ALGUNOS ASPECTOS DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD EN VENEZUELA *

Allan R. Brewer-Carías
Profesor Emérito en la Universidad Central de Venezuela

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

Palabras clave: control judicial de la Administración Pública, discrecionalidad

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

Keywords: judicial review of the Administration, administrative discretion.

Recibido: 1 de julio de 2016 Aceptado: 6 de julio de 2016

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

Sumario

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

Introducción

El control judicial de la discrecionalidad es, sin duda, una de las manifestaciones más destacadas del aÀanzamiento del principio de la legalidad en los Estados democráticos, donde se ha podido desarrollar una Jurisdicción contencioso administrativa autónoma e independiente capaz de enfrentar el poder de la Administración, y proteger los derechos de los administrados frente a la arbitrariedad administrativa[1]. Ese control es una de las manifestaciones más destacadas del proceso experimentado por el derecho administrativo contemporáneo de lo que Eduardo García de Enterría denominó la lucha contra las "inmunidades de poder" donde tradicionalmente se había enmarcado precisamente el poder discrecional[2], cuyo desarrollo ha correspondido a los jueces contencioso administrativos.

1 Sobre los poderes discrecionales y sus límites, véase Allan R. Brewer-Carías, Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, Caracas 1964, p. 52 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, Fundamentos de la Administración Pública, Tomo I, Caracas 1980, pp. 203-222; J. M. Hernández Ron, "La potestad administrativa discrecional" en Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Nos. 35-36, Caracas 1943, p. 8; y Allan R. Brewer-Carías, "Los límites al poder discrecional de las autoridades administrativas" en Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Caracas 1966, pp. 255-278 y en Revista de la Facultad de Derecho, UCAB, Nº 2, Caracas 966, pp. 9-35;

2 Véase el clásico trabajo de Eduardo García de Enterria, "La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", Revista de Administración Pública, Nº 38, Madrid 1962, pp. 159 a 205.

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

Ello fue así en Venezuela durante la segunda mitad del siglo pasado, cuando la jurisdicción contencioso administrativa pudo desarrollarse y pudo controlar con total libertad la legalidad de la actuación de la Administración, y pudo limitar la arbitrariedad de los funcionarios. Es a ese período al cual me referiré en estas líneas, en el cual se Àjaron las bases del control judicial de la discrecionalidad. Ello, lamentablemente no está garantizado en la actualidad debido al régimen autoritario que se ha instalado en el país desde 1999, y cuya manifestación más trágica ha sido precisamente el sometimiento de la totalidad del Poder Judicial al Poder Ejecutivo, y en particular, de la Jurisdicción contencioso administrativa, la cual ha sido despojada de toda autonomía e independencia[4].

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

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

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

distintas: una, la de precisión o determinación de lo que no sea discrecional, y sobre lo que se extiende, como es lógico, la jurisdicción; y una segunda fase, la de control –en la medida de lo posible– de lo que sí es discrecional" [5]. Para ello, por supuesto, hay que partir de la determinación de cuándo en la actividad administrativa se está en presencia de una actividad que pueda caliÀcarse de discrecional, en cuyo ejercicio precisamente es donde puede manifestarse la arbitrariedad que pueda ser controlada por el juez [6].

i. a Lgo sobre La actiVidad discrecionaL de La administración y sus Límites

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

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

5 Véase Alejandro Nieto, "Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria", Revista de Administración Pública, Nº 44, Madrid 1964, p. 153.

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

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

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

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

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

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

7 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 22, Caracas 1958, p. 133.

8 Véase sentencia de la Antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 1, Caracas 1953, p. 151.

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

Entendida en esta forma, la actividad discrecional de la Administración es indispensable para que ésta pueda realizar actividades en procura del interés general y lograr sus fines de un modo cabal, porque la ley no puede prever y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en la sociedad. De ahí que, en muchos casos, la ley se limite a determinar normas que Àjan 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 [10].

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

9 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 26 de noviembre de 1959 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 26, Caracas 1959, p. 125.

10 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 22, Caracas 1958, p. 133.

11 Véase Manuel Ballbé, "Derecho Administrativo" en Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona 1949, p. 64 cit. por M. F. Clavero Arévalo, "La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico", Revista de Administración Pública, Nº 7, Madrid 1952, p. 89.

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

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

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

12 Véase sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Federal de 11 de agosto de 1949 en Gaceta Forense, 1ª etapa (Segunda Edición), Año I, Nº 2, Caracas 1949, p. 140.

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

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

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

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

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

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

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

artículo 132.1 relativa, al objeto del acto administrativo, al prescribir que debe ser "proporcionado al Àn legal" del acto.

Es difícil, ciertamente, encontrar otro ejemplo de legislación positiva en el mundo con normas tan precisas y ricas en su contenido, para que los jueces puedan controlar el ejercicio del poder discrecional[14], con precisas referencias a los principios de razonabilidad, racionalidad, justicia, lógica, proporcionalidad y conveniencia.

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

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

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

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

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

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

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

Es precisamente, por los límites impuestos al ejercicio de los poderes discrecionales derivados de esos principios generales del derecho, por lo que la jurisprudencia ha reiterado [15] que "la discrecionalidad no es arbitrariedad" [16].

15 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 en Gaceta Forense, Nº 1, 1953, p. 151. Véase Además, la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 11, 1956, p. 28.

