar su expresión positiva en las leyes. En efecto, las áreas reservadas al legislador y que implican un límite a la potestad reglamentaria normativa, derivan de tres ámbitos clásicos de regulaciones constitucionales: el régimen de los derechos y garantías constitucionales, es decir, la limitación de los derechos humanos; el establecimiento de sanciones e infracciones; y el

EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD...

establecimiento de tributos y contribuciones; todas áreas de regulación reservadas al Legislador.

Estos ámbitos de reserva legal, si bien se han ido construyendo por la jurisprudencia, es decir, tanto por el juez contencioso administrativo como por el juez constitucional, paulatinamente han comenzado a encontrar su expresión concreta en textos normativos, como las leyes de procedimientos administrativos.

En particular, en cuanto al régimen de derechos y garantías constitucionales, la Ley General de la Administración de Costa Rica establece que: el mismo "está reservado a la ley." (art. 19,1).

En el caso de Venezuela, en cuanto al régimen sancionatorio e impositivo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1982) establece que:

Ningún acto administrativo podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes, crear impuestos u otras contribuciones de derecho público, salvo dentro de los límites determinados por la Ley (art. 10).

En esta forma se regula la reserva legal en materia de sanciones, lo cual se corrobora en la ley de Honduras, que establece que los órganos de la Administración no pueden, mediante actos de carácter general, "establecer penas, ni prestaciones personales obligatorias, salvo aquellos casos en que expresamente lo autorice la Ley" (art. 40, c).

En sentido similar, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica dispone que:

Los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni im-

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

poner penas, exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares (art. 124).

Se encuentran así, en la legislación de Costa Rica, las tres clásicas áreas constitucionales de reserva legal consagradas en forma expresa en la ley general: el régimen de los derechos constitucionales, el régimen de las sanciones e infracciones, y el régimen de los tributos o exacciones, que sólo pueden establecerse por ley.

II. LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. *El régimen legal del procedimiento*

A. *El ámbito de aplicación*

Otro signo del desarrollo legislativo del principio del sometimiento de la Administración al derecho es el hecho de la regulación formal expresa del procedimiento mismo, lo que ha dado origen a un cuerpo de enunciados sobre el ámbito de aplicación de estas leyes, basado en su obligatoria aplicación y acatamiento; habiendo incluso algunas leyes, como la Ley 27.444 del Perú, definido el propio procedimiento administrativo, como:

Conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados (art. 29).

EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD...

a. *El principio de la generalidad*

El principio fundamental que rige en esta materia es el de la generalidad, es decir, dictada una ley de procedimiento administrativo, ésta establece un régimen básico, común (de allí la nueva denominación de la ley española como ley de "Régimen Común") o general (de allí la denominación de la ley peruana) que se aplica a toda la Administración pública, salvo excepciones siempre expresas.

Por supuesto, hablar de la Administración pública exige precisar si ésta debe definirse desde el punto de vista orgánico o funcional, y lo cierto, en general, es que las leyes de procedimiento administrativo han optado por un criterio orgánico para definir su ámbito de aplicación, siendo la excepción la definición de dicho ámbito de aplicación mediante criterios funcionales.

Esta excepción se da, sin embargo, en el caso de Brasil y Colombia. La ley de Brasil, en efecto, prescribe que los preceptos de la misma "se aplican a los órganos de los Poderes Legislativos o Judicial de la Unión, cuando desempeñen la *función administrativa*" (art. 1, Parágrafo 1º). Por su parte, en Colombia, el Código Contencioso Administrativo (1984), en el libro sobre Procedimientos Administrativos, prescribe que sus normas se aplican al *ejercicio de la función administrativa*, sea cual sea el órgano o entidad que la ejerza: puede tratarse de los órganos de todas las ramas del poder público, de entidades descentralizadas, de órganos desconcentrados de rango constitucional y de entidades privadas "cuando unos y otros cumplan funciones administrativas" (art. 1).

Por ello, la definición del ámbito de aplicación del código de Colombia es funcional; sea quien sea que ejerza la función administrativa se rige por sus nor-

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

mas, trátase de un órgano del Congreso, de la Administración, o de las entidades particulares cuando dictan actos administrativos.

En esta misma orientación se ubica la ley del Perú, en la cual si bien se dispone que "será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública", la misma entiende por "entidad" o "entidades" de la Administración pública para los fines de su aplicación, las siguientes:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerio y Organismos Públicos Descentralizados;
2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y
8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia (art. 1).

