

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

**ESTUDIOS SOBRE
DERECHO ADMINISTRATIVO
COMPARADO Y GLOBAL**

Aceda
Asociación Venezolana de
Derecho Administrativo

 EDITORIAL
JURÍDICA
VENEZOLANA

ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO Y GLOBAL

Allan R. Brewer-Carías

Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela

Vice Presidente de la Academia Internacional de

Derecho Comparado (1982-2010)

**ESTUDIOS DE
DERECHO ADMINISTRATIVO
COMPARADO
Y GLOBAL**

Presentación por: Gustavo Urdaneta Troconis

Asociación Venezolana de Derecho Administrativo AVEDA

Editorial Jurídica Venezolana

2022

Publicaciones de la Asociación:

1. Allan R. Brewer-Carías, *La jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983.
2. Juan Domingo Alfonzo Paradisi y Antonio Silva Aranguren (coordinadores), *Jornada Anual de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Año 2020*, Ediciones CIDEP, Caracas 2020.
3. Carlos García Soto y Antonio Silva Aranguren, (coordinadores), *Allan R. Brewer-Carías: Una personalidad multifacética. Libro-homenaje de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo por sus 80 Años*, Ediciones CIDEP, Caracas 2020.
4. Daniela Urosa Maggi, Manuel Rojas Pérez, y José Rafael Belandria García (coordinadores), (2000). *Temas fundamentales de Derecho Público en homenaje a Jesús González Pérez*, Ediciones CIDEP-FUNEDA, Caracas 2000.
5. Jessica Vivas Roso (coordinadora), *Derecho Público en tiempos de pandemia. Reflexiones jurídicas sobre la Covid-19*. Colección Colectivos N° 4, Ediciones CIDEP, Caracas 2020.
6. Juan Domingo Alfonzo Paradisi y Antonio Silva Aranguren (coordinadores), *Derecho de propiedad e intervención del Estado: Nuevos y viejos problemas. Jornada Anual de la Asociación Venezolana De Derecho Administrativo*, Año 2021. Caracas: AVEDA, 2021.
7. Daniel Rosas Rivero (coordinador), *La contratación pública en Iberoamérica*. Colección Colectivos N° 5, Caracas, 2022.

© Allan R. Brewer-Carías

Email: allanbrewercarias@mal.com

<http://www.allanbrewercarias.com>

ISBN: 979-8-88680-269-6

Editorial Jurídica Venezolana

Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4,

Sabana Grande,

Apartado 17.598 – Caracas, 1015, Venezuela

Teléfono 762-25-53 / 762-38-42/ Fax. 763-52-39

Email fejv@gmail.com

<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company

para Editorial Jurídica Venezolana International Inc.

Panamá, República de Panamá.

Email: ejvinternational@gmail.com

Diagramación Mirna Pinto, letra Times New Roman 12,

Interlineado 12.5, Mancha 13,5 x 19,5

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

por **GUSTAVO URDANETA TROCONIS**

NOTA DEL AUTOR

SOBRE MI AFICIÓN POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO

PRÓLOGOS A LOS LIBROS QUE SE INTEGRAN EN ESTA OBRA por:

**JOHN HAZARD, ROLAND DRAGO, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA,
FRANK MODERNE, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS**

INTRODUCCIÓN

SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO Y GLOBAL

Sección Primera: Derecho administrativo comparado (2014)

Sección Segunda: Sobre el concepto de derecho administrativo (2015)

Sección Tercera: Sobre el derecho administrativo global (2022)

LIBRO PRIMERO

LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN EL DERECHO COMPARADO

(Estudio sobre el régimen de las actividades industriales
y comerciales del Estado (1967))

CONTENIDO

LIBRO SEGUNDO

**LA REGIONALIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL
DERECHO COMPARADO**

Sección Primera: La Regionalización en materia económica en el derecho comparado (1974)

Sección Segunda: Descentralización Territorial: Autonomía Territorial y Regionalización Política en El Derecho Comparado (1982)

LIBRO TERCERO

**PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO:
FRANCIA, ESPAÑA Y AMÉRICA LATINA**

LIBRO CUARTO

**PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
EN AMÉRICA LATINA**

LIBRO QUINTO

**LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL
DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO**

LIBRO SEXTO

**EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GLOBAL
ANTE INTERPOL**

PRESENTACIÓN

POR: GUSTAVO URDANETA TROCONIS

*Presidente de la
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA),
Director del Instituto de Derecho Público,
Profesor de la Universidad Central de Venezuela*

En la publicación de esta obra, que hoy me honro en presentar, se conjugan varias circunstancias muy significativas, dignas de ser destacadas desde el inicio. La primera y más evidente de ellas es el hecho de que este libro marca la reanudación de la colaboración en materia de edición entre AVEDA y la Editorial Jurídica Venezolana, que se había concretizado a través de una colección dedicada específicamente a recoger trabajos de doctrina jurídica auspiciados por nuestra Asociación. La colección se denominó, entonces, *Publicaciones de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración (AVDACA)*, en razón de que con ese nombre había nacido esta agrupación de estudiosos del Derecho Administrativo, a finales de la década de los años 60 del siglo pasado.

Ese acuerdo de colaboración revestía una gran importancia para la Asociación, en una época donde no había grandes facilidades para la publicación de obras científicas, la cual estaba fundamentalmente circunscrita a las instituciones universitarias y académicas. Contar con el apoyo de una editorial privada podía significar para la aún novel asociación una importante vía a través de la cual desarrollar uno de sus principales objetivos estatutarios, como lo es el de la difusión del conocimiento científico en materia de Derecho Administrativo.

En el marco de ese acuerdo de colaboración interinstitucional apareció publicado un estudio sobre la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana, que había sido elaborado para ser presentado en un importante evento internacional. Se trataba de un congreso de Derecho Administrativo que habría de celebrarse en la ciudad colombiana de Cartagena en el mes de julio de 1983, como un homenaje al Libertador a los doscientos años de su nacimiento. Además de esa figuración internacional, el libro tuvo un gran impacto en nuestro

medio jurídico interno, dado que sólo pocos años antes había entrado en vigencia la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (1976), que significó un gran paso hacia lo que luego llegó a ser un sistema contencioso-administrativo sólido, pero que en ese momento carecía de una verdadera doctrina propia.

La segunda circunstancia que rodea a esta ocasión y que merece ser puesta de relieve es el hecho de que, por detrás de todos esos auspiciosos eventos, esté el nombre de una misma persona: Allan R. Brewer-Carías. Fue él quien tuvo la idea de crear una asociación de especialistas y estudiosos dedicados al Derecho Administrativo; fue quien elaboró el proyecto correspondiente, entusiasmó a los más ilustres iuspublicistas del momento y, finalmente, logró que se fundara nuestra Asociación, de la cual llegó a ser, durante muchos años, su incansable y dinámico Secretario General. También estuvo entre los creadores de la Editorial Jurídica Venezolana, uno de los más importantes y pujantes centros de divulgación del pensamiento jurídico venezolano, que hasta hoy mantiene el vigor de sus inicios. Y, finalmente, fue él el autor del libro *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Venezuela*, cuyo texto había elaborado con el propósito de presentarlo en el Primer Congreso de Derecho Administrativo Bolivariano, celebrado en Cartagena en julio de 1983, al cual había sido especialmente invitado.

Desde aquellos momentos, muchas cosas han cambiado. Entre ellas, el nombre de nuestra Asociación, que desde la reforma estatutaria aprobada en julio de 2000, se denomina Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. También el panorama editorial venezolano se ha desarrollado y diversificado notablemente, como lo acreditan los numerosos libros y publicaciones periódicas con producción jurídica de alta calidad, proveniente no solo de las universidades sino de diversos centros de investigación, muchos de ellos de carácter privado. Por su parte, Allan R. Brewer-Carías, en lo esencial, no ha cambiado: siguen presentes en él el mismo dinamismo, aparentemente inagotable; la misma capacidad increíble de trabajo; el mismo interés por temas jurídicos nuevos y de utilidad no sólo académica sino también práctica; la misma dedicación a la producción y difusión del conocimiento jurídico; la misma generosidad y desprendimiento para apoyar a otros en sus iniciativas orientadas hacia la investigación y la difusión del conocimiento...

Todos esos rasgos de su carácter están presentes en lo que es, precisamente, la tercera circunstancia destacable, en relación con la obra que ahora se publica: el hecho de que su autor sea, precisamente, Allan R. Brewer-Carías. Efectivamente, dando muestra concreta de todos esos rasgos que lo caracterizan, el profesor Brewer-Carías procedió a la elaboración de este libro, para marcar significativamente el reinicio de la cooperación editorial con nuestra Asociación. En efecto, al enterarse de cuál era el tema que AVEDA había decidido abordar en sus jornadas anuales, se propuso brindar su apoyo decidido, de una manera particularmente valiosa. Ciertamente, como ya se sabe, nuestras jornadas de

PRESENTACIÓN

noviembre de 2022 estarán dedicadas al Derecho Administrativo Comparado y al Derecho Administrativo Global, ambas disciplinas a las cuales el profesor Brewer-Carías ha dedicado muchísima atención y esfuerzo, sobre todo a la primera de ellas.

Fruto de ese interés son numerosos trabajos, que han sido objeto de diversas publicaciones y de una amplia difusión en congresos y eventos nacionales e internacionales. En un nuevo esfuerzo adicional, procedió este incansable autor a reunir todos esos trabajos y convertirlos en un nuevo libro, que ofreció a AVEDA para ser publicado simultáneamente con la celebración de las jornadas de noviembre de este año, con lo cual se le habrá de dar continuidad a la colección de Publicaciones de la Asociación, por parte de la Editorial Jurídica Venezolana.

El resultado de ese nuevo esfuerzo de Brewer-Carías, emprendido en beneficio de nuestra Asociación, es esta obra que no dudo en calificar de monumental, por su contenido y alcance. En él se encuentran tratados los principales temas del Derecho Administrativo, analizados desde la enriquecedora perspectiva del Derecho Comparado. Con esa visión, encontramos aquí los temas fundamentales relativos a la actividad de la Administración Pública, como son los actos administrativos, los procedimientos administrativos y el control judicial sobre tal actividad; pero también son abordados diversos aspectos de la organización administrativa, sobre todo en algunas de sus manifestaciones más modernas, como son la de la regionalización, la descentralización territorial y las empresas públicas. Algunos de esos estudios habían sido realizados hace varios años, incluso uno de ellos -el dedicado a las empresas públicas- fue su primer trabajo de envergadura elaborado desde la perspectiva del Derecho Comparado, casi recién graduado. Pero todos ellos siguen conteniendo información, ideas y reflexiones de gran actualidad. Incluso, en algunos de ellos, el autor efectuó un trabajo específico de actualización, para tomar en consideración nuevos conceptos o normativas novedosas sobre algún tema. De manera que no se trata de un libro de carácter histórico, sino de una gran utilidad actual.

El libro que hoy nos complacemos en presentar contiene también algunos prólogos que, en su momento, acompañaron a varios de los estudios del profesor Brewer-Carías. Los prólogos, que llevan la firma de prestigiosos profesores de universidades europeas y americanas, no sólo contienen consideraciones muy elogiosas para con los trabajos prologados; también conseguimos en ellos un análisis docto del contenido del respectivo estudio, junto con elaboraciones propias sobre el tema tratado, todo lo cual enriquece notablemente la obra en su conjunto.

Allí podemos consultar, con provecho, las consideraciones de Eduardo García de Enterría sobre el “misterioso *ius commune*” que comienza a aparecer a través de los estudios de Derecho Comparado, trascendiendo fronteras

nacionales; igualmente, las ideas de Roland Drago -mi admirado y bien recordado profesor en el París de los años 70, pidiendo se me excuse esta digresión de índole personal- sobre los beneficios teóricos y prácticos de los estudios de Derecho Comparado, frente a las tendencias modernas mundiales en materia de actividad empresarial del Estado; igualmente valiosos resultan los recuerdos de Jesús González Pérez acerca de la evolución de la legislación sobre los procedimientos administrativos, que lo llevan desde la evocación de lo que fue “la década prodigiosa del Derecho Administrativo español” hasta la exposición de su aproximación personal en relación con el papel que debería jugar la legislación sobre procedimientos administrativos, distinguiendo entre el rol que ha de tener ésta frente a los procedimientos formalizados y los no formalizados, entre los condicionados por su objeto o la función que se ejerce por su intermedio, y aquellos no condicionados por tales circunstancias; asimismo, las consideraciones de Franck Moderne acerca de las denominaciones de “procedimiento administrativo” y “*procedure administrative non-contentieuse*”, y las distinciones que cabe hacer entre ellas, no sólo desde el punto de vista etimológico sino conceptual, así como su análisis sobre la conveniencia o no de adoptar una codificación del procedimiento administrativo, tema tan debatido en la Francia de esos momentos... Todo ello confiere, sin duda, un importante valor añadido al libro que hoy presentamos.

Volviendo a la obra del autor del libro, es necesario destacar la circunstancia de que todo el conocimiento adquirido por él a través de esos estudios de Derecho Comparado de carácter monográfico, sobre temas específicos, lo condujo casi que naturalmente a elaborar una síntesis, con un conocimiento panorámico sobre el Derecho Administrativo en su conjunto. Y esa visión a la vez sintética y sistémica la vertió Brewer-Carías en dos ensayos que incluye al principio de este libro, en la Introducción del mismo.

Se trata, por un lado, de un ensayo general sobre el concepto y el contenido del Derecho Administrativo Comparado; y, por otro, de un estudio que dedica a un tema muy debatido, como es el del concepto mismo del Derecho Administrativo, al cual ya había dedicado un artículo en los años 80, aunque referido en esa ocasión al específico caso venezolano. En esta oportunidad, Brewer-Carías emprende la tarea más ardua aún de intentar esbozar un concepto universal de Derecho Administrativo, dejando de lado los matices y sutilidades conceptuales de las principales corrientes del pensamiento jurídico-administrativo, y abordándolo desde una perspectiva más realista y, quizá, más provechosa. Efectivamente, trata aquí el autor de alcanzar ese concepto “precisando el contenido del derecho que es común y normal a la Administración Pública y que se puede moldear en torno a (varios) bloques de regulación”, a partir de lo cual procede a enumerar esos diferentes bloques -siete, en total- que, en su criterio, conforman el objeto del Derecho Administrativo. Sobre esa base conceptual, se dedica Brewer-Carías a exponer lo que son, a su parecer, las

PRESENTACIÓN

características fundamentales y los principios básicos de nuestra disciplina a nivel, podríamos decir, universal. Tal tarea la ejecuta con la maestría y el rigor que lo caracterizan, y con base en el extensísimo conocimiento que le han forjado tantos años de oficio en el Derecho Comparado. El resultado es un ensayo de una gran profundidad, de lectura imprescindible para todo estudioso del Derecho Administrativo actual.

Finalmente, es necesario recordar que el objeto de este libro no lo constituye sólo el Derecho Administrativo Comparado, sino que abarca también el denominado Derecho Administrativo Global, al igual que como habrán de hacerlo las jornadas de AVEDA que tendrán lugar a fines del presente año. Pues bien, a este tema le dedica Brewer-Carías la última parte de su libro, en el que sintetiza de manera clara y acuciosa lo que significa este vocablo de relativamente reciente acuñación, en tanto que intento doctrinario por explicar y analizar fenómenos sociales, políticos, económicos y jurídicos que están en el origen o son el resultado del fenómeno de la llamada globalización. Nuevas administraciones públicas no pertenecientes a ningún Estado en particular, pero ejerciendo funciones públicas; nuevas regulaciones emanadas de autoridades no estatales, pero que disciplinan tanto a organismos oficiales de los Estados como a sus ciudadanos; y, por supuesto, mecanismos de control sobre esas actividades o de tutela de los ciudadanos frente a tales actuaciones a-estatales, pero con efectos similares a las realizadas en ejercicio de potestades públicas.

Todo ese interesante marco conceptual expuesto por el profesor Brewer lo aplica a un área específica: la actividad desplegada por la INTERPOL, organismo a-estatal dedicado a la cooperación policial internacional en la lucha contra delitos comunes, de la que todos hemos oído hablar por noticias de prensa, pero cuya verdadera naturaleza y régimen jurídico aplicable nos era seguramente ajeno a muchos, hasta la lectura de este detallado estudio. Y ese estudio jurídico objetivo va seguido de la referencia a un caso específico, del cual el autor fue involuntaria e inmerecidamente protagonista y que todo lector leerá, estoy seguro, con mucho interés, por tratarse de un caso real, visto desde la perspectiva de su protagonista, pero con la objetividad y el profesionalismo jurídico que un maestro como Brewer-Carías puede imprimirle a un asunto en el que indudablemente habrán de estar involucrados sentimientos y emociones de tipo personal. Este último estudio también había sido publicado previamente y en el presente libro se incluye el prólogo que elaboró en esa ocasión el profesor José Antonio Muci Borjas, que tampoco puede dejar de leerse, porque en él se encontrarán con valiosa información y consideraciones sobre el Derecho Administrativo Global, escritas con la cuidada prosa que caracteriza al prologuista.

Estimo innecesario prolongar más esta presentación, debido a que lo más útil para los lectores será el adentrarse de inmediato en lo escrito por Brewer-Carías, así como por los diferentes prologuistas de sus trabajos. Estos párrafos

GUSTAVO URDANETA TROCONIS

sólo tienen la intención de expresar mi más profunda complacencia, en nombre de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativa (AVEDA), por la reanudación de la colaboración con la Editorial Jurídica Venezolana, que esperamos pronto cuente con un número importante de publicaciones, contentivas de estudios elaborados por otros de sus miembros.

Caracas, mayo 2022

NOTA DEL AUTOR

SOBRE MI AFICIÓN POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO

Este libro recoge mis estudios de *derecho administrativo comparado* escritos y publicados entre 1966 y 2021; materia a la cual he tenido la oportunidad e interés de dedicar mi atención desde el propio comienzo de mis estudios de derecho.

I

Testimonio de ello fue lo que afirmó el profesor Antonio Moles Caubet, Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, en el *Informe del Tutor* que presentó el 15 de enero de 1964 a la Facultad de Derecho sobre mi Tesis de Doctorado intitulada *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, redactada íntegramente en París entre 1962 y 1963, en un total de 733 páginas mecanografiadas.

Dijo el profesor Moles que no solo “*el acopio de datos básicos*” de material que yo que había realizado para redactar la Tesis le confería “al estudio efectuado la seriedad propia de una auténtica tesis doctoral,” sino que en la misma hice “*una exposición clara, precisa y contraída a sus metas, con un estilo fluido que facilita su lectura,*” y que la había redactado con un “*enfoque temático*” efectuado “*conforme a una rigurosa metodología,*” representando “*el intento, perfectamente logrado, de hacer una exposición comparativa del Derecho Administrativo venezolano que, a través de semejante prisma categorial, permite ser bien conocido y valorado.*” Moles consideró, además, que “*la utilización del método comparativo,*” además de otros logros,” me había obligado “*a depurar los conceptos jurídicos,*” lo que me impuso “*simultáneamente, la ineludible escrupulosidad terminológica.*” Concluía Moles destacando que:

“*Los aciertos que sobresalen consisten en la precisión dentro de la sobriedad, el acopio selectivo de datos, el tratamiento dado al temario y la sencillez del lenguaje, sin detrimento de su rigor técnico, todo lo cual añade a este trabajo una cualidad evidentemente didáctica.*”

La Tesis, premiada con publicación, fue inmediatamente editada con el título *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana* (Universidad Central de Venezuela, Caracas 1994), habiendo servido de manual de la disciplina durante varias décadas. De paso debo recordar que la experiencia de visitar casi a diario los talleres de la Imprenta Universitaria durante todo el proceso de edición de la obra, fue el inicio de mi aprendizaje en la técnica editorial, que todavía sigo aprendiendo.

II

La apreciación del profesor Moles sobre la utilización del método comparado en la elaboración de mi Tesis de doctorado no la pude olvidar, pues siempre he pensado que quienes hemos estudiado derecho en América Latina, bien entendido, cuando se ha estudiado con rigor y seriedad, puede decirse que fuimos formados como comparatistas natos.

Y no podría ser de otra forma: siendo nuestras instituciones jurídicas todas tributarias de los derechos europeos, ante la escasa bibliografía nacional que entonces existía, ello nos obligó a estudiar por los textos de los libros de autores franceses, italianos, alemanes y españoles, y a través de ellos, tratar de llegar a las raíces últimas de nuestras instituciones.

Esa aproximación comparativa, en mi caso, la apliqué al estudiar todas las materias de mis cursos de derecho (1957-1962), habiendo redactado en casi todas ellas, manuscritos extensísimos, donde recogí todas mis investigaciones comparadas, y cuyos originales ahora se conservan en la *Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello* de Caracas. Uno de esos manuscritos, el de los *Esquemas de Derecho Administrativo I* que redacté en 1958 mientras cursaba la materia que impartía el profesor Gonzalo Pérez Luciani, fue publicado multigrafiado por el Centro de Estudiantes de la Facultad para uso de los estudiantes (Editorial Mohingo, 1958). Y así sirvieron durante varios años.

En dicho texto, que recogí en 2014 en mi libro *Derecho administrativo. Escritos de Juventud (1958-1964)*, (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014), se puede apreciar el manejo de la bibliografía europea y con ello, el manejo intuitivo del método comparativo, confrontando las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos con el propósito de comprender el sistema propio que estaba estudiando.

III

Mi involucramiento con el derecho comparado como disciplina jurídica autónoma, sin embargo, vino posteriormente cuando tuve que asumir la tarea de estudiar una serie de instituciones jurídicas específicas, en el marco de los trabajos de la *Academia Internacional de Derecho Comparado* de La Haya, para poner de relieve los rasgos comunes de diversos sistemas y ordenamientos

jurídicos positivos referidos a las mismas, mediante su estudio y confrontación, destacando sus diferencias y semejanzas para poder conformar una doctrina general que pudiera servir para el progreso de la disciplina en el mundo.

Y ello ocurrió casualmente, cuando el profesor Roberto Goldschmidt, entonces Director del Instituto de Derecho Comparado del Ministerio de Justicia, y a quien había conocido durante el tiempo en el cual me desempeñé como Consultor Jurídico Adjunto de dicho Ministerio (1963-1964) (donde teníamos las Oficinas una al lado de la otra), me propuso unos años después, en 1965, en el marco de los trabajos de investigación que tenía a mi cargo en el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, que asumiera la tarea de elaborar un estudio de derecho comparado sobre el tema de *Las actividades industriales y comerciales del Estado*, para ser presentado como Ponencia General en el VII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado que se celebraría en Uppsala, Suecia en 1966.

Goldschmidt, quien era miembro reconocido de la Academia desde hacía lustros, había sido designado Ponente General sobre dicho tema. Sin embargo, siendo uno de los más destacados comercialistas y comparatistas de la época, entendió claramente que el tema que se le había asignado en realidad era más un tema de derecho público que de derecho mercantil, pues en definitiva se trataba del estudio de *Las empresas públicas en el derecho comparado*. Pero a la vez no quería desistir ante la Academia del encargo que se le había hecho de manera que no quedase en el programa del Congreso ningún Ponente General de América Latina, pues desde su arraigo en Venezuela se consideró parte de nuestro mundo.

Y así fue como el profesor Goldschmidt me propuso que asumiera dicha tarea. Como joven profesor entonces, a mis 26 años, asumí aquel tremendo reto de redactar la Ponencia General en francés -lo que normalmente es asignado en la Academia a profesores reconocidos y consagrados en el mundo- partiendo, no solo de las Ponencias nacionales recibidas, sino de toda la bibliografía que pude encontrar en el mundo sobre el tema, concluyendo con la presentación del trabajo en Uppsala en el marco de las sesiones del *VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*.¹

Afortunadamente, el profesor Goldschmidt no quedó defraudado con el reto que me había lanzado, con el cual entré de lleno en el mundo del derecho comparado. Sobre el trabajo presentado, el profesor John Hazard, distinguido compararista norteamericano, profesor en la *Columbia Law School* de Nueva York, en el Prólogo que escribió para la edición del libro en castellano (*Las*

¹ El trabajo en su versión original se publicó como: Allan R. Brewer-Carías, “Le régime des activités industrielles et commerciales des pouvoirs publics en droit comparé” en *Rapports Généraux au VII^e Congrès International de Droit Comparé, Acta Instituti Uppsaliensis Jurisprudentiae Comparativae*, Stockholm 1966, pp. 484-565.

empresas públicas en el derecho comparado, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1967), cuyo texto forma el **Libro Primero de esta obra**, al destacar el trabajo realizado en el Congreso de Uppsala, expresó lo siguiente:

“En un remarcable informe, el profesor Brewer Carías, hizo un análisis, no sólo de los informes presentados, sino también de la bibliografía general sobre la materia. Todos los participantes estuvieron de acuerdo en considerar que sintetizó y analizó los problemas y tendencias involucrados, con maestría. Se le alentó para que ampliara sus trabajos ya realizados y para que publicara los resultados. Este volumen es testimonio fiel de su capaz análisis y de la claridad con que ha presentado un tópico complejo en una forma legible.

En mi calidad de miembro de la Academia que tuvo el privilegio de presidir las discusiones de Uppsala, es para mí un honor y un placer presentar su estudio al amplio público que merece.”

Por su parte, el profesor Roland Drago, Secretario permanente de la Academia Internacional de Derecho Comparado y Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de París, en el Prólogo que redactó para la edición del libro en francés por la *Faculté Internationale pour l’enseignement du de Droit Comparé* (París 1968), expresó que:

“Desde que se tuvo conocimiento en el curso del Congreso de la Academia de Derecho Comparado que tuvo lugar en Uppsala durante el verano de 1966, de la muy importante Ponencia general presentada por el profesor Allan Randolph Brewer-Carias de la Universidad Central de Venezuela, fuimos muchos que lo incitamos a transformar su Ponencia en una obra. Es que esta Ponencia era ya de notables cualidades de síntesis y que se basaba en una considerable documentación proveniente de diversos sistemas jurídicos. Hubiera sido en consecuencia lamentable que solo subsistiera como documento interno del Congreso.”

El profesor Drago calificó el libro que resultó de la Ponencia general, como “la obra más actual sobre las empresas públicas en el derecho comparado,” concluyendo que no dudaba en decir “que se trata, hoy, de la mejor síntesis realizada a propósito del régimen de las empresas públicas en el mundo,” concluyendo sus apreciaciones indicando que:

“En total, he aquí un libro al cual los lectores en lengua francesa acudirán con frecuencia, el cual les permitirá descubrir las cualidades eminentes de un autor muy representativo de la joven doctrina del derecho administrativo en Venezuela y en la América Latina.”

IV

Lo cierto de esa experiencia del Congreso de Uppsala, y de la acogida que tuvo mi trabajo, fue que desde entonces quedé vinculado a la muy importante Academia Internacional de Derecho Comparado, habiendo sido electo de inmediato como Miembro Asociado de la misma, pasando luego a ser electo como Académico Titular en 1982, y en la cual serví como Vicepresidente desde 1982 hasta 2010.

Durante esas décadas, la Academia me encargó la elaboración de otras Ponencias generales que fueron las siguientes: Ponente General del tema *Les limites a la liberté d' information en droit compare (presse, radio, cinéma, télévision)*, VIII International Congress of Comparative Law, Pescara, Italia, septiembre 1970;² Ponente General del tema *Regionalization in Economic Matters in Comparative Law*, IX International Congress of Comparative Law, Téhéran, Septiembre 1974;³ Vice Presidente del Comité Organizador y Ponente general del tema: *La décentralization territoriale. Autonomie territoriale et regionalisation politique*, IX Congrès Internationale de Droit Comparé, Caracas Septiembre 1982;⁴ Ponente General del tema *Les protections constitutionnelles et légales contre les impositions confiscatoires*, XIII International Congress of Comparative Law, Montreal, Canadá Septiembre 1990;⁵ Ponente general sobre el tema *Constitutional Implications of Regional Integration in Comparative Law*, XIV Internacional Congress of Comparative Law, Bristol, Reino Unido, Agosto 1994;⁶ y Ponente General sobre el tema

² El trabajo en su versión original se publicó como: Allan R. Brewer-Carías, “Las limitaciones a la libertad de información en el Derecho Comparado (Prensa, Radio, Cine y Televisión)” en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 47, Universidad Central de Venezuela, Caracas, diciembre 1970, pp. 9-47; y en *Revista Orbita*, Nos. 5-6, Caracas 1973, pp. 55-88.

³ El trabajo en su versión original se publicó como: Allan R. Brewer-Carías, “Regionalization in Economic Matters in Comparative Law” en *Rapports Generaux au IX Congrès International de Droit Comparé*, Teherán 1974, Bruselas 1977, pp. 669-696.

⁴ El trabajo en su versión original se publicó en castellano como: Allan R. Brewer-Carías, “La descentralización territorial: Autonomía territorial y regionalización política”, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, N° 218, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, abril-junio 1983, pp. 209-232.

⁵ El trabajo en su versión original se publicó como: Allan R. Brewer-Carías, “Les protections constitutionnelles et légales contre les impositions confiscatoires”, *Rapports Généraux XIIIe Congrès International*, Académie Internationale de Droit Comparé, Montreal 1990, pp. 795-824; “Las protecciones constitucionales y legales contra las tributaciones confiscatorias” en *Revista de Derecho Público*, N° 57-58, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-junio 1994, pp. 5-24.

⁶ El trabajo en su versión original se publicó como: Allan R. Brewer-Carías, *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, 163 pp.

Constitutional Courts as Positive Legislators, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington julio 2010.⁷

Casi todas las Ponencias Generales que se me encomendaron fueron sobre temas de derecho constitucional comparado, por lo que en esta obra sobre Derecho administrativo comparado, además del libro sobre *Las empresas públicas en el derecho comparado*, solo se publica, formando el **Libro Segundo de esta obra**, el texto de la Ponencia General presentada en el IX Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en Teherán en septiembre de 1974, sobre *Regionalización en materia económica en el derecho comparado*; y el texto de la Ponencia General presentada en el IX Congreso Internacional de Derecho Comparado que, bajo mi organización, se celebró en Caracas en septiembre 1982, sobre *La descentralización territorial. Autonomía territorial y regionalización política*.

Los otros estudios de derecho constitucional presentados como Ponencias generales en los Congresos de la Academia Internacional, espero poder publicarlos en otro volumen sobre *Estudios de derecho constitucional comparado*.

V

Pero mis estudios de derecho administrativo comparado no se quedaron en mis trabajos de investigación vinculados con los trabajos de la Academia Internacional de Derecho Comparado, sino que también fueron el resultado de algunos cursos que me tocó enseñar en Universidades en el extranjero, comenzando por *Faculté Internationale pour l'enseignement du de Droit Comparé*, en cuyos Curso participé: primero, en un curso sobre *Les problèmes juridiques de l'integration latinoamericaine*, en el *Programme sur les organisations politiques et économiques de l'Amérique Latine*, Sesión de París, organizado por el Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, en octubre de 1967; y en el curso sobre *Les entreprises publiques en droit comparé*, en el *Cours de deuxième cycle (Diplome de droit comparé)*, organizado por el *Institut d'Etudes Judiciaires*, en Beirut, en septiembre de 1973.

Sobre ello el profesor Eduardo García de Enterría destacó en el prólogo que redactó para mi libro *Principios del Procedimiento Administrativo* (Editorial Civitas, Madrid 1990), que forma el **Libro Tercero de esta obra**, que fue el resultado de que “*prestigiosas Universidades europeas le han llamado a su seno para explicar cursos de derecho comparado, en el que ha pasado a ser uno de los valores universales reconocidos.*”

Dicho Prólogo, en efecto, se refirió a la versión en castellano del curso que dicté como profesor asociado en la Universidad Paris II, entre 1989 y 1990, en el

⁷ El trabajo en su versión original se publicó como: Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York 2011, 932 pp.

curso del Tercer Ciclo de los profesores Roland Drago y Jean Michel Lemoine des Forges, sobre el tema *La procédure administrative non-contentieuse, France, Espagne et Amérique Latine*, destacando de la obra, que su importancia fue:

“poner de manifiesto cómo los mismos problemas aparecen en todos los países y son abordados y resueltos con soluciones paralelas. El Derecho Comparado, cuando se maneja con el magisterio bien adquirido y ejercitado por Brewer, hace aparecer un misterioso ius commune que no viene tanto de influencias recíprocas que, naturalmente, también existen (por ejemplo: puede señalarse una corriente clara de influencia de la Ley española de 1958 sobre algunos países hispanoamericanos), como, sobre todo, de que, al fin, las soluciones de los problemas jurídicos se ordenan alrededor de unos cuantos principios comunes capaces de alumbrar un repertorio no demasiado extenso de soluciones “tópicas.”

Brewer ahonda así, con su visión panorámica y omnicomprendiva, los principios generales del procedimiento administrativo y ofrece multitud de sugerencias provechosas para el perfeccionamiento de cada uno de los sistemas nacionales que estudia, entre ellos, por supuesto, el nuestro.”

Concluyó el profesor García de Enterría su Prólogo indicando que con el trabajo puse:

“al día un capítulo esencial del Derecho Público contemporáneo, con una amplitud de conocimientos que sorprende y un criterio seguro y riguroso, de forma que aprovechará con seguridad a los juristas de muchos países.”

Por su parte, el profesor Frank Moderne, Profesor de la Universidad de París II y entonces director de la *Revue française de droit administratif*, en su Prólogo a la edición en francés de la misma obra (*Les Principes de la Procédure Administrative Non Contentieuse (Etudes de droit comparé: France, Espagne, Amérique Latine*, Económica, París, 1992) explicó así su apreciación sobre la obra:

“He aquí una verdadera obra de derecho público comparado. Y su autor, A.R. Brewer-Carías, tenía todos los títulos requeridos para hacerla. Además de su perfecta maestría del derecho del continente Sur Americano, él tiene sobre los derechos europeos (y particularmente del derecho francés y español) un conocimiento que le podrían envidiar muchos juristas continentales. ¿Quién además de él estaba autorizado a emprender una marcha que no había sido jamás intentada: establecer los principios comparados del “procedimiento administrativo no contencioso” en los derechos de países latinoamericanos juiciosamente escogidos (Argentina, Colombia, Costa Rica, Perú, Venezuela y Uruguay), de España y de Francia?

El resultado lo prueba. Los principios generales que sostienen el marco de la acción administrativa -y particularmente la acción unilateral, la más formidable para los administrados- se muestran más próximas de lo que uno se pudiera imaginar.”

VI

Otro curso de derecho administrativo comparado que me correspondió impartir fue en la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario en Bogotá, entre 1998 y 2002, sobre *Los principios del procedimiento administrativo en América Latina*, que preparé, en este caso, partiendo directamente del estudio del articulado de cada una de las leyes de procedimiento administrativo que para ese momento existían en nuestros países.

Ello llevó al profesor Jesús González Pérez, Catedrático de Derecho Administrativo de España y, sin duda el más destacado comparatista en la materia, a indicar en el Prólogo al libro que se publicó con base en el material del curso (*Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Editorial Legis, Bogotá 2003), que:

“el libro es mucho más. Estudia, efectivamente -y exhaustivamente- los principios que informan los Ordenamientos jurídicos de estas Naciones. Pero, partiendo de cada uno de ellos, va examinando las reglamentaciones respectivas, con sus similitudes y diferencias, ofreciendo un ejemplo de lo que debe ser un estudio de Derecho comparado. Y como el procedimiento administrativo es el cauce de la función administrativa y las leyes de procedimiento administrativo extienden su regulación al régimen jurídico de la actividad en que se concreta tal función, este nuevo libro del Prof. Brewer-Carías viene a ser un Manual, un excelente Manual de Derecho administrativo, del que puede decirse lo que él dijo de la Ley General de la Administración pública de Costa Rica de Eduardo Ortiz Ortiz: que en él se encuentra explicado el Derecho administrativo, como si se tratase del desarrollo de un programa de un curso sobre esta disciplina expuesto en un muy hermoso y rico texto.”

Posteriormente, el texto del libro editado en Bogotá en 2003, me sirvió de base para elaborar, actualizado con el estudio de las nuevas leyes que se habían sancionado hasta 2020 en el Continente, el “Estudio preliminar sobre Principios del procedimiento administrativo en el derecho comparado Iberoamericano, publicado en el libro *Código de leyes de procedimiento Administrativo de Iberoamérica* (Colección de derecho público de Iberoamérica, Editorial Jurídica venezolana, 2021), que es el texto que forma el **Libro Cuarto obra**. Ese mismo trabajo lo publicó Editorial Olejnik (Buenos Aires, Madrid) en 2020.

VII

Otro estudio de derecho administrativo comparado que me correspondió elaborar fue el estudio sobre *La Justicia administrativa en América Latina*, que fue el texto que sirvió de base para mi exposición en el *XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, “20 Años de la Nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo,” Universidad de Murcia, 8 y 9 de febrero de 2019,⁸ al cual fui invitado por el profesor Fernando López Ramón, Catedrático de derecho administrativo de la Universidad de Zaragoza.

La Ponencia la escribí íntegramente partiendo del estudio y análisis de todas las Leyes que regulan la Jurisdicción y el procedimiento contencioso Administrativo en la América hispana, y su texto fue luego publicado como “Estudio preliminar” de mi libro *Leyes de lo contencioso administrativo en América Latina. Con un estudio preliminar sobre la justicia administrativa en el derecho comparado latinoamericano* (Colección Derecho Público Iberoamericano No. 7, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas / New York, 2019), y luego como libro: *La justicia administrativa en América Latina*, (Ediciones Olejnik, Buenos Aires, Santiago de Chile, Madrid 2019), cuyo texto forma el **Libro Quinto de esta obra**.

VIII

Por último, en virtud del interés de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo AVEDA, no solo sobre el tema del derecho administrativo comparado sino sobre los temas de derecho administrativo global, se incluye como **Libro Sexto de esta obra**, el texto del libro sobre *Procedimiento Administrativo Global ante Interpol*, publicado originalmente por la Editorial Investigaciones Jurídicas de San José Costa Rica en 2015, en el cual me referí específicamente al procedimiento administrativo desarrollado ante esa Administración Global de cooperación policial, tal como está regulado en sus propios Estatutos. Lo importante del tema es que en los mismos se garantizan los derechos de las personas y su protección incluso contra los Estados Miembros a los cuales es posible enfrentar si abusan de sus facultades y pretenden utilizar a la Organización para fines distintos a la cooperación policial en materia de delitos comunes. El libro fue el producto del estudio que tuve que hacer sobre dicho procedimiento administrativo global para protegerme frente a los intentos del

⁸ El trabajo en su versión original se publicó como: Allan R. Brewer-Carías, “La justicia administrativa en el derecho comparado latinoamericano,” en Fernando López Ramón y Julián Valero Torrijos (Coordinadores), *20 años de la Ley de lo Contencioso administrativo. Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Murcia, 8-9 de febrero de 2019*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2019, pp. 573-632.

Estado venezolano de utilizar ilegítimamente a la Interpol, en contra de sus Estatutos, para perseguirme políticamente. El libro fue además publicado por Ediciones Olejnik en 2020.

IX

Todos los Libros antes referidos que forman esta obra están precedidos de una **Introducción General**, en la cual se recogen tres estudios sobre el tema general del derecho administrativo comparado y global:

El primero, con el título, precisamente de “Derecho Administrativo Comparado,” fue elaborado para el libro de Lucio Pegoraro (Coordinador General), *Glosario de Derecho Público Comparado*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México 2012 (pp. 84-90); el segundo, sobre “El concepto del derecho administrativo,” fue publicado en el libro de Jaime Rodríguez Arana y Libardo Rodríguez (Directores), *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, Instituto Nacional de Administración Pública, Granada 2015, (pp. 25-71); y el tercero, “Sobre el derecho administrativo global” fue el texto de la Conferencia inaugural dictada en el *Curso Internacional de verano sobre Derecho Administrativo Global*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 5 de julio de 2022.

IX

Vistos todos estos trabajos retrospectivamente, aprecio que conforman un cuerpo doctrinario sobre el derecho administrativo comparado, que sin duda puede ser de utilidad no solo para el estudio de las instituciones tratadas en cada uno de los países, con miras no solo a su eventual perfeccionamiento, sino para destacar las virtudes que tienen cuando se las compara con las reguladas en otros países.

Agradezco a la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo la iniciativa que tomó de publicar esta obra en la Colección de las publicaciones de AVEDA, la cual me correspondió iniciar en 1983. E, igualmente, agradezco a mi querido amigo, alumno y colaborador durante tantos años en el Instituto de Derecho Público, el profesor Gustavo Urdaneta Troconis, Presidente de la Asociación y Director del Instituto, que me haya hecho el honor de presentar esta obra.