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

ii. el control judicial del ejercicio del poder discrecional

En efecto, el ejercicio del poder discrecional, es decir, de la potestad atribuida por el Legislador a la Administración de apreciar libremente las circunstancias de hecho y adoptar una decisión escogiendo entre varias alternativas, todas igualmente justas y conforme a la legalidad, tiene siempre un límite absoluto sobre el cual versa el control judicial, y es que el acto administrativo que se adopte con base en el ejercicio de tal poder no puede ser arbitrario, es decir, la libertad de apreciación de los hechos y de la oportunidad de actuar otorgada al funcionario, no signiÀca que pueda actuar arbitrariamente [17].

El problema de los límites al ejercicio del poder discrecional y su control judicial radica, entonces, en el establecimiento de la frontera entre discrecionalidad y arbitrariedad; de manera que el juez contencioso administrativo pueda controlar el ejercicio directo del poder discrecional cuando resulte arbitrario, además de ejercer sus poderes de control sobre los aspectos reglados del acto discrecional [18] y particularmente sobre la comprobación y caliÀcación de los presupuestos de hecho [19], y sobre la adecuación de la decisión a los Àines establecidos en la Ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

20 Ídem.
21 Véase J. M. Hernández Ron, "La Potestad Administrativa discrecional", loc. cit., p. 8
22 Véase A. Nieto, "Reducción jurisdiccional...", loc. cit., p. 157.

Entre esos principios generales se encuentran el principio de la injusticia maniÀesta, el de la irracionalidad, el de la buena fe, el de la proporcionalidad de los medios a los Ànes, 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 [23].

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

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

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

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

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

Puede decirse que en este considerando la antigua Corte sentó las bases para el control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional en Venezuela, fundamentándose en principios generales del derecho, como son el principio de la racionalidad (la decisión administrativa adoptada en ejercicio de un poder discrecional no puede ser ilógica o irracional); el principio de la justicia o de la equidad (la decisión producto del ejercicio de poderes discrecionales no pueden ser inicua, inequitativa o injusta); y el principio de la igualdad (la decisión administrativa que resulte del ejercicio de poderes discrecionales no puede ser parcializada ni discriminatoria). A estos principios se agrega el principio de la proporcionalidad que toda decisión adoptada en ejercicio de un poder discrecional debe respetar, de manera que exista una adecuación entre los supuestos de hecho y la decisión tomada[26], y debe agregarse también el principio de la

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

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

buena fe, de manera que toda actuación del funcionario que con intención falsee la verdad, también sería ilegal[27].

En la jurisprudencia argentina y uruguaya, estos principios que se conÀguran como límites a la discrecionalidad, se englobaron en la exigencia de la "razonabilidad" en la actuación administrativa[28], en el sentido de que un acto administrativo, aún dictado en ejercicio de facultades discrecionales, puede ser revisado judicialmente si es irrazonable o arbitrario. El principio de la razonabilidad se desarrolló particularmente en Argentina como un límite al ejercicio del poder de policía[29], al erigirse en la garantía de seguridad respecto a la forma, modo, manera y oportunidad del cómo debe realizarse la función policial. La jurisprudencia argentina, así, conformó cuatro principios de lógica jurídica que conforman el carácter razonable de una medida de policía, exigiendo que la limitación debe ser justiÀcada; el medio utilizado, es decir, la cantidad y el modo de la medida, debe ser adecuado al Àn deseado; el medio y el Àn utilizados deben manifestarse proporcionalmente; y todas las medidas deben ser limitadas[30].

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

---

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

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

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

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

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

la actividad administrativa (en lugar de "bonus pater familiae" el "bonus magistratus") y que realizan la justicia con todos sus sinónimos: equivalencia, proporción, adecuación, igualdad, paridad, justa distribución, dar a cada uno lo que le corresponde, etc[31]. La actuación administrativa irrazonable, por tanto, es arbitraria y aún cuando sea producto del ejercicio de un poder discrecional, puede ser controlada judicialmente, tal como lo decidió la antigua Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), en 1959, al señalar que "los jueces poseen la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre hechos controvertidos, si ella fuera suÀcientemente irrazonable, o se apoyara tan solo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios" [32].

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

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

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

31 Ídem, p. 158; Juan Francisco Linares, op. cit., p. 164.
32 Caso Reyes de 25 de septiembre de 1959, Fallos t. 244, cit. por A. Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, t. 3, Buenos Aires, 1979, pp. 9-27.
33 Véase Juan Francisco Linares, op. cit., pp. 164 ss.
34 Véase en J. P. Cajarville, Dos Estudios de Derecho Administrativo, Montevideo, 1988, p. 106.

Supremo, en igual forma, por la aplicación de los principios generales del derecho. Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández, en esta forma, citan un cúmulo de sentencias en las cuales el control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional se ha efectuado con base en considerar que unas medidas eran injustiÀcadas a todas luces a incluso contrarias a la razón (sentencia 6-2-63). Así, se censuraron jurisdiccionalmente las actuaciones administrativas contrarias al "respeto debido al principio de la buena fe, en que han de inspirarse los actos de la Administración" (sentencias de 23-12-59, 22-6-60, 27-12-66, 13-5-71, 12-3-75, 6-2-78, 24-2-79 y 5-2-81); o "cuya gravedad no guarda una razonable proporcionalidad con la infracción" (sentencia de 25-3-72). El Tribunal Supremo también acudió al principio favor libertatis para obligar a la Administración a acomodar sus intervenciones en la esfera de los administrados al procedimiento menos restrictivo de la libertad [35].