Esta norma se complementa con lo dispuesto en el artículo II, según el cual la ley "regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades" (art. II, 1, título preliminar).

EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD...

Pero, como antes se dijo, esta definición funcional es excepcional, en cuanto al ámbito de aplicación de las leyes de procedimiento administrativo, pues en el resto de los países latinoamericanos se ha optado por el criterio orgánico. Normalmente se aplican a la Administración pública centralizada como sucede en la Ley de Venezuela (art. 1º), en el decreto 500/991 sobre Normas Generales de actuación administrativa y regulación del procedimiento en la Administración Central de Uruguay (1991) (art. 1º), en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de México (art. 1º) y en la Ley argentina de Procedimientos administrativos (art. 1º); y en algunos casos, la aplicación de las leyes se extiende a la Administración pública descentralizada funcionalmente, como sucede en las leyes de Venezuela y Argentina.

b. *El principio de extensión*

Ahora bien, una consecuencia del criterio orgánico para precisar el ámbito de aplicación de las leyes de procedimiento administrativo, es la previsión en general, en su texto, de la posibilidad de extensión de su aplicación a otros órganos no comprendidos en dicho ámbito orgánico, como norma supletoria, siempre que haya posibilidad de su aplicación.

En aquellos países con un régimen federal, por ejemplo, Argentina, Brasil, México y Venezuela, la distribución territorial del poder público en forma vertical hace que los órganos políticos de los estados o provincias y municipales tengan autonomía, incluso para regular los procedimientos administrativos, no existiendo una sola y general ley nacional de procedimientos administrativos. Por ello, en México y en Brasil, la ley se denomina "ley federal" de procedimientos administrativos, para distinguirla de las

ALLAN R. BREWER-CARIAS

leyes de cada uno de los estados o provincias de la federación sobre procedimientos administrativos. En el caso argentino, la "ley nacional" de procedimientos administrativos es distinta e independiente de las leyes provinciales sobre procedimientos administrativos, las cuales, incluso, históricamente son anteriores a la ley nacional.

En el caso de Venezuela sucede lo mismo: siendo la forma del Estado la de un Estado federal, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos nacional en principio no está destinada a los estados y municipios, entidades que en principio tienen autonomía normativa para regular sus propios procedimientos administrativos. Sin embargo, por el principio de la extensión, la propia ley orgánica nacional señala que las disposiciones de la misma rigen respecto de los estados y municipios, "en cuanto les sea aplicable" (art. 1º). En esta forma, a través de este principio de extensión se permite, a nivel de los principios del procedimiento, controlar la legalidad de la actuación de los estados y los municipios, hayan ellos dictado o no sus propias leyes u ordenanzas sobre procedimientos administrativos, lo que por la tendencia centralizadora ha sido excepcionalísimo.

En Venezuela, incluso, el principio de extensión condujo a prever la aplicabilidad de la ley orgánica a lo que eran las administraciones públicas funcionalmente autónomas de rango constitucional, como la Contraloría General de la República, el Consejo de la Judicatura y el Ministerio Público; entidades que han sido configuradas, en la Constitución de 1999, como órganos que forman parte de la penta división del poder público. Por ello, a la Contraloría General de la República y a la Fiscalía General de la República habría que agregar, entre esas entidades a las cuales se debería aplicar la Ley "en cuanto su nor-

EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD...

mativa les sea aplicable", a la Defensoría del Pueblo, al Consejo Nacional Electoral e, incluso, a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, creada con la eliminación del Consejo de la Judicatura.

Puede decirse, que este principio de la extensión ha adquirido una nueva dimensión en la Constitución venezolana de 1999 al haber establecido no sólo la forma federal del Estado sino al haber dispuesto a nivel nacional (poder público nacional) la antes mencionada penta división del poder público (legislativo, ejecutivo, judicial, ciudadano y electoral) y haber regulado en el propio texto constitucional algunos aspectos de la Administración pública. En efecto, la Constitución de 1999 contiene un extenso título IV relativo al "Poder Público", cuyas normas se aplican a todos los órganos que ejercen el poder público tal como lo indica el artículo 136: en su distribución vertical o territorial (poder municipal, poder de los estados y poder nacional); y, en el nivel nacional, en su distribución horizontal (legislativo, ejecutivo, judicial, ciudadano y electoral).

En dicho título se incorporó una sección relativa a "la Administración Pública", cuyas normas se aplican a todos los órganos y entes que ejercen esos poderes públicos. De allí que lo primero que debe determinarse es cuáles son los órganos estatales que ejercen el poder público y que pueden considerarse como tal "Administración Pública".