Nueva York, octubre de 2022

PRÓLOGOS A LOS LIBROS QUE SE INTEGRAN EN ESTA OBRA

POR:

**JOHN HAZARD, ROLAND DRAGO,
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA,
FRANK MODERNE, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ,
JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS**

I

**PRÓLOGO AL LIBRO: *LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN EL DERECHO
COMPARADO*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1967, por el
profesor John HAZARD, de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Columbia, Nueva York**

Los Estados modernos, aun los más vinculados con la empresa privada, han sentido la necesidad de organizar métodos eficientes para dirigir la actividad económica por parte del Estado. Ya está lejano el tiempo en que sólo los arsenales, los servicios postales y los ferrocarriles constituían las principales actividades económicas del Estado. Hoy, los Estados socialistas marxistas dirigen toda la economía a través de agencias estatales, y hasta los Estados Unidos de América consideran conveniente producir electricidad, irrigar valles, manufacturar combustible atómico y llevar a cabo una serie de empresas menores, poseídas por los Gobiernos Federal o Estadales o por las Municipalidades.

El problema de los expertos en asuntos gubernamentales ha sido hallar un sistema de acuerdo al cual la actividad estatal pueda expandirse hacia nuevos campos, ajustándose a la vez a los problemas especiales de cada sociedad, incluyendo las actitudes tradicionales referentes a cómo debe ser llevado el Gobierno. Los británicos deben enfrentarse al peligro de debates parlamentarios interminables, si la tradicional pregunta parlamentaria puede formularse con respecto a detalles de la actividad económica. Los americanos pueden dudar

acerca de cómo pueda el Congreso mantener su control tradicional sin menoscabar la libertad de decisión de los directores de planta. Los países socialistas marxistas pueden considerar qué es necesario para establecer iniciativas a nivel de las empresas, sin crear un nuevo estrato dirigente que se convierta en ley, en sí mismo. Para cada uno de esos supuestos existe un problema, que requiere cuidadosa atención. Sin embargo, en todos ellos hay algo en común, lo que ha originado un interés intenso en la comparación de experiencias. Los funcionarios gubernamentales y sus consejeros legales se han inclinado, como en algunos otros campos, hacia el estudio comparativo para obtener nuevas soluciones de los complejos problemas de las empresas económicas poseídas y dirigidas por el Estado en una compleja sociedad moderna.

A causa de esta sed de materiales comparativos, las asociaciones internacionales de académicos han puesto cada vez más su atención en los estudios realizados por expertos sobre la Corporación Pública y sus variantes. Se han efectuado mesas redondas en las que han participado profesores de muchos países. No se han dejado de considerar soluciones introducidas en diferentes sistemas económicos, porque todas tienen una causa común para el estudio de soluciones teóricas, independientemente del medio en el cual ha de desenvolverse la Empresa. Naturalmente, según los diferentes tipos de sociedad, se hace especial énfasis en determinados puntos: puede conceptuarse a la dirección estatal como ineficiente y propugnar el mantenimiento, en la Empresa del Estado, de las mejores características inherentes al sistema de empresa privada y, en otros casos, puede considerarse la Empresa privada como dispendiosa y por ello tratar de descartar la mayor parte posible de sus características. A pesar de todo esto, existe el problema común de producir un bien o un servicio a un costo mínimo, y con la mayor satisfacción posible tanto para la dirección como para los obreros. Ningún Estado, sea cual fuere su orientación política, puede durante mucho tiempo subsidiar la producción o planificar, sin tener en cuenta el elemento humano, representado por los hombres que trabajan o dirigen la Empresa. Asimismo, los sindicatos tienen funciones diferentes en los diversos sistemas económicos, pero en todos ellos reclaman ser oídos, con mayor o menor intensidad; lo mismo sucede en el sector empresarial. Por estas razones, la actividad comparativa en el campo de las Empresas públicas, no se hace en relación a entidades disímiles. Hay, por tanto, más aspectos en común que en contraste en este campo.

Entre todos los esfuerzos por presentar comparaciones fructíferas en este aspecto, el de la Academia Internacional de Derecho Comparado ha sido el más amplio. En su VII Congreso de Derecho Comparado, celebrado en Uppsala, Suecia, durante el mes de agosto de 1966, expertos de muchas naciones y de distintos sistemas económicos, discutieron conjuntamente las tendencias actuales de esa cuestión. Se habían sometido con mucha anterioridad diversos

informes, sintetizados por un Ponente General, el profesor Allan-Randolph Brewer Carias, de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. En un remarcable informe, el profesor Brewer Carias hizo un análisis, no sólo de los informes presentados, sino también de la bibliografía general sobre la materia. Todos los participantes estuvieron de acuerdo en considerar que sintetizó y analizó los problemas y tendencias involucrados, con maestría. Se le alentó para que ampliara sus trabajos ya realizados y para que publicara los resultados. Este volumen es testimonio fiel de su capaz análisis y de la claridad con que ha presentado un tópico complejo en una forma legible.

En mi calidad de miembro de la Academia que tuvo el privilegio de presidir las discusiones de Uppsala, es para mí un honor y un placer presentar su estudio al amplio público que merece.

John N. HAZARD

Profesor de Derecho Público,
Columbia University, New York

II

**PRÓLOGO AL LIBRO: LES ENTREPRISES PUBLIQUES EN DROIT
COMPARÉ, Faculté pour l'enseignement du droit comparé,
Paris 1968, por el profesor Roland DRAGO, de la Facultad de Derecho y
Ciencias económicas de Paris**

Lorsqu'on eut pris connaissance, au cours du Congrès tenu à Uppsala pendant l'été 1966 par l'Académie internationale de droit comparé, du très important rapport général établi par le professeur Allan Randolph Brewer-Carías de l'Université centrale du Venezuela, nous fûmes plusieurs à inciter le rapporteur général à transformer son rapport en ouvrage. C'est que ce rapport témoignait déjà de remarquables qualités de synthèse et qu'il reposait sur une documentation considérable provenant des divers systèmes juridiques, Il eût donc été regrettable de le voir seulement subsister comme document interne au Congrès et seulement en langue espagnole.

Le professeur Brewer-Carías a entendu notre appel et il s'est mis au travail, en transformant son rapport pour en faire l'ouvrage le plus actuel sur les entreprises publiques en droit comparé. Le thème du Congrès d'Uppsala était seulement "le régime des activités commerciales et industrielles de l'Etat." Le titre même de l'ouvrage montre que l'auteur ne s'est pas contenté de donner à son rapport une forme imprimée. Il a repensé et reconstruit la matière, pour donner à son étude une forme plus dynamique en abordant un des problèmes qui se trouve au centre de toutes les préoccupations des juristes, d'autant plus qu'il touche autant au droit public qu'au droit privé. Après une édition en tangué espagnole et une autre en langue anglaise, voici l'édition française de ce livre. On n'hésite pas à dire qu'il s'agit, à ce jour, de la meilleure synthèse réalisée à propos du régime des entreprises publiques dans le monde.

*Certes nous n'oublions pas la belle étude collective présentée par M. W. Friedman, *The Public Corporation* (Toronto, 1954). Mais les choses ont beaucoup changé depuis quatorze ans et il était bon de reprendre la recherche.*

A notre avis l'intérêt d'une telle étude peut se situer à quatre points de vue:

1) Du point de vue du régime juridique, la synthèse est difficile à faire entre les diverses formes d'entreprises publiques telles qu'elles existent dans la plupart des pays de l'Europe continentale connaissant un dualisme juridique fondamental, les pays de common law qui ignorent ce dualisme, les pays latino-américains qui se situent dans une position moyenne et les Etats socialistes où le domaine de l'entreprise publique est considérable. Essayer de trouver des lignes de force au milieu de cette diversité paraît impossible. Certes on sent l'unité derrière la diversité, mais encore faut-il à la fois connaître parfaitement l'ensemble des règles qui s'appliquent à ces entreprises pour pouvoir justifier l'existence de "types idéaux"

2) Le travail d'analyse n'est pas ici un simple jeu intellectuel, car la tendance à l'harmonisation des législations est une des tendances du monde moderne (et un des bienfaits du droit comparé). Un travail comme celui-ci facilitera cette harmonisation qui est tentée aujourd'hui pour les pays du Marché commun (art. 54 - 3, 8 et 58 du Traité de Rome) et qui peut l'être demain pour les pays de l'Amérique latine. Une étude comme celle du professeur Brewer-Carías permettra de tels rapprochements ou, mieux, elle les a déjà réalisés.

3) La tendance la plus récente du droit des entreprises publiques est incontestablement la tendance au regroupement. Qu'il s'agisse de "holdings publics" ou de groupes industrialisés constitués par les filiales d'une entreprise-mère, les groupements sont amenés à avoir une activité qui dépasse nécessairement les frontières de l'Etat qui les a créés. Ainsi les entreprises publiques ont, pour la plupart, une activité internationale qui impose à chacun une connaissance complète de leurs règles de fonctionnement lorsqu'il s'agit de traiter avec elles. Cette préoccupation pratique n'est pas étrangère à l'auteur, qui n'a pas seulement su élaborer une théorie juridique, mais aussi analyser toute l'activité commerciale des entreprises.

4) La règle d'or des entreprises publiques est celle de l'autonomie. Mais l'autonomie postule un contrôle de la part de l'Etat et il ne faut pas s'étonner de constater que M. Brewer-Carías ait consacré une des deux parties centrales de son livre à cette question. Il passe en revue les diverses formes de contrôle et on notera, en particulier, l'originalité des développements qu'il consacre au contrôle exercé par les groupements d'intérêts.

Au total voici un livre auquel les lecteurs de langue française auront souvent recours et qui leur permettra de découvrir les éminentes qualités d'un auteur très représentatif de la jeune doctrine de droit administratif au Venezuela et en Amérique latine.

PROLOGO AL LIBRO: LES ENTREPRISES PUBLIQUES EN DROIT COMPARE

L'ouvrage porte le numéro 11 des publications de l'Association internationale de droit comparé et de la Faculté internationale pour l'enseignement du droit comparé. Ces publications sont dédiées à Felipe de Sola Cañizares. Il avait souhaité cette collection et en avait déjà jeté les bases. Quelle émotion pour ses disciples et ses amis de voir se matérialiser son œuvre dans des travaux de la qualité du livre de M. Brewer-Carías!

Roland DRAGO

Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris

III

PRÓLOGO AL LIBRO: PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO (ESPAÑA, FRANCIA Y AMÉRICA LATINA), Editorial Civitas, Madrid 1990, por el profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Catedrático de Derecho Administrativo, España

Me honro en prologar este excelente libro del Profesor Brewer-Carías, bien conocido y estimado de los universitarios españoles.

Entre los iuspublicistas hispano-americanos, el Prof. Brewer-Carías ocupa un lugar de primer orden. Es el más brillante de los iuspublicistas formados en la Universidad Nacional de Caracas por el profesor español exiliado Antonio Moles, que acaba de fallecer, tras una larga y fecunda carrera. Brewer accede por ello muy joven al profesorado y emprende una obra sistemática de reordenación de todo el Derecho Público venezolano que asombra por su regularidad, por su ambición y por la seguridad de su criterio técnico servido por una ágil mente jurídica y por una formación de una amplitud excepcional. Hoy el Derecho Público venezolano, Administrativo y Constitucional, ha quedado conformado en su conjunto sistemático y en partes sustanciales del mismo por las construcciones de Brewer-Carías.

*Pero su actuación de jurista no ha quedado limitada al ámbito de su patria. Brewer-Carías ha sido promotor de una toma de conciencia común sobre el Derecho Público en todo el continente y ha animado infatigablemente congresos, seminarios, publicaciones comunes a todos los países del área. Ha visitado a la par todos los países occidentales, acopiando nuevos datos, nuevas publicaciones, nuevas relaciones personales. Finalmente, y coronando su nombradía en todos los ámbitos universitarios, prestigiosas Universidades europeas le han llamado a su seno para explicar cursos de Derecho Comparado, en el que ha pasado a ser uno de los valores universales reconocidos. Así en la Universidad de Cambridge explicó hace dos años un curso sobre justicia constitucional, del que ha resultado un importante volumen, *Judicial Review in Comparative Law*, publicado en los prestigiosos «Cambridge Studies in International and Comparative Law», Cambridge University Press, 1989.*

Así también el presente libro, fruto de un curso profesado en la Universidad de París 2, en el cuadro de una enseñanza de tercer ciclo dedicada al Derecho Administrativo Comparado.

La doctrina del procedimiento administrativo está ganando nuevas batallas, desde la segunda mitad de este siglo. Baste recordar que en 1946 los norteamericanos dictan su Ley federal sobre la materia, los españoles su nueva Ley de 1958 (la vieja Ley Azcárate de 1889 puede blasonar de preceder a todas), los alemanes la suya en 1976, en fin, aunque no de forma completa y sistemática los italianos y los franceses más recientemente.

Este libro nos ilustra sobre cómo el mismo impulso está teniendo lugar de una manera resuelta en América Latina y de que sus soluciones aportan perspectivas y criterios de primera significación

*La importancia de esta obra es poner de manifiesto cómo los mismos problemas aparecen en todos los países y son abordados y resueltos con soluciones paralelas. El Derecho Comparado, cuando se maneja con el magisterio bien adquirido y ejercitado por Brewer, hace aparecer un misterioso *ius commune* que no viene tanto de influencias recíprocas que, naturalmente, también existen (por ejemplo: puede señalarse una corriente clara de influencia de la Ley española de 1958 sobre algunos países hispanoamericanos), como, sobre todo, de que, al fin, las soluciones de los problemas jurídicos se ordenan alrededor de unos cuantos principios comunes capaces de alumbrar un repertorio no demasiado extenso de soluciones «tópicas», en el sentido de Theodor Viehweg.*

Brewer ahonda así, con su visión panorámica y omnicomprendensiva, los principios generales del procedimiento administrativo y ofrece multitud de sugerencias provechosas para el perfeccionamiento de cada uno de los sistemas nacionales que estudia, entre ellos, por supuesto, el nuestro. Los redactores de un texto revisado de nuestra Ley de 1958, que no acaba de ser puesto a punto, desde hace por lo menos diez años, encontrarán por ello en este libro muchas sugerencias inmediatamente útiles

Pero también el aplicador del Derecho podrá localizar en este ambicioso estudio muchas pistas para abordar y solucionar problemas específicos. Los buenos libros de Derecho, como es el presente, son siempre fecundos no solo en el plano de los grandes principios, sino también en el de las aplicaciones prácticas, pues toda teoría en Derecho se acredita justamente en sus consecuencias regulativas finales, que es el propio de toda técnica jurídica.

PRÓLOGO AL LIBRO: PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVOS
(ESPAÑA, FRANCIA Y AMÉRICA LATINA)

Agradecemos al Prof. Brewer-Carías su excelente trabajo, que pone al día un capítulo esencial del Derecho Público contemporáneo, con una amplitud de conocimientos que sorprende y un criterio seguro y riguroso, de forma que aprovechará con seguridad a los juristas de muchos países.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA,
Catedrático de Derecho Administrativo,
Universidad Complutense de Madrid

IV

**PRÓLOGO AL LIBRO: PRINCIPES DE LA PROCÉDURE
ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE (ETUDES DE DROIT
COMPARÉ: FRANCE, ESPAGNE, AMÉRIQUE LATINE),
Ed. Económica París, 1992, por el profesor Frank MODERNE,
de la Universidad de Paris II**

Voilà un véritable ouvrage de droit public comparé. Et son auteur, A.R. Brewer-Carías, avait tous les titres requis pour le faire. Outre sa parfaite maîtrise du droit du continent sud-américain, il a des droits européens (et notamment du droit français et espagnol) une connaissance que pourraient lui envier nombre de juristes continentaux. Qui, plus que lui, était autorisé à entreprendre une démarche qui n'avait jamais été tentée : établir les principes comparés de la « procédure administrative non contentieuse » dans les droits de pays latino-américains judicieusement choisis (l'Argentine, la Colombie, le Costa-Rica, le Pérou, le Vénézuéla et l'Uruguay), de l'Espagne et de la France?*

Le résultat est probant. Les principes généraux qui soutiennent et encadrent l'action administrative -et notamment l'action unilatérale, la plus redoutable pour les administrés- se révèlent plus proches qu'on eût pu l'imaginer. Mais certaines différences subsistent et elles ne sont pas négligeables. Ajoutons immédiatement qu'elles ne traduisent pas nécessairement la supériorité du système jurisprudentiel qui a, chez nous, des lettres de créance fort anciennes.

Le titre même de l'ouvrage doit être considéré plutôt comme une marque de courtoisie de l'auteur envers le droit français que comme le signe d'une adhésion intellectuelle à une expression qu'il tient pour ambiguë et inadaptée. La tradition des pays de langue hispanique (elle rejoint sur certains points la

* A. R. Brewer-Carías est l'auteur de traités, ouvrages et études dont la liste est impressionnante et qui le situent au tout premier plan de la doctrine publiciste sud-américaine. Il est par ailleurs directeur, depuis sa création, de *la Revista de Derecho Público* (Caracas) qui constitue une des sources d'information et de réflexion les plus précieuses sur le droit public du Vénézuéla et, de manière plus générale, sur le droit public hispano-américain.

tradition anglo-saxonne) n'est pas de séparer de manière abrupte le processus contentieux et le processus non contentieux. La procédure « administrative » n'y est pas nécessairement qualifiée de procédure « non contentieuse », sans doute parce que le contentieux administratif ne s'y présente pas comme une référence obligée en fonction de laquelle devraient s'ordonner les notions et les concepts applicables à l'administration, peut-être aussi parce que la fragilité des systèmes démocratiques ne permet guère d'attendre la lente maturation des solutions jurisprudentielles élaborées par une justice stable et indépendante du pouvoir en place (la stabilité de notre Conseil d'Etat, tous régimes confondus, n'a-t-elle pas été le facteur primordial de la patiente élaboration de sa jurisprudence ?). Or, dans les rapports entre l'administration et les administrés, c'est la puissance publique qui se profile et les enjeux ne sont autres que les droits et libertés des citoyens.

La lecture de l'ouvrage permet d'en tirer des enseignements qu'il y aurait lieu de méditer.

D'abord, l'analyse à laquelle procède A.R. Brewer-Carías montre de manière saisissante que la codification de la procédure administrative non contentieuse est à même de maîtriser les règles les plus sophistiquées et plus « progressistes », allant même au-delà même de ce que notre contentieux administratif (mais est-il des plus avancés si on le confronte avec certains systèmes anglo-saxons?) peut nous offrir pour réduire l'arbitraire administratif. En dehors de la France, qui s'en tient toujours sur ce point à une prudente réserve, les sept pays qui font l'objet de cette étude comparative ont adopté des lois de codification qui ont réussi à capter (et souvent dans ses moindres détails) des apports qui chez nous résultent d'une jurisprudence progressive et trop souvent précautionneuse.*

Ensuite, les textes codifiés se sont tous référés à l'Etat de droit et se sont tous attachés à consolider le principe de légalité de l'action administrative. Ils entendent marquer d'entrée de jeu les bornes que l'administration, soupçonnée d'autoritarisme viscéral, n'est pas autorisée à franchir. Le contrôle contentieux ne pouvant être que tardif, partiel ou aléatoire sur le long terme, il appartenait au législateur, lorsque les circonstances lui en laissaient l'occasion, de tenter d'imposer les règles du droit écrit à des autorités administratives trop proches du pouvoir politique et dont la tradition de « service » n'était pas des mieux ancrées.

* On ne peut que recommander la lecture de l'ouvrage de B. Schwartz, dans sa dernière édition (*Administrative Law*, Little, Brown and C°, 1991)

Sans doute, pourrait-on objecter, la pratique administrative ne paraît pas mieux tenue en laisse par une réglementation minutieuse, voire exagérément raffinée, que par la jurisprudence, notamment lorsque cette dernière, à l'instar de celle du Conseil d'Etat français, sait prendre la mesure des choses et n'ordonner à l'administration que ce qu'elle est raisonnablement capable de supporter sans se rebiffer. Mais ce serait oublier les failles de notre système contentieux et les défaillances (résiduelles mais réelles) de notre juge administratif.

On trouvera dans l'ouvrage d'A.R. Brewer-Carías de pertinentes observations sur la hiérarchie des normes et sur le contrôle du pouvoir discrétionnaire par le jeu combiné des concepts indéterminés, dont l'auteur s'attache à montrer la spécificité, et des principes généraux du droit (notamment le principe de proportionnalité), ces différentes techniques attestant que la procédure administrative non contentieuse, codifiée ou non codifiée, a d'abord pour fonction de surveiller l'activité administrative plus qu'elle ne la guide ou ne la rationalise.

Enfin un système codifié est par là même plus cohérent et plus accessible. Ce n'est pas chose négligeable si l'on veut bien convenir que l'un des obstacles les plus pernicious à l'effectivité d'un système jurisprudentiel est précisément la connaissance de ce système par ceux qu'il entend protéger contre l'arbitraire administratif. Peut-on vraiment demander au citoyen, aux prises avec son administration, d'aller patiemment chercher dans les volumes du Recueil Lebon ou les ouvrages généraux du droit administratif français contemporain (quels que soient leurs mérites et leurs qualités) la solution qui répondra exactement à ses préoccupations du moment ?

Ne nous étonnons pas, en conséquence, si derrière les lois ou les codes de "procédure administrative" d'Espagne ou d'Amérique latine, c'est en quelque sorte la trame d'un traité des actes administratifs que nous propose l'auteur, dans leurs éléments de fond comme dans leurs éléments de forme, restituant ainsi à la théorie des actes ce qu'a accaparé dans notre vision contentieuse du droit administratif la théorie des moyens du recours pour excès de pouvoir.

Que les administrés puissent trouver leur compte dans une codification de la procédure administrative non contentieuse ne saurait davantage surprendre. Nous ne sommes pas loin du due process of law qui a permis les avancées remarquables sur ce terrain des droits anglo-saxons (et notamment du droit administratif américain). Et l'on peut supposer que l'exemple du grand voisin d'Amérique du Nord a exercé une influence récurrente sur les jeunes Républiques latino-américaines, sans doute plus marquées à l'origine par « l'esprit de système » qui caractérise nombre de droits européens.

En définitive, les grandes règles qui gouvernent la procédure administrative non contentieuse dans le monde de langue hispanique ne font pas figure de parent pauvre par rapport à celles que notre Haute juridiction administrative a mises au point avec sa patiente ténacité. Elles pourraient même les surclasser à certains égards, ne serait-ce qu'en évitant les approximations qui tiennent à la solution des cas d'espèce et celles qui sont plutôt imputables à la prudence du Conseil d'Etat lorsqu'il affronte son redoutable justiciable.

Alors faut-il ou non codifier la procédure administrative non contentieuse en France ? Les termes du débat sont connus mais l'issue en reste incertaine.*

Les difficultés, en effet, ne sont pas minces en la matière.

Il y a d'abord la crainte de figer malencontreusement l'évolution d'un droit jurisprudentiel vivant, souple et dont la vertu première est de s'adapter aux circonstances. Il faudrait aussi délimiter précisément le champ d'application de la codification éventuelle, tâche singulièrement ardue lorsque l'administration a tendance à se déguiser en adoptant les règles, sinon les formes mêmes, du droit privé et à déléguer quelques-unes de ses prérogatives -et non des moindres (que l'on songe aux attributions confiées aux ordres professionnels ou aux organismes privés gestionnaires d'un service public administratif)- à des entités qu'elle suscite ou qu'elle contrôle. Le codificateur serait contraint de quitter le terrain sûr de l'administration organique pour débusquer, partout où elle se trouve, la décision administrative que l'on qualifie parfois, sans goût excessif pour la litote, de décision « exécutoire ». Ne négligeons pas non plus le risque de remettre sans cesse les textes sur le chantier. L'exemple des avatars du décret du 28 novembre 1983, pétri de bonnes intentions (et qui n'est d'ailleurs que le succédané d'un projet plus ambitieux), atteste que le développement de la procédure administrative non contentieuse suscite encore chez nous des réticences et des méfiances qui seront longues à vaincre ou à dissiper.*

Mais il serait vain, et probablement faux, de vouloir dresser l'une contre l'autre la méthode jurisprudentielle et la méthode codificatrice législative. L'ouvrage d'A. R. Brewer-Carías, fin connaisseur des droits du continent européen et du continent latino-américain, vient à point nommé pour nous en convaincre. Toute codification présente les avantages et les inconvénients inverses de ceux qui accompagnent la détermination jurisprudentielle du cadre de l'action administrative. Si la rigidité d'un texte peut gêner ou tarir le pouvoir inventif du juge, la souplesse des solutions trop exclusivement jurisprudentielles risque de l'inciter à multiplier les distinctions subtiles et sophistiquées, hors de

* V. notamment C. Wiener, *Vers une codification de la procédure administrative?*, Paris 1975; Y. Gaudemet, «La codification de la procédure administrative non contentieuse», *D.* 1986, chron., p. 107 et s.

* Observons au passage que la codification de la procédure administrative non contentieuse ne figure pas dans le programme de travail de la Commission supérieure de codification, même pas au titre des «réflexions à venir»... (R.F.D.A. 1990, p. 312).

portée du justiciable moyen. En toute hypothèse, le juge n'a-t-il pas besoin de textes qui marqueront une étape du droit positif et seront seuls à même d'organiser, voire de compléter, une œuvre jurisprudentielle toujours inachevée et dont l'harmonie d'ensemble ne peut être que le fruit du temps. Et le texte codifié n'a-t-il pas besoin d'un juge qui l'interprète en tant que de besoin et en gomme les inévitables aspérités pour l'adapter aux mouvantes réalités du moment?

L'étude comparative à laquelle s'est livré A.R. Brewer-Carías avec le talent qu'on lui connaît nous invite à réfléchir sur le nécessaire encadrement processuel de l'activité juridique de l'administration. Elle ne nous intime pas de prendre position en faveur d'une formule, au détriment de l'autre, tant l'auteur est conscient que les hybridations ne sont toutes stériles et que les confrontations peuvent conduire à des enrichissements réciproques.

Franck MODERNE

*Professeur à l'Université de Paris I
(Panthéon-Sorbonne)*

V

**PRÓLOGO AL LIBRO: PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA, Universidad del Rosario,
Ed. Legis, Bogotá 2003, por el profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ,
Catedrático de Derecho Administrativo, España**

Cuando se llega a mi edad, después de 56 años dedicado al Derecho administrativo, estudiándolo -y explicándolo en las aulas universitarias-, aplicándolo -litigando ante los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo- y creándolo -colaborando en las tareas legislativas-, se acumulan los recuerdos de hechos que constituyen hitos de la historia del Derecho administrativo.

Al pedirme Allan R. Brewer-Carías unas letras para este su nuevo libro sobre el procedimiento administrativo, me insistió en que no quería unos de esos prólogos dedicados a ensalzar al autor. Ni tampoco de los que tratan de dar una idea del contenido del libro y destacar su significado en la Ciencia del Derecho, pues de esto ya se encargaba él en la nota explicativa. Quería que hablara del procedimiento administrativo. Por lo que pensé que nada mejor para atender a sus deseos que evocar aquí algunos de aquellos recuerdos sobre la evolución de la legislación reguladora del procedimiento administrativo.

*El Instituto de Estudios Políticos, que fue durante muchos años el centro de investigación más importante sobre las Ciencias políticas y sociales que ha habido en España, editaba, aparte de una revista general (la **Revista de Estudios Políticos**), algunas especializadas. En 1948, la Sección de Administración pública propuso a la Dirección del Instituto la edición de una nueva Revista que se dedicara a lo que constituía el objeto de estudio de la Sección. Javier Conde, Director del Instituto, dudó de la viabilidad del proyecto. Al final, ante nuestra insistencia, accedió a que, por vía de ensayo, se encargara la Sección de Administración pública de redactar un número monográfico de la **Revista de Estudios Políticos**, con todas las Secciones habituales, dedicadas exclusivamente a temas de la Administración pública. Y así se elaboró y apareció en 1949 el número 48 de la **Revista de Estudios Políticos**. Precedente que olvida Eduardo García de Enterría en la completa y emotiva historia que hace de la **Revista de Administración Pública** en su número 150, al conmemorarse el 50 aniversario de su nacimiento.*

*En la Sección de aquel número de la Revista dedicada a Estudios aparecían trabajos de los entonces tres viejos maestros del Derecho administrativo: José Gascón y Marín, Luis Jordana de Pozas y Segismundo Royo-Villanova. Y dos de ellos estaban dedicados al procedimiento administrativo: el de Gascón y Marín llevaba el título expresivo **Necesidad de un Código de procedimiento administrativo**, y el de Royo-Villanova, **El procedimiento administrativo como garantía jurídica**.*

*En la Sección dedicada al “Mundo hispánico” (una de las Secciones fijas de la Revista) se incluía un trabajo mío sobre **El proceso contencioso-administrativo argentino** (páginas 250 a 280), en el que examinaba uno de los muchos proyectos de una Ley nacional reguladora del proceso administrativo, que todavía no existe en Argentina. En aquel, uno de mis primeros trabajos en letra impresa, decía:*

“Al hacer la exposición de los distintos puntos del proceso contencioso argentino, nos referiremos al Derecho español, resaltando, en los casos de divergencia entre ambas legislaciones, cuál de los criterios es preferible, pues creemos que esta labor de Derecho comparado es altamente interesante para llegar a sentar unos principios jurídicos que puedan inspirar a los distintos pueblos de la comunidad hispánica en la regulación de sus instituciones fundamentales, pues si la existencia de una comunidad nacional implica un conjunto normativo que sea expresión de la vida que anime a esa comunidad (Derecho nacional), la existencia de una comunidad hispánica ha de implicar la existencia de una idea de la vida que debe plasmar en las normas de los distintos pueblos de la misma, no sólo en aquellas de sus normas que, por estar más íntimamente ligadas a la vida íntima del pueblo, reflejen mejor el espíritu común, sino también en aquellas otras que, por su carácter más técnico y formal, se encuentran más alejadas de ese vivir íntimo; en éstas, como en aquéllas, debe encontrarse también la expresión de unos mismos principios de Derecho: la expresión de cómo un conjunto de pueblos entiende y realiza el Derecho natural para regular sus relaciones”.

Su publicación constituyó para mí una de las más grandes satisfacciones de mi vida, al constituir el inicio de unas relaciones con los administrativistas de los pueblos de América que fueron intensificándose con los años. Porque con motivo de aquel artículo publicó un elogioso trabajo Jorge Tristan Bosch (a cuyo hijo, también administrativista, tuve ocasión de conocer personalmente años más tarde en Tucumán) y recibí una carta efusiva de felicitación del gran maestro argentino Rafael Bielsa, que fue el comienzo de una correspondencia epistolar bastante frecuente y de un intercambio de publicaciones, en el que yo resultaba claramente favorecido, porque Bielsa era mucho más prolífico que yo. En mi biblioteca ocupan un lugar destacado sus libros, con sus muy expresivas dedicatorias.

*El número 48 de la **Revista de Estudios Políticos** constituyó un éxito, lo que satisfizo plenamente a Javier Conde. Y poco después aparecía el número 1 de la **Revista de Administración Pública**, en el que se incluía un trabajo de VILLAR PALASÍ sobre **La Federal Administrative Procedure Act de Estados Unidos**. Y comenzó la que se ha llamado “década prodigiosa” del Derecho administrativo español. Porque en ella se promulgaron tres leyes, con las que se culminó la construcción del Estado de Derecho: la Ley de expropiación forzosa de 1954, que instauró en los términos más amplios la responsabilidad patrimonial de la Administración pública; la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, que garantizó -salvo de pocas pero importantes materias- el pleno control de la actuación administrativa por órganos jurisdiccionales especializados encuadrados en el Poder judicial, y la Ley de procedimiento administrativo de 1958, que reguló los cauces formales a que debía sujetarse la actividad del Estado, haciendo posible la satisfacción de las necesidades públicas, sin detrimento del derecho de defensa de los administrados.*

Una regulación uniforme de los procedimientos que se tramitan ante las Administraciones es tarea imposible. La diversidad de los fines a realizar y las modalidades de la función administrativa se traducen en la exigencia de tal número de procedimientos adecuados a cada una de ellas, que se resisten a una ordenación sistemática. Pretender que una Ley de procedimiento contuviera la regulación de todas las funciones administrativas sería tanto como una codificación de la legislación administrativa desde la perspectiva formal. Y hace ya mucho tiempo que se constató que la codificación administrativa constituía un ideal inaccesible. Los procedimientos administrativos, cada procedimiento, ha de regularse en la ordenación de cada una de las funciones administrativas, sea de provisión de medios o de realización de fines. El procedimiento de selección de funcionarios vendrá regulado en el ordenamiento de la función pública; el de adquisición de bienes, en las leyes sobre el patrimonio de los entes públicos y, en su caso, en la legislación expropiatoria; los procedimientos de gestión, liquidación y recaudación de tributos, en las leyes de los respectivos impuestos, además de en la reglamentación sobre procedimientos recaudatorios; los procedimientos para el otorgamiento de concesión de aprovechamiento de aguas, en la legislación de aguas; los de aprobación, modificación y revisión de planes de urbanismo, en la legislación sobre ordenación del suelo y sus reglamentos, etcétera. En cada uno de estos bloques normativos, en atención a la finalidad perseguida, se articulará el procedimiento idóneo en cada caso.

Esto supuesto, ¿hasta dónde puede llegar una regulación uniforme del procedimiento administrativo? A tal efecto puede ser útil la distinción entre los que se han llamado procedimientos formalizados y procedimientos no formalizados.

Porque el legislador, al regular una actuación administrativa, puede adoptar uno de estos dos criterios: establecer el cauce formal que ha de seguirse

determinando en qué orden y en qué momento han de realizarse todos y cada uno de los trámites que integran el procedimiento de que se trata, o dejar al instructor en libertad para seguir el procedimiento que estime idóneo, atendiendo a las ideas de simplicidad, eficacia y garantía.

Pues bien, ¿cuál ha de ser el contenido de una ley de procedimiento administrativo respecto de cada una de estas categorías de procedimiento administrativo?

Existen, por supuesto, una serie de normas de la ley de procedimiento administrativo que deben tener -y realmente tienen- una aplicación general, cualquiera que fuera el tipo de procedimiento. Son normas que regulan aspectos, incluso estrictamente procedimentales, respecto de los que no tiene la menor relevancia el objeto sobre el que incida el procedimiento. Pensemos, como ejemplo típico, el de las normas reguladoras de la actividad de ordenación. No tiene sentido que los actos por ellas regulados deban estar sujetos a régimen distinto en función de la materia. Los actos de notificación, comunicación entre órganos, certificación, desglose de documentos y todos los estrictos de ordenación deben ser idénticos y, por tanto, una sola la regulación: las normas sobre ellos de la ley de procedimiento administrativo serán aplicables cualquiera que sea el procedimiento.

Pero, en general, la función de una ley de procedimiento administrativo será muy distinta según la categoría de los procedimientos.

Respecto de los procedimientos no formalizados, una ley general de procedimiento administrativo ha de contener la regulación de las exigencias mínimas a las que en todo caso ha de ajustarse aquél al que corresponde la instrucción del procedimiento, así como los instrumentos jurídicos que necesita para realizar la función administrativa encomendada. La ley general regulará -y regulará detalladamente- cada uno de los instrumentos que puede utilizarse -alegaciones, prueba, información pública, audiencia y vista, etcétera-. Y el instructor utilizará en cada caso aquellos que sean necesarios, y prescindirá de todo trámite inútil. Reducido al mínimo el principio de preclusión, se realizarán sólo todos los que sean estrictamente indispensables para cumplir con la debida eficacia los fines perseguidos.

Respecto de los procedimientos formalizados, se impone una elemental distinción. Porque si bien la naturaleza de la función ejercitada y la materia sobre la que recae condicionan decisivamente el cauce formal al que debe ajustarse la actividad administrativa, esto es así en líneas generales. Pero existen procedimientos que no están condicionados por el objeto. No influye para nada la materia sobre la que puedan versar. El ejemplo típico lo constituyen los procedimientos de revisión de los actos administrativos. Los trámites que han de seguirse para la decisión de un recurso administrativo no variarán en absoluto por el hecho de que el acto objeto de impugnación sea una licencia de

construcción, una liquidación tributaria o el acto de destitución de un funcionario. Cuando de lo que se trata es de verificar la legalidad de un acto, su conformidad con el ordenamiento jurídico es irrelevante su contenido. Como también es irrelevante en los procedimientos sancionadores: podrá variar, según la materia, el cuadro de las faltas y el de las sanciones aplicables a cada una de las faltas tipificadas por la ley. Pero el procedimiento para imponer la sanción debe ser el mismo, en cuanto viene informado por las garantías constitucionales frente al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, que deben ser las mismas que la Constitución establece frente al ejercicio de la potestad penal.

En este supuesto, resulta evidente que la función de una ley de procedimiento administrativo ha de ser distinta respecto de unos y otros procedimientos.

Si la razón por la cual estimamos que una ley de procedimiento administrativo no puede -ni debe- ser una ley de procedimiento no es otra que la diversidad de procedimientos impuestos por la materia sobre la que versen; en los supuestos en que no ocurra así y sea posible una reglamentación al margen de la función administrativa ejercitada y materia sobre la que recae, debe ser una ley de procedimiento administrativo la que regule el procedimiento. Estamos ante procedimientos formalizados, y formalizados en la propia ley general. No tiene sentido, por ejemplo, que, en cada uno de los bloques normativos, al regular las diversas funciones administrativas, se articule un sistema de recursos o, en general, de revisión de los actos administrativos.

Respecto de aquellos procedimientos que están condicionados por el objeto, en los que se estima que no debe quedar la tramitación al criterio del instructor, la reglamentación detallada corresponderá al ordenamiento de la función administrativa respectiva.

Pero ello no supone que esta reglamentación detallada no guarde la menor conexión con la ley de procedimiento administrativo. Pues, aun cuando ésta es una ley ordinaria -y, por tanto, no tiene fuerza vinculante respecto de otra norma ulterior del mismo rango jerárquico-, al contener los principios y garantías que, dimanantes de la Constitución, deben informar los procedimientos administrativos, constituye la ley cabeza de grupo de las normas sobre procedimiento de las distintas ordenaciones sectoriales.

Por otro lado, al formalizarse el procedimiento en cada uno de estos Ordenamientos, no será necesario que reiteren, reproduciendo la normativa de la ley general, la regulación de los distintos trámites. Sino que podrán -y lo lógico y procedente es que así se haga- remitirse a la regulación general. Así, una ley de ordenación urbanística o de otorgamiento de una concesión administrativa de servicio público o cualquier otra pueden estimar necesario que en un determinado procedimiento exista un trámite de información pública; pero

si este trámite está regulado con carácter general entre los instrumentos previstos en la ley general de procedimiento administrativo, bastará que la ordenación sectorial establezca el trámite, remitiéndose a aquélla.

*España ha sido la primera Nación que ha tenido una ley de procedimiento administrativo, la ley de 19 de octubre de 1889; pero se trataba de una ley de bases que había de desarrollarse por los distintos Departamentos ministeriales a través de los correspondientes Reglamentos, que se aprobaron en fechas muy distintas, dando lugar a un conjunto heterogéneo de disposiciones en pugna con la idea directriz que había presidido la promulgación de la ley. De aquí la necesidad de una ley que superara el caos normativo existente. A esta necesidad se refería Gascón y Marín en aquel trabajo publicado en el número 48 de la **Revista de Estudios Políticos**, en estos términos:*

“Se impone el ir a la promulgación de un Código único de procedimiento administrativo. La diversidad de materias sobre que versan las reclamaciones o peticiones formuladas por los particulares no debe llevar a la variedad de plazo, de denominaciones y naturaleza de recursos que se advierten en los Reglamentos en vigor. Partiendo de una nueva Ley de Bases, y realizando, no una mera recopilación o refundición de los diversos Reglamentos, sino una verdadera obra de codificación sistemática y revisora del vario Derecho existente, debe ser publicado un Código de procedimiento administrativo para la Administración central, partiendo de la necesaria separación entre las disposiciones orgánicas de estructuración burocrática de cada Departamento ministerial y las verdaderas de procedimiento administrativo. Derecho procesal administrativo que debe ser uniforme. Cabe, sí, establecer inicialmente una delimitación de los diversos órganos administrativos que existen por igual en los diversos Departamentos ministeriales, dejando la organización interna de cada uno de los servicios a normas singulares de los mismos; debe aparecer determinada concretamente la competencia de cada uno de los órganos de intervención en el proceso administrativo. Señalada y definida también la diversa naturaleza y alcance de las decisiones de trámite y de resolución que puedan adoptar las autoridades administrativas, la posibilidad y casos de adoptar el procedimiento oral y el escrito obligatorio; unificar todo lo relativo a incoación de expedientes, a la condición de interesados en los mismos, a la comparecencia personal o por modo de representantes, a señalar la diferencia entre reclamantes e interesados, los casos de posibilidad de reclamaciones colectivas, simplificando el procedimiento, tanto en única como en ulterior instancia; unificando lo relativo a plazos, paralización, caducidad de expedientes, incidencias, notificaciones, recursos ordinarios y extraordinarios, potestad correctiva en los casos de anomalías en la tramitación, diferenciando la acción que pueda ejercitar el interesado, para obtener la

normalidad de procedimiento, de la correspondiente a los Jefes jerárquicos de quien dirige el procedimiento para imponer la normalidad en el mismo; significación del silencio administrativo; acción del particular para obtener decisión de la autoridad, incorporando en libros especiales al Código general o especial de ciertos procedimientos, como el económico administrativo y el sancionador”¹.

