

BIBLIOTECA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Luigi Garofalo
(Director)

Carlos Antonio Agurto Gonzáles
Sonia Lidia Quequejana Mamani
Benigno Choque Cuenca
(Coordinadores Generales)

ALLAN R. BREWER-CARÍAS
Profesor Emérito de la Universidad Central de Venezuela

**ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA,
ACTIVIDAD DE GOBIERNO
Y PODER DISCRECIONAL**
ESTUDIOS

Edición al cuidado de
Carlos Antonio Agurto Gonzáles
Sonia Lidia Quequejana Mamani
Benigno Choque Cuenca

 editorial jurídica venezolana

Ediciones
Olejnik

Título: Actividad administrativa, actividad de gobierno y poder discrecional. Estudios

© Allan R. Brewer-Carías, 2019

<http://www.allanbrewercarias.com>

Email: allan@brewercarias.com

Edición: 2019

© Copyright de la presente edición:

Ediciones Olejnik

Huérfanos 611, Santiago-Chile

E-mail: contacto@edicionesolejnik.com

Web site: <http://www.edicionesolejnik.com>

ISBN: 978-956-392-475-6

Diseño de carátula: Ena Zuñiga

Diagramación: Hayden Méndez, yiset_mendez@hotmail.com

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de la presente edición de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin la autorización escrita de los titulares del "Copyright".

Impreso en Argentina

2019

Printed in Argentina

2019 Reimpresión en coedición entre Ediciones Olejnik y Editorial Jurídica Venezolana

Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B.,
Local 4, Sabana Grande, Caracas, 1015, Venezuela,
por Lightning Source, an INGRAM Content company,
para Editorial Jurídica Venezolana International Inc.
Panamá, República de Panamá.

ÍNDICE

Nota del autor	11
----------------------	----

SECCIÓN PRIMERA

SOBRE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

I. La actividad administrativa como expresión de la administración pública	13
II. La actividad administrativa realizada por órganos competentes conforme al principio de legalidad	20
III. La actividad administrativa como actividad de carácter sublegal conforme al principio de la formación del derecho por grados y la universalidad del control de los actos administrativos.....	23
IV. La actividad administrativa y el ejercicio de la función administrativa dentro de las funciones del estado	35
V. La finalidad de la actividad administrativa, sus formas y las relaciones jurídicas administración pública-administrados.....	37
VI. La consecuencia de la actividad administrativa: la responsabilidad.....	39
VII. El régimen jurídico de la actividad administrativa.....	42
VIII. La actividad administrativa: actividad reglada, poderes discrecionales y la “lucha contra las inmunidades de poder”	43

SECCIÓN SEGUNDA:

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LA ACTIVIDAD DE GOBIERNO

I. El principio de la separación de poderes en la estructura del estado de derecho	51
II. El principio de la formación del derecho por grados en la distinción entre el acto de gobierno y el acto administrativo.....	58
1. La Constitución como fuente del ordenamiento jurídico y	

	el sistema jerarquizado del ordenamiento jurídico	60
	2. La formación del derecho por grados en la Constitución de 1999	63
	3. Los diversos actos estatales.....	66
	4. El orden jurídico y el ámbito del derecho al cual están sometidos los actos estatales.....	71
III.	La universalidad del control jurisdiccional y el sometimiento de todos los actos del estado a control judicial, con particular referencia a los actos de gobierno, como actos dictados en ejecución directa de la constitución.....	74
	1. Los actos de gobierno: la ejecución directa de la Constitución y el ejercicio de la función política.....	75
	2. Algo sobre la tradicional y superada doctrina de la inmunidad jurisdiccional de los actos de gobierno	80
	3. La universalidad del control judicial de los actos estatales, incluyendo a los actos de gobierno	84
	4. La universalidad del control jurisdiccional extendido a los poderes que se ejercen al dictar el acto estatal: el caso de los estados de excepción	92

SECCIÓN TERCERA

EL PODER DISCRECIONAL Y LOS LÍMITES A SU EJERCICIO

I.	La discrecionalidad administrativa.....	95
II.	La reducción del círculo de la discrecionalidad: los conceptos jurídicos indeterminados.....	98
III.	La discrecionalidad y el principio de la legalidad: aspectos reglados de los actos administrativos donde no tiene cabida la discrecionalida	115
	1. Principios Generales	115
	2. Las exigencias impuestas por la determinación del presupuesto de hecho del acto administrativo discrecional, su calificación y la forma de apreciación de los hechos.....	116
	A. La comprobación de los hechos	117
	B. La calificación de los presupuestos de hecho	119
	C. La forma de apreciación de los hechos	121
	3. Las exigencias impuestas por la finalidad perseguida por el legislador.....	123

4. La motivación de los actos administrativos y el control de la discrecionalidad	125
VI. Los límites al poder discrecional	126
1. Los límites impuestos por los principios generales del derecho administrativo	127
2. La progresión legislativa y jurisprudencial	131
3. Los límites impuestos por el principio de la proporcionalidad...	133
4. Límites impuestos por el principio de la racionalidad	136
5. Límites impuestos por el principio de la justicia	139
6. Límites impuestos por el principio de la igualdad.....	140
VII. La discrecionalidad no implica arbitrariedad.....	141

NOTA DEL AUTOR

El derecho administrativo es, básicamente, el derecho que regula la actividad administrativa, es decir, la actividad que desarrollan los órganos y entes de la Administración Pública, generalmente en ejercicio del Poder Ejecutivo del Estado, en ejercicio de las competencias que el ordenamiento le asigna para gestionar en nombre de la colectividad, el interés general, entrando así, con ello, en relación con los particulares o administrados.

Esa actividad, en todo caso, está sometida al derecho, es decir, al principio de la legalidad, de manera que el funcionario que la realiza siempre debe actuar en ejercicio de competencias preestablecidas que le son legalmente asignadas; y como todas las actividades del Estado, está sometida a control judicial, en particular por los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Dicho control, por supuesto, varía según la forma en la cual la ley le asigna las competencias a los órganos y entes de la Administración para actuar, pues en los casos en los cuales le misma le da cierta libertad a los funcionarios para apreciar la oportunidad o conveniencia de su acción, que es el ámbito del ejercicio del poder discrecional, a veces no bastan las reglas formales establecidas en las normas para someter al derecho la actuación, siendo necesario apelar a los principios generales del derecho administrativo para materializar el control, exigiéndose, por ejemplo, que la actuación administrativa, además de ajustarse a las normas escritas, esté ajustada a los principios de racionalidad, razonabilidad, equidad, logicidad, equidad, proporcionalidad e igualdad.

Por otra parte, siendo la actividad administrativa el objeto fundamental del derecho administrativo, manifestada entre muchos otros, a través de la emisión de actos administrativos, a los efectos de su delimitación precisa es necesario distinguirla de la otra actividad que realizan los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, que es la actividad de gobierno, y que se manifiesta a través de la emisión de actos de gobierno.

La distinción entre una actuación y otra, contribuye, por una parte, a aislar adecuadamente la actividad administrativa, sometida al control judicial de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y por la otra, a identificar con precisión la acción de gobierno, fuera de la acción administrativa, pero no por ello exenta de control judicial, que en ese caso le corresponde a la Jurisdicción Constitucional.

Este libro recoge tres estudios escritos en diferentes épocas, con ocasión de Ponencias presentadas en Congresos y Jornadas jurídicas, siempre reelaborando el tema, en aproximaciones sucesivas, y que fueron publicados dispersamente en Revistas y Obras colectivas.

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Estos trabajos, sin embargo, no habían sido publicado antes juntos, como una monografía, apareciendo ahora publicados como tal en la Biblioteca de Derecho Administrativo de la prestigiosa casa editorial, Ediciones Olejnik, por la amable iniciativa de su director Francisco Olejnik, a quien de nuevo quiero aquí agradecerle su deferente invitación.

New York, enero de 2019

SECCIÓN PRIMERA

SOBRE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA *

Para analizar el régimen jurídico de la actividad administrativa se impone la necesidad de comenzar por tratar de definir qué entendemos por tal actividad administrativa, para lo cual proponemos la siguiente: la actividad administrativa es toda actividad desarrollada por los órganos competentes de la Administración Pública o con autorización de la misma, de carácter sublegal, realizada en ejecución de las funciones del Estado para el cumplimiento de sus cometidos, y de cuyas consecuencias o efectos responden tanto los funcionarios como las personas jurídicas estatales a las cuales representan.

De esta propuesta de definición, por supuesto, y a los efectos de poder establecer el régimen jurídico de dicha actividad, resulta indispensable precisar su contenido, particularmente en relación con las seis nociones básicas que hemos utilizado para conformarla, que son: la Administración Pública, la competencia, el carácter sub legal de la actividad, las funciones del Estado, los cometidos estatales y la responsabilidad. Por ello, a los efectos de esta exposición, la misma la dividiremos en las seis partes necesarias para analizar, en primer lugar, qué ha de entenderse por Administración Pública; en segundo lugar, cómo ha de ser la competencia de sus órganos; en tercer lugar, qué ha de entenderse por el carácter sub legal de las actividades estatales; en cuarto lugar, qué ha de entenderse por funciones del Estado; en quinto lugar, cuáles son los cometidos del Estado; y en sexto lugar, qué implica la responsabilidad.

I. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA COMO EXPRESIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En primero lugar, hemos dicho, la actividad administrativa es una realización de la Administración Pública, lo que exige precisar qué debemos entender por tal concepto, sin duda, de sentido al menos ambivalente. En

* El texto de esta Sección es el de la Ponencia preparada para las *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Valencia, 27 de agosto de 2004, publicada en el libro: *II Jornadas sobre Derecho Administrativo. Las formas de la actividad administrativa*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Caracas 2005, pp. 11-41; y en *Derecho Administrativo. Revista en Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, N° 55, enero-marzo 2006 (Director Juan Carlos Cassagne), LexisNexis, Buenos Aires 2006, pp. 15-39.

efecto la noción de Administración Pública puede referirse tanto a un conjunto de órganos como a una actividad estatal en sí misma; por lo que a los efectos de definir la actividad administrativa debemos, por supuesto, optar por el concepto orgánico, y entender por Administración Pública como un conjunto de órganos de las personas jurídicas estatales, es decir, de los sujetos de derecho que actualizan la voluntad del Estado.

En efecto, en el orden constitucional y legal interno venezolano, el Estado no es un sujeto de derecho; a pesar de que la misma Constitución utilice con gran frecuencia la palabra “Estado” para establecer, por ejemplo, obligaciones prestacionales concretas a cargo de los entes públicos en relación con los administrados. Dispone así la Constitución, por ejemplo, que “el Estado protegerá la familia...” (Art. 75); que “el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud...” (Art. 84); que “el Estado... asumirá [la educación] como función indeclinable...” (Art. 102); que “el Estado garantizará la atención integral de los deportistas...” (Art. 111); que “el Estado reconocerá la existencia de los pueblos indígenas...” (Art. 119); o que “el Estado protegerá el ambiente...” (Art. 127).

Pero aún cuando en el texto constitucional se asignen dichas obligaciones al “Estado,” el mismo, como tal y en el orden constitucional interno, no es sujeto de derechos y obligaciones pues no es una persona jurídica, sino que, en realidad, lo conforman un conjunto de personas jurídicas que podemos denominar como personas estatales. Es decir, si bien es cierto que en el ámbito de la comunidad internacional la República de Venezuela, como “Estado,” goza de personalidad jurídica internacional; en cambio, en el ámbito del derecho interno, el Estado no es un solo sujeto de derecho sino que como se dijo, está conformado por un conjunto de personas jurídicas que resultan del sistema constitucional que se ha establecido para la distribución territorial del Poder Público (personas jurídicas estatales).

En efecto, en la Constitución, cuando se regula el Poder Público como la potestad constitucional que habilita a las personas estatales para actuar como sujetos de derecho y que les permite imponer el interés público sobre el interés particular; establece un doble sistema de respecto de su separación: una distribución vertical del mismo en el territorio, y una división orgánica horizontal del mismo en cada nivel territorial. Por ello es que el artículo 136 de la Constitución establece que “el Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional”; y además, que “el Poder Público Nacional cuyo ejercicio es el que básicamente se regula la Constitución *nacional*,” se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.”

Lo primero que establece esta norma es la llamada *distribución vertical* del Poder Público, lo que da origen a un sistema de personas jurídicas estatales derivadas de la descentralización político-territorial que origina la forma federal del Estado, en tres niveles: nacional, estatal y municipal; y lo segundo que regula la disposición, es que en el nivel nacional se establece una *división horizontal* del Poder Público, lo que da origen a la separación orgánica de los Poderes del Estado, no sólo en los tres clásicos Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial siguiendo los criterios tradicionales del constitucionalismo moderno, sino agregando al Poder Ciudadano y al Poder

Electoral. Estos últimos lo ejercen los órganos del Estado que con anterioridad se habían venido configurando como órganos constitucionales con autonomía funcional.

Estos dos sistemas de regulación del Poder Público, para su ejercicio, tienen implicaciones en la configuración de la Administración Pública como complejo orgánico; pero es la distribución territorial del mismo el que origina los diversos sujetos de derecho o personas jurídicas que configuran al Estado y dentro de cuyos órganos están los que constituyen la Administración Pública.

En efecto, siendo el Estado venezolano un “Estado federal descentralizado” en los términos formales establecidos en el artículo 4º de la Constitución, el mismo está básicamente conformado por el conjunto de personas jurídicas político-territoriales que son: la República, los Estados, los Municipios y las otras personas jurídicas estatales producto de la descentralización política y funcional. El Estado, por ello, se insiste, no es una persona jurídica en el ámbito interno, sino que en el sistema constitucional lo que existen son muchas personas jurídicas que actualizan su voluntad, que son las personas jurídicas estatales.

Por tanto, jurídicamente hablando, y esto tiene una repercusión básica en el derecho administrativo, en Venezuela no existe ni puede existir una sola Administración Pública como complejo orgánico, ni las Administraciones Públicas pueden, como tales, ser personas jurídicas. En realidad, cada una de las personas político-territoriales tiene su propia Administración Pública como conjunto orgánico, cuya actuación se imputa a la persona jurídico-estatal a la cual pertenece. En otras palabras, la Administración Pública, en realidad, es una organización que por supuesto está conformada por un conjunto de órganos que, además, lo son de las personas jurídicas estatales, y que como tales órganos, sirven para manifestar o actualizar la voluntad de éstas y mediante ellas, la del Estado.

La Administración Pública, por tanto, como lo precisa la misma Ley Orgánica de la Administración Pública,¹ está conformada tanto por órganos de las personas jurídicas estatales como unidades administrativas, como por algunas de dichas personas (las no territoriales), que la Ley denomina “entes.” Así lo indica el artículo 15 de dicha Ley Orgánica al disponer que “los órganos y entes de la Administración Pública se crean, modifican y suprimen por los titulares de la potestad organizativa,” conforme a lo establecido en la Constitución y la ley, de manera que:

“Tendrá el carácter de ente toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia distinta de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios.

Son órganos las unidades administrativas de la República, los estados, los distritos metropolitanos y entes públicos a las que se les

1 *V. Gaceta Oficial* N° 37.305 de 17-10-2001. V. además, en Allan R. Brewer-Carías, “Introducción General al régimen de la Administración Pública” en Allan R. Brewer-Carías y Rafael Chavero G., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 5 y ss.

atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo.”

Ahora bien, a los efectos de determinar qué comprende la Administración Pública como complejo orgánico de las personas jurídicas estatales, resulta indispensable ubicar éstas personas dentro de las clasificaciones de las personas jurídicas que adopta la Constitución.

En efecto, la Constitución de 1999, a lo largo de su articulado, ha adoptado dos definiciones distintas en relación con las personas jurídicas: por una parte, la que distingue entre las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado según la forma jurídica adoptada por el ente; y por la otra, la que distingue entre las personas estatales y las no estatales según su integración a la estructura y organización general del Estado. Estas dos clasificaciones contrastan, por supuesto, con la clásica clasificación entre “personas públicas y personas privadas,” la cual consideramos como totalmente abandonada en el campo del derecho administrativo.²

En efecto, el artículo 145 de la Constitución al establecer una inhabilitación para los funcionarios públicos, de celebrar contratos con los entes públicos, al establecer la prohibición para quienes estén “al servicio de los Municipios, de los Estados, de la República y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales” de poder celebrar contrato alguno con ellas. De esta norma, lo que interesa destacar a los efectos de la noción de Administración Pública y en relación con las personas jurídicas estatales que pueden celebrar contratos públicos, es la doble distinción ya advertida que en ella se establece respecto de las personas jurídicas: por una parte, entre las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado; y por la otra, entre las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales. La prohibición de contratar que se impone a los funcionarios públicos, por supuesto, es con las personas jurídicas estatales, cualquiera que sea su forma jurídica, de derecho público o de derecho privado; es decir, es una prohibición de contratar que se establece entre los funcionarios públicos y los órganos de la Administración Pública de dichas personas.

Estas distinciones se recogen, además, en otras normas constitucionales. En cuanto a la forma jurídica de las personas jurídicas, el artículo 322 de la Constitución, al señalar que la seguridad de la Nación es competencia esencial y responsabilidad del Estado, indica que aquélla se fundamenta en el desarrollo integral de la Nación y que su defensa es responsabilidad de los venezolanos y de las “personas naturales y jurídicas, tanto *de derecho público* como *de derecho privado*” que se encuentren en el espacio geográfico nacional. Por otra parte, en los artículos 159 y 168 se atribuye expresamente personalidad jurídica, a los Estados y Municipios como personas de derecho público territoriales; en los artículos 142 y 149,1 se regulan los “institutos autónomos” como personas jurídicas de derecho público institucionales, y en

2 V. lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, “la distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho,” en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 12, Buenos Aires, 1977, pp. 15-29; y en revista de la facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, N° 57, Caracas 1976, pp. 115-135.

el artículo 318 se califica expresamente al Banco Central de Venezuela como “persona jurídica *de derecho público*.”

En cuanto a la pertenencia de las personas jurídicas al Estado o al sector público, cuyos órganos forman la Administración Pública, el artículo 190, al regular las incompatibilidades de los diputados a la Asamblea Nacional, precisa, entre otros aspectos, que no pueden ser propietarios, administradores o directores de empresas “que contraten con personas jurídicas *estatales*.” Por otra parte, el artículo 180, al regular la inmunidad tributaria de los entes o personas jurídicas político-territoriales (República, Estados y Municipios) entre sí, señala que las inmunidades frente a la potestad impositiva de los Municipios a favor de los demás entes político territoriales “se extiende sólo a las personas jurídicas *estatales* creados por ellos.” Además, el artículo 289, al regular las atribuciones de la Contraloría General de la República, precisa la competencia de este órgano para realizar inspecciones y fiscalizaciones respecto de “las personas jurídicas del sector público.”

De toda esta normativa constitucional derivan, por tanto, las dos clasificaciones señaladas respecto de las personas jurídicas: la primera, que distingue entre las personas jurídicas estatales, que forman parte de la organización general del Estado en sus tres niveles territoriales o, si se quiere del sector público; y las personas jurídicas no estatales, que no forman parte del Estado o del sector público; y la segunda, que distingue, según la forma jurídica que adoptan las personas jurídicas, entre las personas jurídicas de derecho público, como los institutos autónomos, y las personas jurídicas de derecho privado, como las sociedades anónimas del Estado, empresas del Estado, o “empresas públicas” conforme las denominan los artículos 189,1 y 184,4, respectivamente, de la Constitución. Estas últimas personas jurídicas, excluyendo las político-territoriales, surgen como consecuencia de la descentralización funcional, la cual conforme al artículo 29 de la Ley Orgánica de la Administración Pública da origen a entes de dos tipos:

“1. *Entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado*: estarán conformados por las personas jurídicas constituidas y regidas de acuerdo a las normas del derecho privado en los términos de la presente Ley, y serán de dos tipos:

a. Entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales: serán aquellos entes descentralizados funcionalmente que no realicen actividades de producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente del presupuesto de la República, los estados, los distritos metropolitanos, o los municipios.

b. Entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales: serán aquellos cuya actividad principal sea la producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente de esta actividad.

2. *Entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho público*: estarán conformados por aquellas personas jurídicas creadas y

regidas por normas de derecho público y podrán perseguir fines empresariales o no empresariales, al igual que podrán tener atribuido el ejercicio de potestades públicas.”

Lo anterior confirma, en todo caso, como ya se señaló, que la expresión genérica “Estado” comprende a todas las personas jurídicas que en el orden interno y en la organización del Estado se consideran como parte del mismo, conforme a la descentralización política del Estado Federal en los tres niveles de distribución territorial del Poder Público: nacional, estatal y municipal; y conforme a la descentralización funcional que se produzca en cada uno de dichos niveles. Entre los órganos de esas personas jurídicas estatales, están, precisamente, los que conforman la Administración Pública.

Pero por supuesto, no todos los órganos de las personas estatales político territoriales constituyen la Administración Pública. La conformación de los órganos que la componen en esos casos está condicionada, a la vez, por el sistema de la división horizontal del Poder Público que se ha establecido en la Constitución, el cual puede considerarse que ha avanzado respecto de lo que son las líneas clásicas de la separación de poderes, pero sólo como separación orgánica y no como separación funcional.

En efecto, en cada complejo orgánico de las personas jurídicas estatales político-territoriales: nacional, estatal y municipal, el Poder Público tiene una distribución orgánica horizontal peculiar.

En el nivel nacional se distinguen cinco ramas del Poder Público: el Poder Legislativo Nacional, el Poder Ejecutivo Nacional, el Poder Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, correspondiendo su ejercicio a cinco complejos orgánicos diferenciados y separados. Estos son, respectivamente, la Asamblea Nacional; el Presidente, sus Ministros y el resto de los órganos del denominado “Ejecutivo Nacional”; el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República, así como la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y los otros órganos de gobierno y administración del Poder Judicial; el Ministerio Público o Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo; y el Consejo Nacional Electoral, sus Comisiones y Juntas. Estos cinco conjuntos orgánicos se encuentran separados, son autónomos e independientes entre sí, y cada uno de ellos tiene sus competencias constitucionales y legales específicas.

La Administración Pública Nacional *Central*, como complejo orgánico, se encuentra ubicada en principio, en el denominado “Ejecutivo Nacional,” que conforma los órganos estatales que ejercen el Poder Ejecutivo Nacional. Pero no sólo la Administración Pública Nacional está conformada por los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, pues a nivel nacional a partir de la Constitución de 1961, ya habían comenzado a encontrar encuadramiento constitucional diversos órganos estatales que se configuraban también como parte de la Administración Pública como complejo orgánico, pero que no dependían del Ejecutivo Nacional ni estaban subordinados a ninguno de los tres conjuntos orgánicos clásicos del Estado (Legislativo, Ejecutivo, Judicial). Se trataba de órganos constitucionales con autonomía funcional, que también eran órganos de la República como persona político-territorial nacional, y que eran: el Ministerio Público, también denominado Fiscalía General de la República; la

Contraloría General de la República; el Consejo de la Judicatura; y el Consejo Supremo Electoral. Por supuesto, estos eran órganos que forman parte de la Administración Pública nacional regulados por el derecho administrativo, aun cuando no formaban parte del Ejecutivo Nacional ni de la Administración Pública Central, ni tuvieran personalidad jurídica propia.

Esta tendencia se ha consolidado en la Constitución de 1999, al establecerse la ya mencionada penta división del Poder Público, agregándose a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral (Art. 136). Por ello, puede decirse que también conforman e integran la Administración Pública a nivel nacional, los órganos que ejercen el Poder Ciudadano, es decir, la Fiscalía General de la República o Ministerio Público, la Contraloría General de la República, y la Defensoría del Pueblo; así como los órganos que ejercen el Poder Electoral, como el Consejo Nacional Electoral. Igualmente, también puede considerarse que son órganos de la Administración Pública nacional, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia. Todos esos órganos conforman la Administración Pública nacional, aún cuando por supuesto, no la Administración Pública Central cuyos órganos son los que ejercen el Poder Ejecutivo Nacional.

Pero decíamos que la separación orgánica de poderes, en forma horizontal, no sólo se ha establecido en el nivel nacional, sino también en los niveles estatales y municipales. En los Estados de la Federación, en efecto, se distinguen básicamente dos complejos orgánicos que ejercen respectivamente, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, conformados por los Consejos Legislativos de los Estados y por sus Gobernadores (Arts. 160 y 162), por lo que la Administración Pública Estatal está integrada, en principio, en las Gobernaciones de Estado. En los Estados, además, hay que indicar que la Constitución ha previsto la existencia de unos órganos con autonomía orgánica y funcional (Art. 163), que ejercen el Poder Estatal aún cuando la Constitución no los califique como tal Poder, que son las Contralorías estatales. Esos órganos de control, sin duda, también forman parte de la Administración Pública estatal, aún cuando por supuesto, no forman parte de la Administración Pública Central de los Estados la cual depende de las Gobernaciones estatales.

Por último, en el nivel municipal, la Constitución también ha establecido un sistema de separación orgánica de poderes, distinguiéndose dos complejos orgánicos que ejercen los Poderes Legislativo y Ejecutivo locales, conformados, respectivamente, por los Concejos Municipales, como órganos colegiados que ejercen la función legislativa a nivel local; y los Alcaldes, a quienes corresponden las actividades de gobierno y administración municipal (Arts. 174 y 175). A nivel municipal, por tanto, la Administración Pública central como complejo orgánico depende de los Alcaldes. Pero debe indicarse, que también en el nivel de los Municipios, la Constitución establece las Contralorías municipales, como órganos de control, vigilancia y fiscalización, que por ello gozan de autonomía funcional (Art. 176). Esos órganos de control también forman parte de la Administración Pública municipal, aún cuando por supuesto, no forman parte de la Administración Pública Central de los Municipios la cual depende de las Alcaldías.

De todo lo anterior resulta, por tanto, que conforme a los principios de la distribución vertical y de la división horizontal del Poder Público, en el sistema constitucional venezolano, Administración Pública está conformada por el complejo de órganos de las personas jurídicas estatales que ejercen el Poder Ejecutivo en los tres niveles territoriales (nacional, estatal y municipal), así como por los órganos que en el nivel nacional ejercen el Poder Ciudadano, el Poder Electoral y el Poder Judicial, en este último caso en lo que se refiere al gobierno y administración del mismo; y en los niveles estatales y municipales, por los que conforman sus Contralorías.

II. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA REALIZADA POR ÓRGANOS COMPETENTES CONFORME AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La actividad administrativa, hemos dicho, no sólo se ejerce por los órganos de las personas jurídicas estatales que conforman la Administración Pública, sino que también sólo puede ser tal la que se realice por los órganos competentes, ciñéndose a lo que se establece en la Constitución y en las leyes, es decir, al principio de la legalidad y conforme al procedimiento administrativo establecido.³ Las actuaciones realizadas por órganos incompetentes, o sin observancia del procedimiento legalmente prescrito, en definitiva, lo que constituyen son vías de hecho.

Este principio de legalidad que rige no sólo para la Administración Pública sino para todos los órganos del Estado, tiene su fundamento en el artículo 137 de la Constitución, que dispone:

“La Constitución y la Ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.”

Esta norma recoge el principio del artículo 117 de la Constitución de 1961, pero con una nueva redacción en la cual no se habla de “atribuciones del Poder Público,” lo cual era impropio ya que el Poder Público es una potestad constitucional y no un órgano; sino de “las atribuciones de los *órganos que ejercen el Poder Público,*” cuyas actividades son las que deben sujetarse a la Constitución y a las leyes.

El principio de legalidad o de actuación en conformidad con el derecho, por tanto, implica que las actividades que realicen todos los órganos que ejercen el Poder Público y no sólo los que conforman la Administración Pública, deben someterse a la Constitución y a las leyes. La consecuencia de ello, en un Estado de derecho como el que organiza la Constitución de 1999, es que todas las actividades contrarias al derecho están sometidas al control tanto

3 V. la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en *Gaceta Oficial* N° 2818 Extraordinaria de 1-7-81. V. además, en Allan R. Brewer-Carías y otros, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, 12 edición, Caracas 2001, pp. 175 y ss. V. además, Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Editorial Legis, Bogotá, 2003.

de la jurisdicción constitucional (art. 334) como de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259), cuyos tribunales pueden anularlos.

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

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

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

El principio de la legalidad, además, en la Constitución se erige como un principio en el cual se fundamenta la Administración Pública, definiéndose como “el sometimiento pleno a la ley y al derecho” (art. 141), y además, destacándose como una de las misiones fundamentales de los órganos del Poder Ciudadano, el velar por “la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado” (art. 274).

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

La consecuencia de lo anterior, es que los órganos de la Administración Pública para desarrollar las actividades administrativas, tienen que tener competencia para ello, la cual por sobre todo requiere de texto expreso, siendo además de obligatorio cumplimiento y debiendo ser ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos legalmente. Además, la competencia, tal como lo precisa el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, es irrenunciable, indelegable, improporrogable y no puede ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos. Por tanto, toda actividad realizada por un órgano manifiestamente incompetente o usurpada por quien carece de autoridad pública, es nula y sus efectos se deben tener por inexistentes (art. 26). Se recoge así, el principio establecido en el artículo 138 de la Constitución, conforme al cual “toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.”

En la realización de las actividades administrativas, por tanto, no puede haber competencias no reguladas expresamente en la Constitución o en la ley. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, sin embargo, en algunas sentencias habría matizado este postulado, admitiendo que las competencias pueden derivar del principio del “paralelismo de las competencias,” siempre que con el ejercicio de las mismas no se afecten derechos de las personas. En efecto, en sentencia N° 2612 de 11 de diciembre de 2001 (Caso: *Impugnación de la Constitución del Estado Portuguesa*), dicha Sala Constitucional al determinar sobre la validez del desistimiento de un recurso de nulidad de un artículo de la Constitución del Estado Portuguesa que había sido interpuesto por un Fiscal del ministerio Público, sin tener competencia expresa para desistir de recursos, hizo las siguientes consideraciones:

“[En] materia de derecho público rige el principio conforme al cual la competencia de los órganos debe estar prevista de manera explícita o expresa en un instrumento normativo, por ser una manifestación de las potestades públicas a éstos otorgadas, de modo que, acudir a la tesis de las competencias implícitas a fin de justificar el ejercicio de ciertas facultades que la ley no atribuye a los órganos públicos, constituye una excepción de interpretación restrictiva al principio de la legalidad, que incluso a veces, no ha contado con la aprobación de la mayoría doctrinaria.”

Sin embargo, dijo la Sala:

“Conforme al principio conocido como el “paralelismo de las competencias,” los órganos públicos estarán facultados en algunos casos para realizar determinadas actividades, sin que para ello requieran de una ley o norma que los habilite a tal fin, siempre y cuando no exista una norma que expresamente lo prohíba; con lo cual se busca resolver en el ámbito fáctico, los problemas que pudieran suscitarse cuando una norma atribuye competencia a un órgano para dictar un acto, pero no indica cuál es el órgano facultado para modificarlo o revocarlo, por ello, ha señalado la doctrina patria más autorizada, que en nuestro ordenamiento tal principio puede ser aplicado perfectamente, salvo que se trate de un acto de efectos particulares.”

Por su parte, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 87 de 11 de febrero de 2004, también analizó la cuestión de la competencia de los entes públicos señalando que si bien “las potestades atribuidas al Estado y demás entes públicos, le son otorgadas en función de ser los entes encargados de tutelar los intereses públicos, lo cual le confiere la posibilidad de afectar a los terceros, mediante la constitución, modificación, o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación de las cosas existentes,” de lo que deriva “la importancia de que estas potestades estén atribuidas por Ley, como garantía para los administrados”; sin embargo, esta regla de la competencia, admitiría excepciones con base en la señalada tesis de las “potestades implícitas o inherentes,” la cual, sin embargo::

“[Al] constituir una excepción a la regla de competencia, su aplicación debe ser muy restrictiva, no admitiendo una interpretación extensiva, ni siquiera analógica de la legalidad como atributiva de poderes a la Administración, ya que justamente, esta es excepcional por cuanto supone restricciones a la libertad individual. En efecto, lo contrario daría origen a que se crearan facultades que afecten derechos subjetivos de particulares, violándose así, el principio de legalidad de la competencia. Como consecuencia de ello, debe señalarse que en el ejercicio de las potestades implícitas, la Administración no podría desplegar actuaciones que afecten los derechos subjetivos de los particulares, por cuanto ello podría suceder sólo mediante norma atributiva de competencia.”

Ahora bien, el principio general de que la competencia de todos los órganos del Estado para la realización de sus actividades, tiene que derivar de texto constitucional o legal expreso; en lo que se refiere a la actividad administrativa, la misma básicamente puede y está básicamente en la ley, pues dicha actividad siempre es de carácter sublegal.

III. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA COMO ACTIVIDAD DE CARÁCTER SUBLEGAL CONFORME AL PRINCIPIO DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS Y LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En efecto, desde el punto de vista formal, y conforme al principio de la formación del derecho por grados que como uno de sus principios fundamentales adopta la Constitución de 1999; todas las actuaciones del Estado derivan de la ejecución de la Constitución como norma suprema, en forma escalonada y sucesiva, configurándose entonces dos tipos de actividades estatales: aquéllas que derivan de la ejecución directa e inmediata de la Constitución; y aquellas que son de ejecución directa e inmediata de la Legislación y, por tanto, de ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

En efecto, partiendo de la consideración de Constitución como norma suprema y como fundamento del ordenamiento jurídico, como lo declara incluso su artículo 7, hay actividades que realizan determinados órganos del Estado en cumplimiento de atribuciones establecidas directa y exclusivamente en la Constitución, sin que exista o pueda existir otro acto estatal de ejecución directa e inmediata de la Constitución, como las leyes, que las regulen y que se interponga entre la Constitución y la actividad. Por ejemplo, la actividad legislativa o la actividad de gobierno. Además, hay otras actividades de los órganos del Estado que se realizan en cumplimiento de atribuciones establecidas no sólo en la Constitución sino también en las leyes, donde por principio existe o puede y debe existir un cuerpo legislativo que las regule. Por ejemplo, la actividad judicial y, precisamente, la actividad administrativa.

Las primeras, es decir, las actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución, precisamente por ello, sólo están y pueden estar sometidas a lo que dispone el texto fundamental, no teniendo competencia el Legislador para regularlas mediante leyes; las segundas, en cambio, son

actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, las cuales, precisamente por ello, además de estar sometidas al texto fundamental (como toda actividad estatal), están sometidas a las regulaciones establecidas, además de en la Constitución, en las leyes y en las otras fuentes del derecho.

Las primeras por otra parte, dada la ejecución directa e inmediata de la Constitución, sólo están sometidas al control de constitucionalidad a cargo de la Jurisdicción Constitucional que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (Arts. 334, 336,2 y 4); las segundas, en cambio, están sometidas al control de constitucionalidad y legalidad que corresponden a las otras Jurisdicciones del Poder Judicial, tanto a las ordinarias como sucede con las apelaciones y la Casación en lo que concierne a la actividad judicial; como a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y a la Jurisdicción Contencioso-Electoral (Arts. 259, 297) cuando se trata de actividades administrativas.

Las actividades administrativas, por tanto y por esencia, constituyen actividades estatales que se realizan siempre en ejecución directa e inmediata de la legislación y por tanto, en ejecución indirecta y mediata de la Constitución; y precisamente por ello es se dice que esencialmente son de carácter sublegal, aún cuando en un momento dado aún no se haya dictado la legislación correspondiente que las regule en concreto.

Este principio fundamental del constitucionalismo venezolano,⁴ sin embargo, ha sido recientemente violentado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por razones políticas circunstanciales, con el objeto de despojar a la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo de su competencia exclusiva para controlar la actividad administrativa desarrollada por el Consejo Supremo Electoral, en lo que se refiere a los actos administrativos dictados en relación con el proceso de referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, realizado durante el año 2004.

En esta materia, en efecto, debe destacarse que el Magistrado Presidente del Tribunal Supremo y de su Sala Constitucional, actuando como Juez de Sustanciación de esta última, en sentencia N° 94 de 2 de diciembre de 2003 (Caso: *Robert Osuna y otros vs. Consejo Nacional Electoral*), con razón había sido expreso y enfático en declarar la incompetencia de la Sala Constitucional para conocer de la impugnación de un acto administrativo del Consejo Nacional Electoral contenido en la Resolución N° 030925-465 de fecha 25 de septiembre de 2003, mediante la cual había dictado precisamente las "Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular," por considerar que el mismo era de naturaleza electoral, razón por la cual resultaba obligatorio para dicho Juzgado, "declarar la incompetencia de la Sala para conocer el presente asunto, todo de conformidad con el ordinal 2° del artículo 84, en concordancia con el ordinal 4° del artículo 124, ambos de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Así se declara."⁵

4 V. en Allan R. Brewer-Carías, *Evolución histórica del Estado*, Tomo I, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996.

5 Exp. N° AA50-T-2003-002900

La actividad administrativa del Consejo Nacional Electoral, por tanto, conforme a la Constitución, sólo puede estar sometida al control de la Sala Electoral del Tribunal Supremo, no teniendo competencia la Sala Constitucional para conocer de dichas materias. Pero este criterio sólo duraría pocos meses, hasta cuando la Sala Constitucional decidió avocarse al conocimiento de una causa que cursaba ante la Sala Electoral (Caso: *Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina Y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral*), iniciada con motivo de la impugnación de otra Resolución del Consejo Nacional Electoral, la Resolución N° 040302-131 de 2 de marzo de 2004 mediante la cual dicho órgano informó sobre resultados preliminares de la verificación de las solicitudes y firmas en el procedimiento revocatorio iniciado en relación con el Presidente de la República, y de un Instructivo del mismo Consejo Nacional Electoral (*Instructivo sobre el tratamiento por el comité técnico superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona*). Los actos impugnados, sin duda, eran actos administrativos, uno de efectos externos y otro incluso, de efectos internos, de ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, por lo que el único mecanismo del cual disponía la Sala Constitucional para arrebatarse a la Sala Electoral el expediente y su competencia, era avocándose al conocimiento de la causa, para lo cual tenía que construir su propia competencia.

Este avocamiento era jurídicamente imposible, pues la competencia exclusiva para controlar la constitucionalidad y legalidad de dichos actos administrativos de rango sublegal le correspondía a la Sala Electoral (Jurisdicción Contencioso Electoral); siendo la Sala Constitucional, como Jurisdicción Constitucional, competente sólo para controlar la constitucionalidad de los actos de rango legal, es decir, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como por ejemplo, las leyes y demás actos con valor de ley; los actos parlamentarios sin forma de ley y los actos de gobierno. Los actos impugnados ante la Sala Electoral en el caso mencionado sin duda alguna, no encajaban en dichas categorías, por lo que no teniendo competencia la Sala Constitucional para conocer de su nulidad, no tenía posibilidad alguna de avocarse al conocimiento de la causa.

Sin embargo, solo tres meses después de la sentencia antes mencionada dictada por el Magistrado Presidente de la Sala Constitucional cambiaría su opinión, y la Sala mediante una sentencia inicialmente anunciada en la página web del Tribunal Supremo el 31 de marzo de 2004,⁶ y luego publicada con el N° 566 el 12 de abril de 2004, informaba que había decidido avocarse al

6 La Sala Constitucional en un inusitado "Comunicado" difundido el 16-04-2004 "frente al uso político del derecho, ante la pretendida judicialización de la política, y ante las falsas, temerarias y tendenciosas declaraciones en los diversos medios de comunicación social" dadas por el Magistrado de la propia Sala, Pedro Rondón Haaz, señalaría que el proyecto de sentencia N° 566 de 12-04-2004 habría sido aprobado el 31-04-2004. Esto fue nuevamente señalado en el texto de la sentencia N° 628 de 23-04-2004 mediante la cual se declararon improcedentes las aclaratorias a la sentencia N° 566 de 12-04-2004. Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional vs. El Estado democrático de derecho (El secuestro del Poder Electoral y de la sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política)*, Caracas, 2004. Los comentarios que siguen

conocimiento de la causa contencioso electoral antes indicada. Con ello, de un sólo plumazo, se pretendía destruir uno de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional formal venezolano, como lo es el antes mencionado principio de la formación del derecho por grados partiendo de la Constitución, conforme a la llamada “pirámide de Kelsen.”