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

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

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

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

Este límite había sido tradicionalmente elaborado por la jurisprudencia que había señalado expresamente que "el funcionario al obrar discrecionalmente, tiene que hacerlo...marcando la exacta correspondencia entre el Àn perseguido y los medios utilizables (medio que ofrece la técnica de su actividad)" [36]. Se trata de la aplicación del principio de la proporcionalidad de medios a Ànes como límite del poder discrecional [37]. En este sentido, la desproporcionalidad entre los Ànes perseguidos y los medios utilizados puede también ser controlada judicialmente. Esa situación puede plantearse en casos como el siguiente: un funcionario comete una falta de poca entidad (contestar de mala forma a un superior); no se discute el hecho considerado en sí mismo; las leyes y reglamentos no prevén la falta, ni Àjan la sanción; aunque el poder disciplinario, en principio, es discrecional, no podría destituirse al funcionario porque tal sanción sería maniÀestamente excesiva, conÀgurando una arbitrariedad [38].

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

---

36 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 11, Caracas 1956, p. 28.

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

38 Cfr. Enrique Sayagues Laso, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo, 1953, p. 410, nota Nº 3.

Estas normas incorporaron, por tanto, a los límites a la discrecionalidad, el principio de la proporcionalidad [39], conforme al cual las medidas adoptadas en los actos administrativos deben ser proporcionales tanto a los Ànes que prevé la norma que las autoriza, como a los hechos que las motivan. Tal como lo precisó la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, los actos administrativos estarían viciados de abuso de poder:

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

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

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

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

crecionales, cayendo en ilicitud… obligando, por ende, al control anulatorio por parte del Tribunal" [41].

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

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

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

---

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

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

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

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

Ahora bien, si en general se dan ejemplos jurisprudenciales de la aplicación de la técnica del error maniÀesto como instrumento de control del ejercicio del poder discrecional por el Consejo de Estado, en la gran mayoría de los casos reseñados, en realidad, como hemos dicho,se trata de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados [45]. Quizás, supuestos de aplicación del error maniÀesto de apreciación en tanto que control del ejercicio del poder discrecional, en estricto sentido se pueden encontrar en las decisiones del Consejo de Estado sobre error de equivalencia entre empleos públicos (CE 13 nov 1953, Denizet, Rec. 489; y CE 15 fév 1961, Lagrange, Rec. 121; CE 9 mai 1962, Commune de Montfermeil, Rec. 304) [46].

En cuanto al principio de la proporcionalidad como límite al ejercicio del poder discrecional, aun cuando a veces se aÀrmó que no había sido reconocido plenamente en el sistema francés [47], fue aplicado en muchas decisiones por el Consejo de Estado, comenzando por el arrêt Benjamin del 19 de mayo de 1933, en el cual el Consejo de Estado anuló la prohibición de una reunión impuesta por un Alcalde, considerando que "la eventualidad de las perturbaciones... no presentaban un grado de gravedad tal que no pudiera, sin prohibir la conferencia, man-

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

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

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

47 Guy Braibant, "Le Principe de la proportionalite", Mélanges offerts a Marcel Waline, París, 1974 t. II pp. 297 ss.

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

Se trató, sin duda, de la aplicación del principio de la proporcionalidad, es decir, de la adecuación entre las medidas adoptadas y los hechos, lo cual también tuvo aplicación en Francia en materia disciplinaria a partir del arrêt Lebon (CE 9 juin 1978), en el cual el Consejo de Estado, aplicando la técnica del error maniÀesto, controló la proporcionalidad de la sanción disciplinaria con la gravedad de la falta[50]. En otra decisión del Consejo de Estado en el arrêt Vinolay (CE 26 juillet 1978), conforme al mismo criterio, anuló una destitución de un funcionario, señalando que "si las faltas a reglas de buena administración... eran de tal índole que legalmente justiÀcaran una sanción disciplinaria, ellas no podían legalmente fundamentar, sin error maniÀesto de apreciación, una medida de revocación que constituye la sanción mas grave dentro de la escala de las penas"[51].

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

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

48 Rec. 541, concl. Michel. en Long, Weil y Braibant, op. cit., pp. 217 ss.
49 Idem, p. 221.
50 Cf. Long, Weil y Braibant, op. cit., p. 583.
51 Cit., en J. M. Auby y R. Drago, op. cit., t. 11, p. 400; G. Vedel y Pierre Delvolvé, Droit Administratif, París, 1984, p. 801.

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

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

Por tanto, uno de los límites del ejercicio de la libertad de apreciación que implica el poder discrecional, es que éste se ejerza racionalmente, lo que no es sino una consecuencia de ese principio que impone a la Administración una actuación lógica y congruente. La irracionalidad y la ilogicidad aparecen entonces como una falta de consecuencia y de nexo lógico entre las distintas partes que forman el acto administrativo, siempre que no sea la ley la que determine su estructura. En este sentido habría ilogicidad por contradicción en la propia motivación o en el propio dispositivo del acto o por falta de correspondencia entre la motivación y el dispositivo [54].

---

52 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 22, 1958, p. 133.

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

54 Cfr. S. Martin-Retortillo Baquer, "El exceso de poder. . .", loc. cit., p. 147.

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

55 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 1, 1953, p. 157.

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

"un juicio técnico lógico de los hechos, soberanamente apreciados a través de las respectivas normas jurídicas" [57].

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

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

57 Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 3 de julio de 1961 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 33, 1961, p. 14.