Ante todo, por supuesto, están los órganos de los diversos niveles territoriales del poder público (nacional, estados y municipal) que ejercen el poder Ejecutivo. En consecuencia, las normas que contiene la sección se aplican a todas las "Administraciones Públicas" *ejecutivas* de la República (Administración pública nacional), de los estados (Adminis-

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

tración pública “estadal”), de los municipios (Administración pública municipal) y de las otras entidades políticas territoriales que establece el artículo 16 de la Constitución, entre las cuales se destacan los distritos metropolitanos cuyos órganos ejercen el poder municipal.

Pero la Administración pública del Estado venezolano, en los tres niveles territoriales de distribución vertical del poder público, no se agota en los órganos y entes de la Administración pública *ejecutiva* (que ejercen el poder Ejecutivo), pues también comprende los otros órganos de los poderes públicos que desarrollan las funciones del Estado de carácter sublegal. En tal sentido, en el nivel nacional, los órganos que ejercen el poder Ciudadano (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República y Defensoría del Pueblo) y el poder Electoral (Consejo Nacional Electoral), sin la menor duda son órganos que integran la Administración pública del Estado, organizados con autonomía funcional respecto de los órganos que ejercen otros poderes del Estado. En cuanto a los órganos que ejercen el poder Judicial, los que conforman la Dirección Ejecutiva de la Magistratura mediante la cual el Tribunal Supremo de Justicia ejerce la dirección, gobierno y Administración del poder Judicial, también son parte de la Administración pública del Estado.

En consecuencia, en los términos de la sección segunda del título IV de la Constitución de Venezuela, la Administración pública del Estado no sólo está conformada por órganos que ejercen el poder Ejecutivo, sino por los órganos que ejercen el poder Ciudadano y el poder Electoral, y por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura que en ejercicio del poder Judicial tiene a su cargo la dirección, el gobierno y la Administración del poder Judicial.

EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD...

Para desarrollar los principios constitucionales relativos a la Administración pública, se ha dictado la mencionada Ley Orgánica de la Administración Pública (2001), la cual, como lo indica su artículo 1º, tiene por objeto general:

- 1º) Establecer los principios y bases que rigen la organización y el funcionamiento de la Administración Pública;
- 2º) Establecer los principios y lineamientos de la organización y funcionamiento de la Administración Pública Nacional y de la Administración descentralizada funcionalmente;
- 3º) Regular los compromisos de gestión;
- 4º) Crear mecanismos para promover la participación y el control sobre las políticas y resultados públicos; y
- 5º) Establecer las normas básicas sobre los archivos y registros públicos.

Siendo una ley nacional, por supuesto, sus disposiciones son básicamente "aplicables a la Administración Pública Nacional" (art. 2). La ley, sin embargo, no define qué ha de entenderse por ello; pero de su normativa se deduce que abarca la Administración pública que conforman los órganos que ejercen el poder Ejecutivo nacional y aquéllos que conforman la Administración pública nacional descentralizada sometida al control de aquél, con forma de derecho público.

En cuanto a la Administración pública que conforman los demás órganos del poder público nacional, es decir, los que a nivel nacional ejercen el poder Judicial, el poder Ciudadano y el poder Electoral, las disposiciones de la ley orgánica sólo se les aplican "supletoriamente" (art. 2). En cuanto a los órganos

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

que ejercen el poder Legislativo, respecto de las funciones administrativas que realicen, conforme al artículo 2 de la ley orgánica, también se les podrán aplicar sus disposiciones supletoriamente.

En relación con los órganos de los poderes públicos que derivan de la distribución territorial del poder público, conforme al artículo 2 de la Ley Orgánica de la Administración Pública "los principios y normas [de la ley orgánica] que se refieran en general a la Administración Pública, o expresamente a los Estados, Distritos metropolitanos y Municipios, serán de obligatoria observancia por éstos, quienes desarrollarán los mismos dentro del ámbito de sus respectivas competencias".

En cuanto a las demás regulaciones de la ley orgánica, rige el mismo principio de su posible aplicación supletoria a las administraciones públicas de los estados y municipios (art. 2).

c. Los procedimientos excluidos

Como excepción al principio de la generalidad, muchas leyes de procedimiento administrativo establecen excepciones expresas y precisas respecto de su aplicabilidad a determinados procedimientos. En Venezuela, por ejemplo, quedan excluidos de la aplicación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, "los procedimientos concernientes a la seguridad y defensa del Estado" (art. 106).