La falaz argumentación construida por la Sala Constitucional para perpetrar este atentado contra el orden constitucional fue la siguiente: que el Consejo Nacional Electoral, al normar lo relativo a los referendos revocatorios en virtud de que aún no se había dictado una ley específica sobre la materia de referendos, habría “actuando en ejecución directa e inmediata del artículo 72 de la vigente Constitución” como consecuencia “del fallo del 25 de agosto de 2003 de la Sala Constitucional que designó el Poder Electoral”; por lo que el conocimiento de la nulidad de tal tipo de actos, correspondía entonces a la Sala Constitucional, siendo por tanto la Sala Electoral, incompetente *per se* para ello.

Tal fundamentación, sin duda, no era más que una construcción jurídica elaborada con el único objetivo de concluir el secuestro de la Sala Electoral del Tribunal Supremo, pues una Resolución del Consejo Nacional Electoral y un Instructivo dictado para un Comité Técnico dictado por un órgano subalterno de dicho Cuerpo, jamás podrían llegar a considerarse como actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, de “rango legal.” Dichos actos, en todo caso, eran actos de rango sublegal, es decir, actos administrativos dictados en ejecución de normas de rango legal como son las contenidas en la Ley Orgánica del Poder Electoral e, incluso, en ejecución tanto de la ley Orgánica del Sufragio y participación Política como de las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular dictadas por el propio Consejo Nacional Electoral (cuya impugnación la Sala Constitucional había rechazado conocer). El carácter sublegal de dichos actos administrativos impugnados resultaba, incluso, de la propia “base legal” que había quedado plasmada en sus textos.

Pero para llegar a la absurda mutación de unos actos administrativos de rango sublegal dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, en actos estatales de rango legal, supuestamente dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, la Sala Constitucional en la anunciada “sentencia”⁷ N° 566 de 12 de abril de

sobre el tema, tanto en el texto como en las notas, los hemos elaborado partiendo de lo expuesto en ese libro.

7 Así se anunció en la página web del Tribunal Supremo de Justicia, el 01-04-04. El Magistrado Rondón Haaz de la Sala Constitucional en su Voto Salvado a la sentencia N° 566 de 12-04-2004 diría que “La nota de prensa que apareció en el sitio web del Tribunal el 31 de marzo de 2004 es violatoria del artículo 59 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y, por tanto, es inaceptable... la nota de prensa en cuestión informó sobre el contenido de la sentencia, antes de su publicación y, por tanto, de su existencia misma como actuación judicial, en evidente esguince evasivo del cumplimiento de la norma que se precitó.” Dicho Voto Salvado, aun cuando no fue publicado junto con la sentencia, se incorporó al Voto Salvado presentado por el mismo Magistrado a la sentencia N° 628 de 23-04-2004 que declaró improcedentes las aclaratorias respecto de la sentencia N° 566. La sentencia, con el N° 566, en todo caso, sólo sería publicada el día

2004, fundamentó su competencia como Jurisdicción Constitucional para poder avocarse al conocimiento de la causa, en lo siguiente:

4) Que la Sala Constitucional, conforme a sentencia de 20 de diciembre de 2001 (caso: Javier Elechiguerra), ratificó su competencia para conocer de los recursos que se interpongan contra las leyes o actos de los poderes públicos que se dicten en ejecución directa de la Constitución.

5) Que el Poder Electoral al normar lo relativo a los referendos revocatorios, los cuales carecen de una ley que los regule, *está actuando en ejecución directa e inmediata del artículo 72 de la vigente Constitución.*

6) Que tal potestad del Poder Electoral *es producto del fallo del 25 de agosto de 2003 de la Sala Constitucional que designó el Poder Electoral...*

8) Que a pesar que las Salas se encuentran en igual plano jerárquico dentro del Tribunal Supremo de Justicia, dada la potestad de la Sala Constitucional, conforme lo prevén el artículo 266.1 Constitucional y el Título VIII sobre la protección a la Constitución, para garantizar la supremacía constitucional, ella tiene *la competencia sobre las nulidades de los actos del Poder Electoral, a los cuales se les atribuye violación directa de normas constitucionales...*

11) Que en vista de no haber enviado la Sala Electoral a la Constitucional, los expedientes que se le solicitaron según oficio N° 04-0570, y constarle que dicha Sala Electoral conocía de *causas para las cuales carecía de competencia*, la Sala Constitucional decidió avocarse a conocer dichas causas, aunado a que constató un desorden procesal proveniente de que la Sala Electoral Accidental...

De esto resulta que la justificación por la Sala Constitucional de su supuesta competencia para poder avocarse al conocimiento del asunto, fue el supuesto carácter de "actos de ejecución directa de la Constitución" de los dictados por el Consejo Nacional Electoral, y que eran objeto del juicio de nulidad ante la Sala Electoral. La Sala Constitucional para ello, se refirió a su competencia para conocer de los recursos de inconstitucionalidad que se interpusieran contra leyes o actos de los poderes públicos "que se dicten en ejecución directa de la Constitución o que tengan rango de ley," reiterando el criterio establecido en sentencia N° 2748 del 20 de diciembre de 2001 (Caso: *Fiscal General de la República (Javier Elechiguerra Naranjo)*), en la cual ya se había confundido el criterio para la calificación de dichos actos dictados en ejecución directa de la Constitución. En efecto, en la sentencia N° 566 de 12 de abril de 2004, la Sala

12-04-04, coincidentalmente el mismo día en el cual la Sala Electoral, mediante sentencia N° 37, decidiría el recurso de nulidad intentado contra de los actos del Consejo Nacional Electoral referidos a las llamadas solicitudes (del referendo revocatorio presidencial) con caligrafía similar, declarándolo con lugar, juicio cuyo conocimiento pretendía avocarse la Sala Constitucional.

citó parcialmente la referida sentencia N° 2748 de 20 de diciembre de 2004, copiando el siguiente extracto donde señaló que el criterio se basaba en:

“... la forma de cómo un determinado acto jurídico se articula con las normas constitucionales, es decir si su ejecución obedece en primer término a una disposición legal que regula su práctica o si deriva directamente de una norma constitucional que no requiere de ley alguna que regule el ejercicio del derecho o de la atribución que fundamenta el acto. Es un hecho bastante generalizado que los derechos fundamentales y la normativa que se refiere a la creación de órganos de los poderes públicos y su habilitación, en la mayoría de las constituciones vigentes en distintos países, son considerados de aplicación inmediata y directa.”

La Sala Constitucional, en dicha sentencia N° 2748, con anterioridad al párrafo citado, había señalado que el hecho de que algunos actos estatales fueran dictados *en ejecución directa de normas constitucionales*:

“... significa que la competencia para ejecutar dichos actos esté de tal manera, clara e indubitable, atribuida por la Constitución al órgano ejecutante que no requiera de una ley habilitante que regule su ejercicio y que, la misma Constitución no lo reserve (su ejercicio) a la creación de una ley por el Poder Legislativo.”⁸

En realidad, en dicha sentencia la Sala, en efecto, comenzaba a confundir dos principios constitucionales distintos: una cosa es el principio de la aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales que en materia de derechos fundamentales o de competencia de los órganos del Poder Público, no requieren (pero no excluyen) la existencia previa de leyes para poder ser aplicadas (este es el criterio desarrollado en la sentencia); y otra cosa es el rango que tiene los diversos actos del Poder Público en ordenamiento jurídico en relación con la Constitución, en el sentido de que algunos son dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (rango legal) no siendo posible su regulación por ley, y otros lo son en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución pudiendo esencialmente ser regulados por la ley (rango sub legal).

En efecto, en su sentencia, para impropriamente atribuirse una competencia que no tiene, la Sala Constitucional confundió la noción de “actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución,” con las “normas constitucionales de aplicación directa e inmediata.” Se insiste, los primeros, los actos de “ejecución directa e inmediata de la Constitución” no sólo no requieren de ley alguna que los regule, sino que constitucionalmente no podría dictarse ley alguna que se interponga entre la norma constitucional y el acto estatal.⁹ Por ello es que se dice que son actos dictados en ejecución

8 V. en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 389-390 (En prensa).

9 En materia electoral, con razón, el Magistrado Rondón Haaz en su Voto Salvado a la sentencia señaló: “No cabe duda, según el tenor de las normas en cuestión, que la materia electoral debe ser regulada por ley –y no podría ser de otra forma, puesto que atañe al ejercicio de derechos constitucionales como a la participación y al sufragio–, de modo que

directa e inmediata de la Constitución, es decir, de rango legal conforme a la teoría de la formación escalonada del orden jurídico, que están sometidos al control de constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional (Jurisdicción constitucional), ya que no son actos en cuya emisión el órgano respectivo pueda estar condicionado por la ley alguna.

Otra cosa son las normas constitucionales de “aplicación directa e inmediata” de la Constitución, que no requieren de ley alguna para su aplicación, pero que no excluyen su necesaria sanción. Los actos que se dicten para ejecutar estas normas son actos administrativos que por ser de rango sub legal están sometidos no sólo a la Constitución sino a la ley, y por eso es que su control corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa a la Jurisdicción contencioso electoral, en su caso.

La Sala Constitucional, muy interesadamente confundió dichas nociones, y pretendió aplicar su competencia de control de constitucionalidad respecto de actos administrativos como los dictados por el Consejo Nacional Electoral, basándose en el argumento circunstancial de que (aún) “no se ha dictado una ley para regular ninguna de las modalidades “referendarias,” con lo que ignoró de paso, por ejemplo, a la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política), llegando entonces a la absurda conclusión –que el Magistrado Rondón Haaz en su Voto Salvado calificó como un “dislate”– de que los actos dictados a tales efectos por el Consejo Nacional Electoral serían:

“[A]ctos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, fundados en el artículo 72 y en la Disposición Transitoria Octava de la Carta Magna. La invocatoria de la Ley Orgánica del Poder Electoral y el mismo artículo 293 constitucional es a los solos efectos de fundamentar la competencia, pero no hay texto legal pre o post-constitucional que regule los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular.”

La Sala Constitucional, luego de “justificar” de esa manera su supuesta competencia para conocer de la nulidad de los actos mencionados del Consejo Nacional Electoral, y de analizar las vicisitudes del caso en el cual la Sala Electoral ratificó su competencia en la materia y decidió avocarse al conocimiento de las causas, estableciendo para ello “criterios vinculantes.”¹⁰

Ahora bien, y dejando a salvo esta circunstancial y absurda “doctrina,” toda actividad administrativa es, ante todo, desde el punto de vista formal, una actividad que siempre es de carácter sublegal, es decir, de ejecución directa

no se trata de un materia que no requiera de ley alguna que regule el ejercicio del derecho o de la atribución que fundamenta el acto; todo lo contrario.”

10 Sobre la sentencia en el Voto Salvado del Magistrado Rondón Haaz, se destacan las “evidentes contradicciones de dicho fallo y las groseras incongruencias del mismo con los criterios conformantes de la jurisprudencia de la Sala, la divorcian y distancian abismalmente del propósito de uniformidad en la interpretación y aplicación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que preceptúa el artículo 335 *eiusdem*.” V. los comentarios en el libro antes citado: Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional vs. El Estado democrático de derecho (El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política)*, Caracas, 2004, pp. 133 y ss.

e inmediata de la legislación (así las leyes reglamentarias correspondientes no se hayan dictado) y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Por supuesto, también las actividades judiciales son siempre de carácter sublegal, siendo la diferencia entre una y otra de carácter orgánico, en el sentido que las actividades judiciales siempre las realizan órganos autónomos e independientes en ejecución de la función jurisdiccional, como lo son los órganos que ejercen el Poder Judicial.

Ahora bien, conforme a lo anteriormente expuesto, tanto desde el punto de vista formal como orgánico, las actividades administrativas pueden distinguirse de las otras actividades legislativas, de gobierno y judiciales.

En efecto, la actividad legislativa está conformada por los actos legislativos, que son las leyes (Arts. 187,1 y 203) y los actos parlamentarios sin forma de ley (actos privativos e *interna corporis*) (Art. 187). Las leyes, incluso, son formalmente definidas en la Constitución, como los actos sancionados por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (Art. 203). También pueden considerarse como actos legislativos los decretos leyes o decretos con fuerza de ley, dictados por el Presidente de la República previa autorización por una ley habilitante (Arts. 203; 236, 8). Todos estos actos legislativos son actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, incluso en los casos de los decretos ley; y su definición es tanto orgánica como formal: orgánica, pues se definen según el órgano que los dicta; y formal, por la graduación que tienen en el ordenamiento jurídico, de ser actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o de rango de ley.

Los actos del gobierno, por su parte, son los actos dictados por el Presidente de la República en ejercicio sólo de atribuciones constitucionales, y que por ello, no pueden estar regulados o limitados por la Asamblea Nacional mediante leyes. Es el caso, por ejemplo, del nombramiento del Vicepresidente Ejecutivo, de la concesión de indultos, de la convocatoria de la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias, y de la disolución de la Asamblea Nacional (Art. 236,3,9,19,21). Los actos de gobierno también son actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, y su definición es tanto orgánica como formal: orgánica, pues se definen según el órgano que los dicta; y formal, por la graduación que tienen en el ordenamiento jurídico, de ser actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Los actos judiciales y más propiamente, las sentencias, también se definen por el elemento orgánico y el formal: son actos que sólo pueden emanar de los Tribunales, y tienen unos efectos precisos de verdad legal definidos en el ordenamiento y derivados del valor de cosa juzgada. Se trata, siempre, de actos de carácter sublegal, es decir, dictados en ejecución directa e inmediata de la ley e indirecta y mediata de la Constitución.

En la definición de los actos legislativos, de gobierno y judiciales, por lo tanto, hay una identificación entre órgano y acto, además de criterios formales derivados de la formación del derecho por grados, y no necesariamente se definen según criterios materiales o derivados de la función que se ejerce al dictarlos. Por ejemplo, los actos legislativos pueden no tener contenido normativo; y pueden haberse dictado en ejercicio de funciones administrativas o políticas; y los actos de gobierno, pueden en cambio tener contenido normativo.

En cambio, en la definición de la actividad administrativa y, en particular, de los actos administrativos, los criterios anteriores no se pueden aplicar en forma lineal, pues estos no se pueden identificar ni orgánica ni funcionalmente: son dictados por los cinco grupos de órganos estatales que ejercen el Poder Público, y se pueden dictar en ejercicio de todas las funciones estatales. Así, tan acto administrativo es un reglamento dictado por cualquier órgano de la Administración Pública o por los Tribunales en ejercicio de la función normativa, como un acto de ejecución presupuestaria o de personal dictado por los órganos de la Administración Pública, los Tribunales o la Asamblea Nacional en ejercicio de la función administrativa; o un acto dictado por los órganos de la Administración Pública en ejercicio de la función jurisdiccional, al decidir una solicitud o un recurso administrativo.

La definición del acto administrativo, por tanto, en contraste con los otros actos estatales, requiere de una mezcla de criterios, dado el carácter heterogéneo de los mismos: Se emplea el criterio orgánico, al identificar como actos administrativos los actos emanados de la Administración Pública como complejo orgánico en ejercicio de las funciones normativa, jurisdiccional o administrativa del Estado. Se utiliza el criterio material, al identificar como actos administrativos los actos dictados por los Tribunales en ejercicio de las funciones administrativa y normativa, los actos dictados por la Asamblea Nacional en ejercicio de funciones administrativas, e incluso, los dictados por entidades privadas autorizadas por ley en ejercicio de funciones normativas y administrativas; y en todo caso, conforme al criterio formal, siempre que se trate de actos de carácter sublegal, es decir, dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución.

La actividad administrativa, en todo caso, al ser de carácter sublegal, como ya se ha dicho, está por sobre todo sometida al derecho y controlable jurisdiccionalmente. En efecto, conforme al sistema establecido en la Constitución todos los actos estatales están sometidos al derecho y todos son controlables jurisdiccionalmente por razones de constitucionalidad o de legalidad. Aquí está la esencia del principio de la legalidad y del Estado de derecho.

En Venezuela el sistema jurídico es de carácter universal y cerrado en materia de control jurisdiccional, en el sentido que ninguno de los actos estatales puede escapar al control del Tribunal Supremo de Justicia y de los demás Tribunales que controlan la constitucionalidad y la legalidad de los mismos. Así, los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, las leyes, los actos parlamentarios sin forma de ley, los actos ejecutivos de rango y valor de ley, y los actos de gobierno están sometidos exclusivamente al control de la constitucionalidad que está a cargo de la Jurisdicción Constitucional que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En cuanto a las sentencias, estas están sometidas al control judicial ordinario de las apelaciones y, en materia de legalidad, al recurso de casación ante las Salas de Casación Civil, de Casación Social y de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Y en cuanto a los actos administrativos, estos están sometidos al control por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso

Electoral, que corresponde a las Salas Político-Administrativa y Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y a los otros tribunales que las conforman.

Lo importante a señalar sobre este control contencioso administrativo es que el mismo se realiza sobre *todos* los actos administrativos, pudiendo los tribunales competentes declarar su nulidad, así sean actos administrativos emanados no sólo de los órganos de la Administración Pública, sino de los órganos legislativos, de los tribunales, e incluso de entidades privadas.

Ahora bien, específicamente sobre los actos administrativos, producto de la actividad administrativa, para asegurar su sumisión al derecho, es que se han desarrollado los procesos contencioso administrativos y la misma Jurisdicción Contencioso Administrativa como el conjunto de órganos judiciales encargados de controlar la constitucionalidad y legalidad de las actuaciones de la Administración, tanto por sus actos, omisiones y hechos materiales, como por las relaciones jurídico administrativas en las cuales aquélla intervenga.¹¹

La norma fundamental que siguió constitucionalizando esta Jurisdicción en Venezuela es la contenida en el artículo 259 de la Constitución de 1999, la cual dispone:

“La Jurisdicción Contencioso Administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determina la ley. Los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”

Fue precisamente con base en esta norma constitucional, que repite casi textualmente el contenido del artículo 206 de la anterior Constitución de 1961, que en Venezuela se continuó con el desarrollo los procesos contencioso administrativos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que se atribuye a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y los otros tribunales establecidos en la Ley, con la misión específica, entre otras, de ejercer la justicia constitucional y de la legalidad respecto de los actos de la Administración. La configuración de dicha jurisdicción, por otra parte, se completó en la Constitución de 1999, al regularse también, en el artículo 297, a la Jurisdicción Contencioso Electoral atribuyéndose su ejercicio a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley; especializándose así, el control de legalidad y constitucionalidad respecto de los actos administrativos dictados por los órganos del Poder Electoral.

11 V., Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pp. 295 y ss.

En las Disposiciones Transitorias de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, se había regulado la organización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con indicación de los diversos tribunales que además de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema, la integraban, particularmente, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y Tribunales Superiores Contencioso Administrativos. Incomprensiblemente, sin embargo, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de mayo de 2004, a pesar de regular los principios del procedimiento contencioso administrativo en sus artículos 18 a 21, sin embargo, careció de Disposiciones transitorias para darle base legal fundamental a la organización de la Jurisdicción. Sólo se estableció en la Disposición Derogatoria, Transitoria y Final de la Ley, que mientras se dictase la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el procedimiento regulado sólo se aplicaría a los juicios desarrollados ante el propio Tribunal Supremo, agregando que respecto de los otros tribunales, la Sala Plena debía dictar un Reglamento Especial que regulase “el funcionamiento y la competencia de los tribunales respectivos,” lo que nunca ocurrió, de manera que el régimen del procedimiento se estableció jurisprudencialmente.

La Constitución de 1999, conforme al artículo 266, atribuyó a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia competencia para:

- “4. Dirimir las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado, Municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre Municipios de un mismo Estado, caso en el cual la ley podrá atribuir su conocimiento a otro tribunal.
5. Declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente.
6. Conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley.”

Al reservarse al Tribunal Supremo, en general, el control de la constitucionalidad e ilegalidad con poderes anulatorios de los reglamentos y demás actos administrativos del Ejecutivo *Nacional*, ello permitió atribuir a los tribunales superiores con competencia contencioso administrativa el control de la constitucionalidad e ilegalidad de los actos de las autoridades administrativas de los Estados y Municipios. En cuanto a las demás autoridades administrativas nacionales que no conforman estrictamente los órganos del “Ejecutivo Nacional,” el control contencioso administrativo de sus actos, tanto por razones de inconstitucionalidad cómo de ilegalidad, se atribuyó conforme la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, la importancia del texto del artículo 259 de la Constitución de 1999, y su efecto inmediato, que es la constitucionalización de la Jurisdicción

Contencioso Administrativa, radica en la ratificación de los siguientes principios relativos a los procesos contencioso administrativos:¹²

En *primer* lugar, el de la *universalidad del control* de constitucionalidad y legalidad que la Constitución regula respecto de los reglamentos y demás actos administrativos, en el sentido, de que todos, absolutamente todos los actos administrativos pueden ser sometidos a control judicial por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.

La intención del artículo 259 de la Constitución de 1999 fue, entonces, ratificar el principio de que todos los actos administrativos, por cualquier motivo de contrariedad al derecho, puedan ser controlados por los tribunales que conforman la Jurisdicción Contencioso Administrativa, respecto de lo cual no se admiten excepciones, de manera que se puedan dejar fuera de control algunos actos administrativos. Ello, por supuesto, trae como consecuencia fundamental que cualquier exclusión de control judicial respecto de actos administrativos específicos sería inconstitucional, sea que dicha exclusión se haga por vía de ley o por las propias decisiones de los tribunales, en particular, del propio Tribunal Supremo de Justicia.

La universalidad del control radica entonces en que todos los actos administrativos están sometidos a control judicial de constitucionalidad y legalidad, por cualquier motivo de contrariedad al derecho, de manera que los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa tienen competencia constitucional para juzgar tanto la constitucionalidad como la legalidad propiamente dicha de los actos administrativos.

En *segundo* lugar y como consecuencia de esta tendencia hacia la universalidad del control, se ha puesto a disposición de los particulares un conjunto de recursos y acciones para acceder a la justicia contencioso administrativa que dan origen a un conjunto de procesos, que son, además del proceso de anulación contra los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales o de efectos particulares, incluso con pretensión de condena y de amparo constitucional, están el proceso contencioso administrativo contra la abstención o negativa de los funcionarios públicos a actuar conforme a las obligaciones legales que tienen; el proceso contencioso administrativo de interpretación de las leyes; el proceso contencioso administrativo de las demandas contra los entes públicos; y el proceso contencioso administrativo para la resolución de los conflictos entre autoridades administrativas del Estado.

Pero en *tercer* lugar, la importancia de la constitucionalización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir, del control judicial de constitucionalidad y legalidad de todos los actos administrativos, está en que no sólo la norma constitucional del artículo 259 persigue una asignación de competencias a unos órganos judiciales, sino en que consagra un *derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva frente a la Administración*, en el sentido de lo establecido en el artículo 26 de la propia Constitución y en el artículo 18, primer párrafo de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo. En esta forma, la Jurisdicción Contencioso Administrativa se configura

12 V., Allan R. Brewer-Carías, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993.

constitucionalmente como un sistema judicial para la protección de los administrados frente a la Administración. De allí la ratificación del principio de la universalidad del control, en el sentido de que, tratándose de un derecho constitucional al mismo, no podría el Legislador excluir de control a determinados actos administrativos.

Además, en cuarto lugar, la forma como están concebidas constitucionalmente la universalidad de control y el derecho ciudadano a la tutela judicial frente a la Administración, implica la asignación al juez contencioso administrativo de *amplísimos* poderes de tutela, no sólo para el control de la constitucionalidad y legalidad objetivas que debe siempre ser respetada por la Administración, sino de las diversas situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los particulares en relación con la Administración. De allí que el contencioso administrativo, conforme al artículo 259 de la Constitución, no sea solamente un proceso contra actos administrativos, sino que está concebido como un sistema de justicia para la tutela de los derechos subjetivos y de los intereses legítimos de los administrados, incluyendo, por supuesto, los derechos y libertades constitucionales.

Por tanto, no se concibe el contencioso administrativo sólo como un proceso de control de constitucionalidad y legalidad, sino también de tutela de los derechos e intereses de los recurrentes frente a la Administración. Por ello, el juez contencioso administrativo, de acuerdo a los propios términos del artículo 259 de la Constitución, tiene competencia no sólo para anular los actos administrativos contrarios a derecho, sino para condenar a la Administración al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la misma, y además, para disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la autoridad administrativa, incluyendo en la expresión "situaciones jurídicas subjetivas" no sólo el clásico derecho subjetivo, sino los derechos constitucionales y los propios intereses legítimos, personales y directos de los ciudadanos.

IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DENTRO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO

Ahora bien, como antes se ha indicado, las actividades del Estado se realizan en cumplimiento de determinadas funciones que le son esenciales y le dan incluso, razón de ser. En particular, los órganos que conforman la Administración Pública, por esencia, ejercen la función administrativa, que es una de las funciones del Estado, con vistas a gestionar el interés general que se le ha encomendado, entrando en relaciones jurídicas con los administrados y otros sujetos de derecho. Pero ello no significa que los órganos que conforman la Administración Pública sólo ejerzan esta función estatal ni que los demás órganos de las personas jurídicas estatales que no se integran en la Administración Pública, no puedan ejercer dicha función administrativa. Es decir, el ejercicio de la función administrativa no constituye un monopolio de la Administración Pública, ya que se ejerce por todos los órganos estatales. De

ello resulta, por supuesto, que la separación de poderes no coincide con una inexistente separación de funciones.

En efecto, las funciones del Estado se configuran como aquellas tareas esenciales de las personas estatales, que le dan razón de ser al Estado mismo y que no pueden ejercerse sino en ejercicio de la potestad constitucional que se identifica con el Poder Público. Esas funciones se pueden clasificar en cinco: la producción de normas que integran el ordenamiento jurídico, que es la función normativa; la conducción política de la sociedad, que es la función política; la solución de conflictos sobre derechos e intereses entre partes, que es la función jurisdiccional; el control de las propias actividades administrativas y de las actividades particulares reguladas por el Estado, que es la función de control; y la gestión, en concreto, del interés público por el Estado como sujeto de derecho o por otros sujetos de derecho autorizados por el Estado, que se relacionan con los administrados, que es la función administrativa.

Estas cinco funciones estatales se ejercen, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, por los cinco grupos de órganos separados horizontalmente y que ejercen el Poder Público, por lo que el ejercicio de las funciones estatales no es ni exclusivo ni excluyente de ningún órgano estatal, o si se quiere, de alguno de los cinco “poderes públicos.”

Así, la Asamblea Nacional, los Consejos Legislativos estatales y los Concejos Municipales ejercen como función propia, la función normativa, que en este caso se configura como “función legislativa” (función normativa ejercida por el Legislador); pero ello ni es exclusivo de los órganos legislativos ni es excluyente: primero, porque la función normativa también se ejerce por los órganos ejecutivos, judiciales, de control (Poder Ciudadano) y electoral cuando desarrollan la potestad reglamentaria; y segundo, porque la propia Asamblea Nacional ejerce además, funciones administrativas, políticas y de control, cuando por ejemplo, administra su personal o su presupuesto, se reserva un sector de la economía o aprueba o autoriza una actuación ejecutiva, respectivamente.

Por su parte, en el nivel nacional, por ejemplo, los órganos del Ejecutivo Nacional ejercen la función política y, en general, la Administración Pública Central ejerce la función administrativa, pero ello tampoco es exclusivo de dichos órganos ni excluyente: Primero, en cuanto a la función administrativa, porque ésta también es función propia de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República, Defensoría del Pueblo) y el Poder Electoral; y además, se ejerce también por la Asamblea Nacional, como se ha dicho, y aun mediante leyes concretas; y por el Tribunal Supremo de Justicia, su Dirección Ejecutiva de la Magistratura y los tribunales cuando, por ejemplo, administran su personal y su presupuesto. Segundo, porque los propios órganos de la Administración Pública Central ejercen la función jurisdiccional, por ejemplo, cuando se trata de procedimientos administrativos en los cuales intervienen administrados con posiciones encontradas, o en caso de autorizaciones administrativas en las cuales se deban resolver conflictos entre partes interesadas, o cuando ello suceda al decidir recursos administrativos. Además, porque todos los órganos de la Administración Pública ejercen funciones normativas, al desarrollar la potestad reglamentaria; y funciones de control administrativo y contable.

El Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales tienen como función propia ejercer la función jurisdiccional, pero ello tampoco es exclusivo de los órganos del Poder Judicial ni excluyente: primero, porque, como se dijo, la función jurisdiccional también la ejercen los órganos de la Administración Pública Nacional Central; y segundo, porque también, como se dijo, el Tribunal Supremo de Justicia a través de su Dirección Ejecutiva de la Magistratura y los propios Tribunales ejercen funciones normativas y administrativas, cuando dictan cuerpos reglamentarios internos o administran su personal o presupuesto e, incluso, cuando realizan tareas de carácter disciplinario, de registro o de la llamada jurisdicción voluntaria.

Por último, los órganos del Poder Ciudadano, es decir, la Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República y el ejercen como función propia, la función de control; pero ello ni es exclusivo de los órganos de control ni es excluyente: primero, porque la función de control también se ejerce, esencialmente, por los órganos legislativos (control parlamentario), ejecutivos (control administrativo y financiero), y judiciales (control judicial); y segundo, porque los propia órganos del Poder Ciudadano ejercen además, funciones normativas y administrativas, integrando sus órganos a la Administración Pública del Estado.

Por tanto, en Venezuela, la división o separación de poderes no coincide con una pretendida separación de funciones, y al contrario, como se señaló, las funciones estatales se ejercen por todos los órganos estatales en ejercicio de todos los Poderes del Estado. En esta forma, el derecho administrativo no sólo regula a la Administración Pública como complejo orgánico, y, por supuesto, al ejercicio de todas las funciones del Estado (particularmente la función normativa y jurisdiccional) por dichos órganos; sino que también regula el ejercicio de la función administrativa, cuando se realiza por los órganos que ejercen el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, y el ejercicio de la función normativa y de control, de rango sub legal por dichos órganos.

V. LA FINALIDAD DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA, SUS FORMAS Y LAS RELACIONES JURÍDICAS ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-ADMINISTRADOS

La Constitución de 1999 en forma expresa establece que “la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos” (art. 141); lo que reitera el artículo 3º de la Ley Orgánica de la Administración Pública, sustituyendo, sin embargo, la expresión ciudadanos por “particulares” y agregando que en su actuación, la Administración Pública debe dar preferencia a la atención de los requerimientos de la población y a la satisfacción de sus necesidades (art. 5).

Por su parte, el artículo 3 de la Ley Orgánica señala que el “principal objetivo” de la organización y funcionamiento de la Administración Pública es dar eficacia a los principios, valores y normas consagrados en la Constitución y, en especial, conforme se indica en el artículo 19 de la Constitución, “garantizar a todas las personas, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos.”

La Administración Pública, agrega el artículo 5 de la Ley Orgánica debe asegurar a los particulares la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella; además, debe tener entre sus objetivos, la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas y teniendo en cuenta los recursos disponibles, determinando al respecto las prestaciones que proporcionan los servicios de la Administración Pública, sus contenidos y los correspondientes estándares de calidad.

La actividad administrativa, por tanto, por esencia incide en la esfera jurídica de los administrados. Por eso hemos dicho que el derecho administrativo, además de regular a la Administración Pública como complejo orgánico, el ejercicio de la función administrativa y la propia actividad administrativa del Estado, regula también las relaciones entre las personas jurídicas estatales como sujetos de derecho actuando a través de los órganos de la Administración Pública, y los administrados, como consecuencia de la gestión del interés público que, en concreto, aquéllas tienen que asumir.

En estas relaciones está otro de los elementos claves del derecho administrativo contemporáneo: el necesario equilibrio, en un régimen democrático, que tiene que establecerse entre los poderes y prerrogativas de los órganos de la Administración Pública y los derechos de los particulares o administrados, lo cual plantea unas especiales exigencias en un régimen de derechos y garantías ciudadanas.

En esta forma, ante el elenco de derechos y garantías que declara la Constitución, corresponde a la legislación propia del derecho administrativo su regulación, actualización, limitación y protección concretas, y con ello la de las diversas formas de la actividad administrativa, que corresponden a las clásicas formas o cometidos de: policía, fomento, servicio público, control y gestión de los asuntos públicos.

La primera, la actividad de policía, quizás la más clásica de las actividades administrativas, siempre resulta en definitiva en una limitación a los derechos constitucionales; la segunda, la actividad de fomento, se manifiesta en la política el estímulo al desarrollo pleno de los mismos derechos ciudadanos, con particulares connotaciones en el ámbito económico; la tercera, la actividad de servicio público, en esencia es la obligación prestacional impuesta al Estado consecuencia directa de derechos ciudadanos previstos constitucional o legalmente; la cuarta, la actividad de control, corresponde a todas las acciones del Estado de control de la actuación tanto de los órganos de la Administración Pública como de los propios administrados en relación con sus actividades reguladas; y la quinta forma de la actividad administrativa, la de gestión del interés general, que puede manifestarse, entre otros, en el campo de la economía cuando el Estado gestiona incluso directamente actividades dentro del sistema de economía mixta establecido en la Constitución.

En esta forma, la actividad administrativa, materialmente hablando, no puede concebirse sin su incidencia directa en la esfera jurídica de los particulares, pues, en definitiva, aquella se concreta en una regulación, limitación, estímulo, satisfacción, control o protección de los derechos y garantías constitucionales.

La materia administrativa, por tanto, está conformada por todas aquellas regulaciones que permiten al Estado actuar en concreto, realizando cometidos y prestaciones, y que a la vez se configuran como limitaciones a los derechos y garantías constitucionalmente permitidas, por lo que bien podría decirse que el derecho administrativo, materialmente hablando, es el derecho de las limitaciones y regulaciones al ejercicio de esos derechos.

VI. LA CONSECUENCIA DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: LA RESPONSABILIDAD

La actividad administrativa, como resultado del ejercicio de competencias de los órganos de la Administración Pública legalmente establecidas en forma expresa y cuyo cumplimiento es generalmente de carácter obligatorio, como toda actividad en el mundo del derecho, puede producir daños a los administrados, tanto en el ejercicio lícito de sus poderes como por hecho ilícito. Si estos daños se producen, tanto los titulares de los órganos del Estado o de su Administración Pública (los funcionarios públicos) como las personas jurídicas estatales deben responder por los mismos,

En efecto, uno de los principios fundamentales que rige para todos los órganos del Estado, es decir, que ejercen el Poder Público, y por supuesto, para los que conforman la Administración Pública, es el regulado en el artículo 139 de la Constitución, que recoge otra norma tradicional de nuestro constitucionalismo, y es el principio de la responsabilidad individual de los titulares de dichos órganos, es decir, de los funcionarios públicos en el ejercicio del Poder Público. Dispone dicha norma que:

El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la Ley.

Esta norma recoge el principio del artículo 121 de la Constitución de 1961, pero agregando a la “desviación de poder” dentro de los supuestos que generan responsabilidad del funcionario.

En consecuencia, la responsabilidad de los funcionarios cuando en ejercicio del Poder Público causen daños, puede originarse por abuso de poder, es decir, por el llamado vicio en la causa de los actos estatales (falso supuesto, por ejemplo); por desviación de poder, que es el vicio en la finalidad del acto estatal, al utilizarse el poder conferido para perseguir fines distintos a los establecidos en la norma atributiva de competencia; y en general, por violación de la Constitución o de la Ley, es decir, en general, por contrariedad al derecho.

La Constitución, por otra parte, y también siguiendo una larga tradición de nuestro constitucionalismo, reitera el principio de la responsabilidad de los funcionarios públicos, pero, en particular, respecto de los actos que dicten, ordenen o ejecuten, que violen o menoscaben los derechos garantizados constitucionalmente; responsabilidad que puede ser civil, penal y administrativa, sin que pueda servirles de excusa órdenes superiores que reciba el funcionario. (art. 25). Este mismo principio lo repite el artículo 8 de la

Ley Orgánica de la Administración Pública, en relación con los funcionarios “de la Administración Pública.”

En estos casos, conforme al artículos 10 de la Ley Orgánica, y sin perjuicio del derecho de acceso a la justicia establecido en la Constitución (art. 26) y la ley, los particulares cuyos derechos humanos hayan sido violados o menoscabados por un acto u orden de un funcionario público pueden, directamente o a través de su representante, acudir ante el Ministerio Público para que éste ejerza las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva “la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria” en que hubiere incurrido dicho funcionario. Igualmente, pueden acudir ante la Defensoría del Pueblo para que ésta inste al Ministerio Público a ejercer dichas acciones y, además, para que la Defensoría del Pueblo solicite ante el Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar con respecto a tales funcionarios, de conformidad con la ley.

A los efectos, incluso, de la posibilidad de exigencia de responsabilidad, la Ley Orgánica establece el principio de rendición de cuentas, al disponer su artículo 11 que las autoridades y funcionarios de la Administración Pública deben “rendir cuentas de los cargos que desempeñen en los términos y condiciones que determine la ley.”

Debe indicarse, por último, que la Constitución, además, ha sido reiterativa en el establecimiento de la responsabilidad individual de los jueces por los daños causados a los ciudadanos en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, por retardo o error judicial (Arts. 49,8 y 255).

Pero además de haber establecido la responsabilidad individual de los funcionarios, una de las innovaciones importantes de la Constitución de 1999 en materia de régimen general del ejercicio del Poder Público, es la previsión expresa del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, de las personas jurídicas estatales, básicamente las que resultan de la distribución vertical del Poder Público (Repúblicas, Estados y de Municipios); por los daños y perjuicios que causen los funcionarios en ejercicio de sus funciones.

En la Constitución de 1961, el principio de la responsabilidad del Estado se deducía de la previsión del artículo 47, que establecía que las personas no podían pretender que los entes estatales los indemnizaran sino por daños causados por “autoridades legítimas en ejercicio de su función pública”; y del artículo 206, que regulaba la jurisdicción contencioso administrativa (equivalente al artículo 259 de la Constitución de 1999), al atribuirle a los tribunales de dicha jurisdicción, competencia para dictar sentencias de condena “al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados n responsabilidad de la Administración.”

En la nueva Constitución, sin embargo, se incluyó una norma expresa en la materia, con el siguiente texto:

“Artículo 140: El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.”

La expresión “*funcionamiento de la Administración Pública*” admite que la responsabilidad del Estado se origine cuando la lesión se derive tanto del funcionamiento normal como del funcionamiento anormal de la Administración Pública.

Se observa, ante todo, que conforme a este artículo, la responsabilidad es del “Estado,” es decir, de las personas jurídicas estatales en particular, de la República, de los Estados y de los Municipios en sus respectivos niveles territoriales, por el funcionamiento de sus Administraciones Públicas. Ahora bien, en cuanto a la expresión “Administración Pública” utilizada en este artículo, en todo caso, debe interpretarse como se ha dicho, conforme se utiliza la expresión en el Título IV de la Constitución, donde está ubicada, abarcando no sólo la Administración Pública conformada por los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, en los tres niveles político territoriales, sino la conformada por los órganos que ejercen el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, así como la Administración Pública que constituye la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia y las unidades administrativas de la Asamblea Nacional.

La redacción de la norma, sin embargo, no permite su aplicación a los casos de responsabilidad del Estado legislador, causada, por ejemplo, al sancionar una ley. En cuanto a la responsabilidad del Estado por actos judiciales o de los jueces, ésta, sin embargo, sí está regulada expresamente en los artículos 49,8 y 255 de la Constitución.

El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad de la Administración Pública, por otra parte, lo reitera el artículo 14 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, aún cuando en forma impropia, al disponer que la responsabilidad patrimonial sería de la “Administración Pública,” cuando esta como se ha señalado, no es un sujeto de derecho o persona jurídica. La norma, en efecto, señala:

“La Administración Pública será responsable ante los particulares por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios por su actuación.

La Administración Pública responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento.”

La “Administración Pública,” en efecto, no puede ser responsable pues no es un sujeto de derecho. En la norma, sin duda, se ha utilizado la expresión como equivalente a las personas jurídicas estatales cuyos órganos administrativos (Administración Pública) han causado el daño, de manera que la responsabilidad es propiamente de las personas jurídicas estatales político-territoriales, (República, Estado, Municipios, Distritos Metropolitana), o descentralizadas (p.e., institutos autónomos) que la Constitución comprende en la expresión “Estado.”