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

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

En este sentido, puede ser controlada judicialmente la falta de equidad maniÀesta o "iniquidad maniÀesta" [61] en los actos discrecionales, así como también su injusticia maniÀesta [62].

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

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

58 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 22, 1958, p. 132.

59 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 11, 1956, p. 28.

60 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 17, 1957, p. 135.

61 Cfr. Eduardo García De Enterria, "La interdicción de la arbitrariedad en la Potestad Reglamentaria", Revista de Administración Pública, Nº 30, 1959, p. 164; M. M. Diez, El Acto Administrativo, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 197.

62 Cfr. S. Martin-Retortillo Baquer, "El exceso de poder...", loc. cit., p. 148.

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

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

De todo lo antes expuesto resulta, en consecuencia, que "la discrecionalidad no implica arbitrariedad" [65].Es decir, la Administración, cuando realiza una determinada actividad en ejercicio del poder discrecional, además de estar enmarcada su actuación dentro de los requisitos legales generales, la misma debe ser racional, justa, igual y proporcional, pues de lo contrario sería arbitraria, es decir, irracional, injusta, desigual o desproporcionada, lo que produciría la posibilidad de ser controlada judicialmente por los tribunales contencioso-administrativa. Por ello, precisamente, en materia de ejercicio del poder discrecional es que se ha hablado, y tan bien, de la "interdicción de la arbitrariedad" como limitación al mismo [66].

iii. La depuración del ambito de la discrecionalidad administrativa y el control judicial de los elementos reglados de los actos administrativos

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

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

65 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 11, 1956, p. 28; sentencia de la misma Corte de 17 de julio de 1953 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 1, 1953, pp. 151-152; y sentencia de la misma Corte Federal de 26 de noviembre de 1959, en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 26, 1959, p. 125.

66 Véase E. García de Enterria, "La Interdicción...", loc. cit., p. 160.

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

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

En el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, la ley, sin otorgar discreción alguna al funcionario, generalmente le Àja su competencia utilizando conceptos jurídicos que no están precisamente determinados, pero en cuya aplicación no hay libre elección, sino simple aplicación de la ley a un caso concreto, en forma tal que sólo admite una solución justa. Por ejemplo, cuando una ley local o municipal establece la competencia de la autoridad para ordenar la demolición o modiÀcación de ediÀcaciones que "amenacen o se encuentren en ruina", con ello no se está otorgando poder discrecional alguno al funcionario, sino lo que se está es delimitando el ejercicio de su competencia mediante el uso de un concepto jurídico indeterminado, lo que implica que ante una ediÀcación determinada no tiene competencia sino para adoptar una sola solución justa, dependiendo de si la ediÀcación se encuentra o no se encuentra en ruinas, cuya determinación no puede ser objeto de facultad discrecional discrecional alguna[67].

67 Véase E. García de Enterria, "La lucha contra...", loc. cit., p. 174. El tema de los conceptos jurídicos indeterminados como excluidos del ámbito de la discrecionalidad fue considerado inicialmente por los autores alemanes. Por ejemplo E. Forsthoff, Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1958, pp. 123 y sig.; Hans Klecatsky, "Reflexiones sobre el imperio de la ley, especialmente sobre el fundamento de la legalidad de la administración", Revista de la Comisión Internacional de Juristas, Vol. IV, Nº 2, Verano de 1963, p. 237. Véase las referencias en Fernando Sainz Moreno, Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad

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

Si la ley al contrario, estableciera al definir la competencia del funcionario, su poder para determinar por ejemplo un determinado valor o una multa dentro de un límite máximo y un límite mínimo claramente determinado[68], allí estaríamos en presencia de un poder discrecional, que le permite al funcionario según su apreciación de las circunstancias o de la gravedad de la falta establecer la cifra correspondiente. En cambio, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la operación que realiza la Administración es de estricta aplicación de la ley en el sentido de que está llamada a determinar, por ejemplo, el precio que sea "justo, para lo cual no tiene libertad de apreciación, sino que tiene que ser el resultado de un juicio técnico. En este último caso, cabe la posibilidad de que la Administración se haya equivocado en su juicio, y tal error puede ser controlado y corregido por los tribunales[69].

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

---

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

68 Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 12 de diciembre de 1963 en Gaceta Oficial, Nº 27.344 de 13 de enero de 1964.

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

zuela de 19 de mayo de 1983[70], al conocer de la impugnación de un acto administrativo que había decidido la suspensión de un programa de televisión por ofensas a la moral pública. En el caso, el Reglamento relativo a la Radiodifusión Audiovisual (Televisión) de 1980, establecía que dichas estaciones, entre los programas que podían transmitir, estaban "los programas recreativos que contribuyan a la sana diversión, sin ofender la moral pública ni exaltar la violencia ni el delito" (art. 15). El Ministerio respectivo con competencia en materia de comunicaciones, consideró que en el caso, referido a un determinado programa (Hola Juventud), transmitido por una estación de televisión, en una fecha determinada, "se proyectó una escena de una obra de teatro en la cual se ofende la moral pública, por cuanto apareció la Àgura de un hombre desprovisto de vestimenta", razón por la cual la Administración sancionó a la empresa con suspensión del programa referido, por un día.