Respondiendo a esta demanda unánime, se hicieron varios intentos de elaboración de una ley, hasta que, siendo Secretario General Técnico de la Presidencia del Gobierno Laureano López Rodó, se nombró una Comisión encargada de la redacción de un anteproyecto de ley de procedimiento administrativo. Cuando, ya ultimado el trabajo, nos despedíamos con motivo de las vacaciones de Semana Santa de 1958, López Rodó nos dijo, a Manuel Ballbé y a mí -que habíamos tenido una importante participación en la Comisión- que quería tener la Exposición de Motivos de la Ley el lunes de Pascua. Recordándole que ese día era fiesta en Barcelona, logramos que nos prorrogara el plazo hasta el martes. Día en que me reuní con Ballbé para ensamblar las partes que habíamos redactado cada uno, el en Barcelona, y yo en Madrid precisamente el día de Viernes Santo, lo que resultó fácil dada la coincidencia de criterios. Y pudimos entregar el texto en el plazo fijado. De este modo, pudo repartirse el anteproyecto al día siguiente, y en el primer Consejo de Ministros, convertirse en proyecto, al ser aprobado y remitido a las Cortes².

La ley respondía a los principios antes resumidos. No trataba de regular un procedimiento administrativo al que hubiera de ajustarse la actuación administrativa de las distintas Administraciones públicas, siempre que la legislación aplicable no tuviera previsto un procedimiento especial. La ley reguló los distintos aspectos del procedimiento administrativo comunes a todos -formalizados y no formalizados-, así como aquellos procedimientos formalizados en cuya tramitación no incidía el objeto, como los de revisión -de oficio y recursos administrativos- y los ejecutivos; los instrumentos de los que podrían hacer uso los sujetos que intervienen en el procedimiento para su normal desarrollo cuando no existiera un procedimiento formalizado, y las garantías esenciales que habría que respetar en todo caso. Pero los aspectos procedimentales constituían solo una parte -y no la más importante- de la regulación en ella contenida. La ley regulaba el régimen jurídico de la acción administrativa en sus diversos aspectos, y no sólo el procedimental. En

¹ Revista de Estudios Políticos, núm. 48, pp. 39 y ss.

² Así lo recuerdo en mi trabajo “Laureano López Rodó, in memoriam”, que sirve de introducción al libro *El procedimiento administrativo y el control jurisdiccional*, INAP, 2001, pp. 11 y ss., que recoge las intervenciones en las *VI Jornadas hispano-argentinas de Derecho administrativo en homenaje al Profesor Laureano López Rodó*, celebradas en Santiago de Compostela en marzo de 2000.

consecuencia, en ella se encontraba el ordenamiento jurídico de los sujetos de la acción administrativa -órgano administrativo y administrados-; del objeto; de los actos, no sólo los de trámite que integran el procedimiento, sino del régimen general del acto administrativo -requisitos, validez y efectos-, y del procedimiento administrativo en el sentido antes expuesto, como la regulación de los procedimientos formalizados no condicionada por el objeto y, muy especialmente, los de revisión.

La influencia de la ley española de procedimiento administrativo en los Ordenamientos jurídicos americanos ha sido destacada por el Prof. Brewer-Carías en uno de los libros que, según nos dice en la “Nota explicativa”, constituye uno de los precedentes del que ahora aparece. Esta ley-dice- “ha tenido una enorme importancia, no sólo en el propio desarrollo del derecho administrativo español, el cual es, precisamente, a partir de finales de la década de los cincuenta que comienza a renovarse y a alcanzar los extraordinarios niveles de excelencia de la actualidad, sino en el desarrollo del derecho administrativo contemporáneo de América Latina, pues puede decirse, que en una u otra forma dichas leyes han inspirado las leyes reguladoras de la actividad administrativa que se han dictado en nuestros países, en las últimas cuatro décadas”³.

La primera reglamentación americana del procedimiento administrativo con influencia de la ley española fue el “Reglamento de Normas Generales de Procedimientos administrativos” de Perú, aprobado por Decreto Supremo número 006-67,56, de 11 de noviembre de 1967, a las que se otorgó fuerza de ley por el Decreto-ley n° 26111, que distaba mucho de lo que debía ser una reglamentación básica del procedimiento administrativo, tal y como se configuraba en la ley española. De aquí las críticas de que fue objeto, así como las modificaciones ulteriores⁴, hasta llegar a la ley n° 27444 titulada **Ley de procedimiento administrativo general**, publicada en el DO de 11 de abril de 2001, en cuya elaboración la Comisión tuvo en cuenta, aparte de los precedentes iberoamericanos -en España ya estaba vigente la ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común-, la legislación alemana y la italiana, como reconoce uno de los más relevantes miembros de la Comisión⁵. El significado de la ley queda reflejado en el art.

³ *Principios del procedimiento administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1990, p. 24. En términos análogos, Vidal Perdomo, en Danós y otros, *Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general. Ley 27444*, Ara Editores, Lima, 2001, p. 85.

⁴ Críticas que se reflejan en la Obra de Morón Urbina, *Derecho procesal administrativo*, 2ª ed., Lima, 1999, I, pp. 115 y ss.

⁵ Jorge Danós Ordóñez, en el estudio preliminar de la primera edición oficial de la Ley, agosto 2001.

159.1, reproducción casi literal del art. 78.1 de la ley española de 1992, que, a su vez, reitera el art. 81.1 de la ley de 1958. El art. 159.1 de la ley peruana, dice:

“Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, serán realizados de oficio por la autoridad a cuyo cargo se tramita el procedimiento de evaluación previa, sin perjuicio del derecho de los administrados a proponer actuaciones probatorias”.

Teniendo en cuenta el rango reglamentario y ámbito de la Reglamentación peruana de 1967, puede considerarse que la primera Ley americana en la que tuvo reflejo el procedimiento español, fue la Ley de Procedimientos Administrativos argentina n° 19.549 de 1972 la que, después de un Título I, en el que, además de delimitar el ámbito de aplicación, se consagran los principios generales informantes del procedimiento administrativo y los requisitos generales de la actuación administrativa, se regula: el régimen de la competencia y de los titulares del órgano administrativo en el Título II; los requisitos y efectos del acto administrativo y del silencio, en el Título III, y la impugnación de los actos en el Título IV. Como afirmaba Tomas Hutchinson, al comentar la ley varios años después, “la ley nacional de procedimientos administrativos es un cuerpo legal que, además de organizar recursos contra ciertos actos administrativos, establece normas respecto de la actuación de los funcionarios en lo que atañe a compaginación de expedientes, un trámite interno al margen de todo petitorio del particular y, en general, a ciertas formas procedimentales que deben observarse por quienes ejercen funciones administrativas. Como dijimos, contiene también normas de fondo. Es un instrumento político-arquitectónico útil para una buena conducción del Estado actual”⁶.

*La parquedad de la ley nacional argentina contrasta con la extensión de la Ley n° 27444 de Perú (243 artículos, 7 disposiciones finales y 5 transitorias), y de las **Normas Generales de actuación administrativa en la Administración central**, de Uruguay, aprobadas por el D. 500/991, con sus 239 artículos, que sustituyó al Decreto 640/973, que si bien constituye norma básica que modifica los reglamentos sobre procedimientos especiales o técnicos a que se refiere su artículo 1°, en cuanto “contradigan con la naturaleza de estos procedimientos”, solo se aplicará supletoriamente a los procedimientos administrativos sometidos a regímenes particulares en razón a la especialidad de las reparticiones en las que se aplican”, en los puntos en que esos regímenes especiales carezcan de regulación⁷.*

⁶ Ley nacional de procedimientos administrativos. Ley 19549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales, Buenos Aires, 1985, I, p. 7.

⁷ Cajarville, Procedimiento administrativo en el D. 500/991, Montevideo, 1992, p. 15.

Costa Rica rompió la tradición legislativa con su **Ley General de la Administración pública**, en la que se reflejan las genialidades del gran jurista que fue Eduardo Ortiz Ortiz. Ley elaborada con una tan depurada técnica, que al promulgarse me planteé serias dudas sobre su viabilidad, y así se lo hice ver a Eduardo. No obstante, funcionó. Lo que refleja el alto nivel del funcionariado de aquella Nación. Me lo comentaba años después, cuando coincidimos en Toledo con motivo de unas Jornadas sobre el **Derecho político a finales del siglo, una perspectiva iberoamericana**, unos meses antes de su muerte. Como dice Brewer-Carías, esta ley constituye casi un “Manual” de Derecho administrativo redactado en forma de artículos, en los “que se encuentra explicado el Derecho administrativo como si se tratase del desarrollo de un programa de un curso sobre esta disciplina, expuesto en un muy hermoso y rico texto”.

En Colombia se aprovechó la reforma del **Código Contencioso-Administrativo** de 1984 para llenar uno de los más grandes vacíos de su legislación, que radicaba en la ausencia casi total de regulación de los procedimientos administrativos, con la incorporación a aquel de un libro (el primero) dedicado a los procedimientos administrativos⁸.

La **Ley de Procedimientos Administrativos** de Honduras (Decreto n° 152-87), de 28 de septiembre de 1987 es, sin duda, la que en su estructura y contenido sigue más fielmente el modelo de la española.

México no tuvo una ley de procedimiento administrativo a nivel federal ni al de las entidades federativas hasta la **Ley Federal de Procedimiento Administrativo** de 14 de julio de 1994. Un importante precedente fue un proyecto elaborado por la Coordinación General Jurídica del D.F. (integrada por Fix-Zamudio, García Ramírez, Gutiérrez De Velasco, Ovalle, Soberanes y Vázquez Alfaro) que pude conocer y comentar en unas conferencias que pronuncié en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, a las que siguieron unos interesantes coloquios en los que intervinieron los redactores del proyecto y cualificados funcionarios del Distrito Federal. La nueva Ley de 1994 no fue muy bien recibida por la doctrina⁹, ni positivos los comentarios posteriores, al

⁸ Aunque en estricto rigor de técnica legislativa la regulación no encuadra exactamente dentro de un Código contencioso-administrativo, “las críticas que pueden hacerse a dicha inexactitud formal no pueden desmerecer la bondad, la utilidad y la oportunidad de un Ordenamiento jurídico cuya existencia se venía echando de menos de vieja data”. Así, Ezquerro Portocarrero, en “El campo de aplicación de los procedimientos administrativos”, en la Obra colectiva *Comentarios al Código contencioso*, 2ª ed., Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá, 1986, p. 48.

⁹ Así, en *Boletín jurídico*, Despacho de Emilio Margáin y Asociados, núm. 200, octubre de 1994, p. 6, dice: “De la lectura del articulado de la Ley Federal de Procedimiento administrativo, que entrará en vigor el 1º de julio de 1995, se observan grandes confusiones, aclaraciones innecesarias, omisiones, etcétera, que indican la intervención de numerosas

destacar la vaguedad e imprecisión de su articulado y llegarse a dudar de la constitucionalidad para la denegación global y tácita de leyes anteriores que en ella se contenía y por la violación de las garantías de seguridad jurídica y de legalidad¹⁰.

No obstante, constituyó un paso importante en la estructuración de esta pieza esencial que es el procedimiento administrativo en un sistema de justicia administrativa¹¹. Y dio lugar a que los Estados de la República vayan promulgando sus leyes de procedimiento, después de que el Distrito Federal promulgara la suya de 14 de diciembre de 1995. Concretamente, el Estado de México promulgó el llamado Código de procedimientos administrativos el 6 de febrero de 1997, en el que, después de un Título primero dedicado a las disposiciones comunes al procedimiento y al proceso administrativo, dedica el

personas -se sostiene que el proyecto fue modificado por el grueso de las Direcciones Generales Jurídicas de las Secretarías de Estado y hasta por la Unidad Jurídica de la Presidencia- que terminaron por desnaturalizar lo que inicialmente redactaron sus autores. Si buen número de los directores de las unidades jurídicas de las Secretarías de Estado poco conocen del Derecho administrativo, volviéndose prácticos de las leyes que corresponden a sus dependencias, piénsese en el problema con que se enfrentarán los nuevos directores de esas unidades que tomarán posesión con el nuevo Poder Ejecutivo que entrará a gobernar al país el 1º de diciembre próximo y que se van a encontrar con esta ley que trabajo les costará entenderla”. Nava Negrete, *Derecho administrativo mexicano*, México, 1995, p. 290, dice que “debiera revisarse con gran acuciosidad, pues fue una ley producida sin debate, sin una mínima apreciación por los legisladores, indudablemente más preocupados por sus futuras posiciones políticas y personales”.

¹⁰ Acosta Romero, Herrán y Venegas, *Ley Federal de Procedimiento Administrativo y Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal*, comentadas, México, Porrúa, 1996, pp. 105 y ss. y 167 y ss.

¹¹ Así, en mi trabajo *Procedimiento administrativo federal*, Editorial Porrúa y UNAM, 2000, pp. XIV y ss. Se aparta en cierto modo de esta opinión general Lucero Espinosa, al decir en su trabajo *Ley federal de procedimiento administrativo comentada*, México, 1998, p. X, que “aunque la promulgación de la Ley Federal de Procedimiento administrativo representa un avance que se había buscado, sin lograrlo, durante un buen número de años, el ordenamiento en estudio adolece de obscuridad, imprecisiones y contradicciones, y hasta faltas gramaticales. Si la ley está promulgada, con sus fallas y deficiencias; ahora nos toca a nosotros, los integrantes de asociaciones jurídicas, profesores de la materia y profesionales del derecho en general, hacer las observaciones correspondientes para depurar lo que ya está hecho, a fin de lograr una mejor regulación en este ámbito. Es cierto que hubiera sido mejor que previamente a la promulgación de la ley, las Comisiones legislativas consultaran escuelas y facultades de derecho y asociaciones jurídicas, para lograr un mejor instrumento legal; pero como ya había sucedido antes, también existía el riesgo de que las buenas intenciones nuevamente se quedaran en el camino. En lo particular, en los últimos 10 años nos tocó conocer tres diversos anteproyectos de Ley de Procedimiento Administrativo, que sólo lograron alcanzar ese nivel. Hoy el paso está dado; vayamos adelante con la depuración que nos toca proponer para mejorar esta ley”.

Título segundo al procedimiento administrativo (arts. 106 a 198) y otro, el Título tercero, al proceso administrativo (arts. 199 a 293). Y el 9 de febrero de 1999, el Estado de Aguascalientes publicó su ley de procedimiento administrativo.

*En Brasil, el 29 de enero de 1999 se sancionó la **Ley n° 9.784 que regula el procedimiento administrativo en el ámbito de la Administración pública Federal**, en la que se nota la influencia del Código de procedimiento administrativo portugués aprobado por Decreto-ley n° 442/91, de 15 de noviembre, en cuya exposición de motivos se reconoce que en su elaboración se han tenido en cuenta las enseñanzas del Derecho comparado y la larga experiencia de la aplicación de “leyes de procedimiento administrativo en países con sistemas político-administrativos tan dispares como Argentina, los Estados Unidos de América, España, Yugoslavia y Polonia, por citar algunos de los más importantes sobre este punto de vista”, mereciendo “particular atención la ley de procedimiento administrativo de la República Federal Alemana publicada en 1976”. El Profesor Freitas Do Amaral destacaría después la “marcada influencia de la ley de procedimiento administrativo española de 1958, de la ley norteamericana de 1946 y del Código alemán de 1976.”¹²*

*Del elenco de leyes de procedimiento administrativo de lengua española merece destacarse la **Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos** de Venezuela, que publicó el n° 2818 extraordinario de la Gaceta Oficial de 1° de julio de 1981. Y entró en vigor el 1° de enero siguiente. En la introducción que redactó Brewer-Carías para la publicación de su texto en la Colección de textos legislativos de la Editorial Jurídica venezolana, decía:*

“Esta Ley Orgánica, sin duda, producirá un impacto fenomenal en el funcionamiento de nuestra Administración Pública, similar a una revolución administrativa, pues cambia radicalmente la situación anterior. En efecto, en primer lugar, producirá un cambio de carácter jurídico, al transformar la informalidad administrativa anterior en un formalismo procedimental positivizado, y la situación anterior de los administrados, de impotencia y sujeción, en una situación colmada de garantías y derechos; y en segundo lugar, producirá un cambio de carácter administrativo, al transformar la irracionalidad anterior por normas y procedimientos técnicos racionales. Queremos insistir brevemente en estos dos aspectos en los cuales incidirá la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sobre el funcionamiento de nuestra Administración Pública, pues en ellos es que la Ley Orgánica provocará un cambio radical respecto de la situación anterior, que sólo su aplicación sucesiva

¹² En “A Codificação do procedimento administrativo em Portugal: razão de ser. Tradicoes e enquadramento constitucional”, en *Procedimiento administrativo. Ponencias del I Coloquio hispano-portugués*, Santiago de Compostela, 1995, p. 32.

consolidará. Las revoluciones administrativas, estamos convencidos, no se producen de un plumazo, sino que sólo pueden resultar de un esfuerzo deliberado y consciente de transformación continuada, el cual, sin embargo, debe iniciarse mediante un acto formal. La Ley Orgánica, en este sentido, es el inicio de un proceso de transformación que dará sus frutos, dentro de algo más que una década, siempre que se defina una política adecuada para su aplicación permanente”¹³.

Precisamente por la revolución que suponía, a fin de facilitar el proceso de transformación, el Gobierno venezolano fletó un avión en el que viajaron a España altos funcionarios cualificados que habrían de tener una intervención decisiva en la aplicación de la nueva ley, para que durante unas semanas participaran en un curso intensivo que se organizó en la entonces Escuela Nacional de Administración pública de Alcalá de Henares, en el que intervinimos los que habíamos colaborado en la elaboración de la ley española de 1958 y la aplicábamos diariamente, como funcionarios o como abogados de los administrados. La experiencia acumulada durante los más de veinte años de vigencia de nuestra ley nos permitiría dar a conocer a nuestros colegas venezolanos las dificultades con que nos habíamos encontrado -que serían análogas a las que ellos se encontrarían- y el modo de poder superarlas para que pudieran cumplirse las finalidades de todo Ordenamiento del procedimiento administrativo. Aquellos días de gratísima convivencia, tan útiles para todos -siempre se aprovecha mucho en los cambios de impresiones entre quienes tienen preocupaciones comunes- culminaron en una cena que nos ofreció el Embajador de Venezuela, a la que asistió como testigo cualificado Manuel García Pelayo, a la sazón Presidente del Tribunal Constitucional español.

*Las leyes de procedimiento administrativo objeto del estudio del Prof. Brewer-Carías consagran, de forma más o menos expresa, los principios que informan la regulación del procedimiento administrativo, reiterando a veces las normas de las Constituciones respectivas. Principios que tienen valor muy distinto, pues no pueden ser en modo alguno homologables los de “economía, celeridad y eficacia”, que figuraban en el artículo 29 de la ley española de 1958 y se han reiterado en casi todas las americanas con más o menos variantes, con los de legalidad, debido procedimiento o de confianza legítima. Mientras estos son auténticos principios generales del Derecho, aquellos son más bien principios de organización. Y así lo ha destacado la doctrina. Ya **Hildegard Rondón de Sansó**, en el estudio preliminar que, con la introducción de Brewer-Carías, se incluye en el texto de la Ley Orgánica de Venezuela publicada por la Editorial Jurídica Venezolana, distinguía entre los “principios relativos a las garantías jurídicas (**audire alteram partem**, principio de imparcialidad, principio de publicidad)”, y los “principios relativos a la eficacia administrativa*

¹³ Páginas 10 y ss. de la 8ª edición.

(economía procedimental, racionalización, actuación de oficio) ”¹⁴. Y Cajarville, al estudiar las **Normas Generales de actuación administrativa de la Administración central de Uruguay**, dice que los principios generales por los que se rige el procedimiento administrativo -que enumera el artículo 2° del D. 500/91, indiscriminadamente- pueden agruparse en dos grandes categorías: “Unos, -dice- son, realmente, principios generales del Ordenamiento en su conjunto, que como tales se aplican también en esta materia; otros, son específicos del procedimiento administrativo y derivan de las características de la función que en él se ejercita”. Incluye, entre los primeros, a los siguientes ¹⁵:

- Debido procedimiento o derecho a defenderse.
- Derecho al honor y a la dignidad. Presunción de inocencia.
- Imparcialidad.
- Derecho a la seguridad.
- Buena fe, lealtad y producción de verdad, salvo prueba en contrario.

Incluye, entre los segundos, a estos otros:

- Legalidad objetiva.
- Verdad material.
- Impulsión de oficio.
- Delegación material.
- Principios relativos a las formalidades.
- Gratuidad.

Clasificación que no responde al criterio diferencial señalado, porque algunos de estos últimos -legalidad objetiva y antiformalismo- son auténticos principios generales del Derecho y, como tales, sirven de fundamento al Ordenamiento, orientan la labor interpretativa y se aplicarán para llenar las lagunas de la ley. Y es que el art. 2° de las Normas, después de enumerar indiscriminadamente los principios, establece que “servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento”.

El problema de la delimitación de lo que constituyen auténticos principios generales de Derecho que informan la regulación del procedimiento administrativo de los principios de organización ha preocupado especialmente a **Eloy Espinosa-Saldaña** al estudiar la ley del Perú n° 27444. Ya Danós, al estudiar el proyecto, había explicado que deliberadamente la Comisión redactora solo había incorporado los principios que regulan la actuación administrativa y que tenían repercusión en los distintos procedimientos, no

¹⁴ Páginas 63 y ss. de la edición citada.

¹⁵ Procedimiento administrativo, *cit.*, pp. 20 y ss.

habiendo considerado los que configuraban la organización de la Administración pública¹⁶. Espinosa-Saldaña estima que debió haberse determinado cuándo estamos o no ante un principio general según que se fundamentase en el reconocimiento de mandatos constitucionales que presiden e informan toda la actuación administrativa o la garantía de los derechos y libertades fundamentales de los administrados¹⁷.

***Principios del procedimiento administrativo en América Latina** es el título del libro que tengo el honor de prologar. Pero el libro es mucho más. Estudia, efectivamente -y exhaustivamente- los principios que informan los Ordenamientos jurídicos de estas Naciones. Pero, partiendo de cada uno de ellos, va examinando las reglamentaciones respectivas, con sus similitudes y diferencias, ofreciendo un ejemplo de lo que debe ser un estudio de Derecho comparado. Y como el procedimiento administrativo es el cauce de la función administrativa y las leyes de procedimiento administrativo extienden su regulación al régimen jurídico de la actividad en que se concreta tal función, este nuevo libro del Prof. Brewer-Carías viene a ser un Manual, un excelente Manual de Derecho administrativo, del que puede decirse lo que él dijo de la Ley General de la Administración pública de Costa Rica de Eduardo Ortiz Ortiz: que en él se encuentra explicado el Derecho administrativo, como si se tratase del desarrollo de un programa de un curso sobre esta disciplina expuesto en un muy hermoso y rico texto.*

Recordaba al principio que el día de Viernes Santo de 1958 escribía la parte que me correspondió de la Exposición de Motivos de la ley española de 1958. Y es precisamente el Viernes Santo de este año 2002 cuando termino de escribir estas líneas que servirán de introducción a este precioso libro de Allan Randolph Brewer-Carías. Al que debemos expresar nuestra gratitud por esta importante aportación a la Ciencia del Derecho administrativo iberoamericano.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ,
Catedrático de Derecho Administrativo

¹⁶ Danos, *Comentarios al Proyecto de la Nueva Ley de Normas Generales de Procedimientos administrativos*, "Thenis", núm. 39. Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 237 y ss.

¹⁷ En la Obra colectiva *Comentarios a la Ley de procedimiento administrativo general*, Ara Editores, Lima, 2001, pp. 262 y ss.

VI

PRÓLOGO AL LIBRO: DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL ANTE INTERPOL, Editorial Investigaciones Jurídicas San José, Costa Rica 2015; Editorial Olejnik, Madrid Santiago 2020, por el profesor José Antonio MUCI BORJAS, Profesor de Derecho Administrativo, Venezuela

§1. Me resulta difícil expresar aquí la profunda complacencia que me produjo la invitación que me hiciera mi Profesor y amigo, Allan Randolph Brewer-Carías, para que prologase su más reciente obra: *El Procedimiento Administrativo Global ante la Interpol*. El libro, cuya publicación correrá por cuenta de la casa editorial Investigaciones Jurídicas S.A. de Costa Rica, está llamado a ser el primer ejemplar de la novel colección, Maestros del Derecho, de ese sello editorial.

§2. Brewer-Carías, no albergó duda alguna en propósito, es un Maestro del Derecho. Maestro, decía, por su extraordinario talento y su elevado conocimiento del Derecho Administrativo; por su dedicación a difundir la ciencia, a través de magistrales lecciones en el aula universitaria; por su ejemplo como infatigable investigador y por su apoyo desinteresado a las investigaciones promovidas o adelantadas por otros; y, por su copiosa obra escrita, cuya valía es reconocida tanto en Venezuela como en el extranjero. Por ello, la decisión de iniciar la colección Maestros del Derecho con una obra de Brewer-Carías luce más que acertada.

§3. De la mano de Brewer-Carías, a quien conozco desde que yo era un niño, me inicié en el estudio del Derecho Administrativo, disciplina normativa a la que he dedicado por entero mi vida académica. Lo hice primero como alumno suyo, en las aulas de la Universidad Central de Venezuela. Luego vino la etapa de pasante. Durante este período de mi vida estudié las sentencias que iban a ser objeto de publicación en la Revista de Derecho Público de la Editorial Jurídica Venezolana, obra ésta, hechura de Brewer-Carías, de incalculable valor para el estudio de nuestro Derecho; busqué material para el libro *Las Constituciones de Venezuela* y participé en la revisión y actualización de las *Instituciones Políticas*, obras de las cuales Brewer -a secas-, porque así le citamos en clases- es autor.

El ejemplo de Brewer y el de mi padre, José Muci-Abraham, extraordinarios Profesores universitarios y hombres de excepción, influyó de manera decisiva en mi determinación de impartir clases de Derecho -de Derecho Administrativo- en la Universidad Católica Andrés Bello.

§4. Pero hay más. A lo largo de los años Brewer me ha dispensado el trato y el afecto que sólo se le suele dispensar a un hijo. Un afecto que este prólogo me brinda la oportunidad de corresponder en pequeña medida.

§5. Son, pues, múltiples las razones por las cuales me halaga grandemente que Brewer me invitase a prologar esta obra, que gira en torno a una novel disciplina, me refiero al Derecho Administrativo Global, a la cual he dedicado horas de estudio e investigación desde hace ya más o menos una década.

§6. La obra de Brewer se intitula, ya lo destacamos, *El Procedimiento Administrativo Global ante la Interpol*. En ella Brewer diserta sobre (i) el Derecho Administrativo Global; (ii) la Organización Internacional de Policía Criminal, mejor conocida por su abreviatura, Interpol, entendida aquí, parafraseando a Battini, Profesor de la *Università di Tuscia*, como una *Amministrazione senza Stato*;¹ (iii) los principios que informan la actividad administrativa de esa Administración; (iv) los procedimientos que Interpol debe seguir para la inscripción de datos personales en sus registros, con miras a su ulterior difusión para la aprehensión de personas, así como para la revisión de la decisión en virtud de la cual tales datos fueron inscritos en sus registros; y, finalmente, (v) sobre el procedimiento sustanciado por Interpol en un caso particular: *Allan Randolph Brewer-Carias v. Venezuela*.

§7. Como hemos tenido oportunidad de afirmar en el pasado en más de una oportunidad, vivimos en tiempos de globalización (*mondialisation* para los franceses).² Si bien es cierto que por globalización ha de entenderse la tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales,³ no es menos cierto que el vocablo está asociado a la idea de distancias que se acortan, tiempos que se reducen y una siempre creciente interconexión a escala planetaria.⁴

¹ Battini, Stefano, “Organizzazioni internazionali e soggetti privati: verso un Diritto Amministrativo Globale?”, en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra dirigida por Manganaro, F. y Romano Tassone, A., Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 77 y 78.

² Muci Borjas, José Antonio, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (Bit's)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 27 y ss.

³ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española.

⁴ Schneiderman, David, *Constitutionalizing Economic Globalization. Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge University Press, New York, 2008, p. 1.

§8. Por causa de la globalización, vivimos tiempos en los que las fronteras estatales tienden a desvanecerse;⁵ tiempos en los que han ido surgiendo normas o reglas (uniformes) que rigen sin consideración de los confines estatales. Dicho en otras palabras, vivimos tiempos en los que el Poder Público estatal se resiente, decae; tiempos en los que ese Poder sufre una significativa erosión.⁶ En palabras de De Pretis, en el ámbito jurídico *globalización* significa *declinación del rol del Estado* tanto en *la producción de normas* jurídicas como en *la aplicación del Derecho*.⁷

§9. Son múltiples los asuntos y los problemas que hoy por hoy no encuentran solución *-i.e.*, que por la naturaleza de las cosas no pueden encontrar solución- dentro de los “reducidos” confines de los Estados. Por citar sólo un puñado de ejemplos, piénsese en (i) la necesidad de brindarle seguridad a los ciudadanos de un país frente a las amenazas que plantea el terrorismo internacional; (ii) la lucha contra el lavado de dinero producto de las actividades ilícitas, como el narcotráfico internacional; o (iii) la protección del ambiente contra los daños producidos por fenómenos de contaminación originados más allá de las fronteras de un Estado, como pueden ser la contaminación de los mares o incluso el efecto invernadero.⁸

§10. A la luz de tales datos, la existencia de un organismo de cooperación policial internacional como la Interpol luce como una obviedad, particularmente cuando se tiene presente que «las fronteras nacionales constituyen una ventaja para los delincuentes del mismo modo que representan un obstáculo para las fuerzas del orden...».⁹ En otras palabras, como quiera que los delitos pueden superar o rebasar las fronteras o confines de un Estado -en múltiples oportunidades, de hecho, superan o rebasan tales límites geográficos-, la delincuencia, entendida como un problema multijurisdiccional, necesariamente ha de ser combatida por “autoridades” con competencia plurijurisdiccional (*i.e.*,

⁵ Beck se ha atrevido a afirmar que las fronteras estatales se han transformado en «...categorías zombies» (Beck, citado por Schneiderman, David, *op. cit.*, p. 1).

⁶ Ya en 1986 Giannini observaba (i) que existía un número siempre creciente de autoridades internacionales; (ii) que los Estados, una vez informados de las decisiones adoptadas por aquéllas, se limitaban a ejecutarlas; y, complementariamente, (iii) que los espacios que las Administraciones Internacionales le dejaban a los Estados se reducían constantemente (Giannini, Massimo Severo, *Il Pubblico Potere*, Il Mulino, Bologna, 1986, pp. 12 y 13).

⁷ De Pretis, Daria, “La tutela giurisdizionale dell’ordinamento europeo”, en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra dirigida por Manganaro, F. y Romano Tassone, A., Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 103.

⁸ Del Vecchio, Angela, *Giurisdizione Internazionale e Globalizzazione. I tribunali internazionali tra globalizzazione e frammentazione*, Dott. A Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2003, p. 2.

⁹ Naím, Moisés, *Ilícito. Cómo traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo*, Random House Mondadori, S.A., Barcelona, 2006, pp. 16 y 24.

globales). En efecto, en numerosas oportunidades el crimen es una de esas materias complejas en las que el Estado contemporáneo demuestra ser, producto del fenómeno de la globalización, «...demasiado pequeño para las cosas grandes...».¹⁰

§11. Del deber de cooperación entre Estados a los fines de prevenir y combatir delitos y de la asistencia judicial e intercambio de información por intermedio de Interpol, dejan constancia, entre otros instrumentos, la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

§12. Para atender los problemas mencionados con anterioridad (*supra*, §9. al §11.) han venido siendo dictadas o aprobadas normas y, por consiguiente, ha ido surgiendo un Derecho, que no es de origen nacional; un Derecho que no responde a la tradicional idea de la soberanía estatal. Son estos, por tanto, tiempos en los que *el alcance o radio de acción del Derecho estatal* -esto es, el “espacio” disciplinado por ese Derecho, incluido el Derecho Administrativo, estatal “por definición”- *tiende a redimensionarse*.

§13. En efecto, en el ámbito más circunscrito del Derecho Administrativo, siempre según De Pretis, globalización parece significar *ruptura definitiva del nexo que tradicionalmente ha mediado entre Estado y Administración*; entre un Estado en específico y su Administración Pública.¹¹ Es por ello que se afirma que el Derecho resultante de la globalización es *a-nazionale*,¹² amén de *a-territoriale*.

§14. Por causa de la globalización, las Administraciones estatales, las de los Estados nacionales, se ven sometidas o subordinadas a reglas de Derecho que, en oportunidades, no han sido elaboradas por el Estado del cual las Administraciones nacionales forman parte integrante.¹³ Pero más importante aún

¹⁰ Según Romano, en la actualidad el Estado es «troppo grande per le cose piccole e troppo piccolo per le cose grandi» (citado por Tropea, Giuseppe, “Considerazioni sulla cittadinanza e amministrazione nello spazio (frammentato) e nel tempo (individuato) della globalizzazione”, en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra dirigida por Manganaro, F. y Romano Tassone, A., Giuffrè Editore, Milano, 2005, p. 245.

¹¹ De Pretis, Daria, *Ibid.*

¹² Cassese, Sabino, “L’ordinamento giuridico globale”, publicado en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra dirigida por Manganaro, F. y Romano Tassone, A., Giuffrè Editore, Milano, 2005, p. 8.

¹³ Krisch, Niko y Kingsbury, Benedict, “Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order”, en *European Journal of International Law (EJIL)*, Volume 17, Nº 1, February 2006, pp. 1 y ss. En sentido coincidente, Muci

a los efectos del ensayo de Brewer, por causa de la globalización han surgido y se han ido consolidando *Administraciones que no pertenecen a ningún Estado en particular*. No resulta ocioso destacar aquí, *arguendi gratia*, que en el emblema de Interpol figura el globo terráqueo, porque las actividades de esta Administración se desarrollan a nivel mundial.

§15. Y si se nos permite una breve digresión, en tiempos recientes la existencia misma del Derecho Administrativo Global ha sido reconocida por el Derecho. Piénsese, *e.g.*, en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Ciudad de Panamá, Panamá, los días 18 y 19 de octubre de 2013,¹⁴ con el objeto de acercar o aproximar *-i.e.*, de uniformar- los sistemas jurídicos nacionales de los distintos países de la región iberoamericana.¹⁵

§16. Pero retornando a Interpol y a la obra de Brewer, a diferencia de los organismos de policía estatales o nacionales, disciplinados por el Derecho Administrativo “tradicional”, nacional o estatal por definición, Interpol es una Administración (Pública) que obra a nivel mundial y que, por ello, se halla sometida al Derecho Administrativo Global.¹⁶

Borjas, José Antonio, “Detalles de un procedimiento (administrativo) sustanciado por Interpol con base en el Derecho Administrativo Global: El asunto Allan R. Brewer-Carías”, en *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo, Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Caracas, 2010, pp. 700 y ss.

¹⁴ El texto completo de la Carta puede ser consultado en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, número 60, octubre 2014, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Caracas, 2014, pp. 193 y ss.; también en el portal del CLAD: www.clad.org. El Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) fue creado en 1972, con el impulso precisamente de Allan R. Brewer-Carías, por iniciativa de los gobiernos de México, Perú y Venezuela, y su sede se encuentra en Caracas. Del prenombrado Centro son hoy en día miembros Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

¹⁵ Consúltese, *mutatis mutandis*, Allí Aranguren, Juan-Cruz, *Derecho Administrativo y Globalización*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2004, p. 364.

De acuerdo al texto de la Carta Iberoamericana, el Capítulo Tercero de dicho instrumento, intitulado “El Derecho Fundamental a la buena Administración Pública y sus Derechos Derivados”, se ocupa de «...la definición del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y conjunto de sus derechos componentes», «...según *las modernas tendencias del Derecho Administrativo Global*...».

¹⁶ Muci Borjas, José Antonio, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

§17. Estaríamos, y queremos hacer hincapié en la idea, frente a un Derecho, un Derecho Administrativo:

a. Global, primero que nada, porque las normas de ese Derecho Administrativo rigen sin consideración de fronteras; porque los efectos de sus normas, dicho de otra manera, rebasan o desbordan los confines estatales.¹⁷

b. Global, en segundo término, porque este Derecho Administrativo se ocupa, así lo afirma Battini, del ejercicio del Poder, del Poder con mayúscula, por una serie de organizaciones, de Administraciones (Públicas), que no pertenecen a ningún Estado en particular.

c. Global, en tercer lugar, porque le reconoce a los particulares la condición de sujetos de Derecho en el plano -esto es, en la esfera-internacional.

d. Global, en cuarto lugar, porque sus normas limitan o condicionan la actividad de las Administraciones, pertenezcan éstas o no a un Estado particular; porque sus normas, en otras palabras, regulan o disciplinan las relaciones que surgen entre las Administraciones Públicas y los particulares por causa o a consecuencia del ejercicio del Poder Público; porque sus normas suelen autorizar a los particulares cuyos derechos resultaren afectados por la actuación de las Administraciones nacionales e internacionales, para proponer, ante una autoridad global, solicitudes o recursos que tienen por objeto exigir la “revisión”, por motivos de legalidad -sí, de legalidad-, de los actos, adoptados por órganos estatales o internacionales, que les causan gravamen a aquéllos. Es éste, precisamente, el caso de Interpol (*infra*, §22. a §25).

e. Global, finalmente, porque, parafraseando a Cassese, Profesor de la *Università La Sapienza* (Roma), se trata de un Derecho Administrativo que se halla integrado por normas internacionales, supranacionales y también nacionales, esto es, por normas de diverso origen, de distinta entidad, de diferente naturaleza.

§18. Así como el Derecho Administrativo europeo, en palabras de Schmidt-Assmann, es «...la respuesta del Derecho al desafío de comprender Europa como *un espacio administrativo unitario*»,¹⁸ pareciera posible afirmar

¹⁷ En el Preámbulo del Reglamento sobre Tratamiento de Información para la Cooperación Policial Internacional Interpol se afirma o declara, *e.g.*, que «...el tratamiento de información policial por parte de la Secretaría General dentro de los edificios y locales de la Organización *no está sometido a ninguna ley nacional*».

¹⁸ Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Instituto Nacional de Administración

que el Derecho Administrativo Global constituye una respuesta a desafíos de mayor dimensión, porque la disciplina debe hallarse desvinculada de una zona geográfica concreta o específica, habida consideración, parafraseando a Schmidt-Assmann, que en las materias disciplinadas por este Derecho -y la policial es una de ellas- todo *el planeta* debería ser visto y entendido como un *espacio administrativo unitario*.

§19. A la luz de las consideraciones que anteceden, el surgimiento de ese Derecho Administrativo Global, no podía ser de otro modo, debe ser estudiado desde la perspectiva internacional. El proceso de concesión de poderes *-i.e.*, de poderes públicos- a organizaciones internacionales, esto es, a *Administraciones (Públicas) sin Estado*, no puede comprenderse a cabalidad, eso entendemos nosotros, sino tomando en consideración, como observaba Giannini, la creciente erosión del Poder estatal, la siempre mayor sujeción del Estado a normas elaboradas por “otros”. Empero, el surgimiento de ese Derecho también debe ser estudiado tomando en consideración el ordenamiento jurídico interno, porque resulta necesario tener presentes las transformaciones que éste ha venido sufriendo o experimentado en virtud de la existencia de ese otro Derecho por vocación *-i.e.*, por definición- Global.