VII. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Ahora bien, esta actividad administrativa, como hemos dicho, desarrollada por los órganos competentes de la Administración Pública o con autorización de la misma, de carácter sublegal, realizada en ejecución de las funciones del Estado para el cumplimiento de sus cometidos, y de cuyas consecuencias o efectos responden tanto los funcionarios como las personas jurídicas estatales a las cuales representan, constituye uno de los objetos fundamentales del derecho administrativo. El régimen jurídico de la misma, se refiere, por tanto, a la Administración Pública como complejo orgánico; a la competencia de sus órganos; al ejercicio de la función administrativa; a los cometidos estatales y a la responsabilidad de los funcionarios y del Estado. Dicho régimen configurado en torno a los elementos de la definición de la actividad administrativa que hemos analizado, en consecuencia, es básicamente un régimen de derecho administrativo, tanto formal, en lo que se refiere por ejemplo a los procedimientos administrativos para la formación de la voluntad de los órganos de las personas estatales; como material, en relación con la regulación del cometido específico del Estado respecto de cuya consecución se realiza.

Sin embargo, no debe dejar de señalarse que no todo el derecho que regula a los órganos de la Administración Pública o a las actividades administrativas, es derecho administrativo. En el mundo del derecho no existen sujetos de derecho o actividades respecto de los cuales pueda decirse que exclusivamente se rigen por una sola rama del derecho. Así como no se puede decir que las sociedades anónimas sean sujetos de derecho que sólo se regulan por el Código de Comercio, pues también están sometidas al Código Civil, al Código Penal y a todas las leyes de derecho administrativo que por ejemplo regulan diversos sectores de la economía (bancos, seguros, etc.); en igual sentido, los órganos de la Administración Pública, además de estar sometidos al derecho administrativo, también están sometidos al derecho civil y al derecho mercantil, por ejemplo.

A los sujetos órganos de la Administración Pública, por tanto, si bien regidos por el derecho administrativo, sin embargo, en una forma u otra siempre se les interaplica de manera variable, tanto un régimen de derecho público como de derecho privado.¹³ El derecho administrativo, por supuesto, tiene siempre una preponderancia en este régimen, pero el mismo no comprende la totalidad de las normas que se aplican a los órganos de la Administración Pública del Estado ni a la actividad administrativa del mismo. De allí que las clásicas ecuaciones del derecho administrativo de principios de siglo pasado, que por lo demás fueron útiles en el proceso de autonomización de nuestra disciplina: *personas públicas-Administración Pública-actividad administrativa-derecho público-actos administrativos-contratos administrativos-responsabilidad*

13 V. Allan R. Brewer-Carías, "La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo" en *Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Caracas, 1996, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 1996, pp. 23 a 73.

administrativa- y personas privadas-administración privada-actividad privada-derecho privado-actos privados-contratos privados-responsabilidad civil-, puede decirse que quedaron en la historia bibliográfica del derecho administrativo. El derecho administrativo no pierde su autonomía cuando a la Administración Pública y a la actividad administrativa se le aplican normas de derecho privado, ni los órganos del Estado dejan de serlo, cuando para determinadas actuaciones deban regirse además de por el derecho público, por normas del derecho privado; así mismo, los particulares y en general, las personas jurídicas no estatales, no dejan de serlo cuando en ciertas de sus actividades cotidianas se encuentran sometidos al derecho administrativo, incluso en algunos casos con preponderancia del derecho civil. El derecho, en definitiva, es uno sólo y se aplica a todos los sujetos de derecho en todas sus ramas, las cuales tendrán preponderancia según cual sea la finalidad de la actividad que estos realizan.

VIII. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: ACTIVIDAD REGLADA, PODERES DISCRECIONALES Y LA “LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DE PODER”

La actividad administrativa, como se ha dicho, como actividad de carácter sublegal, está ante todo sometida al derecho, siendo ello la consecuencia fundamental del principio de legalidad. Pero no siempre la ley le fija al funcionario todos los parámetros que deben enmarcar su actuación, es decir, no le establece todas las reglas precisas de su actuación (administración reglada), y con frecuencia las leyes le otorgan al funcionario cierta libertad de apreciación de la oportunidad y conveniencia de su actuación, en lo que se ha denominado la administración discrecional.

Ha sido la lucha por controlar el poder discrecional, precisamente una de las manifestaciones más destacadas del afianzamiento del principio de la legalidad en los Estados democráticos,¹⁴ en lo que Eduardo García de Enterría llamó como la lucha contra las “inmunidades de poder” donde tradicionalmente se había enmarcado precisamente el poder discrecional.¹⁵ El “vasto movimiento de lucha por el derecho”¹⁶ que se ha desarrollado particularmente desde el ámbito del derecho administrativo, ha implicado la definitiva reducción y control de la discrecionalidad.

14 Sobre los poderes discrecionales y sus límites, V. Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Universidad Central de Venezuela, 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, Universidad Católica Andrés Bello*, N° 2, Caracas 1966, pp. 9-35.

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

16 V. E. García de Enterría, “La lucha...v loc. cit., p. 166.

Frente a la administración reglada, la discrecionalidad administrativa se manifiesta en el ejercicio de ciertas actividades por los órganos de la Administración, respecto de las cuales el legislador le confiere al funcionario determinados poderes de apreciación de la oportunidad y conveniencia de su actuación. Ello sucede, por ejemplo, en todos los casos en los cuales la ley otorga a la Administración la facultad de obrar, asignándole al funcionario competencia potestativa, identificable entre otros factores, por la utilización en la Ley del verbo “podrá.” Como lo indicó la antigua Corte Federal en una clásica sentencia de 6 de noviembre de 1958:

“El uso del verbo “poder,” en la oración “podrá reducir las penas” [de una norme 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 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.”¹⁷

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 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.”¹⁸

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 dejar margen a la elección del

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

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

procedimiento; mientras que en los [actos administrativos] discrecionales, atendiendo a necesidades de la Administración Pública, la autoridad administrativa, en muchos casos, apreciará hechos pasados o consecuencias futuras, y para ello, dispondrá de cierta libertad de apreciación, sin que quiera significar esto que proceda *arbitrariamente*.¹⁹

Entendida en esta forma, la actividad discrecional de la Administración es indispensable para que ésta pueda realizar actividades en procura del interés general y lograr sus fines de un modo cabal, porque la ley no puede prever y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en la sociedad. De ahí que, en muchos casos, la ley se limite a determinar normas que fijan la competencia de los diversos órganos administrativos y deja a éstos una cierta libertad de apreciación de los hechos, para decidir u orientar su actuación²⁰.

De lo anterior resulta, por tanto, que tanto el ejercicio de la actividad reglada como de la actividad discrecional, tienen que tener siempre su fundamento y su razón de ser en una ley, razón por la cual el funcionario sólo puede ejercer las facultades que la ley le señala expresamente (competencia expresa).

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

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

SECCIÓN SEGUNDA:

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LA ACTIVIDAD DE GOBIERNO*

En el ordenamiento jurídico de todos los países donde impera el Estado de derecho en el mundo contemporáneo, la actividad administrativa que origina actos administrativos se distingue de la actividad de gobierno, que origina actos de gobierno, siendo ambas, en general y por esencial, actividades que realizan los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo.

Sobre el tema, particularmente el relación con los actos de gobierno en una sentencia N° 1368 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela el 13 de agosto de 2008 (Caso: *Pedro Numa Salas Bustillos, Impugnación Decreto de Indulto*),¹ puede decirse que resumió los planteamientos fundamentales sobre los mismos, siguiendo lo que hasta ese momento era la tradición jurisprudencial en materia de los principios del derecho público que se fue conformando en el país durante las décadas del régimen democrático de finales del siglo pasado.²

En la sentencia se decidió sobre una acción de incnstitucionalidad e ilegalidad que catorce año antes, en 1984, en el Fiscal General de la República había interpuesto ante la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, conforme a sus competencias contencioso administrativas, contra un decreto presidencial (Decreto N° 2.387 del 29 de diciembre de 1983) mediante el cual se le había concedido indulto a un ciudadano (Pedro Numa Salas Bustillos); considerando que dicho Decreto presidencial “constituye un acto administrativo, que se encuentra viciado de inmotivación, abuso de poder y desviación de poder.”

La demanda fue admitida en el mismo año 1984, pero sólo fue siete años después, en 2001 y ya en vigencia la nueva Constitución de 1999, cuando la Sala Político Administrativa declinó la competencia para conocer de la demanda en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo. Pasaron otros cuatro años más hasta cuando en 2005 la Sala Constitucional aceptó formalmente la declinatoria de la competencia, dictando sentencia después de haber

* El texto de esta Sección es básicamente el del estudio sobre “Los actos de gobierno y los actos preeminentemente discrecionales,” publicado en el libro dirigido por Víctor Hernández Mendible, *La actividad e inactividad administrativa y la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Caracas 2012, pp. 131-189.

1 V. en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1368-130808-01-2503.htm>

2 V. Allan R. Brewer-Carías, *Los Principios fundamentales del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005.

transcurrido otros tres años, el 13 de agosto de 2008. Es decir, para resolver un tema relativamente sencillo en materia de derecho público, el Tribunal supremo se demoró catorce largos años!!

A los efectos de decidir, la Sala comenzó por analizar la institución del indulto y su naturaleza jurídica y, en particular “si el mismo es susceptible de ser fiscalizado por los órganos del Poder Judicial,” partiendo de la premisa de que el “indulto constituye un *acto político o de gobierno*, cuyo dictado se realiza en ejecución directa e inmediata de la Constitución,” por el Presidente de la República, “en el contexto de su función de dirección política de la sociedad” y en uso de la atribución que le confiere el artículo 23.19 de la Constitución de 1999 (Art. 190.21 de la Constitución de 1961).

Se trata, por tanto, dijo la Sala, de “un acto que se emite en el ejercicio de una función eminentemente política [que] de ninguna forma puede ser concebido como una manifestación de la actividad administrativa estatal,” (destacado de la Sala) y que si bien es dictado por el Presidente de la República, que “es la cabeza del Poder Ejecutivo Nacional y, por ende, de la Administración Pública Nacional,” en este caso, el mismo “actúa en función de gobierno y no en función administrativa.”

La Sala consideró que en el universo de los actos enumerados en el artículo 236 de la Constitución hay “una amplia gama de actos, algunos de los cuales se corresponden con el ejercicio de la función administrativa, y otros con la motorización de la función de gobierno.” Sin embargo, para definir la función de gobierno, como si por lo visto no había estudio alguno en el país que tratara el tema, la Sala recurrió a un autor español, considerando que la misma “puede ser entendida como una actividad de dirección suprema de la sociedad,”³ precisando, sin embargo, que “en sentido estricto, es susceptible de ser definida como aquella actividad mediante la cual se ejerce la dirección del gobierno nacional.”

La Sala, además, precisó que el indulto, siendo un acto de “naturaleza esencialmente política,” implica “una intervención del Poder Ejecutivo en la esfera de actividades propias del Poder Judicial” cumpliendo importantes funciones para coadyuvar “en la atenuación –con base en la equidad–, de las durezas excesivas de la ley penal;” para servir “como mecanismo de reparación de los errores judiciales que no pueden ser reparados a través de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico;” o para facilitar “la resocialización del procesado o penado.”

Rechazada la calificación del indulto como acto administrativo y precisada su naturaleza como acto de gobierno dictado en ejecución directa de la Constitución, la Sala pasó a analizar “la posibilidad de que el contenido del indulto pueda ser controlado por los órganos de la jurisdicción constitucional,” afirmando de entrada que:

“debe precisarse que el único aspecto de aquél susceptible de control judicial, es el referido a los *motivos* que impulsan al Presidente de la República a conceder tal derecho de gracia, lo cual obedece, en

3 La cita es de Miguel Caminal Badia, *Manual de Ciencia Política*, Segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid 1999, p. 58

palabras de García Mahamut, a que el reconocimiento y garantía de un contenido material propio de la función de dirección política del Poder Ejecutivo, se traduce en el reconocimiento de un área de actuación reservada a aquél con características distintas de las correspondientes a las áreas de actuación derivadas de otras funciones, como sería, por ejemplo, la administrativa (García Mahamut, Rosario, *El indulto*, Editorial *Marcial Pons*, Madrid-Barcelona 2004, p. 195).” (Destacado de la Sala).

Este párrafo de la sentencia, sin duda es contradictorio, pues la última parte del mismo a lo que conduce es a afirmar que los motivos, al contrario de lo indicado al inicio, serían el único aspecto que **no** es susceptible de control. Parecería, por tanto, que habría un error de tipeo, y un “no” desapareció del párrafo el cual parece referirse a que precisamente los motivos son el único aspecto *no susceptible* de control judicial, lo que además se afirma más adelante en la sentencia al concluir en su primera parte que “Visto entonces que los *motivos* que impulsan la concesión del indulto no son controlables judicialmente...” la Sala pasó entonces sólo verificar si el mismo “a ha cumplido con los requisitos formales necesarios para su legitimidad constitucional.”

Ello se confirma, además, con la afirmación que se hace en el párrafo siguiente de que “no obstante lo anterior, existen otros casos en que el indulto, como cualquier acto del poder público, *sí será susceptible de ser fiscalizado por el Poder Judicial*, ello con base en el principio de universalidad del control de todos los actos y actuaciones del Poder Público, el cual implica el pleno control de los actos políticos o de gobierno (entre los cuales se encuentra el indulto)” (énfasis nuestro). Ese control judicial sobre los actos de gobierno lo resumió la Sala,” así:

“En efecto, los aspectos formales de validez y competencia del decreto de indulto sí pueden ser objeto control judicial, entre los cuales se ubican la exigencia de que dicho acto sea emitido por el Presidente de la República, así como también que esté refrendado por el Vicepresidente o Vicepresidenta y por el Ministro o Ministra correspondiente (tal como lo ordena el segundo aparte del artículo 236 de la Constitución). Otros aspectos del indulto que también pueden ser revisados judicialmente, están vinculados al respeto de ciertas prohibiciones establecidas en el propio Texto Constitucional, al momento de la concesión del indulto, como es el caso del artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el cual se prohíbe el otorgamiento de indultos en casos de delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos y crímenes de guerra.”

La consecuencia de ello, por tanto, en criterio de la Sala Constitucional es que “en caso que el indulto sea concedido con inobservancia de algunos de estos requisitos o prohibiciones,” el mismo “podrá ser sometido indudablemente al control judicial, en sede de jurisdicción constitucional, toda vez que se trataría de quebrantamientos de normas constitucionales, imputables a un acto dictado en ejecución directa de la Constitución por un órgano del Poder Ejecutivo Nacional.”

De lo anterior concluyó la Sala Constitucional, con razón, que el decreto de indulto “constituye un acto de gobierno –y no un acto administrativo– que implica el ejercicio de un derecho de gracia, y que por ende se haya dentro de un ámbito de discrecionalidad política,” y que si el mismo “no puede ser controlable en cuanto a sus *motivos* por la jurisdicción constitucional, mucho menos éstos pueden ser revisados en sede de jurisdicción contencioso–administrativa.”

Sin embargo, a renglón seguido, la Sala Constitucional pasó a afirmar sin fundamento alguno, que en el caso del indulto como al contrario lo había hecho el Fiscal General de la República al impugnar el decreto presidencial, no resultaba “plausible:”

“imputarle a dicho acto vicios que obedecen al ámbito propio de los actos administrativos, tales como inmotivación, abuso o exceso de poder, así como también desviación de poder, tal como lo ha pretendido la representación del Ministerio Público.”

Esta afirmación de la Sala Constitucional, por supuesto, es excesiva y carece globalmente de fundamento, pues si bien por su naturaleza, en el caso específico del indulto, el mismo no tiene que estar motivado por lo que no es susceptible de ser impugnado por “inmotivación,” sin embargo, si podría ser impugnado por abuso o exceso de poder (falso supuesto, por ejemplo, o error de hecho –que la persona indultada no era efectivamente a la cual iba destinada la gracia, por ejemplo–) y, por supuesto, por desviación de poder, que es el uso de la función política para fines distintos a los que se pueden perseguir con el indulto (por ejemplo, para pagar un favor político o de raigambre criminal). Estos vicios no son exclusivos de los actos administrativos, como parece sugerirlo la Sala, pudiendo también viciar los actos de gobierno.

De manera que la afirmación de la Sala Constitucional en su sentencia de que “la intensidad del control judicial en el caso de los actos de gobierno, es muy inferior a la que se ejerce sobre los actos administrativos,” no debe aceptarse, sino con limitaciones, que comentaremos al final de este estudio.

Ahora bien, como resulta de la sentencia comentada, la Sala Constitucional, en relación con el tema de este estudio sobre el acto administrativo, los actos de gobierno y los actos pre eminentemente discrecionales, trató, entre otros, dos aspectos fundamentales del derecho público que debemos analizar: *primero*, el principio de la *formación del derecho por grados* que nos permitirá fijar la distinción entre el acto de gobierno y el acto administrativo; y *segundo*, el principio de la *universalidad del control jurisdiccional y el sometimiento de los actos de gobierno*, como actos dictados en ejecución directa de la Constitución, a control judicial. Antes, sin embargo, debemos al principio de la *separación de poderes*, al cual la Sala Constitucional también dedicó unas consideraciones en su sentencia.

I. EL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES EN LA ESTRUCTURA DEL ESTADO DE DERECHO

La Sala Constitucional, en efecto, en la sentencia citada N° 1368 dictada en 13 de agosto de 2008, al declarar sin lugar la acción intentada contra el acto de gobierno de 1984 mediante el cual el Presidente de la República había concedido un indulto, al analizar el vicio de “usurpación de funciones” que el Fiscal General de la República le había imputado considerando que el Poder Ejecutivo no había respetado «*la separación de funciones*» establecida en la Constitución (artículos 117, 118 y 119, Constitución de 1961), conforme a lo establecido en los artículos 136, 137 y 138 de la Constitución de 1999 señaló que:

“los tres principios básicos sobre los cuales se sustenta el ordenamiento jurídico constitucional, pueden ser resumidos en los siguientes: a) El de competencia, que actúa como un instrumento ordenador del ejercicio del poder una vez que éste es legitimado; b) El de separación de poderes, dejando a salvo la necesaria coordinación entre los mismos, así como el ejercicio de ciertas funciones que no siéndoles esenciales les cumple realizar naturalmente, con base al cual funciona un mecanismo de balance en la división del poder y de mutuos controles o contrapesos entre los órganos que lo ejercen; y c) El principio de ejercicio del poder bajo la ley, elemento esencial del Estado de Derecho y del sistema democrático, conforme al cual son excluidas la autocracia y la arbitrariedad (sentencia n° 457/2001, del 5 de abril).”⁴

Sobre estos principios “fundamentales al Estado de Derecho,” la Sala constató que “exigen la distribución de funciones entre diversos órganos y la actuación de éstos con referencia a normas prefijadas, ya sea como un modo de interdicción de la arbitrariedad o como mecanismos de eficiencia en el cumplimiento de los cometidos del Estado (sentencia n° 457/2001, del 5 de abril);” considerando que “la división del poder no es un principio ideológico, propio de la democracia liberal, sino un principio técnico del cual depende la vigencia de la seguridad jurídica como valor fundante del derecho y como proyecto de regulación de la conducta social (sentencia N° 1.309/2001, del 19 de julio).”

Sin duda, uno de los principios fundamentales del derecho público venezolano, ratificado en la Constitución de 1999, es el de la división horizontal o separación orgánica de poderes,⁵ que origina órganos independientes

4 V. en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1368-130808-01-2503.htm>

5 V. en general, Manuel García Pelayo, “La división de poderes y la Constitución Venezolana de 1961,” en *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*, Tomo III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, pp. 1403 y 1420; Hildegard Rondón de Sansó, “La separación de los poderes en Venezuela,” en *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*, Tomo III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, pp. 1369-1403. Por nuestra parte, V. Allan R. Brewer-Carías, *Los Principios*

y autónomos entre sí, que ejercen las diversas ramas del Poder Público: Legislativa, Ejecutiva, Judicial, Ciudadana y Electoral. La Constitución de 1999, en efecto, adoptó un novedoso sistema de separación orgánica del Poder Público Nacional, al hacerlo entre cinco Poderes, agregando a los tradicionales Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, dos nuevos, los Poderes Ciudadano y Electoral. Por tanto, en el nivel nacional se distinguen cinco ramas del Poder Público: el Poder Legislativo Nacional, el Poder Ejecutivo Nacional, el Poder Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, correspondiendo su ejercicio a cinco complejos orgánicos diferenciados y separados. Estos son, respectivamente, la Asamblea Nacional; el Presidente, sus Ministros y el resto de los órganos del denominado "Ejecutivo Nacional"; el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República, así como la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y los otros órganos de gobierno y administración del Poder Judicial; el Ministerio Público o Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo; y el Consejo Nacional Electoral, sus Comisiones y Juntas. Estos cinco conjuntos orgánicos se encuentran separados, son autónomos e independientes entre sí, y cada uno de ellos tiene sus competencias constitucionales y legales específicas.⁶

La otrora clásica división del poder entre las ramas Legislativa, Ejecutiva y Judicial, sin duda se había roto en el constitucionalismo moderno desde el Siglo XX, de manera que en general, el Poder Público se ejerce, además de por los órganos que componen las tres clásicas ramas, por otra serie de órganos que progresivamente han sido constitucionalizados y dotados de autonomía funcional, y que en el caso de Venezuela, ahora han sido erigidos en ramas formales del Poder Público.⁷ Es el caso del Poder Ciudadano, que integra los ya clásicos órganos constitucionales de control (Art. 273), como la Contraloría General de la República (Art. 267); el Ministerio Público: (Art. 284) y la Defensoría del Pueblo (Art. 280); y del Poder Electoral, que ejerce el Consejo Nacional Electoral (Art. 293). En la Constitución de 1999, en todo caso, se eliminó el Consejo de la Judicatura, que también era un órgano constitucional con autonomía funcional, atribuyéndose las funciones de gobierno y administración de la rama judicial al Tribunal Supremo de Justicia (Art. 267).

fundamentales del derecho público (Constitucional y Administrativo), Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2005, pp. 67 ss.

- 6 V., en relación con la Constitución de 1999, Hildegard Rondón de Sansó "Las transformaciones fundamentales en la organización y dinámica del Estado derivadas de la Constitución de 1999," en *Temas de Derecho Administrativo - Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002 pp. 619-643; Jorge C. Kiriakidis Longhi "Notas sobre la estructura orgánica del Estado venezolano en la Constitución de 1999," en *Temas de Derecho Administrativo - Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen I. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2002, pp. 1031-1082.
- 7 Conforme lo ha señalado la sentencia N° 3098 de la Sala Constitucional (Caso: *Nulidad artículos Ley Orgánica de la Justicia de Paz*) de 13-12-2004, la "redistribución orgánica del Poder Público" que establece la Constitución obedece, "según la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, a la necesidad de otorgar independencia y autonomía funcional a los órganos que están encargados de desarrollar determinadas competencias, especialmente las de ejecución de "procesos electorales, así como el de la función contralora y la defensa de los derechos humanos." V. en *Gaceta Oficial N° 38.120 de 02-02-2005*.

Por otra parte, la separación orgánica de poderes, particularmente en cuanto a las relaciones entre los mismos a los efectos de la conducción política de la sociedad, configura en la constitución un sistema presidencial de gobierno, conforme a la tradición latinoamericana, pero con sujeción parlamentaria.⁸

En todo caso, en cuanto a la separación de poderes, la configuración del principio en la Constitución responde a cierto grado de flexibilidad, tal como lo señaló la antigua Corte Suprema en el sentido de que “si bien cada uno de ellos tiene definida su propia esfera de acción: el Legislativo, para dictar la ley, reformarla y revocarla; el Ejecutivo, para ejecutarla y velar por su cumplimiento; y el Judicial, para interpretarla, y darle aplicación en los conflictos surgidos, la demarcación de la línea divisoria entre ellos no es excluyente, ya que en muchos casos esos poderes ejercen funciones de naturaleza distinta de las que privativamente le están atribuidas.”⁹ El principio, ciertamente, impide a unos órganos invadir las competencias propias de otro,¹⁰ pero no les impide ejercer funciones de naturaleza similar a las de otros órganos.

La antigua Corte Suprema, en este sentido, inclusive fue aún más clara y terminante al señalar que:

“Lejos de ser absoluto el principio de la separación de los poderes, la doctrina reconoce y señala el carácter complementario de los diversos organismos a través de los cuales el Estado ejerce sus funciones; de suerte que unos y otros, según las atribuciones que respectivamente les señalan las leyes, realizan eventualmente actos de índole distinta a las que por su naturaleza les incumbe.”
 “La doctrina establece que la división de poderes no coincide plenamente con la separación de funciones, pues corrientemente se asignan al Poder Legislativo potestades típicamente administrativas y aun jurisdiccionales y al Poder judicial funciones administrativas, como en el caso del nombramiento de jueces que hace este mismo tribunal y de la firma de libros de comercio o de registro civil que hacen los jueces de instancia; y a la inversa, se atribuyen al Poder Ejecutivo, funciones legislativas como la reglamentación, parcial o total de las leyes, sin alterar su espíritu, propósito o razón, que es considerada como el ejemplo más típico de la actividad legislativa

-
- 8 V. Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, Tomo I, pp. 437 y ss.. No es correcta la calificación que se hace en la Exposición de Motivos de la Constitución sobre el sistema de gobierno venezolano como un “sistema semipresidencial.” V. el texto en la misma obra, Tomo II, p. 1146.
- 9 V. la sentencia de la antigua Corte Federal de 19-6-53 en *Gaceta Forense*, N° 1, Caracas 1953, p. 77. En otra sentencia, al referirse a las funciones estatales, la Corte las diferenció así: “No realiza una función creadora dentro del ordenamiento jurídico, que es la función legislativa, ni conoce ni decide acerca de las pretensiones que una parte esgrime frente a la otra, que es la función judicial; sino que es sujeto de derecho, titular de intereses, agente propio de la *función administrativa*.” V. Sentencia de 18-7-63 de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en *Gaceta Forense*, N° 41, Caracas 1963, p. 116.
- 10 Cfr. Sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Corte Plena de 26-5-51 en *Gaceta Forense*, N° 8, Caracas 1952, p. 114 y *Sentencia* de la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena de 12-6-68 en publicación del Senado de la República, 1968, p. 201.

del Poder Ejecutivo, por mandato del numeral 10 del artículo 190 de la Constitución Nacional; toda vez que el Reglamento es norma jurídica de carácter general dictado por la Administración Pública para su aplicación a todos los sujetos de derecho y en todos los casos que caigan dentro de sus supuestos de hecho. En otros casos la autoridad administrativa imparte justicia, decide una controversia entre partes litigantes en forma similar a como lo hace la autoridad judicial.”¹¹

De acuerdo con esta doctrina, que compartimos, entonces, la separación de poderes ha de entenderse en el sistema venezolano, en *primer lugar*, como una separación orgánica entre los órganos de cada rama del Poder Público; y en *segundo lugar*, como una asignación de funciones propias a cada uno de dichos órganos; pero nunca como una separación de funciones atribuidas con carácter exclusivo a los diversos órganos. Al contrario, además de sus funciones propias, los órganos del Estado realizan funciones que por su naturaleza son semejantes a las funciones asignadas a otros órganos. En otras palabras, mediante este principio se reserva a ciertos órganos el ejercer una función en una forma determinada (funciones propias), lo que no excluye la posibilidad de que otros órganos ejerzan esa función en otra forma.

Por tanto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 136 de la Constitución, la asignación de funciones propias a los órganos que ejercen los Poderes Públicos, no implica que cada uno de los órganos del Estado siempre tenga el ejercicio exclusivo de alguna función estatal específica. Tal como lo reconoció la Sala Constitucional en sentencia N° 3098 del 13 de diciembre de 2004 (Caso: *Nulidad de artículos de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz*):

“No escapa a la Sala que, tal como argumentó en este juicio la representación de la Asamblea Nacional, el principio de separación de poderes que recoge el artículo 136 de nuestro Texto Fundamental, de idéntica manera a como lo establecía el artículo 118 de la Constitución de 1961, no implica, ni mucho menos, una división rígida de órganos y funciones, sino que, como la misma norma predica, “cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.”

Principio de colaboración de los Poderes Públicos que lleva a un control mutuo entre poderes y, en definitiva, admite, hasta cierto punto, un confusión funcional entre ellos, es decir, que cada una de las ramas del Poder Público puede ejercer excepcionalmente competencias que, por su naturaleza, corresponderían, en principio, a las otras y de allí que la Administración Pública cuente con potestades normativas (*Vgr.* la potestad reglamentaria) y jurisdiccionales (*Vgr.* resolución de conflictos entre particulares) y los órganos deliberantes y judiciales cumplan ciertas funciones típicamente

11 Esta doctrina fue establecida en Sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 18-7-63 en *Gaceta Forense* N° 41, Caracas 1963, pp. 116 y 117, y ratificados por la misma Corte y Sala en Sentencias de 27-5-68 en *Gaceta Forense* N° 60, Caracas 1969, pp. 115 a 118, y de 9-7-69 en *Gaceta Forense* N° 65, Caracas 1969, pp. 70 a 74.

administrativas (Vgr. la organización interna de sus dependencias y la potestad disciplinaria respecto de sus funcionarios, entre otras).¹²

En todo caso, años después de hacer estas precisiones sobre el principio de la separación de poderes considerándolo como un principio que “no es un principio ideológico, propio de la democracia liberal, sino un principio técnico del cual depende la vigencia de la seguridad jurídica como valor fundante del derecho,” años después la propia Sala comenzó a cambiar de criterio, y en sentencia N° 1049 de 23 de julio de 2009,¹³ afirmó que “la llamada división, distinción o separación de poderes fue, al igual que la teoría de los derechos fundamentales de libertad, un instrumento de la doctrina liberal del Estado mínimo,” concebido no como “un mero instrumento de organización de los órganos del Poder Público, sino un modo mediante el cual se pretendía asegurar que el Estado se mantuviera limitado a la protección de los intereses individualistas de la clase dirigente.”

Sin embargo, a pesar de esta fugaz ideologización del principio de la separación de poderes, en cuanto al tema jurídico de la separación de poderes y de las funciones del Estado, la Sala recogió los principios tradicionales del derecho público venezolano¹⁴ al afirmar, en 2009, que el Constituyente de 1999:

“ha ensayado una distribución del Poder Público en niveles político-territoriales, así como una división en cada nivel. Esta distribución y división se cumplen mediante una asignación de tareas de diverso orden. Hay, por supuesto, potestades (legislar o resolver conflictos mediante actos con autoridad de cosa juzgada), tareas (satisfacer en lo concreto necesidades públicas), fines (denunciar la violación de derechos fundamentales), que caracterizan a dichos conjuntos de órganos. Pero ello no debe confundir al estudioso o al intérprete. En algunos casos, los efectos del acto que se emite sólo son propios de un grupo de órganos (la cosa juzgada); en otros la potestad es exclusiva (dirigir las relaciones exteriores de la República); y en no menor medida, la potestad es de uso común, aunque puede darse el caso que domine las tareas de un órgano en particular (por ejemplo, el control de la Administración Pública que comparten tanto la Asamblea Nacional como la Contraloría General de la República). Pero de lo que no caben dudas es que todos los Poderes, según el caso, comparten mecanismos, instrumentos, métodos y fines. El Poder Legislativo nacional no sólo legisla, sino que también controla, con lo cual se acerca a la función contralora y a la judicial al mismo tiempo (art. 187.3); interviene en la discusión y aprobación del presupuesto, lo que ha sido catalogado como una tarea propia de la Administración (187.6), e interviene en el proceso judicial de destitución del Presidente de la República (art. 266.2). El Presidente

12 Sentencia N° 3098 de la Sala Constitucional (Caso: *Nulidad artículos Ley Orgánica de la Justicia de Paz*) de 13-12-2004, en *Gaceta Oficial* N° 38.120 de 02-02-2005

13 V. en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1049-23709-2009-04-2233.html>

14 V. Allan R. Brewer-Carías, *Los Principios fundamentales del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, pp. 67 ss.

de la República debe regular el ejercicio del derecho que se restrinja mediante decretos de estado de excepción (236.7 y 339), con lo cual ejerce una potestad normativa; concede indultos, incidiendo así directamente en la función judicial (236.19). El Poder Ciudadano puede investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa, para lo cual tendrá que valerse de técnicas que se asemejan a las que utiliza el Poder Judicial (274). El Poder Electoral dicta Reglamentos, los cuales contienen normas, es decir, es una técnica similar a la que usualmente ejerce el Poder Legislativo (293.1). Por último, el Poder Judicial se subroga a la Administración Pública en los casos que resuelve la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.”¹⁵

De lo anterior señaló la Sala, con razón, que “estos son algunos ejemplos del uso común de ciertos mecanismos por parte de algunos o de todos los Poderes Públicos,” incluso sin referirse a “los medios en que los Poderes injieren en las tareas de los otros, que son abundantísimos;” considerando que “basta con los mencionados para probar que nuestro orden jurídico constitucional no se caracteriza por asignar de forma exclusiva, excluyente u homogénea los métodos, técnicas o procedimientos que en general son los usuales de ciertos poderes públicos en el cumplimiento de sus fines.”¹⁶

Por ello concluyó la Sala, sin volverse a referirse a la ideología liberal que

“la llamada división, distribución o separación de poderes, al menos en el marco de nuestra Constitución, no supone una distribución homogénea, exclusiva o excluyente, o no en todos los casos, de tareas, potestades o técnicas entre los conglomerados de órganos del Poder Público. Por tanto, no podría juzgarse inconstitucional una norma por el sólo hecho de atribuir una potestad a un Poder que es típica de otra, sobre la base de la violación de un pretendido principio de separación de poderes. Lo que corresponde en esos casos es examinar la particular regulación impugnada a la luz de la distribución que en concreto realiza el Constituyente. De su examen contrastante con la Constitución es que podría resultar la inconstitucionalidad de la norma porque, por ejemplo, se le hubiese atribuido al Poder Ciudadano la facultad de dictar sentencias con autoridad de cosa juzgada, o al Poder Judicial la potestad de gestionar servicios públicos, o al Legislador la de dirigir procesos electorales, o cuando se ponga en riesgo la autonomía e independencia del alguno de dichos poderes. Allí en ese contexto vislumbra indudablemente el principio de colaboración de poderes.”¹⁷

En otra parte de la sentencia, la Sala advirtió que:

15 V. en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1049-23709-2009-04-2233.html>

16 V. en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1049-23709-2009-04-2233.html>

17 V. en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1049-23709-2009-04-2233.html>

“la Constitución de 1999 no refleja una estructura organizativa en la que la distribución de tareas entre los distintos Poderes corra paralela a una asignación de potestades homogéneas, exclusivas o excluyentes entre los mismos. La Constitución, sin duda, distribuye tareas, atribuye potestades, distingue entre un Poder de otro, pero no establece para todos los casos que ciertos tipos de potestades sólo pueden ser ejercidas por un Poder en particular. La división de Poderes en tanto supone independencia de Poderes cumple una función político-constitucional relevante, particularmente cuando de lo que se trata es de la autonomía del Poder Judicial. El Poder Judicial debe ser un árbitro independiente e imparcial. Pero ello no significa que sea el único árbitro. La Sala Constitucional tiene la potestad de interpretar la Constitución; pero ello no significa que sea su único intérprete. El Poder Legislativo tiene la potestad de dictar actos normativos con forma de Ley; pero no es el único órgano que produce actos normativos. ¿Por qué habría de ser la potestad de dirimir controversias, exclusiva de un Poder en particular? Si bien han de haber ámbitos de las relaciones sociales en los cuales debe establecerse dicha exclusividad, ella no podría predicarse de todos los campos del quehacer social. Corresponderá en todo caso al Legislador determinar en cuáles circunstancias y en qué medida dicha potestad será exclusiva del Poder Judicial y en cuáles otros y en qué medida dicha potestad será ejercida por cualesquiera otro Poder Público, siempre atendiendo a las exigencias de los derechos fundamentales, particularmente de los consagrados en los artículos 26, 49 y 253 de la Constitución.”¹⁸

Por último, y a los efectos del tema de la universalidad del control jurisdiccional de la actividad del Estado al cual nos referiremos al final, la Sala Constitucional en sentencia N° 2208 de 28 de noviembre de 2007 (Caso *Antonio José Varela y Elaine Antonieta Calatrava Armas vs. Proyecto de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*), indicó que el mismo

“responde igualmente a la visión contemporánea del principio de separación de poderes, el cual comporta la noción de control del ejercicio del Poder Público entre sus órganos, para asegurar la sujeción del obrar público a reglas y principios del derecho y, evidencia que el referido principio tiene carácter instrumental, en tanto está destinado a hacer efectiva la sujeción de los órganos del Poder Público al bloque de la constitucionalidad.

El arquetipo orgánico y funcional del Estado, según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, acoge una conceptualización flexible de la división de poderes que permite que cada uno de los órganos que ejercen el Poder Público colaboren entre sí, surgiendo como consecuencia necesaria de esta característica, que la separación de funciones no coincida directamente con la división de poderes, encontrándose muchas veces en la actividad jurídica de los órganos del Estado que éstos ejerzan, además de las funciones

18 V. en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1049-23709-2009-04-2233.html>

que le son propias por orden constitucional, funciones que son características de otros Poderes.

El principio de separación de poderes se sostiene, entonces en “(...) la identificación de la pluralidad de funciones que ejerce el Estado y que aun cuando modernamente no se conciben distribuidas de forma exclusiva y excluyente entre los denominados poderes públicos, sí pueden identificarse desarrolladas preponderante por un conjunto de órganos específicos, lo cual deja entrever la vigencia del principio de colaboración de poderes como un mecanismo de operacionalización del poder del Estado al servicio de la comunidad (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 962/2006-, lo cual no sólo ha permitido, que órganos jurisdiccionales -jurisdicción contencioso administrativa- dispongan lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, según señala el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sino que mediante la jurisdicción constitucional se garantice la plena vigencia de los principios y garantías que informan la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”¹⁹

II. EL PRINCIPIO DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS EN LA DISTINCIÓN ENTRE EL ACTO DE GOBIERNO Y EL ACTO ADMINISTRATIVO

Ahora bien, precisado el principio de la separación de poderes y su alcance, los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo del Estado, cuando lo ejercen pueden dictar actos estatales que no son uniformes, y tienen diversa naturaleza, según el grado de ejecución de la Constitución que se produce al dictarlos; distinguiéndose, básicamente, los actos de gobierno como actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución y los actos administrativos como actos de ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

Ambos actos, como todos los actos estatales, son susceptibles de ser controlados judicialmente para verificar su conformidad con el derecho, correspondiendo el conocimiento de la impugnación de los mismos a Jurisdicciones distintas.²⁰ Así, de acuerdo con en el artículo 259 de la Constitución, la competencia para conocer de las acciones de nulidad por ilegalidad e inconstitucionalidad de los actos administrativos corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo que repite el artículo 9.1 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010;²¹ y de acuerdo con la última parte del artículo 334 de la Constitución, corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

19 Citada en la sentencia, en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 601-606.

20 V. en general Allan R. Brewer-Carías, y Víctor Hernández Mendible (Directores), *El contencioso administrativo y los procesos constitucionales*, Colección Estudios Jurídicos N° 92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011.

21 V. la Ley Orgánica en *Gaceta Oficial* N° 39.451 de 22-6-2010. Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010.

como Jurisdicción Constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, como son los actos de gobierno, o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella, lo que se repite en el artículo 336 de la Constitución y en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010.²² Como lo ha afirmado la Sala Constitucional en 2007, la exclusividad atribuida a la Jurisdicción Constitucional está referida:

“a la nulidad de actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, de lo cual emerge de forma indubitable, que el criterio acogido por el Constituyente para definir las competencias de la Sala Constitucional, atiende al rango de las actuaciones objeto de control, esto es, que dichas actuaciones tienen una relación directa con la Constitución que es el cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho contemporáneo.”²³

De acuerdo con estas normas, por tanto, los actos administrativos se impugnan ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa por razones de ilegalidad e inconstitucionalidad; y los actos de gobierno se impugnan exclusivamente ante la jurisdicción constitucional por razones de inconstitucionalidad.