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

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

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

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

> rio la posibilidad de escoger según su criterio entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. Se caracterizan, estos últimos, por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforma con el espíritu, propósito y razón de la norma.
>
> La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración Pública constituye una actividad reglada y por consiguiente, sujeta al control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente. De allí la importancia que tiene establecer la signiÀcación y alcance del concepto moral pública empleada por la norma y que ha sido invocada como fundamento de la Resolución impugnada" [71].

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

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

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

En esta forma, la distinción entre lo que es ejercicio del poder discrecional y lo que no es discrecionalidad, basado en la noción de los conceptos jurídicos indeterminados, ha conducido a una reducción efectiva del ámbito de la libertad de apreciación y a una ampliación de los poderes de control judicial. La consecuencia es que la discrecionalidad sólo existe cuando la ley deja a la Administración la elección entre varias decisiones, de manera que en la voluntad del Legislador, cualquiera de ellas es jurídicamente admisible y tiene el mismo valor; en cambio, existe un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, no hay discrecionalidad, cuando sólo una sola decisión es la jurídicamente admisible [73]. Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su caliÀcación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; es decir, una actividad es de utilidad pública, o no la es; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala para un bien es justo o no lo es; o se ofende a la moral pública o no se la ofende. No hay un tercer género o posibilidad. Por ejemplo, para que se adopte una orden municipal de demolición de un inmueble porque amenaza ruina, el inmueble, o está en estado ruinoso o no lo está.

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

72 Ídem.
73 Véase F. Sainz Moreno, op. cit., p. 234.
74 Véase E. García de Enterría, op. cit., pp. 35, 37 y 38.

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

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

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

75 Véase la referencia en F. Sainz Moreno, op. cit., p. 273.
76 Véase Pietro Virga, Il Provedimento Amministrativo, Milano, 1972, p. 19

como sería el caso, por ejemplo, de la determinación del valor económico de un bien[77]. La "discrecionalidad técnica" por tanto, como lo destacó en su momento Massimo Severo Giannini, no es discrecionalidad, derivando su denominación de un error histórico de la doctrina[78].

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

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

A. Algunos aportes de la jurisprudencia francesa

En Francia, el proceso de ampliación del control jurisdiccional de la Administración y de reducción de la discrecionalidad, también se ha manifestado en este campo aún cuando sin denominarlo como de los conceptos jurídicos indeterminados, y sin dejar de considerarlo como parte del ejercicio de potestades discrecionales, mediante el desarrollo del control jurisdiccional en relación con la caliÀcación de los hechos y en la apreciación de los motivos de los actos administrativos[79].

77 Véase Aldo M. Sandulli, op. cit., p. 574.
78 Véase Massimo Severo Giannini, Diritto Amministrativo, vol. I, Milán, 1970, p. 488.
79 Véase A. De Laubadère, "Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat Français", Mélanges offerts a Marcel Waline, París 1974, t. II, pp. 531-S49.

El primer arrêt del Consejo de Estado que se dictó en estos aspectos fue el arrêt Gomel de 4-4-1914[80], en el cual se juzgó el poder legal de un Prefecto, para negar el otorgamiento de un permiso de construcción en los casos en los que se considerara que el alineamiento y el nivel de la construcción proyectada con la vía pública, no se encontrase acorde con el interés de la seguridad pública, de la salubridad y, en particular, de la conservación de perspectivas monumentales y del sitio. El Consejo de Estado, en un caso concreto en París, entró a apreciar si la construcción permisaza atentaba contra "la perspectiva monumental existente" en nuna conocida plaza de París (Place Beauveau), concluyendo en el caso concreto que la misma no chocaba con la "perspectiva monumental" del sitio, por lo que consideró que el Prefecto, al haberse rehusado a conceder el permiso de construcción, había hecho una falsa aplicación de la Ley.

Este arrêt se consideró en su momento como el punto de partida de una abundante jurisprudencia relativa al control por el juez de exceso de poder, de la caliÀcación jurídica de los hechos, en el sentido de que cada vez que un texto subordine el ejercicio de un poder de la Administración a la existencia de ciertas circunstancias de hecho, el juez debe veriÀcar si estas condiciones de hecho están efectivamente cumplidas, y, particularmente, si los hechos presentan un carácter de tal índole que justiÀcan la decisión tomada[81]. Ello llevó al Consejo de Estado a controlar, por ejemplo, el carácter artístico y pintoresco de monumentos y ciudades (CE 2 mai 1975, Dame Ebri et autres, Rec. 280, AJ 1975, 311 concl. G. Guillaume); el carácter técnico de un cuerpo de funcionarios (CE 27 juin 1955, Deleuze, Rec. 296; A. J. 1955, II, 275, concl. Laurent); el carácter fáctico del acto de un agente público, (CE 13 mars 1953, Teissier, Rec. 133 concl. Donnedieu de Vabres); el carácter licencioso o pornográÀco de una publicación (CE 5 déc 1956, Thibault, Rec. 463;

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

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

D. 1957, 20, concl. Mosset); o el carácter inmoral de un Àlm (CE 18 déc 1959, Societé Les Films Lutetia, Rec. 693, concl. Mayras)[82].