§20. Por la interacción “en curso” entre los distintos ordenamientos, entendemos que, sin ese doble enfoque, internacional y nacional, no resulta posible entender a cabalidad los profundos cambios que el Derecho Administrativo experimenta en los tiempos que corren.

§21. Desde la perspectiva que brindan las consideraciones realizadas en los párrafos que anteceden, el caso *Allan Randolph Brewer-Carías v. Venezuela*, decidido por la Secretaría General de Interpol, es digno de consideración y análisis.

§22. Comencemos por los antecedentes:

a. A raíz de la solicitud girada por las autoridades venezolanas para la detención preventiva del Profesor Brewer, los datos personales de este último quedaron inscritos o almacenados en los ficheros de Interpol. Esa inscripción en registro y su consecuencia natural, que no era otra que la ulterior difusión de una orden de captura internacional, se fundó (i) en el artículo 26 del Estatuto de Interpol, a tenor del cual la Secretaría General actúa como centro técnico y de información, y en la aludida condición ha de encargarse del manejo o tratamiento de la información policial; y (ii) el artículo 3.1 -literales a. y b.- del Reglamento sobre Tratamiento de Información para la Cooperación Policial Internacional, a tenor del cual la data o información suministrada a Interpol debe ser utilizada con miras a

Pública (INAP) y Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2003, p. 383.

la prevención, represión y enjuiciamiento de las infracciones penales de derecho común, para, entre otros propósitos, buscar personas con miras a su detención.

b. La inscripción de la información del Profesor Brewer en los ficheros de Interpol, así como la pretendida difusión de una orden de captura, son actuaciones análogas, si no idénticas, *e.g.*, a las que, en el orden interno le han sido confiadas a las policías nacionales, que por mandato legal deben prevenir la comisión de delitos y apoyar el cumplimiento de las decisiones dictadas por la autoridad judicial competente, respetando en todo momento los derechos humanos. Análogas, si no idénticas, a las actuaciones que los distintos cuerpos de policía estatales deben cumplir en virtud de los deberes de colaboración y cooperación con otros Poderes Públicos estatales. Empero, en el caso de Interpol tales actividades son adelantadas por una *Amministrazione senza Stato*.

d. Interpol se vio obligada a revisar la inscripción o inclusión de los datos del Profesor Brewer en los ficheros o bases de datos de la Organización, y a abstenerse de expedir la consecuente orden de captura internacional, a solicitud del propio Brewer. La solicitud a la cual acabamos de hacer alusión fue formulada por Brewer en su condición de particular afectado por (i) el acto de gravamen estatal anunciado -y luego expedido- por las autoridades venezolanas (*supra*, §22., literal a.), y (ii) las medidas que Venezuela le solicitaba a Interpol que adoptase con base en el precitado acto estatal.

e. El derecho subjetivo de los particulares a solicitar acceso a los ficheros de la Interpol encuentra su fundamento, en primer término, en el artículo 7, literal b., del Reglamento sobre Tratamiento de Información para la Cooperación Policial Internacional, a tenor del cual dicha solicitud debe ser tramitada ante la Comisión de Control de Ficheros. También en el artículo 4 del Reglamento sobre el Control de la Información y el Acceso a los Ficheros, según el cual «...cualquier persona que desee acceder a la información de carácter personal sobre ella o sobre la persona que represente...», puede dirigirle una solicitud (administrativa) a la Comisión de Control de Ficheros de Interpol. A esa solicitud la Comisión, por mandato del artículo 9 del Reglamento sobre el Control de la Información y el Acceso a los Ficheros de la Organización, debe darle «...respuesta a la mayor brevedad posible».

f. Dicho en otras palabras, las *normas reglamentarias* que disciplinan la conducta de Interpol les reconocen a los particulares la condición de sujetos de Derecho en el ámbito internacional, y, como tales, les reconocen también la titularidad de una suerte de derecho de petición y oportuna y adecuada respuesta, en el que la petición no va dirigida a un Poder Público

estatal, sino a una Administración *-i.e.*, a una “autoridad”- Global. Ese derecho les reconoce a las personas legitimación para demandar acceso a su información y para, consecuentemente, solicitar la “revisión” de la decisión en virtud de la cual esa data fue incorporada a los ficheros de Interpol, debiendo acotarse que para poder proponer esta solicitud (administrativa), de raíz internacional, no resulta necesario agotar primero los recursos o “remedios” previstos por la legislación nacional.

g. Así las cosas, pareciera posible afirmar que estamos frente a una suerte de recurso (administrativo) de Derecho no estatal -a-nazionale, parafraseando a Cassese-;¹⁹ frente a una garantía de tipo jurisdiccional -jurisdiccional, no judicial-²⁰ de origen o raíz internacional. Un derecho o garantía de Derecho a-nazionale, decíamos antes, porque el particular, el Estado venezolano e Interpol se encuentran sometidos a un Derecho Administrativo, y ésta es una aparente e insalvable *contradictio in terminis*, cuyo autor no es un Estado; a un Derecho Administrativo sin Estado o *destatizzato*; a un Derecho Administrativo “transnacional” (*transnazionale*); en fin, a un Derecho Administrativo que se ocupa de una Administración, he aquí otra aparente e insalvable *contradictio in terminis*, que no se enmarca en la estructura, en la tradicional organización, de un Estado.

§23. Veamos ahora cuáles fueron los motivos en que el Profesor Brewer fundamentó la solicitud presentada ante Interpol:

a. Con base en el artículo 2, literal a., del Estatuto de Interpol, norma de remisión que refiere a la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, el Profesor Brewer le pidió a la Secretaría General de la Organización que se abstuviera de tramitar el requerimiento del Estado venezolano y que, en todo caso, revisara y consecuentemente cancelara o anulara la información, enviada por las autoridades venezolanas, registrada o almacenada en los ficheros de Interpol. Por consiguiente, lo que Brewer le pidió inicialmente a Interpol fue que se abstuviera de difundir la orden de captura internacional requerida por las autoridades nacionales venezolanas, argumentando al efecto que el registro y ulterior difusión de la data atentaban no sólo contra el propio Estatuto de Interpol (art. 3), sino contra su derecho humano o fundamental a la libertad personal, cuya vigencia se garantiza prohibiendo tanto las detenciones estatales arbitrarias, como la persecución estatal con fines o motivaciones políticos.

¹⁹ Cassese, Sabino, “L’ordinamento giuridico globale”, publicado en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra dirigida por Manganaro, F. y Romano Tassone, A., Giuffrè Editore, Milano, 2005, p. 8.

²⁰ Pace, Alessandro, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte Generale*, seconda edizione, Casa Editrice dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 1990, p. 108.

b. El trámite (administrativo) ante Interpol giró, pues, en torno a la ilegalidad e ilegitimidad del requerimiento hecho por las autoridades venezolanas y también, por la naturaleza de las cosas, del registro o almacenaje de la data y de la petición de la ulterior difusión de una orden de captura internacional, que, a juicio del solicitante, se hallaba fundamentada en (prohibidas) razones de tipo político. Giró, por consiguiente, en torno a la necesidad de anular o cancelar el registro de dicha data en los ficheros de la Organización. Por lo que a sustancia o naturaleza se refiere, el trámite, como ya lo anotamos anteriormente, tenía carácter jurisdiccional,²¹ porque de lo que se trataba era (i) del control o revisión por la propia Interpol, basado en razones o motivos de *legalidad*, de la operación de registro o almacenaje de la data personal del Profesor Brewer en los ficheros de la Organización; y, (ii) del control, indirecto o reflejo -si se quiere, oblicuo- de la conformidad del requerimiento para la captura internacional del Profesor Brewer, girado por las autoridades venezolanas, con el Derecho Global (en el caso de la especie, con el Estatuto de Interpol y, por vía de consecuencia, por la norma de remisión contenida en el artículo 2, literal a., de dicho Estatuto, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas).

c. Dicho, en otros términos, una Administración ajena al Estado venezolano (Interpol), una Administración que no pertenece a ningún Estado en particular,²² puede censurar el requerimiento para la detención o captura hecho por las autoridades venezolanas. Y al hacerlo, ejerce un “poder” jurídico similar o equivalente, si no igual, a la potestad revisora -a instancia de parte- que las leyes nacionales les reconocen a ciertas Administraciones estatales cuando se trata de enjuiciar la legalidad de actos expedidos por otras Administraciones, también estatales, con la salvedad, claro está, que en el caso de la especie Interpol enjuició la legalidad y

²¹ Consúltense *-mutatis mutandis-* a Morlino, Elisabetta, “Labour Standards: Forced Labour in Myanmar”, en *Global Administrative Law. Cases, Materials, Issues*, Institute for Research on Public Administration (IRPA) e Institute for International Law and Justice (IILJ), second edition, editado por Cassese, Sabino, Carotti, Bruno, Casini, Lorenzo, Macchia, Marco, McDonald Euan y Savino, Mario, 2008, p. 7; y, *mutatis mutandis*, a Escola, Héctor Jorge, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 251.

²² Conviene tener presente que el artículo 30 del Estatuto de Interpol dispone, por una parte, que «en el ejercicio de sus funciones, el Secretario General y el personal a sus órdenes *no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún Gobierno ni de ninguna autoridad ajena a la Organización* y se abstendrán de toda acción que pueda perjudicar a su misión internacional», y por la otra, que «...cada uno de los Miembros de la Organización se compromete a respetar el carácter exclusivamente internacional de las funciones del Secretario General y del personal, y a no influir sobre ellos en el desempeño de su cometido».

legitimidad del requerimiento para la detención o captura expedido por las autoridades de un país (en nuestro caso, Venezuela). Interpol obró, pues, como árbitro de la legalidad de la actuación (previa) del Estado venezolano, y en dicha condición rechazó la pretensión de las autoridades de dicho Estado.

d. En definitivas cuentas, lo que a nivel internacional Interpol conoció y decidió fue una suerte o especie de *habeas data*, esto es, un recurso o remedio, propuesto por una persona (natural), que tenía por objeto conocer los datos que sobre ella se guardaban o almacenaban en un archivo o registro, público en este caso, para luego, con base en ese conocimiento, exigir la supresión de esa data,²³ por haber sido ésta registrada -y poder llegar a ser difundida- en infracción de lo previsto por el Estatuto de Interpol, y por tanto, que no se diera curso al requerimiento del Estado.

§24. Presentada la solicitud del Profesor Brewer, Interpol siguió un procedimiento administrativo, cuyo *iter* cabría resumir así:

a. En su condición de autoridad directora del procedimiento, la Secretaría General de Interpol les solicitó información a las autoridades venezolanas en repetidas oportunidades. Esta consulta previa, realizada en virtud de la garantía del debido proceso y del principio *auditur alteram parte*, que exige que de manera previa se oiga a la otra parte -en el caso de la especie, al autor del acto lesivo-, se fundó en los artículos 10.1 y 15.2 del Reglamento sobre Tratamiento de Información para la Cooperación Policial Internacional, del año 2003. Parafraseando a Morlino, con esa exigencia se procuraba asegurar que «...los principios del *Rechtstaat*, originalmente desarrollados a nivel nacional, sean respetados» por igual a nivel internacional, cuando una autoridad global, como es precisamente el caso de Interpol, revisa las actuaciones de Administraciones Públicas estatales o nacionales.²⁴

b. Adicionalmente, la Secretaría General le solicitó dictamen o parecer -en Derecho- a la Comisión de Control de los Ficheros, órgano colegiado independiente, integrado por cinco (5) miembros, designados en razón de

²³ *Mutatis mutandis*, Falcón, Enrique M., *Habeas data. Concepto y procedimiento*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 23.

²⁴ Morlino, Elisabetta, *op. cit.*, p. 8. Desde otra perspectiva, pudiera afirmarse que la consulta (previa) a las autoridades venezolanas tenía por objeto asegurarles a éstas el derecho a defensa, entendido como «un principio elemental del Derecho» Dubouis, Louis, “El papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Objeto y ámbito de la protección”, en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Favoreu, L., Luchaire, F., Schlaich, K., Pizzorusso, A., Ermacora, F., Goguel, F., Rupp H.G., Zagrebelsky, G., Elia, L., Oehlinger, T., Rideau, J., Dubouis, L. Cappeletti, M. y Rivero, J., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 582.

sus conocimientos especializados, dotado de amplísimos poderes de investigación,²⁵ al cual compete comprobar o determinar «...que las normas y operaciones relativas al tratamiento de información de carácter personal por parte de la Organización, y en especial los proyectos de creación de nuevos ficheros o nuevos medios de difusión de este tipo de información, cumplen la reglamentación de la propia Organización en este ámbito y no vulneran los derechos fundamentales de las personas, previstos en el artículo 2 del Estatuto de INTERPOL donde se menciona la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni los principios generales en materia de protección de datos».²⁶

c. Hasta tanto se decidiera el fondo del asunto *-i.e.*, de la controversia, de la *litis*- sometido a la consideración de la Secretaría General, ésta, con miras a salvaguardar los derechos del Profesor Brewer, dictó una medida (administrativa) de carácter cautelar, consistente en la inclusión de una advertencia o “nota marginal” al pie del requerimiento del Estado venezolano. Esa medida (administrativa) preventiva fue adoptada con base en el artículo 10 -numeral 1º, literal d- del Reglamento sobre Tratamiento de Información para la Cooperación Policial Internacional, del año 2003.

d. A la espera de la información ofrecida por la Oficina Central de Caracas, en un segundo momento la Secretaría General expidió una segunda medida (administrativa) de naturaleza cautelar, complementaria de la primera, consistente en el bloqueo de la información. En otras palabras, la Secretaría General resolvió que la información transmitida e inscrita en los registros de Interpol debía ser tratada de manera reservada hasta tanto se adoptase la decisión (administrativa) definitiva.

§25. Y hecha esa reseña de antecedentes, resta por destacar el pronunciamiento de Interpol sobre el asunto sometido a su consideración. Veamos.

a. Habida consideración que las autoridades venezolanas no pudieron justificar las razones por las cuales, a su entender, el tipo delictivo (rebelión) imputado a Brewer debía ser visto y entendido como un delito

²⁵ El artículo 5º del Reglamento sobre el Control de la Información y el Acceso a los Ficheros de Interpol establece textualmente: «1. En el ejercicio de sus funciones, los miembros de la Comisión *no solicitarán ni recibirán instrucciones de nadie*, y deberán observar el secreto profesional. 2. La Comisión gozará de un *derecho de acceso libre y sin reservas a todos los datos de carácter personal tratados por Interpol y a todos los sistemas de tratamiento de tales datos, sean cuales fueren el lugar, la forma y el soporte del tratamiento*. En la medida de lo posible, la Comisión ejercerá este derecho sin interferir innecesariamente en las labores diarias de la Secretaría General».

²⁶ Artículos 1º, 2º y 10 del Reglamento sobre el Control de la Información y el Acceso a los Ficheros de Interpol.

común, a pesar de que dicho tipo califica -por la naturaleza de las cosas- como un delito político puro, la Secretaría General de Interpol ordenó la *total destrucción de la data* relativa al Profesor Brewer, que para ese momento obraba en poder de la Organización. En otras palabras, entendiendo que el requerimiento, por el delito imputado, no podía ser reconciliado con el Estatuto de Interpol, la Secretaría adoptó esa decisión con base en el artículo 15, numeral 2. (“Modificación, bloqueo o destrucción de la información”), del Reglamento sobre el tratamiento de información para la cooperación policial internacional.

b. Y, como es natural, con la destrucción de esa información, la Secretaría General de la Organización evitó -ese fue el producto o consecuencia de su decisión- que se le diera difusión a la orden girada por las autoridades venezolanas (artículo 15.3 *eiusdem*).

c. Con esa orden, de naturaleza o sustancia jurisdiccional, adoptada en el marco de un procedimiento (administrativo) de carácter contradictorio, Interpol, obrando en calidad de árbitro entre un particular y un Estado miembro *-i.e.*, obrando como autoridad *a-nazionale* ajena a la litis, llamada a decidir, de manera imparcial y objetiva, una controversia entre partes en conflicto-, aseguró la vigencia de su propio Estatuto y el respeto de las obligaciones asumidas por el Estado venezolano al incorporarse, en calidad de miembro, a esa Organización policial global.²⁷ Aseguró, además, la eficacia plena de los derechos humanos del Profesor Brewer.

d. En síntesis, pareciera posible afirmar (i) que en el caso de la especie la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol) dictó un acto en ejercicio de «...funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional...»,²⁸ y (ii) que ese acto de “autoridad” tuvo por objeto brindarle a un particular *tutela administrativa efectiva* frente a lo que, en criterio de Interpol constituía un acto estatal -aludimos, como es obvio, al requerimiento de las autoridades venezolanas- arbitrario y, por tanto, *contra legem*.

§26. Desde hace ya muchos años, demasiados, el distinguido Profesor Allan Randolph Brewer-Carías vive injustamente desterrado en el exterior. Para quienes decidieron perseguirlo por motivos políticos, la gran valía humana e

²⁷ *Mutatis mutandis*, Macchia, Marco, “Legality: The Aarhus Convention and the Compliance Committee”, en *Global Administrative Law. Cases, Materials, Issues*, Institute for Research on Public Administration (IRPA) e Institute for International Law and Justice (IILJ), second edition, editado por Cassese, Sabino, Carotti, Bruno, Casini, Lorenzo, Macchia, Marco, McDonald Euan y Savino, Mario, 2008, p. 75.

²⁸ *Mutatis mutandis*, consúltese la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fecha 1º de septiembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), asunto *Leopoldo López v. Venezuela* (§111).

JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS

intelectual de Brewer “justificaba” ese destierro, cuyo objetivo último era acallar su autorizada voz. Así de simple. Pero como el destierro no bastó, sus perseguidores hicieron luego lo imposible para forzar su regreso y privarlo de su preciada libertad individual. La finalidad del ilegítimo requerimiento para su captura o detención internacional no era otra que silenciarlo, anularlo definitivamente. Así de brutal. Venezuela, lo prueba esta persecución con fines políticos, es tierra en la que la injusticia se ha institucionalizado.

§27. A esa injusta persecución por motivos políticos, he aquí nuestra reflexión final, le puso fin Interpol, *Amministrazione senza Stato* a la que, entre otras cosas, incumbe controlar la legitimidad de las actuaciones de las policías nacionales de sus miembros que demandan su cooperación. Son éstos, los nuestros, tiempos de globalización.

José Antonio MUCI BORJAS

Caracas, 27 de abril de 2015

INTRODUCCIÓN

Sección Primera: DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO (2014)

Esta Sección es el texto del estudio publicado en el libro: Lucio Pegoraro (Coordinador General), *Glosario de Derecho Público Comparado*, Biblioteca Porrúa de Derecho procesal Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México 2012, pp. 84-90; y en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, Centro de Estudios de Derecho Público, Universidad Monteávila, No. 4, Caracas septiembre-diciembre 2014, pp. 13-22.

El derecho administrativo es ante todo un derecho estatal, es decir, un derecho del Estado en el sentido de que además de emanar de éste, está destinado a regular una parte esencial de su organización y actividad; particularmente la Administración Pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa, y las relaciones jurídicas entre las personas jurídicas estatales y los administrados; siendo su objeto, por tanto, normar instituciones de carácter público que persiguen fines públicos y colectivos, situados por encima de los intereses particulares. En relación con todos esos aspectos que configuran su objeto se puede realizar una aproximación comparativa.

Siendo un derecho que regula al Estado, el derecho administrativo se presenta siempre, por supuesto, como un derecho dinámico, en constante evolución, como consecuencia directa de los cambios que se operan en el ámbito social y político de cada sociedad, por lo que además de ser un derecho del Estado, regulador tanto de sus fines y cometidos, como de los poderes y prerrogativas que tiene que tener para poder hacer prevalecer los intereses generales y colectivos frente a los intereses individuales, es también un derecho regulador del ejercicio de los derechos y garantías de los administrados. Por ello, también, es un derecho regulador del necesario equilibrio que debe existir entre los intereses públicos, colectivos o generales que debe proteger y garantizar, y los intereses individuales y privados que también debe garantizar, lo que cabalmente sólo se puede lograr en un Estado de derecho funcionando en un

régimen democrático que es en el cual la supremacía constitucional puede estar asegurada, la separación y distribución del Poder sea el principio medular de la organización del Estado, donde el ejercicio del Poder Público pueda ser efectivamente controlado, y donde los derechos de los ciudadanos puedan ser garantizados por un Poder Judicial independiente y autónomo. Sin democracia y sin dicho control, el derecho administrativo no pasaría de ser un derecho del Poder Ejecutivo o de la Administración Pública, el cual incluso podría estar montado sobre un desequilibrio o desbalance, donde las prerrogativas y poderes de la Administración pudieran predominar en el contenido de su regulación.

Siendo un derecho del Estado, el objeto fundamental del derecho administrativo es la Administración Pública, tanto en cuanto a su funcionamiento como a su actuación. Para ello, siendo la Administración Pública parte esencial de la organización del Poder Ejecutivo, el derecho administrativo contemporáneo encuentra sus bases no sólo en las leyes concernientes a su objeto, sino en las Constituciones políticas, en las cuales, cada vez con mas frecuencia, se han incorporado previsiones de esta disciplina. Por ello, en el derecho público contemporáneo se puede hablar del proceso de constitucionalización del derecho administrativo, mediante el cual se han incorporado en los textos constitucionales, por ejemplo, previsiones relativas a la actuación del Poder Ejecutivo, y en especial a la Administración Pública al servicio del ciudadano, incluyendo previsiones sobre su conformación territorial conforme al principio federal, regional y en todo caso descentralizador y municipal. Entre esas previsiones están también las relativas a la creación de entidades descentralizadas; a la transparencia gubernamental; al acceso a la información administrativa; al principio de legalidad y su control; y, en fin, a la actividad administrativa.

Por tanto, vinculado a la descripción de su objeto, bien podría también señalarse que el derecho administrativo es aquella rama del derecho público que regula los sujetos de derecho o personas jurídicas que conforman al Estado; la Administración Pública como complejo orgánico de esas personas jurídicas estatales, y su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa dentro de las funciones del Estado; la actividad administrativa, la cual siempre tiene un carácter sublegal, realizada por los órganos de las personas jurídicas estatales; y las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas jurídicas estatales o las que desarrollan la actividad administrativas, y los administrados.

En particular, en cuanto a la actividad administrativa, conforme al principio de legalidad, el régimen de derecho administrativo impone que solo debe ejercerse por los órganos competentes ciñéndose a lo establecido en la Constitución y en las leyes y, en particular, conforme al procedimiento legalmente establecido. Por ello, las actuaciones realizadas por órganos incompetentes, sin observancia del procedimiento legalmente prescrito o que usurpen la reserva legal, constituyen vías de hecho y vician los actos

INTRODUCCIÓN

administrativos dictados de nulidad. En particular, respecto de los reglamentos, los mismos no pueden regular materias reservadas a la ley, como es el caso de la tipificación de delitos, faltas o infracciones administrativas, el establecimiento de penas o sanciones, así como tributos y contribuciones.

En esta forma, uno de los principales signos formales del afianzamiento del principio de la legalidad en el derecho administrativo contemporáneo, ha sido el sometimiento de la actuación de la Administración Pública a normas procedimentales que aseguren a los administrados un trato justo, basado en la buena fe y en la confianza legítima, mediante la previsión de un procedimiento formalmente regulado, en el cual se garantice el derecho a la defensa y, en general, el debido procedimiento administrativo. La consecuencia de ello es que una de las características del derecho administrativo contemporáneo sea la conocida tendencia a codificar el procedimiento administrativo mediante la sanción de leyes específicas que los regulen, incluyendo la simplificación de trámites administrativos, para racionalizar las tramitaciones que realizan los particulares ante la Administración Pública y para garantizar la participación ciudadana en la formación de los actos administrativos.

Estas leyes de procedimientos administrativos han consolidado la formalización o juridificación del derecho administrativo, al positivizarse lo que al comienzo eran solo principios generales de la disciplina, estableciéndose en las leyes detalladas previsiones sobre los actos administrativos, su formación, efectos, ejecución, revisión y control; el principio de su irrevocabilidad cuando creen o declaren derechos a favor de particulares; los vicios de nulidad que pueden afectarlos, y los principios para su revisión mediante recursos. La consecuencia es que, a partir de la entrada en vigencia de estas leyes, comenzó a ser más segura la posibilidad de ejercer el control judicial efectivo sobre la actividad de la Administración Pública, siendo dichas leyes la fuente del derecho administrativo formal más importante, con base en la cual la jurisprudencia ha enriquecido la disciplina.

Por otra parte, el procedimiento administrativo en el mundo contemporáneo se ha enriquecido con los principios del debido proceso cuya garantía también está obligada la Administración Pública a respetar, particularmente en los procedimientos sancionatorios, regulándose en las leyes administrativas no sólo la garantía de que la decisión administrativa se adopte por el órgano competente; sino respecto de los administrados, el derecho a la presunción de inocencia; el derecho a la defensa y a ser informado de los cargos formulados; el derecho a ser oído; el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa; el derecho a no confesarse culpable y no declarar contra sí misma; el derecho a la tutela efectiva de los derechos e intereses del sancionado; y el derecho a la doble instancia. Todos estos principios fueron los que llevaron a superar, por ejemplo, instituciones que décadas atrás habían sido aceptadas, como la aplicación del principio *solve et repete* como condición para acceder a

la justicia contencioso-administrativa, el cual en muchos países se ha considerado inconstitucional.

Como se ha dicho, en la actuación administrativa, la competencia de las autoridades administrativas siempre tiene que estar prevista en texto legal expreso, en el cual se autorice la actuación del funcionario. Esta previsión legal de la competencia, sin embargo, si bien en muchos casos está prevista con precisos límites en la ley, en muchos otros casos, es la ley la que le otorga al funcionario cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, apreciando la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse. En este último caso, se está en presencia del ejercicio de poderes discrecionales, que existen, precisamente cuando la ley permite a la Administración apreciar la oportunidad o conveniencia para la emisión del acto administrativo de acuerdo a los intereses públicos envueltos, teniendo el poder de elegir entre diversas alternativas igualmente justas. El tema central en materia de discrecionalidad, sin embargo, ha sido el de su limitación para evitar la arbitrariedad administrativa, y someter a control judicial la totalidad de las actividades administrativas, precisando las áreas de actuación que no constituyen discrecionalidad como el caso de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. En consecuencia, mientras las competencias discrecionales dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio una entre varias soluciones justas, en materia de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado no sucede lo mismo, pues en su aplicación sólo se admite una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquélla que se conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma que autoriza la actuación.

Pero incluso depurada en esta forma la actividad discrecional, la libertad dada al funcionario para desarrollarla también está sometida a límites y controles en aplicación de principios generales del derecho como los de razonabilidad y racionalidad; de lógica, la justicia y la equidad; y de proporcionalidad, los cuales progresivamente se han venido incorporando como texto expreso en leyes de procedimiento administrativo.

Otra forma de ejercicio de la actividad administrativa, además de la acción unilateral, manifestada a través de los actos administrativos, es la que se realiza a través de contratos que la Administración Pública celebra con los administrados, que en esa forma asumen el rol de colaboradores de la Administración. En esta forma, los contratos del Estado o contratos administrativos configuran otro de los contenidos esenciales de la disciplina, los cuales después de su larga creación jurisprudencial, también han sido objeto de legislaciones especiales sobre Contratos del Estado, particularmente destinadas a establecer los principios para la selección de contratistas, a los efectos de asegurar la transparencia de las actividades administrativas.

Otro de los principios fundamentales del derecho administrativo propio del Estado de derecho, ha sido la consolidación de la responsabilidad administrativa,

INTRODUCCIÓN

tanto de los funcionarios como de la Administración Pública, es decir, de las personas jurídicas estatales de cuyos órganos administrativos aquéllos son titulares; y no sólo contractual sino extracontractual. Aún cuando como en casi todas las regulaciones del derecho administrativo, el régimen de derecho privado también está a la base del desarrollo de los principios de la responsabilidad administrativa, en ésta, sin embargo, se han configurado principios propios relativos a garantizar la responsabilidad objetiva de la Administración, causada incluso por su funcionamiento normal, cuando se causa un daño individualizable incluso en ejercicio legítimo de potestades públicas, descartándose así la culpa del funcionario como fundamento único para justificar el derecho de indemnización.

Como se ha dicho, conforme a los postulados del Estado de Derecho y con base en el principio de la legalidad, todos los actos estatales están sometidos al derecho y todos son controlables judicialmente por razones de constitucionalidad o de legalidad. En consecuencia, ningún acto estatal debería escapar al control del Poder Judicial, y en particular, de los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuya creación en el mundo contemporáneo es otra de las tendencias del derecho administrativo.

Como se ha dicho, en particular, siendo los actos administrativos siempre de carácter sublegal, los mismos están sometidos al control judicial por parte de los tribunales con competencia contencioso administrativa, que en la mayoría de los países del mundo contemporáneo se conforma por tribunales especializados, aún cuando no necesariamente separados del Poder Judicial como sucede con el originario modelo francés. A los mismos, por otra parte, no sólo tienen acceso los administrados cuyos intereses personales, directos y legítimos hayan sido lesionados por la actividad administrativa, como es la situación general de la legitimación en estos procesos, sino que también progresivamente la legitimación se ha extendido a la protección de intereses difusos, es decir, los concernientes a la calidad de vida de la población como los daños al ambiente o a los consumidores; y de los intereses colectivos, referidos estos últimos, por ejemplo, a un sector poblacional determinado e identificable.

Estos tribunales contencioso administrativos, por otra parte, en el mundo contemporáneo, no sólo ejercen una competencia de control objetivo de la actuación de la Administración tendiente a la anulación de los actos administrativos ilegales, sino una competencia de orden subjetiva, para también poder condenar a la Administración al pago de sumas de dinero, y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad administrativa, y para disponer lo necesario para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas que pudiesen haber sido lesionadas por la actividad administrativa. Ello implica que los jueces contencioso administrativos son los llamados no sólo para anular actos administrativos, sino para conocer y decidir con plenitud y dentro de los límites de su competencia, todas las demandas que se puedan intentar contra los entes públicos basadas en pretensiones subjetivas. Además, el ámbito del control que

ejercen los jueces contencioso administrativos se ha extendido también a las abstenciones o negativas de los funcionarios administrativos a dictar específicos y concretos actos administrativos a que estén obligados por las leyes. Se trata de lo que en muchos países se conoce como el control contencioso administrativo contra la carencia u omisiones administrativas.

Sección Segunda: SOBRE EL CONCEPTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (2015)

Esta Sección es el texto del estudio publicado en el libro: Jaime Rodríguez Arana y Libardo Rodríguez (Directores), *Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*, Instituto Nacional de Administración Pública, Granada 2015, pp. 25-71.

Si hay un tema que ha sido central al inicio de todos los manuales, cursos y tratados de derecho administrativo, ha sido el del concepto de nuestra disciplina,¹ lo que usualmente ha conducido al intento de definición de la misma en torno a su objeto, que es la Administración Pública. Por ello, la aproximación inicial a un intento de definición de nuestra disciplina, conduce a considerarla, simplemente, como el derecho de la Administración Pública, de su organización, su funcionamiento y su actividad, lo que de entrada impide definirla conforme a un único criterio. La Administración Pública, en efecto, se puede definir, en primer lugar, desde el punto de vista orgánico, apuntando al conjunto de sujetos de derecho que personifican al Estado, su organización y los medios para su funcionamiento; en segundo lugar, desde el punto de vista material, en relación con el ejercicio de la función administrativa como una de las funciones del Estado y la realización de la actividad administrativa del Estado; y en tercer lugar, desde el punto de vista formal, apuntando a los procedimientos y formas utilizadas para la expresión de la voluntad administrativa del Estado frente a los administrados, que siempre es de carácter sub legal.

Esta necesaria mezcla de criterios para lograr la definición del objeto fundamental del derecho administrativo, es decir, de la Administración Pública, es lo que más ha contribuido a la falta de éxito de una definición universal de nuestra disciplina, cuando se ha basado en un solo criterio, sea orgánico, material o formal. Por ello, la solución que en una u otra forma se ha ido delineando para elaborar el concepto del derecho administrativo ha sido la utilización de todos los

¹ V., Allan R. Brewer-Carías, “El concepto del Derecho Administrativo en Venezuela,” en *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, Vol. I, Madrid, enero-diciembre 1983, pp. 685-704; “El concepto del derecho administrativo en Venezuela”, *Estudios de derecho administrativo*, Ediciones Rosaristas, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986, pp. 7-24. V., igualmente, Luciano Parejo Alfonso, *El concepto del derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2008.

INTRODUCCIÓN

criterios identificando el objeto fundamental de la disciplina, precisando el contenido del derecho que es común y normal a la Administración Pública y que se puede moldear en torno a los siguientes bloques de regulación:

En primer lugar, el régimen de la Administración Pública como complejo orgánico del Estado al cual está atribuido, en general, el ejercicio del poder ejecutivo como rama del poder público. En un Estado Unitario la Administración Pública se identifica con la Administración del Estado; y en los Estados federales o descentralizados, la misma tiene necesariamente que identificarse en plural, como las Administraciones Públicas de las diversas entidades territoriales descentralizadas políticamente, nacional, regional o provincial, y municipal, de acuerdo al principio de distribución vertical del poder público que constitucionalmente se haya adoptado.

El derecho administrativo regula, por tanto, la organización de esas Administraciones Públicas y, en particular, la personificación jurídica de los diversos sujetos de derecho que se configuran tanto de dicha distribución territorial del poder, como de la descentralización funcional de la Administración sea con formas de derecho público o de derecho privado.

En segundo lugar, el derecho administrativo regula el funcionamiento de las referidas Administraciones Públicas de los diversos entes del Estado, particularmente en lo que concierne a los recursos necesarios para hacerlas actuar. Así, es campo normal del derecho administrativo, el régimen del personal al servicio de las administraciones públicas, en especial, el régimen de los funcionarios o empleados públicos; el régimen de los bienes de los sujetos de derecho que personifican las Administraciones Públicas, sean del dominio público o del dominio privado de las mismas; y el régimen de los recursos financieros necesarios para su funcionamiento, el cual se ha ido imbricando paulatinamente con el derecho financiero y tributario.

En tercer lugar, también es campo propio del derecho administrativo, el régimen del ejercicio de las funciones del Estado por parte de las Administraciones Públicas, es decir, de las funciones normativa, política, jurisdiccional, de control y administrativa; así como el ejercicio de la función administrativa y de la función normativa de rango sub-legal, por otros órganos del Estado distintos de las Administraciones Públicas, y por los particulares y sus organizaciones, a los cuales la ley se las haya atribuido.

En cuarto lugar, es también objeto propio y normal del derecho administrativo el régimen de la actividad administrativa en cuanto a su materialización en hechos y actos jurídicos, particularmente los actos administrativos y los contratos administrativos, y en particular, el régimen de los procedimientos administrativos para su formación y ejecución, y que regulan en particular las relaciones que se establecen entre la Administración Pública y los administrados, con la debida garantía a sus derechos e intereses.

En quinto lugar, también es campo propio y normal del derecho administrativo, el régimen de las diversas formas como se materializa la actividad administrativa en relación con los administrados, que resulta del ejercicio de las funciones estatales, en particular, el régimen de las regulaciones que inciden en la actividad de los administrados, es decir, tanto de la ordenación de las actividades particulares consideradas como de interés o utilidad general, como de la policía administrativa; de las regulaciones que inciden en las prestaciones debidas por las Administraciones Públicas a los administrados, es decir, de los servicios públicos; de las regulaciones relativas a las acciones de promoción y protección por parte de la Administración respecto de las actividades de los administrados, es decir, de la actividad de fomento; de las regulaciones relativas a las acciones de la Administración en el campo económico, es decir, de las actividades empresariales del Estado; y como resultado de ello, las regulaciones relativas a las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración Pública y los administrados, y de las garantías y derechos de éstos en relación con la Administración Pública.

En sexto lugar, el derecho administrativo también regula la responsabilidad del Estado, o más precisamente, de las personas jurídicas estatales originada por la actuación de sus órganos, así como la responsabilidad de los funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones.

Por último, en séptimo lugar, es también campo propio y normal del derecho administrativo el régimen del control de las actividades de la Administración Pública, de sus funcionarios y de sus actividades, tanto de carácter administrativo como fiscal y, en particular, el régimen del control contencioso administrativo para garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados y de las propias personas estatales.

Vinculado entonces a la anterior descripción de su objeto, bien podría señalarse que el derecho administrativo es aquella rama del derecho público que regula los sujetos de derecho o personas jurídicas que conforman al Estado; la Administración Pública como complejo orgánico de esas personas jurídicas estatales, y su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa dentro de las funciones del Estado; la actividad administrativa, la cual siempre tiene un carácter sublegal, realizada por los órganos de las personas jurídicas estatales; y las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas jurídicas estatales o las que desarrollan la actividad administrativas, y los administrados.

Ello comprende, en consecuencia, tanto la Administración Pública entendida como complejo orgánico de las personas jurídicas estatales, su organización y funcionamiento; y la competencia de sus órganos; como la Administración entendida como actividad administrativa que desarrollan los órganos competentes de aquellas o con autorización de las mismas, de carácter

INTRODUCCIÓN

sub-legal, 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, precisamente, constituyen el objeto fundamental del derecho administrativo. Bajo este último ángulo material, como actividad administrativa, en consecuencia, el derecho administrativo tiene por objeto regular, además, los aspectos formales de la misma, en lo que se refiere, por ejemplo, a los procedimientos administrativos para la formación de la voluntad de los órganos de las personas estatales.

En razón de éste, su objeto, estrechamente vinculado al Estado y al ejercicio del Poder Público fundamentalmente en relación con los administrados, es que al derecho administrativo se lo ubica dentro de las ramas del derecho público, siendo, por tanto, sobre todo, un derecho del Estado.

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO ESTATAL

1. *El derecho administrativo y el Estado de derecho*

En efecto, ante todo, el derecho administrativo es un derecho estatal² o un derecho del Estado, con todas sus implicaciones, y entre ellas, su vinculación con el modelo político en el cual opera el propio Estado conforme a la práctica política de su gobierno, siendo ello, históricamente, uno de los más importantes elementos condicionantes de nuestra disciplina.³

Por tanto, el derecho administrativo que en el mundo iberoamericano hemos conocido, estudiado y enseñado en las últimas décadas en medio de la relativa estabilidad democrática que han gozado nuestros países, puede decirse que en general ha sido el derecho administrativo del Estado de derecho, que como modelo político tuvo su origen a comienzos del siglo XIX como consecuencia de los aportes de la Revolución Norteamericana (1776) y de la Revolución francesa (1789) al constitucionalismo moderno;⁴ con el efecto fundamental de haber contribuido a que la titularidad de la soberanía pasase de un Monarca al pueblo.

² V., André Demichel, *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, París, 1978, p. 14.

³ Sobre el tema, bajo el ángulo de la Administración, nos ocupamos hace años en Allan R. Brewer-Carías, “Les conditionnements politiques de l’administration publique dans les pays d’Amérique Latine”, en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. XLV, N° 3, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1979, pp. 213-233; y “Los condicionamientos políticos de la Administración Pública en los países latinoamericanos” en *Revista de la Escuela Empresarial Andina*, Convenio Andrés Bello, N° 8, Año 5, Lima 1980, pp. 239-258.

⁴ V., Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la revolución norteamericana (1776), la revolución francesa (1789) y la revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª Edición Ampliada, Serie Derecho Administrativo No. 2, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2008.

Ello dio origen al desarrollo del principio de la representatividad democrática que marcó el inicio del constitucionalismo en nuestros países iberoamericanos desde comienzos del siglo XIX, organizándose nuestros Estados conforme al principio de la separación de poderes, permitiendo el control recíproco entre sus diversos órganos, y en particular por parte el poder judicial, y estableciendo la garantía de los derechos ciudadanos frente al propio Estado, los que comenzaron a ser declarados constitucionalmente.

Fue en ese marco político cuando el derecho administrativo comenzó a ser un orden jurídico que además de regular a los órganos del Estado y su actividad, también comenzó a regular las relaciones jurídicas que en cierto plano igualitario se comenzaron a establecer entre el Estado y los ciudadanos, y que ya no sólo estaban basadas en la antigua ecuación entre prerrogativa del Estado y la sujeción de las personas a la autoridad, sino entre poder del Estado y los derechos ciudadanos.