En sentido similar, el código colombiano precisa que sus normas:

No se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza, requieren decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público

EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD...

en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas. (art. 1).

En Colombia también se excluyen de la aplicación del código los procedimientos "para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción" (art. 1).

En Argentina, en esta materia, la Ley de Procedimientos Administrativos autoriza al poder Ejecutivo para dictar el procedimiento administrativo que regirá respecto de los organismos militares y de defensa y seguridad, a propuesta de éstos, adoptando los principios básicos de la ley y su reglamento. (art. 2).

En México, la ley federal establece una amplia exclusión de su aplicabilidad, al disponer que la misma no será aplicable a:

Las materias de carácter fiscal, financiero, responsabilidades de los servidores públicos, electoral, competencia económica, justicias agraria y laboral, así como al Ministerio Público en ejercicio de sus funciones constitucionales. (art. 1).

B. Los procedimientos especiales y el principio de supletoriedad

Otro principio derivado de la regulación del procedimiento administrativo es el principio de supletoriedad vinculado al régimen de los procedimientos especiales.

En efecto, en todas las leyes de procedimiento administrativo se señala que pueden haber procedimientos especiales, que serían los aplicables en el caso concreto, conforme al principio de la especiali-

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

dad. Paralelamente, sin embargo, se regula el principio de la supletoriedad, en el sentido de que en estos procedimientos especiales se aplica el régimen general de la ley, en todo lo no regulado en los referidos procedimientos especiales.

Es el caso del código colombiano, en cuyo artículo 1° se prescribe que los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales, se rigen por éstas y, en todo lo no previsto en ellas, se aplican las disposiciones del código. En igual sentido, el régimen venezolano de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos señala que si hay procedimientos regulados en leyes especiales, estos se aplican con preferencia al procedimiento ordinario previsto en la ley, en las materias de su especialidad (art. 47). La supletoriedad también la regula con precisión la ley peruana, al disponer que los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia:

Se rigen supletoriamente por la presente ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto (art. II, 2).

En esta forma, el principio supletorio es un rasgo común de estas leyes de procedimiento administrativo, que también recogen las leyes de México (art. 2), de Argentina (art. 2), de Brasil (art. 68) y de Honduras (art. 2).

C. El régimen supletorio del procedimiento civil

Otro principio general supletorio que se puede identificar en el régimen de las leyes de procedimiento

EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD...

administrativo, es el relativo a la aplicabilidad de las normas procesales generales respecto de los procedimientos administrativos. Entre las leyes de procedimiento administrativo que regulan este aspecto están las de Costa Rica, México, Honduras y Perú. En efecto, la ley general de Costa Rica destinada a regular los procedimientos que se desarrollan ante la Administración, precisa que en ausencia de disposición expresa de su texto se deban aplicar "supletoriamente", en lo que fueren compatibles, las otras leyes que contengan normas procesales, que son, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el Código de Procedimiento Civil (art. 229). En sentido similar, el artículo 150 de la ley de Honduras dispone que:

Artículo 150. Para la resolución de cuestiones no previstas expresamente en esta Ley, serán de aplicación supletoria los principios generales del procedimiento administrativo y, en su defecto, las normas del Código de Procedimientos Civiles siempre que no fueren incompatibles con el régimen establecido por la misma.

En el Perú, la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que "la regulación propia del derecho procesal civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo" (art. IV,2); y en México, la ley federal también prescribe que el Código Federal de Procedimientos Civiles se aplicará, supletoriamente a esta ley, en lo conducente (art. 2). Este, en todo caso, ha sido uno de los temas tradicionalmente más discutidos en relación al régimen procesal administrativo. Las leyes administrativas están regidas por el principio del informalismo y el principio de la flexibilización de la acción adminis-

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

trativa, por lo que, como principio, el código de procedimiento civil no debería aplicarse al procedimiento administrativo. Incluso en países como Venezuela, los tribunales contencioso-administrativos han tenido un rechazo sistemático respecto de admitir la aplicación de los principios del código de procedimiento civil al procedimiento administrativo, precisamente, entre otros factores, por los principios del informalismo y antiritualismo que deben regir al procedimiento administrativo.

Por ello, en los casos de Costa Rica y de México, donde sí se remite expresamente al código de procedimiento civil para lo no previsto en la ley, podría identificarse una fuerte contradicción entre el anti-formalismo del procedimiento administrativo y el excesivo formalismo que caracteriza las normas de procedimiento civil.