En este último caso, el Consejo de Estado estimó que el Alcalde respectivo, al haber prohibido la exhibición de un Àlm en el municipio, había tomado la decisión correcta, al precisar el concepto jurídico indeterminado del "carácter inmoral" del Àlm[83]. En otros casos similares, el Consejo de Estado examinó si esta inmoralidad era de naturaleza tal como para justiÀcar legalmente la prohibición, teniendo en cuenta las circunstancias locales (CE 14 oct 1960, Societé Les Àlms Marceau, Rec, 533, y 23 déc 1960, Union générale cinematographique, Rec. 731), anulando la prohibición de exhibición de un Àlm. En otro caso, rechazó el recurso contra la prohibición de proyectar otro Àlm[84]. En estos casos, se trató, de una operación de control de la caliÀcación jurídica de los hechos por parte del juez o, si se quiere, de la aplicación por la Administración de conceptos jurídicos indeterminados, que no conÀguran ejercicio de poder discrecional.

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

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

82 Ídem, p. 125.
83 Ibíd., op. cit., pp. 490-493.
84 Ibíd., p. 493.
85 Ibíd., op. cit., pp. 575 ss.

editada en Cuba, que había sido adoptado en virtud de una Ley que lo autorizaba para prohibir la circulación distribución y venta de revistas y periódicos de proveniencia extranjera; que dicha decisión no podía ser discutida en la jurisdicción contencioso administrativa, al no estar "viciada de error maniÀesto", en cuanto a la apreciación del Ministro del Interior sobre el peligro que representaba la revista para el orden público [86].

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

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

86 Ibíd, p. 576.
87 Ibíd., cit., p. 580.

En todo caso, este criterio del "error maniÀesto de apreciación" puede considerarse en Francia, como fundamental en cuanto a la limitación y control al poder discrecional conforme al principio de la razonabilidad o racionalidad, particularmente cuando es aplicado a casos en los cuales se trate del verdadero ejercicio del poder discrecional, cuando la Administración tiene la libertad de escoger entre varias decisiones justas. En casos como en el decidido en el arrêt Maspero, en el cual sólo se trataba de juzgar si la Revista prohibida presentaba peligro para el orden público de manera de justiÀcar la prohibición de circulación, en realidad, bajo el ángulo de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, el Ministro del Interior no ejercía poderes discrecionales sino que sólo podía tomar una decisión justa: o la revista presentaba o no presentaba peligro para el orden público al momento en el cual se dictó la decisión y esa decisión conÀguraba, por tanto, el ejercicio de una competencia reglada. Esto ya lo había apuntado en la doctrina francesa André De Laubadére, cuando se reÀrió a los casos de "apariencia" de control del poder discrecional; precisamente referido a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en los cuales "el juez administrativo, contribuyendo así con el legislador a determinar en qué casos hay poder reglado, transformándose entonces una competencia aparentemente discrecional en una competencia reglada" [88], o más exactamente, según la expresión de Auby y Drago, "descubre" las condiciones legales, los motivos considerados por el cómo los solos legítimos de la decisión [89].

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

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

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

El inicio de esta aproximación al control jurisdiccional del poder discrecional se puede situar en el arrêt denominado Ville Novuelle Est adoptado por el Consejo de Estado el 28 de mayo de 1971[91], con motivo de la impugnación de un acto administrativo del Ministro del Equipamiento y Vivienda que había declarado de utilidad pública un proyecto de desarrollo y renovación urbana al este de la ciudad de Lille destinado a conÀgurar, tanto una ciudad universitaria como una Nueva Ciudad. Con motivo de la impugnación de la decisión, entre otros motivos, se denunció que la destrucción de un centenar de viviendas que podía evitarse si se hubiera dispuesto de un proyecto distinto al de una autopista, constituía un costo demasiado elevado para la operación proyectada que le quitaba el carácter de utilidad pública a la misma. El Consejo de Estado, al juzgar “la utilidad pública de la operación” y considerar que el proyecto si tenía carácter de tal, estimó “que una operación no podría ser legalmente declarada de utilidad pública sino cuando los atentados a la propiedad privada, el costo Ànanciero, y eventualmente los inconvenientes de orden social que ella comporta, no son excesivos en relación al interés que ella presenta”[92].

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

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

91 CE 28 mai 1971, Ministre de 1’équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé “Ville Nouvelle Est”, Rec. 409, concl. Braibant, en Long, Weil y Braibant, op. cit., pp. 561-574.

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

tenido concreto del proyecto, es decir, la escogencia de las parcelas a expropiar. Con el la decisión comentada, el Consejo de Estado asumió la tareas de decidir y de apreciar, en cada caso, la utilidad pública de un proyecto, realizando el balance entre las ventajas y los inconvenientes de la operación y apreciando no sólo el costo Ànanciero de la misma, sino también su costo social[93]. Marcel Waline, al comentar el "considerando" del arrêt constató que:

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

En el mismo sentido, el Consejo de Estado se pronunció en otra decisión, Soc. Civile Sainte-Marie de l'Assomption de 20 de octubre de 1972[95], al juzgar sobre la utilidad pública del proyecto de la autopista norte de Niza, cuya construcción amenazaba un Hospital Psiquiátrico (Sainte-Marie), caso en el cual no sólo ae oponía el interés general a los intereses particulares, sino en el cual surgía un conÁicto entre dos intereses públicos: el de la circulación y el de la salud pública. En su decisión, el Consejo de Estado declaró la nulidad del decreto declarativo de utilidad pública, por considerar la solución de circulación establecida en el proyecto alrededor de un hospital, como inconveniente, no solo por el ruido que se producía sino poruqe privaba al hospital de toda posibilidad de expansión futura[96].

93 Ídem, pp. 568-569.
94 Véase M. Waline, "L'appeciation par le juge administratif de l'utilité d'une project", Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger, 1973, p. 454; cit., por J. Lemasurier, loc. cit., p. 555.
95 CE 20 octobre 1972, Rec. 657, concl. Morisot.
96 Véase en Long, Weil y Braibant, op. cit., p. 569.