Ese cambio, incluso, se reflejó en el propio contenido de las Constituciones que particularmente en Hispanoamérica desde el inicio, comenzaron a ser cuerpos normativos no solo destinados a regular la organización del Estado, sino con aplicación directa a los ciudadanos como sus destinatarios. El derecho administrativo, por tanto, si bien comenzó a desarrollarse como derecho que regulaba solo a la Administración Pública, con sus poderes y prerrogativas, progresivamente, a medida que se fue imponiendo el modelo político del Estado de derecho, la misma comenzó a encontrar límites formales, que también comenzaron a ser recogidos en normas constitucionales. Ello implicó la incorporación en los propios textos constitucionales de normas de derecho administrativo, incluyendo las que se refieren a los medios jurídicos dispuestos para asegurar el control de la Administración, tanto político, como fiscal y jurisdiccional; y las Constituciones, como normas, comenzaron a tener a los ciudadanos como sus destinatarios inmediatos.⁵

La consecuencia de todo ello fue que el derecho administrativo y sus principios, a través de su constitucionalización, terminaron encontrando su fuente jurídica primaria en la propia Constitución, en la cual ahora se encuentran sus regulaciones más importantes, por ejemplo, sobre la organización, funcionamiento y actividad de la Administración Pública como complejo orgánico integrada en los órganos del Poder Ejecutivo; sobre el ejercicio de la función administrativa, realizada aún por otros órganos del Estado distintos a la Administración; sobre las relaciones jurídicas que se establecen cotidianamente entre las personas jurídicas estatales cuyos órganos son los que expresan la voluntad de la Administración, y los administrados; sobre los fines públicos y colectivos que estas persiguen, situados por encima de los intereses particulares; sobre los

⁵ V., Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid 1985.

INTRODUCCIÓN

poderes y prerrogativas de los cuales disponen para hacer prevalecer los intereses generales y colectivos frente a los intereses individuales, y además, sobre los límites impuestos a la Administración por normas garantizadoras de los derechos y garantías de los administrados.

En el mundo contemporáneo, en consecuencia, ese derecho administrativo que se ha incrustado en la Constitución,⁶ es sin duda el propio de un derecho del Estado de derecho, exigiendo que su desarrollo y efectividad esté condicionado por los valores democráticos que están a la base del mismo.

2. *El dinamismo del derecho administrativo*

Lo anterior implica, que a diferencia de otras ramas del derecho, por su vinculación con el Estado y el régimen político, el derecho administrativo no puede considerarse como una rama políticamente neutra, y menos aún como un orden jurídico que haya adquirido esa relativa rigidez o estabilidad como la que podría encontrarse en otras ramas del derecho.

Es decir, el derecho administrativo, aun conservando principios esenciales, inevitablemente tiene siempre un grado el dinamismo que lo hace estar en constante evolución, como consecuencia directa, precisamente, de la propia evolución del Estado, siempre necesitando adaptarse a los cambios que se operan en el ámbito social y político de cada sociedad, por lo que siempre terminan reflejando los condicionamientos políticos y sociales vigentes en un momento dado.⁷ De allí aquella gráfica expresión de Prosper Weil en el sentido de que el

⁶ Sobre el proceso de constitucionalización del derecho administrativo, V., Allan R. Brewer-Carías, “El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia” en Juan Carlos Cassagne (Director), *Derecho Administrativo. Obra Colectiva en Homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires 1998, pp. 157-172; “Algunos aspectos de proceso de constitucionalización del derecho administrativo en la Constitución de 1999” en *Los requisitos y vicios de los actos administrativos. V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Caracas 1996, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2000, pp. 23-37; “Las bases constitucionales del derecho administrativo en la República Dominicana,” en *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo “Dr. Raymundo Amaro Guzmán,”* (Santo Domingo, 12 al 14 de septiembre de 2012 (Editores Jaime Rodríguez Arara, Olivo Rodríguez Huertas et al.), Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Fundación Institucionalidad y Justicia, Editorial Jurídica Venezolana International, 2015, pp. 9-54.

⁷ V., Martín Bassols, “Sobre los principios originarios del derecho administrativo y su evolución”, en *Libro homenaje al profesor Juan Galván Escutia*, Valencia, 1980, p. 57. V., igualmente, Alejandro Nieto “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, N° 76, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1975; también en *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid, 1983, pp. 880 y 881.

derecho administrativo sufre, permanentemente, de una “crisis de crecimiento,”⁸ que en definitiva, nunca concluye, pues las transformaciones económicas y sociales del mundo no cesan, y con ellas las del Estado y del rol que cumple.

Pero si nos atenemos solamente a la conformación del andamiaje constitucional del Estado en el mundo contemporáneo occidental, como Estado de derecho, hay una constante subyacente en el condicionamiento del derecho administrativo, que son los principios democráticos que ahora le son esenciales a mismo.⁹ Ello debería ser así, y en todo caso, es cierto si nos atenemos a la denominación y definición formal del Estado que ahora se inserta en casi todas las Constituciones Hispanoamericanas, donde expresamente se define al Estado como un Estado social y democrático de derecho, con declaraciones prolijas sobre valores superiores que apuntan a principios de libertad, justicia, igualdad, solidaridad, democracia, pluralismo, responsabilidad social y, en general, de preeminencia de los derechos humanos. Por supuesto, si nos atenemos a esas denominaciones y enunciados, mejores enunciados formales del Estado democrático como condicionante del derecho administrativo difícilmente podría haber. Sin embargo, ante esas definiciones, lo que en cada caso corresponde es determinar si realmente, en los respectivos países, la práctica política del gobierno responde a esos principios, o si son simples enunciados floridos, y nada más.

Ello impone la necesidad en cada caso y momento histórico, de determinar cuán efectiva es la vigencia real de estas normas y cómo y cuánto ellas han permeado efectivamente en el derecho administrativo, hasta qué punto el Estado está efectivamente sometido al derecho, cuál es la efectividad del control judicial de la actividad administrativa, y cuál ha sido el resultado de la misión general de la Administración de gestionar el interés general y estar al servicio de los ciudadanos.

Algo es cierto en el desarrollo del derecho administrativo en medio de su inevitable dinamismo, y es que, si bien es cierto que el mismo se ha desarrollado gracias a la configuración del Estado de derecho, sin embargo, los doscientos años de su evolución no siempre han estado de la mano de un régimen político democrático, de lo que resulta que por ausencia de este último, no puede afirmarse que el derecho administrativo como rama del derecho no haya existido.

Al contrario, por ejemplo, y para sólo referirnos a un ejemplo que nos es muy cercano a los administrativistas latinoamericanos, allí está el ejemplo de

⁸ V., Prosper Weil, *El derecho administrativo*, Madrid, 1966, p. 31.

⁹ V., Allan R. Brewer-Carías, “El Derecho a la democracia entre las nuevas tendencias del derecho administrativo como punto de equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos del Administrado,” en *Revista Mexicana “Statum Rei Romanae” de Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Jorge Fernández Ruiz*, Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2008, pp. 85-122.

INTRODUCCIÓN

desarrollo del derecho administrativo contemporáneo en España, que comenzó precisamente en ausencia de un régimen democrático, por el fenomenal impulso que le pudo dar el núcleo de profesores que se aglutinó en el viejo Instituto de Estudios Políticos que estaba inserto en la propia estructura del Estado autoritario, en torno a la Revista de Administración Pública, con Eduardo García de Enterría, Fernando Garrido Falla, José Luis Villar Palasí y Jesús González Pérez, entre otros, a la cabeza. Y ello ocurrió en los años cincuenta del Siglo pasado, cuando España, lejos de la democracia, estaba en plena etapa del autoritarismo franquista, más de veinte años antes de la sanción de la Constitución de 1978. Fue incluso en aquella época cuando se dictaron las muy importantes Leyes sobre el Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y sobre Procedimientos Administrativos, que sin duda fueron, en el derecho positivo, la partida de nacimiento del derecho administrativo español e hispanoamericano contemporáneo para buscar garantizar el sometimiento del Estado al derecho.

Igual en décadas pasadas sucedió en muchos países de América Latina. No había democracia, pero sin duda sí había derecho administrativo porque a pesar del autoritarismo, el régimen permitía la existencia de cierto equilibrio entre los poderes del Estado y los derechos ciudadanos; y a pesar de que no podía haber control sobre el comportamiento político del gobierno, algo de control judicial contencioso administrativo sí se permitía, siempre que no afectara el comportamiento político del gobierno. En muchos de nuestros países en épocas de regímenes autoritarios tampoco había democracia, pero también se puede decir que se comenzaron a sentar las bases del derecho administrativo contemporáneo como lo hemos conocido en las décadas pasadas, por la existencia al menos de principio, del antes mencionado equilibrio, entre prerrogativas estatales y derechos ciudadanos.

Pero por supuesto, en aquél entonces no se trataba de un derecho administrativo de unos Estados democráticos de derecho, sino de unos Estados autoritarios con alguna sujeción al derecho. Es decir, en otros términos, más generales, puede decirse que el sometimiento del Estado al derecho, que fue lo que originó el derecho administrativo desde comienzos del siglo XIX, no siempre tuvo el estrecho vínculo con la democracia, como régimen político, como hoy lo consideramos.

3. *El derecho administrativo y la democracia*

En realidad, el elemento esencial que caracteriza al derecho administrativo de un Estado democrático de derecho se encuentra cuando el derecho administrativo deja de ser un derecho exclusivamente del Estado, llamado a regular sólo su organización, su funcionamiento, sus poderes y sus prerrogativas, y pasa a ser realmente un derecho administrativo encargado de garantizar el punto de equilibrio antes mencionado que en una sociedad democrática tiene que existir

entre los poderes del Estado y los derechos de los administrados. En el marco de un régimen autoritario, ese equilibrio por esencia no existe, o es muy débil o maleable, y por ello es que en dicho régimen el derecho administrativo no es un derecho democrático, aun cuando pretenda someter el Estado al derecho.

Por ello, lo que caracteriza al derecho administrativo en un orden democrático, no es otra cosa que ser el instrumento para asegurar la sumisión del Estado al derecho pero con la misión de garantizar el respeto a los derechos ciudadanos, en medio de una persistente lucha histórica por controlar el poder y contra las “inmunidades del poder,”¹⁰ que es lo que ha caracterizado el devenir de nuestra disciplina. Ese equilibrio entre el poder y el ciudadano, siempre latente, pero débil al inicio, efectivamente se comenzó a consolidar bien entrado el Siglo XX, luego de la segunda guerra mundial, cuando el derecho administrativo comenzó a ser un derecho regulador no sólo del Estado, sino de los derechos ciudadanos en un marco democrático.

Con ello se consolidó la concepción del derecho administrativo de las sociedades democráticas como el instrumento por excelencia para, por una parte garantizar la eficiencia de la acción administrativa y la prevalencia de los intereses generales y colectivos, y por la otra, para asegurar la protección del administrado frente a la Administración; con lo cual se superó aquella caracterización del derecho administrativo que advertía hace años Fernando Garrido Falla, cuando nos indicaba que se nos presentaba como “un hipócrita personaje de doble faz,” que encerraba una “oposición aparentemente irreductible” entre el conjunto de prerrogativas que posee y que “sitúan a la Administración en un plano de desigualdad y favor en sus relaciones con los particulares”; y el conjunto de derechos y garantías de estos, que lo llevaban a regular lo que llamó “la más acabada instrumentación técnica del Estado liberal.”¹¹

Ese juego dialéctico entre esos dos puntos extremos contrapuestos: por una parte, los poderes y las prerrogativas administrativas de la Administración, y por la otra, los derechos y las garantías de los administrados, es lo que permitió expresar a Marcel Waline, también hace unos buenos años, que por una parte se evite el inmovilismo y la impotencia de la Administración, y por la otra, se evite la tiranía.¹² La existencia o no del mencionado equilibrio, o la existencia de un acentuado desbalance o desequilibrio entre los dos extremos, es lo que resulta del modelo político en el cual se mueve y aplica el derecho administrativo. De allí, más democrático será el derecho administrativo solo si el equilibrio es acentuado;

¹⁰ V., Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades de poder en el derecho administrativo*, Madrid 1983.

¹¹ V., Fernando Garrido Falla, “Sobre el derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, N° 7, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, p. 223.

¹² V., Marcel Waline, *Droit administratif*, París, 1963, p. 4.

INTRODUCCIÓN

y menos democrático será si su regulación se limita sólo a satisfacer los requerimientos del Estado, ignorando o despreciando el otro extremo, es decir, el de las garantías y derechos ciudadanos.

El reto del derecho administrativo, por tanto, está en lograr y asegurar el equilibrio mencionado para lo cual es necesario que el Estado esté configurado no sólo como un Estado de derecho sino como un Estado democrático, lo cual sólo es posible si el mismo asegura efectivamente el control del ejercicio del poder. Sin dicho control, el derecho administrativo no pasa de ser un derecho del Poder Ejecutivo o de la Administración Pública, montado sobre un desequilibrio o desbalance, en el cual las prerrogativas y poderes de la Administración pudieran predominar en el contenido de su regulación.

Por supuesto, para que ese equilibrio se logre y sea efectivo, es evidente que no bastan las declaraciones formales en las Constituciones, ni que el derecho administrativo se haya llegado a constitucionalizar efectivamente, como ha ocurrido es casi todos nuestros países, dando cabida a un conjunto de previsiones para asegurarlo, regulando la actuación de la Administración y protegiendo en paralelo los derechos e intereses de las personas, pero sin el sacrificio o menosprecio de los intereses particulares, a pesar de la prevalencia de los intereses generales o colectivos.

Es en realidad la práctica política del gobierno la que puede poner de manifiesto si un Estado conformado constitucionalmente como un Estado democrático de derecho realmente se conduce como tal en su funcionamiento y actuación, y si el derecho administrativo aplicado al mismo obedece o no efectivamente a parámetros democráticos. Porque el derecho administrativo no es, ni puede ser independiente de la actuación del gobierno, sea que del mismo resulte en un modelo político de Estado autoritario o de Estado democrático. Y para identificar dicho modelo por supuesto no se puede acudir a etiquetas o a definiciones formales constitucionales, sino a la práctica política del gobierno. Así, un Estado autoritario será el resultado de la actuación de un gobierno autoritario, y en el mismo, lejos de haber un equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos de los particulares, lo que existe es más bien un marcado desequilibrio a favor del régimen de la Administración, con pocas posibilidades de garantía de los derechos de los particulares frente a su actividad.

En cambio, el equilibrio antes mencionado sólo tiene posibilidad de pleno desarrollo en Estados con gobiernos democráticos, donde la supremacía constitucional esté asegurada, la separación y distribución del Poder sea el principio medular de la organización del Estado, donde el ejercicio del Poder Público pueda ser efectivamente controlado judicialmente y por los otros medios dispuestos en la Constitución, y donde los derechos de los ciudadanos sean garantizados por un Poder Judicial independiente y autónomo. Nada de ello se encuentra en los Estados con un régimen de gobierno autoritario, así sus

gobernantes hayan podido haber sido electos, y se arropan con el lenguaje a veces florido de los textos constitucionales.

De todo lo anterior resulta evidente que cuando se habla de Estado democrático de derecho, y en el mismo, del derecho administrativo como derecho de la democracia, ésta tiene que existir real y efectivamente y no sólo en el papel de las Constituciones y de las leyes, sino en la práctica de la acción del gobierno que origine un sistema político en el cual además de todos los derechos y garantías constitucionales generalmente conocidos (políticos, individuales, sociales, económicos, culturales, ambientales), se garantice efectivamente el derecho ciudadano a la Constitución y a su supremacía constitucional, es decir el derecho ciudadano a la propia democracia,¹³ y el derecho de poder ejercer el control sobre las actividades gubernamentales, que hasta cierto punto son tan políticos como los clásicos derechos al sufragio, al desempeño de cargos públicos, a asociarse en partidos políticos y, más recientemente, el derecho a la participación política.

Estos derechos que son nuevos sólo en su enunciado, derivan de la comprensión cabal de lo que significa un régimen democrático, que sólo es aquél donde concurren una serie de elementos esenciales que por lo demás se enumeraron en la Carta Democrática Interamericana de 2001, y que son los derechos: 1) al respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; 2) al acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; 3) a la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; 4) al régimen plural de partidos y organizaciones políticas y 5) a la separación e independencia de los poderes públicos (art. 3).

No hay ni puede haber democracia si el ciudadano no tiene garantizado su derecho político a la efectividad de esos elementos esenciales, que es lo que permite en definitiva distinguir un Estado democrático de derecho de un Estado de régimen autoritario. En este, a pesar de todas sus etiquetas constitucionales, esos derechos o elementos esenciales no pueden ser garantizados, por la ausencia de controles al ejercicio del poder, aún cuando pueda tratarse de Estados en los cuales los gobiernos puedan haber tenido su origen en algún ejercicio electoral.

Entre todos esos derechos políticos a la democracia, está por supuesto, el derecho a la separación de poderes, que implica el derecho a ejercer el control del poder. Ello además, es lo que permite que se puedan materializar otros derechos políticos del ciudadano en una sociedad democrática, identificados en la misma Carta Democrática Interamericana como componentes fundamentales

¹³ V., Allan R. Brewer-Carías, “Prólogo: Sobre el derecho a la democracia y el control del poder”, al libro de Asdrúbal Aguiar, *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 19 ss.

INTRODUCCIÓN

de la democracia, como son los derechos a: 1) la transparencia de las actividades gubernamentales; 2) la probidad y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública; 3) el respeto de los derechos sociales; 4) el respeto de la libertad de expresión y de prensa; 5) la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y 6) el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad (art. 4).

Entre esos derechos, por supuesto, se destaca el derecho a la separación de poderes, materializado en el derecho al control del poder, que es el fundamento del propio derecho administrativo en una sociedad democrática, pues es precisamente el elemento fundamental para garantizar el necesario equilibrio mencionado entre los poderes y prerrogativas de la Administración del Estado y los derechos ciudadanos.

Para ello, por supuesto la condición esencial es que los poderes sean efectivamente autónomos e independientes, para lo cual, de nuevo, no bastan las declaraciones constitucionales y ni siquiera la sola existencia de elecciones, siendo demasiadas las experiencias en el mundo contemporáneo de toda suerte de tiranos que usaron el voto popular para acceder al poder, y que luego, mediante su ejercicio incontrolado, dismantelar la democracia y desarrollar gobiernos autoritarios, contrarios al pueblo, que acabaron con la propia democracia y con todos sus elementos,¹⁴ comenzando por el irrespeto a los derechos humanos.

II. LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La característica antes mencionada del derecho administrativo en el mundo contemporáneo, de su progresiva constitucionalización, ha provocado que las Constituciones no solo hayan superado su tradicional contenido orgánico/dogmático relativo a la organización básica del Estado y al régimen de los derechos y garantías constitucionales, sino que cada vez con mayor frecuencia hayan incorporado a su normativa, los principios básicos de la organización y funcionamiento de la Administración Pública, la precisión de los cometidos esenciales de la misma, y los principios que han de regir la actividad administrativa del Estado.

Por ello, con razón, en el derecho público contemporáneo se puede hablar de la existencia de un marco constitucional del derecho administrativo, el cual, en una u otra forma se ha conformado en todos los países iberoamericanos, por

¹⁴ V., Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010; *Authoritarian Government vs. The Rule of Law*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

los siguientes principios fundamentales muchos insertos en las Constituciones:¹⁵ en primer lugar, el principio de la legalidad, que en particular, se fundamenta en la supremacía constitucional, y los principios de la formación del derecho por grados y la sumisión de la Administración Pública al ordenamiento jurídico; en segundo lugar, los principios relativos a la organización del Estado, a la distribución vertical del Poder Público y los que rigen las personas jurídicas estatales; en tercer lugar, los principios de la separación orgánica (horizontal) del Poder Público y el carácter inter-orgánico de la Administración Pública; en cuarto lugar, los principios relativos a las funciones del Estado, a su ejercicio interorgánico y a la función administrativa; en quinto lugar, los principios relativos al carácter inter-funcional de los actos estatales, y a los actos administrativos; y en sexto lugar, el principio del control de la Administración Pública y la responsabilidad administrativa.

El marco constitucional del derecho administrativo está conformado por dichos principios, que analizamos a continuación.

1. *El principio de la legalidad: la supremacía constitucional, la formación del derecho por grados, y la sumisión de la Administración Pública al ordenamiento jurídico*

El derecho administrativo está montado sobre el principio de legalidad, de manera que en realidad puede del mismo cuando los órganos del Estado que conforman la Administración Pública están sometidos al derecho, y particularmente al derecho desarrollado para normar sus actuaciones.

El principio de legalidad es, por tanto, el primero de los principios del derecho administrativo que han sido constitucionalizados, como consecuencia de la concepción del Estado como Estado de derecho, que implica la necesaria sumisión de sus órganos al ordenamiento jurídico. Este, compuesto por las propias Constituciones, que tienen aplicación directa como norma, por las leyes y además, por el conjunto de reglamentos y normas dictados por las autoridades competentes¹⁶.

El primer elemento del principio de la legalidad, por tanto, es el de la supremacía constitucional, que no sólo deriva de la idea misma de Constitución, sino que con cada vez mayor frecuencia los propios textos declaran como la norma suprema y el fundamento el ordenamiento jurídico, a la cual quedan

¹⁵ V., en general sobre los principios fundamentales del derecho público Allan R. Brewer-Carías, *Principios fundamentales del derecho público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005; Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2012.

¹⁶ V., Antonio Moles Caubet, *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Caracas, 1974.

INTRODUCCIÓN

sujetos todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público; constituyendo el cumplir y acatar la Constitución uno de los deberes constitucionales de los ciudadanos y funcionarios. Todos los órganos del Estado, por tanto, están sometidos a la Constitución, y entre ellos, por supuesto, los que conforman la Administración Pública, la cual define las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, y a las cuales deben sujetarse al realizar sus actividades. Por ello, la Administración Pública, ante todo debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Ahora bien, en relación con este principio de legalidad, en el ordenamiento jurídico de los Estados se puede distinguir siempre, por una parte, las normas que integran la Constitución en sí misma, como derecho positivo superior; y por la otra, las normas que son sancionadas por una autoridad con poderes derivados de la Constitución. En otras palabras, lo que es propio de nuestros países con Constituciones escritas, siempre puede establecerse una distinción entre la norma constitucional y legislación ordinaria; y luego, entre la legislación y las 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 en un nivel superior que siempre prevalecen sobre otras normas de nivel inferior. Se trata del principio de la formación del derecho por grados, reflejado en las ideas expresadas por Hans Kelsen sobre los sistemas jurídicos como una jerarquía de normas, lo cual permite determinar la relación jerárquica que existe entre el conjunto normas o de reglas de derecho que forman el ordenamiento jurídico.¹⁷

Ello implica que en el análisis global del ordenamiento jurídico de cada Estado, se puede establecer una distinción entre aquéllos actos estatales que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, que son dictados directamente en ejercicio de poderes o atribuciones constitucionales, y aquéllos cuya ejecución no deriva directamente de la Constitución y que en cambio 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 que por tanto solo ejecutan indirecta y mediatamente a la Constitución.

Los primeros, es decir, los actos 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; los segundos, en cambio, son actos realizados 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.

¹⁷ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, 1981, p. 135.

Los primeros por otra parte, dada la ejecución directa e inmediata de la Constitución, sólo están sometidos al control de constitucionalidad a cargo de las Jurisdicciones Constitucionales que corresponde a los Tribunales Constitucionales o a las Cortes Supremas de Justicia (en algunos casos, a sus Salas Constitucionales); los segundos, en cambio, están sometidos 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 ante los tribunales superiores y con el recurso de casación ante los Tribunales Supremos en lo que concierne a los actos judicial; como a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 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 se dice que son esencialmente de carácter sub-legal, pues están sometidos no sólo a la Constitución sino a la ley y a los reglamentos, y por eso es que su control corresponde a los órganos de la Jurisdicción contencioso administrativa.

De lo anterior resulta, que para el derecho administrativo toda la actividad administrativa, desde el punto de vista formal, es una actividad que siempre es de carácter sub-legal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la legislación (aun cuando las leyes reglamentarias correspondientes no se hayan dictado) y en consecuencia de ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Por supuesto, también las actividades judiciales son siempre de carácter sub-legal, 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.

En cuanto a los actos de gobierno, que emanan de los órganos superiores del Poder Ejecutivo en ejercicio directo de atribuciones constitucionales,¹⁸ los mismos por ello, no pueden estar regulados o limitados por el Legislador mediante leyes. Son actos estatales que por ello tienen el mismo rango que la ley, por lo que el control judicial sobre ellos es necesariamente un control de constitucionalidad que usualmente ejercen las Jurisdicciones Constitucionales.

De lo anterior resulta, por tanto, que lo que constituyen las normas de derecho en relación con 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

¹⁸ 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.

INTRODUCCIÓN

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, dando origen al control judicial de la constitucionalidad de los actos estatales (Jurisdicción constitucional).¹⁹

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. En este campo que es el propio del derecho administrativo, 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 por los órganos de la Jurisdicción contencioso administrativa.²⁰

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. El Congreso, 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, que es el origen del derecho administrativo.

2. *La organización del Estado: la distribución vertical del poder público y las personas jurídicas estatales*

El derecho administrativo, como derecho que rige la organización y funcionamiento de la administración Pública, está por supuesto condicionado por

¹⁹ V., Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional. Procesos y Procedimientos Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007.

²⁰ V., Allan R. Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, La Jurisdicción contencioso administrativa, Editorial Thompson Civitas, Madrid, 2013.

la concreta organización constitucional que tenga el Estado, pues de ella deriva que exista una Administración Pública, o múltiples Administraciones Pública, personificadas o no.

En sistema constitucionales en los cuales se establece una estructura estatal sobre la base de la distribución territorial del Poder Público conforme al principio de la descentralización política, como es el caso de los Estados Federales o de los que establecen autonomías territoriales, uno de los principios que condicionan al derecho administrativo, es precisamente dicha distribución del Poder Público, y que en general da origen tres niveles: Nacional, Intermedio (Regional o Estatal) y Municipal, atribuyendo su ejercicio a diversos órganos y asignando competencias exclusivas en los tres niveles, además de las competencias concurrentes entre ellos.²¹

Esa distribución territorial o vertical del poder, en todo caso, implica autonomía territorial, no solo política, lo que en el régimen democrático implica la elección de sus propias autoridades, sino legislativa y de gobierno; adoptándose además, en cada nivel territorial, el mismo principio de separación orgánica de Poderes:

En los otros sistemas de formas de Estado más centralizadas, sin embargo, en todos los países hispanoamericanos se reconoce el principio de la descentralización política a nivel local, asegurando la existencia de gobiernos locales con cierta autonomía y competencias propias, generalmente consagradas y garantizadas en las Constituciones. Esta constante, tanto en las formas centralizadas como descentralizadas de los Estados, ha dado origen a la rama del derecho municipal, como rama propia del derecho administrativo.

La consecuencia de lo anterior, es que en general, conforme al sistema de distribución vertical del Poder Público que se adopte, en los Estados se pueden identificar tres o dos niveles autónomos de Administración Pública: siempre, la Administración Pública Nacional y la Administración Pública Municipal, y en los Estados descentralizados, la Administración de las regiones o departamentos autónomos, integradas en las personas jurídicas que derivan de la descentralización política, que en los Estados federales, por ejemplo, son tres: el Estado nacional o federal, los Estados o provincias federados y los Municipios, respectivamente.

Así, la consecuencia del principio de la distribución vertical del poder público es que el Estado resulta conformado por diversas entidades político-territoriales que actualizan en el orden interno la personalidad jurídica del Estado, de manera que, en él, no es una sola persona jurídica, sino que está conformado

²¹ V., Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el régimen constitucional de la organización y funcionamiento de los Poderes Públicos”, en *Revista Derecho y Sociedad de la Universidad Monteávila*, N° 2 (abril), Caracas, 2001, pp. 135-150.

INTRODUCCIÓN

por un conjunto de personas jurídicas que son las personas jurídicas estatales territoriales. Estas personas jurídicas estatales, como sujetos de derecho cuyos órganos conforman la Administración Pública, son las que constituyen objeto de regulación por parte del derecho administrativo porque, en definitiva, son las que establecen las relaciones jurídico-administrativas con los otros sujetos de derecho y los administrados.

Pero aparte de las personas jurídicas político territoriales que derivan de la distribución territorial del Poder Público (en tres o dos niveles), y que son por esencia personas jurídicas estatales; también se distinguen en el derecho administrativo contemporáneo otras personas jurídicas estatales, producto también de la descentralización, pero de carácter funcional, mediante las cuales el Estado realiza las actividades administrativas que se le encomiendan en el ordenamiento. Estas personas jurídicas descentralizadas funcionalmente no tienen una sola forma jurídica, sino que pueden tener formas jurídicas de derecho público o formas jurídicas de derecho privado, según se constituyan mediante mecanismos regulados en el derecho público, particularmente en las leyes o mediante los mecanismos jurídicos establecidos en el derecho privado, particularmente en el Código Civil o el Código de Comercio sobre las sociedades o asociaciones.

En el derecho público iberoamericano, por tanto, pueden identificarse dos clasificaciones de las personas jurídicas: por una parte, las personas estatales y no estatales, según su integración o no a la organización general del Estado o al sector público; y las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, según la forma jurídica adoptada para su creación.²²

En el contexto de estas clasificaciones, por ejemplo, se puede aceptar que en el ámbito interno, cuando se usa la expresión genérica de “Estado” ello comprende a todas las personas jurídicas que en el orden interno forman parte de la organización política del Estado, y que por ello se consideran como “estatales” o que conforman el “sector público.” Entre ellas están, por supuesto, las que derivan de la distribución territorial del Poder Público; y están, además, todas las otras personas jurídicas descentralizadas funcionalmente sea cual fuere la forma jurídica adoptada para su creación: de derecho público (como los institutos o corporaciones públicas autónomas) o de derecho privado (como las sociedades o compañías del Estado -empresas del Estado-).

²² V., 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 a 29.

3. *La separación orgánica (horizontal) del Poder Público y el carácter inter-orgánico de la Administración Pública*

El tercer principio constitucional que en general condiciona el derecho administrativo en nuestros países iberoamericanos es el de la separación orgánica de poderes, que origina órganos estatales independientes y autónomos entre sí, que ejercen las diversas ramas del Poder Público: Legislativa, Ejecutiva y Judicial, a las cuales en algunos países, como es el caso de Venezuela, se ha agregado la rama del Poder Electoral y la del Poder Ciudadano (de control).

Esta separación orgánica de poderes en todos los sistemas constitucionales ha dado origen a complejos orgánicos diferenciados y separados, que en general son los Congresos o Asambleas Legislativas; los órganos que conforman el Poder Ejecutivo (Presidente y sus Ministros por ejemplo); los Tribunales o Cortes Supremas y demás órganos judiciales. República; así como los Tribunales u órganos Electorales y los otros órganos constitucionales con autonomía funcional como las Contraloría Generales de la República, los Tribunales de cuentas, o los defensores del Pueblo o de Derechos Humanos. Esos conjuntos orgánicos se encuentran separados, son autónomos e independientes entre sí, y cada uno de ellos tiene sus competencias constitucionales y legales específicas. En esa forma, la otrora clásica división del poder en las tres ramas (Legislativa, Ejecutiva y Judicial), en el constitucionalismo moderno, desde el Siglo XX, se ha roto y superado progresivamente, 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.

Pero el principio de la separación orgánica de poderes en forma horizontal, no sólo se ha establecido en los Estados iberoamericanos en el nivel nacional, sino también en los niveles intermedios descentralizados (en el caso de las Federaciones o Estados con autonomías regionales) y en los municipales. En todos estos casos, se los diversos niveles políticos territoriales en general se distinguen al menos dos complejos orgánicos que ejercen respectivamente, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, conformados por los Asambleas, Consejos o Concejos Legislativos y por Gobernadores o Alcaldes, que dirigen las respectivas Administraciones Públicas.

Sin embargo, debe observarse que la separación orgánica de poderes no origina un solo grupo de órganos que conforman la Administración Pública en cada nivel territorial y que serían los que ejercen el Poder Ejecutivo, sino otros órganos que sin estar en el Poder Ejecutivo forman parte de aquella. Ello, porque la Administración Pública en realidad tiene un carácter inter orgánico, en el sentido de que, como complejo orgánico, no sólo está conformada por órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, sino por órganos que ejercen los demás Poderes del Estado. Es decir, todos los órganos que ejercen cualquiera de los Poderes

INTRODUCCIÓN

Públicos tienen su propia Administración Pública, compuesta por un conjunto de órganos e instituciones que les sirven a los otros órganos para el desarrollo de sus funciones y el logro de los fines que tiene constitucionalmente prescritos. Esto sucede, por ejemplo, con la Administración del órgano Legislativo, la Administración de la administración de justicia (el órgano de administración de la Magistratura); la Administración Pública de los órganos de control, como la Administración Electoral.

Por tanto, la Organización Administrativa del Estado no se agota, por ejemplo, a nivel nacional, en el ámbito de la Administración Pública Nacional “central” que ejerce el Poder Ejecutivo, pues existen órganos administrativos que la separación orgánica de poderes, y en particular, el desarrollo de órganos constitucionales con autonomía funcional ha generado, que formaban parte de la organización administrativa de la Administración del Estado, y se rigen por el derecho administrativo.²³

4. *Las funciones del Estado, su ejercicio interorgánico y la función administrativa*

Anteriormente nos hemos referido al marco constitucional del derecho administrativo que deriva de los principios de la distribución vertical y de la separación orgánica del Poder Público en las diversas ramas territoriales del mismo. Cada una de esas ramas del Poder Público, por supuesto, tiene sus funciones propias, aun cuando todos los órganos a los cuales corresponde su ejercicio deben colaborar entre sí en la realización de los fines del Estado. Y por “función” en el mundo del derecho público, 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 los agentes del Estado 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 las funciones normativas, política, jurisdiccional, administrativa y de control, son sólo las diversas formas a través de las cuales se manifiesta la actividad estatal²⁴; y ellas no están atribuidas en forma exclusiva a los órganos del Estado.

Es decir, la asignación de funciones propias a los órganos del Estado, por tanto, no implica que cada uno de ellos siempre tenga el ejercicio exclusivo de alguna función estatal específica, y más bien, en realidad, todos los órganos del

²³ V., Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Caracas 1994, pp. 11 y 53.

²⁴ V. Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 105.

Estado, en una u otra forma ejercen todas las funciones del Estado, lo que conduce al principio del ejercicio inter orgánico de las funciones del Estado, que se configura como otro de los marcos constitucionales del derecho administrativo.

Es decir, la división de la potestad estatal (el Poder Público) en ramas y la distribución de su ejercicio entre diversos órganos, no coincide exactamente con alguna “separación” de las funciones estatales,²⁵ 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, ya que paralelamente a las “funciones propias” que se asignan a cada órgano del Estado, éstos ejercen funciones que por su naturaleza son similares a las que ejercen otros órganos estatales. En otras palabras, paralelamente a sus funciones propias, los órganos del Estado realizan funciones distintas a aquellas que les corresponden por su naturaleza.

Como hemos dicho, en el mundo contemporáneo estas funciones como tareas inherentes a los órganos del Estado pueden reducirse a las siguientes: la función normativa, la función política, la función administrativa, la función jurisdiccional y la función de control, a las cuales pueden reconducirse 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.

Así, la función normativa en el Estado contemporáneo es aquella actividad estatal que se manifiesta en la creación, modificación o extinción de normas jurídicas de validez general. La función normativa del Estado, en esta forma, si bien se atribuye como función propia al órgano que ejerce el Poder Legislativo, es decir, a los Congresos o a Asambleas Legislativas al sancionar las leyes, se realiza también por otros órganos del Poder Público incluso en algunos casos con rango y valor de ley. En efecto, cuando mediante una ley de delegación legislativa el Congreso o Asamblea delega en el Presidente la posibilidad de dictar actos estatales con rango y valor de ley, sin duda ejerce la función normativa; e igualmente ocurre, cuando el Presidente y demás funcionarios ejecutivos dictan los reglamentos. Igualmente, por ejemplo, las Cortes o Tribunales Supremos también ejercen la función normativa cuando dictan actos normativos o reglamentarios necesarios a los efectos de asegurar, por ejemplo, la dirección y gobierno del Poder Judicial. Igualmente, ejercen la función normativa, los

²⁵ V., Allan R. Brewer-Carías, “Las funciones del Estado, la función administrativa y las actividades estatales: en Jaime Vidal Perdomo, Eduardo Ortíz Ortíz, Agustín Gordillo y Allan R. Brewer-Carías, *La función administrativa y las funciones del Estado. Cuatro amigos, Cuatro visiones sobre el derecho administrativo en América Latina*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 185-248.

INTRODUCCIÓN

órganos de los otros Poderes Públicos, como los órganos electorales o de Control fiscal, cuando dictan los reglamentos establecidos en las leyes reguladoras de su actividad.

La función normativa, por tanto, si bien es una “función propia” del Parlamento, no es una función privativa y exclusiva del mismo, pues los otros órganos estatales también la ejercen. Sin embargo, lo que sí es función privativa y exclusiva de los Congresos o Asambleas legislativas es el ejercicio de la función normativa en una forma determinada: como cuerpo legislador y mediante la emisión de los actos estatales denominados “leyes.” Los otros órganos estatales que ejercen la función normativa, si bien realizan una función creadora de normas dentro del ordenamiento jurídico, a excepción de los decretos leyes delegados (dictados por el Presidente de la República mediante delegación legislativa) lo hacen a través de actos administrativos de efectos generales (reglamentos), y siempre bajo el condicionamiento de las leyes y nunca en ejecución directa e inmediata sólo de una norma constitucional. En otras palabras, las leyes son actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y de rango legal; los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales son actos de ejecución directa e inmediata de la legislación y de rango sub-legal. Sin embargo, los decretos-leyes delegados que puede dictar el Presidente de la República o Jefe del gobierno, a pesar de requerir de una ley habilitante, en virtud de la delegación legislativa que contiene, puede decirse que se dictan también en ejecución directa de la Constitución.

Pero aparte de la función normativa, en el Estado contemporáneo ha ido delineándose otra función primordial, distinta de la función administrativa, por medio de la cual el Jefe Poder Ejecutivo ejerce sus actividades como jefe del Estado, es decir, como jefe del gobierno, dirigiendo la acción de gobierno. A través de esta función política, el jefe del gobierno puede adoptar decisiones en virtud de atribuciones que le son conferidas directamente por la Constitución, en general sin condicionamiento legal, 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 al órgano legislativo y cuando lo disuelve. También puede considerarse que ejerce la función política, cuando decreta los estados de emergencia o de excepción, y restringe por ejemplo las garantías constitucionales con autorización de la Constitución. La característica fundamental de esta función política es que está atribuida en la Constitución directamente al Presidente de la República o al jefe del gobierno, 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, antes mencionada, y la función administrativa. 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, no puede limitar las facultades políticas del jefe del Estado. La función política, por tanto, se traduce en actos estatales de rango legal, en tanto que la función administrativa se traduce en actos estatales de rango sub-legal.

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 los parlamentos en ejercicio del Poder Legislativo también realizan la función política, sea a través de actos parlamentarios sin forma de ley, sea mediante leyes (por ejemplo, una ley de amnistía). 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 se ejecuta mediante decretos ejecutivos (actos de gobierno), y se realiza en forma exclusiva por el Presidente de la República o el Jefe del gobierno; y también se ejecuta mediante leyes o actos parlamentarios sin forma de ley, por la Asamblea Legislativa o Congreso.

Además de la función normativa y de la función política, los órganos estatales realizan la función jurisdiccional, es decir, la función reservada al Estado mediante la cual sus órganos conocen decide o resuelven controversias entre dos o más pretensiones, es decir, controversias en las cuales una parte esgrime pretensiones frente a otra. El ejercicio de la función jurisdiccional se ha atribuido como función propia a los tribunales judiciales de los Estados, con un Tribunal o Corte Suprema y en algunos casos, un Tribunal Constitucional en la cúspide, pero aquí también ello no implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que, al contrario, otros órganos estatales pueden ejercer la función jurisdiccional.