D. El principio de exclusividad

Ahora bien, regulado un procedimiento administrativo, sea en una ley especial o en una ley general de procedimiento administrativo, dicho procedimiento es el que debe aplicarse exclusivamente, siendo el único válido y admisible.

Por tanto, una vez regulado un procedimiento administrativo, puede decirse que queda eliminado todo ámbito de discrecionalidad de la Administración respecto de poder escoger o aplicar un procedimiento cualquiera.

Este es uno de los principios claves derivados de la garantía de los particulares frente a la Administración, el que exclusivamente se aplique el procedimiento que regula la ley, no teniendo el funcionario poder discrecional alguno para aplicar cualquier

EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD...

otro procedimiento. Lo contrario atentaría contra el régimen mismo del procedimiento.

Por tanto, como garantía de los particulares, en materia de procedimiento administrativos, el principio de exclusividad conduce, en relación a la Administración al principio de obligatoriedad.

2. *La obligatoriedad del procedimiento*

A. *El principio de la imperatividad*

En efecto, regulado legalmente un procedimiento, el mismo es de obligatoria aplicación. Así lo señala la ley federal mexicana, al prescribir que las disposiciones sobre procedimiento administrativo:

Son aplicables a la actuación de los particulares ante la Administración Pública Federal, así como a los actos a través de los cuales se desenvuelve la función administrativa. (art. 12)

Sin embargo, en las leyes de procedimiento administrativo se pueden identificar algunos supuestos en los que si bien se regula el procedimiento administrativo, el mismo podría no ser obligatorio. Es el caso, por ejemplo, de procedimientos que no afecten a los particulares. El procedimiento administrativo en último término, es una garantía de los particulares, por lo que, en definitiva, como lo señala la ley de Honduras, los órganos y entidades de la Administración pública:

Estarán sujetos a la presente Ley, cuando declaren, reconozcan o limiten los derechos de los particulares (art. 1).

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Por su parte, la ley general de Costa Rica también establece expresamente, en su artículo 308, que el procedimiento ordinario que regula, será de observancia obligatoria en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Si el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos; y
- b) Si hay contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente.

Por ello, también agrega la ley general de Costa Rica que el trámite que regula, se aplica "cuando el acto final haya de producir efectos en la esfera jurídica de otras personas" (art. 215), es decir, pueda causar perjuicios o afectar a otros particulares, o cuando exista una contradicción o participación de particulares.

B. Las clases de procedimiento

Lo antes dicho permite distinguir los procedimientos administrativos según sus efectos y, entre ellos, los que afecten a los particulares y los que no los afecten, de lo que deriva su obligatoriedad.

Por ello, si el procedimiento es de efectos internos exclusivamente respecto de los órganos de la Administración, la ley de Costa Rica prescribe que la Administración puede regularlo discrecionalmente. En consecuencia, la obligatoriedad es total cuando el procedimiento implique actos o acciones que vayan

EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD...

a afectar a los administrados, como lo señala la ley de Honduras. Al contrario, cuando ésta afectación a los particulares no existe, la Administración tendría la libertad de escoger cualquier otra modalidad de procedimiento.

Una excepción a la obligatoriedad se encuentra en la ley federal mexicana cuando se refiere a aquellos casos en que "medie una situación de emergencia o urgencia, debidamente fundada y motivada", supuesto en el cual la autoridad puede emitir el acto administrativo sin las formalidades del procedimiento, pero siempre respetando las garantías individuales (art. 61). Con ello, en situaciones excepcionales podría obviarse el principio de la obligatoriedad, así como también el procedimiento, y dictarse el acto sin regirse por la norma preestablecida, pero siempre respetando las garantías de los particulares.

C. *El principio de la responsabilidad*

La obligatoriedad del procedimiento trae como consecuencia, en todas las leyes, la aplicación del principio de la responsabilidad. En consecuencia, la mora o la no aplicación del procedimiento o trámites compromete la responsabilidad tanto de la Administración como del funcionario.

Así está expresamente regulado en la ley venezolana (art. 6), en el código colombiano y en la ley peruana. En la primera, se declara responsable al funcionario por "retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier disposición, procedimiento, trámite o plazo" establecido en la ley (art. 100); y en el código de Colombia se destina uno de los títulos del libro primero a la responsabilidad del funcionario por no aplicar el procedimiento administrativo en la forma legalmente prescrita. (arts. 76 a 79). La responsabi-

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

lidad disciplinaria, en estos casos, en general, origina la aplicación de sanciones pecunarias como se dispone en el art. 151 de la ley de Honduras; en el art. 68 de la ley de Brasil; y en el art. 100 de la ley de Venezuela.