En todos estos casos, las decisiones del juez no incidieron realmente en el ejercicio de poderes discrecionales, sino en el ejercicio de competencias regladas, que sólo admitían una solución justa: o la obra era o no era de utilidad pública. El balance costo-beneÀcios que efectuó el Consejo de Estado fue precisamente lo que la Administración estaba obligada a hacer en cada caso, para adoptar la única solución justa al concretar el concepto jurídico indeterminado de "utilidad pública" en un proyecto de expropiación. El Consejo de Estado, por tanto, al efectuar jurisdiccionalmente el mismo balance lo que controló no fue el ejercicio de poder discrecional alguno, sino la competencia legal que tiene la Administración al hacer la declaratoria de utilidad pública; es decir, corregir "las faltas o las ligerezas, algunas veces fantasiosas", como lo indicó Marcel Waline, de los tecnócratas administrativos [97].

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

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

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

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

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

El tema de los presupuestos de hecho de los actos administrativos, sean discrecionales o no, corresponde a los elementos de fondo de los mismos, en lo que se ha denominado la causa de los actos [99]. La determinación de los presupuestos de hecho por tanto, constituye una de las etapas que debe seguir la

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

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

Administración para manifestar su voluntad, la cual no comprende ningún elemento de apreciación ni de juicio [100].

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

a. La comprobación de los hechos

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

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

100 Cfr. Michel Stassinopoulos, Traite des actes administratifs, Collection de l'Institut Français d'Athènes, Nº 82, Atenas, 1954, p. 154; J. C. Venezia, Le pouvoir discretionnaire, Librairie Genérale de Droit et de Jurisprudence (Bibliothèque de Droit Public. Tome XVII), París, 1959, p. 48.

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

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

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

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

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

103 Véase M. Letourneur, "El Control de los hechos por el Consejo de Estado Francés, juez del Recurso por exceso de poder, en la jurisprudencia reciente" en Revista de Administración Pública, Nº 7, Madrid 1952, p. 221.

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

puede ser controlado también judicialmente y que consiste simplemente en el "falso conocimiento de la realidad" [105].

En este sentido la jurisprudencia ha señalado al decidir sobre la impugnación de un acto administrativo que contenía un error de cálculo, acordando su nulidad, que "el error en que incurre la Resolución ministerial impugnada, equivale a falta de adecuación entre el supuesto legal y la realidad, de allí que el resultado obtenido haya sido inexacto", resultando procedente el recurso de nulidad solicitado [106].

b. La caliÀcación de los presupuestos de hecho

Por otra parte, dentro del proceso lógico de formación de todos los actos administrativos, incluyendo los discrecionales, la Administración, después de constatar y comprobar los presupuestos de hecho, debe proceder a la subsunción de los hechos al presupuesto de derecho [107], es decir, a la norma que autoriza su actuación. Esto es lo que se ha llamado "caliÀcación jurídica de los hechos" [108] como otro de los límites de la actividad administrativa y por tanto limitativo de la potestad discrecional, que permite el control judicial de lo que la jurisprudencia italiana llamó la tergiversación de los hechos [109], y que en la actualidad se conÀgura como el vicio de falso supuesto; es decir, el vicio que se conÀgura "en la errada fundamentación fáctica del procedimiento administrativo, pues, la Administra-

105 Véase Sebastian Martin-Retortillo Baquer, "El Exceso de poder como vicio del acto administrativo", Revista de Administración Pública, Nº 23, Madrid 1957, p. 138.

106 Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 3 de julio de 1961 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 33, Caracas 1961, p. 20.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por tanto, los límites del poder discrecional y la posibilidad de control no se reducen a la posible trasgresión de normas constitucionales o legales expresas, sino que abarcan también la necesidad de que el funcionario, aun en el caso de darle cumplimiento estricto a la norma escrita, en la aplicación de este precepto legal, no tergiverse los presupuestos de hecho que autorizan su actuación [112], ni falsee el lógico y verdadero presupuesto del mismo. En tal sentido Sebastián Martín Retortillo consideraba que un acto se dictaba con tergiversación de los hechos, no sólo en el caso extremo de que el acto se fundase sobre el presupuesto de la existencia o inexistencia de hechos que resultaban inexistentes o existentes, sino también bastaba con que en su realidad tales hechos fueran sustancialmente distintos a como fueron aprehendidos por la autoridad administrativa; es decir, cuando ésta, realizando un error de método, no consideraba debidamente elementos esenciales o por lo contrario, diera excesiva importancia a elementos accesorios [113].

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

111 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 17, Caracas 1957, p. 136.

112 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 17, Caracas 1957, p. 136.

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

quier otra causa”[114], lo que conlleva un cierto elemento subjetivo de valoración intelectual por parte de la Administración. Esto distingue por otra parte, a la caliÀcación de los hechos y su vicio, la tergiversación de los mismos, de la comprobación de los hechos y su vicio, el error de hecho[115].

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

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

Pero dejando aparte estos aspectos de reducción del círculo de la discrecionalidad, otro aspecto que contribuye a aislar el poder discrecional se reÀere a los aspectos regulados (principio de legalidad) de los actos administrativos, tanto reglados como discrecionales, al estar sometidos a determinadas normas legales cuyo cumplimiento les da contenido y determina los efectos jurídicos a los mismos. En estos casos, es el principio de la legalidad el que impone que todos los actos administrativos deban emitirse de acuerdo con las disposiciones preexistentes[116].