En efecto, los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo realizan funciones jurisdiccionales, cuando las autoridades administrativas en un procedimiento administrativo deciden controversias entre partes, dentro de los límites de su competencia, y el Congreso o Asamblea Legislativa también realiza o participa en la función jurisdiccional, cuando, por ejemplo, conduce un juicio político o autorizan el enjuiciamiento del Jefe de Estado. Por tanto, la función jurisdiccional como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos deciden controversias y declaran el derecho aplicable en un caso concreto, se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del Poder Público: por los tribunales judiciales del país, en ejercicio del Poder Judicial; y por los órganos administrativos en ejercicio del Poder Ejecutivo. La función jurisdiccional, por tanto, si bien es una “función propia” de los órganos judiciales, no es una función

INTRODUCCIÓN

privativa y exclusiva de ellos, pues otros órganos estatales también la ejercen. Sin embargo, lo que sí es una función privativa y exclusiva de los tribunales es el ejercicio de la función jurisdiccional a través de un proceso judicial en una forma determinada: con fuerza de verdad legal, mediante actos denominados sentencias, configurándose entonces como “función judicial.” Sólo los tribunales pueden resolver controversias y declarar el derecho en un caso concreto, con fuerza de verdad legal, por lo que sólo los órganos del Poder judicial pueden desarrollar esa “función judicial” (función jurisdiccional ejercida por los tribunales). Los demás órganos del Estado que realizan funciones jurisdiccionales lo hacen a través de actos administrativos condicionados por la legislación.

Además de la función normativa, de la función política y de la función jurisdiccional, los órganos del Estado también ejercen la función de control, cuando vigilan, supervisan y velan por la regularidad del ejercicio de otras actividades estatales o de las actividades de los administrados y particulares.

El ejercicio de la función de control se ha atribuido como función propia a los órganos que ejercen el Potestades constitucionales de control, como las Contralorías Generales, los Defensores de Derechos Humanos, o los órganos Electorales, pero en este caso, ello tampoco implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que, al contrario, los otros órganos estatales pueden ejercer la función de control. En efecto, los Parlamentos, en ejercicio del Poder Legislativo ejercen la función de control sobre el gobierno y la Administración Pública Nacional y los funcionarios ejecutivos; el Presidente o Jefe del Ejecutivo Nacional ejerce las funciones de control administrativo jerárquico en relación con los órganos de la Administración Pública, y los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo controlan las actividades de los particulares, de acuerdo a la regulación legal de las mismas; los órganos constitucionales del Poder Electoral, ejercen el control de las actividades de los órganos subordinados así como de las elecciones y de las organizaciones con fines políticos; y los Tribunales o Cortes Supremas, así como los Tribunales Constitucionales ejercen las función de control de constitucionalidad y legalidad de los actos del Estado.

Por tanto, la función de control como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos supervisan, vigilan y controlan las actividades de otros órganos del Estado o de los administrados, se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del Poder Público: por los órganos que ejercen constitucionalmente funciones de control; por el parlamento, en ejercicio del Poder Legislativo; por los Tribunales y Cortes Supremas y demás tribunales de justicia, en ejercicio del Poder Judicial; y por los órganos administrativos en ejercicio del Poder Ejecutivo y de los otros Poderes en lo que conforman su Administración. La función de control, por tanto, si bien es una “función propia” de los órganos constitucionales que ejercen potestades de Control, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues todos los otros órganos estatales también la ejercen.

Pero aparte de la función creadora de normas jurídicas de efectos generales (función normativa), de la función de conducción y ordenación política del Estado (función de conducción del gobierno), de la función de resolución de controversias entre partes declarando el derecho aplicable en casos concretos (función jurisdiccional) y de ejercer la vigilancia o fiscalización de actividades estatales y de los particulares (función de control), los órganos del Estado también ejercen la función administrativa, a través de la cual entran en relación con los particulares, actuando como sujetos de derecho, gestores del interés público²⁶. De allí la distinción entre la función de crear el derecho (normativa), de aplicar el derecho imparcialmente (jurisdiccional), y de actuar en relaciones jurídicas como sujeto de derecho, al gestionar el interés público (administrativa).

En las dos primeras, el Estado, al crear el derecho o al aplicarlo, es un tercero en las relaciones jurídicas que surjan; en la última, en cambio, el Estado es parte de la relación jurídica que se establece entre la Administración y los particulares, actuando como sujeto de derecho gestor del interés público. De allí que la personalidad jurídica del Estado, precisamente, como se ha dicho, se concrete en el orden interno, cuando sus órganos ejercen la función administrativa y establecen relaciones jurídicas con los administrados.

Ahora bien, al igual que lo que sucede con las funciones normativa, política, jurisdiccional y de control, la función administrativa tampoco está atribuida con carácter de exclusividad a alguno de los órganos del Poder Público, como sería por ejemplo la Administración Pública del Poder Ejecutivo. Por ello, si bien la función administrativa puede considerarse como función propia de los órganos ejecutivos, concretizada básicamente a través de actos administrativos, ello no significa que la ejerzan con carácter exclusivo y excluyente. Al contrario, todos los otros órganos del Estado también ejercen la función administrativa: el parlamento, por ejemplo, al autorizar diversos actos de los órganos ejecutivos o al dictar actos relativos a su personal o servicios administrativos, realizan la función administrativa, y los órganos que ejercen el Poder Judicial o los Poderes de Control realizan la función administrativa, al dictar actos concernientes a la

²⁶ V., Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales...*, cit., p. 115. Si el Estado legisla, tal como lo señala Santi Romano, “no entra en relaciones de las cuales él, como legislador, sea parte: las relaciones que la ley establece o de cualquier modo contempla se desenvuelven después entre sujetos diversos del Estado o bien con el mismo Estado, pero no en su aspecto de legislador sino en otros aspectos mediante órganos diversos de los del Poder Legislativo”. V. el “Prime Pagine di un Manuale de Diritto Amministrativo”, en *Scritti Minori*, Milano 1950, p. 363, cit., por J.M. Boquera Oliver, *Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, 1972, p. 59. “Cuando el Estado juzga -señala J. González Pérez-, no es parte interesada en una relación jurídica; no es sujeto de derecho que trata de realizar sus peculiares intereses con arreglo al Derecho... cuando el Estado juzga satisface las pretensiones que una parte esgrime frente a otra; incide como tercero en una relación jurídica, decidiendo la pretensión ante él deducida con arreglo al ordenamiento jurídico”. V. en *Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, 1966, Tomo II, p. 37.

INTRODUCCIÓN

administración del personal o de los servicios de los órganos, o al imponer sanciones. En esta forma, la función administrativa, como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos, en ejercicio del Poder Público, y a través de las personas jurídicas estatales entran en relaciones jurídicas con los administrados, se puede realizar por los órganos administrativos, en ejercicio del Poder Ejecutivo; por el parlamento, en ejercicio del Poder Legislativo; y por los tribunales judiciales, en ejercicio del Poder Judicial. La función administrativa, por tanto, si bien es una “función propia” de los órganos ejecutivos, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues los otros órganos estatales también la ejercen dentro del ámbito de sus respectivas competencias constitucionales y legales. El acto administrativo, como concreción típica pero no única del ejercicio de la función administrativa, puede emanar por tanto de todos los órganos estatales en ejercicio del Poder Público, teniendo siempre, en todo caso, carácter sub-legal.

El concepto de funciones del Estado, por tanto, es distinto al de poderes del Estado. El Poder Público, sus ramas o distribuciones, constituye en sí mismo una situación jurídica constitucional individualizada, propia y exclusiva de los órganos del Estado, mediante cuyo ejercicio éstos realizan las funciones que le son propias. Las funciones del Estado, por su parte, constituyen las actividades propias e inherentes al Estado.²⁷

La noción de Poder es entonces previa a la de función: ésta se manifiesta como una actividad estatal específica realizada en ejercicio del Poder Público (de una de sus ramas o distribuciones), por lo que no puede existir una función estatal sino cuando se realiza en ejercicio del Poder Público, es decir, de la potestad genérica de obrar que tiene constitucionalmente el Estado. Poder y función son, por tanto, distintos elementos en la actividad del Estado: el Poder Público como situación jurídico-constitucional, tiene su fuente en la propia Constitución y existe la posibilidad de ejercerlo desde el momento en que está establecido en ella; la función estatal, en cambio, presupone siempre el ejercicio del Poder Público por un órgano del Estado, y sólo cuando hay ejercicio concreto del Poder Público es que se realiza una función estatal.

De lo anteriormente expuesto resulta, por tanto, que a nivel de cada una de las ramas del Poder Público en los diversos niveles territoriales, si bien existe una diferenciación orgánica con la asignación de funciones propias a cada uno de los órganos, el ejercicio de las mismas por dichos órganos, en general no es exclusiva ni excluyente. En otras palabras, existen órganos legislativos; órganos ejecutivos; órganos de control; y órganos judiciales; pero las funciones normativas, política, administrativas, jurisdiccionales y de control del Estado no coinciden exactamente con aquella división o separación orgánica:

²⁷ V., Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, pp. 105 y ss.

De allí que, como principio general de la aplicación del principio de la separación de poderes en el régimen constitucional de los países iberoamericanos, puede afirmarse que la “división del Poder” no coincide exactamente con la “separación de funciones”. Por ello, no sólo en múltiples oportunidades los órganos del Estado, además de sus “funciones propias” ejercen funciones que por su naturaleza deberían corresponder a otros órganos, sino que también en múltiples oportunidades la Constitución permite y admite la intervención o interferencia de unos órganos en las funciones propias de otros.

5. *Los actos estatales, su carácter inter-funcional y los actos administrativos*

De lo anteriormente dicho sobre el principio del carácter inter orgánico del ejercicio de las funciones estatales resulta, como se ha dicho, que la separación orgánica de poderes no coincide con la distribución de funciones.

Pero, en el ordenamiento jurídico de los Estados contemporáneos, tampoco el ejercicio de una función del Estado por determinado órgano del mismo conduce necesariamente a la emisión de determinados actos estatales, es decir, tampoco hay coincidencia entre las funciones del Estado y los actos jurídicos que emanan de la voluntad estatal, como con gran frecuencia se sostiene. Ello conlleva a otro de los marcos constitucionales del derecho administrativo que es el del carácter inter-funcional de los actos estatales.

En efecto, de lo expuesto anteriormente resulta que la función normativa la ejerce el Estado a través de sus órganos legislativos (Parlamento: Congreso o Asamblea Legislativa), de sus órganos ejecutivos (Presidente o Jefe del Gobierno), de sus órganos judiciales (Tribunales), o de sus órganos constitucionales de control (Poder Electoral, defensores de Derechos Humanos, Contralorías Generales).

La función política, la ejerce el Estado a través de sus órganos legislativos (Congreso o Asamblea) y de sus órganos ejecutivos (Presidente o jefe del gobierno).

La función jurisdiccional la ejerce el Estado a través de sus órganos judiciales (tribunales judiciales), y de sus órganos ejecutivos (Administración Pública) y de sus órganos de control (Poder Electoral, Defensoría de derechos, Contralorías Generales).

La función de control la ejerce el Estado a través de sus órganos legislativos (Congreso o Asamblea Legislativa), de sus órganos ejecutivos (Administración Pública), de sus órganos judiciales (tribunales), y de sus órganos de control (Poder Electoral, Defensoría de derechos, Contralorías Generales).

INTRODUCCIÓN

Y la función administrativa la ejerce el Estado a través de sus órganos ejecutivos (Administración Pública), de sus órganos legislativos (Asamblea o Congreso), de sus órganos judiciales (tribunales) y de sus órganos de control (Poder Electoral, Defensoría de derechos, Contralorías Generales).

Consecuencialmente, de lo anterior no puede deducirse que todo acto realizado en ejercicio de la función normativa, sea un acto legislativo; que todo acto realizado en ejercicio de la función política, sea un acto de gobierno; que todo acto realizado en ejercicio de la función jurisdiccional, sea un acto judicial; que todo acto realizado en ejercicio de la función de control sea un acto administrativo o que todo acto realizado en ejercicio de la función administrativa, sea también un acto administrativo.

Al contrario, así como los diversos órganos del Estado realizan diversas funciones, los actos cumplidos en ejercicio de las mismas no son siempre los mismos ni tienen por qué serlo.

En efecto, tal como hemos señalado, el Parlamento 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 el parlamento ejerce la función normativa, es decir, crean normas jurídicas de carácter general actuando como cuerpo legislador, dicta leyes, pero cuando lo hace en otra forma distinta, por ejemplo, al dictar sus reglamentos internos (*interna corporis*), ello lo hace a través de actos parlamentarios sin forma de ley. Ambos son actos legislativos, pero de distinto valor normativo. Cuando el parlamento ejerce la función política, es decir, intervienen en la formulación de las políticas nacionales, lo hacen a través de leyes o a través de actos parlamentarios sin forma de ley. En el caso de la participación en el ejercicio de la función jurisdiccional, al enjuiciar o autorizar el enjuiciamiento del Jefe del Estado, el parlamento concretiza su acción a través de un acto parlamentario sin forma de ley. Cuando el Parlamento ejerce sus funciones de control sobre el gobierno y la Administración Pública también dicta actos parlamentarios sin forma de ley. Por último, en cuanto al ejercicio de la función administrativa por el parlamento, ella puede concretarse en leyes, actos parlamentarios sin forma de ley o actos administrativos.

Por su parte, cuando los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, particularmente el Jefe del Ejecutivo, realiza la función normativa, ésta se concretiza en decretos-leyes y en reglamentos (actos administrativos de efectos generales). En el caso de decretos leyes, si bien todos son en general objeto de regulaciones legislativas que los condicionan (reguladas en las Constituciones); los mismos tienen rango y valor de ley. Pero el Jefe del Gobierno o el Presidente también realiza la función política, al dictar actos de gobierno, que son actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. 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 Jefe del gobierno o del Ejecutivo, en cuya condición dirige la acción de Gobierno; 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.

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 Jefe del gobierno o Presidente del Ejecutivo, en tanto que el acto legislativo, realizado también en ejecución directa de la Constitución, en principio está reservado al órgano legislativo (Congreso o Asamblea); aun cuando este pueda delegar la potestad normativa con rango de ley en el jefe del Poder Ejecutivo mediante una ley de delegación, en cuyo caso el acto dictado por el Presidente mediante tales decretos leyes delegados es un acto legislativo. En esta forma, el 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 el Parlamento como el dictado por delegación por el Jefe del Ejecutivo) se realizan en ejecución directa de competencias constitucionales, en tanto que el acto administrativo siempre es de rango sub-legal, 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, en que estos se realizan a todos los niveles de la Administración Pública y siempre tienen rango sub-legal, 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.

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.

En cuanto a los órganos que ejercen el Poder judicial, cuando por ejemplo la Corte o Tribunal Supremo ejerce la función normativa, dicta reglamentos (actos administrativos de efectos generales), y cuando los tribunales en general ejercen la función administrativa y la función de control sobre el Poder Judicial, dictan actos administrativos; y cuando ejercen la función jurisdiccional, dictan actos judiciales (sentencias). 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 judiciales, en tanto que el acto legislativo está reservado al

INTRODUCCIÓN

parlamento, el cual puede delegarlo en el Jefe del gobierno (leyes de delegación) y el acto de gobierno está reservada al mismo jefe del gobierno²⁸; y desde el punto de vista formal, porque al igual que el acto administrativo, el acto judicial es de rango sub-legal, 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 de rango sub-legal 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 judiciales (autónomos e independientes), 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 potestades constitucionales de Control y realizan la función de control, la función normativa y la función administrativa, las mismas se concretan en actos administrativos de efectos generales (reglamentos) o de efectos particulares.

En esta forma, el ejercicio de la función normativa se puede manifestar, variablemente, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley, 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 del Parlamento 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 parlamentarios sin forma de ley sólo emanan de la Asamblea Nacional, actuando en ejercicio de las funciones normativas, política, de control y administrativa; que los actos de gobierno emanan del Jefe del Ejecutivo o Presidente, actuando en ejercicio de la función política; que los decretos–leyes emanan también del

²⁸ Puede decirse, entonces, que la separación orgánica de poderes tiene plena concordancia con la división orgánica de las actividades de gobierno (reservada al Jefe del Ejecutivo), legislativas (reservadas al parlamento, la cual puede delegarla en el Ejecutivo) 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.

Presidente en ejercicio de la función normativa; 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 el parlamento; los actos de gobierno y decretos leyes por el Jefe del Ejecutivo; y los actos judiciales (sentencias) por los tribunales.

En cuanto a los actos administrativos, éstos pueden emanar del parlamento, 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 constitucionales y que ejercen los Poderes de Control actuando 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.

6. *El control de la Administración Pública y la responsabilidad administrativa*

La consecuencia de los principios de supremacía constitucional, de formación del derecho por grados y de legalidad es que todos los actos estatales están sometidos a control judicial, por lo que en el ordenamiento jurídico del Estado de derecho no debe haber actos estatales excluidos de control.

De allí que dentro del marco constitucional del derecho administrativo también se identifique el de la universalidad del control de los actos estatales por parte de los órganos del Poder Judicial o de tribunales Constitucionales.

Por ello, dejando aparte el control judicial que se ejerce sobre los actos judiciales (sistemas procesales de apelación, acción de amparo, recursos de revisión, recurso de casación), los demás actos estatales están sujetos al control judicial por parte de los jueces competentes para ejercer tanto la justicia constitucional como la justicia administrativa.

En cuanto al sistema de justicia constitucional, en Iberoamérica existe una variada clasificación de los sistemas y métodos del mismo, y salvo el caso en Argentina, donde el control de constitucionalidad sigue exclusivamente el método difuso, en el resto de los países en general, conocen de sistemas con

INTRODUCCIÓN

método concentrado de control asignados a Tribunales Constitucionales o a los Tribunales o Cortes Supremas de Justicia (Salas Constitucionales); que se ejerce en relación con a las leyes y demás actos de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución, teniendo la jurisdicción Constitucional,²⁹ poderes anulatorios en la materia con efectos erga omnes.

Ahora bien, para asegurar la sumisión de los reglamentos y demás actos administrativos al derecho, conforme al principio de la legalidad que deriva de la concepción del Estado de derecho en general la gran mayoría de los Estados iberoamericanos han previsto en sus Constituciones una garantía judicial específica a cargo de la Jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, al conjunto de órganos judiciales encargados de controlar la legalidad y de la legitimidad de las actuaciones de la Administración Pública, tanto por sus actos, omisiones y en general la actividad administrativa, como por las relaciones jurídico-administrativas en las cuales aquélla intervenga³⁰.

Dichos órganos tienen competencia, en general, para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, así como para condenar al Estado al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; con poderes para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

En el marco del Estado de derecho, cuya fórmula es la acogida por todos los países iberoamericanos, por lo que se refiere a las competencias de los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los siguientes deberían ser las cuatro consecuencias básicas:³¹

En primer lugar, que debería regir el principio de la universalidad del control respecto de los actos administrativos, en el sentido, de que todos los actos administrativos tienen que poder ser sometidos a control judicial por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, por contrariedad al derecho, es decir, sea cual sea el motivo de la misma: inconstitucionalidad o ilegalidad en sentido estricto. La fórmula del Estado de derecho no admite excepciones, y por tanto, todo acto administrativo contrarios a derecho debería poder ser controlado por los tribunales de la jurisdicción.

²⁹ V., Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Procesal Constitucional. Instrumentos para la Justicia Constitucional*, segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, 2013.

³⁰ 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.

³¹ Allan R. Brewer-Carías, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas, 1993.

La consecuencia de ello es que cualquier exclusión de control respecto de actos administrativos específicos sería contrario al Estado de derecho, y por tanto, inconstitucional, sea que dicha exclusión se haga por vía de ley o por las propias decisiones de los Tribunales.

Por ello, en muchos países, a los efectos de asegurar la universalidad del control contencioso administrativo, han sido los propios órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa los que han venido ampliando el concepto de acto administrativo, a los efectos de asegurar que todo acto administrativo pueda ser objeto de control judicial, de manera que no haya actos administrativos que queden excluidos de control. Es la tendencia a la universalidad del control lo que ha permitido someter a control de legalidad y constitucionalidad a los actos administrativos dictados por las Administraciones Públicas en función normativa y jurisdiccional, así como los actos administrativos dictados por otros órganos del Estado distintos a la Administración Pública y por entes de derecho privado o de derecho público no estatales, y por particulares dictados en función normativa o administrativa.

En segundo lugar y como consecuencia de la tendencia hacia la universalidad del control, está la tendencia de poner a disposición de los administrados una amplia gama de recursos y acciones para acceder a la justicia contencioso administrativa que, por supuesto, además del recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o de efectos particulares, o contra los actos administrativos generales o individuales, con o sin pretensión de amparo constitucional, comprende el recurso por abstención o negativa de los funcionarios públicos a actuar conforme a las obligaciones legales que tienen; el conjunto de demandas contra los entes públicos por responsabilidad; y las acciones para resolver los conflictos entre autoridades administrativas del Estado.

Pero, en tercer lugar, la importancia de la constitucionalización de la jurisdicción contencioso-administrativa, tal como ha ocurrido en muchos países, es decir, del control judicial de constitucionalidad y legalidad de todos los actos administrativos, está en que no con ello no sólo se asigna competencia a determinados tribunales para ejercer dicho control, sino en que en realidad se consagra un derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva frente a la Administración. Con ello se ratifica el 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. Por otra parte, tratándose de un derecho fundamental al control, en la relación privilegios estatales-libertad ciudadana, esta última debe prevalecer.

Además, en cuarto lugar, la forma como conforme a la fórmula del Estado de derecho debería estar concebidas la universalidad de control y el derecho ciudadano a la tutela judicial frente a la Administración, debe implicar la asignación al juez contencioso-administrativo de amplísimos poderes de tutela,

INTRODUCCIÓN

no sólo de la legalidad objetiva que debe siempre ser respetada por la Administración, sino de las diversas situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los particulares en relación a la Administración, más allá del clásico derecho subjetivo, y de los derechos constitucionales, abarcando los intereses legítimos, personales y directos de los ciudadanos.

Se destaca, en este último aspecto, por supuesto, el marco constitucional de la responsabilidad administrativa tanto del Estado como de los funcionarios públicos. La realización de actividades estatales como resultado del ejercicio de competencias por los titulares de los órganos que ejercen el Poder Público, como toda actividad en el mundo del derecho, puede producir daños a los administrados, tanto como resultado del ejercicio lícito de los Poderes Públicos como por hecho ilícito. Si estos daños se producen, tanto los titulares de los órganos del Estado (los funcionarios públicos), como las personas jurídicas estatales deben responder por los mismos.

Por ello, el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, es otro de los logros derivados de la fórmula del Estado de derecho, que impone a las personas jurídicas estatales la obligación de responder 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, sea que se trate de un “funcionamiento normal” o del “funcionamiento anormal” de la misma,³² es decir, por actividades administrativas tanto lícitas como ilícitas.

De ello podría mencionarse como principios generales, y salvo que las leyes administrativas dispongan otro régimen, los siguientes:

En primer lugar, que la responsabilidad del Estado se puede generar por daños causados a los particulares por culpa imputable a la Administración, como consecuencia de los actos u omisiones de sus funcionarios conforme a los principios del hecho ilícito que regulan los Códigos Civiles. Se trata, en este caso, de daños causados por lesiones imputables al funcionamiento anormal de la Administración que es el que origina el hecho ilícito, es decir, por lesiones producidas por actividades ilegales, contrarias a derecho o que no son realizadas con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y que sean imputables a los funcionarios o titulares de los órganos del Estado.

En segundo lugar, que la responsabilidad del Estado se puede también generar por daños causados a los particulares por lesiones imputables al funcionamiento anormal de la Administración Pública, pero sin que sea necesario

³² V. Luis A Ortiz Álvarez, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995; José Ignacio Hernández G., *Reflexiones críticas sobre las bases constitucionales de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Análisis de la interpretación dada al artículo 140 de la Constitución de 1999*, Caracas, 2004.

establecer culpa alguna de los funcionarios o titulares de los órganos del Estado, como consecuencia de la teoría del riesgo también de acuerdo con lo establecido en los Códigos Civiles; y siempre que no se de alguna de las causas eximentes de la responsabilidad consagradas en los mismos y que la Administración también podría invocar: cuando el daño ha sido causado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero o por caso fortuito o fuerza mayor.

En tercer lugar, que la responsabilidad del Estado se puede también generar por daños causados a los particulares, sin que haya culpa imputable a la Administración y, por tanto, aun cuando haya habido sometimiento pleno a la ley y al derecho, y que por tanto sean derivados de lesiones causadas por el funcionamiento normal de la Administración. En estos casos, el Estado debe también reparar los daños causados por la lesión, pues el particular, conforme al principio de la igualdad ante las cargas públicas, no está legalmente obligado a soportar individualmente el daño que se le causa; y siempre, por supuesto, que no se de alguna de las causas eximentes de la responsabilidad que consagran los Códigos Civiles y que la Administración también podría invocar: cuando el daño ha sido causado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero o por caso fortuito o fuerza mayor.

III. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. *Evolución de la legislación de la actividad formal de la Administración y los procedimientos administrativos*

Bajo los parámetros anteriores derivados de la consideración del derecho administrativo como derecho del Estado y de sus bases constitucionales, uno de los signos más importantes de la evolución de nuestra disciplina, en relación con uno de sus objetos centrales que es el régimen formal de la actividad administrativa, ha sido el proceso de la codificación de la misma, en particular del procedimiento administrativo, lo que se ha materializado en la sanción de leyes reguladoras del mismo.³³

El proceso se inició en Iberoamérica, con el precedente fundamental de las importantísimas y ya derogadas Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y Ley de Procedimientos Administrativos de 1958 de España, sustituidas a finales del siglo pasado por la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1999 de 13 de enero de 1999. Dichas leyes, sin duda tuvieron una influencia notable en la legislación latinoamericana, donde el

³³ V., Allan R. Brewer-Carías, “Principios del Procedimiento Administrativo. Hacia un estándar continental,” en Christian Steiner (Ed), *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, Konrad Adenauer, México 2009, pp. 163-199.

INTRODUCCIÓN

proceso de codificación se inició, hace cuarenta años, con la sanción en Argentina de la Ley de Procedimientos Administrativos, N° 19.549 de 1972, reformada por la Ley N° 21.682, habiéndose sancionado posteriormente leyes sobre el mismo tópico en buena parte de los otros países, con impacto importantísimo en nuestra disciplina, al punto de que en todos ellos puede dividirse la evolución de la misma en dos grandes etapas referidas al antes y al después de la sanción de dichas leyes.³⁴

Con esas leyes, en todos nuestros países se le comenzó a dar un nuevo enfoque a uno de los objetos centrales de nuestra disciplina, que es la Administración Pública y su actividad, al comenzarse a regular en el derecho positivo, y no sólo como consecuencia de principios generales, tanto los principios de organización administrativa, como los aspectos formales y sustantivos de la actividad administrativa, y las bases de la relación de la Administración con los administrados. Estas leyes, por tanto, superaron el alcance limitado de las que las precedieron y que se referían básicamente a la organización interna de la Administración y sus prerrogativas. Con estas nuevas leyes se pasó así, a regular, además, el conjunto de las situaciones jurídicas en las cuales se encuentran no sólo la Administración sino los mismos administrados en sus relaciones recíprocas, buscando establecer el balance de siempre que persigue nuestra disciplina entre el conjunto de poderes, prerrogativas y obligaciones de la Administración, por una parte; y por la otra, los derechos y obligaciones de los particulares en sus relaciones con aquella.

Siendo ese el sentido central de la regulación de las leyes, las mismas cambiaron totalmente la situación tradicional de estas relaciones entre la Administración y los administrados, signada por la existencia de un desbalance a favor de la Administración, con amplias regulaciones sobre sus poderes, potestades y prerrogativas y las obligaciones de los administrados, y pocas sobre sus derechos. Ese desbalance fue el que cambió sustancialmente a partir de la sanción de las leyes de procedimiento administrativo buscándose entonces una situación de equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos de los particulares, que se garantizan.

Este cambio en el balance de esos dos extremos motorizado por las leyes de procedimiento administrativo, originaron en todos los países un cambio de actitud y de forma y método de actuar de la Administración, a los efectos de lograr que dejara de ser la Administración prepotente que sólo concedía dádivas

³⁴ V., Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento administrativo*, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Editorial Civitas, Madrid 1990; *Les principes de la procédure administrative non contentieuse. Études de Droit Comparé (France, Espagne, Amérique Latine)*, Prólogo de Franck Moderne, Editorial Económica, París 1992; también publicado en *Etudes de droit public comparé*, Académie Internationale de Droit Comparé, Ed. Bruylant, Bruxelles 2001, pp. 161-274; y *Principios del Procedimiento en América Latina*, Universidad del Rosario, Editorial Legis, Bogotá 2003.

o favores al administrado, quien, por su parte, no tenía derechos, ni cómo reclamarlos y era aplastado y a veces vejado por la Administración.

Con las nuevas leyes se sentaron las bases para que ello comenzara a cambiar, pues del administrado que la Administración iba a enfrentar ya no era uno indefenso, sino uno bien armado con muchos derechos legales y con muchos mecanismos jurídicos para garantizar esos derechos y controlar cualquier actitud que significara la desmejora de esas garantías.

Como dijimos, ese proceso de transformación del derecho administrativo en Iberoamérica se inició con el Decreto-Ley N° 19.549/72 de 3 de abril de 1972 de Argentina, sobre procedimientos administrativos³⁵, texto que vino a culminar un largo proceso de regulación provincial sobre normas de procedimiento administrativo y de regulación nacional sobre los recursos administrativos, particularmente, sobre el recurso jerárquico y que se remontan a los años treinta (Decreto 20003/33 sustituido por Decreto N° 7520/44.).

La Ley sentó las bases para asegurar a los administrados las garantías constitucionales del debido proceso, regulando los requisitos esenciales del acto administrativo, su estructura, validez y eficacia. Siguiendo la orientación argentina, la segunda de las legislaciones nacionales sobre procedimientos administrativos que se dictó en América Latina fue el Decreto N° 640/973 de 8 de agosto de 1973 del Uruguay, el cual completó el cuadro regulador de la actividad y trámites administrativos que se había establecido en anteriores Decretos de 1964 y 1966. Dicho Decreto fue sustituido posteriormente por el Decreto 500/991 de 1991, sobre Normas Generales de Actuación Administrativa y Regulación del Procedimiento en la Administración Central.

En este proceso de codificación se destaca, sancionada un lustro más tarde, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica de 2 de mayo de 1978, texto que, como lo señalamos hace algunos años podría ser considerado como el de un “Manual de Derecho Administrativo”, volcado en el articulado de un Código,³⁶ en la cual incluso se consagra la autonomía de nuestra disciplina, al

³⁵ *Boletín Oficial* N° 22411 del 27 de abril de 1972. V., Allan R. Brewer-Carías, “La Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina de 1972 en el inicio del proceso de positivización de los principios del procedimiento administrativo en América Latina,” en Héctor M. Pozo Gowland, David A. Halperin, Oscar Aguilar Valdez, Fernando Juan Lima, Armando Canosa (Coord.), *Procedimiento Administrativo. Tomo II. Aspectos generales del procedimiento administrativo. El procedimiento Administrativo en el derecho Comparado*, Buenos Aires 2012.

³⁶ Alcance N° 90 *La Gaceta* N° 102 de 30 de mayo de 1978. V., Allan R. Brewer Carías “Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de Administración Pública de Costa Rica, *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1981, p. 31.

INTRODUCCIÓN

declarar la independencia del ordenamiento jurídico administrativo de otras ramas del derecho.

A la Ley costarricense, siguió cronológicamente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 10 de julio de 1982 de Venezuela³⁷, texto que influenciado directamente por la Ley española, recogió todos los principios fundamentales relativos a la actividad administrativa desarrollada por los órganos de la Administración Pública; y en particular, los principios relativos a los actos administrativos (elaboración, formas y formalidades, efectos, revisión), que la jurisprudencia había establecido, habiendo contribuido ampliamente, desde su entrada en vigencia, a afianzar el principio de la legalidad administrativa.³⁸

Unos años más tarde, en 1984, se produjo la reforma del Código Contencioso Administrativo de Colombia, originalmente sancionado por Ley 167/1941, al cual se le incorporó un nuevo “Libro” sobre “Procedimientos Administrativos,” dándose un paso de avance en la codificación del derecho administrativo, al haberse regulado en un solo texto, que sigue siendo único en el Continente, todos los aspectos del procedimiento administrativo y del proceso contencioso administrativo.

Esta importante legislación nacional reguladora del procedimiento administrativo y del proceso contencioso administrativo fue recientemente reformada en 2011, mediante la Ley 1437 contentiva del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.³⁹

Después del Código Colombiano de 1984, el proceso de codificación del derecho administrativo en Latinoamérica continuó con la Ley de Procedimiento Administrativo de Honduras de 1987; y luego de un período de casi diez años, se dictó en México, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 1994, con última reforma en 2011; en Brasil, la Ley N° 9.784 que regula el proceso

³⁷ *Gaceta Oficial* N° 2.818 Extraordinario de 1 de julio de 1981. *V.*, sobre la Ley Orgánica en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982. *V.*, sobre el origen de esta Ley: *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, Comisión de Administración Pública, Caracas, 1972, Vol. 2, pp. 392 ss.

³⁸ *V.*, Allan R. Brewer Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 379-412.

³⁹ *V.*, *Diario Oficial* N° 47.956 de 18 de enero de 2011. *V.*, algunos comentarios sobre dicha reforma en Allan R. Brewer-Carías, “Los principios del procedimiento administrativo en la reforma del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia (Ley 1437 de 2011), a la luz del derecho comparado latinoamericano,” en *Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011. Memorias*, Consejo de Estado, Bogotá 2011, pp. 115-144. NA: El Código de Colombia fue reformado por Ley 2080 de enero de 2021.

administrativo en el ámbito de la Administración Pública Federal de 29 de enero de 1999; en Panamá, la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, del Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales; en Perú, la Ley N° 27.444 del Procedimiento Administrativo General, de abril de 2001;⁴⁰ en Bolivia, la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 sobre Ley de Procedimiento Administrativo; y en Chile, la Ley N° 19.880 de 29 de mayo de 2003, de Ley de Procedimientos Administrativos. En Ecuador también se dictó el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva por Decreto Ejecutivo N° 1634 de 1994, que regula aspectos del procedimiento administrativo.

Más recientemente, en la República Dominicana se sancionó la Ley No. 107-17 de 6 de agosto de 2013 sobre el Procedimiento Administrativo, que es la última de las leyes reguladoras del procedimiento administrativo que se han sancionado en América Latina.⁴¹⁻⁴²

Otro rasgo común de este conjunto normativo es que abarcan todo el proceso de producción de las decisiones administrativas, lo que conduce a una muy importante regulación en relación con los actos administrativos. Por ello puede considerarse que casi todas estas leyes, son básicamente, leyes relativas al régimen jurídico del acto administrativo.

Además, todas las leyes regulan el desarrollo de la actividad de la Administración para obtener la adecuada satisfacción de los intereses públicos, y además, buscan que los derechos de los administrados estén debidamente garantizados; de lo que deriva otro rasgo común de las mismas en el sentido de establecer las formas de la actuación de la Administración en sus relaciones con los particulares, de manera que se desarrollen con el menor formalismo posible, evitando la realización o exigencias de trámites, formulismos o recaudos innecesarios o arbitrarios que compliquen o dificulten la acción administrativa.

⁴⁰ V., Allan R. Brewer Carías, “La regulación del procedimiento administrativo en América Latina (con ocasión de la primera década de la Ley No. 27.444 del Procedimiento Administrativo General del Perú 2001-2011),” en *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, No 67, *El procedimiento administrativo a los 10 años de entrada en vigencia de la LPAG*, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2011, pp. 47-77. NA: En 2017 se publicó el Texto Refundido de la Ley.

⁴¹ V., Allan R. Brewer Carías, “Principios del procedimiento administrativo en la Ley N° 107-13 de la República Dominicana sobre procedimientos administrativos de 6 de agosto de 2013,” en *Revista de Derecho Público*, No. 135 (julio-septiembre 2013), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 59-72.

⁴² NA: Con posterioridad a la Ley de la República Dominicana se sancionó el Código Orgánico Administrativo de Ecuador (2017) y la Ley de Procedimiento Administrativo de El Salvador de 2018.

INTRODUCCIÓN

Por último, no debe dejar de mencionarse que como parte también de la tendencia a la codificación del derecho administrativo, que en paralelo a las leyes de procedimientos administrativos que básicamente se destinan a regular la acción unilateral de la Administración manifestada a través de los actos administrativos, en casi todos los países Iberoamericanos se han dictado leyes específicas sobre los contratos públicos o contratos que la Administración Pública celebra con los administrados, los cuales mediante los mismos asumen el rol de colaboradores de la Administración. Se trata de otro de los contenidos esenciales de la disciplina, los cuales después de su larga creación jurisprudencial, han encontrado su regulación legal que se aplican en adición a las normas de los Códigos Civiles, con normas destinadas particularmente a establecer los principios para la selección de contratistas, a los efectos de asegurar la transparencia de las actividades administrativas, así como a regular los aspectos esenciales de la ejecución de los contratos.

2. *Finalidad de las leyes de procedimiento administrativo*

Ahora, en cuanto a las leyes reguladoras de los procedimientos administrativos, el signo común de las mismas es que con ellas se comenzó a dar un nuevo enfoque al objeto de nuestra disciplina, es decir, a la Administración Pública y a su actividad, comenzándose a regularla con mayor amplitud y precisión, tanto en cuanto a los principios de organización como en sus aspectos sustantivos y los referidos a su relación con los administrados. Por ello, por ejemplo, la Ley peruana es precisa al indicar como su finalidad al establecer el régimen en ella previsto, primero, la “protección del interés general”; segundo, la “garantía los derechos e intereses de los administrados”; y tercero, que esos dos fines se logren “con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.” (Título Preliminar, art. III). En esta forma, del contenido general de esta Ley, como sucede igualmente, por ejemplo, con el Código de Colombia de 2011, la enumeración de los principios del procedimiento administrativo, e incluso, el desarrollo legal de su significado, puede considerarse como un rasgo común de las leyes de procedimiento administrativo en América Latina, poniendo en evidencia la motivación general de estos cuerpos normativos, que no es otra que el establecimiento de un régimen legal para, por una parte, guiar la acción de la Administración para la producción de sus actos administrativos; y por la otra, garantizar los derechos de los administrados frente a la Administración.

Dichas leyes son, así, el resultado del mencionado proceso de lucha permanente que ha caracterizado el desarrollo de nuestra disciplina, dirigido hacia la búsqueda del necesario balance entre los privilegios de la Administración Pública como gestora del interés general, y los derechos de los administrados. De allí precisamente que todas las leyes regulen el desarrollo de la actividad de la Administración para obtener la adecuada satisfacción de los intereses públicos, y además, busquen que los derechos de los administrados estén debidamente garantizados.

Eso es lo que se evidencia también, por ejemplo, de los “Considerandos” de la Ley de Honduras de 1987, al señalar que en el Estado Moderno:

“La satisfacción de los intereses públicos exige el respeto de las formas creadas como garantía de los derechos de los particulares frente a la actividad administrativa.”

Asimismo, en los “Considerandos” del Decreto Ley 500 de Uruguay de 1991, se precisó la motivación de todo su conjunto normativo, al establecer que tiene por objeto regular la actuación de la Administración:

“A fin de servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y para mejor tutelar los derechos e intereses legítimos de los administrados.”

Eso se señala también expresamente, por ejemplo, en el artículo 1º de la Ley 9.784 de Brasil; en el artículo III (finalidad) del Título Preliminar de la Ley 27.444 del Perú; y es lo que se expresa con toda claridad y más ampliamente, incorporándose el principio de legalidad, en el artículo 1 del Código de Colombia al definir su finalidad.

El procedimiento administrativo, por ello, nunca puede considerarse como un fin en sí mismo, sino como un instrumento o cauce para alcanzar el fin perseguido por la Administración. De allí el llamado principio de la instrumentalidad de las leyes de procedimiento, el cual permite desdoblarse la finalidad del procedimiento administrativo en tres: primero, la consecución del interés general; segundo, la satisfacción del interés del administrado, y tercero, el logro del interés de la propia Administración sometida a la legalidad.

En cuanto a la primera de estas finalidades, siendo el procedimiento un asunto de la Administración, en el mismo se “establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración sirva a la protección del interés general” como hemos indicado que expresa el artículo III, Título Preliminar de la Ley del Perú, o en otras palabras, con el objeto asegurar que el desempeño de la función pública esté destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad (art. 4,a, Ley de Bolivia).

Por ello, la Ley de Honduras establece que los principios del procedimiento administrativo buscan “garantizar la buena marcha de la Administración” (Considerandos); y la Ley General de Costa Rica precisa que “el procedimiento administrativo sirve para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración” (art. 214,1); agregando que “la norma administrativa debe ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige” (art. 10).