Ahora bien, no es este el lugar ni la ocasión para intentar definir sustantivamente uno u otro acto estatal, en particular el acto administrativo,²⁴ pues de lo que se trata es de buscar delimitarlos con precisión, como objeto de asegurar el control judicial por contrariedad al derecho de los mismos tanto por la Jurisdicción Contencioso Administrativa como por la Jurisdicción Constitucional; y en este último caso, en particular, respecto de los actos estatales dictados por órganos Ejecutivos, distintos a los actos administrativos, en ejecución directa e inmediata de la Constitución entre los cuales están los actos de gobierno. Como lo reconoció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en 2000:

“Sobre este último aspecto, debe aclarar este Máximo Tribunal de Justicia que, como señala la doctrina patria .”..la noción de acto de gobierno en Venezuela, ha sido delineada sobre la base de un criterio estrictamente formal: se trata de actos dictados por el Presidente de la República, en ejecución directa de la Constitución,

22 V. la Ley Orgánica en *Gaceta Oficial* N° 39.483 de 9-8-2010. Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010.

23 V. sentencia N° 2208 de 28 de noviembre de 2007, Caso: *Antonio José Varela y Elaine Antonieta Calatrava Armas vs. Proyecto de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, en *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N° 112, Caracas 2007, pp. 601-606

24 V. sobre la definición del acto administrativo, Allan R. Brewer-Carías, “El problema de la definición del acto administrativo” en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1984, pp. 25-78.

en ejercicio de la función de gobierno” (vid. Allan R. Brewer-Carías: El control de la constitucionalidad de los Actos Estatales, Colección Estudios Jurídicos N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977, p. 113). Dichos actos, de indudable naturaleza política, no obstante, pueden ser impugnados no sólo por la vía de la acción de amparo constitucional, sino mediante el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, conforme lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha reconocido esta Sala en anterior oportunidad, al señalar, con fundamento en el artículo 334 del Texto Fundamental, que “...en ejercicio de la jurisdicción constitucional, conoce de los recursos de nulidad interpuestos contra los actos realizados en ejecución directa de la Constitución...”²⁵

La delimitación del objeto de control por parte de ambas Jurisdicciones, por supuesto, implica determinar, además, cuál es el ámbito del “derecho” con el cual deben estar conformes los actos estatales objeto de control. Por tanto, independiente de la función estatal que se ejerza y del órgano estatal que los dicte, la determinación de la Jurisdicción llamada a ejercer el control de conformidad con el derecho de los actos estatales, dependerá del grado que tienen en el proceso de formación del derecho.

La Constitución, en efecto, en Venezuela, responde esencialmente al principio fundamental de la formación del derecho por grados, o de la jerarquía normativa de los actos estatales, lo que tiene particular interés para el derecho administrativo, dado que la actividad de la Administración que por esencia el mismo regula, y en particular, la que origina los actos administrativos, es siempre una actividad de carácter sub legal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la legislación y sólo de ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

1. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL SISTEMA JERARQUIZADO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En efecto, en el derecho venezolano como en todos los ordenamientos jurídicos modernos puede encontrarse esta distinción entre las normas que integran la Constitución en sí misma, como derecho positivo superior; y las normas que son sancionadas por las autoridades públicas con poderes derivados de la Constitución. En otras palabras, particularmente en virtud del carácter escrito de la Constitución, siempre se puede y debe establecer una distinción entre la norma constitucional en sí misma, y legislación ordinaria; y luego, entre la legislación como normas emanadas del Legislador, y las

25 V. sentencia de la Sala Constitucional N° 880 de 1 de agosto de 2000, Caso: *Domingo Palacios A. vs. Comisión Legislativa Nacional*, *Revista de Derecho Público* N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 92-93. Citada igualmente en la sentencia N° 2208 de 28 de noviembre de 2007 (Caso: *Antonio José Varela y Elaine Antonieta Calatrava Armas vs. Proyecto de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*), en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 601-606.

normas dictadas en ejecución de la misma; pudiendo decirse que las normas que integran el ordenamiento jurídico siempre se organizan deliberada o espontáneamente en forma jerárquica, de manera que existen normas que tienen un nivel superior y que siempre prevalecen sobre otras normas de nivel inferior.

Ello deriva del principio de la formación del derecho por grados, que en el constitucionalismo moderno fue formulado por Hans Kelsen al explicar el orden jurídico como sistema de normas de derecho, que constituye una unidad integrado con una multitud de normas estructuradas en forma jerarquizada. Ello determina la relación jerárquica que existe entre el conjunto normas o de reglas de derecho que forman el ordenamiento, de manera que cada norma del mismo siempre deriva de otra, y en la cadena de derivaciones tiene su vértice precisamente en un *Grundnorm* o Constitución, que constituye la última razón que justifica la existencia de todas las normas del sistema.

El orden jurídico, en esta concepción, regula su propia creación, de manera que cada norma jurídica determina la forma en la cual debe ser creada la de nivel inferior, con la consecuencia de que esta será válida "por haber sido creada en la forma establecida por otra," y en esta cadena de creación superior siempre "constituye la razón de validez" de la inferior. Decía Kelsen al referirse a este proceso o "vínculo de supra y subordinación," que "la norma que determina la creación de otra, es superior a ésta; [y] la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera." La consecuencia de esto es que el orden jurídico, no es "un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles, "radicando la unidad de ellas, en el hecho de que "la creación de la de grado más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta." Lo que en definitiva constituye la unidad del sistema es, de acuerdo con Kelsen, "la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto, o básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico."²⁶

En otras palabras del mismo Kelsen:

"Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden, cuando en el análisis final, su validez depende de una norma o ley única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden y que forma su unidad. En esta forma, una norma pertenece a un orden dado cuando sólo existe la posibilidad de hacer que su validez dependa de la norma fundamental que es la base de tal orden."²⁷

26 H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, Imprenta Universitaria, México, D.F., 1958, p. 146; H. Kelsen, *General theory of Law and State*, trans. Wedberg, rep. 1901, pp. 110 y ss.

27 H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, 1981, p. 135; H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, Cap. IX, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, 1981, p. 135.

Se trata, en definitiva, de la “teoría de la pirámide jurídica,” como el mismo Kelsen la denominó,²⁸ o de la sistematización gradual del ordenamiento jurídico en forma jerárquica, con la Constitución en la cúspide, la cual fue desarrollada particularmente en el campo del derecho administrativo por Adolf Merkl;²⁹ particularmente en relación con las funciones del Estado, de manera que la función administrativa siempre es de carácter sub legal, es decir, de ejecución directa de la legislación y sólo indirecta de la Constitución. La teoría, en todo caso, proporciona un buen método de orden lógico para construir un sistema que contenido de los diversos niveles normativos del ordenamiento jurídico de cualquier Estado contemporáneo. También suministra una explicación lógica para determinar la validez formal de cada uno de esos niveles normativos. Además, permite establecer los confines formales de la “legalidad” de cada uno de los actos de los diversos órganos del Estado, en relación con el nivel o grado que tiene cada norma que se crea en ese sistema jurídico.

En efecto, el derecho positivo de cualquier Estado consiste no sólo en las leyes como actos formales emanados del Parlamento, sino también en otros actos normativos, como los decretos leyes, los *interna corporis* del parlamento, los reglamentos y los principios generales del derecho. Todos estos preceptos que hacen que el ordenamiento jurídico se aplique en un momento determinado, no sólo tienen orígenes diferentes sino también diferentes jerarquías o grados distintos, de manera que no se pueden considerar como normas coordinadas situadas en yuxtaposición³⁰. Al contrario, todo ordenamiento jurídico tiene una estructura jerarquizada con sus normas distribuidas en diferentes niveles, más o menos una sobre la otra. Dentro de esta jerarquía, necesariamente debe haber una conexión formal entre las normas, pues a pesar de sus orígenes y características diferentes, están orgánicamente relacionadas.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico no puede ser interpretado como un mero agregado de componentes inorgánicos y desordenados, o simplemente como una mera yuxtaposición causal de normas. Al contrario, para poder comprender a cabalidad el ordenamiento jurídico de un Estado, todos esos componentes deben organizarse en forma jerárquica, de manera que formen un sistema jurídico con diferentes tipos de normas unificadas y relacionadas. En otras palabras, deben responder a un orden sistemático, con relaciones de dependencia entre las diferentes partes, partiendo de la existencia de una base común de validez, con la forma de ley fundamental y superior (Constitución), de manera que la creación de una norma legal siempre se basa en otra norma legal.

Por ejemplo, la sanción de leyes ordinarias o actos de la Asamblea están regulados por la Constitución, como lo están los actos de gobierno que dicta

28 H. Kelsen, *Teoría General del Estado*, trad. Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, México, 1954, p. 325.

29 V. A. Merkl, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, 1935, pp. 7-62. V. también H. Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle),” *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, París 1928, pp. 197-257.

30 V. H. Kelsen, *Teoría pura...*, cit., p. 147.

el Presidente de la República; y la potestad para reglamentar las leyes y la forma en que debe hacerse, está regulada por las leyes formales. En cuanto a las decisiones judiciales y a las actuaciones de los tribunales, las mismas están sujetas a normas legales establecidas en leyes formales y en reglamentos. Asimismo, los actos administrativos están sometidos a las leyes ordinarias, y a los reglamentos; y así sucesivamente.

Con este método, en consecuencia, en el análisis global del ordenamiento jurídico es que se establece la distinción entre aquéllos actos de Estado que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, que son dictados directamente en ejercicio de poderes constitucionales, y aquéllos cuya ejecución no está directamente relacionada con la Constitución y que se dictan en ejercicio directo de poderes establecidos en normas de derecho inferiores a la Constitución. Estos son actos de ejecución directa e inmediata de la legislación y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

2. LA FORMACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Este principio de la formación del derecho por grados es uno de los principios fundamentales del derecho público que adopta la Constitución de 1999; conforme a la cual todas las actuaciones del Estado derivan de la ejecución de la Constitución como norma suprema, en forma escalonada y sucesiva, configurándose entonces dos tipos de actividades estatales: aquéllas que derivan de la ejecución directa e inmediata de la Constitución; y aquellas que son de ejecución directa e inmediata de la Legislación y, por tanto, de ejecución indirecta y mediata de la Constitución.³¹

En efecto, partiendo de la consideración de la Constitución como norma suprema y como fundamento del ordenamiento jurídico, como lo declara incluso su artículo 7, hay actividades que realizan determinados órganos del Estado en cumplimiento de atribuciones establecidas directa y exclusivamente en la Constitución, sin que exista o pueda existir otro acto estatal de ejecución directa e inmediata de la Constitución, como las leyes, que las regulen y que se interpongan entre la Constitución y la actividad. Esto sucede, por ejemplo, con la actividad legislativa de la Asamblea Nacional o la actividad de gobierno del Presidente de la República. Además, hay otras actividades de los órganos del Estado que se realizan en cumplimiento de atribuciones establecidas no sólo en la Constitución sino básicamente en las leyes, donde por principio existe o puede y debe existir un cuerpo legislativo que las regule. Por ejemplo, la actividad judicial y, precisamente, la actividad administrativa.

Las actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución, precisamente por ello, sólo están y pueden estar sometidas a

31 V. sobre el sistema jerarquizado o graduado del orden jurídico en el orden constitucional venezolano Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Ediciones de la Facultad de Derecho, Caracas, 1975, pp. 373 y ss.; *Evolución Histórica del Estado*, Tomo VI de *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, San Cristóbal 1996, pp. 107-117; *Los Principios fundamentales del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2005, pp. 19 ss.

lo que dispone el texto fundamental, no teniendo competencia el Legislador para regularlas mediante leyes; las segundas, en cambio, son actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, las cuales, precisamente por ello, además de estar sometidas al texto fundamental (como toda actividad estatal), están sometidas a las regulaciones establecidas, además de en la Constitución, en las leyes y en las otras fuentes del derecho.

Las actividades que se realizan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, por otra parte, como se dijo, sólo están sometidas al control de constitucionalidad a cargo de la Jurisdicción Constitucional que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (Arts. 334, 336,2 y 4); las segundas, en cambio, están sometidas al control de constitucionalidad y de legalidad que corresponden a las otras Jurisdicciones del Poder Judicial, tanto a las ordinarias, como sucede con las apelaciones y la Casación en lo que concierne a la actividad judicial; como a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y a la Jurisdicción Contencioso-Electoral (Arts. 259, 297) cuando se trata de actividades administrativas.³²

Las actividades administrativas, por tanto y por esencia, constituyen actividades estatales que se realizan siempre en ejecución directa e inmediata de la legislación y por tanto, en ejecución indirecta y mediata de la Constitución; y precisamente por ello es que son esencialmente de carácter sublegal, aún cuando en un momento dado no se haya dictado la legislación correspondiente que las regule en concreto.

Sin embargo, este principio fundamental del constitucionalismo venezolano, ha sido lamentablemente violentado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para justificar su supuesta competencia exclusiva para controlar la actividad administrativa desarrollada por el Consejo Supremo Electoral, en lo que se refiere a los actos administrativos dictados en relación con el proceso de referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, realizado durante el año 2004, impidiendo así a la Sala Electoral (Jurisdicción Contencioso-Electoral) ejercer sus competencias constitucionales de control de dicha actividad.³³

32 Como lo ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1268 de 06-07-2004 al referirse a los actos dictados por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del propio Tribunal Supremo: "por cuanto no se trata, el que fue impugnado, de un acto del Poder Público que hubiere sido dictado en ejecución directa de la Constitución, sino en ejercicio de función administrativa y, por ende, de rango sublegal, no es la jurisdicción constitucional que ejerce esta Sala la que tiene competencia para su control. Por el contrario, y de conformidad con el artículo 259 de la Constitución, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de la demanda de nulidad que en su contra se formuló y así se decide." V. en *Revista de Derecho Público*, N° 99-100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

33 V. la sentencia de avocamiento el N° 566 el 12 de abril de 2004 (Caso: *Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral*) con motivo de la impugnación de la Resolución N° 040302-131 de 2 de marzo de 2004 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual dicho órgano informó sobre resultados preliminares de la verificación de las solicitudes y firmas en el procedimiento revocatorio iniciado en relación con el Presidente de la República, y

En esta materia, lo que en ningún momento puede confundirse es el principio de aplicación directa de las normas constitucionales, antes analizado, es decir de que hay "normas constitucionales de aplicación directa e inmediata," como por ejemplo aquellas que atribuyen competencia a los órganos del Estado y aquellas que declaran derechos y garantías constitucionales; con el principio de "los actos que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución." Es decir, una cosa es el principio de la aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales que en materia de derechos fundamentales o de competencia de los órganos del Poder Público, no requieren (pero no excluyen) la existencia previa de leyes para poder ser aplicadas; y otra cosa es el rango que tiene los diversos actos dictados por los órganos en ejercicio del Poder Público en relación con la Constitución, en el sentido de que algunos son dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (rango legal) no siendo posible su regulación por ley, y otros lo son en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución pudiendo esencialmente ser regulados por la ley (rango sublegal).³⁴ Por ello es que los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, de rango legal conforme a la teoría de la formación escalonada del orden jurídico, están sometidos al control de constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional (Jurisdicción Constitucional), ya que no son actos en cuya emisión el órgano respectivo pueda estar condicionado por ley alguna. En cambio, los de carácter sublegal están sometidos no sólo a la Constitución sino a la ley, el reglamento y las otras fuentes del derecho, y por eso es que su control corresponde a la Jurisdicción contencioso administrativa y en su caso, a la Jurisdicción contencioso electoral.

De lo anterior resulta que toda actividad administrativa es ante todo, desde el punto de vista formal, una actividad que siempre es de carácter sublegal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la legislación (así las leyes reglamentarias correspondientes no se hayan dictado) y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Por supuesto, también las actividades judiciales son siempre de carácter sublegal, siendo la diferencia entre una y otra de carácter orgánico, en el sentido que las actividades judiciales siempre las realizan órganos autónomos e independientes en ejecución de la función jurisdiccional, como lo son los órganos que ejercen el Poder Judicial.

de un Instructivo del mismo Consejo Nacional Electoral sobre el tratamiento por el comité técnico superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona. Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional vs. El Estado democrático de derecho (El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política)*, Caracas, 2004.

- 34 Lamentablemente, la Sala Constitucional en la citada sentencia N° 566 el 12 de abril de 2004 (Caso: *Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina Y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral*) para impropriamente atribuirse una competencia que no tenía confundió la noción de "actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución," con las "normas constitucionales de aplicación directa e inmediata." Se insiste, los primeros, los actos de "ejecución directa e inmediata de la Constitución" no sólo no requieren de ley alguna que los regule, sino que constitucionalmente no podría dictarse ley alguna que se interponga entre la norma constitucional y el acto estatal que se dicte.

3. LOS DIVERSOS ACTOS ESTATALES

Conforme a la Constitución, por tanto, hay una variedad de actos estatales que se dictan por los diversos órganos del Estado ordenados de acuerdo con el principio de la separación de poderes; actos que a la vez tienen su rango de acuerdo al grado que ocupan en la jerarquía del orden jurídico.

En efecto, por ejemplo, la Asamblea Nacional en ejercicio del Poder Legislativo puede ejercer funciones normativas, políticas, jurisdiccionales, de control y administrativas, pero los actos que emanan de la misma al ejercer dichas funciones no son necesariamente ni uniformes ni correlativos.

Cuando la Asamblea Nacional ejerce la función normativa, es decir, crea normas jurídicas de carácter general actuando como cuerpo legislador, dicta *leyes* (Art. 203), pero cuando lo hace en otra forma distinta, por ejemplo, al dictar sus reglamentos internos, ello lo hace a través de *actos parlamentarios sin forma de ley* (Art. 187,19). Ambos son actos legislativos, pero de distinto valor normativo.

Cuando la Asamblea Nacional ejerce la función política, es decir, intervienen en la formulación de las políticas nacionales, lo hacen a través de *leyes* (Art. 303) o a través de *actos parlamentarios sin forma de ley* (Art. 187,10).

En el caso de la participación en el ejercicio de la función jurisdiccional, al autorizar el enjuiciamiento del Presidente de la República, la Asamblea Nacional concretiza su acción a través de un *acto parlamentario sin forma de ley* (266,2).

Cuando la Asamblea Nacional ejerce sus funciones de control del gobierno y la Administración Pública también dicta *actos parlamentarios sin forma de ley* (Art. 187,3).

Por último, en cuanto al ejercicio de la función administrativa por la Asamblea Nacional, ella puede concretizarse en *leyes* (Art. 187,9),³⁵ en *actos parlamentarios sin forma de ley* (Art. 187,12) o en *actos administrativos* (Art. 187,22).

Por su parte, cuando los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, particularmente el Presidente de la República, realizan la función normativa, ésta se concretiza en *decretos-leyes* y *reglamentos (actos administrativos de efectos generales)* (Art. 236,10; 266,5).

En el caso de los *decretos-leyes*,³⁶ estos pueden ser *decretos leyes delegados* dictados en virtud de una habilitación legislativa (Art. 203; 236,8), *decretos*

35 En el pasado, por ejemplo, eran las leyes aprobatorias de contratos estatales conforme al artículo 126 de la Constitución de 1961.

36 V. en general, sobre los decretos leyes, Antonio Moles Caubet, *Dogmática de los Decretos-Leyes, Lección inaugural Curso 1974*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Centro de Estudios para Graduados Caracas 1974; Eloísa Avellaneda Sisto, "Los Decretos Leyes," *Revista de Control Fiscal*, N° 105, abril-junio, XXIII (1982), Contraloría General de la República, Caracas 1982, pp. 55-116; Eloísa Avellaneda Sisto, "Los decretos del Presidente de la República," *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 48 (diciembre), Caracas, 1993, pp. 345-387; Eloísa Avellaneda Sisto "El régimen de los Decretos-Leyes, con especial referencia a la Constitución de 1999," en *Estudios de Derecho Administrativo - Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*,

leyes de organización ministerial (Art. 236,20)³⁷ y *decretos leyes* de estados de excepción (Art. 236,7). En todos estos casos de decretos leyes, si bien todos son objeto de regulaciones legislativas que los condicionan (leyes habilitantes o leyes orgánicas) autorizadas en la Constitución; los mismos tienen rango y valor de ley.

Pero el Presidente de la República también realiza la función política, al dictar *actos de gobierno*, que son actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (Art. 236,2,4,5,6,19,21). En particular, en este caso, dichos actos de gobierno se caracterizan frente a los actos administrativos por dos elementos combinados: en *primer lugar*, porque el acto de gobierno sólo puede ser realizado por el Presidente de la República, como jefe del Estado, “en cuya condición dirige la acción de Gobierno” (Art. 226); y en *segundo lugar*, porque se trata de actos dictados en ejecución de atribuciones establecidas directamente en la Constitución, sin posibilidad de condicionamiento legislativo, y que, por tanto, tienen el mismo rango que las leyes.³⁸

En todo caso, para distinguir el acto legislativo del acto de gobierno y del acto administrativo no sólo debe utilizarse el criterio orgánico, sino también el criterio formal: el acto de gobierno, aun cuando realizado en ejecución directa de la Constitución, está reservado al Presidente de la República, en tanto que el acto legislativo, realizado también en ejecución directa de la Constitución,³⁹ en principio está reservado a la Asamblea Nacional; aún cuando esta pueda delegar la potestad normativa con rango de ley en el Presidente de la República mediante una ley habilitante (Art. 203), en cuyo caso el acto dictado por el Presidente mediante decretos leyes habilitados (Art. 236,8) es un acto legislativo, aún cuando delegado. En esta forma, el

Volumen I. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 69-105; José Peña Solís “Análisis crítico de la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre las leyes orgánicas y los decretos leyes orgánicos,” en *Ensayos de Derecho Administrativo - Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*, Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, pp. 375-414.

- 37 V. sobre estos decretos, Daniel Leza Betz, “La organización y funcionamiento de la administración pública nacional y las nuevas competencias normativas del Presidente de la República previstas en la Constitución de 1999: al traste con la reserva legal formal ordinaria en el Derecho Constitucional venezolano,” *Revista de Derecho Público*, N° 82 (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 19-55; Gerardo Rupérez Caníbal, “La flexibilización de la reserva legal organizativa en el ámbito de la administración pública nacional,” *Revista de Derecho*, N° 8, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2003, pp. 435-452.
- 38 V. Juan D. Alfonso Paradisí, “Los actos de gobierno,” *Revista de Derecho Público*, N° 52, octubre-diciembre, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 5-23; Pablo Marín Adrián, “Actos de gobierno y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 11 de marzo de 1993,” *Revista de Derecho Público*, N° 65-66 (enero-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, pp. 497-519
- 39 La Asamblea Nacional realiza su actividad legislativa en cumplimiento de atribuciones directamente establecidas en la Constitución (Art. 187,1; 203). En el solo caso de las leyes especiales que han de someterse a las leyes orgánicas preexistentes (Art. 203) podría decirse que hay condicionamiento legislativo de la propia actividad legislativa. En igual sentido, los decretos-leyes dictados por el Presidente de la República en ejercicio de la función normativa, están condicionados por la ley habilitante o de delegación (Art. 236,8).

criterio orgánico distingue el acto de gobierno del acto legislativo, y ambos se distinguen del acto administrativo mediante el criterio formal: tanto el acto de gobierno como el acto legislativo (el dictado por la Asamblea Nacional como el dictado por delegación por el Presidente de la República) se realizan en ejecución directa de competencias constitucionales, en tanto que el acto administrativo siempre es de rango sublegal, es decir, sometido a la ley y realizado en ejecución de la ley, y por tanto, en ejecución mediata e indirecta de la Constitución.

Es decir, los actos de gobierno se distinguen de los actos administrativos dictados por los órganos ejecutivos, en que estos se realizan a todos los niveles de la Administración Pública y siempre tienen rango sublegal, es decir, se dictan por los órganos ejecutivos en ejecución de atribuciones directamente establecidas en la legislación, y sólo en ejecución indirecta y mediata de la Constitución.⁴⁰ Este es el criterio formal, derivado de la teoría merkeliana de construcción escalonada del orden jurídico,⁴¹ para la identificación de la Administración, la cual ha sido acogida en la Constitución al reservarse al control que ejerce Jurisdicción Constitucional a los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (Art. 336,2), con lo que los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación y mediata e indirecta de la Constitución (actos administrativos) caen entonces bajo el control de la Jurisdicción contencioso administrativa (Art. 259) y de la Jurisdicción contencioso electoral (Art. 297).

Pero además, en los casos de ejercicio de la función jurisdiccional, de la función de control y de la función administrativa, los órganos ejecutivos dictan, por ejemplo, *actos administrativos* (Art. 259; 266,5).

En cuanto a los órganos que ejercen el Poder judicial, cuando por ejemplo el Tribunal Supremo de Justicia ejerce la función normativa, dicta reglamentos (actos administrativos de efectos generales),⁴² cuando ejerce la función administrativa y la función de control sobre el Poder Judicial (Art. 267), dictan *actos administrativos*; y cuando ejerce la función jurisdiccional, dictan *actos judiciales* (*sentencias*) (Art. 266, 336); y los primeros están sometidos al control de los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Como lo ha dicho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1268 de 6 de julio de 2004 (Caso: *Yolanda Mercedes Martínez del Moral vs. Comisión Judicial de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia*), respecto de un acto administrativo dictado por un órgano del propio Tribunal Supremo en ejercicio de funciones de administración y gobierno del Poder Judicial:

40 En este sentido es que podría decirse que la actividad administrativa se reduce a ejecución de la ley.

41 Adolf Merkl, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, 1935, p. 13. Cfr., Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, México, 1957, p. 510, y *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, 1974, pp. 135 y ss. V. algunas de las referencias en Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 24 y ss.

42 Los reglamentos establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Art. 36.12.

“En consecuencia, por cuanto no se trata, el que fue impugnado, de un acto del Poder Público que hubiere sido dictado en ejecución directa de la Constitución, sino en ejercicio de función administrativa y, por ende, de rango sublegal, no es la jurisdicción constitucional que ejerce esta Sala la que tiene competencia para su control. Por el contrario, y de conformidad con el artículo 259 de la Constitución, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de la demanda de nulidad que en su contra se formuló y así se decide.”⁴³

El acto judicial, por su parte, también se distingue del acto de gobierno y de la acto legislativo con base en los dos criterios señalados: desde el punto de vista orgánico, porque el acto judicial está reservado a los Tribunales de la República, en tanto que el acto legislativo está reservado a la Asamblea Nacional, la cual puede delegarlo en el Presidente de la República (leyes habilitantes) y el acto de gobierno está reservada al Presidente de la República;⁴⁴ y desde el punto de vista formal, porque al igual que el acto administrativo, el acto judicial es de rango sublegal, es decir, sometido a la ley y realizado en ejecución de la ley.

Por último, en cuanto a la distinción entre el acto administrativo y el acto judicial, si bien no puede utilizarse el criterio formal de su graduación en el ordenamiento jurídico ya que ambos son dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación y en ejecución indirecta y mediata de la Constitución, sí se distinguen con base al criterio orgánico y a otro criterio formal. Desde el punto de vista orgánico, el acto judicial está reservado a los tribunales, con carácter de exclusividad, ya que sólo éstos pueden dictar sentencias; y desde el punto de vista formal, la declaración de lo que es derecho en un caso concreto que realizan los órganos judiciales, se hace mediante un acto que tiene fuerza de verdad legal, que sólo las sentencias poseen.

Por su parte, cuando los órganos que ejercen el Poder Ciudadano realizan la función de control (Art. 274; 281; 289), la función normativa y la función administrativa, la misma se concreta en *actos administrativos de efectos generales (reglamentos) o de efectos particulares* (Art. 259; 266,5).

Igualmente, cuando los órganos que ejercen el Poder Electoral realizan la función normativa (Art. 293,1), dictan *actos administrativos de efectos generales (reglamentos)* (Art. 293,1); y cuando realizan la función administrativa (Art. 293,3) y de control (Art. 293,9), la misma se concreta en *actos administrativos* (Art. 259; 266,5).

En esta forma, el ejercicio de la función normativa se puede manifestar, variablemente, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley,

43 V. en *Revista de Derecho Público*, N° 99-100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

44 Puede decirse, entonces, que la separación orgánica de poderes tiene plena concordancia con la división orgánica de las actividades de gobierno (reservada al Presidente de la República), legislativas (reservadas a la Asamblea Nacional, la cual puede delegarla en el ejecutivo Nacional) y judiciales (reservada a los Tribunales). Por supuesto, la coincidencia de actividades específicas con órganos estatales determinados concluye allí, pues la actividad administrativa, al contrario, no está reservada a ningún órgano estatal específico, sino que se realiza por todos ellos.

decretos-leyes y reglamentos (actos administrativos de efectos generales); el ejercicio de la función política, a través de actos de gobierno, leyes y actos parlamentarios sin forma de ley; el ejercicio de la función jurisdiccional, a través de actos parlamentarios sin forma de ley, actos administrativos y sentencias; el ejercicio de la función de control, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley, actos administrativos y sentencias; y el ejercicio de la función administrativa, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley y actos administrativos.

En sentido inverso, puede decirse que las leyes sólo emanan de la Asamblea Nacional actuando no sólo en ejercicio de la función normativa, sino de la función política, de la función de control y de la función administrativa; que los actos de gobierno emanan del Presidente de la República, actuando en ejercicio de la función política; que los decretos-leyes emanan también del Presidente en ejercicio de la función normativa; que los actos parlamentarios sin forma de ley sólo emanan de la Asamblea Nacional, actuando en ejercicio de las funciones normativas, política, de control y administrativa; y que los actos judiciales (sentencias) sólo emanan de los tribunales, actuando en ejercicio de la función jurisdiccional. En todos estos casos, el tipo de acto se dicta exclusivamente por un órgano estatal, pero en ejercicio de variadas funciones estatales. Lo privativo y exclusivo de los órganos estatales en esos casos, no es el ejercicio de una determinada función, sino la posibilidad de dictar determinados actos: las leyes y los actos parlamentarios sin forma de ley por la Asamblea Nacional; los actos de gobierno por el Presidente de la República; y los actos judiciales (sentencias) por los tribunales.

En cuanto a los actos administrativos, éstos pueden emanar de la Asamblea Nacional, actuando en función administrativa y en función de control; de los tribunales, actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa; de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo (Administración Pública Central) cuando actúan en función normativa, en función jurisdiccional, en función de control y en función administrativa; de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa; y de los órganos que ejercen el Poder Electoral actuando también en función normativa, en función de control y en función administrativa.

Los actos administrativos en esta forma, y contrariamente a lo que sucede con las leyes, con los actos parlamentarios sin forma de ley, con los decretos-leyes, con los actos de gobierno y con las sentencias judiciales, no están reservados a determinados órganos del Estado, sino que pueden ser dictados por todos ellos y no sólo en ejercicio de la función administrativa, sino de todas las otras funciones del Estado.

Ahora bien, en ese universo de actos estatales, los mismos se distinguen según el grado de ejecución de la Constitución, tal como se ha dicho, entre los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (actos de rango legal); y los actos estatales dictados en ejecución indirecta y mediata de la Constitución (actos de rango sublegal).

En cuanto a los *actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución*, son los actos legislativos, los decretos leyes y los actos de gobierno.

Los actos legislativos son las leyes (Arts. 187,1 y 203) y los actos parlamentarios sin forma de ley (actos privativos e *interna corporis*) (Art. 187). Las leyes, incluso, son formalmente definidas en la Constitución, como los actos sancionados por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (Art. 203).

También pueden considerarse como actos con rango y valor de ley los decretos leyes o decretos con fuerza de ley dictados por el Presidente de la República previa autorización por una ley habilitante (Arts. 203; 236, 8); los dictados en materia de organización ministerial (Art. 236,20) y los dictados en estado de excepción (Arts. 236,7; 337).

Los actos del gobierno, por su parte, son los actos dictados por el Presidente de la República en ejercicio sólo de atribuciones constitucionales,⁴⁵ y que por ello no pueden estar regulados o limitados por la Asamblea Nacional mediante leyes. Es el caso, por ejemplo, del nombramiento del Vicepresidente Ejecutivo, de la concesión de indultos, de la convocatoria de la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias, y de la disolución de la Asamblea Nacional (Art. 236,3,9,19,21).

En cuanto a los *actos estatales dictados en ejecución indirecta y mediata de la Constitución*, son los actos administrativos y los actos judiciales

Es decir, en la sistematización formal del ordenamiento jurídico, dentro del sistema graduado de producción de normas, salvo los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, los demás actividades del Estado, particularmente las administrativas, de control y judiciales, se ejercen, no en ejecución directa de las normas constitucionales, sino más bien en ejecución directa de la “legislación,” es decir, de las leyes formales o los actos del Parlamento, incluso, de los actos de gobierno o los decretos leyes dictados por los órganos constitucionales competentes, a su vez en ejecución directa de la Constitución.

En esta forma, todas las actividades administrativas y judiciales originan actos dictados en ejecución directa e inmediata de la “legislación,” y en ejecución indirecta e mediata de la Constitución; es decir, son actos de carácter sublegal. En consecuencia, y en particular para el derecho administrativo, los actos administrativos dictados en ejercicio de las diversas funciones del Estado, son actos que por esencia tienen rango sublegal, por lo que, no hay ni puede haber actos administrativos que se dicten en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

4. EL ORDEN JURÍDICO Y EL ÁMBITO DEL DERECHO AL CUAL ESTÁN SOMETIDOS LOS ACTOS ESTATALES

Ahora bien, todas las actividades de los órganos del Estado, y de sus autoridades y funcionarios, siempre deben realizarse conforme a la ley y dentro de los límites establecidos por la misma. Esto, por supuesto, tiene una

45 V. Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus Tribunales nacionales,” en *Revista de Derecho Público*, N° 26, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1986, pp. 65-68.

particular importancia en relación con la actividad administrativa del Estado, pues da origen al principio de legalidad conforme al cual los órganos del Estado deben estar sujetos a la ley.

La consecuencia de ello es que en un Estado de derecho, el pueblo como electorado es el único cuerpo soberano (poder constituyente) que no tiene limitaciones a su poder, salvo los que se impone a sí mismo, de lo que deriva que todos los otros órganos o cuerpos del Estado (poderes constituidos) están sujetos a la ley.⁴⁶ Y “ley” aquí, quiere decir, no sólo “ley formal,” es decir, un estatuto o acto de la Asamblea Legislativa o Parlamento, sino también, todas las normas que forman el ordenamiento jurídico estructurado en forma jerárquica, con la Constitución en la cúspide como ley suprema o *Grundnorm*. En este mismo sentido amplio, la expresión “principio de legalidad” empleada en el derecho continental, debe entenderse como equivalente de Estado de derecho.

Por consiguiente, “legalidad,” en el derecho constitucional contemporáneo, no es sólo la sumisión a la “ley formal” como acto sancionado por el Legislador, sino que quiere decir sumisión al ordenamiento jurídico, incluyendo a la Constitución y a otras fuentes de derecho. Sin embargo, no hay que olvidar que al definir el principio de la legalidad, los autores franceses⁴⁷ en general utilizaban el significado restringido del término ley, como ley formal, llegando algunos a utilizar un concepto más amplio como sinónimo de “ordenamiento jurídico,”⁴⁸ o como Hauriou lo llamó, el “*bloc légal*” (bloque legal) o “*bloc de la légalité*” (bloque de la legalidad).⁴⁹ Concepción, que en todo caso progresivamente se ha superado, al configurarse la propia Constitución, también, como norma. Además, es claro que los actos del cuerpo legislativo al ser *per se* normas dictadas en ejecución directa de la Constitución, también están subordinadas a ella. En consecuencia, el principio de legalidad en el Estado de derecho contemporáneo también comprende el “principio de constitucionalidad.” Por consiguiente, los actos dictados en ejecución directa de la Constitución están sometidos a ella y pueden ser controlados; de ahí el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

Ahora bien, hay dos aspectos que deben retenerse de lo dicho anteriormente: en primer lugar, que el principio de legalidad, en el contexto del Estado de derecho, se refiere específicamente a todos los órganos y poderes del Estado, y no sólo a uno, básicamente al Poder Ejecutivo o a la Administración Pública. En consecuencia, en un Estado con Constitución escrita, el órgano legislativo también está limitado por el “principio de legalidad,” en el sentido de que sus actividades están constitucionalmente limitadas por lo que pueden ser objeto de control judicial.

46 V. J. D. B. Mitchell, *Constitutional Law*, Edimburgo 1968, p. 62.

47 V. Ch. Eisenmann, “Le droit administratif et le principe de légalité,” en *Etudes et Documente, Conseil d’Etat*, N° 11, París, pp. 45-50.

48 V. A. de Laubadère, *Traite Elémentaire de Droit Administratif*, París, N° 369; G. Vedel, *La soumission de l’Administration á la loi* (extraído de la *Revue al Quanon Wal Igtisad*, año 22, El Cairo Nos. 26, 31, 47, 58, 94. 165, 166, citado por Ch. Eisenmann, “Le droit administratif...” *loc. cit.*, pp. 26-27.

49 V. Ch. Eisenmann, “Le droit administratif...” *loc. cit.*, p. 26.

En segundo lugar, que en la expresión “principio de legalidad,” el término “ley” debe entenderse en el sentido más amplio de “ordenamiento jurídico,” y no en el sentido formal de acto emanado del Parlamento, por lo que comprende la Constitución en sí misma, las leyes formales y todas las otras normas del ordenamiento jurídico conformadas en un sistema legal que deriva de la Constitución en forma escalonada y jerarquizada.

Este enfoque conduce a la necesidad de identificar los aspectos centrales de cada sistema jurídico para determinar cuáles son las normas aplicables a cada órgano del Estado; en otras palabras, para establecer los confines de la legalidad a la cual están sometidos los diferentes órganos y actos del Estado. Para ello, como hemos dicho, en todos los sistemas legales contemporáneos,⁵⁰ existe y debe existir una distinción entre, por una parte, las normas que integran la Constitución en sí misma, como derecho positivo superior, y por otro lado, las normas que son sancionadas por una autoridad con poderes derivados de la Constitución. En otras palabras, debe establecerse una distinción entre la norma constitucional y la legislación ordinaria.

Esta distinción entre el ordenamiento constitucional y la legislación ordinaria, por supuesto, tiene un carácter fundamental en el constitucionalismo moderno, de manera que si el principio de legalidad implica que todas las actividades de un Estado deben realizarse conforme a la ley, indudablemente que resulta necesario determinar, ante todo, cual es la regla de derecho a la cual cada acto del Estado debe confirmarse. Para ello, las normas del ordenamiento que forman un sistema jurídico, como hemos dicho, se organizan deliberada o espontáneamente en forma jerárquica, de manera que existen normas en un nivel superior que siempre prevalecen sobre otras normas de nivel inferior; lo que a la vez permite basar la validez de ciertas normas en la validez de otras. Según este método, como hemos señalado antes y siguiendo la concepción de Kelsen, cada categoría de normas se basa en otras de mayor jerarquía, y al mismo tiempo, sirve de base para otras de menor jerarquía. En consecuencia, todo el ordenamiento jurídico en vigor constituye un sistema graduado en estructuras jerarquizadas, donde cada norma depende de unas, y donde en definitiva, la validez de todas las normas proviene, en última instancia, de la Constitución, siendo ésta la norma que regula toda la estructura del sistema jurídico, y que se encuentra en la cúspide del mismo.

Y es precisamente con este método, que en el análisis global del ordenamiento jurídico, se puede establecer una distinción entre aquéllos actos de Estado que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, que son dictados directamente en ejercicio de poderes constitucionales, y aquéllos cuya ejecución no está directamente relacionada con la Constitución y que se dictan en ejercicio directo de poderes establecidos en normas de derecho inferiores a la Constitución. Son actos de ejecución directa e inmediata de la legislación y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

Todos los actos del Estado, en todo caso, están sujetos a control judicial, sea por parte de los tribunales de la jurisdicción judicial ordinaria, por lo

50 V. G. MacCormack, “Law and Legal system,” *The Modern Law Review*, 42 (3). 1979, pp. 285-290: “Legal system” entendido como una recolección de reglas de derecho que tienen en común su interrelación en un orden en particular, básicamente jerárquico.

que se refiere a los actos judiciales; sea al de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por lo que se refiere a los actos administrativos que son siempre de carácter sublegal; o sea a la Jurisdicción Constitucional por lo que se refiere a los actos dictados en ejecución directa de la Constitución, como son actos de gobierno.

III. LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL JURISDICCIONAL Y EL SOMETIMIENTO DE TODOS LOS ACTOS DEL ESTADO A CONTROL JUDICIAL, CON PARTICULAR REFERENCIA A LOS ACTOS DE GOBIERNO, COMO ACTOS DICTADOS EN EJECUCIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

Precisamente, entre los actos que surgen de la ejecución directa e inmediata de la Constitución, como se ha dicho, se encuentran aquellos actos estatales emanados del Jefe de Estado, en ejercicio de poderes que le son asignados en forma directa en la Constitución para ejercer actividades que por ello no están sujetas a regulación por parte del Legislador ordinario, es decir, que el Legislador no puede ni regular ni limitar a través de las leyes. Nos referimos aquí, de nuevo, a los llamados en el derecho público como actos de gobierno o actos políticos, y que son más o menos equivalentes a la noción norteamericana de "cuestión política."⁵¹ Se trata de actos que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, no están sujetos a regulación por ley formal, y son ejercidos por el Jefe de Estado basándose en disposiciones directas de la Constitución. En consecuencia, estos actos de gobierno en la formación escalonada del orden jurídico, también se colocan en el mismo nivel que las leyes formales, y sólo están sujetos a lo establecido en la Constitución, la cual determina su ámbito de legalidad.

El principio de legalidad del Estado, por tanto, es decir, la necesaria sumisión de los órganos del Estado a la ley, en lo referente a estos órganos constitucionales y a los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como los actos de gobierno, equivale a sometimiento a la Constitución y al bloque de constitucionalidad. Como ya lo mencionamos, en todos estos casos, "legalidad" equivale a "constitucionalidad;" en otras palabras, sumisión a la Constitución, o actuación de conformidad con las normas establecidas por la Constitución, dentro de los límites constitucionales.

Pero como hemos dicho, en la sistematización formal del ordenamiento jurídico, dentro de este sistema graduado de producción de normas, salvo todos los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, los demás órganos del Estado, particularmente en las áreas administrativas, de control y judiciales, estas se ejercen, no en ejecución directa de las normas constitucionales sino más bien, en ejecución directa de la "legislación," es decir, de las leyes formales o los actos del Parlamento, incluso, de los actos de gobierno o los decretos leyes dictados por los órganos constitucionales

51 V. Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus Tribunales nacionales," en *Revista de Derecho Público*, N° 26, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1986, pp. 65-68.

competentes, a su vez en ejecución directa de la Constitución. En esta forma, todas las actividades administrativas son en última instancia, actos dictados en ejecución directa e inmediata de la “legislación,” y en ejecución indirecta e mediata de la Constitución.

En consecuencia, en un Estado de derecho, el grado de sumisión de la Administración Pública al principio de la legalidad, es de mayor ámbito que el de la sumisión a las normas de derecho por parte de los órganos constitucionales del Estado. La Asamblea o el Parlamento están sometidos a la Constitución e, incluso, el Jefe de Estado o de Gobierno, cuando dicta actos de gobierno sólo está sometido en general, a la Constitución; mientras que los órganos y las autoridades administrativas están envueltos en un área de legalidad de mayor ámbito puesto que están sometidos a la “legislación,” la cual ejecutan. Esta es la razón por la cual, en este campo, el principio de legalidad tomó el significado que normalmente tiene en relación a la actividad administrativa del Estado contemporáneo.

1. LOS ACTOS DE GOBIERNO: LA EJECUCIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN POLÍTICA

Como se ha dicho, conforme a la Constitución, el Presidente de la República puede dictar actos de igual rango que la Ley, pero desvinculados de ésta por ser emanados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, que se han denominado como “actos de gobierno,”⁵² dictados en el ejercicio de la función política, y que, por tanto, no son actos administrativos.⁵³ Al ser dictados con base en atribuciones que la Constitución le asigna directamente al Presidente, el legislador no puede regularlos pues no tiene competencia para regular el ejercicio de la función de gobierno por parte del Poder Ejecutivo. No se trata, por tanto, de actos de carácter sublegal, sino de igual rango que la ley, aún cuando no tengan “valor” de ley por no tener poder derogatorio respecto de las mismas.

Sobre estos actos de gobierno, la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, en sentencia de 11 de marzo de 19 de marzo de 1993 señaló:

“Es ampliamente conocida en el ámbito constitucional la teoría del “acto de gobierno,” “gubernativo” o “acto político,” conforme a la cual, en su formulación clásica, el Presidente de la República como cabeza del Ejecutivo y Jefe de Estado (artículo 181 de la Constitución) ejerce, además de funciones propiamente administrativas, otras de contenido distinto, atinentes a la “oportunidad política” o actos que por su naturaleza, intrínsecamente ligada a la conducción y subsistencia del Estado, no son en la misma medida enjuiciables. Se institucionalizaba así, la figura intimidante de la “razón de Estado” como justificación a toda cuestión de la cual el Gobierno no tuviera que rendir debida cuenta.

52 V. Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Caracas, 1975, pp. 378 y 391.

53 V. Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 26, 108 y 323 y ss.

Semejante construcción sustentada en la tesis de la llamada “soberanía suprema,” cuyo nacimiento teórico ubican distintos autores en la época posterior a la caída del régimen napoleónico, pronto empezó a ser revisada con criterios cada vez más estrictos que llevaron a una categorización jurisprudencial de los actos de esa naturaleza excluidos del control jurisdiccional, también cada vez más reducida.

En Venezuela, la falta de una disposición expresa al respecto en el Texto Fundamental, ha sentado este Alto Tribunal, como nota identificadora de esa especie jurídica, aquellos actos que, en ejecución directa e inmediata de la Constitución, son de índole eminentemente política. (Vid. SPA del 21-11-88, Caso *Jorge Olavarría*).

Dentro de este contexto, concuerdan autores y jurisprudencia nacional y extranjera en mantener dentro de esa clasificación, entre otros, el indulto, los actos relativos a la conducción de la relaciones entre el Gobierno y países extranjeros...⁵⁴

En el mismo sentido, antes, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 21 de noviembre de 1988 había precisado la noción del acto de gobierno, como un acto ejecutivo dictado en ejecución directa de la Constitución y no de la ley ordinaria, distinguiéndolos así de los actos administrativos, en la forma siguiente:

“Permanecen todavía incólumes los principios sentados por la Corte –a los que se refieren los apoderados del Consejo, pero aplicándolos inexactamente al caso de autos– respecto de los “actos de gobierno,” especie jurídica que, en razón de su superior jerarquía, derivada del hecho de que son producidos en ejecución directa e inmediata de la Constitución y no de la ley ordinaria, ha sido excluida hasta ahora, por la propia Corte, de la totalidad del control jurisdiccional de constitucionalidad, “en atención –como ella misma ha expresado– a que por su propia esencia son actos de índole eminentemente política o actos de gobierno, o de índole discrecional; situaciones en que no cabe aplicar a los motivos determinantes de la actuación el expresado control constitucional.”

Los principios jurisprudenciales alegados por los defensores de la actuación del Consejo en la Resolución recurrida, permanecen, en efecto, aún vigentes (a más de la comentada decisión del 29-04-65, en Corte Plena, véase la de 28-06-83: *Cenadica*, dictada en SPA); más, no son aplicables al caso de autos como ellos lo pretenden, sino –insiste la Sala– sólo a las actuaciones emanadas de la cúspide del Poder Ejecutivo en función de gobierno, es decir, a los denominados por la doctrina “actos de gobierno,” emitidos justa y precisamente en ejecución directa e inmediata de la Constitución; y no a los producidos, como los de autos, por una administración –la electoral en el caso– que ejecutó, de manera directa e inmediata, normas de rango inferior al de la Carta Magna, a saber: las de la Ley Orgánica del Sufragio. Así se declara.”⁵⁵

54 *V. Revista de Derecho Público*, N° 53-54, Caracas, 1993, pp. 155 y ss.

55 *V. en Revista de Derecho Público*, N° 36, Caracas, 1988, pp. 62 y ss.

De acuerdo con esta categorización, entre los actos de gobierno que puede dictar el Presidente de la República, estarían, por ejemplo, la concesión de indultos (art. 236.19); los actos relativos a la dirección de las relaciones exteriores de la República (art. 236.4); la adopción de decisiones como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, como el fijar el contingente de las mismas y promover sus oficiales (art. 236.5 y 236.6); la declaratoria de los estados de excepción y el decretar la restricción de garantías (art. 236.7); la convocatoria a la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias (art. 236.9); y la disolución de la Asamblea Nacional en caso de que se produzcan tres votos de censura contra el Vicepresidente (arts. 236.21 y 240).

En esta forma, como se ha dicho desde el inicio, la noción del acto de gobierno en Venezuela ha sido delineada básicamente con base en un criterio estrictamente formal, como acto dictado por el Presidente de la República, en ejecución directa e inmediata de la Constitución, pero agregando, sin embargo, que se trata de actos dictados en ejercicio de la función política.⁵⁶ No se trata, por tanto, de actos administrativos que siempre son de rango sublegal, ni de actos en cuyo dictado el Presidente deba someterse a normas legislativas. Como actos dictados en ejercicio de atribuciones constitucionales por el Presidente de la República, el Poder Legislativo no puede regular la forma o manera de sus dictados, pues incurriría en una usurpación de funciones.

Pero como se ha dicho, entonces, además del criterio formal, el acto de gobierno se caracteriza como su nombre lo indica, por el ejercicio de la función política por parte del Presidente de la República. En este sentido, hay que recordar que la división de la potestad estatal (el Poder Público) en ramas y la distribución de su ejercicio entre diversos órganos, no coincide exactamente con la "separación" de las funciones estatales,⁵⁷ por lo que el hecho de que exista una separación orgánica de poderes no implica que cada uno de los órganos que lo ejercen tenga necesariamente el ejercicio exclusivo de ciertas funciones, pues paralelamente a las "funciones propias" de cada órgano del Estado, éstos ejercen funciones que por su naturaleza son similares a las que ejercen otros órganos estatales.⁵⁸ En otras palabras, paralelamente a sus funciones propias, realizan funciones distintas a aquellas que les corresponden por su naturaleza.⁵⁹

56 V. Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 26, 108 y 323 y ss. y *Derecho Administrativo*, Tomo I, Caracas 1975, *cit.*, pp. 391 y ss.

57 V. por ejemplo, sentencia de la antigua Corte Federal de 19-6-53, en *Gaceta Forense*, N° 1, Caracas 1953, p. 77; y sentencias de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 18-7-63, en *Gaceta Forense* N° 41, Caracas 1963, pp. 116 y 117; de 27-5-68, en *Gaceta Forense* N° 60, Caracas 1969, pp. 115 y ss.; y de 9-7-69, en *Gaceta Forense* N° 65, Caracas 1969, pp. 70 y ss.

58 V., la sentencia de la antigua Corte Federal de 19-6-53, en *Gaceta Forense* N° 1, 1953, p. 77; y la sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Político-Administrativa de 18-7-63, en *Gaceta Forense* N° 41, Caracas 1963, p. 116.

59 V. sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 18-7-63, en *Gaceta Forense* N° 41, Caracas 1963, pp. 116 y 117.

En la expresión constitucional, por “función” ha de entenderse la acción que desarrollan los órganos estatales o la actividad que desempeñan como tarea que les es inherente, en el sentido que sólo en ejercicio del Poder Público pueden cumplirse. De ahí que la función es toda actividad de la propia esencia y naturaleza de los órganos estatales y, por tanto, indelegable, salvo que exista una autorización constitucional. Entonces, las diversas funciones del Estado son sólo las diversas formas a través de las cuales se manifiesta la actividad estatal;⁶⁰ y ellas no están atribuidas en forma exclusiva a los órganos del Estado.⁶¹

Ahora bien, en el mundo contemporáneo estas funciones como tareas inherentes a los órganos del Estado pueden reducirse a cinco, que son la función normativa, la función política, la función administrativa, la función jurisdiccional y la función de control; a las cuales se pueden reconducir todas las actividades del Estado. Estas funciones, realizadas en ejercicio del Poder Público por los órganos estatales, sin embargo, como se dijo, no están encomendadas con carácter exclusivo a diferentes órganos, sino que se ejercen por varios de los órganos estatales.

Entre ellas, nos interesa destacar la función política,⁶² como función primordial del Estado, distinta de la función administrativa, por medio de la cual el Presidente de la República ejerce sus actividades como jefe del Estado

-
- 60 V. Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales...*, cit., p. 105. V. en general, sobre las funciones del Estado: María E. Soto Hernández y Fabiola del Valle Tavares Duarte “Funciones del Estado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999,” en *Estudios de Derecho Público - Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 414-457; Gonzalo Pérez Luciani, “Funciones del Estado y actividades de la Administración,” *Revista de Derecho Público*, N° 13, enero-marzo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, pp. 21-30.
- 61 El carácter flexible, no rígido ni absoluto, del principio en su aplicación en Venezuela, ha sido destacado repetidamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema. En particular, h. Sentencias de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Político Administrativa de 23-2-50 en *Gaceta Forense* N° 4, Caracas, 1950, pp. 84 a 89; de la antigua Corte Federal y de Casación en Corte Plena de 26-5-51 en *Gaceta Forense* N° 8, Caracas 1952, p. 114; y Sentencias de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 18-7-63 en *Gaceta Forense*, N° 41, Caracas 1963, pp. 117-118; de 27-5-68 en *Gaceta Forense* N° 60, Caracas 1969, pp. 115 a 118; de 22-4-69 en *Gaceta Forense*, N° 64, Caracas 1969, pp. 5 a 15; de 9-7-69, en *Gaceta Forense*, N° 65, Caracas 1969, pp. 70 a 74; y de 1-6-72, en *Gaceta Oficial* N° 1.523, extraordinario, de 1-6-72, p. 9. V. además, Allan R. Brewer-Carías, “Algunas bases del derecho público en la jurisprudencia venezolana,” en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 27, 1963, pp. 143 y 144. Las referencias jurisprudenciales pueden también consultarse en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema (1930-1973)* y *Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo I, (El ordenamiento constitucional y funcional del Estado), Caracas, 1975, pp. 147 y ss.
- 62 En cuanto a esta función del Estado hemos ajustado la terminología que utilizamos en los setenta, de “función de gobierno,” sustituyéndola por “función política” por considerarla más precisa, y reservar la expresión gobierno para identificar los “actos de gobierno.” V. Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Caracas 1975. V. en general, sobre esta función: María E. Soto Hernández “Formas jurídicas de actuación de la Administración Pública Nacional en el ejercicio de la Función de Gobierno,” en *Temas de Derecho Administrativo-Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 805-826.

y jefe del Gobierno de la República,⁶³ dirigiendo la acción de gobierno (Arts. 226; 236,2). A través de esta función política, el Presidente de la República puede adoptar decisiones en virtud de atribuciones que le son conferidas directamente por la Constitución, en general sin condicionamiento legal alguno, de orden político, las cuales, por tanto, exceden de la administración normal de los asuntos del Estado. Ello ocurre, por ejemplo, cuando dirige las relaciones exteriores, convoca a sesiones extraordinarias a la Asamblea Nacional y cuando la disuelve (Arts. 236,4,9,20). También puede considerarse que ejerce la función política, cuando decreta los estados de excepción y restringe garantías constitucionales, incluso, en este caso, a pesar de que la Constitución dispuso que una Ley Orgánica deba regular la materia (Art. 338).⁶⁴

La característica fundamental de esta función política es que está atribuida en la Constitución directamente al Presidente de la República, es decir, al nivel superior de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, no pudiendo otros órganos ejecutivos ejercerla.

Los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo en esta forma, realizan fundamentalmente dos funciones propias: la función política y la función administrativa.⁶⁵ La función política, como función del Presidente de la República, se ejerce en ejecución directa de atribuciones constitucionales, en general sin condicionamiento legal alguno. El Legislador, en esta forma, y salvo por lo que se refiere a los estados de excepción dada la autorización constitucional (Art. 338), no puede limitar las facultades políticas del jefe del Estado.⁶⁶ La función política, por tanto, se traduce en actos estatales de rango legal, como son los actos de gobierno, en tanto que la función

63 Aun cuando en algunos casos podría no haber coincidencia, podría decirse que, en general, el Presidente de la República ejerce sus atribuciones de jefe del Estado en ejercicio de la función política, y de jefe del Ejecutivo Nacional, en ejercicio de la función administrativa.

64 V. la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción (Ley N° 32), G.O. N° 37.261 de 15-08-2001. V. en general, Allan R. Brewer-Carías, "El régimen constitucional de los estados de excepción" en Víctor Bazán (Coordinador), *Derecho Público Contemporáneo*. Libro en Reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos, Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 1137-1149.

65 La distinción entre "gobierno y administración" es comúnmente empleada por la Constitución. V., por ejemplo, artículos, 21, 27 y 30. En el artículo 191 de la Constitución, en igual sentido habla de "aspectos políticos y administrativos" de la gestión del residente de la República. En tal sentido, al referirse a los órganos del Poder Ejecutivo de los Estados, la Corte ha señalado lo siguiente: "El artículo 21 de la Constitución atribuye al Gobernador del Estado, el gobierno y la administración de la Entidad, como Jefe del Ejecutivo del Estado y Agente del Ejecutivo Nacional o en su respectiva circunscripción. En esta forma, el Poder Ejecutivo Estatal realiza funciones de gobierno, como poder político y funciones que atienden a otra actividad distinta, como poder administrador." V. sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 30-6-66, en *Gaceta Forense* N° 52, 1968, p. 231. Cfr., sobre la distinción entre función administrativa y función política como actividades que se realizan en ejercicio del Poder Ejecutivo, el voto salvado a la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena de 29-4-65, Imprenta Nacional, 165, pp. 53 y ss.; y *Doctrina PGR*, 1963, Caracas, 1964, pp. 179 y 180.

66 El legislador, por ejemplo, no podría limitar las atribuciones del Presidente de convocar a la Asamblea nacional a sesiones extraordinarias.

administrativa se traduce en actos estatales de rango sublegal como son los actos administrativos.⁶⁷

Pero si bien la función política se ejerce con el carácter de función propia por el Presidente de la República en ejercicio del Poder Ejecutivo, ello tampoco se realiza con carácter excluyente, ya que la Asamblea Nacional en ejercicio del Poder Legislativo también realiza la función política, sea a través de actos parlamentarios sin forma de ley,⁶⁸ sea mediante leyes.⁶⁹ En estos casos, también, la función política realizada por los órganos del Poder Legislativo es una actividad de rango legal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la Constitución. Pero si bien esta función puede ser realizada tanto por el Presidente de la República como por los órganos legislativos, por lo que no es exclusiva o excluyente, sin embargo, lo que sí es exclusiva de uno u otros órganos es la forma de su ejecución en los casos autorizados por la Constitución: la función política mediante decretos ejecutivos (actos de gobierno), se realiza en forma exclusiva por el Presidente de la República; y mediante leyes o actos parlamentarios sin forma de ley, por la Asamblea nacional.

2. ALGO SOBRE LA TRADICIONAL Y SUPERADA DOCTRINA DE LA INMUNIDAD JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS DE GOBIERNO

La noción de acto de gobierno, sin embargo, no es nueva, y si bien en general ha respondido al criterio formal antes mencionado como actos de ejecución directa de la Constitución, su objeto ha sido diferente, pues en lugar de buscar asegurar su control judicial, en este caso de constitucionalidad, históricamente sirvió para justificar la ausencia de control judicial de los actos políticos del Ejecutivo.

En efecto, en Francia, principalmente por la ausencia tradicional de control judicial de la constitucionalidad de los actos del Estado –lo que sin duda ha cambiado desde la creación del Consejo Constitucional y de las reformas constitucionales de 2009–, y el poder limitado que había sido conferido a los tribunales administrativos en Francia y en otros países continentales europeos, como en Italia (*atto político o atto di potere político*), hizo que durante el Siglo XX se creara la doctrina de los “*actes du gouvernement*” (actos del Gobierno) o “*political acts*” (actos políticos) como una supuesta excepción del

67 Sobre la distinción entre los actos del Poder Ejecutivo dictados en ejecución directa de la Constitución o en ejecución directa de la ley, V. sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 13-2-68, en *Gaceta Forense* N° 59, Caracas 1969, p. 85. En todo caso, una cosa es atribuir a la función política rango legal y otra es atribuirle “naturaleza legislativa.” El decreto de restricción de garantías constitucionales, por ejemplo, tiene rango legal, por cuanto puede “restringir” temporalmente la vigencia de una ley, lo que implica que la modifique ni la derogue. Si la derogara, el acto tendría “naturaleza legislativa.” Sobre esta confusión, V. *Doctrina Procuraduría General de la República*, 1971, Caracas 1972, p. 189.

68 Por ejemplo, cuando autoriza al Presidente de la República para salir del territorio nacional. Art. 187,17 de la Constitución; o cuando reserva al Estado determinadas industrias o servicios, Art. 302.

69 La ley que decreta una amnistía, por ejemplo. Art. 186,5 de la Constitución.

principio de legalidad, en el sentido de que se trataba de actos ejecutivos no estaban sujetos a control por parte de los tribunales administrativos.

Por razones históricas diversas, y con fundamentos jurisprudenciales y legislativos diferentes, esta doctrina en Europa tuvo como objeto común identificar una serie de actos estatales, distintos a los actos administrativos y que, por tanto, escapaban al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.⁷⁰ Fue así, que la jurisprudencia francesa, a través de varias etapas, permitió a la doctrina ir identificando unos *actes de gouvernement* que carecerían de control jurisdiccional en la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que implicaba, en general, que carecerían de todo control jurisdiccional por no existir en ese país el control de la constitucionalidad de los actos estatales. En esta forma, la doctrina del *acte de gouvernement* fue una creación casuística de la jurisprudencia, difícil de construir doctrinalmente,⁷¹ la cual al abandonarse rápidamente el criterio del móvil político que la jurisprudencia inicial del siglo pasado había esgrimido para identificarlos, condujo a la elaboración de una "lista" de actos del Poder Ejecutivo en sus relaciones con autoridades públicas que escapaban a todo control jurisdiccional, principalmente dictados en sus relaciones con el legislador.⁷² En esta forma, la "lista" de los actos de gobierno se fue reduciendo a los actos del Ejecutivo en sus relaciones con el Parlamento, por ejemplo, el poder que tiene el Ejecutivo de someter proyectos de ley a la legislatura, y a los actos referentes a las relaciones internacionales, como por ejemplo el proceso de elaboración o denuncia de un tratado. A ello se agregaban ciertos actos ejecutivos derivados del ejercicio del poder de gracia; así como determinados actos ejecutivos de orden excepcional (urgencia, emergencia, estado de sitio) con sus secuelas en materia de orden público.

En Italia, la noción del *atto político* tuvo un origen diverso, aun cuando el mismo objetivo que en Francia: en la Ley que estableció el Consejo de Estado a fines del siglo pasado, al regularse la jurisdicción contencioso-administrativa, se excluyó de recurso los casos de actos emanados del gobierno en el ejercicio del Poder político que, por tanto, adquirirían una configuración distinta a los actos administrativos. En esa forma, al excluirse legalmente del control jurisdiccional a esos actos políticos, que abarcaron los dictados por el Ejecutivo en sus relaciones internacionales; en sus relaciones con el Parlamento; en ejercicio de una delegación legislativa, o en relación a la seguridad interior

70 Para un estudio comparativo de la doctrina del acto de gobierno, entre los mejores, V. Julio A. Prat, "Contribución al estudio del acto de gobierno" en *Revista de la Facultad de Derecho. v Ciencias Sociales*, Año IX, N° 4. Montevideo 1958. pp. 815 a 871; y José Luis Carro y Fernández-Valmayor, «La doctrina del acto político» en *Revista de Administración Pública*, N° 53, Madrid 1967, pp. 73 a 130.

71 V., por ejemplo, los artículos de Chapus, "L'acte de gouvernement, monstre ou victime," *Cronique Dalloz*, rec. Paris 15-1-1958, p. 2; Virally "L'introuvable acte de gouvernement," *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, Paris 1952, p. 317

72 V. R. Capitant, "De la nature des actes de gouvernements" en *Etudes Juridiques offertes a Julliot de la Morandière*, Paris 1964, pp. 99 y ss.

y exterior, se buscaba dejarlos inmunes frente a una eventual acción de los particulares que pudiera paralizar sus efectos.⁷³

En la misma orientación del sistema italiano, donde la doctrina del acto político tiene su origen en el derecho positivo, está el sistema portugués, que se incluyó en la Ley Orgánica del Supremo Tribunal Administrativo de 1956 considerando explícitamente insusceptibles de recurso contencioso de anulación “los actos de gobierno de contenido esencialmente político;”⁷⁴ y el sistema español, en cuya Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, en un esfuerzo mayor de precisión de esta noción, al excluir los “actos políticos” de la jurisdicción contencioso-administrativa, enumeró “los actos políticos del Gobierno” como “los que afecten a la defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar.”⁷⁵ En cuanto al sistema germánico, el tema de los actos de gobierno también se ha planteado, al discutirse la cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, y excluirse de la misma los actos de naturaleza política que tiendan a salvaguardar la seguridad y la existencia misma del Estado.⁷⁶

En todos estos sistemas continentales, la noción de acto de gobierno, por tanto, se presentaban como actos del Estado, sustancialmente distintos al acto administrativo o en otros casos, como una especie de éstos, pero con la característica común de que gozaban de inmunidad jurisdiccional, en el sentido de que los mismos no podían ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa ni, en general, ante la jurisdicción constitucional, si ésta existía. Esta era la esencia de la doctrina del acto de gobierno, la cual, por supuesto, en las últimas décadas ha venido siendo objeto de críticas tendientes a reducir esta inmunidad jurisdiccional respecto de ciertos actos estatales.⁷⁷

-
- 73 V. en particular Enrico Guicciardi, “L’Atto politico” en *Archivio di diritto pubblico*, Vol. II, Padua 1937, pp. 265 a 486; Guglielmo Roehrssen, “L’atto di Potere Politico e la Sua Sindicabilità in sede Giudiziaria” en *Rivista de diritto público*, Vol. I, 1936, pp. 557 a 588; y Cheli, *Atto politico e funzione d’indirizzo politico*, Milán 1961.
- 74 V. Alfonso Rodríguez Queiro, “Actos de Governo e contencioso de anulação” en *Estudios en Homenaje al Profesor López Rodó*, Vol. II, Madrid 1972, pp. 101 y ss.
- 75 V. Aurelio Guaita, “Los actos políticos o de gobierno en el derecho español” en *Revista del instituto de Derecho Comparado*, Nº 4, 1955, pp. 74 y ss.; L. Sánchez Agesta, «Concepto jurídico de acto político,» en *Homenaje a Pérez Serrano*, Tomo I, Madrid 1959, pp. 183 y ss.
- 76 V. Apelt, “L’acte de gouvernement en France et en Allemagne” en *Livre jubilaire du Conseil d’Etat*, Paris, p. 647 y ss.
- 77 V. en general, Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades de poder* (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), Madrid 1979, pp. 50 y ss.; Jacques Puisoye, “Pour une conception plus restrictive de la notion d’acte de gouvernement” en *L’Actualité Juridique*, Nº 4, 20-4-1965, pp. 211. Algunos visionarios, sin embargo, como Gastón Jèze afirmaba, refiriéndose a la sustracción del control judicial de los actos de gobierno que “[...] a primera vista esta situación -que se halla en absoluta contradicción con las ideas modernas- parece un escándalo intolerable y uno se asombra de que haya existido hasta nuestros días. En verdad, es injustificable: es razón de Estado, es decir, la arbitrariedad, bajo el pretexto de oportunidad política [...]” V. Gastón, Jèze, *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*. Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1948,

La idea misma de la existencia de ciertos actos estatales que gozan de inmunidad jurisdiccional, se ha desarrollado también en el derecho anglosajón, pero con características diferentes en el Reino Unido y en los Estados Unidos.

En Inglaterra, bajo la denominación de *act of state*, los tribunales británicos han declarado su incompetencia para conocer de conflictos por daños y perjuicios contra la Corona, sólo cuando se trate de actos producidos por ésta fuera del territorio británico. Por tanto, la inmunidad jurisdiccional en materia de reclamación de daños y perjuicios contra la Corona, sólo ha prosperado bajo la doctrina del *act of state*, cuando se trate de actos de fuerza cometidos por la Corona en territorios extranjeros, en cuyo caso los tribunales británicos se han declarado incompetentes, aun cuando la regla no es tan clara, si se trata de una acción intentada por un ciudadano británico.⁷⁸ En materia de contratos, la doctrina del *act of state* ha tenido otras proyecciones, pero en particular, también en referencia a las relaciones internacionales. Así, los tribunales ingleses se han declarado incompetentes para conocer de Tratados, es decir de acuerdos celebrados entre Estados, los cuales se encuentran regulados por otras reglas distintas a las que aplican los Tribunales. Incluso, en la famosa decisión *Salamon v. Secretary of State for India* (1906), los Tribunales ingleses se declararon incompetentes para conocer de actos adoptados por la Compañía de las Indias Orientales (East India Company), cuando actuaba como "poder soberano" en sus transacciones. En dicha decisión se señaló que un *act of state* es un "ejercicio del poder soberano" en virtud de lo cual, "no puede ser impugnado, controlado o interferido por las cortes municipales [locales]."⁷⁹ Así, a la Compañía se le concedió el beneficio de la doctrina del *act of state*, de manera que no era responsable legalmente ante los Tribunales ingleses, por los actos de fuerza que cometiera, aun cuando, por supuesto, en este caso, resultaba necesaria la separación entre las actividades comerciales y gubernamentales de la Compañía. Esta doctrina se completa en el caso *Rustorjee v. The Queen* (1876), en el cual quedó claramente establecido que las acciones del Estado en el plano internacional no son justificables por los Tribunales internos.⁸⁰

En cuanto al sistema norteamericano, la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado la doctrina de las *political questions* para identificar algunos actos de la Administración no susceptibles de control jurisdiccional. Estos casos han sido definidos "como actos dictados por la Administración en cumplimiento de funciones políticas, como son la conducción de las relaciones diplomáticas del país, la confección de tratados, el comando y reducción de las fuerzas

p. 413-416, citado en la sentencia N° 2208 de 28 de noviembre de 2007 (Caso *Antonio José Varela y Elaine Antonieta Calatrava Armas vs. Proyecto de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*), en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Caracas 2007, pp. 601-606.

78 V. H.W.R. Wade, *Administrative Law*, Oxford 1971, pp. 294 y 295.

79 V. Geoffrey Marshall, *Constitutional Theory*, Oxford 1977, p. 110.

80 V. H.W.R. Wade, *Administrative Law*, cit., p. 297. V. además las referencias en Gordon, "La théorie des actes of state en Droit anglais" en *Revue de Droit Public*, 1936, pp. 1 y ss.; y en Wade, "Act of state in English Law" en *The British year book of International Law*, 1934, p. 98 y ss.

armadas, así como las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo.”⁸¹ Estos actos calificados como *political questions*, por supuesto, también han dado origen a una lista,⁸² en la cual se destacan los actos adoptados por el Ejecutivo que pueden tener repercusiones exteriores. Se destaca así, la célebre decisión *United State ex. reí Knauff v. Shaughnessy* (1950) en la cual la Corte Suprema sostuvo que la decisión del Poder Ejecutivo relativa a la expulsión de un extranjero no estaba sujeta a control jurisdiccional, pues se consideró que se trataba de un poder inherente al Poder Ejecutivo, por lo que no correspondía a Tribunal alguno –salvo autorización expresa de la ley– de anular tal decisión de la rama política del gobierno;⁸³ y la decisión *Chicago and Southern Air Lines v. Waterman* (1949) en la cual la Corte Suprema confirmó la declinación de competencia de los tribunales en el conocimiento de actos de la *Civil Aeronautics Board* relativos a las licencias de aeronavegación, si éstas tenían efectos fuera de los Estados Unidos, pues ellos podían tener influencia sobre las relaciones exteriores de la Nación.⁸⁴

Como puede observarse de la doctrina continental del acto de gobierno o acto político, de la doctrina inglesa del *act of state* y de la doctrina norteamericana de las *political questions*, en todos esos supuestos, la base común radica en la identificación de ciertos actos estatales, sea que se los considere o no como actos administrativos, que gozan de inmunidad jurisdiccional en cuanto a que no están sometidos al control de los propios Tribunales del Estado, incluso, los contencioso-administrativos.

3. LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ESTATALES, INCLUYENDO A LOS ACTOS DE GOBIERNO

Por el contrario, en sistemas jurídicos con control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos del Estado como el venezolano, estos “actos del gobierno,” aun cuando escapan al control de los tribunales contencioso administrativos por no estar sujetos a la “ley formal” y no ser actos administrativos, sin embargo si están sujetos al control jurisdiccional de su conformidad al derecho (constitucionalidad) por la Jurisdicción constitucional. Una vez más puede decirse que esos actos de los Jefes de Estado, sin lugar a dudas, están sujetos al principio de legalidad; pero aquí “legalidad” significa constitucionalidad (sometimiento a la norma de la Constitución).

En el caso esos actos del Estado dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, los actos del Parlamento como las leyes formales o las *interna corporis*; o los actos del Jefe de Estado o de gobierno, dictados en ejercicio de poderes otorgados directa y exclusivamente por la Constitución, para que exista un Estado de derecho en todo el sentido de la palabra, deben estar sujetos a algún sistema de control judicial o jurisdiccional de la constitucionalidad. En este sentido se establecieron, por ejemplo, en Europa

81 V. Goodnow, *Droit Administratif des Etats Unis*, p. 52.

82 V. la que indica Bernard Schwartz, *Le Droit Administratif Américain*, París 1952, p. 151.

83 Ídem., p. 152

84 Ídem, p. 152.

continental los Tribunales Constitucionales como órganos constitucionales con el único propósito de controlar la constitucionalidad de los actos del Estado sancionados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como las leyes, y los actos internos del Parlamento, así como los actos de gobierno y los decretos leyes. No es por casualidad que si en Europa, los primeros países en los que se establecieron los primeros Tribunales Constitucionales como Austria y Checoslovaquia (1920), fueron precisamente aquellos en los cuales la organización del sistema constitucional estaba directamente influenciada por la teoría de Kelsen sobre del sistema jurídico como jerarquía de normas. El objetivo específico de estos Tribunales Constitucionales fue juzgar la inconstitucionalidad de los actos del Estado dictados en ejecución directa de la Constitución. Pero no fue sino hasta la década de los cuarenta del Siglo pasado, después de la Segunda Guerra Mundial, cuando en Europa continental se generalizaron los Tribunales Constitucionales para juzgar la constitucionalidad de las leyes y de los actos de gobierno, en particular los que tienen fuerza de ley.⁸⁵ En América Latina, la tradición de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes se remonta al Siglo XIX, pero la creación de Tribunales Constitucionales o de Salas Constitucionales de los Tribunales Supremos, como Jurisdicción Constitucional, es de más reciente data.

En otro sentido, debe señalarse que precisamente debido a la ausencia de un órgano constitucional encargado del control de la constitucionalidad de los actos del Estado dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, y además por la expansión del principio de legalidad en relación a los actos administrativos, fue que se produjo una distorsión en la concepción del Estado de derecho con el desarrollo de la doctrina antes mencionada, de los “actos de gobierno” o “actos políticos.” El objetivo de la doctrina era excluir del control de la legalidad a cargo de los tribunales contencioso-administrativos, de ciertos actos políticos dictados por el Jefe de Estado, pero sin que existiera un control alternativo de constitucionalidad. En esta forma, la famosa doctrina francesa de los “actos de gobierno” o de los “actos políticos” en el derecho italiano o español, se desarrolló mucho antes de que se establecieran en esos países Tribunales Constitucionales. Como ya lo expresamos, según esa doctrina, se suponía que había algunos actos del Ejecutivo que aunque estaban considerados erróneamente como actos administrativos no estaban sometidos a control de legalidad. Esto se debió, principalmente, a que se considerara inicialmente que habían sido formulados por razones políticas, o más tarde, cuando esa doctrina estaba llegando a su fin, porque se considerara que se refería a asuntos establecidos directamente en la Constitución, con referencia a las relaciones entre los diferentes poderes del Estado o entre los órganos constitucionales, o a otros Estados en el orden internacional.

Como ya se señaló, esos actos no estaban sometidos al control contencioso administrativo ni al control de la legalidad administrativa, no porque no se tratara de actos administrativos dictados por razones políticas, sino porque, contrariamente a lo que se aseveraba, en realidad, no eran actos administrativos. En efecto, eran actos de gobierno dictados en ejecución directa e inmediata de

85 V. Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

la Constitución y el único control al que se les podía someter era al control de la constitucionalidad, que significa su sumisión a la norma que se había ejecutado para su emisión, es decir, la misma Constitución. Como en esos países no había control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos del Estado, tampoco podía haber control jurisdiccional sobre esos actos, hecho que contribuyó a la distorsión de la doctrina del “acto de gobierno.” Por ello, en países como Italia y España, el subsiguiente establecimiento del control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos ejecutivos con fuerza de ley, tuvo como consecuencia la reducción o desaparición de la doctrina de la inmunidad jurisdiccional de los actos políticos. Estos actos están ahora bajo el control de los Tribunales Constitucionales.

En Francia, y a pesar de las reformas constitucionales que establecieron en 2009 el control posterior de la constitucionalidad de las leyes, todavía existe la doctrina de la exención de “actos de gobierno” del control contencioso-administrativo, lo que tradicionalmente ha creado un área inmune al control de la legalidad, aún cuando cada vez más reducida.

En todo caso, además de los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, en los sistemas legales graduados que han dado origen a los sistemas de control judicial o jurisdiccional de la constitucionalidad, es evidente que el principio de legalidad, por su ámbito, desempeña un papel mucho más importante en el segundo nivel de ejecución del ordenamiento jurídico, es decir, en aquellos actos del Estado dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación, o en ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Aquí, el principio de legalidad se ha desarrollado en el pleno sentido de la palabra, particularmente con referencia a la Administración Pública, dando origen al control judicial o jurisdiccional de la legalidad de los actos administrativos (Jurisdicción contencioso-administrativa), y por consiguiente, al derecho administrativo.

Pero este principio de legalidad, principalmente en sistemas legales con Constituciones escritas, implica por supuesto, no sólo que los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo o más ampliamente la Administración Pública estén sujetos a las normas de derecho, sino que los otros órganos del Estado, incluyendo los órganos legislativos, también estén sujetos a las normas de derecho. En consecuencia, lo que constituyen las normas de derecho en relación a cada órgano del Estado, varía y tiene un ámbito diferente dependiendo de la posición que tiene cada norma o acto del Estado en el sistema jurídico jerarquizado. Por ello, para el Legislador, legalidad quiere decir constitucionalidad o sumisión a la Constitución, igual que para el Jefe de Estado con respecto a los actos de gobierno. En ambos casos, dichos actos se adoptan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, sin la interferencia de actos del Parlamento, en forma tal que sólo están subordinados a la Constitución y no puede en general haber ley alguna que los condicione. Esta sumisión al derecho es, en todo caso, la que implica que los mismos están sometidos a control judicial por parte de la Jurisdicción Constitucional, respondiendo, por tanto, al principio de la universalidad del control judicial de los actos estatales.

En efecto, por tanto, los actos de gobierno, si bien no son actos que estén sometidos a la ley en sentido formal, pues la función de gobierno no puede

ser regulada por el legislador, al ser actos sometidos a la Constitución en virtud de que son dictados por el Presidente de la República en ejercicio de competencias constitucionales, están igualmente sometidos al control de la constitucionalidad que ejerce el Tribunal Supremo de Justicia⁸⁶ en Sala Constitucional, la cual puede declarar su nulidad, por inconstitucionalidad, con carácter absoluto, es decir, con *erga omnes*.

Sobre que los actos de gobierno como actos de naturaleza política pueden ser objeto de control por la Jurisdicción Constitucional, bastaría plantear un solo ejemplo para darse cuenta de su necesidad, y sería el caso de la fijación del contingente de las Fuerzas Armadas Nacionales, por el Presidente de la República, estableciendo un cupo por razas, lo que violaría el artículo 21 de la Constitución. Dicho acto sería a todas luces inconstitucional y anulable, estando entre los motivos de impugnación de los actos de gobierno, la violación directa de la Constitución.