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

114 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 17, Caracas 1957, p. 135.

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

116 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 26 de noviembre de 1959 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 26, 1959, p. 125.
Por otra parte, véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 12 de diciembre de 1962 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, loc. cit., pág. 193.

la oportunidad de obrar, ello no quiere decir que pueda obrar a su arbitrio, "eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto" [117]. Por tanto, los requisitos de forma de los actos administrativos siempre han de cumplirse ineludiblemente en el ejercicio de la potestad discrecional [118]; y es por ello, que el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela de 1982 disponga que la Administración, aún en ejercicio de potestades discrecionales, debe cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eÀcacia de los actos administrativos. Por tanto, el acto discrecional no puede nunca ser arbitrario en sus formas; debe cumplir las formalidades previstas en la Ley. En el mismo sentido, en cuanto al cumplimiento de los requisitos de fondo en el ejercicio del mismo poder discrecional, la jurisprudencia ha hecho especial referencia a la competencia [119], señalando que "el funcionario al obrar discrecionalmente tiene que hacerlo sin excederse de su competencia" [120].

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

---

117 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº1, Caracas 1953, p. 151.

118 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 en Gaceta Forense 2ª etapa, Nº 22, Caracas 1958, p. 134.

119 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 en Gaceta Forense 2ª etapa, Nº 22, Caracas 1958, p. 134.

120 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 11, Caracas1956, p. 28.

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

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

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

De allí que otro de los elementos reglados del acto administrativo que ha contribuido eÀcazmente a la Àjación de los límites del poder discrecional, haya sido este de la Ànalidad perseguida, en el sentido de 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 Àn" [122].

121 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 17, Caracas 1957, p. 135.

122 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956, en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 11, Caracas 1956, p. 28

La desviación de poder, por tanto, como vicio en la Ànalidad de los actos administrativos, "surge cuando la Administración usa de sus poderes con Ànalidades distintas a aquellas determinadas en la ley" [123], por lo que su conÀguración es sencilla: la Administración está obligada a realizar su actividad no sólo respondiendo a un Àn público o social buscado[124], sino que dentro de tal concepto genérico, debe actuar precisamente conforme al Àn especiÀco para cuyo logro le son concedidas las facultades determinadas que ejercita [125].

En consecuencia, la desviación de poder no sólo se presenta como resultado de la obtención de un Àn extraño al interés general, sino también como resultado de la obtención de un Àn que, sin ser extraño al interés general, no es la manifestación concreta del interés general por el que la autoridad administrativa ha recibido los poderes que ejercita [126]. En este sentido, un acto administrativo "aun siendo dictado por quien está facultado para hacerlo y en forma tal que aparece subordinado a la ley, [está viciado si] en su espíritu o en el fondo es realmente contrario a la Ànalidad del servicio público o de los principios que informan la función administrativa" [127].

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

123 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 2 de junio de 1958 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 20, Caracas 1958, p. 99.

124 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 1, Caracas 1953, p. 153.

125 Cfr. S. Martin-Retortillo Baquer, "La desviación de poder en el Derecho español", Revista de Administración Pública, Madrid 1957, Nº 22, p. 137.

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

127 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 28 de septiembre de 1954 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 5, Caracas 1954, p. 218.

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

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

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

Como lo ha señalado la jurisprudencia venezolana, la consagración en la ley de facultades discrecionales para que un funcionario público actúe, es hecha, además, para que éste obre "según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo y racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad" [129]. Por tanto, otro de los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional, como a toda actuación de la Administración, es el que se deriva del principio de la igualdad que impide los tratamientos de favor de parte de la autoridad administrativa en relación a los administrados. Hay en este sentido, igualdad, cuando se toman las mismas medidas en condiciones parecidas o análogas; por el contrario, no hay igualdad –hay desigualdad y parcialidad– cuando en las mismas condiciones se niega a un administrado lo que se ha acordado a otro [130].

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

128 Ídem.
129 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958, en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 22, 1958, p. 133.
130 Cfr. Stasinopoulos, op. cit., p. 212.

exigencias de este principio [131]. De ahí que se haya hablado de la "irracionalidad de la desigualdad" [132].

Existe entonces desigualdad y el acto así dictado puede ser controlado judicialmente cuando de la actuación administrativa surge un disparejo trato de dos o más casos, pese a no existir sustancial diferencia de circunstancias de hecho; o dicho de otro modo, cuando la Administración ha discriminado entre supuestos similares, dando a unos y a otros, no obstante su esencial identidad, tratamientos distintos [133]. Por ejemplo, hay evidentemente un trato desigual si frente a dos propietarios de ediÀcaciones en igualdad de situaciones de peligro, es decir, que ambas amenazan ruina, la autoridad administrativa ordena a uno la demolición, y al otro no.

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

131 Cfr. Rafael Entrena Cuesta, "El Principio de la Igualdad ante la ley y su aplicación en el Derecho administrativo", Revista de Administración Pública, Nº 37, Madrid 1962, p. 67.

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

133 Véase E. García De Enterria, "La interdicción...", loc. cit., p. 149.

134 Véase E. García De Enterria, "La interdicción...", loc. cit., p. 150.

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

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

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

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

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

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

136 Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957, en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 17, 1957, pp. 132 y ss.