Pero, en segundo lugar, además del logro de los fines propios del interés general que orientan la acción administrativa, el procedimiento administrativo

INTRODUCCIÓN

tiene por finalidad la protección de los derechos e intereses de los administrados. Esto, como se ha mencionado, está expresado en la Ley General de Costa Rica, donde se indica que el procedimiento administrativo debe desarrollarse, “con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado” (arts. 10,1 y 214,1); así como en la de Honduras, la cual establece que el procedimiento se regula “como garantía de los derechos de los particulares frente a la actividad administrativa” (Considerandos).

En igual sentido se expresa, como también hemos indicado, el artículo III, Título Preliminar de la Ley del Perú, y se expresaba el Código colombiano de 1984 en el cual se exigía de los funcionarios que en su actuación también debían tener en cuenta “la efectividad de los derechos e intereses de los administrados” (art. 2).

La consecuencia del mencionado principio de la instrumentalidad es entonces la proscripción de la utilización del procedimiento establecido en las leyes, para la consecución de fines distintos a los previstos en ellas, constituyendo lo contrario un vicio de ilegalidad de la actuación de la Administración por desviación de poder en el resultado, es decir, la llamada desviación del procedimiento.

Y, en tercer lugar, la otra finalidad del procedimiento administrativo, que engloba todos los principios antes mencionados, es que la relación jurídica que siempre se establece entre la Administración y los administrados con motivo de la actividad administrativa, debe desarrollarse con sujeción al principio de legalidad. Y en este sentido, sin duda, ha sido el proceso de positivización de principios y elementos sustantivos y adjetivos de la actividad administrativa contenida en estas leyes de procedimiento administrativo, el que ha tenido una consecuencia fundamental en el desarrollo de nuestra disciplina mediante el reforzamiento del mismo principio de la legalidad con el objeto de asegurar no sólo el sometimiento de la Administración Pública al derecho, sino garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la misma.⁴³ Por ello precisamente, la Ley sobre Procedimiento Administrativo general del Perú, en el artículo IV, 1.1 del Título Preliminar dispone que:

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

⁴³ V., Allan R. Brewer-Carías, “Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimiento administrativo en América Latina”, en *La relación jurídico administrativa y el procedimiento administrativo, V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. FUNEDA, Caracas 1998, pp. 21-90.

Ello ha implicado en relación al principio de legalidad, y precisamente como consecuencia de las propias leyes de procedimiento administrativo, que dicho principio haya dejado de ser sólo un principio general del derecho y se haya convertido en un postulado del derecho positivo, expresado formalmente cada vez con más frecuencia y precisión, en los textos, como es el caso del Código de Colombia cuando indica expresamente en su artículo 1º como “finalidad” de las normas del Libro Primero del mismo, asegurar “la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico.”

Así también sucede, por ejemplo, en la Ley de Bolivia, que hace referencia al “principio de legalidad y a la presunción de legitimidad” (art. 4, g) y al “principio de sometimiento pleno a la ley” de manera que “la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso” (art. 4,c). Igualmente, la Ley 9784 de Brasil, impone como criterio a ser observado en los procedimientos administrativos, “la actuación conforme a la Ley y al derecho” (art. 2, Parágrafo Único, I); la Ley de Venezuela, indica que “la Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad” (art. 4); y la Ley General de Costa Rica señala que: “La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico...” (art. 11,1); agregando en su artículo 13, que:

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

Este principio de legalidad o de actuación en conformidad con el derecho implica, por tanto, que las actividades que realice la Administración Pública no sólo deben someterse al derecho, sino incluso, en el caso del procedimiento administrativo, a los propios principios del mismo que también ya forman parte del derecho positivo, lo que implica que las actividades contrarias a dichos principios pueden ser controladas con mayor precisión por los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa.

Por ello, dichos principios, además, en el Código colombiano se los declara como imperativos, al disponer expresamente que todas las autoridades deben “interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales” (art. 3).

En igual sentido, la Ley Federal mexicana, prescribe que las disposiciones sobre procedimiento administrativo “Son aplicables a la actuación de los particulares ante la Administración Pública Federal, así como a los actos a través de los cuales se desenvuelve la función administrativa” (art. 12); imperatividad que en el caso de la Ley General de Costa Rica se precisa que es en aquellos

INTRODUCCIÓN

procedimientos en los cuales “el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos;” o en los cuales haya habido “contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente” (art. 308).

El derecho administrativo en América Latina, por tanto, como resultado de este estándar continental que ya existe en materia de los principios del procedimiento administrativo y que ha quedado plasmado en las leyes de procedimiento administrativo, sin duda se encuentra ahora en una situación de avanzada en el derecho comparado que hace décadas, quienes nos ocupamos de estos temas desde hace algún tiempo, sólo soñábamos.

Siendo todos los aspectos antes mencionados, parte esencial de la finalidad y sentido central de la regulación de las leyes, las mismas cambiaron totalmente la situación tradicional de las relaciones entre la Administración y los administrados, en las cuales el balance estaba siempre a favor de la primera, con amplias regulaciones sobre sus poderes, potestades y prerrogativas y sobre las obligaciones de los administrados, y pocas sobre los derechos de éstos últimos. Ese balance fue el que se cambió sustancialmente con las leyes de procedimiento administrativo, buscándose entonces una situación de equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos de los administrados, que en las leyes se buscó garantizar, pasándose así a reforzar el principio de la legalidad.

En esta orientación, al cambiar totalmente el desbalance de los dos extremos de la relación de derecho administrativo y establecerse el necesario equilibrio entre ellos, las leyes de procedimiento administrativo han contribuido a generar en todos los países un cambio de actitud y de forma y método del actuar de la Administración Pública, procurando lograr que dejara de ser la Administración prepotente que sólo concedía dádivas o favores al administrado, quien por su parte, no tenía derechos, ni cómo reclamarlos y era aplastado y a veces vejado por la Administración. Con las nuevas leyes se sentaron las bases para que ello cambiara, de manera que el administrado que la Administración iba a enfrentar ya no fuera un sujeto indefenso, sino uno bien armado con muchos derechos frente a la Administración y con muchos mecanismos jurídicos para garantizarlos y para controlar cualquier actitud que significara su desmejora.

Otro rasgo común del conjunto normativo sobre procedimientos administrativos en América Latina es que estas leyes han abarcado todo el proceso de producción de las decisiones administrativas, lo que conduce a una muy importante regulación en relación con los actos administrativos, al punto de que podemos considerar que casi todas estas leyes son, básicamente, leyes relativas al régimen jurídico del acto administrativo. Así sucede, por supuesto en el Perú, donde el Título I de la Ley se dedica a normar el régimen jurídico de los actos administrativos, de manera que en el artículo 29, al definir el procedimiento administrativo, se lo entiende como él:

“conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.”

Por ello es que, por otra parte, en el desarrollo del derecho administrativo hayan sido estas leyes las piezas esenciales para el afianzamiento del principio de la legalidad,⁴⁴ al punto de que se pueda encontrar en las mismas, como sucede con la Ley peruana como antes hemos destacado, la definición de dicho principio (Título Preliminar, Artículo IV.1.1).

Por otra parte, todas estas leyes de procedimiento administrativo se han configurado con una universalidad adecuada de manera que han llegado a constituir cuerpos normativos que incluso se aplican obligatoriamente a todas las autoridades administrativas, y no sólo a la Administración Pública del Poder Ejecutivo, e incluso, a los demás órganos del Estado cuando actúan en ejercicio de la función administrativa. Ello es lo que explica que la Ley peruana al decir que se aplica a “todas las entidades de la Administración Pública,” entienda a sus fines como tales no sólo al “Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados,” a los Gobiernos Regionales y Locales; y a las “demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas”; sino al Poder Legislativo, al Poder Judicial y a los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía; y además, a las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado (Título Preliminar, art. 1).

Previsión esta de gran importancia, y que recoge lo que es un signo común en el derecho administrativo latinoamericano, donde la Administración y la actividad administrativa en sentido lato están desligadas del “Poder Ejecutivo” constituyendo administraciones públicas las de los otros poderes del Estado e igualmente actividad administrativa la realizada por particulares cuando ejercen la función administrativa.

⁴⁴ V., Allan R. Brewer-Carías, “El tratamiento del principio de legalidad en las leyes de procedimiento administrativo de América latina,” en Domingo García Belaúnde et al., *Homenaje a Valentín Paniagua*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú, Lima, 2010, pp. 340-360; y en *Revista Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, N° 8, México, 2010.

INTRODUCCIÓN

3. *La enumeración de los principios del procedimiento administrativo en las leyes latinoamericanas*

Una característica general de estas leyes de procedimiento administrativo en América Latina es la enumeración en el propio texto de las leyes, del conjunto de principios generales sobre los mismos,⁴⁵ los cuales, como consecuencia de ello, ya no se tuvieron que deducir de la interpretación judicial, permitiendo así al juez contencioso administrativo o de control de la actividad administrativa, tener más precisas herramientas de control sobre la actuación administrativa.

Fue así como en la Ley argentina de procedimientos administrativos se comenzó por enunciar, en su artículo 1º, como los principios que rigen en el procedimiento administrativo, la “impulsión e instrucción de oficio,” la “celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites” y el “informalismo,” consistente en la “excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente.”

Esta orientación se siguió en todas las leyes de procedimiento administrativo, en un proceso signado por la progresividad. Por ejemplo, en la Ley de Honduras se precisó que “la actividad administrativa debe estar presidida por principios de economía, simplicidad, celeridad y eficacia que garanticen la buena marcha de la Administración”, a fin de lograr una pronta y efectiva satisfacción del interés general (art. 19).

En el caso de Venezuela, además de los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos agregó el principio de imparcialidad (art. 30) y, adicionalmente, la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de 1999, reformada en 2008 enumeró los siguientes principios en los cuales se debe fundamentar la simplificación de trámites administrativos: “conforme a los cuales se deben elaborar los planes de simplificación, que son: “simplicidad, transparencia, celeridad, eficacia, eficiencia, rendición de cuentas, solidaridad, presunción de buena fe del interesado o interesada, responsabilidad en el ejercicio de la función pública, desconcentración en la toma de decisiones por parte de los órganos de dirección y su actuación debe estar dirigida al servicio de las personas.”

Estos principios se repitieron en el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, reformada en 2008, al precisar que su actividad se debe desarrollar con base en “los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad,

⁴⁵ V., Allan R. Brewer-Carías, “Principios del Procedimiento Administrativo. Hacia un estándar continental,” en Christian Steiner (Ed), *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, Konrad Adenauer, México 2009, pp. 163-199.

uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales.” A la norma se agregó, además, la indicación de que “La simplificación de los trámites administrativos, así como la supresión de los que fueren innecesarios será tarea permanente de los órganos y entes de la Administración Pública, de conformidad con los principios y normas que establezca la ley correspondiente.”

En Ecuador, igualmente, la Ley de Modernización del Estado precisó que los procesos de modernización se deben sujetar a los principios de eficiencia, agilidad, transparencia, coparticipación en la gestión pública y solidaridad social.

En el Código de Colombia, además de todos estos principios de eficacia, economía y celeridad, se agregaron otros como los de publicidad, contradicción y conformidad con el propio Código (art. 3); a los que se sumaron en la reforma del Código de 2011 los principios “del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, coordinación” (art. 3)

En la Ley Federal de México, se siguió la misma orientación del texto colombiano, incluyéndose el agregado del principio de la buena fe (art. 13).

Hay otros textos, como el Decreto del Uruguay, donde la enunciación de los principios es más extensa y comprensiva, como resulta de su artículo 2, conforme al cual la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al derecho y debe actuar de acuerdo a los siguientes principios generales: a) Imparcialidad; b) Legalidad objetiva; c) Impulsión de oficio; d) Verdad material; e) Economía, celeridad y eficacia; f) Informalismo en favor del administrado; g) Flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos; h) Delegación material; i) Debido procedimiento; j) Contradicción; k) Buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario; l) Motivación de la decisión; y m) Gratuidad.

En el mismo sentido se destaca la Ley de Brasil, la cual destinó al tema de los principios del procedimiento administrativo un extenso artículo (art. 2), en el cual se enumeran además de un conjunto de criterios que deben guiar los procedimientos administrativos, los “principios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

También en la Ley del Perú de 2001 se produjo un avance fundamental en este proceso de positivización de los principios del procedimiento administrativo, al precisar en el artículo IV del Título Preliminar que el procedimiento administrativo, sin perjuicio de la vigencia de otros principios general del derecho administrativo, se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, que se enumeran a título enunciativo y no taxativo: principio de legalidad; principio del

INTRODUCCIÓN

debido procedimiento; principio del impulso de oficio; principio de razonabilidad; principio de imparcialidad; principio de informalismo; principio de presunción de veracidad; principio de conducta procedimental; principio de celeridad; principio de eficacia; principio de verdad material; principio de participación; principio de simplicidad; principio de uniformidad; principio de predictibilidad; principio de privilegio de controles posteriores.

Una enunciación similar, de carácter exhaustivo se puede encontrar en la Ley de Bolivia de 2002, en la cual el artículo 4, además de precisar que “desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad,” enumera e incluso define los siguientes principios a los que debe sujetarse la Administración Pública: de autotutela, de sometimiento pleno a la ley, de verdad material, de buena fe: de imparcialidad: de legalidad y presunción de legitimidad, de jerarquía normativa, de control judicial, de eficacia, de economía, simplicidad y celeridad, de informalismo, de publicidad, de impulso de oficio, de gratuidad, y de proporcionalidad.

En la Ley N° 38 de Panamá, entre las misiones de la Procuraduría de la Administración se indica la “coadyuvar a que la Administración Pública desarrolle su gestión con estricto apego a los principios de legalidad, calidad, transparencia, eficiencia, eficacia y moralidad en la prestación de los servicios públicos” (art. 3,2); y luego en su artículo 34 se precisa que “las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad.”

Por último, en la Ley N° 19.880 de Procedimientos administrativos de Chile de 2003, también se indica que el procedimiento administrativo estará sometido a los principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad (Art. 4).

Estos principios, además, como lo señala el artículo 2 de la Ley de Brasil, deben servir como criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las normas de procedimiento.

En el mismo sentido, se regula en la Ley de Honduras (art. 19 y 114) y la Ley del Perú (artículo IV del Título preliminar), donde se señaló no sólo que los principios deben servir de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, sino además, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo.

Por ello, una enumeración extensísima de principios del procedimiento administrativo, como la contenida en las leyes de Brasil, de Uruguay y de Perú, sin duda, como se dijo, tiene la ventaja de permitir al juez contencioso-administrativo ejercer un control más efectivo y con mayor amplitud en relación con la actividad administrativa.

Pero por supuesto, mucho más importante que la sola enumeración de los principios, es la definición en los textos legales del contenido de los mismos, como ocurre con el artículo 4 de la Ley de Bolivia antes mencionado. Es lo que hacen el Código colombiano (art. 2) y más extensamente, la Ley del Perú, en la cual su artículo IV, 1.2 del Título Preliminar dispuso que los administrados deben gozar de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, el cual se rige por los principios de derecho administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Conforme a todas estas previsiones, sin duda, leyes de procedimiento administrativo en Iberoamérica han consolidado la formalización o juridificación del derecho administrativo,⁴⁶ al positivizarse lo que al comienzo eran solo principios generales de la disciplina, estableciéndose en forma detallada en las mismas previsiones sobre los actos administrativos, su formación, efectos, ejecución, revisión y control; el principio de su irrevocabilidad cuando creen o declaren derechos a favor de particulares; los vicios de nulidad que pueden afectarlos, y los principios para su revisión mediante recursos.

La consecuencia es que, a partir de la entrada en vigencia de estas leyes, comenzó a ser más segura la posibilidad de ejercer el control judicial efectivo sobre la actividad de la Administración Pública, siendo dichas leyes la fuente del derecho administrativo formal más importante, con base en la cual la jurisprudencia ha enriquecido la disciplina.

Por otra parte, mediante estas leyes, el procedimiento administrativo se ha enriquecido con los principios del debido proceso cuya garantía también está obligada la Administración Pública a respetar, particularmente en los procedimientos sancionatorios, regulándose en las leyes administrativas no sólo la garantía de que la decisión administrativa se adopte por el órgano competente; sino respecto de los administrados, el derecho a la presunción de inocencia; el derecho a la defensa y a ser informado de los cargos formulados; el derecho a ser oído; el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa; el derecho a no confesarse culpable y no declarar contra sí misma; el derecho a la tutela efectiva de los derechos e intereses del sancionado; y el derecho a la doble

⁴⁶ V., Allan R. Brewer-Carías, "Derecho Administrativo Comparado," en Lucio Pegoraro (Coordinador General), *Glosario de Derecho Público Comparado*, Biblioteca Porrúa de Derecho procesal Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México 2012, pp. 84-90.

INTRODUCCIÓN

instancia. Todos estos principios fueron los que llevaron a superar, por ejemplo, instituciones que décadas atrás habían sido aceptadas, como la aplicación del principio *solve et repete* como condición para acceder a la justicia contencioso-administrativa, el cual en muchos países se ha considerado inconstitucional.

Como se ha dicho, en la actuación administrativa, la competencia de las autoridades administrativas siempre tiene que estar prevista en texto legal expreso, en el cual se autorice la actuación del funcionario. Esta previsión legal de la competencia, sin embargo, si bien en muchos casos está prevista con precisos límites en la ley, en muchos otros casos, es la ley la que le otorga al funcionario cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, apreciando la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse. En este último caso, se está en presencia del ejercicio de poderes discrecionales, que existen, precisamente cuando la ley permite a la Administración apreciar la oportunidad o conveniencia para la emisión del acto administrativo de acuerdo a los intereses públicos envueltos, teniendo el poder de elegir entre diversas alternativas igualmente justas. El tema central en materia de discrecionalidad, sin embargo, ha sido el de su limitación para evitar la arbitrariedad administrativa, y someter a control judicial la totalidad de las actividades administrativas, precisando las áreas de actuación que no constituyen discrecionalidad como el caso de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. En consecuencia, mientras las competencias discrecionales dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio una entre varias soluciones justas, en materia de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado no sucede lo mismo, pues en su aplicación sólo se admite una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma que autoriza la actuación.

Pero incluso depurada en esta forma la actividad discrecional, la libertad dada al funcionario para desarrollarla también está sometida a límites y controles en aplicación de principios generales del derecho como los de razonabilidad y racionalidad; de lógica, la justicia y la equidad; y de proporcionalidad, los cuales progresivamente se han venido incorporando como texto expreso en leyes de procedimiento administrativo.

New York, junio 2015

**Sección Tercera: SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL
(2022)**

Esta Sección es el texto preparado para la Conferencia inaugural que dicté en el *Curso Internacional de verano sobre Derecho Administrativo Global*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 5 de julio de 2022.

El derecho administrativo, al igual que el derecho constitucional, ha sido siempre y ante todo, un derecho del Estado, es decir, un derecho que en este caso está destinado a regular las instituciones del Estado, en nuestro caso, su Administración Pública, dispuesta para prestar servicios a los ciudadanos; y regular en particular, tanto su organización, funcionamiento y actuación como la garantía de los derechos de los administrados cuando entran en relación con la misma.

Se trata, por tanto, de un *derecho estatal*, cuyo objeto son instituciones de carácter público, que persiguen fines públicos y colectivos situados por encima de los intereses particulares de los administrados, pero a la vez garantizando sus derechos. Ese derecho estatal, por otra parte, es el que debe asegurar el equilibrio que debe existir entre los poderes y prerrogativas atribuidos a la Administración y los derechos y garantías de los particulares, buscando que la actuación de todos se realice con sujeción plena al derecho.

En esta perspectiva del derecho administrativo como derecho del Estado, la consecuencia primaria es que en principio no habría derecho administrativo sin Administración del Estado y, por tanto, que no habría Administración Pública sin Estado. Esta ha sido la percepción del derecho administrativo que todos los que nos hemos ocupado de esta disciplina hemos aprendido y hemos enseñado durante décadas.

Ello, sin embargo, ha comenzado a cambiar en el mundo contemporáneo. El derecho administrativo ha comenzado a dejar de ser un derecho exclusivamente y solo del Estado o de los Estados nacionales y de sus Administraciones Públicas; y ha comenzado a ser, además, un derecho que regula a nuevas Administraciones Públicas globales que ya no son parte del Estado o de un Estado nacional en particular. Es la “paradoja” que se menciona en la Presentación de este Curso del Externado: “el Derecho administrativo más allá de Estado.”

Ello significa que el mundo de la globalización también ha impactado a nuestro derecho administrativo, por lo que ya es común encontrarnos con una serie de “Administraciones sin Estado” (Stefano Battini) o de “órganos administrativos transnacionales” (Benedict Kingsbury, Nico Krisch, Richard B. Stewart) hacia las cuales se han desplazado muchas potestades y decisiones regulatorias que antes sólo correspondían a las instituciones de los Estados

INTRODUCCIÓN

nacionales, y que han pasado a ser adoptadas a nivel global, desdibujándose lo que antes era parte exclusiva del concepto de soberanía.

En este caso estamos en presencia de lo que se ha denominado precisamente como “derecho administrativo global,” que es un derecho distinto al que a comienzos del siglo pasado se desarrolló en el marco de las “administraciones internacionales,” y que se conoció como “derecho administrativo internacional.” Este se manifestó, por ejemplo, en el régimen jurídico que surgió en el ámbito interno de las organizaciones internacionales para regular las relaciones laborales en las mismas, como las que incluso dieron origen y fueron competencia de órganos jurisdiccionales especiales como fue el conocido “Tribunal Administrativo” de la ONU.

Por otra parte, ese derecho administrativo internacional también se manifestó en la actividad desplegada por ciertas instituciones regulatorias internacionales, básicamente configuradas como “uniones” (el caso, p.e., la Unión Postal Universal), las cuales se establecieron para canalizar la cooperación internacional entre las Administraciones Públicas Nacionales regulatorias o de prestación de determinados servicios públicos, como es el servicio de correos, o el de las telecomunicaciones, o la navegación internacional. Todas ramas originarias del Derecho Administrativo que por su internacionalización se configuraron como ramas autónomas de derecho.

En esas materias, las Administraciones Públicas nacionales siguieron teniendo el rol central, no teniendo las “Uniones” poderes regulatorios y decisorios propios, a pesar de que se trata de organizaciones que han desarrollado materias específicas e importantes de derecho administrativo internacional en la cooperación entre los Estados y en relación con el servicio civil internacional.

Y es en contraste con el objeto del derecho administrativo internacional que ahora como algo distinto se ha venido configurando un derecho administrativo global regulatorio de Administraciones Públicas globales como algo distinto, sometidas a poderes regulatorios y decisorios propios, ejercidos en el marco de un tratado o un acuerdo internacional conforme al cual “regulan y administran amplios sectores de la vida económica y social a través de decisiones específicas y de regulación administrativa” (Kingsbury, Krisch y Stewart).

Inicialmente estas Administraciones globales, se fueron configurando en áreas que solo incidían en el campo de la gestión económica, al punto de que la palabra “globalización,” si se la busca en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, se la define como referida a los mercados que trascienden, rebasan o desbordan las fronteras estatales, y a las empresas que extienden su actividad más allá del ámbito de los Estados para alcanzar dimensión mundial. Ese fue el campo inicial de desarrollo de las Administraciones globales, como fue el caso, por ejemplo, en materia de comercio internacional (Organización

Mundial de Comercio), o de control de las actividades de los bancos e instituciones financieras (Comité de Supervisión Bancaria de Basilea).

Sin embargo, más recientemente, el campo de las Administraciones globales se ha ido desplazando progresivamente hacia otras áreas de actividad más vinculadas con aspectos sustantivos del tradicional derecho administrativo, como la protección ambiental (Comité de Cumplimiento del Protocolo de Kyoto, Convención Marco de la ONU sobre Cambio Climático), la seguridad internacional, (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas), la energía nuclear, el control de armas químicas, la propiedad intelectual, y el régimen de las personas, como por ejemplo, el tratamiento de los refugiados (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados).

En este marco también puede ubicarse la Administración global para la cooperación en materia de policía criminal, la cual por lo demás, incide en uno de los contenidos más clásico del derecho administrativo, como es la actividad de policía, y que se conforma en el régimen de la Organización Internacional de Policía Criminal o INTERPOL, al cual me referiré específicamente como un ejemplo actual de Administración Global.

Lo importante de estas Administraciones globales, como Administraciones sin Estado, es que no están sometidas al régimen del derecho administrativo de un Estado en particular, o de los Estados nacionales en general, teniendo su propio derecho administrativo global, es decir, su propio cuerpo de normas jurídicas de orden internacional que regulan tanto su organización, su funcionamiento y su actividad, como las relaciones que se establecen entre ellas y los sujetos pasivos del derecho administrativo global, que en este caso no sólo son los Estados nacionales, sino incluso, directamente, los individuos o ciudadanos de los mismos (administrados).

Es decir, estas Administraciones globales, conforme a los poderes que tienen conferidas en el marco regulatorio de su actividad, y que conforman las fuentes del derecho administrativo global, pueden adoptar decisiones que tienen efectos jurídicos directos respecto de las personas, a veces, sin intervención alguna de las Administraciones Públicas nacionales e, incluso, en contra de ellas, configurándose aquellos, entonces, como sujetos del derecho administrativo global en sus relaciones con la Administración global.

En esta forma, este derecho administrativo global se conforma por normas jurídicas internacionales o supranacionales que no tienen origen nacional ni responden a la tradicional idea de soberanía, de manera que sus efectos rebasan o desbordan los confines de los Estados. Ese derecho administrativo global regula a Administraciones que también son globales, que no pertenecen a Estado alguno, pero que, sin embargo, ejercen una autoridad que es reconocida por los Estados nacionales, en ejercicio de verdaderas potestades que tradicionalmente

INTRODUCCIÓN

sólo se disciplinaban en el nivel nacional, configurándose en paralelo a las Administraciones de los Estados nacionales.

En definitiva, se trata de Administraciones que están regidas por un derecho que no tiene origen estatal; que además, limitan o condicionan la actividad de las Administraciones Públicas de los Estados y que incluso regulan o disciplinan las relaciones que surgen entre las propias Administraciones de los Estados y los particulares por causa del ejercicio de potestades públicas. Además, como antes dije, las normas de este derecho administrativo global reconocen a los particulares, ciudadanos de cualquier Estado nacional, la condición de sujetos de derecho en el plano internacional, con posibilidad de entrar en relación jurídica directa con la Administración global, con independencia de las Administraciones de los Estados. En estos casos, incluso esas Administraciones globales desarrollan su actividad a través de procedimientos administrativos globales, que son los que permiten a los individuos poder peticionar directamente ante las mismas, y no a través de los Estados nacionales, e incluso en contra de los mismos, y a someter a revisión, también por dichas Administraciones globales, de actuaciones de las Administraciones nacionales; procedimientos globales en los cuales, además, también se han previsto mecanismos internos de revisión de las propias actividades desplegadas por los mismos órganos de la Administración global.

Y, además, en este derecho administrativo global también encontramos la misma función general de nuestra disciplina de asegurar el equilibrio propio del derecho administrativo en una sociedad democrática sometida a la legalidad, que también es necesario establecer, entre las potestades de la Administración global y los derechos de los sujetos pasivos con los cuales se relaciona, que son tanto las Administraciones de los Estados nacionales como los ciudadanos de esos Estados.

Es en esta forma que ese derecho administrativo global ha contribuido al desarrollo de las Administraciones globales, Administraciones sin Estado, que actúan con la autoridad que les confiere un derecho administrativo que no es derecho estatal, y que además, condiciona los poderes tradicionales de los Estados y de las Administraciones Públicas nacionales, las cuales con el desarrollo de aquellas, han quedado reducidas en ciertas áreas, originando en consecuencia, también, una reducción en el ámbito propio del derecho administrativo estatal o nacional.

Un ejemplo precisamente de estas Administraciones globales en el mundo contemporáneo ha adquirido importante connotación, tanto por la cooperación internacional que desarrolla con los Estados nacionales y sus Administraciones, como por la incidencia que tiene en relación con la libertad y los derechos de las personas, es la Organización Internacional de Policía Criminal, que ha sido una de las que he estudiado específicamente para poder identificar las características del derecho administrativo global.

Esta Organización, creada en Viena en 1923, tuvo su origen remoto en el Primer Congreso Internacional de Policía Criminal efectuada en Mónaco, en 1914, que congregó a funcionarios policiales y representantes de autoridades judiciales de 24 países, con el objeto de determinar las formas de cooperar entre los Estados con miras a la resolución de casos criminales, en particular en lo que se refería a procedimientos de detención y extradición, a las técnicas de identificación y el establecimiento de un registro policial centralizado internacional.

Después de 100 años de funcionamiento la Organización hoy agrupa hoy 194 países, habiéndose transformado en una Administración Global regida por un detallado marco jurídico que conforma el derecho administrativo global de la misma, que tiene como fuente fundamental el *Estatuto de la Organización de Policía Criminal- INTERPOL*, que se adoptó en la Asamblea General de la Organización de Viena de 1956, y que ha sido reformado en varias oportunidades (la última reforma es de 2017).

El Estatuto establece las bases de la asistencia recíproca de todas las autoridades de policía criminal de los Estados nacionales miembros, para que puedan reprimir las infracciones de derecho común que puedan cometer los ciudadanos de cualquiera de los Estados miembros; disponiendo expresamente por una parte que debe desarrollarse “dentro del marco de las leyes de los diferentes países y del respeto a la Declaración Universal de Derechos Humanos,” (art. 2); y por la otra, que “está rigurosamente prohibida a la Organización toda actividad o intervención en cuestiones o asuntos de carácter político, militar, religioso o racial” (art. 3). Esos son los dos pilares del régimen garantista de este derecho administrativo global.

Además del Estatuto, también conforman el marco jurídico de la Organización, como fuente del derecho administrativo global aplicable a la misma, en primer lugar, sus reglamentos de organización y funcionamiento como son el *Reglamento General*, los *Reglamentos Internos* de la Asamblea y del *Comité Ejecutivo*, y el *Reglamento financiero*; y en segundo lugar, los reglamentos que regulan la actividad de la INTERPOL, que son, primero, el *Reglamento sobre Tratamiento de Datos*; y segundo, el *Estatuto de la Comisión de Control de Ficheros de Interpol*. A estas normas establecidas en el marco de los Estatutos de la Organización, se agrega otra pieza clave en las fuentes del derecho administrativo global aplicable a la INTERPOL, que es la normativa contenida en el *Acuerdo para el establecimiento de la Sede* de la Organización en Lyon, Francia, suscrito en 1984 entre la República Francesa e INTERPOL, en cuyo anexo figura un *Intercambio de Notas Oficiales*, mediante las cuales se creó el sistema de control de los ficheros de INTERPOL y se dispuso la creación de la muy importante Comisión de Control de los Ficheros de la Organización; originando las *Normas de Funcionamiento de la Comisión de Control de Ficheros de Interpol* de febrero de 2019 (Ref. CCF/107/d488)

INTRODUCCIÓN

Estas normas puede decirse que han consolidado jurídicamente a la INTERPOL como una Administración global, cuya actuación está básicamente regida por su propio Estatuto y por los Reglamentos dictados por su Asamblea General, es decir, su Derecho Administrativo Global, sin consideración alguna de fronteras; no teniendo dicha normativa origen nacional o estatal, por lo cual no responde a la tradicional idea de soberanía, de manera que sus efectos rebasan o desbordan los confines de los Estados nacionales. Por tanto, como tal Organización internacional o Administración global, INTERPOL no pertenece a Estado alguno, ni recibe instrucciones de los mismos. Conforme a su Estatuto, tiene su propia organización, compuesta, de acuerdo con el artículo 5 del Estatuto, por la Asamblea General, el Comité Ejecutivo, la Secretaría General, las Oficinas Centrales Nacionales, los Asesores, y además, la Comisión de Control de Ficheros, como una Administración global desconcentrada con autonomía adicional dentro de la propia Administración global.

Esta última, incluso, como antes dije, tiene su origen al regularse la Sede de la Organización en Francia con motivo de las fricciones internacionales que se produjeron entre la Organización internacional y el Estado sede, contribuyendo a la configuración del derecho administrativo global que la rige, entre otros aspectos para poder asegurar que los Estados no puedan utilizar la cooperación internacional que facilita la Organización, para materializar persecuciones de carácter político, militar, religioso o racial, y evitar que se pueda solicitar de la misma que emita y ejecute órdenes de detención internacional contra sus nacionales por delitos que no sean de derecho común.

Para asegurar el correcto uso de la Organización solo en materia de cooperación para la persecución de delitos comunes, esta Comisión de Control de Ficheros (arts. 36 y 37, Estatuto), se configuró como un “órgano independiente” que garantiza en particular que “el tratamiento por parte de INTERPOL de información de carácter personal cumple las normas estipuladas por la propia Organización en esta materia;” ello, con el objeto de proteger los derechos fundamentales de las personas nacionales de los Estados Miembros frente al uso de esa información. Por ello, decimos que estamos en presencia de una Organización, que como Administración Global, solo actúa conforme al derecho administrativo global que la rige, sin sujeción a órdenes e instrucciones de los Estados nacionales.

Como dije, el origen inmediato de esta Comisión de Control de Ficheros, derivó de un conflicto institucional originado por la colisión entre el derecho administrativo nacional del país sede, Francia, y el derecho administrativo global de la Organización.

Ello ocurrió al comenzar a funcionar la Organización en Lyon, 1984, cuando Francia quiso aplicarle a los Archivos de la Organización, su propia y muy importante Ley nacional de 1978 sobre la Informática y las Libertades -de

las primeras leyes sobre acceso a la información- , aplicable para la protección de los datos personales contenidos en los archivos del Estado francés.

La *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* creada en dicha ley nacional, pretendió entonces tener acceso a los datos personales de los archivos de INTERPOL, a lo que se opuso la Organización basándose en que la información policial que manejaba, como Administración global, no era de su propiedad, ya que provenía de los Países miembros de la Organización, siendo la Organización una mera depositaria de la misma. Además, se consideró que la aplicación de la Ley francesa de 1978 a los ficheros de INTERPOL, podría perjudicar la cooperación policial internacional, ya que algunos Estados podrían preferir abstenerse de comunicar una información policial a INTERPOL, que pudiera ser divulgada a organismos franceses.

En definitiva, se trataba de deslindar la Administración global, sometida a su propio derecho administrativo global, de las Administraciones Públicas nacionales sometidas a los respectivos derechos administrativos nacionales, incluyendo la de la República francesa como país sede, y precisar que la Administración global no podía estar sometida al derecho administrativo de alguno de los Países miembros de la Organización, ni siquiera el del país sede. Y eso fue precisamente lo que resultó del intercambio de notas entre el Estado francés y la INTERPOL, que derivó en la creación de la Comisión de Control de Ficheros, con la tarea fundamental de asegurar que la actuación de la Organización se desarrolle en el marco del principio de legalidad que la rige, y además, circunscrita a la cooperación internacional en materia de delitos comunes o infracciones de derecho común, sin poder intervenir en materias de delitos políticos, militares, religiosos y raciales.

A los efectos de asegurar el cumplimiento de sus funciones “*con total independencia*” (art. 4), como dice el Reglamento, la Comisión está integrada por siete miembros que son designados por un período de cinco años (art. 10.1), “entre personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones en el ámbito de su competencia” (art. 8.8). Dichos miembros deben ser “nacionales de un Estado miembro de INTERPOL, cada uno de nacionalidad distinta, deben dominar al menos una de las lenguas de trabajo de la Organización; y representar los principales sistemas jurídicos del mundo, y entre ellos, un jurista entendido en derecho penal internacional; un jurista entendido en derechos humanos; un jurista que ejerza o haya ejercido altas funciones judiciales o fiscales y que preferiblemente tenga experiencia en cooperación judicial internacional” (art. 8.4).

Esas funciones las ejercen los miembros de la , que son en su mayoría juristas, no policías, “a título personal,” sin representar a Estado alguno ni a su administración nacional, indicándose que deben actuar “con independencia,” sin dejarse someter a influencia externa alguna, no pudiendo solicitar ni aceptar

INTRODUCCIÓN

instrucciones de ninguna persona, entidad o gobierno,” y debiendo abstenerse “de toda acción o actividad susceptible de interferir en el ejercicio de sus funciones o disminuir la confianza en su independencia.”

Específicamente, el Reglamento dispone que los miembros de la Comisión “no pueden participar en ningún caso en el que, por cualquier motivo, su imparcialidad pueda ponerse razonablemente en duda,” previéndose los casos en los cuales los miembros de la Comisión deben abstenerse de participar en el examen de casos si pudiera interpretarse que el mismo pueda provocar un conflicto de intereses que pueda poner en entredicho la independencia e imparcialidad del miembro.

Finalmente, el Reglamento de la Comisión, a los efectos de que la misma pueda desempeñar cabalmente sus funciones, prevé que “gozará de un derecho de acceso libre y sin reservas a todos los datos tratados en el Sistema de Información de INTERPOL, sean cuales fueren el lugar, la forma y el soporte del tratamiento,” estando obligados los miembros de la Comisión, a “tratar de manera confidencial toda la información que llegue a su conocimiento en el desempeño de sus funciones,” quedando sometidos a esta obligación de confidencialidad una vez finalizado el ejercicio de sus funciones ((art. 20.)

Lo importante de esta pieza esencial en la Organización INTERPOL como Administración Global es que la Comisión tiene competencia tanto para llevar a cabo las verificaciones necesarias y para emitir decisiones vinculantes para la Organización y para los Estados acerca del tratamiento de los datos de carácter personal en el Sistema de Información de INTERPOL (artículo 26 del Estatuto); y para examinar las solicitudes que puedan formular incluso ciudadanos de los Estados requiriendo acceso, rectificación o eliminación de datos tratados en el Sistema de Información de INTERPOL y tomar decisiones definitivas y vinculantes al respecto” (artículo 28 del Estatuto).

En este contexto, una de las manifestaciones más claras del derecho administrativo global que rige a la INTERPOL, y del carácter de Administración Pública Global que tiene, es lo que he insistido antes, y es que en la misma, en particular, la Comisión de Control de Ficheros tiene a su cargo llevar las relaciones con los ciudadanos de los Estados Miembros, y garantizarles tanto el derecho de petición que tienen como el derecho a obtener oportuna respuesta de las peticiones que formulen; todo ello, regulado y garantizado en el derecho administrativo global, para asegurarles que la Organización actúe en el marco del mismo en materia de tratamiento de datos personales.

Todo ello, con independencia de las Administraciones Públicas de los Estados nacionales o de las Oficinas Centrales Nacionales de los mismos e, incluso, en algunos casos, en confrontación con ellas.

Y para garantizar ese derecho de acceso de las personas ante INTERPOL, el derecho administrativo global aplicable a la misma ha regulado específicamente un detallado régimen de procedimiento administrativo global, en dos vertientes, de carácter constitutivo y de revisión:

El primero, como procedimiento administrativo constitutivo, se refiere a la formación de los actos jurídicos tendiente a asegurar que el registro de información sobre personas en los ficheros de la Organización, que se efectúa fundamentalmente a solicitud de las Oficinas Centrales Nacionales de los Estados Miembros, se desarrolle cumpliendo la reglamentación de la propia Organización, de manera que no se vulneren los derechos fundamentales de las personas previstos en el artículo 2 del Estatuto de INTERPOL donde se hace referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos; ni se afecten los principios generales en materia de protección de datos. Este procedimiento constitutivo, por ejemplo, permite a los ciudadanos de los Estados Miembros poder requerir de la Organización que no se les dé curso a peticiones de los Estados contrarias a los Estatutos de Interpol, por ejemplo, cuando lo que persiguen es materializar una persecución política.

El segundo procedimiento administrativo global, en cambio, se puede considerar como el procedimiento administrativo de impugnación o más precisamente de revisión, en el sentido de que es el dispuesto para asegurar la posibilidad de revisión de los registros de información ya efectuados en la Organización, con vistas a asegurar que hayan sido efectuados conforme al principio de legalidad y se pueda en consecuencia obtener su rectificación o eliminación.

Lo importante es que respecto de estos dos procedimientos administrativos globales, el ordenamiento de INTERPOL reconoce a los particulares, ciudadanos nacionales de cualquier Estado, la condición de sujetos de derecho administrativo en el plano internacional, para actuar ante INTERPOL en relación con los datos personales, con la posibilidad de entrar en relación jurídica directa con la Secretaría General de INTERPOL y la Comisión de Control de Ficheros, como Administraciones globales que son, con independencia de las Administraciones Públicas de los Estados nacionales o de las Oficinas Centrales Nacionales de los mismos e, incluso, en algunos casos, en confrontación con ellas.