Debe recordarse que en la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena de 29 de abril de 1965, dictada con motivo de la impugnación de la Ley aprobatoria del Tratado de Extradición con los Estados Unidos, la Corte había sentado el criterio restrictivo, ahora totalmente superado en esta materia, al decidir en lo relativo a los actos que el Presidente de la República está facultado para realizar en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, "un atento examen de las mismas conduce a la conclusión de que determinadas actuaciones presidenciales, en cualquiera de los dos caracteres de Jefe del Ejecutivo Nacional o Jefe del Estado venezolano asignados a aquél por el artículo 181 de la Constitución, están excluidos del control jurisdiccional de constitucionalidad en atención a que por su propia esencia son actos de índole discrecional; situaciones en que no cabe aplicar a los motivos determinantes de la actuación el expresado control constitucional," considerando la Corte entre tales actos, según el artículo 190 de la Constitución Nacional los siguientes: "Fijar el contingente de las Fuerzas Armadas Nacionales; convocar el Congreso a sesiones extraordinarias y reunir en Convención a algunos o a todos los Gobernadores de las entidades federales." De esta afirmación, concluía la Corte que "en lo relativo al control jurisdiccional sobre la constitucionalidad intrínseca de los actos del Poder Público" podía indicarse que "este control no ha sido establecido en forma rígida o absoluta, pues están, sustraídas a su dominio diversas situaciones tanto en el orden legislativo, como en el judicial y en el ejecutivo."⁸⁷

Esta decisión, como se ha dicho, ahora totalmente superada, sin embargo, originó la doctrina de supuestos actos excluidos de control judicial aún cuando no en sí mismos, sino en los aspectos de los mismos que pudieran ser

86 V. Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus tribunales nacionales," en *Revista de Derecho Público*, N° 26, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1986, pp. 65-68.

87 V. Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Instituto de derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977, p. 83.

controlados.⁸⁸ En todo caso, la interpretación doctrinal sobre la exclusión del control de constitucionalidad “intrínseca” de los actos de gobierno, que sólo podía referirse a los motivos del acto, como acto discrecional, pero no a los aspectos relativos a la competencia o a la forma, no fue acogida totalmente de inmediato, al punto que en una sentencia de 21 de noviembre de 1988, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia al conocer de la impugnación de un acto del Consejo Supremo Electoral, afirmó al distinguirlo de los actos de gobierno, que en relación a éstos:

“Permanecen todavía incólumes los principios sentados por la Corte –a los que se refieren los apoderados del Consejo, pero aplicándolos inexactamente al caso de autos– respecto de los “actos de gobierno,” especie jurídica que, en razón de su superior jerarquía, derivada del hecho de que son producidos en ejecución directa e inmediata de la Constitución y no de la ley ordinaria, ha sido excluida hasta ahora, por la propia Corte, de la totalidad del control jurisdiccional de constitucionalidad, “en atención –como ella misma ha expresado– a que por su propia esencia son actos de índole eminentemente política o actos de gobierno, o de índole discrecional; situaciones en que no cabe aplicar a los motivos determinantes de la actuación el expresado control constitucional.”⁸⁹

La discusión sobre el control de constitucionalidad de los actos de gobierno, en todo caso, fue definitivamente cancelada por la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena en sentencia de 11 de marzo de 1993 (caso *Gruber Odreman*), al decidir sobre la impugnación por inconstitucionalidad de los decretos de suspensión de garantía y su ejecución, de noviembre de 1992 dictados luego de la sublevación militar del día 27 de ese mes. La Corte entró directamente al tema preguntándose lo siguiente:

Ahora bien, ¿cabe dentro del marco constitucional venezolano sostener la no enjuiciabilidad de actuaciones de la Administración, de rango ejecutivo o legislativo, en razón de su contenido político?

Para llegar a una respuesta adecuada, se hace imperativo, en primer término, acudir a la construcción que sobre el tema ha hecho esta Corte a través de decisiones donde se pone en evidencia, una vez más, la nunca suficientemente entendida relación de causalidad existente entre el avance del sistema de control jurisdiccional sobre los actos del Poder Público y el desarrollo institucional democrático de un país.

En efecto, no es esta la primera ocasión que se presenta a la Corte de discernir sobre la teoría de los actos exentos de control pues, no pocas veces, ha ido su Sala Político-Administrativa extendiendo pausada pero invariablemente, su ámbito de control –como órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa– a toda la actividad del Poder Público; y así igualmente, en cuanto al control constitucional directo, este Alto Tribunal en Pleno ha

88 V. Luis H. Farías Mata, “La doctrina de los actos excluidos en la jurisprudencia del Supremo Tribunal,” en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Instituto de Derecho Público, UCV, Vol. I, (1968-1969), Caracas, 1971, pp. 329 a 331.

89 V. en *Revista de Derecho Público*, N° 36, Editorial Jurídica Venezolana Caracas 1988, pp. 62 y ss.

traspasado barreras conceptuales antes defendidas por la preeminencia de un Estado todopoderoso, criterio hoy francamente superado.⁹⁰

Para fundamentar este criterio, la Corte acudió a su doctrina original sentada en 1962 sobre la universalidad del control de constitucionalidad y citando la sentencia de 15 de marzo de 1962 (dictada con motivo de la acción de nulidad de la ley aprobatoria del contrato con el Banco de Venezuela, como auxiliar de tesorería) señaló:

“Tal amplitud de criterio, mantenida casi invariablemente por esta Suprema Corte, se ha puesto ya de manifiesto en actos conocidos como típicamente gubernativos, como es el caso, aunque en materia contencioso-administrativa y no constitucional, de la sentencia de fecha 31 de octubre de 1972 (Caso Manuel Elpidio Páez Almeida, SPA).

3. Con arreglo a lo anterior, es indispensable para esta Corte que las actuaciones de la rama ejecutiva del Poder Público, a tenor del artículo 117 de la Constitución que consagra el principio de legalidad (“La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio”), están sujetas, por imperio de la Carta Fundamental, a la ley en su sentido más amplio y por ende, a revisión judicial: constitucional en aplicación del artículo 215, ordinal 6 *ejusdem* y contencioso administrativo, por previsión del artículo 206 *ibidem*.

Luego, en Venezuela, el problema de los “actos de gobierno” no se contrae a una categoría jurídica revestida de inmunidad jurisdiccional, pues como se ha visto, existe frente a éstos la posibilidad de recurrirlos con base a una garantía constitucional. La cuestión se circunscribe entonces al mayor o menor grado de sujeción al cuerpo normativo, asunto atinente a la competencia reglada y al poder discrecional del funcionario que, en ejecución de la Ley Fundamental, dicta el acto.”⁹¹

En esta forma, la Corte identificó el problema del control de la constitucionalidad de los actos de gobierno, como un problema de control de actos discrecionales. Para ello, aplicó los principios que la misma Corte había venido estableciendo sobre el control de los actos administrativos discrecionales desde la década de los cincuenta.⁹² Particularmente, se destaca en esa línea, la sentencia de la Sala Político-Administrativa (caso *Depositaria Judicial*) de 02 de noviembre de 1982 en la cual al admitir el control de los actos administrativos discrecionales en relación a la competencia, las formalidades

90 V. en *Revista de Derecho Público*, N° 53-54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, pp. 218 y ss.

91 *Ídem*.

92 V. Allan R. Brewer-Carías, “Los límites a los problemas discrecionales de las autoridades administrativas,” en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, N° 2, Caracas, 1965.

y la finalidad, la Corte señaló que si bien no controla las razones de fondo, mérito de oportunidad y conveniencia, el Juez puede:

“Revisar la veracidad y la congruencia de los hechos que, a través de la motivación, el funcionario alega que ocurrieron, y con base en los cuales adoptó –apreciándolas según las circunstancias de oportunidad y de conveniencia que tuvo a la vista– la medida posteriormente recurrible ante la jurisdicción contencioso–administrativa.⁹³

En todo caso, en la Constitución de 1999 quedó definitivamente establecido el control de constitucionalidad de los actos de gobierno, al atribuir a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, competencia para declarar la nulidad de los mismos cuando colida con la Constitución, cualquiera sea la forma de dicha violación constitucional (arts. 334 y 336,3 y 4); de manera que la doctrina jurisprudencial dominante en esta materia, sentada en la sentencia N° 2208 de 28 de noviembre de 2007 (Caso *Antonio José Varela y Elaine Antonieta Calatrava Armas vs. Proyecto de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*),⁹⁴ ha sido el considerar “como uno de sus paradigmas fundamentales para la materialización de un “Estado democrático y social de Derecho y de Justicia” –Artículo 2 de la Constitución–, el principio de la universalidad del control jurisdiccional de la “actividad” del Estado –Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.815/2004–.”

En dicha sentencia, en efecto, la Sala Constitucional, a los efectos de precisar cómo se puede resumir “el principio de la universalidad del control jurisdiccional de la actividad del Estado,” como si en Venezuela quizás nunca se hubiera escrito sobre ello, recurrió de nuevo a autores extranjeros, en particular a lo expresado por Andreas Auer, quien al referirse a los fines de la jurisdicción constitucional, señaló que:

“(…) no hay ningún acto estatal que pueda escapar por definición, a la jurisdicción constitucional. Corresponde, sin embargo, a cada orden jurídico definir los actos sometidos a ella (…); así, en el caso venezolano los actos dictados en ejecución directa de la Constitución son parte fundamental de las competencias de la jurisdicción constitucional, que se complementan –desde una perspectiva de tutela judicial efectiva de los particulares– con las atribuciones de la jurisdicción contencioso administrativa –Cfr. Acosta Sánchez, José. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Fundamentos de la Democracia Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 347.”

Con base en ello, y luego de constatar el proceso lento y paulatino tendiente a que se aceptara la “revisión judicial de los actos estatales” la Sala reiteró su criterio, particularmente en materia de actos de gobierno (Vid. Sentencia de

93 V. en *Revista de Derecho Público*, N° 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1982, pp. 124 y ss.

94 V. en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 601-606.

esta Sala N° 1.815/2004), expresado en la sentencia N° 1815 de 24 de mayo de 2004, en la cual expuso:

“(…) la existencia de los actos de gobierno no es discutida: son todos aquellos en los que se manifiesta la dirección política del Estado por parte del Presidente de la República, haciendo para ello uso de poderes que le otorga directamente el Texto Fundamental. Tampoco es discutido el control judicial sobre esos actos, y de hecho el Máximo Tribunal ha conocido de demandas dirigidas contra uno de los actos en los que el Jefe del Estado y del Gobierno da muestras de la considerable amplitud de sus poderes: la limitación de los derechos o de las garantías constitucionales, a través de decretos de suspensión de garantías.

Sería un despropósito, y así lo entiende esta Sala, que los actos del Presidente de la República queden excluidos del control, *si ellos causan efectos jurídicos*. De esta manera, los actos de gobierno no son sólo actos políticos; son más que eso: son jurídicos también (...).”⁹⁵

En la sentencia N° 2208 de 28 de noviembre de 2007, además, concluyó la sala afirmando que:

“Ciertamente, bajo el ordenamiento jurídico vigente es inconcebible aceptar la existencia de ámbitos jurídicos –actos u actuaciones– de los órganos del Poder Público, desprovistos de una efectiva tutela judicial, sin contradecir los valores fundamentales del imperio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Así, el concepto histórico “(…) de “acto de gobierno” o “acto político” [que] nace en el Derecho francés durante la etapa de la Restauración borbónica como un mecanismo defensivo del Consejo de Estado que tenía que hacerse perdonar sus orígenes napoleónicos y luchar por su pervivencia. Ese concepto, grato a los nuevos gobernantes, le permite excluir del recurso por exceso de poder los actos de la Administración –y fundamentalmente del Gobierno– que aparecieran inspirados en un “móvil político,” calificándolos como actos judicialmente inatacables. Sin embargo, a partir de 1875 el Consejo de Estado reducirá al máximo este concepto, ciñéndolo a los actos dictados en ejercicio de la función gubernamental como distinta de la función administrativa (...)” (Vid. Parada, Ramón. Derecho Administrativo I. Parte General, Marcial Pons, 2004, p. 93). Este criterio no puede tener en nuestro sistema de derecho mayor relevancia que el de un dato histórico o doctrinal, ya que el mismo contradice la esencia del sistema de control universal de la jurisdicción constitucional en los términos antes expuestos.

95 V. en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1815-240804-04-0414.htm> . Citada en la sentencia N° 2208 de 28 de noviembre de 2007 (Caso *Antonio José Varela y Elaine Antonieta Calatrava Armas vs. Proyecto de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*), en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 601-606.

En efecto, el control de constitucionalidad por la vía del recurso de nulidad, debe admitirse siempre y todas las veces que determinado acto que en ejecución directa de la Constitución incida sobre la esfera jurídica de los derechos de los justiciables garantizados por la Constitución, independientemente del “origen” del acto, ya que lo esencial es que exista no un agravio a un derecho de substancia constitucional –circunstancia a ser determinada en juicio–, sino que el acto impugnado tenga relevancia jurídica en la medida que incide sobre la esfera de derechos y deberes de un individuo o a la sociedad en su totalidad o en parte.”⁹⁶

4. LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL JURISDICCIONAL EXTENDIDO A LOS PODERES QUE SE EJERCEN AL DICTAR EL ACTO ESTATAL: EL CASO DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

El principio de la universalidad del control jurisdiccional de la actividad estatal, no sólo implica que todos los actos estatales están sujetos a dicho control jurisdiccional para verificar su conformidad con el derecho, lo que incluye, en lo que nos interesa ahora para este trabajo, a los actos de gobierno y a los actos administrativos, sino que el control jurisdiccional que ejercen tanto la Jurisdicción Constitucional como la Jurisdicción Contencioso Administrativa es también *de ámbito o carácter universal* en el sentido que incide en todos los elementos del acto estatal, sin que pueda servir de excusa el tipo de poderes que han sido atribuidos al órgano estatal para dictar el acto.

En esta materia puede decirse que también quedaron totalmente superadas las restricciones que todavía a mitades del siglo pasado todavía se formulaban al principio de legalidad, que permitían considerar que los actos dictados en ejercicio de poderes derivados de circunstancias excepcionales o en ejercicio de poderes discrecionales quedaban excluidos de control pues el principio de legalidad no les era completamente aplicable.⁹⁷

En cuanto a las circunstancias excepcionales, que originaba los llamados estados de emergencia o de sitio, el constitucionalismo democrático contemporáneo progresivamente las enmarcó sujetándolas, como actos de gobierno, a la Constitución. Ello resulta, por ejemplo, del régimen relativo a la “Protección de la Constitución” que se establece en el propio texto constitucional para regular las circunstancias excepcionales que pueden originar situaciones de excepción que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de las personas, y que ameritan la adopción de medidas político constitucionales para afrontarlas. Conforme al artículo 338 de la Constitución, incluso en 2001 se dictó la Ley Orgánica sobre Estados

96 Ídem., pp. 601-606.

97 V. por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964.

de Excepción⁹⁸ donde se los regulan, y se determinan las medidas que pueden adoptarse, con sus límites y restricciones, al decretarse los mismos, incluyendo “el ejercicio de los derechos que sean restringidos con la finalidad de restablecer la normalidad en el menor tiempo posible” (Art. 1).

Tanto en la Constitución como en la Ley, además, se establecen diversos mecanismos de control, consistentes no sólo en la presentación del Decreto ejecutivo que declare el estado de excepción dentro de los ocho días siguientes a la Asamblea Nacional, sino su sometimiento automático a control jurisdiccional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. En esa normativa, además, se dispone que el acto de gobierno que decreta el estado de excepción debe cumplir con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 339). Con base en ello las medidas que se adopten no pueden “ser incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.” En igual sentido se dispone en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la normativa constitucional, además se enmarcó con precisión la posibilidad de que en los estados de excepción se pueda decretar la restricción temporal las garantías consagradas en la Constitución, con excepción absoluta de las referidas a los derechos a la vida, la prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles (Art. 337); lista que además está ampliada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 4), y en la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 27). Con esta normativa se restringió adicionalmente el ámbito de acción en estas circunstancias excepcionales al eliminarse de la Constitución la posibilidad de que se pudiesen “suspender” las garantías constitucionales como lo autorizaban los artículos 241 y 190.6 de la Constitución de 1961, que dio origen a tantos abusos institucionales,⁹⁹ y se impone la obligación al Ejecutivo de que en el decreto que declare el estado de excepción y restrinja las garantías, necesariamente se debe “regular el ejercicio

98 V. en *Gaceta Oficial* N° 37.261 de 15-08-2001. V. en general sobre los estados de excepción en la Constitución, Jesús M. Casal H., “Los estados de excepción en la Constitución de 1999,” en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1 (septiembre-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 45-54; Salvador Leal W., “Los estados de excepción en la Constitución,” en *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 8, Caracas, 2003, pp. 335-359; María de los Ángeles Delfino, “El desarrollo de los Estados de Excepción en las Constituciones de América Latina,” en *Constitución y Constitucionalismo Hoy*. Editorial Ex Libris, Caracas, 2000, pp. 507-532; Salvador Leal Wilhelm, “Los estados de excepción en la Constitución,” en *Revista de Derecho*, N° 8, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, pp. 335-356.

99 V. Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales,” en *Revista de Derecho Público*, N° 37, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, pp. 5 ss.

del derecho cuya garantía se restringe” (Art. 339). Por ejemplo, si se restringe la libertad de tránsito, en el mismo decreto de restricción debe especificarse en qué consiste la restricción, como podría ser la prohibición de circular a determinadas horas (toque de queda), por ejemplo, o en determinados vehículos.¹⁰⁰

En cuanto a los poderes discrecionales, puede decirse que en el derecho administrativo también se ha seguido un camino progresivo de restricción de su ámbito, y de reforzamiento del control jurisdiccional de los actos discrecionales. Es decir, aquella teoría de los poderes discrecionales que pudo haber abierto un vacío en el principio de legalidad, poco a poco se fue restringiendo de manera que a pesar de la libertad otorgada a la Administración Pública para la toma de decisiones, los actos resultantes también están subordinados al control jurisdiccional de la legalidad, dejándose de considerarlos como una excepción al principio de legalidad, tal y como habían sido originalmente diseñados en el derecho administrativo francés.

100 V. las críticas a la suspensión no regulada de garantías constitucionales en Allan R. Brewer-Carías, “Prólogo” al libro de Daniel Zovatto G., *Los Estados de Excepción y los derechos humanos en América Latina*, Caracas, San José, pp. 24 ss.

SECCIÓN TERCERA

EL PODER DISCRECIONAL Y LOS LÍMITES A SU EJERCICIO*

I. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

El principio de la legalidad puede decirse que es la más acabada garantía establecida en el Estado de derecho en beneficio de los administrados, “contra las posibles arbitrariedades de la autoridad ejecutiva.”¹ Sin embargo, y ello es evidente, no toda la actividad a cargo de la Administración tiene establecida en el ordenamiento jurídico “precisos límites” a los cuales debe aquella ceñirse, sino que, generalmente, la propia ley otorga a la Administración amplios poderes de apreciación de la oportunidad y conveniencia para la toma de decisiones, lo que ha dado origen a la distinción clásica en materia

* El texto de esta Sección tiene su origen en la aproximación sucesiva que he venido haciendo respecto del tema del poder discrecional y sus límites, en diversos estudios que se remontan al que elaboré como Ponencia Nacional para el VII Congreso Internacional de Derecho Comparado organizado por la *Academia Internacional de Derecho Comparado* en Upsala, Suecia en 1966. Dicha Ponencia, con el título: “El poder discrecional en la jurisprudencia administrativa” (Compilación), se publicó en su momento en el libro: *Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado* (Uppsala, agosto 1966), Instituto de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1966, pp. 255-279; en la *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 28, Universidad Central de Venezuela, Caracas, marzo 1964, pp. 187-194; y en la *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 2, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1966, pp. 9-35. Sobre el tema me volví a ocupar posteriormente con ocasión de elaborar el trabajo “Sobre límites al poder discrecional,” para el *Libro Homenaje al profesor Mariano Brito*, publicado en el libro coordinado por Carlos E. Delpiazzo, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano Brito*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2008, pp. 609-629; y para elaborar la Ponencia presentada al *Congreso de Derecho Administrativo, paralelo al VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Panamá septiembre 2009, sobre “Algunos aspectos del control judicial de la discrecionalidad,” publicado en Jaime Rodríguez Arana Muñoz et al. (Editores), *Derecho Administrativo Iberoamericano (Discrecionalidad, Justicia Administrativa y Entes Reguladores)*, Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, Vol II, Congrex SA, Panamá 2009, pp. 475-512; y en la *Revista Electrónica de Derecho Administrativo*, No. 8 (número monográfico: Eduardo García de Enterría y la lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo), Centro de Estudios de Derecho Público, Universidad Monteávil, enero abril 2016, pp. 103-158.

1 Corte Federal (Venezuela) sentencias de 17 de julio o 23 de octubre de 1953, *Gaceta Forense* N° 1, 1953, p. 151 y N° 2, 1953, p. 64.

de actividad administrativa, entre la administración reglada y el poder discrecional.

A este respecto, la antigua Corte Federal ha señalado expresamente que:

“los actos administrativos son de dos categorías: *discrecionales*, cuando la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, sin que ello quiera decir que se obra al arbitrio, eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto; y *reglados*, llamados también vinculados y obligatorios, cuando el funcionario no puede ejecutarlos sino con sujeción estricta a la ley, so pena de incurrir en incompetencia, exceso de poder o genéricamente, en ilegalidad o violación de la ley.”²

En este sentido, la diferencia entre estos dos tipos de actos administrativos estriba “en que en los reglados la ley establece si la autoridad administrativa ha de actuar, cuál es esa autoridad y cómo debe hacerlo, determinando las condiciones de la conducta administrativa en forma de no dejar margen a la elección del procedimiento; mientras que en los discrecionales, atendiendo a necesidades de la Administración Pública, la autoridad administrativa, en muchos casos, apreciará hechos pasados o consecuencias futuras, y para ello, dispondrá de cierta libertad de apreciación, sin que quiera significar esto que proceda *arbitrariamente*.”³

En esta forma entendida, ciertamente que la actividad discrecional de la administración es indispensable para que ésta pueda realizar sus fines de un modo cabal, porque la ley no puede prever y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en la sociedad. De ahí que, por lo general, se limite a determinar normas que fijan la competencia de los diversos órganos administrativos y deja a éstos una cierta *libertad de apreciación de los hechos*, para decidir u orientar su actuación.⁴

Pero sin embargo, debe señalarse que, en todo caso, el ejercicio de una actividad discrecional ha de encontrar su fundamento y su razón de ser en una ley. La discrecionalidad, ha dicho 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.”⁵ En este mismo

2 V. Sentencia de la Antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo “El Poder discrecional en la jurisprudencia administrativa venezolana,” *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 28, 1964, p. 187. Asimismo, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 1, 1953, p. 151.

3 V. Sentencia de la antigua Corte Federal de 26 de noviembre de 1959 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...” *loc. cit.*, p. 188. Asimismo, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 26, 1959, p. 125.

4 V. Sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...” *loc. cit.*, p. 189. Asimismo, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 22, 1958, p. 133.

5 V., Manuel Ballbe, “Derecho Administrativo” en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1949, p. 64 citado por M. F. Clavero Arevalo, “La doctrina de los Principios Generales del

sentido la jurisprudencia venezolana ha sostenido que el funcionario sólo tiene las facultades que la ley le señala expresamente, por lo que “nunca, en ninguna oportunidad, puede el funcionario ejercer atribuciones discrecionales, a menos que la ley se las conceda directa y categóricamente.”⁶ Por todo ello podría decirse que el primer límite del poder discrecional está en la ley que lo autoriza.

En todo caso, el poder discrecional que se da siempre que la ley otorgue a la autoridad administrativa la potestad de elegir entre varias decisiones conforme a su libre apreciación, se configura como un aspecto medular del derecho administrativo, al punto de llevar a Marcel Waline a afirmar que si fuera necesario dar de algún modo una definición de derecho administrativo, podríamos decir “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).”⁷

En efecto, el poder discrecional de las autoridades administrativas es la condición indispensable de toda buena y eficiente administración. Sin embargo, su limitación es asimismo indispensable para que el Estado no sea arbitrario, y para que los administrados no se encuentren expuestos al simple arbitrio de los gobernantes. Así, los dos términos del planteamiento: salvaguarda del poder administrativo por el reconocimiento del poder discrecional, y salvaguarda de los derechos de los administrados por la limitación de ese poder, deben conciliarse para que el Estado no se vuelva anárquico o arbitrario.⁸

La evolución que se ha experimentado en los últimos años en el derecho administrativo de casi todos los países, ha sido el de la reducción paulatina de las llamadas “inmunities de poder” donde se encuentra tradicionalmente inmerso, el poder discrecional;⁹ y precisamente en este campo del ejercicio del poder discrecional, este proceso por reducir o limitar las áreas de inmunidad de jurisdicción que tradicionalmente se le atribuyó, es quizá uno de los aspectos de mayor interés comparativo en materia contencioso-administrativa, y donde la labor de los jueces ha sido fundamental.¹⁰

Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico,” *Revista de Administración Pública*, N° 7, 1952, p. 89.

- 6 V., Sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Federal de 11 de agosto de 1949 en *Gaceta Forense*, 1ª etapa (Segunda Edición), Año I, N° 2, agosto 1949, p. 140.
- 7 M. Waline, “Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l’Administration,” *Etudes et documents*, Conseil d’Etat, N° 10, Paris, 1956, p. 25.
- 8 Cfr. Marcel Waline, “Etendue et limites...,” *loc. cit.*, p. 25; J. M. Hernández Ron, “La Potestad Administrativa discrecional,” *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Año VII, N° 35-36, 1947, p. 8.
- 9 V. el magnífico trabajo de Eduardo García de Enterría, “La lucha contra las inmunities de poder en el Derecho Administrativo” (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), *Revista de Administración Pública*, N° 38, 1962, pp. 159 a 205.
- 10 En relación a Venezuela, V. Allan R. Brewer-Carías, “Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas,” *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, N° 2, Caracas, 1965-1966, pp. 9-35.

Debe señalarse, en efecto, que esa evolución no ha sido ni ha podido ser la obra de puras y abstractas declaraciones legales, sino que la reducción del ámbito del poder discrecional a un control jurisdiccional efectivo, ha sido el resultado de todo un “vasto movimiento de lucha por el derecho”¹¹ en el que naturalmente, no es sólo responsable y ni siquiera primariamente el legislador; sino que en ella se destaca la obra de la *jurisprudencia*, en la cual se pueden distinguir dos fases que por sentido histórico –dada la amplitud que éste tenía en la doctrina hace algunos años– se han agrupado dentro de la expresión “control del poder discrecional.” Tal como lo señalara recientemente Alejandro Nieto, en “el inexorable progreso hacia la reducción de la discrecionalidad hay que distinguir dos fases completamente distintas: una, la de precisión o determinación de lo que no sea discrecional, y sobre lo que se extiende, como es lógico, la jurisdicción; y una segunda fase, la de control –en la medida de lo posible– de lo que sí es discrecional.”¹²

Visto esto, en relación a los límites del poder discrecional hay que distinguir entonces, primero, aquellas áreas del actuar administrativo que no configuran realmente ejercicio del poder discrecional (conceptos jurídicos indeterminados); segundo, los límites derivados de la vigencia del principio de la legalidad –control de lo que no es realmente discrecionalidad–; y tercero, los límites que constituyen la reducción de la discrecionalidad o de la “libertad de apreciación de los hechos”¹³ que caracteriza jurisprudencialmente al poder discrecional, y que son los límites derivados de la forma de apreciación de los hechos.

II. LA REDUCCIÓN DEL CÍRCULO DE LA DISCRECIONALIDAD: LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Debe señalarse, ante todo, que en la actividad administrativa han existido áreas del actuar administrativo que tradicionalmente se habían considerado que pertenecían al campo del ejercicio del poder discrecional, es decir, de la apreciación de la oportunidad de la actuación que corresponde exclusivamente a la autoridad administrativa, y que escapaban al control jurisdiccional. Sin embargo, ello ha sido objeto de un gran esfuerzo de reducción de la discrecionalidad adelantado por los juristas alemanes,¹⁴ que en España lo destacó inicialmente Eduardo García de Enterría,¹⁵ mediante la

11 E. García de Enterría, “La lucha...,” *loc. cit.*, p. 166.

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

13 V. sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...,” *loc. cit.*, p. 189. Asimismo en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 22, 1958, p. 133.

14 Cfr. Forsthoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 123 y ss.; Hans Klecatsky, “Reflexiones sobre el imperio de la ley, especialmente sobre el fundamento de la legalidad de la administración,” *RCIJ*, Vol. IV, N° 2, Verano de 1963, p. 237. V. las referencias en Fernando Sainz Moreno, *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, pp. 224 ss.

15 E. García de Enterría. “La lucha contra...,” *loc. cit.*, p. 171.

identificación de los denominados “conceptos jurídicos indeterminados” o “naciones jurídicas imprecisas,” y que la doctrina italiana ha calificado como “discrecionalidad técnica.”¹⁶

En efecto, partiendo del principio de la legalidad y de que la ley regula en todo caso la actividad administrativa, tal regulación puede hacerse de una manera más o menos indeterminada, por ejemplo, cuando se utilizan expresiones como justo precio, urgencia, etc.; pero ello por supuesto no implica el otorgamiento de potestad discrecional alguna a la Administración.

Esta tendencia a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, por otra parte, se ha extendido ampliamente caracterizando buena parte de la legislación contemporánea como se puede apreciar, por ejemplo de la dictada en Venezuela los últimos y recientes años, donde se ha venido utilizando en forma indiscriminada multitud de conceptos jurídicos indeterminados, lo que podría originar como apariencia, una supuesta ampliación del poder discrecional de los funcionarios llamados a aplicarlas.

Un ejemplo reciente, muy poco conocido por lo demás, es el caso de la nueva *Ley sobre Nacionalidad y Ciudadanía* de 2004, que entró en vigencia el 1º de enero de 2005,¹⁷ en cuyo artículo 52 se estableció, en una forma evidentemente inconstitucional, que el ejercicio de la ciudadanía puede suspenderse, además de por la inhabilitación política o la interdicción civil, que son las únicas causas establecidas en la Constitución, entre otras “causales,” por ejemplo, por la aceptación de “honorés” de otro Estado, o por “la ofensa a los símbolos patrios.”

Aparte de que estas “otras causales” de suspensión de la ciudadanía, es decir, de suspensión del ejercicio de los derechos políticos de los venezolanos son evidentemente inconstitucionales, pues establecen restricciones a los derechos de los venezolanos y a la ciudadanía no autorizadas en la Constitución, el problema es determinar en los otros casos qué significa aceptar “honorés” de otro Estado. Por ejemplo, ¿a quién se le confiera la orden de Caballero de la Legión de Honor por el Estado francés, por los aportes a la cultura universal, estaría incurso en esta causal? ¿Es eso aceptar “honorés” de otro Estado”? Peor aún, ¿qué es o puede ser eso de “ofensa a los símbolos patrios”? ¿Usar una chaqueta con los colores de la bandera nacional en una fiesta o un mitin político podría ser tal ofensa?

Otra ley de relativa reciente sanción fue la *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia* de 2004,¹⁸ en la cual, también en una forma evidentemente inconstitucional, a la posibilidad de remoción de Magistrados de dicho Tribunal por decisión de la Asamblea Nacional por mayoría calificada como lo exige la Constitución (art. 265), se agregó la posibilidad de remoción de dichos Magistrados por mayoría simple (art. 23, 4) mediante “la anulación del acto administrativo” de la Asamblea de su nombramiento, en los casos en los cuales “la actitud pública” de los Magistrados “atente contra la majestad o

16 V. por ejemplo Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1964 pp. 573 ss.; Pietro Virga, *Il Provvedimento Amministrativo*, Milano, 1972, pp. 27 ss.

17 *Gaceta Oficial* N° 37.971 del 1 de julio de 2004.

18 *Gaceta Oficial* N° 37.942 del 19 de mayo de 2004.

prestigio del Tribunal Supremo, de sus Salas o de los Magistrados;" o cuando atente contra el funcionamiento del Tribunal Supremo, de alguna de sus Salas o del Poder Judicial." Quedó así, a la merced de la mayoría política de la Asamblea la remoción de los Magistrados del Tribunal Supremo por estas causales basadas precisamente en conceptos jurídicos indeterminados.

Pero una de las leyes de mayor interés reciente en la materia, ha sido la *Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión*, también de 2004,¹⁹ la cual, conforme a su artículo1, tiene:

"por objeto establecer, en la difusión y recepción de mensajes, la responsabilidad social de los prestadores de los servicios de radio y televisión, los anunciantes, los productores nacionales independientes y los usuarios y usuarias, para fomentar el equilibrio democrático entre sus deberes, derechos e intereses a los fines de promover la justicia social y de contribuir con la formación de la ciudadanía, la democracia, la paz, los derechos humanos, la cultura, la educación, la salud y el desarrollo social y económico de la Nación, de conformidad con las normas y principios constitucionales de la legislación para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, la cultura, la educación, la seguridad social, la libre competencia y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones."

Esta Ley se caracteriza, entre otros aspectos, precisamente por la amplia utilización de conceptos jurídicos indeterminados, particularmente a los efectos de la imposición de sanciones, lo que sin duda pueden dificultar su aplicación; destacándose, por ejemplo, las referencias a imágenes que "tengan un carácter soez" (art. 6); imágenes que "tengan carácter obsceno, que constituyan imprecaciones" (art. 6); "mensajes que atenten contra la formación integral de los niños" (arts. 7.28); "mensajes que tengan por objeto impedir o dificultar a los usuarios percibirlos conscientemente"; "mensajes que inciten al incumplimiento del ordenamiento jurídico vigente" (art. 28); "mensajes que inciten a alteraciones del orden público" (art. 29); o que empleen "técnicas amarillistas." ¿En qué consisten en definitiva estas expresiones?

Se trata, como se dijo, de conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular, no nos la resuelve o determina con exactitud la propia ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata.²⁰ Sin embargo, lo que queda claro es que si bien tradicionalmente se admitía que la calificación de los hechos en estos casos indeterminados encajaba dentro de la discrecionalidad,²¹ con la nueva técnica de los conceptos jurídicos indeterminados se ha reducido nuevamente la discrecionalidad y se le ha establecido un nuevo límite.

La Administración es libre de elegir entre varias posibilidades, de manera que cualquier solución que adopte dentro de ellas es, en principio, jurídicamente irreprochable. Cuando la ley dispone, por ejemplo, que la

19 *Gaceta Oficial* N° 38.081 del 7 de diciembre de 2004.

20 *Cfr.* E. García de Enterría, "La lucha contra..." *loc. cit.*, p. 171; A. Nieto, "Reducción Jurisdiccional..." *loc. cit.*, p. 154.

21 V. M. Stassinopoulos, *op. cit.*, pp. 185 y ss.

Administración podrá adoptar las medidas que estime necesarias para el logro de un fin determinado (enumerando, incluso, las diversas medidas admisibles), según su apreciación de la oportunidad y conveniencia de la acción, cualquier decisión que se adopte puede considerarse como jurídicamente aceptable. Así, por ejemplo, en materia sanitaria, si la ley le atribuye a la Administración competencia para tomar medidas para prevenir la propagación de una enfermedad, pudiendo decidir, por ejemplo, una la cuarentena, la vacunación obligatoria o el aislamiento de los enfermos, según su apreciación de la gravedad de la situación, cualquiera de la medida que se adopte dentro de los criterios de logicidad, razonabilidad, proporcionalidad, es aceptable.

En cambio, en el supuesto de los conceptos jurídicos indeterminados, la decisión que adopte la Administración solo puede ser una. Por ejemplo, en los casos de inmuebles en ruina. Cuando la Administración, por ejemplo, tiene competencia para adoptar determinadas medidas para proteger a la ciudadanía ante las edificaciones que puedan encontrarse en estado de ruina, la elección de las medidas no es libre, pues en este caso, se trata de la aplicación de la ley a un caso concreto, que admite sólo una solución justa.

Por ejemplo, la Ordenanza sobre Arquitectura, Urbanismo y Construcciones en general del Distrito Federal establece la necesidad de demoler o modificar, según el caso, las edificaciones que “amenacen o se encuentren en ruina,” lo que configura un concepto jurídico indeterminado. Ante una edificación determinada no cabe más que una sola solución justa: la edificación se encuentra en ruina o no. Esta determinación, es claro, no puede ser objeto de una facultad discrecional.²²

Existe además, otra diferencia entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados.²³ En la discrecionalidad la operación que debe realizar la administración es de naturaleza *volitiva*; así, sucede cuando la ley faculta a la administración para tomar una medida dentro de un límite máximo y mínimo claramente determinado.²⁴ En cambio, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la operación que realiza la administración es de naturaleza *intelectiva*: la administración *crea, juzga* que la edificación amenaza ruina. Tal distinción provoca efectos importantes: mientras en el primer caso no hay posibilidad de controlar esa voluntad puesto que la ley la ha atribuido expresamente, en el segundo caso siempre cabe la posibilidad de que la administración se haya equivocado en su juicio, y tal error puede ser controlado y corregido por los tribunales.²⁵

Como lo han indicado Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández,

“... la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una

22 Cfr. E. García de Enterría, “La lucha contra...,” *loc. cit.*, p. 174.

23 V. Alejandro Nieto. “Reducción jurisdiccional...” *loc. cit.*, p. 154.

24 V. sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 12 de diciembre de 1963 en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, N° 27.344 de 13 de enero de 1964.

25 Alejandro Nieto. “Reducción jurisdiccional...” *loc. cit.*, pp. 154-155.

categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional.

“... Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la Ley permite...”²⁶

De ese criterio de Enterría y Fernández, surge entonces otra diferencia entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados,²⁷ y es que en la discrecionalidad, la operación que debe realizar la Administración es siempre de naturaleza *volitiva*; como sucede, por ejemplo, cuando la ley faculta a la Administración para tomar una medida dentro de un límite máximo y mínimo claramente determinado, según la gravedad de la falta.²⁸

En cambio, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la operación que realiza la Administración es de naturaleza *intelectiva*: la administración cree, juzga, estima, aprecia que la edificación, por ejemplo, amenaza ruina.

Esta distinción provoca efectos importantes: mientras en el caso de la discrecionalidad no hay posibilidad de controlar esa voluntad puesto que la ley se la atribuye expresamente, dejando a salvo, sin embargo los límites de la logicidad, razonabilidad, justicia y proporcionalidad; en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, siempre cabe la posibilidad de que la Administración se haya equivocado en su juicio, y tal error es el que precisamente puede ser controlado y corregido por los tribunales contencioso administrativos.²⁹

El tema se ha considerado en la jurisprudencia venezolana desde hace más de 20 años. La primera decisión que se adoptó en la materia, fue la sentencia líder dictada por la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, de 19 de mayo de 1983 (Caso: *RCTV- Programa Hola Juventud*), en la cual el problema se planteó en sus justos términos, en relación, precisamente, con transmisiones de Televisión.³⁰

26 *Curso de derecho administrativo*, Madrid. Ed. Civitas. 1998. Tomo I. p. 450

27 *Vid.* Alejandro Nieto, “Reducción jurisdiccional...” *loc. cit.*, p. 154

28 *Vid.* sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 12 de diciembre de 1963 en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, N° 27.344 de 13 de enero de 1964.

29 Alejandro Nieto. “Reducción jurisdiccional. . .” *loc. cit.*, pp. 154-155.

30 *Vid.* sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de 19 de mayo de 1983, en *Revista de Derecho Público*, núm. 34, Caracas, 1988, p. 69.

Conforme al Reglamento para las transmisiones por las estaciones de Radiodifusión Audiovisual (Televisoras), de 1980, se establecía que dichas estaciones, entre los programas que pueden transmitir, están “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 de Transporte y Comunicaciones, mediante Resolución, consideró que en el programa denominado “Hola Juventud” transmitido por Radio Caracas Televisión, en una fecha determinada, “se proyectó una escena de una obra de teatro en la cual se ofende la moral pública, por cuanto apareció la figura de un hombre desprovisto de vestimenta,” razón por la cual sancionó a la empresa con suspensión del programa referido, por un día.

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

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

La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración Pública constituye una actividad reglada y por consiguiente, sujeta al control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente. De allí la importancia que tiene establecer la significación y alcance del concepto *moral pública* empleada por la norma y que ha sido invocada como fundamento de la Resolución impugnada.”³¹

31 *Idem*. 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.