En la ley del Perú, además, se detallan los supuestos de responsabilidad de los funcionarios por falta administrativa en el procedimiento administrativo, en los siguientes casos:

1. Negarse a recibir injustificadamente solicitudes, recursos, declaraciones, informaciones o expedir constancia sobre ellas.
2. No entregar, dentro del término legal, los documentos recibidos a la autoridad que deba decidir u opinar sobre ellos.
3. Demorar injustificadamente la remisión de datos, actuados o expedientes solicitados para resolver un procedimiento o la producción de un acto procesal sujeto a plazo determinado dentro del procedimiento administrativo.
4. Resolver sin motivación algún asunto sometido a su competencia.
5. Ejecutar un acto que no se encuentre expedido para ello.
6. No comunicar dentro del término legal la causa de abstención en la cual se encuentre incurso.
7. Dilatar el cumplimiento de mandatos superiores o administrativo o contradecir sus decisiones.
8. Intimidar de alguna manera a quien desee plantear queja administrativa o contradecir sus decisiones.
9. Incurrir en ilegalidad manifiesta.
10. Difundir de cualquier modo o permitir el

EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD...

acceso a la información confidencial.

En la ley de Honduras, por su parte, se regula el procedimiento de queja ante el superior inmediato del presunto responsable, en relación con "los retrasos injustificados o defectos de tramitación durante el procedimiento", a los efectos de la determinación de la responsabilidad disciplinaria, con intervención de la Contraloría General de la República (art. 117). La ley del Perú también regula en detalle el procedimiento de queja contra los defectos de tramitación (art. 158).

3. *El principio del paralelismo de las formas*

Un principio que también se debe indicar como consecuencia de la regulación del procedimiento administrativo, es el principio del paralelismo de las formas.

Es decir, regulado un procedimiento para la producción de un acto administrativo, cualquier modificación posterior del acto dictado, aun cuando no esté regulada expresamente, debe seguir las mismas formas y formalidades prescritas para su producción inicial. Este principio puede tener una aplicación importante, porque muchas veces el ordenamiento sólo regula el procedimiento para la emisión del acto, pero no sus modificaciones. El principio del paralelismo de las formas obliga a que las modificaciones también se rijan por los mismos principios que guiaron la emisión.

La consagración de este principio, por ejemplo, está en la ley del Perú, la cual al regular la potestad de la Administración para rectificar los errores materiales o aritméticos en los actos administrativos indica que "la rectificación adopta las formas y modalidades de

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

comunicación o publicación que corresponda para el acto original" (art. 201,2).

En todo caso, se trata de un principio que ha sido admitido por la jurisprudencia con mucha frecuencia, el cual puede conducir a nuevos ámbitos de control de la legalidad.

4. *La proscripción de las vías de hecho*

La consecuencia de la regulación del procedimiento y del necesario sometimiento a la ley que lo regula es la necesidad de que la Administración, en su actuación, tenga que seguir siempre las vías legales. La consecuencia de esto es que quedan proscritas las vías de hecho, las cuales existirían en toda actuación de la Administración que se aparte del procedimiento legalmente establecido o cuando la Administración pretenda adoptar una decisión sin que exista un acto previo que la autorice.

Este principio se encuentra regulado, por ejemplo, en la ley orgánica venezolana, en materia de ejecución de actos administrativos, al establecer que:

Ningún órgano de la Administración podrá realizar actos materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares, sin que previamente haya sido dictada la decisión que sirva de fundamento a los actos. (art. 78)

En sentido similar, la ley de Honduras prescribe que:

Ninguna actuación material que limite derechos de los particulares podrá iniciarse sin que previamente haya sido adoptada y legalmente

EL TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD...

comunicada la decisión que le sirva del fundamento jurídico (art. 20).

Por ello, la actuación de la Administración mediante actos materiales se considera como una vía de hecho si no tiene su fundamento en un acto administrativo formal previo de la propia Administración.

En el caso de la legislación argentina, la regulación de las "vías de hecho" es expresa al imponer a la Administración la abstención de "comportamientos que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucionales" (art. 9,a).

Incluso, en la ley argentina se califica como "vía de hecho" la actuación consistente en poner en ejecución un acto administrativo cuando está pendiente algún recurso administrativo de los que impliquen efectos respecto de la ejecución del acto; o cuando habiéndose resuelto, no hubiere sido notificado (art. 9,b).