Con base en esas premisas, la Corte Suprema de Justicia analizó el concepto de moral pública, como concepto dinámico, destinado a proteger el buen orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos (y no atinente a la moral individual), y que por tanto “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 Corte–, menester es atenerse al criterio dominante en el medio social en que aquélla se realizó,” concluyendo que “En el estado actual de la evolución cultural de Venezuela, sería inexacto sostener que toda manifestación del cuerpo humano desprovisto de vestimenta afecte a la moral pública o constituya objeto de escándalo o de repudio por parte de la colectividad.”³²

Conforme a esta jurisprudencia, se consolidó en Venezuela la distinción entre lo que es el ejercicio del poder discrecional y lo que no es discrecionalidad, basado en la noción de los conceptos jurídicos indeterminados, como reducción efectiva del ámbito de la libertad de apreciación de la Administración, y la consecuente ampliación de los poderes de control jurisdiccional.

Así, entonces, la discrecionalidad sólo existe cuando la Administración puede elegir 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 decisión es jurídicamente admisible.³³

En consecuencia, lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; es decir, o hay utilidad pública, o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o una actuación es contraria a las buenas costumbres, o no lo es;³⁴; o el precio que se señala en

32 *Idem.* La Corte, en su sentencia, continuó su argumentación: así: “En todo acto que supuestamente sea susceptible de afectar la moral, nuestra sociedad, toma hoy muy en cuenta la intención o el propósito que lo anima así como su forma de expresión. Tiene suficiente criterio para distinguir entre una imagen pornográfica sin duda torpe, despreciable y repudiable– la representación del cuerpo humano desnudo como creación artística o con una finalidad científica o por un requerimiento docente.” “La Sociedad Venezolana actual admite como permisible la exhibición del cuerpo humano desnudo no sólo en los museos de arte o de ciencia, en la pintura y en la escultura, sino igualmente en revistas y otras publicaciones especializadas o de información general, así: como en las proyecciones cinematográficas y en las creaciones teatrales.” “Se trata de hechos y aptitudes públicas y notorias que no exigen demostración especial, porque pertenecen a la experiencia diaria de la colectividad nacional.”

33 V. F. Sainz Moreno, *op. cit.*, p. 234.

34 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 3742 de fecha 22-01-2003, al analizar los conceptos de “orden público” y “buenas costumbres” para resolver sobre la caducidad o no de una acción de amparo, hizo los siguientes razonamientos: “Ahora bien, como ello no basta para declarar la caducidad de la acción interpuesta, debe verificarse la naturaleza de las infracciones denunciadas, particularmente, si las mismas atañen a la noción de orden público o lesionan las buenas costumbres, en cuyo caso debe estimarse que la caducidad se excepciona (vid. stc. n° 150/2000).” “Con miras a ello, debe apuntarse que ambas nociones: *orden público* y *buenas costumbres*, constituyen conceptos jurídicos indeterminados que adquieren significación práctica cuando el sentenciador vacía su contenido frente al caso concreto. La Sala ha entendido que, en materia de amparo,

la expropiación, por ejemplo, es justo o no lo es; o se ofende a la moral pública o no se la ofende; o existe un interés superior del niño³⁵ o no existe. No hay una tercera posibilidad. *Testium non datur*.

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 puntualiza García de Enterría, “hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta.” Por ello califica el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados como un “proceso reglado,” porque no admite más que una solución justa: “es un proceso de aplicación a interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado; no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas.”³⁶

Así lo ha puntualizado el Tribunal Supremo de España al calificar el concepto de “justo precio” como un concepto jurídico indeterminado, indicando que sólo puede conducir a que el precio que se determine en una expropiación deba ser real y efectivamente “el verdadero y justo valor,” en sentencia de 28-4-1964, en lo que puede considerarse la decisión judicial pionera en este campo en el mundo de habla hispana, donde señaló:

las infracciones al orden público o a las buenas costumbres son producto de actuaciones u omisiones que impliquen un total desconocimiento por parte del agente lesivo, del núcleo esencial de los derechos fundamentales que invisten al justiciable, cuyos efectos sean de tal entidad, que resulte lesionada la sociedad en general o parte de ella. “De allí, que el consentimiento de esta clase de lesiones impida el nacimiento de la caducidad prevenida en el artículo 6 de Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pues de aceptarse la infracción podría generarse un caos social (vid. stc. n.º 1167/2001). Contrario sensu, cuando la lesión denunciada afecta la sola esfera de intereses particulares de quien se erige como agraviado, nada impide que opere la caducidad, si éste no ejerciere en tiempo oportuno esta acción de tutela de sus derechos fundamentales.”.

35 En la sentencia de la Sala Constitucional N.º 1917 de 14-07-2003, al referirse al concepto indeterminado “interés superior del Niño, se dispuso lo siguiente: “El “interés superior del niño,” en tanto concepto jurídico indeterminado, tiene por objetivo principal el que se proteja de forma integral al niño por su falta de madurez física y mental, pues requiere protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. A título ejemplificativo, el niño debe ser protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares. “El concepto jurídico indeterminado “interés superior” del niño se conecta con uno de los principios de carácter excepcional, junto al de cooperación de la colectividad hacia metas de integración, que tipifica el Derecho de Menores y le diferencian de las restantes ramas de la Ciencia del Derecho, cual es el principio eminentemente tuitivo, en el que reside la esencia misma de su existir (Mendizábal Oses, L. *Derecho de menores*. Teoría general. Madrid. Ed. Pirámide. 1977. p. 49). “Por ello, el “interés superior del niño” previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente viene a excluir y no a limitar la libertad individual de establecer y perseguir fines individuales, pues cuando se trata de la protección y cuidado de los niños se persiguen fines que van más allá de los personales. Así, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el del niño, porque a las necesidades de éste subviene la tutela jurídica con la cual se obtiene el fin superior de la comunidad social.”

36 V. E. García de Enterría, *op. cit.*, pp. 35, 37 y 38.

“las facultades discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprometida dentro de la norma la solución concreta; mientras que el concepto jurídico indeterminado (ruina, precio justo, utilidad pública etc.) es configurado por la Ley como un supuesto concreto de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho.”³⁷

Pero en Venezuela, además de la mencionada sentencia de 1983 del Caso: *Hola Juventud*, en otra sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2127 de fecha 9-10-2001, también se ha tratado el tema de los conceptos jurídicos indeterminados y de la discrecionalidad administrativa, en este caso, con ocasión de decidir la impugnación de un acto administrativo de revocación de una visa de ingreso dada a un extranjero, por razones de “interés general,” típico concepto jurídico indeterminado. La Sala, en ese caso, declaró sin lugar la impugnación, siguiendo los siguientes razonamientos:

La Sala consideró que “el acto revocatorio de la visa cuando está soportado en razones de interés público, es un acto de naturaleza administrativa, que colinda entre los denominados actos administrativos soportados en la potestad discrecional y los actos administrativos cuyo sustrato es un concepto jurídico indeterminado. Es decir, -dijo la Sala- tiene una mixtura por tener propiedades de ambos, y allí discurre.” Por eso, precisó la Sala- “su particularidad y distinción con el común de los actos administrativos.”

En cuanto al fondo del asunto, la Sala distinguió:

la potestad discrecional [es decir], facultad que otorga la Ley a la Autoridad Administrativa para escoger entre varias soluciones igualmente autorizadas *ex lege* en un caso concreto (donde en más de las veces será por razones de oportunidad que se tome o no la decisión); y los actos que atienden a conceptos jurídicos indeterminados...que sólo admiten una justa solución, es decir, que el ordenamiento jurídico sólo permite o autoriza una específica resolución con absoluta exclusión de otras.”

En el caso concreto, la Sala precisó en materia de revocación de visas, “en una primera fase (la de los conceptos jurídicos indeterminados) la Administración tendrá que evaluar si el interés público se encuentra o no negativamente comprometido, es decir, si se revela una situación que atenta contra dicho interés” en cuyo caso, “tendrá que ponderar los elementos de juicio que se le presentan con la debida racionalidad”

Pero cuando queda de manifiesto una situación trasgresora del interés público, entonces, señaló la Sala,

“se pasa a la segunda fase, donde la Administración con su arbitrio dispondrá o no la pertinencia de la revocatoria de la visa, a su entera discreción. Y sin lugar a dudas en el marco de la norma tal

37 V. la referencia en F. Sainz Moreno, *op. cit.*, p. 273.

ejercicio es potestativo, ya que bien puede escoger por no revocar la Visa y así permitir la permanencia legal del ciudadano de que se trate, sin perjuicio que los hechos violentadores del orden jurídico pueda comportar para él transgresor sanciones de otra índole (verbigracia, penas privativas de libertad por estar incurso en hechos penalmente sancionables).

En la primera de las fases mencionadas, concluyó la Sala, “no hay discrecionalidad alguna, sino una racional evaluación de si el interés público se encuentra o no comprometido”; en cambio, “en la segunda fase, si existe un alto margen de discrecionalidad (revocar o no la visa).”

En otra sentencia, más antigua, la N° 396 de 01-08-1991, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia (Caso: *RCTV vs. Ministerio de Transporte y Comunicaciones*), resolvió otra impugnación contra un acto administrativo del antiguo Ministerio de Transporte y Comunicaciones, que también había suspendido una edición de un programa de televisión denominado “*La Escuelita*,” por considerar que el mismo incitaba a la indisciplina, declarando, también en este caso, sin lugar dicha impugnación.

Para decidir la Sala se refirió a los diversos conceptos jurídicos indeterminados establecidos en la normativa entonces vigente para los programas de televisión (artículos 11 de la Ley Orgánica de Educación, 53 y 62 del Reglamento de Radiocomunicaciones y 20 – ordinal 50 – de la Ley Tutelar del Menor), en particular los conceptos: “contrario a la moral pública o a las buenas costumbres,” “incitación a la indisciplina,” “relatos de hechos poco edificantes,” “presentación de una imagen degradante e irrespetuosa de la institución educativa”; haciendo las siguientes consideraciones:

“La presencia de un concepto jurídico indeterminado en el supuesto de hecho de una norma atributiva de competencia, ciertamente no concede *per se* discrecionalidad alguna a la autoridad administrativa, pues – como lo ha dejado establecido ya esta Corte – la discrecionalidad se define como el arbitrio de elegir entre dos o más soluciones justas, mientras que el concepto jurídico indeterminado exige que, a la luz de una situación concreta, se indague su significado hasta dar con la única solución justa, de modo que si el órgano competente se apartara de ésta incurriría en violación de la ley y sería nula o, al menos, anulable su decisión (sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 5 de mayo de 1983, citada).”

Dicho esto, en el caso concreto, la Sala advirtió que el recurrente había incurrido en una contradicción, “al alegar violación de los límites de la discrecionalidad y, al mismo tiempo [alegar], que la “contrariedad a la moral pública” es un concepto jurídico indeterminado” en el cual no sería subsumible el supuesto de hecho que habría motivado la suspensión del número “*La Escuelita*”; y estableció lo siguiente:

“ a) El concepto “contrariedad a la moral pública,” si bien – según declaró la Sala en la sentencia antes citada – es cambiante, de acuerdo con las condiciones culturales del pueblo, no lo es hasta

el punto de no tener ninguna sustantividad, ni puede considerarse al público como el “juez idóneo” para determinar su contenido. En efecto, si no tuviera ninguna sustantividad, tampoco tendría sentido alguno su consagración legislativa; y si su contenido debiera establecerse según el criterio de la “opinión pública” tampoco sería razonable que una autoridad (la policía de espectáculos) velara porque los medios de comunicación social no incurrieran en él, pues la “opinión pública” es fácilmente manipulable, a corto o a largo plazo, aun por los propios medios de comunicación. Por esto último, bien dispone el Código de Ética de la Televisión Venezolana que el criterio que ha de considerar el juez para establecer tal concepto es el de un “sector *responsable*” de la comunidad (artículo 35), y no cualquiera.”

Partiendo de estos razonamientos, la Sala señaló que no tenían “demasiada relevancia los argumentos de la actora sobre la “finalidad jocosa” del número suspendido, ni sobre la ausencia de “escándalo público” causado por el mismo, agregando lo siguiente:

“un programa, en efecto, con “finalidad jocosa” puede traspasar los límites exigidos por la moral pública, las buenas costumbres o el respeto a la institución educativa o a la dignidad de la persona o a la disciplina escolar, etc.; y, por otra parte, el “escándalo público,” entendido como manifestaciones callejeras, o protestas similares, no se exige para que se configure alguno de los conceptos jurídicos indeterminados que comentamos. Basta que a un sector “sustancial y *responsable*” de la comunidad pueda parecer objetable, lo cual es una medida que se deja a la prudencia del funcionario administrativo o del juez, para la determinación de los conceptos, similar a la que en Derecho Civil se usa para calificar la culpa (“buen padre de familia”); para que, en consecuencia, no resulte “arbitraria,” aunque – como queda dicho – sea “prudencial.”

El tema básico en discusión, en todo caso, incidía en el análisis de los conceptos invocados por la Resolución impugnada para ordenar la suspensión del programa, tales como “relatos de hechos poco edificantes” o “incitación a la indisciplina,” “patético” “sensación,” “sombrio.” La Sala constató que en dicho programa de “La Escuelita,” resultaba un hecho no discutido, que era que una maestra amenazaba con armas de fuego (aun cuando era de juguete), y con objetos contundentes a sus alumnos, en un salón de clases, mientras éstos hacían alusiones políticas en forma burlona. De ello observó la Sala, para declarar sin lugar el recurso de nulidad, que ciertamente:

“de tales hechos no se desprende que el número [del programa] objeto de la medida de suspensión definitiva fuera de los que producen terror en los niños, ni de los que incitan a la deformación del lenguaje ni al irrespeto a la dignidad personal ni al odio ni a la violencia. En cambio, sí incitaba –estima la Corte– a la indisciplina y presentaba una imagen degradante e irrespetuosa de la institución educativa, sin que sea óbice para ello la naturaleza jocosa del número, pues bien pueden ejecutarse guiones cómicos

sin necesidad de agredir la imagen de la institución y, en general, respetando la moral pública, las buenas costumbres, la disciplina y los demás conceptos por los que debe velar la policía de espectáculos.”

Como se puede apreciar de estos precedentes jurisprudenciales, el tema de los conceptos jurídicos indeterminados en relación con las regulaciones relativas a los programas de radio y televisión no es nuevo. Se ha planteado y con la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, sin duda, se seguirá planteando.

El tema, en todo caso, también se ha planteado en otras latitudes, además de España, como en Italia, con base en la distinción entre “discrecionalidad administrativa” y “discrecionalidad técnica.” La discrecionalidad administrativa, así: se ha definido “como la facultad de escogencia entre comportamientos jurídicamente lícitos, para la satisfacción del interés público, y para la consecución de un fin que se corresponda con la causa del poder ejercido;”³⁸ en cambio en la “discrecionalidad técnica” no existe escogencia; como lo ha destacado Sandulli, en la discrecionalidad técnica “la escogencia del comportamiento a seguir, tomando en cuenta los intereses públicos, ya fue realizada a priori (de una vez y para siempre) de manera vinculante, por el Legislador,” por lo que a la Administración sólo le queda realizar una valoración sobre la base de conocimientos (y por lo tanto, de reglas) técnicos, como son aquellos de la medicina, de la ética, de la economía..., como es el caso, por ejemplo, del valor económico de un bien.³⁹ La “discrecionalidad técnica” por tanto, no es discrecionalidad, derivando su denominación de un error histórico de la doctrina, como lo ha destacado Massimo Severo Giannini.⁴⁰

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 si ejerciera contralor de legalidad” (art. 16).

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 que la doctrina y jurisprudencia alemana, española y latinoamericana denominan de los conceptos jurídicos indeterminados, en el desarrollo del control jurisdiccional en cuanto a la calificación de los hechos y en la apreciación de los motivos de los actos administrativos, pero sin dejar de considerar que se trata de ejercicio de potestades discrecionales.⁴¹

38 V. P. Virga *op. cit.*, p. 19.

39 V. Aldo M. Sandulli, *op. cit.*, p. 574.

40 V. Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Vol. I, Milán, 1970, p. 488.

41 V. 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. 531-549.

El primer *arrêt* del Consejo de Estado que se dictó en estos aspectos fue el *arrêt Gomel* de 4-4-1914,⁴² en el cual se consideró el poder de un Prefecto, conforme a la Ley de 13 de julio de 1911, para negar el otorgamiento de un permiso de construcción en el caso de que en determinadas áreas urbanas de París, el alineamiento y el nivel de la construcción proyectada con la vía pública no se encontrase acorde a las prescripciones que le fueron hechas en interés de la seguridad pública, de la salubridad, así como de la conservación de perspectivas monumentales y del sitio." El Consejo de Estado, en su decisión, a requerimiento del Sr. Gomel entró a apreciar si la construcción atentaba contra "la perspectiva monumental existente" como había sido considerado en la decisión recurrida, concluyendo que en el caso concreto de la plaza Beauveau de París, en la cual se proyectaba la construcción, como podría ser observada en su conjunto como formando una perspectiva monumental" por lo que consideró que el Prefecto, al rehusarse a conceder el permiso de construcción, había hecho una falsa aplicación de la Ley.

Este *arrêt* se ha considerado como el punto de partida de una abundante jurisprudencia relativa al control, por el juez de exceso de poder, de la calificación jurídica de los hechos, en el sentido de que cada vez que un texto subordine el ejercicio de un poder de la Administración a la existencia de ciertas circunstancias de hecho, el juez de exceso de poder verifica si estas condiciones de hecho están efectivamente cumplidas, y, particularmente, si los hechos presentan un carácter de tal índole que justifican la decisión tomada.⁴³ Es así que el juez de exceso de poder ha controlado de una manera constante el carácter artístico y pintoresco de monumentos y ciudades (CE 2 mai 1975, *Dame Ebri et autres*, Rec. 280, AJ 1975, 311 concl. G. Guillaume); el carácter técnico de un cuerpo de funcionarios (CE 27 juin 1955, *Deleuze*, Rec. 296; A. J. 1955, II, 275, concl. Laurent); el carácter fáctico del acto de un agente público, (CE 13 mars 1953, *Teissier*, Rec. 133 concl. Donnedieu de Vabres); el carácter licencioso o pornográfico de una publicación (CE 5 déc 1956, *Thibault*, Rec. 463; D. 1957, 20, concl. Mosset); o el carácter inmoral de un film (CE 18 déc 1959, *Société Les Films Lutetia*, Rec. 693, concl. Mayras).⁴⁴

En este último caso, se trató de una decisión dictada por el Alcalde de Niza, conforme a la Ley Municipal, de prohibir en el territorio del Municipio la representación de un film (*Le feu dans le peau*), que aún cuando tenga la autorización ministerial de explotación, se consideró que su proyección era perjudicial al orden público, "por razón del carácter inmoral" de dicho film. El Consejo de Estado estimó que el Alcalde podía tomar la decisión, habiendo sido correcta la precisión del concepto jurídico indeterminado del "carácter inmoral" del film.⁴⁵ En otros casos similares, el Consejo de Estado examinó si esta inmoralidad era de naturaleza tal como para justificar legalmente la prohibición, teniendo en cuenta las circunstancias locales (CE 14 oct 1960, *Société Les films Marceau*, Rec. 533, y 23 déc 1960, *Union générale*

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

43 V. Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 125.

44 *Idem*, p. 125.

45 *Ibid*, *op. cit.*, pp. 490-493.

cinematographique, Rec. 731), anulando la prohibición, de proyectar en Niza el film *La neige était sale* y rechazando el recurso contra la prohibición de proyectar en la misma ciudad el film *Avant le déluge*.⁴⁶ Se trató, en todo caso, de supuestos de control de la calificación jurídica de los hechos por el juez de exceso de poder, o si se quiere, de la precisión por la Administración de conceptos jurídicos indeterminados, que no configuran ejercicio de poder discrecional.

Pero más recientemente, esta reducción del ámbito de la discrecionalidad también se ha producido en Francia, a través del denominado control jurisdiccional del “error manifiesto de apreciación” y de la aplicación por el juez de exceso de poder, del principio del “balance-costo-beneficios” en materia de ejercicio del poder discrecional; casos en los cuales, en nuestro criterio, en muchos supuestos, no son más que reducción de la discrecionalidad por entrar en juego la aplicación de lo que se ha denominado la técnica de conceptos jurídicos indeterminados.

El principio del “error manifiesto de apreciación” como mecanismo de control de la discrecionalidad se aplica en forma destacada en el *arrêt Société anonyme Libraire François Maspero*, de 2 nov 1973 (Rec. 611, concl. Braibant),⁴⁷ 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*, editada en Cuba, adoptado en virtud de una Ley que lo autorizaba para prohibir la circulación distribución y venta de revistas y periódicos de proveniencia extranjera; que en virtud de que la decisión no estaba fundada sobre hechos materiales inexactos, “dado que la misma no está viciada de error manifiesto, la apreciación a la cual se avocó el Ministro del Interior del peligro que representaba la revista para el orden público, no puede ser discutida en la jurisdicción administrativa.”⁴⁸

Se observa de esta decisión, que en realidad, a pesar de tratarse de un concepto jurídico indeterminado en el sentido que hemos analizado precedentemente, el Consejo de Estado estimó que estaba en presencia del ejercicio de un poder discrecional de apreciación por la Administración, el cual sin embargo, sólo podía ser juzgado si el Ministro hubiera incurrido en error manifiesto de apreciación. En sentido similar la doctrina ha considerado que en estos casos en los cuales

“el legislador no ha fijado las condiciones bajo las cuales se debe ejercer la actividad administrativa o bien las ha fijado de manera general e imprecisa,” activándose el poder discrecional de la Administración, no puede el juez, bajo esta hipótesis, controlar la calificación jurídica de los hechos, sino solamente la legalidad de la motivación de la decisión. En estos casos, como en el *arrêt Maspero*, si bien el juez ha sido conducido a someter a la Administración, a un control mínimo en cuanto a la apreciación de los hechos realizada por ella: “de hecho el juez no se pronuncia sobre la apreciación como

46 *Ibid*, p. 493.

47 *Ibid*, *op. cit.*, pp. 575 ss.

48 *Ibid*, p. 576.

tal, sino sobre el error que ha podido viciar esta apreciación cuando este error es evidente, al poder ser descubierto por simple sentido común, cuando se trate de un error manifiesto que desnaturalice la interpretación que hace la Administración de la extensión de su poder discrecional.”⁴⁹

No tenemos dudas en considerar que el aporte del criterio del “error manifiesto de apreciación es fundamental para la limitación y control al poder discrecional, conforme al principio de la razonabilidad o racionalidad que analizaremos más adelante, pero aplicado, por supuesto, a casos en los cuales se trate de 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 se trataba de juzgar si la revista prohibida presentaba peligro para el orden público, de manera de justificar la prohibición de circulación, en realidad, bajo el ángulo de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, el Ministro del Interior, no ejercía poderes discrecionales sino que sólo podía tomar una decisión justa: o la revista presentaba o no presentaba peligro para el orden público al momento en el cual se dictó la decisión y esa decisión configuraba, por tanto, el ejercicio de una competencia reglada. Esto ya lo había apuntado en la doctrina francesa André De Laubadère, cuando se refirió a los casos de apariencia de control del poder discrecional; precisamente referido a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en los cuales “el juez administrativo, contribuyendo así con el legislador a determinar en qué casos hay poder reglado, transformándose entonces una competencia aparentemente discrecional en una competencia reglada,”⁵⁰ 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.⁵¹

Otro principio destacado por la jurisprudencia francesa relativo al control jurisdiccional del poder discrecional, o más propiamente, mediante el cual se tiende a descubrir competencias regladas en lo que aparentemente es el ejercicio de poderes discrecionales, es el conocido como el principio del “balance-costo-beneficio,”⁵² 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 sitúa en el *arrêt* denominado *Ville Nouvelle Est* adoptado por el Consejo de Estado el 28 de mayo de 1971,⁵³ con motivo de la impugnación, por ilegalidad, del acto administrativo del Ministro del Equipamiento y Vivienda que declaro

49 *Ibid., cit.*, p. 580.

50 V. A. De Laubadère, *loc. cit.*, p. 535.

51 *Idem.*

52 V. Jeanne Lemasurier, “Vers un nouveau principe général du droit. Le principe ‘bilan-cout-avantages’,” *Melanges offerts a Marcel Waline*, Paris, 1974, T. II, pp. 551-562.

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

de utilidad pública un proyecto de desarrollo y renovación urbana al este de Lille destinado a configurar, tanto una ciudad universitaria como una Nueva Ciudad. Con motivo de la impugnación de la decisión, entre otros motivos, se denunció que la destrucción de un centenar de viviendas que podía evitarse si se disponía de un proyecto distinto al de una autopista, constituía un costo demasiado elevado para la operación proyectada que le quitaba el carácter de utilidad pública a la misma. El Consejo de Estado, al juzgar “la utilidad pública de la operación” y considerar que el proyecto si tenía carácter de tal, estimó:

“que una operación no podría ser legalmente declarada de utilidad pública sino cuando los atentados a la propiedad privada, el costo financiero, y eventualmente los inconvenientes de orden social que ella comporta, no son excesivos en relación al interés que ella presenta.”⁵⁴

Hasta ese momento, el Consejo de Estado había controlado la finalidad de utilidad pública de determinados proyectos, verificando si la operación correspondía en sí misma a un fin de utilidad pública, pero se había rehusado a examinar el contenido concreto del proyecto, es decir, la escogencia de las parcelas a expropiar. Con el *arrêt Ville Nouvelle Est*, a propuesta de G. Braibant, el Consejo de Estado asumió la tareas de decidir y de apreciar, en cada caso, la utilidad pública de un proyecto, habida cuenta del balance de las ventajas e inconvenientes de la operación y apreciando no sólo el costo financiero de la misma sino también su costo social.⁵⁵ 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.”⁵⁶

En el mismo sentido del *arrêt Ville Nouvelle Est*, el Consejo de Estado se pronunció en el *arrêt Soc. Civile Sainte-Marie de l'Assomption* de 20 de octubre de 1972,⁵⁷ al juzgar sobre la utilidad pública del proyecto de la autopista norte de Niza, cuya construcción amenazaba el Hospital Psiquiátrico Sainte-Marie, por lo que no sólo oponía el interés general a los intereses particulares, sino que comportaba un conflicto entre dos intereses públicos: el de la circulación y el de la salud pública. En su *arrêt*, el Consejo de Estado declaró la nulidad del decreto declarativo de utilidad pública, por considerar la inconveniencia de la solución de circulación establecida en el proyecto alrededor de un hospital,

54 V. en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 563.

55 *Idem*, pp. 568-569.

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

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

que no solo le producía ruido sino que lo privaba de toda posibilidad de expansión futura.⁵⁸

En todos estos casos, las decisiones del juez no inciden realmente en el ejercicio de poderes discrecionales, sino en el ejercicio de competencias regladas, que sólo admiten una solución justa: o la obra es o no es de utilidad pública. El balance costo-beneficios que ha efectuado el Consejo de Estado, es precisamente lo que la Administración está obligada a hacer en cada caso, para adoptar la única solución justa que derive de concretizar el concepto jurídico indeterminado de "utilidad pública" en un proyecto de expropiación. El juez del exceso de poder, por tanto, al efectuar jurisdiccionalmente el mismo balance lo que controla no es el ejercicio de poder discrecional alguno, sino la competencia legal que tiene la Administración al hacer la declaratoria de utilidad pública; es decir, "corrige las faltas o las ligerezas, algunas veces fantásticas," como lo indicó Marcel Waline, de los tecnócratas administrativos.⁵⁹

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

"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."⁶⁰

En esta forma, aún cuando no consideramos que esta jurisprudencia signifique realmente control del ejercicio de poderes discrecionales, como

58 V. en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 569.

59 V. M. Waline, "L'appeciation..." *loc. cit.*, p. 461. El problema se plantea, incluso, en los casos de control judicial de la constitucionalidad de las leyes que declaran la utilidad pública a los efectos expropiatorios, como ha sucedido en Argentina. En el caso *Nación Argentina y Jorge Ferrario*, 1961, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló "si los jueces de una causa expropiatoria comprueban que la utilidad pública no existe o ha sido desconocida por la Administración, y...media alguno de los supuestos de gravedad o arbitrariedad extrema... están obligados a desempeñar la primera y más elemental de las funciones que les incumben, esto es, la que consiste en proteger las garantías constitucionales declarando la invalidez de los actos del Estado que pretendan vulnerarlos" (*Fallos* t. 251, pp. 246 ss.). Agustín Gordillo, sobre este principio, ha comentado lo siguiente: "si la jurisprudencia ha establecido, y con razón, que puede controlar y revisar hasta la calificación de utilidad pública hecha por el Congreso en materia de expropiación (lo que sí 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.

60 *Cit. Par A. De Laubadère, loc. cit.* p. 540.

lo continúa razonando la doctrina francesa, hay que saludar los avances que significa para el control de legalidad y la reducción del círculo de la discrecionalidad, pues conforme a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, contribuyen a identificar lo que es sólo una apariencia de discrecionalidad.

Con ello, lo cierto es que se ha venido abandonando la tradicional inmunidad jurisdiccional en esta materia, distinguiendo lo que en apariencia es discrecionalidad (como en el caso de la aplicación de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados) y que está sometida plenamente a control jurisdiccional; 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, comienzan a avanzar en el área de la oportunidad, tradicionalmente excluida de control, para comenzar a ser revisada jurisdiccionalmente.

En todo caso, con una legislación como la venezolana reciente, que ha sufrido una inflación de conceptos jurídicos indeterminados, resulta indispensable para los abogados tener presentes estas técnicas de control judicial, pues tarde o temprano podremos volver a tener una jurisdicción contencioso-administrativa autónoma que pueda realmente juzgar la actuación de la Administración.

III. LA DISCRECIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD: ASPECTOS REGLADOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DONDE NO TIENE CABIDA LA DISCRECIONALIDAD

1. PRINCIPIOS GENERALES

Pero dejando aparte estos aspectos de reducción del círculo de la discrecionalidad, otro aspecto que contribuye a aislar el poder discrecional se refiere a los aspectos regulados (principio de legalidad) de los administrativos, tanto regulados 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.⁶¹

Es decir, como lo estableció hace décadas la antigua Corte Federal de Venezuela de 17 de julio de 1953, si bien la Administración obra discrecionalmente cuando no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, ello no quiere decir que pueda obrar al arbitrio, "eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad

61 V., sentencia de la antigua Corte Federal de 26 de noviembre de 1959 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 26, 1959, p. 125. Por otra parte, V., 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.*, p. 193.

administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto.”⁶²

Por tanto, los requisitos de forma de los actos administrativos siempre han de cumplirse ineludiblemente en el ejercicio de la potestad discrecional;⁶³ y es por ello, que el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela de 1982 disponga que la Administración, aún en ejercicio de potestades discrecionales, debe cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia de los actos administrativos. Por tanto, el acto discrecional no puede nunca ser arbitrario en sus formas; debe cumplir las formalidades previstas en la Ley. En el mismo sentido, en cuanto al cumplimiento de los requisitos de fondo en el ejercicio del mismo poder discrecional, la jurisprudencia ha hecho especial referencia a la competencia,⁶⁴ señalando que “el funcionario al obrar discrecionalmente tiene que hacerlo sin excederse de su competencia.”⁶⁵

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

2. LAS EXIGENCIAS IMPUESTAS POR LA DETERMINACIÓN DEL PRESUPUESTO DE HECHO DEL ACTO ADMINISTRATIVO DISCRECIONAL, SU CALIFICACIÓN Y LA FORMA DE APRECIACIÓN DE LOS HECHOS

Dentro de los elementos de fondo de los actos administrativos, se destaca el elemento fáctico, es decir, los presupuestos de hecho del acto que configuran el elemento denominado causa.⁶⁶ La determinación de estos presupuestos de hecho constituye una de las etapas que debe seguir la Administración para

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

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

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

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

66 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: V., *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, Sirey, París, 1934, p. 361, cit. por Rafael Núñez 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. V. asimismo nuestro libro *Las Instituciones Fundamentales...*, ob. cit., p. 127.

manifestar su voluntad, la cual no comprende ningún elemento de apreciación ni de juicio.⁶⁷

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

A. LA COMPROBACIÓN DE LOS HECHOS

Como lo ha determinado la jurisprudencia sentada por la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia de 22 de mayo de 1963, 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.”⁶⁸

Es de destacar uno de los considerandos de dicha decisión, en la cual se declaró la nulidad de un acto administrativo revocatorio de otro por el cual se concedió la nacionalidad venezolana a una extranjera, por no haberse comprobado suficientemente los hechos en que se fundaba la resolución ministerial, en el cual la Sala expuso:

“Al no existir, como en efecto no existe, prueba alguna de los hechos que se imputan a la recurrente, la Resolución Ministerial resulta manifiestamente infundada y debe, en consecuencia, revocarse. A juicio de la Sala no es posible atribuir mérito probatorio a la nota que figura al folio 2 del expediente administrativo, con el membrete de la Dirección de Extranjeros y que aparentemente se ha tenido como fundamento para el empleo de la norma legal aplicada en la Resolución, pues dicha nota no hace legalmente fe respecto de los supuestos de hecho de la norma que se aplica. En efecto, en ella se dice que la nombrada ciudadana “continúa en actividades que van contra la moral y buenas costumbres y ha burlado la buena fe del Despacho”; mas no existe en el expediente administrativo, ningún elemento que acredite los hechos a que se contrae la referida nota, como sucedidos con posterioridad a la fecha en que le fue otorgada la nacionalidad. Conforme a estas consideraciones, la Resolución impugnada carece de toda eficacia legal, *por haberse fundado en hechos no comprobados* y porque al dictarla la autoridad administrativa actuó en forma no permitida por la rigidez del precepto legal.”⁶⁹

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

68 V., sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 22 de mayo de 1963.

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

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.⁷⁰ En consecuencia, en cuanto al acto discrecional, esta exigencia implica: En primer lugar, que todo acto administrativo debe tener una causa o motivo, identificado, precisamente, en los supuestos de hecho, no pudiendo haber acto administrativo sin causa y sin supuesto de hecho. En segundo lugar, que debe haber adecuación entre lo decidido y el supuesto de hecho y para que ello sea cierto, es necesario que ese supuesto de hecho haya sido comprobado, estando la Administración, obligada a probarlo. El acto, por tanto, no puede estar basado simplemente en la apreciación arbitraria de un funcionario. No basta señalar, por ejemplo, que una fábrica contamina para ordenar cerrarla. Si el funcionario considera que una instalación industrial es contaminante tiene que probar que contamina y debe hacer constar en el expediente cuáles son los efectos contaminantes. Esto implica que la carga de la prueba en la actividad administrativa, recae sobre la Administración, como principio general muy importante.

La comprobación exacta de los presupuestos de hecho del acto, o la "exactitud material de los hechos básicos de la decisión"⁷¹ evita, por otra parte, el llamado error de hecho⁷² que puede ser controlado también jurisdiccionalmente y que consiste simplemente en el "falso conocimiento de la realidad."⁷³

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

70 En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa en sentencia de 8 de junio de 1964 ha sostenido lo siguiente: "Observa la Corte, que en el acto administrativo a que se concreta la Resolución ministerial cuya nulidad se ha demandado, el funcionario de la Administración Pública (Ministerio de Fomento) ha obrado en la esfera de sus atribuciones al dictar la Resolución, y desde este punto de vista su decisión es inobjetable, pero no sucede lo mismo cuando se examina el aspecto formal de su actuación administrativa, la que por serlo, *no le eximia de la obligación de juzgar conforme a lo probado en el expediente*, de suerte que el supuesto de la norma legal guardara correspondencia con los hechos, no estándole permitido en ningún caso dar por probados los hechos con los solos elementos aportados por la gestión oficial, de indiscutible valor cuando ella es conforme con la realidad, pero igualmente revisable o descartable si se comprueba por otros medios de autos que la prueba final no es verdadera. Es tan rigurosa la exigencia de la ley a este respecto, que *la discrecionalidad en la apreciación de los hechos en un caso determinado* de parte del funcionario, con todo y estar revestida de cierta amplitud dentro del marco de la ley, nunca *aquella puede conducir a la arbitrariedad*. Si esto ocurre, el acto administrativo es irregular por vicio de ilegalidad." V. en CSJ-PA-56-1; 8-6-64 según sigla del *Instituto de Codificación y Jurisprudencia* del Ministerio de Justicia. Subrayado nuestro.

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

72 Cfr. M. Stassinopoulos, *op. cit.*, pp. 175 y ss.

73 Sebastián Martín-Retortillo Baquer, "El Exceso de poder como vicio del acto administrativo," *Revista de Administración Pública*, N° 23, 1957, p. 138.

resultado obtenido haya sido *inexacto*, tal como lo manifestó el Fiscal General de la República en su dictamen en el cual concluye considerando que es procedente el recurso de nulidad solicitado.”⁷⁴

B. LA CALIFICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE HECHO

Por otra parte, dentro del proceso lógico de formación del acto administrativo, la administración, después de haber constatado y comprobado los presupuestos de hecho, debe proceder a la sumisión de los hechos al presupuesto de derecho,⁷⁵ es decir, a la norma que autoriza su actuación. Esto es lo que se ha llamado “calificación jurídica de los hechos”⁷⁶ como otro de los límites de la actividad administrativa y por tanto limitativo de la potestad discrecional, y que tiene su control jurisdiccional en el llamado abuso o exceso de poder por la jurisprudencia venezolana, que corresponde a la tergiversación de los hechos de la jurisprudencia italiana,⁷⁷ y que se presenta como una figura análoga al falso supuesto del derecho procesal civil.⁷⁸ Es decir, el vicio que se configura “en la errada fundamentación fáctica del procedimiento administrativo, pues, la Administración fundamentó su decisión en hechos inexistentes, falsos y no relacionados con el asunto objeto de la decisión.”⁷⁹

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

75 Cfr. J. C. Venezia, *op. cit.*, p. 25 al señalar que “*L’operation de qualification a pour but de faire entrer une situation de fait dans le cadre d’une notion juridique.*”

76 M. Stassinopoulos, *op. cit.*, p. 182.

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

78 El artículo 435 del Código de Procedimiento Civil dispone: “En el fallo del recurso, la Corte Federal y de Casación se limitará a considerar las infracciones alegadas en el escrito de formalización, y decidirá sobre ellas sin extenderse al fondo de la controversia, ni al establecimiento o apreciación de los *hechos* por parte de los jueces sentenciadores; a menos que se alegue infracción de regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba. Esta excepción procede: 1º Cuando los jueces hayan dado por probado un *hecho* con pruebas que por la ley sean improcedentes para demostrarlo; 2º Cuando a una prueba que no reúna los requisitos exigidos por la ley, le hayan dado, sin embargo, los efectos que ésta le atribuye, como si estuviere debidamente hecha; 3º Cuando basen sus apreciaciones en *falso supuesto*, atribuyendo la existencia de un instrumento o acta del expediente de menciones que no contenga, o dando por demostrado un *hecho* con pruebas que no aparezcan de autos, o cuya inexactitud resulte de actas o instrumentos del expediente mismo, no mencionados en la sentencia.”

79 V., por ejemplo, en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, 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, 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

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

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

En este sentido la jurisprudencia indica que “si la Administración, sin violar un precepto legal, realiza un acto en el que altere la verdad que sirve de presupuesto a éste, no podría ciertamente decirse que ha cometido una efectiva transgresión de la Constitución o de la ley positiva... pero no puede caber duda de que el acto así cumplido está gravemente viciado por exceso de poder. *La potestad discrecional del funcionario administrativo, lo mismo que la del juez, no puede traspasar los lindes de la verdad y de la equidad.*”⁸⁰

Por tanto, los límites del poder discrecional y la posibilidad de control no se limitan 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, ley positiva o precepto legal expreso, en la aplicación de este precepto legal, no tergiversar los presupuestos de hecho que autorizan su actuación,⁸¹ ni falsee el lógico y verdadero presupuesto del mismo. En este sentido, puede controlarse jurisdiccionalmente el poder discrecional –“pues de no ser así imperaría en todo caso el arbitrio del funcionario sin remedio alguno”–, cuando la administración dicte un acto administrativo falseando el lógico y verdadero presupuesto del mismo. En tal sentido, Sebastián Martín Retortillo consideró dictado el acto con tergiversación de los hechos, no sólo en el caso extremo de que el acto se funde sobre el presupuesto de la existencia o inexistencia de hechos que resulten inexistentes o existentes, sino también basta con que en su realidad tales hechos sean sustancialmente distintos a como son aprehendidos por la autoridad administrativa; es decir, cuando ésta, realizando un error de método, no considere debidamente elementos esenciales o dé, por lo contrario, excesiva importancia a elementos accesorios⁸²

La función de calificación de los hechos y sus límites es ciertamente, una actividad reglada y por tanto controlable en todos los actos administrativos.

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.

- 80 V. sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 17, 1957, p. 136.
- 81 V. sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 17, 1957, p. 136.
- 82 Cfr. S. Martín-Retortillo Baquer, “El exceso de poder. . .” *loc. cit.*, p. 131. V. asimismo sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 8 de junio de 1964, *cit.* en Nota N° 23.

Sin embargo, su verdadera relevancia se particulariza en relación con la actividad discrecional. Como lo ha destacado la jurisprudencia, este vicio del acto administrativo por falsa calificación de los hechos, consiste en “hacer *uso indebido* del poder que es atribuido al funcionario, independientemente del fin logrado, bien porque se tergiverse la verdad procesal denudándose los hechos, o bien por cualquier otra causa,”⁸³ lo que conlleva un cierto elemento subjetivo de valoración intelectual por parte de la administración. Esto distingue por otra parte, a la calificación de los hechos y su vicio, la tergiversación de los mismos, de la comprobación de los hechos y su vicio, el error de hecho.⁸⁴

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.

C. LA FORMA DE APRECIACIÓN DE LOS HECHOS

La jurisprudencia en Venezuela ha sido constante en determinar que la “facultad de apreciar las circunstancias en punto a oportunidad y conveniencia”⁸⁵ o la “libertad de apreciación de los hechos”⁸⁶ por la autoridad administrativa que le deja a la ley, no es controlable jurisdiccionalmente y por tanto no tiene límites que permitan dicho control.⁸⁷ Esta ha sido por otra parte la opinión general de la doctrina.⁸⁸

En este sentido la antigua Corte Federal ha determinado que “es de la naturaleza de todo acto realizado en ejercicio de una facultad discrecional, el que no pueda ser revisado o anulado por otro poder en lo que se refiere al *mérito* o fondo. Esta conclusión resulta evidente, porque de lo contrario, esa facultad discrecional no sería tal, ni propia de un poder.”⁸⁹

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

84 Cfr. S. Martín-Retortillo Baquer, “El Exceso de poder..” *loc. cit.*, p. 138, V. N° 4.

85 V. sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación de 4 de junio de 1952, en nuestro trabajo “El Poder discrecional...,” *loc. cit.*, p. 191. Asimismo, en *Gaceta Forense*, 1ª etapa, N° 11, 1952, p. 26.

86 V. sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .” *loc. cit.*, p. 189- Asimismo, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 22, 1958, p. 133.

87 V. sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, de 5 y 12 de diciembre de 1963 en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 27.329, 27.342 y 27.344 de 26 de diciembre de 1963 y 13 y 15 de enero de 1964, respectivamente.

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

89 V. sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo “El Poder discrecional..” *loc. cit.*, p. 190. Asimismo en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 22, 1958, p. 134. Cfr. Laureano López Rodo, “Le pouvoir discrétionnaire de l’Administration. Evolution doctrinal et jurisprudentielle,” *RDP*, 1953, N° 3, París, p. 579.

Asimismo, la jurisprudencia ha señalado que en los actos discrecionales “atendiendo a necesidades de la Administración Pública, la autoridad administrativa, en muchos casos, *apreciará* hechos pasados o consecuencias futuras, y para ello *dispondrá de cierta libertad de apreciación*, sin que quiera significar esto que proceda arbitrariamente.”⁹⁰

Ahora bien, ante esta libertad de apreciación otorgada a la administración por la ley, ¿cabe algún límite y por tanto, algún control? Consideramos que el verdadero problema de los límites del poder discrecional es aquí donde se plantea auténticamente, ya que las anteriores consideraciones sobre los límites impuestos por el principio de la legalidad administrativa, buscaban delimitar el campo de la discrecionalidad.⁹¹

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

Sin embargo, *la forma de ejercer esa libertad de apreciación de los presupuestos de hecho* en cuanto a la oportunidad y conveniencia de un acto, sí pueden ser controladas por la autoridad judicial competente, y por tanto, sí tiene límites. Estos límites están constituidos por los Principios Generales del Derecho. En efecto, ya hace más de dos décadas uno de nuestros grandes y clásicos tratadistas, J. M. Hernández Ron, señalaba que “la acción administrativa se puede considerar como discrecional, cuando se realiza según la libre apreciación de las circunstancias que, *con sujeción siempre a la Equidad y a los Principios Generales del Derecho*, hará la Administración.”⁹² Por tanto, la facultad de ejercer una actividad administrativa en forma discrecional, está limitada por los Principios Generales del Derecho y puede suponer un control jurisdiccional que no implica “una sustitución de la discrecionalidad administrativa por la judicial.”⁹³ Se trata en efecto de un control que revisa el ejercicio del poder discrecional que formalmente se ha ajustado a la letra de la ley.

La jurisprudencia, por otra parte, ha reconocido la posibilidad que tiene la administración de revisar sus propios actos, sobre todo cuando no lesionan derechos legítimamente adquiridos, cuando éstos no se ajustan a las exigencias de la equidad: “Advertido el funcionario de que su determinación no corresponde a las exigencias de la *equidad*, bien por haberse cometido error de derecho, *bien porque no se apreciaron cabalmente circunstancias de hecho*, la sana lógica y el buen sentido han de inducirlo a la consiguiente rectificación.”⁹⁴

90 V. sentencia de la antigua Corte Federal de 26 de noviembre de 1959 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .” *loc. cit.*, p. 188. Asimismo en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 26, p. 125.

91 Cfr. A. Nieto. “Reducción jurisdiccional...” *loc. cit.*, p. 157; A. De Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 2ª Edición, París, 1957, p. 221.

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

93 A. Nieto, “Reducción jurisdiccional...” *loc. cit.*, p. 157.

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

Los límites impuestos a la forma de apreciación de los hechos en el ejercicio del poder discrecional por los principios generales del derecho son extensos. Entre esos principios generales se encuentran el principio de la injusticia manifiesta, el de la irracionalidad, el de la buena fe, el de la proporcionalidad de los medios a los fines, el de la igualdad, y en general todos los principios derivados de los derechos y libertades fundamentales de las personas, puesto que es evidente que la administración no puede, en nombre de sus facultades discrecionales, violar principios constitucionales consagrados como base entera de la organización social y del orden jurídico.⁹⁵

Es precisamente por los límites impuestos al ejercicio de los poderes discrecionales derivados de los principios generales del derecho por lo que se afirma que "la discrecionalidad no es arbitrariedad"⁹⁶ en forma reiterada por la jurisprudencia.⁹⁷

Veamos los diversos límites señalados por la jurisprudencia venezolana al ejercicio del poder discrecional y que pueden considerarse como principios generales del derecho, es decir, como aquellos principios fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de los cuales deben deducirse exclusivamente en fuerza de la abstracción.⁹⁸

3. LAS EXIGENCIAS IMPUESTAS POR LA FINALIDAD PERSEGUIDA POR EL LEGISLADOR

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

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

96 Cfr. J. M. Hernández Ron, "La Potestad discrecional y la Teoría de la Autolimitación de Poderes," *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Año VI, N° 30-31, Caracas 1952, p. 8.

97 V. sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo "El Poder discrecional..." *loc. cit.*, p. 187. Asimismo en *Gaceta Forense*, N° 1, 1953, p. 151. V. Además, sentencias de la antigua Corte Federal de 26 de noviembre de 1959 en nuestro trabajo "El Poder discrecional..." *loc. cit.*, p. 188. V. por otra parte, la sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956 en nuestro trabajo "El Poder discrecional. . .," *loc. cit.*, p. 191. Asimismo en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 11, 1956, p. 28.

98 Cfr. Nicolás Coviello, *Doctrina General del Derecho Civil*, Uteha, México, 1949, p. 98.

la norma, da origen al conocido vicio de desviación de poder, regulado en el artículo 259 de la Constitución venezolana.

Tal como lo ha destacado la jurisprudencia, “la subordinación (de los actos administrativos) a la equidad y a la verdad significa que el funcionario o la administración no pueden en modo alguno salirse de los fines que, con la norma legal se persiguen, aun en el supuesto de que estén en función las facultades discrecionales del Poder Público.”⁹⁹

De allí que otro de los elementos reglados del acto administrativo que ha contribuido eficazmente a la fijación de los límites del poder discrecional, es éste de la finalidad perseguida. Por ello ha recalcado la jurisprudencia que la “discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia puesto que la administración nacional, estatal o municipal, no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su *fin*.”¹⁰⁰

El control de este límite ha sido denominado, en cuanto produce un vicio en los actos administrativos que lo traspasen, como desviación de poder según la terminología acuñada en el derecho francés y recibida en casi todos los ordenamientos jurídicos modernos.¹⁰¹

La desviación de poder, por tanto, “surge cuando la administración usa de sus poderes con finalidades distintas a aquellas determinadas en la ley”¹⁰² y su configuración es sencilla: la administración está obligada a realizar su actividad no sólo respondiendo a un fin público o social buscado¹⁰³ –lo que no sucede cuando obra por un fin privado–, sino que, dentro de tal concepto genérico, debe actuar precisamente el *fin específico* por el que le son concedidas las facultades determinadas que ejercita en el supuesto concreto.¹⁰⁴

En consecuencia la desviación de poder no sólo se presenta como resultado de la obtención de un fin extraño al interés general, sino también como resultado de la obtención de un fin que, sin ser extraño al interés general, no es la manifestación del interés general por el que la autoridad administrativa ha recibido los poderes que ejercita.¹⁰⁵ En este sentido, las autoridades

99 V. sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .” *loc. cit.*, p. 192. Asimismo en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 17, 1957, p. 135.

100 V. sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956, en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .” *loc. cit.*, p. 192. Asimismo en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 11, 1956, p. 28.

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

102 Sentencia de la antigua Corte Federal de 2 de junio de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 20, 1958, p. 99.

103 V. sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...” *loc. cit.*, p. 188. Asimismo en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 1, 1953, p. 153.

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

105 Cfr. M. Latourneur, “La desviación de poder en Francia,” *Cuadernos de Derecho Francés*, Nos. 14-15, Barcelona, 1960, pp. 19 y 21. Asimismo nuestro libro *Las Instituciones Fundamentales. . . cit.*, p. 71.

administrativas no pueden obrar *ad-libitum* cuando están de por medio los derechos de los administrados y los actos administrativos pueden adolecer de vicios que acarreen su nulidad, aun cuando tales actos no violen los preceptos constitucionales o legales y con ellos no usurpe atribuciones el funcionario que los profiere. Entre estos vicios está la desviación de poder, pues el acto administrativo “aun siendo dictado por quien está facultado para hacerlo y en forma tal que aparece subordinado a la ley, en su espíritu o en el fondo es realmente *contrario a la finalidad del servicio público o de los principios que informan la función administrativa.*”¹⁰⁶

La actividad administrativa en el Estado de Derecho –ha señalado la antigua Corte Federal– está condicionada por la ley a la *obtención de determinados resultados*; por ello no puede la Administración pública procurar resultados distintos de los perseguidos por el legislador “aun cuando aquéllos respondan a las más estrictas licitud y moralidad pues lo que se busca es el logro de determinado fin”¹⁰⁷ que no puede ser desviado por ningún motivo, así sea plausible éste.

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

4. LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

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.¹⁰⁸

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

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

107 *Idem.*

108 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.

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, en razón de que la ausencia de fundamentos abre amplio campo al arbitrio del funcionario... Los actos administrativos deben expresar concretamente la causa o motivo que los inspira como condición de validez... De otra parte, la motivación del acto dictado por la Administración, no sólo es conveniente como justificativo de la acción administrativa, sino como medio de permitir el control jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto."¹⁰⁹

VI. LOS LÍMITES AL PODER DISCRECIONAL

Dejando aparte lo que sólo es apariencia de discrecionalidad que hemos englobado en torno a la aplicación, por la Administración, de los conceptos jurídicos indeterminados, 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: el acto administrativo que se adopte en base al ejercicio de tal poder no puede ser arbitrario, es decir, la libertad de apreciación de los hechos y de la oportunidad de actuar otorgada al funcionario, no significa que pueda actuar arbitrariamente.¹¹⁰

El problema de los límites al ejercicio del poder discrecional 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 discrecional¹¹¹ y particularmente sobre la comprobación y calificación de los presupuestos de

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

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

111 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*, N° 22, p. 134. Cf. Allan R. Brewer-Carías, "Los límites..." *loc. cit.* p. 14.

hecho,¹¹² y sobre la adecuación de la decisión a los fines establecidos en la Ley, que ha girado en torno a la noción de desviación de poder, también de creación jurisprudencial francesa.

Las dudas del Juez contencioso-administrativo de controlar efectivamente lo que es ejercicio del poder discrecional por la Administración y establecer el límite entre discrecionalidad y arbitrariedad, han existido en todos los países contemporáneos, donde se sigue formulando el principio de que el Juez no puede 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.”¹¹³

Sin embargo, tanto en la jurisprudencia como en la legislación de América Latina comienzan a apreciarse esfuerzos significativos por permitir, efectivamente, que el juez contencioso-administrativo penetre en el ámbito de la discrecionalidad y controle la arbitrariedad. En esta materia, de nuevo, los principios generales del derecho han suministrado el arsenal inicial para esta lucha contra la arbitrariedad que si bien ha sido librada tímidamente por los jueces, comienza a tener de aliado al Legislador en la codificación del procedimiento administrativo.

1. LOS LÍMITES IMPUESTOS POR LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Hace 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.”¹¹⁴ Ello implica que 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.”¹¹⁵ Entre esos principios generales se encuentran el principio de la injusticia manifiesta, el de la irracionalidad, el de la buena fe, el de la proporcionalidad de los medios a los fines, el de la igualdad, y en general todos los principios derivados de los derechos y libertades fundamentales de las personas, puesto que es evidente que la Administración no puede, en

112 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*, N° 12, Caracas, 1982, p. 130.

113 *Idem*.

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

115 A. Nieto, “Reducción jurisdiccional..,” *loc. cit.*, p. 157.

nombre de sus facultades discrecionales, violar principios constitucionales consagrados como base entera de la organización social y del orden jurídico.¹¹⁶

Un punto de partida en este esfuerzo latinoamericano, 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 24-2-56, al declarar la Corte la anulación de un acto administrativo que había revocado un permiso de construcción, el juez consideró que era arbitrario por carecer de fundamento y por ser injusto, afirmando que “la discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia puesto que la Administración... no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su fin.”¹¹⁷

En la segunda sentencia (Caso: *Reingruber*) de 6-11-1958, la Corte, a pesar de haber considerado que la potestad dada al Ministerio de Hacienda de poder reducir las multas cuando concurren circunstancias que demuestren falta de intención dañosa del contraventor, era una potestad 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.”¹¹⁸

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 agregamos el principio de la *proporcionalidad* que toda decisión adoptada en ejercicio de un poder discrecional debe respetar, de manera que exista una adecuación entre

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

117 *Gaceta Forense*, N° 11, Caracas, 1956, pp. 27-30, V. 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.

118 *Gaceta Forense*, N° 22, Caracas, 1958, pp. 133-134; V. en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de... op. cit.*, T. I, pp. 608-609.

los supuestos de hecho y la decisión tomada,¹¹⁹ y debe agregarse también el principio de la *buena fe*, de manera que toda actuación del funcionario que con intención falsee la verdad, también sería ilegal.¹²⁰

En la jurisprudencia argentina y uruguaya, estos principios que se configuran como límites a la discrecionalidad, se engloban en la exigencia de la “razonabilidad” en la actuación administrativa,¹²¹ 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 ha desarrollado particularmente en Argentina como un límite al ejercicio del poder de policía,¹²² 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, ha conformado cuatro principios de lógica jurídica que conforman el carácter razonable de una medida de policía, en la forma siguiente: la limitación debe ser justificada; el medio utilizado, es decir, la cantidad y el modo de la medida, debe ser adecuado al fin deseado; el medio y el fin utilizados deben manifestarse proporcionalmente; y todas las medidas deben ser limitadas.¹²³

La razonabilidad se ha configurado así, en un *standard* jurídico comprensivo de una serie de valores que deben guiar 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.¹²⁴ La

119 V. en Allan R. Brewer-Carías, “Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas,” *loc. cit.*, pp. 27-33. V. 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 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 Sarría, “Discrecionalidad Administrativa” en J.C. Cassagne y otros, *Acto Administrativo*, Tucumán, 1982, p. 118.

120 V. sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de marzo de 1984, *Revista de Derecho Público*, N° 18, Caracas, 1984, p. 172.

121 V. Juan Francisco Linares, *Poder Discrecional Administrativo*, Buenos Aires, 1958, pp. 155 ss.

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

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

124 *Idem*, p. 158; Juan Francisco Linares, *op. cit.*, p. 164.

actuación administrativa irrazonable, por tanto, es arbitraria y aún cuando sea producto del ejercicio de un poder discrecional, puede ser controlada judicialmente, tal y como lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), en 1959, al señalar:

“los jueces poseen la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre hechos controvertidos, si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan solo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios.”¹²⁵

Lo arbitrario o irrazonable de una actuación administrativa, en todo caso, puede resultar, de la irrazonabilidad en la elección del momento (decisión manifiestamente inoportuna); en la elección de modalidades de actuación (medios desproporcionados, por ejemplo), o en la forma de actuación (desigual o discriminatoria).¹²⁶

En la jurisprudencia contencioso-administrativa del Uruguay se encuentran soluciones basadas en principios similares. Así, el Tribunal de lo Contencioso administrativo en sentencia de 27-9-71 afirmó que “los poderes discrecionales... sólo los podía ejercitar (la Administración) dentro de los límites razonables y conforme a una equilibrada valuación de los factores constitutivos de la falta en juicio.”¹²⁷

En España, la reducción progresiva de la arbitrariedad se ha desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en igual forma, por la aplicación de los principios generales del derecho. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en esta forma, citan un cúmulo de sentencias en las cuales el control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional se ha efectuado en base a considerar que unas medidas eran injustificadas a todas luces a incluso contrarias a la razón (sentencia 6-2-63). Así, se han condenado 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 ha acudido al principio de la igualdad, para juzgar el ejercicio de poderes discrecionales (sentencias de 24-12-56, 28-5-63 y 3-4-65), garantizando el derecho a igual oportunidad (sentencia 27-1-65); y ha esgrimido el 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.¹²⁸

125 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.

126 Juan Francisco Linares, *op. cit.*, pp. 164 ss.

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

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

2. LA PROGRESIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Ahora bien, esta interdicción de la arbitrariedad o la exigencia de la razonabilidad en la actuación de la Administración, como límite al ejercicio del poder discrecional, ha encontrado en América Latina, en muchos casos, consagración legislativa, positivizándose en esta forma los principios generales del derecho.

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

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,” atribuyéndose al juez expresamente potestad para “controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera el contralor de legalidad” (art. 16.2). Otro límite al ejercicio del poder discrecional en la Ley de Costa Rica, se establece, en relación a “los derechos del particular” (art. 17) frente a la discrecionalidad, que no deben ser vulnerados.

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

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

Por último, es de destacar que el artículo 133 de la misma Ley General el cual regula los motivos del acto administrativo, y establece que cuando éste no esté regulado, “deberá ser *proporcionado* al contenido y cuando esté regulado en forma imperiosa deberá ser *razonablemente* conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento. El principio de la proporcionalidad también lo repite la Ley General en el artículo 132.1 relativa, al objeto del acto administrativo, al prescribir que debe ser “proporcionado al fin legal” del acto.

Es difícil, ciertamente, encontrar otro ejemplo de legislación positiva en el mundo con normas tan precisas y ricas en su contenido, para que los jueces puedan controlar el ejercicio del poder discrecional,¹²⁹ 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 una norma (art. 12) que prescribe:

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

Se consagra así, expresamente, no sólo la existencia de elementos reglados del acto discrecional que siempre deben respetarse (adecuación con los presupuestos de hecho, adecuación con la finalidad, competencia legal o reglamentaria, respeto de las formas y procedimiento), sino, que se erige como, límite fundamental al ejercicio del poder discrecional, la obligación del funcionario de “mantener la debida proporcionalidad.” Así se establece también en el Código Contencioso Administrativo de Colombia, en su artículo 36:

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

De lo anteriormente expuesto se puede sacar como conclusión, en materia de control judicial del ejercicio del poder discrecional, que tanto la jurisprudencia y la doctrina como la legislación, ésta última, en particular en América Latina, fue abandonando la vieja inmunidad jurisdiccional en esta materia, distinguiendo, incluso, lo que en apariencia es discrecionalidad (como en el caso de la aplicación de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados) y que está 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

129 V. 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,” *idem*, p. 386; Gonzalo Fajardo, “El Estado de Derecho y la Ley General de Administración Pública, *idem*, pp. 523-524.

jurisprudencia ha reiterado¹³⁰ que “la discrecionalidad no es arbitrariedad.”¹³¹ Entre esos límites, deben específicamente destacarse, los que derivan de los principios de proporcionalidad, racionalidad y justicia

3. LOS LÍMITES IMPUESTOS POR EL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD

En Venezuela, la jurisprudencia ha señalado expresamente que “el funcionario al obrar discrecionalmente, tiene que hacerlo... marcando la exacta correspondencia entre el fin perseguido y los medios utilizables (medio que ofrece la técnica de su actividad).”¹³² Se trata de la aplicación del principio de la proporcionalidad de medios afines como límite del poder discrecional.¹³³ En este sentido, la desproporcionalidad entre los fines perseguidos y los medios utilizados puede también ser controlada jurisdiccionalmente. Esa situación puede plantearse en casos como el siguiente: un funcionario comete una falta de poca entidad (contestar de mala forma a un superior); no se discute el hecho considerado en sí mismo; las leyes y reglamentos no prevén la falta, ni fijan la sanción; aunque el poder disciplinario, en principio, es discrecional, no podría destituirse al funcionario porque tal sanción sería *manifiestamente excesiva*, configurando una arbitrariedad.¹³⁴

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

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

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

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

132 V. sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .” *loc. cit.*, p. 191. Asimismo, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 11, 1956, p. 28.

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

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

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

Estas normas incorporan, por tanto, a los límites a la discrecionalidad, el principio de la proporcionalidad,¹³⁵ conforme al cual las medidas adoptadas en los actos administrativos deben ser proporcionales tanto a los fines que prevé la norma que las autoriza, como a los hechos que las motivan. Tal como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, los actos administrativos estarían viciados de abuso de poder:

“cuando no existe proporción o adecuación entre los motivos o supuestos de hecho que sirvieron de base al funcionario u órgano autor del acto recurrido para dictar su decisión, y los contemplados en la norma jurídica, en el sentido de que se trata de un vicio que consiste en la actuación excesiva o arbitraria del funcionario, respecto de la justificación de los supuestos que dice haber tornado en cuenta, para dictar el acto.”¹³⁶

En el mismo sentido, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Uruguay, en sentencia de 23-4-76 ha señalado al apreciar la ilegalidad de la imposición de una sanción, que esta “aparece como ciertamente desproporcionada... hubo exceso de parte del jerarca en el ejercicio de sus funciones discrecionales, cayendo en ilicitud... obligando, por ende, al control anulatorio por parte del Tribunal.”¹³⁷

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

“Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la

135 V. 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 proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador.” Caso: *Sindicato Argentino de Músicos*, 1960, Fallos t. 248, pp. 800 ss.

136 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*, N° 13, Caracas, 1982, p. 119.

137 V. en J. P. Cajarville, *op. cit.*, p. 106.

debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido (Art. IV, 1.4).”

Los principios de la razonabilidad y de la proporcionalidad también han tenido aplicación jurisprudencial en Francia, en materia de control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional. En cuanto al principio de la razonabilidad, puede encontrarse aplicado en la jurisprudencia relativa al “error manifiesto de apreciación” el cual según lo afirma Guy Braibant, aparece cuando la Administración “ha ido más allá de los límites de lo razonable en el juicio que ella ha realizado sobre los elementos de la oportunidad.”¹³⁸

De allí la célebre frase del mismo Guy Braibant en relación al ejercicio del poder discrecional y el principio de la razonabilidad, tal como lo hemos expuesto anteriormente en la jurisprudencia latinoamericana:

“El poder discrecional comporta el derecho de equivocarse pero no el de cometer un error manifiesto, es decir a la vez aparente y grave.”¹³⁹

En el caso de control jurisdiccional del error manifiesto en la apreciación de los hechos, indican Long, Weil y Braibant, el juez “no se pronuncia sobre la apreciación como tal, sino sobre el error que ha podido viciar esta apreciación, cuando este error es evidente, al poder ser descubierto por simple sentido común, cuando se trate de un error manifiesto que desnaturalice la interpretación que hace la Administración de la extensión de su poder discrecional.”¹⁴⁰

Ahora bien, si en general se dan ejemplos jurisdiccionales de la aplicación de la técnica del error manifiesto como instrumento de control del ejercicio del poder discrecional por el Consejo de Estado, en la gran mayoría de los casos reseñados, en realidad, se trata de lo que se ha denominado la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados.¹⁴¹ Quizás, supuestos de aplicación del error manifiesto de apreciación, como control del ejercicio del poder discrecional, en estricto sentido, pueden encontrarse 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).¹⁴²

En cuanto al principio de la proporcionalidad como límite al ejercicio del poder discrecional, aun cuando se ha afirmado que no ha sido reconocido

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

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

140 Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 580.

141 V. 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.

142 V. las referencias en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 581.

plenamente en el sistema francés,¹⁴³ pensamos que se ha 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, mantener el orden decretando las medidas de policía que le correspondía tomar.”¹⁴⁴ En este caso, como lo observan Long, Weil y Braibant, el juez verifica “no solamente la existencia, bajo las circunstancias del caso, de una amenaza de perturbación del orden público susceptible de justificar una medida de policía, sino también esta medida es apropiada, por su naturaleza y su gravedad a la importancia de la amenaza; él controla así la adecuación de la medida a los hechos que la motivan.”¹⁴⁵

Se trata, 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 ha tenido aplicación en Francia en materia disciplinaria a partir del *arrêt Lebon* (CE 9 juin 1978), en el cual el Consejo de Estado, aplicando la técnica del error manifiesto, controló la proporcionalidad de la sanción disciplinaria con la gravedad de la falta.¹⁴⁶ En otra decisión del Consejo de Estado en el *arrêt Vinolay* (CE 26 juillet 1978), conforme al mismo criterio, anuló una destitución de un funcionario, señalando que “si las faltas a reglas de buena administración... eran de tal índole que legalmente justificaran una sanción disciplinaria, ellas no podían legalmente fundamentar, sin error manifiesto de apreciación, una medida de revocación que constituye la sanción más grave dentro de la escala de las penas.”¹⁴⁷

4. LÍMITES IMPUESTOS POR EL PRINCIPIO DE LA RACIONALIDAD

En sentencia de la Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 se expresó que “El uso del verbo “poder,” en la oración “podrá reducir las penas,” del texto copiado, indica que se está en presencia de una facultad discrecional de la Administración Pública. Poder es tener la facultad o el medio de hacer una cosa, y facultad, el derecho –no el deber ni la obligación–, de hacer una cosa. El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 13, da la interpretación jurídica de este verbo, que bien puede aplicarse, no sólo en las actuaciones judiciales, sino en general. Cuando la ley dice: “El Juez o Tribunal puede o podrá,” se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o *racional*, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad.”¹⁴⁸

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

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

145 *Idem*, p. 221.

146 Cf. Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 583.

147 *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.

148 V. sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .” *loc. cit.*, p. 189. Asimismo, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 22, 1958, p. 133.

En otra decisión referente a las limitaciones a la libertad de cultos que, por otra parte, están sometidos a la suprema inspección de la administración, la antigua Corte Federal señaló que “esa inspección o vigilancia no es puramente contemplativa, sino que implica la facultad de tomar medidas que a juicio del Ejecutivo Nacional aconsejan los superiores intereses de la Nación, materiales, morales, políticos, industriales, patrióticos o de cualquier otra índole *racional y justa*.”¹⁴⁹

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.¹⁵⁰

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,”¹⁵¹ es decir, ello no quiere significar que en la elección de ese “momento” se pueda obrar irracionalmente. Por ejemplo, el Reglamento General de Alimentos establece que “corresponde al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social todo lo relacionado con la higiene de la alimentación, y en consecuencia. . . adoptar cualquier otra medida sanitaria que se considere conveniente para el mejoramiento de la alimentación en el país.”¹⁵² Ello implica que la autoridad administrativa, para hacer uso de esa facultad discrecional cuando lo “*considere conveniente*” puede tomar cualquier medida sanitaria en vista del mejoramiento de la alimentación, pero siempre que ello sea oportuno. Y aquí hay que hablar de una oportunidad espacial y temporal. No sólo es necesario que el “momento” sea el congruente con la medida adoptada (la prohibición de importar carne de cerdo, aunque ésta haya sido tratada para destruir las triquinas, que disponga la autoridad sanitaria porque existe temor de que esté contaminada, en virtud del alto índice de contaminación que presenta en un momento dado en el país de origen, debe hacerse cuando el “momento” lo exige, y no tiempo después,

149 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.

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

151 V. sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .,” *loc. cit.*, p. 187. Asimismo, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 1, 1953, p. 157.

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

cuando el peligro de contaminación ha sido erradicado), sino que también debe esa apreciación de la oportunidad tener una referencia espacial (prohibición de importar carne de cerdo de un país dado donde existe alto índice de contaminación, y no prohibición general de importación respecto, a todos los países). En este sentido la jurisprudencia ha determinado que los actos administrativos discrecionales implican “un juicio *técnico lógico de los hechos, soberanamente apreciados* a través de las respectivas normas jurídicas.”¹⁵³

Por otra parte, el poder discrecional debe ser utilizado técnicamente para que sea racional. Es muy clara en este sentido una norma del Reglamento General de Alimentos citado, única en nuestro derecho positivo, que establece: “Cuando en este Reglamento se 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.”¹⁵⁴ Este es otro de los límites impuestos al ejercicio del Poder discrecional: éste debe ser usado técnicamente por la autoridad administrativa: La prohibición de utilizar determinados utensilios en la elaboración de alimentos debe estar fundada en razones de carácter técnico, es decir, en que del análisis del utensilio se ha comprobado científicamente que contiene sustancias capaces de alterar el alimento.

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.”

Claro está, no nos referimos a la llamada “discrecionalidad técnica” que no es controlable jurisdiccionalmente pues se trata de cuestiones que han de resolverse a la vista de un juicio técnico emitido por un órgano especializado de la administración. En estos casos se trata de una “cuestión de mera apreciación, en la cual la autoridad administrativa es precisamente la más autorizada en virtud de su especialización.”¹⁵⁵ Así se ha señalado que “al margen de la jurisdicción contenciosa deberá quedar únicamente el problema de la adecuación o no del acto a las reglas técnicas o de buena administración.”¹⁵⁶

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

154 Artículo 2º del Reglamento General de Alimentos.

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

156 S. Martín-Retortillo Baquer, “La desviación de poder...,” *loc. cit.*, p. 146.

5. LÍMITES IMPUESTOS POR 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 ésta obre “según su prudente arbitrio, consultando lo *más equitativo* o racional, en obsequio de la *justicia y de la imparcialidad*.”¹⁵⁷ Por ello la “discrecionalidad no implica arbitrariedad ni *injusticia*,”¹⁵⁸ y en todo caso, la potestad discrecional del funcionario administrativo, “no puede traspasar los lindes de la verdad y de la *equidad*.”¹⁵⁹

En este sentido, puede ser controlada jurisdiccionalmente la falta de equidad manifiesta o “iniquidad manifiesta”¹⁶⁰ en los actos discrecionales, así como también su injusticia manifiesta.¹⁶¹

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.”¹⁶²

Por otra parte, el acto administrativo discrecional no puede crear situaciones manifiestamente injustas. Clásico es el ejemplo de la jurisprudencia italiana por el cual se “anulaba un acto administrativo de separación por escaso rendimiento de un ferroviario, cuya capacidad había sido notablemente disminuida a causa del servicio,”¹⁶³ lo que producía una situación manifiestamente injusta.

De todo lo antes expuesto resulta, en consecuencia, que “*la discrecionalidad no implica arbitrariedad*.”¹⁶⁴ 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

157 V. sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .” *loc. cit.*, p. 189- Asimismo en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 22, 1958, p. 132.

158 V. sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...” *loc. cit.*, p. 191. Asimismo, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 11, 1956, p. 28.

159 V. sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...” *loc. cit.*, p. 193. Asimismo, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 17, 1957, p. 135.

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

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

162 M. M. Diez, *op. cit.*, p. 198.

163 S. Martín-Retortillo Baquer, “El exceso de poder. . .” *loc. cit.*, p. 149.

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

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 mismo¹⁶⁵.

6. LÍMITES IMPUESTOS POR EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD

Hemos señalado que la jurisprudencia venezolana ha puntualizado que la consagración en la ley de facultades discrecionales para que un funcionario público actúe, es hecha, además, para que éste obre “según su *prudente arbitrio*, consultando lo más equitativo y racional, en obsequio de la justicia y de la *imparcialidad*.”¹⁶⁶ Por tanto, otro de los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional es el que se deriva del principio de la igualdad que impide los tratamientos de favor de parte de la autoridad administrativa en relación a los administrados. Hay en este sentido, igualdad, cuando se toman las mismas medidas en condiciones parecidas o análogas; por el contrario, no hay igualdad -hay desigualdad y parcialidad- cuando en las mismas condiciones se niega a un administrado lo que se ha acordado a otro.¹⁶⁷

El principio de la igualdad, aunque de rango constitucional (art. 21 y por tanto aplicable a todas las actuaciones del Estado, ofrece especial interés en cuanto límite del poder discrecional, pues el ejercicio de éste debe adecuarse especialmente a las exigencias de este principio.¹⁶⁸ De ahí que se haya hablado de la “irracionalidad de la desigualdad.”¹⁶⁹

Existe entonces desigualdad y el acto así dictado puede ser controlado jurisdiccionalmente, cuando surge de la actuación administrativa un disparate de trato de dos o más casos, pese a no existir sustancial diferencia de circunstancias de hecho; o dicho de otro modo, cuando la actividad administrativa ha discriminado entre supuestos similares, dando a unos y a otros, no obstante su esencial identidad, tratamientos distintos.¹⁷⁰ Por ejemplo, hay evidentemente un trato desigual si frente a dos propietarios de edificaciones en igualdad de situaciones de peligro, es decir que ambas amenazan ruina, se ordena, por la autoridad administrativa a uno la demolición, y no al otro; o si se ordena a uno de ellos con ciertas modalidades lesivas y que no se imponen al otro.

165 E. García de Enterría, “La Interdicción...,” *loc. cit.*, p. 160.

166 V. sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958, en nuestro trabajo “El Poder discrecional. . .,” *loc. cit.*, p. 189. Asimismo en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 22, 1958, p. 133. Por otra parte véase auto de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Federal, de 4 de noviembre de 1949, en *Gaceta Forense*, 1ª etapa, N° 3, 1949, p. 94.

167 Cfr. Stassinopoulos, *op. cit.*, p. 212.

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

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

170 Cfr. E. García de Enterría, “La interdicción. . .,” *loc. cit.*, p. 149.

La aplicación del Principio de la Igualdad como límite del poder discrecional, tiene riquísimas posibilidades, y entre éstas, especialmente, la llamada “vinculación del precedente.”¹⁷¹ Se admite, en efecto, que la contradicción de un acto administrativo con otro anterior emanado en circunstancias análogas produce la violación del principio de la igualdad y como consecuencia, dicho acto, puede ser controlado en ello por la jurisdicción contencioso-administrativa. No hay duda que esta forma de control ofrece máximas posibilidades, pues la administración, frente a supuestos idénticos, no debe sino decidir, en forma también idéntica, entendiéndose, sin embargo, que el precedente no vincula a la administración con el rango de fuente del derecho.¹⁷²

VII. LA DISCRECIONALIDAD NO IMPLICA ARBITRARIEDAD

Luego de analizados los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional por el Principio de la legalidad administrativa y por los Principios generales del Derecho en especial, la conclusión no puede ser otra que la reiterada de la jurisprudencia: “La discrecionalidad no implica arbitrariedad.”¹⁷³

Así la administración, cuando realiza una determinada actividad en ejercicio del poder discrecional, su actuación, además de estar enmarcada dentro de los requisitos legales generales, debe ser racional, justa, igual y proporcional, pues de lo contrario, sería arbitraria, es decir, irracional, injusta, desigual o desproporcionada, lo que produciría la posibilidad de ser controlada jurisdiccionalmente por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, en materia de ejercicio del poder discrecional se ha hablado de la “interdicción de la arbitrariedad” como limitación al mismo.¹⁷⁴

Ahora bien, una de las formas que han utilizado los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para hacer realmente efectivos esos límites impuestos al poder discrecional, y, por tanto, para lograr un exacto control sobre los actos discrecionales que traspasen esos límites, ha sido la de exigir como principio general el de la necesaria motivación, especialmente, de dichos actos discrecionales.¹⁷⁵

171 E. García de Enterría, “La interdicción. . .,” *loc. cit.*, p. 150.

172 Cfr. S. Martín-Retortillo Baquer. “Exceso de poder...,” *loc. cit.*, p. 143.

173 V. 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. Véase asimismo dichas sentencias en nuestro trabajo “El Poder discrecional...,” *loc. cit.*, pp. 187, 188 y 192. V. además sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 8 de junio de 1964 *cit.* en Nota Nº 23.

174 E. García de Enterría, “La Interdicción. . .,” *loc. cit.*, p. 160.

175 Cfr. nuestro libro *Las Instituciones fundamentales...*, *cit.*, p. 125; 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.

Es de destacar la sentencia de 9 de agosto de 1957 de la Corte Federal donde se estableció lo siguiente: “Entre los elementos integrantes del acto administrativo están el motivo y la forma... Pues bien, el motivo del acto administrativo es, como lo enseña la doctrina, el antecedente que lo provoca. Un acto administrativo se integra con tal elemento cuando exista previa y realmente una situación legal o de *hecho*, cuando esa situación es la que el legislador ha previsto con miras a la actuación administrativa. De allí que, vinculado o *discrecional* el Poder de la Administración Pública, cuando están de por medio el interés colectivo y los derechos subjetivos de los administrados, todo acto administrativo, máxime si es revocatorio de uno proferido por el inferior jerárquico, *ha de ser motivado*, o mejor dicho, *fundamentado* con los razonamientos en que se apoya... En este orden de ideas, la forma del acto en lo tocante a la *motivación* del mismo, ha llegado a considerarse *sustancial*, en razón de que la *ausencia de fundamentos abre amplio campo al arbitrio* del funcionario... Los actos administrativos deben expresar concretamente la *causa o motivo que los inspira como condición de validez*... De otra parte, la motivación del acto dictado por la Administración, no sólo es conveniente como justificativo de la acción administrativa, sino como *medio de permitir el control jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos* y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto.”¹⁷⁶ La obligación de motivar el acto administrativo discrecional impuesta por la jurisprudencia, es consecuencia, por otra parte, del principio de que el poder discrecional no está sometido al control de fondo.¹⁷⁷ El juez contencioso-administrativo, entonces, no pudiendo controlar directamente si el ejercicio del poder discrecional ha sido justo en el fondo, salvo en las formas que hemos visto, exige que los aptos discrecionales tengan un elemento *externo* que pruebe que ese poder se ejerció dentro de los límites legales¹⁷⁸ con el objeto de lograr ese control sobre la “exactitud de los motivos y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto.”¹⁷⁹

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

177 V. sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 3 de julio de 1961, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 33, 1961, pp. 14-15.

178 Cfr. Stassinopoulos, *op. cit.*, p. 198.

179 V. sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N° 17, 1957, p. 133.

*Actividad administrativa, actividad de gobierno y poder discrecional. Estudios
de Allan R. Brewer-Carías
se imprimió en la República Argentina en marzo de 2019.*