Pero esos procedimientos administrativos globales, propios de un derecho administrativo global, y desarrollados ante una Administración Global, a pesar de su importancia para el derecho administrativo general pues se refirieren a una de los cometidos más esenciales de nuestra disciplina como es la policía administrativa, y a pesar de su regulación desde hace años en los Reglamentos de la INTERPOL, sin embargo, hasta hace poco eran bastante desconocidos por los ciudadanos e incluso para los estudiosos del derecho público. Desconocimiento, que sin duda se debía, primero, a que dichos procedimientos

INTRODUCCIÓN

se desarrollan fuera del ámbito de los Estados, es decir, fuera del régimen común del derecho administrativo que siempre hemos manejado y que tiene siempre como punto de referencia a las Administraciones Públicas de los Estados y a los ordenamientos nacionales.

Y segundo, sin duda, porque se refieren a temas policiales, generalmente con el objeto de cooperación en la persecución de criminales por delitos comunes, materia que en general siempre ha escapado al interés del derecho administrativo y de los administrativistas.

En mi caso fue una necesidad personal la que me llevó a adentrarme personalmente en su estudio. Como sucede en general con las investigaciones que realizamos en el mundo del derecho, tuve una motivación y razón específica, que me llevó a la necesidad de determinar si era posible que un ciudadano pudiera acudir directamente ante INTERPOL, para requerir protección contra las pretensiones de uno de sus Estados Miembros, cuando pretendía utilizar los mecanismos de la cooperación internacional en materia criminal para realizar una persecución política en su contra; y si se podía lograr una decisión de la Organización en contra de uno de sus Estados Miembros.

En este caso, yo fui la persona interesada que motivó mi investigación, cuando en 2006, se desató una persecución internacional en mi contra, acusándome en forma injusta e infame por un delito típicamente político -el cual además nunca cometí- como es el de “conspirar para cambiar violentamente la Constitución,” por hechos que habían ocurrido cuatro años antes, en 2002, con motivo de la renuncia anunciada del entonces Presidente Hugo Chávez Frías, lo cual originó una grave crisis política.

Como crítico que había sido del régimen político que se instaló en el poder en Venezuela desde 1999, el objetivo de la persecución en realidad era callarme y eliminarme, para lo cual violaron todos mis derechos y garantías judiciales como lo acaba de constatar en diciembre del año pasado 2021, al fin impartíendoseme la Justicia que tanto busqué – así haya sido 17 años después – el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Como en aquel momento, 2006, me encontraba fuera de Venezuela cumpliendo un compromiso académico, entonces las autoridades del Estado de Venezuela intentaron utilizar indebidamente a INTERPOL para perseguiré internacionalmente.

Frente a tal ignominia, como ustedes comprenderán, todo mi conocimiento de profesor e investigador en temas de derecho administrativo, y mi condición de viejo litigante en materias contencioso administrativas, lo volqué en el esfuerzo de tratar de desentrañar, sistematizar y explicar el carácter de INTERPOL y sus actuaciones, que fue lo que me permitió “descubrir” a través del estudio de una Organización Internacional, lo que es efectivamente una Administración Global,

sometida a un derecho administrativo global, que realiza su actividad aplicando unos procedimientos administrativos globales.

Esa investigación fue, en todo caso, la que me permitió a través del procedimiento administrativo global, lograr que la Organización oyera mi petición y rechazara formalmente la pretensión del Estado venezolano de utilizar a la INTERPOL, en forma contraria a sus Estatutos para perseguirme internacionalmente.

Organizaciones de este tipo, como Administraciones sin Estado, regidas por un derecho administrativo global, hay muchas, por lo que corresponde a los investigadores seguir en el proceso de su identificación y estudio. Por ello, permítanme concluir felicitando a la Universidad Externado de Colombia por la organización de este Curso destinados específicamente sobre este tema del derecho administrativo global. Mi agradecimiento, en particular, por el honor de haberme invitado a participar, al Rector Magnífico, Dr. Hernando Parra; al Director del Departamento de Derecho Administrativo, Dr. Bernardo Carvajal Sánchez, y al Responsable Académico del Curso, Dr. Jaime Orlando Santofimio.

LIBRO PRIMERO:
**LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN EL
DERECHO COMPARADO**
**(ESTUDIO SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS ACTIVIDADES
INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO)**
(1967)

**El texto de este libro se publicó en la Colección Monografías de la
Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Vol. XXXVI,
Caracas 1967, 200 pp.**

A mis hijos Allan y Michelle.
Que Dios los bendiga.

*“Todas las cosas tienen su tiempo, y todo lo que hay debajo del
cielo pasa en el término que se le ha prescrito. Hay tiempo de nacer y
tiempo de morir: tiempo de plantar, y tiempo de arrancar lo que se
plantó; tiempo de dar muerte, y tiempo de dar vida; tiempo de derribar,
y tiempo de edificar, tiempo de llorar, y tiempo de reír: tiempo de luto,
y tiempo de gala: tiempo de esparcir piedras, y tiempo de recogerlas:
tiempo de abrazar, y tiempo de alejarse de los abrazos: tiempo de ganar,
y tiempo de perder: tiempo de conservar y tiempo de arrojar: tiempo de
rasgar, y tiempo de coser: tiempo de callar, y tiempo de hablar: tiempo
de amor y tiempo de odio: tiempo de guerra, y tiempo de paz. Lo que
fue hecho, eso mismo permanece; lo que ha de ser, ya fue, porque Dios
renueva lo que pasó”.*

Eclesiastes: 3, 1-15.

NOTA INTRODUCTIVA

El presente estudio tiene por base la Ponencia General sobre el tema *Le Régime des Activités Industrielles et Commerciales des Pouvoirs Publics*, cuya redacción me fue encomendada por la *Académie Internationale de Droit*

Comparé, para ser presentada en el VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Uppsala, Suecia, del 6 al 13 de agosto de 1966.*

Venezuela, desde hace algunos años, y sobre todo por la labor que desarrolló el profesor Roberto Goldschmidt al frente del Comité Venezolano de Derecho Comparado, ha participado con diversas ponencias nacionales en casi

* A pesar de ser éste uno de los temas más fascinantes del Derecho Administrativo contemporáneo, a los efectos del Congreso, sólo recibí las siguientes ponencias nacionales indicadas por orden alfabético de países: Klaus Vogel, profesor en la Universidad de Erlangen-Nürnberg (Alemania), *Die Wirtschaftliche Betätigung Öffentlicher Verwaltungsträger in Handel und Industrie und Ihre Rechtliche Regelung* (La actividad Económica de los sujetos de la Administración Pública en el Campo del Comercio y de la Industria y su Regulación Jurídica), dactilografiada, 19 páginas, publicada en *Deutsche Lauderferate zum VII Internationalen Kongress für Redrtsvergleichung in Uppsala 1966*, Berlin - Tübingen 1967, p. 461 a 477; GERHARDT PLÖCHL (Austria), *Die Öffentliche Hand als Unternehmer* (El Poder Público como Empresario), dactilografiada, 20 páginas; Maurice André Flamme, Profesor en la Facultad de Derecho de Bruselas (Bélgica), *Le Régime des Activités Commerciales et Industrielles des Pouvoirs Publics en Belgique*, multigrafiada, 132 páginas, publicada en *Revue de l'Institut de Sociologie*, Bruselas, 1966, y en *Rapports Belges au VII Congrès International de Droit Comparé*, Bruselas, 1966, p. 385 a 447; John N. Hazard, profesor en la Universidad de Columbia de Nueva York (EE. UU.) *Law Regulating the Commercial and Industrial Activity of Public Authorities in the United States of America*, multigrafiada, 10 páginas; Manuel Broseta Pont, catedrático de Derecho Mercantil (España), *La Société Anonyme Publique Unipersonnelle comme Instrument de l'activité économique de l'Etat*, dactilografiada, 25 páginas, publicada en *Ponencias Españolas, VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Barcelona, 1966, p. 493 a 506 (texto en español) y p. 507 a 520 (texto en francés); Tore Modeen, profesor Adjunto en la Facultad de Ciencias Políticas de Abo Akademi (Universidad sueca de Abo, Finlandia), *Le Régime des Activités Commerciales et Industrielles des Pouvoirs Publics en Finlande*, dactilografiada, 29 páginas, publicada con el mismo título como el N° 5 de *Studia Iyridica Helsingiensia*, Institutum Iurisprudentiae Comparativae Universitatis Helsingiensis, Helsinki, 1966, 20 páginas; ROLAND DRAGO, profesor en la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de Lille y Secretario General de la Sociedad de Legislación Comparada (Francia), *Le Régime des Activités Commerciales et Industrielles des Pouvoirs Publics*, dactilografiada, 18 páginas, publicada en *Etudes de Droit Contemporain* (Nouvelle Serie). Contributions Françaises au VII Congrès International de Droit Comparé (Uppsala, 1966), Paris, 1966, pp. 449 a 460; M. S. GIANNINI, profesor en la Universidad de Roma (Italia), *Le Régimes des Activités Commerciales et Industrielles des Pouvoirs Publics en Italie*, dactilografiada, 18 páginas, publicada como Extracto del *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Vol. XL (1966), fase. I, Roma, 1966, 10 páginas; ZYGMUNT RYBICKI, profesor en la Universidad de Varsovia (Polonia), *Le Régime des Activités Commerciales et Industrielles des Pouvoirs Publics*, dactilografiada, 36 páginas, publicada en *Rapports Polonais Présentés au Septième Congrès International de Droit Comparé*, Varsovia, 1966, p. 260 a 281. Por ello, y con el propósito de llevar a cabo un completo estudio comparativo del tema, tuve que intentar llenar las diversas lagunas con propias investigaciones, lo que se me facilitó por la abundante bibliografía existente sobre el particular. (*Vid.* Nota N° 10). En todo caso, el material para la labor comparativa suministrado por las referidas ponencias nacionales que recibí fue, ciertamente, invaluable.

todos los Congresos anteriores preparados por la Academia; sin embargo, esta fue la primera vez que, a través de este trabajo, le correspondió presentar una Ponencia General. Sea entonces esta la oportunidad para agradecer a la Academia, en nombre de la Universidad Central de Venezuela -Institución a la cual está inevitablemente ligado el Comité Venezolano de Derecho Comparado-, la escogencia de nuestro país para la preparación de una de las Ponencias Generales del VII Congreso, así como la escogencia de mi persona para redactarla.

Una de las conclusiones a que me ha conducido la realización del presente estudio comparativo, es que el fenómeno de la actividad industrial y comercial del Estado o, en otras palabras, la aparición de las empresas públicas, es una realidad incontestable y generalizada en el Derecho Comparado, ya que no se trata de una manifestación propia de los países de régimen de economía planificada, sino que la encontramos en países de estructura capitalista y aun en aquellos que practican la llamada economía social de mercado. Por otra parte, no sólo es una manifestación propia de los países en vías de desarrollo, como un instrumento para lograrlo, sino que se da también en países con alto índice de industrialización, como instrumento, principalmente, de desarrollo regional y territorial.

En todo caso, las empresas económicas del Estado son una realidad y una necesidad como medio de acción gubernamental que, si se realiza con *decisión y firmeza*, puede ser un útil instrumento de desarrollo económico. Por ello, no hay que perder de vista que en muchas oportunidades, las fallas en el sector público que han dado lugar a críticas por parte del sector privado, tienen su origen en la *falta de decisión* del Estado al intentar llevar adelante una política de desarrollo social y económico, ante las presiones -que en materia económica son muchas- del mismo sector privado, porque algunas veces considera que sus ganancias -en ciertos casos desproporcionadas- pueden verse reducidas en una mínima parte, ante un proyecto estatal de mejoramiento colectivo de índole social o económica. En este sentido, y frente al problema de la decisión, es necesario tener presente lo afirmado hace un siglo por Cecilio Acosta “Los gobiernos de puro *laisser faire*, los gobiernos momias, los gobiernos esqueletos, yo no los concibo: gobierno es acción, bien que legal, pero acción siempre” (Cecilio Acosta, *Doctrina Federal y leyes secundarias*, Caracas, 1869, p. 83).

En este sentido, además, puede decirse que ya está totalmente superada la tesis que veía en las empresas públicas un atentado a la libertad económica. Ello lo confirma, por otra parte, nuestra propia Constitución en el Capítulo referente a los Derechos económicos, en relación al cual la Exposición de Motivos de la misma señala lo siguiente: “Por supuesto, la libertad económica que la Constitución garantiza no es la que puede impedir al Estado reservarse determinadas industrias, la explotación o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional y dictar medidas para planificar, racionalizar y fomentar la producción, así como regular la circulación, la distribución y el consumo de las riquezas con el objeto de impulsar el desarrollo económico del

país. La protección a la iniciativa privada que la Constitución consagra se ve, dentro de este orden de cosas, como una consecuencia lógica de la acción del Estado y el reconocimiento de la necesidad de que aquella contribuya eficazmente al desarrollo nacional”. Por tanto, la iniciativa privada puede coexistir con el sector público y si por la falta quizás de controles, aquella impide de cualquier manera el desarrollo nacional, éste debe intervenir. Cobra aquí entonces toda su vigencia la frase del Partido Laborista británico: “*For some industries, controls -financial controls or direct controls- are enough. But sometimes controls are not enough; then instrument of public ownership must be used*” (Labour Party, Fifty Facts on Public Ownership, Londres, 1950, p. 2).

Por otra parte, el estudio comparativo del régimen de las actividades industriales y comerciales del Estado, y ahora en el campo de la Teoría del Derecho Administrativo, nos ha conducido a confirmar la exactitud de la tesis de J. L. Villar Palasí, quien en un ya célebre trabajo sobre “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”. (*Vid. en Revista de Administración Pública*, N° 3, 1950, Madrid, p. 53 a 129), al constatar la quiebra de las clásicas categorías del Derecho Administrativo frente a dicha actividad, propugnaba, que frente a las tradicionales formas de la actividad administrativa (policía, fomento y servicio público), se agregara una nueva, la de gestión económica, lo que en la exposición del esquema provisional de nuestra sistemática del Derecho Administrativo venezolano ya hemos acogido. (*Vid. en la Nota Introductiva de nuestro libro, El Régimen Jurídico-Administrativo de la Nacionalidad y Ciudadanía Venezolanas*, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, N° 1, Caracas, 1965, p. 8).

No puedo concluir esta Nota Introductiva sin dejar expresa constancia de mi agradecimiento por la colaboración recibida en todo momento por la Facultad de Derecho, en las personas de su Decano y director, doctores Gustavo Planchart Manrique y Alfredo Valero G., y por el Instituto de Derecho Público, en la persona de su director, doctor Antonio Moles Caubet.

Asimismo, deseo agradecer a mi buen amigo el doctor José Gabaldón Anzola -quien a través de su Seminario en la Facultad de Derecho hizo incursiones mucho antes que yo en estos campos- sus útiles y oportunos comentarios cuando elaboraba el manuscrito.

Por último, y como siempre, debo indicar que, sin la comprensión y estímulo de mi esposa, quien también como yo ve en la obra ya realizada la compensación de tantos sacrificios, no hubiese podido concluir satisfactoriamente este trabajo.

Allan-Randolph BREWER CARÍAS

Caracas, Agosto 1966

ABREVIATURAS

ICE: *Información Comercial Española*, publicación editada por el Ministerio de Comercio (Servicio de Estudios), Madrid.

RAP: *Revista de Administración Pública*, editada por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

RDP: *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, editada por la Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

RFD: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas.

RIDC: *Revue Internationale de Droit Comparé*, editada por la Société de Legislation Comparée y por la Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

RISA: *Revue Internationale des Sciences Administratives*, editada por el Institut International des Sciences Administratives, Bruselas.

IV CIEF: *Actas del IV Congreso Internacional de Entidades Fiscalizadoras*, celebrado en Viena en 1962, publicadas en esa misma ciudad, en cinco volúmenes y cuatro idiomas (alemán, francés, inglés y español).

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN

“Tratar de la «Empresa Pública» en la actualidad es hablar del fin del liberalismo económico, de los modos de intervención de los poderes públicos en campos antaño considerados como «tabús», del estallido de las fronteras tradicionales entre el Derecho Público y el Derecho Privado, de la desaparición de las reglas administrativas o contables, de la desnaturalización de los principios más elementales del Derecho Mercantil”. M. A. Flamme, “La Empresa Pública en el Derecho Comparado”, en Revista del Instituto de Derecho Comparado, N° 16-17, Barcelona, 1961, p. 104.

1. El tema que nos proponemos desarrollar comparativamente, relativo al régimen de las actividades industriales y comerciales de los poderes públicos, aunque visto desde un ángulo más reducido, fue parcialmente objeto de discusión en el IV Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en París en agosto de 1954.

En aquella oportunidad se discutió en realidad, sobre el “régimen jurídico de los servicios públicos industriales y comerciales”, quizás porque bajo ese ángulo la doctrina y la jurisprudencia encontraban justificaciones y encuadramiento en el Derecho Administrativo, para cierto sector del fenómeno de la intervención del Estado en la realidad económica, habiéndose llegado entre otras, a la conclusión de que “no es posible someter totalmente y siempre estos servicios públicos (industriales y comerciales) al Derecho común sin regla alguna de Derecho Público, como también descartar para ellos de modo completo el Derecho Privado. Su régimen es necesariamente entremezclado. Desde ahora se van a encontrar, y se encuentran, en efecto, no sólo de un país a otro, sino también dentro del mismo país, de una época a otra o de una materia a otra, categorías de fórmulas diversas en las que la dosificación respectiva de los elementos de Derecho Privado y del Derecho Público, y los puntos sobre los cuales recae su aplicación, son variables. La cuestión presenta, pues, inevitablemente un gran

peligro de incertidumbre y de falta de coherencia, y, en efecto, en todas partes la misma, por estas razones, se presenta más oscura en la práctica”.¹

2. Ahora bien, si ante la realidad jurídica de los servicios públicos industriales y comerciales, llamados también *services a gestion privée*,² y que en la actualidad sólo constituyen una parte de la actividad industrial y comercial del Estado, las conclusiones del IV Congreso, hablaban de régimen entremezclado, de variabilidad, de incertidumbre y de oscuridad; ante un tema como el que ahora pretendemos estudiar comparativamente, que abarca todas las actividades industriales o comerciales de los poderes públicos, es decir, todas las actividades en las cuales el Estado asume una empresa económica con independencia de que puedan o no considerarse como servicios públicos, la posición inicial parece ser ciertamente desalentadora.

3. Debe señalarse ante todo que es un fenómeno de vigencia universal, el de la progresiva y cada vez más rápida ampliación de las tareas de las entidades estatales, en vista de la satisfacción de necesidades de interés general.

En el campo de las actividades económicas, especialmente, la reacción contra la concepción individualista imperante en el siglo XIX se ha hecho sentir de manera particularmente apreciable, sobre todo a partir de las postrimerías de la segunda década del siglo actual, y más acentuadamente, después de la Segunda Guerra Mundial. El dogma del liberalismo económico ha retrocedido, ciertamente, ante el avance decidido de las ideas intervencionistas.

Hoy día, pues, el Estado, con mayor o menor intensidad se inmiscuye en las actividades de producción y de distribución de la riqueza, marca pautas a la economía, la dirige y controla, estimula por diversos medios la iniciativa privada, respaldándola e impulsándola financieramente, sobre todo en aquellos aspectos de la vida económica en cuyo desarrollo hay un interés público relevante que atender.³

¹ Vid. en *Información Jurídica* (Ministerio de Justicia, Comisión de Legislación Extranjera), Nº 130, Madrid, Nov. 1964, p. 938.

² Cfr. R. E. Charlier, “Les Services Publics Industriels ou Commerciaux en France”, en *Etudes de Droit Contemporain*, París, 1959, Vol. IV, p. 119.

³ Cfr. *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1964*, Caracas, 1965, p. 18. En General, Sobre Los Diversos Aspectos De La Intervención Del Estado En La Vida Económica Vid: Henry Laufenburger, *La Intervención Del Estado En La Vida Económica*, México, 1942; Adolfo Dorfman, *La Intervención Del Estado Y La Industria*, Buenos Aires, 1944; Escuela Nacional de Economía, Universidad Nacional Autónoma de México, *La Intervención Del Estado En La Economía*, México, 1955; H. Koontz y R. W. Gable, *La Intervención Pública en la Empresa*, Barcelona, 1961; José Luis Villar Palasi, *La Intervención Administrativa en la Industria*, Tomo I, Madrid, 1964; Mariano Baena del Alcazar, *Régimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía*, Madrid, 1966.

Ahora bien, aparte de los diversos y variados instrumentos legales mediante los cuales el Estado dirige y controla la actividad económica de los particulares, surgen con especial importancia en la actualidad, por su amplitud, los modos de injerencia concreta, más o menos inmediata, por los cuales el Estado entra a desempeñar las actividades industriales y comerciales que decide asumir; injerencia que, realizada en la actualidad como sistema, está reemplazando totalmente a los actos de intromisión aislados, esporádicos u ocasionales a que se reducía clásicamente la actividad del Estado a este respecto.⁴

Ante esta situación, como lo observa Katzarov, el problema de saber si el Estado debe o no dedicarse a actividades económicas puede ser considerado, en el estado actual de las cosas, como prescrito. En la época contemporánea, cualquiera que sean los argumentos de orden teórico o práctico esgrimidos en favor de una o de otra tesis, el Estado considera que tiene el derecho y aun, en ciertos casos, la obligación de intervenir en la vida económica.⁵

Ahora bien, con la aparición de la actividad administrativa en el campo económico, toda la clásica estructura categorial del Derecho Administrativo ha quedado insuficiente, por lo que junto a las actividades administrativas de policía, fomento (*aide de l'administration aux activités privées*) y servicio público, se ha hecho necesario introducir y añadir un nuevo concepto: la noción de *gestión económica*, propuesta en España por Villar Palasí y García de Enterría.⁶

En relación a esto, Langrod ha puntualizado muy exactamente que “es bien conocido que las clasificaciones clásicas, en cuya admiración toda una generación ha sido levantada, no resisten la presión de los hechos. El trastorno reciente de la estructura celular tradicional de las administraciones públicas, trastorno del cual la empresa pública es una de las manifestaciones capitales, transforma de arriba abajo las formas antiguas en función de los cambios de la misión administrativa y, en particular, del progreso de la función de prestación.

⁴ Vid. J. L. Villar Palasi, “La Actividad Industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, *RAP*, N° 3, 1950, p. 54. En este sentido, por ejemplo, el artículo 97 de la Constitución Venezolana de 23 de enero de 1961, establece: “No se permitirán monopolios. Sólo podrán otorgarse, en conformidad con la ley, concesiones con carácter de exclusividad, y por tiempo limitado, para el establecimiento y la explotación de obras y servicios de interés público. “El Estado podrá reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional y propenderá a la creación y desarrollo de una industria básica pesada bajo su control. “La ley determinará lo concerniente a las industrias promovidas y dirigidas por el Estado”.

⁵ Vid. K. Katzarov, *Teoría de la Nacionalización (El Estado y la Propiedad)*, Ed. española, México, 1963, p. 299.

⁶ Vid. J. L. Villar Palasi. “La Actividad Industrial...”, *loc. cit.*, p. 60; E. García de Enterría, “La Actividad Industrial y Mercantil de los Municipios”, *RAP* N° 17, 1955, p. 118. En contrario, Vid. F. Garrido Falla, *Las Transformaciones del Régimen Administrativo*, Madrid, 1954, p. 140 y ss.

Las formas nuevas, heterogéneas, no tienen espíritu de simetría ni sentido de proporción, turban el orden tradicional desintegrándolo y descomponiéndolo; quedan incoordinadas, llevan los nombres más diversos, algunas veces engañosos, y no se corresponden con ninguna categoría conceptual pre-establecida”.⁷

Y es que, en efecto, ante esta nueva realidad, como lo dice el mismo Villar Palasí, cualquier solución que pretenda examinarla a través de las categorías clásicas, conduce inexorablemente a una de estas dos vías: o bien a deformar los antiguos conceptos, quitándoles relevancia y fecundidad, o bien negando que el nuevo hecho encaje en los módulos antiguos, dejándolo fuera del Derecho Administrativo. De ahí las deformaciones de los clásicos conceptos de servicio público y establecimiento público; y, asimismo, de ahí el auge del llamado Derecho Económico.⁸

4. Ahora bien, la construcción sistemática de esa nueva realidad desde el punto de vista del Derecho Administrativo Comparado, es decir, la elaboración del régimen jurídico de las actividades industriales y comerciales de los poderes públicos en el Derecho Comparado, tropieza con innumerables dificultades y peligros.

En cuanto a los peligros, es necesario señalarlo expresamente, el análisis comparativo del régimen jurídico de las empresas públicas plantea, con especiales peculiaridades, algunos que trataremos de evitar en todo momento: por un lado, la tendencia casi inevitable a evadirse del Derecho Positivo y pretender resolver las cuestiones desde perspectivas puramente sociológicas, económicas o políticas. Por otra parte, la tendencia, evitable adoptando la postura propia del neutralismo técnico, de decidir los problemas jurídicos con una perspectiva parcial, es decir, para defender una tesis determinada y concreta.⁹

5. Pero aparte de esos peligros que, repetimos, trataremos de evitar en todo momento, el estudio comparativo del régimen de las actividades industriales y comerciales del Estado se encuentra con innumerables problemas.

En primer lugar, el tema, afortunadamente, no ha sido de aquellos descuidados por la doctrina del Derecho Administrativo. De ahí la abundantísima

⁷ Vid. Georges Langrod, “L’Entreprise Publique en Droit Administratif Comparé”, *RIDC*, París, 1956, p. 217.

⁸ Cfr. J. L. Villar Palasi, “La Actividad Industrial...”, *loc. cit.*, p. 61; Vid., por ejemplo, J. L. De Corail. *La Crise de la Notion Juridique de Service Public en Droit Administratif Français*, París, 1954; R. Drago, *Les Crises de la Notion d’Établissement Public*, París, 1950; Daniel Moore Merino, *Derecho Económico*, Santiago de Chile, 1962, p. 45 y ss.

⁹ Cfr. Manuel Medina Ortega, “Nacionalizaciones y Acuerdos Globales de Indemnización”, *RAP*, N° 40, 1963, p. 61.

bibliografía sobre la materia,¹⁰ así como los diversos estudios colectivos y comparativos¹¹ y conferencias y seminarios internacionales¹² a que ha dado lugar. Sin embargo, todo ello, a pesar de proporcionar para un estudio comparado un precioso material, plantea una primera dificultad de orden terminológico que es necesario superar desde un inicio, acogiendo la tendencia generalizada en la doctrina. En efecto, en las líneas sucesivas, cuando se hable de empresa pública, nos referimos a toda manifestación de la actividad industrial y comercial del Estado, y no a una realidad orgánica determinada.

Por otra parte, de todo ese material bibliográfico se deduce que el tema que se va a estudiar presenta la gran dificultad de encontrarnos ante una realidad de una amplitud y una dispersión considerables.¹³ Fundándose en lo que se observa actualmente, ha señalado Katzarov,¹⁴ no puede decirse que desde el punto de vista del Derecho Comparado, el legislador haya dado muestras de mucho

¹⁰ Vid. La bibliografía citada en la publicación de las Naciones Unidas, ONU. *Some problems in the Organization and Administration of Public Enterprise in the Industrial Field*, Nueva York, 1954. Vid., asimismo, “Bibliographie sur l'Organisation et l'Administration des Entreprises Publiques Dans le Domaine Industriel”, *RISA*, 1954; Bibliografía sobre Empresas Públicas con una introducción del profesor Alberto Venancio Filho, Separata do *Boletim de Biblioteca de Câmara dos Deputados*, Brasilia. V. 15, N° 2, p. 257 - 302, mayo-agosto 1966.

¹¹ Vid. por ejemplo, W. Friedman, *The Public Corporation: A Comparative Symposium*, Londres, 1954; W. A. ROBSON (ed.), número monográfico de ICE, marzo 1964, sobre *La Empresa Pública; Administration*, Vol. II, N° 1, 1954 (Irlanda), número monográfico dedicado a algunos problemas de la Empresa Pública; Georges Langrod. “L'Entreprise Publique en Droit Administratif Comparé”, *loc. cit.*, p. 213 y ss.; Elis Hastad, Tipos De Industrias Nacionalizadas”, *ICE*, Marzo 1964, p. 64 y ss.; M. A. Flamme, “La Empresa Pública en Derecho Comparado”, *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, Barcelona, Nos. 16-17, 1961, pp. 7 a 126.

¹² Vid. A. H. Hanson (éd.), *Public Enterprise; A Study of its Organisation and Management in Various Counties*, Bruselas, 1955 (tomando por base los informes y ponencias redactados para el seminario sobre Organización y Administración de Empresas Públicas de Naturaleza Industrial, celebrado en Rangún, 1954); ONU, *Some problems in the Organization and Administration of Public Enterprise in the Industrial Field* (Documents selected from the material prepared for a United Nation Seminar held in Rangoon from march 15th. to march 26 th., 1954), Nueva York, 1954; Instituto Brasileiro de Ciencias Administrativas, *Seminário Sobre Organização e Administração de Serviços Industriais do Estado* (Rangum, março de 1954), Editado por la Fundação Getúlio Vargas, 2 Vols., Rio de Janeiro, 1962; Nikola Balog, *L'Organisation Administrative des Entreprises Publiques*, Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Bruselas, 1966; Vid. sobre esta ponencia general, el comentario de L. Martín-Retortillo Baquer, en *RAP*, N° 44, 1964, p. 325 y ss.

¹³ Cfr. R. Drago, “Le Régime des Activités Commerciales et Industrielles des Pouvoirs Publics”, en *Etudes de Droit Contemporain* (nouvelle série), París, 1966, p. 449 y 459; K. Katzarov, *op. cit.*, p. 32; M. A. Flamme, “La Empresa Pública...” *loc cit.*, p. 104.

¹⁴ Vid. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 311.

espíritu de continuidad en la solución aportada al problema de las formas de las nuevas empresas realizadoras de actividades económicas a nombre del Estado. Por ello, se ha dicho, las formas utilizadas por el Estado para desarrollar esas actividades, muestran “un cuadro rico en variedad y en extensión”.¹⁵ Por eso, asimismo, en los Estados Unidos se habla de “caos”, de la “selva” en la organización administrativa, de la anarquía administrativa,¹⁶ habiendo señalado en Francia, G. Langrod, que “nuestro pensamiento está, en efecto, de tal manera atado a la tradición estructural, que se encuentra con grandes dificultades para acomodarse a la existencia de esos «francotiradores», de carácter semioficial y semiprivado, sin afectación regular y con una cierta libertad de acción, por lo que esas diversas formas, beneficiándose de unos status legales diferentes y establecidos a *casu ad casum*, con frecuencia a título temporal solamente, disponen de toda una gama de grados de autonomía en cuanto a su gestión y a sus finanzas, que no se dejan, sino muy difícilmente, insertar en un cuadro esquemático”.¹⁷

6. Pero unida a todas esas dificultades, el estudio de las actividades industriales y comerciales de los poderes públicos en el Derecho Comparado se topa con otra, relativa a la inevitable descentralización de las mismas en relación a la descentralización de las actividades del Estado. En esta forma, no sólo deben estudiarse las actividades económicas llevadas a cabo por la administración central y, en sus casos, federal, sino también las actividades desarrolladas por las autoridades locales o regionales.

Esta situación se plantea con toda frecuencia en el Derecho Comparado.

En Polonia, por ejemplo, se distingue, examinando la posición de las empresas estatales en la estructura del aparato del Estado, entre las “empresas-llave” y las “empresas locales”. Las primeras están dirigidas por los órganos superiores de la administración del Estado y arreglan sus cuentas con el presupuesto central del Estado. Las empresas regionales (comerciales e industriales, de construcción, de transporte, productoras de servicios, etc.), están subordinadas directamente a los órganos locales del poder del Estado (a los consejos populares) y, como consecuencia, arreglan sus cuentas con el presupuesto de los consejos populares respectivos. El criterio de clasificación en empresas-llave y en empresas locales no está, sin embargo, definido estrictamente. Las empresas-llave son, en principio, las unidades que representan un potencial económico considerable y cuyo fin es satisfacer las necesidades

¹⁵ Vid. Antonio Brochado Da Rocha, *Informe de Brasil al IV CIEF*, Actas, Vol. 4, Viena, p. 99. Cfr. A. H. HANSON (Ed.), *Public Enterprise; A Study of its Organizations and Management in Various Countries*, cit., Vid. en comentario bibliográfico de M. Alonso Olea, *RAP*, N° 19, 1956, p. 355.

¹⁶ Cfr. Georges Langrod, “L'Entreprise Publique...”, *loc. cit.*, p. 217.

¹⁷ Vid. Georges Langrod, “L'Entreprise Publique...”, *loc. cit.*, p. 217.

sociales más allá del cuadro regional. Para determinar su situación como empresas-llave, se puede tomar en consideración la naturaleza y el volumen de la producción, el número del personal, el equipo técnico, etc.¹⁸

En Francia, la posibilidad para las colectividades locales de desarrollar actividades comerciales e industriales no ha sido siempre definitiva. En efecto, la Ley de 2-17 de marzo de 1791, tal como la interpretaba el Consejo de Estado, prohibía a las colectividades locales crear empresas económicas, salvo cuando la ley las obligara a ello o las autorizara, o en caso de circunstancias excepcionales, cuando la carencia de la iniciativa privada pudiera producir graves consecuencias perjudiciales para la vida de la comuna.¹⁹ Hasta mediados de 1930, el Consejo de Estado francés se hizo, así, el defensor del liberalismo económico en su acepción más estrecha. Sin duda, algunos decretos de 1926 habían autorizado a las comunas a crear servicios económicos en diversos dominios, pero esos textos normativos no impidieron al juez administrativo de mantener su antigua jurisprudencia. Sin embargo, la evolución de las ideas y las necesidades que surgieron a raíz de la crisis de 1930, condujeron al juez a admitir, progresivamente, la creación, por las autoridades locales, de servicios en concurrencia directa con las empresas privadas, con la sola condición de que un interés público estuviese de por medio. La jurisprudencia más reciente va muy lejos en este campo, y admite la creación de un cinema, de una estación de servicios, de un terreno de camping, etc.²⁰

En Bélgica, al contrario, quizás la ausencia de un Consejo de Estado hasta 1946 no favoreció la formación de una jurisprudencia protectora de la iniciativa privada ante el dinamismo, algunas veces agresivo, de las empresas públicas; y en cuanto al desarrollo de actividades comerciales e industriales de los entes locales, ello ha sido admitido aun bajo la forma de *associations intercommunales*, autorizadas expresamente por el Parlamento desde 1921.²¹

¹⁸ Vid. Zygmunt Rybicki, “Le Régime des Activités Commerciales et Industrielles des Pouvoirs Publics”, en *Rapports Polonais présentés au Septième Congrès International de Droit Comparé*, Varsovia, 1966, p. 265 y 266.

¹⁹ Cfr. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités Commerciales et Industrielles des Pouvoirs Publics en Belgique”, en *Rapports Belges au VII Congrès International de Droit Comparé, Uppsala, 6-13 Août 1966*, Bruselas, 1966. p. 430; R. Drago. “Le Régime des Activités...”, *loc cit.*, p. 451.

²⁰ Vid. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 451; Cf. F. Fabre. R. Morin y A. Serieyx. *Les Sociétés Locales d'Économie Mixte et leur Contrôle*, Paris, 1964, p. 13 y ss.

²¹ Vid. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 393 y 430; M. A. Flamme, “La Empresa Pública...”, *loc cit.*, p. 25.

Por otra parte, en los países de organización federal, como los Estados Unidos,²² República Federal Alemana,²³ Austria, la U.R.S.S.²⁴ y Venezuela, se admite que no sólo el poder central o la Federación puede desarrollar actividades económicas, sino que también lo pueden hacer los Estados o países federados y aun los municipios.

En España, por último, las corporaciones locales pueden, asimismo, paralelamente al Estado, desarrollar actividades comerciales e industriales.²⁵

Por el contrario, en algunos países, como en Finlandia, la actividad comercial e industrial de las comunas no está admitida. En relación a esto, se ha estimado que la ley municipal obstaculiza los posibles compromisos de las comunas en las empresas comerciales e industriales con fines lucrativos. La ley establece, por ejemplo, que los ingresos de la comuna deben ser empleados para cubrir sus gastos, y esos gastos no son otros que aquellos previstos por la ley, para cubrir las “necesidades de economía general, de orden público, etc.” de la comuna; habiéndose interpretado la expresión “necesidades” en el sentido de necesidades de interés general para la comuna, en su cualidad de unidad administrativa. La utilización de los ingresos comunales para fines lucrativos no ha sido, entonces, admitida en Finlandia, y la Corte Suprema Administrativa ha declarado nulas en diversas oportunidades, las decisiones municipales por las cuales algunas comunas habían suscrito acciones en una empresa industrial y comercial.²⁶

7. Ahora bien, y evidentemente es un aspecto que no puede pasarse por alto, esa diversidad y dispersión de las formas a través de las cuales los poderes públicos desarrollan sus actividades industriales y comerciales tiene gran parte su raíz, en los diversos orígenes que ha tenido esa actividad estatal.

Generalmente, la asunción de actividades industriales y comerciales por las autoridades públicas ha dependido de una concepción del Estado, es decir, que

²² Vid. J. N. Hazard, *Law Regulating the Commercial and Industrial Activity of Public Authorities in the United States of America*, Ponencia para el VII Congreso Internacional de Derecho Comparado (mimeografiada), p. 1; Albert Abel, “La Corporación Pública en los Estados Unidos” *ICE*, marzo, 1964, p. 135.

²³ Vid. Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche Betätigung Öffentlicher Verwaltungsträger in Handel und Industrie und ihre Rechtliche Regelung*. Ponencia alemana al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado (dactilografiada), p. 1 y 8.

²⁴ Vid. Gerhardt Plöchl, *Die Öffentliche Hand als Unternehmer*. Ponencia austríaca al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado (dactilografiada), p. 1; J. N. Hazard, “Soviet Government Corporation”, *Michigan Law Review*, abril 1943, Vol. 41, N° 5, p. 852.

²⁵ Cfr. Fernando Albi, *Tratado de los Modos de Gestión de las Corporaciones Locales*, Madrid, 1960.

²⁶ Vid. Tore Modeen, *Le régime des activités commerciales et industrielles des pouvoirs publics en Finlande*, Helsinki, 1966, p. 7 y 8.

ella ha reposado sobre motivos políticos. Desde este punto de vista, surge entonces, en los últimos años, como primer origen fundamental de esas actividades, la nacionalización, entendiéndose por tal, la operación por la cual la propiedad de una empresa o de un grupo de empresas se transfiere a la colectividad, a fin de sustraerlas de la dirección capitalista, por motivos de interés general.²⁷

Aun cuando en el Derecho Comparado se destacan signos claros de nacionalizaciones desde la segunda década del presente siglo, tal como las sucedidas en Rusia y México,²⁸ sin embargo, la verdadera ola de nacionalizaciones se presenta fundamentalmente en los países de Europa, parcialmente entre las dos guerras, y principalmente en los años que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, aun en países como Francia e Inglaterra, que conservaron en principio su estructura liberal;²⁹ y ello, porque esa guerra, que indudablemente fue el sacudimiento social más grave experimentado hasta el momento por la humanidad, planteó a los pueblos europeos los más complicados y vastos problemas sociales, económicos y políticos, que no podían ser resueltos sin la intervención directa del Estado.

En cuanto a los Estados de Europa oriental -Bulgaria, Hungría, Polonia, Rumania, Checoslovaquia y Yugoslavia-, debe señalarse que son países que presentan la característica de haber seguido un desarrollo relativamente lento en el pasado y sufrido, asimismo, una fuerte prueba en las dos guerras mundiales. En esto último, al lado de los sucesos políticos, se pueden ver las razones principales que llevaron a esos países a proceder después de 1944, de una manera consecuyente y radical, y por consideraciones ideológicas, a una nacionalización casi integral de la vida económica.³⁰

En América, aparte del ejemplo de México a partir de 1917 y en 1938,³¹ de Argentina³² y recientemente de Cuba,³³ en que con mayor o menor intensidad las nacionalizaciones se produjeron como consecuencia de criterios políticos, en el

²⁷ Vid. Jean Rivero, *Le Régime des Nationalisations* (Extrait du Jurisclasseur Civil Anexes), 2e. Cahier, París, p. 1.

²⁸ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 58 y 61.

²⁹ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 70.

³⁰ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 80.

³¹ Vid. Héctor Cuadra Moreno, "Teoría de la Nacionalización (Apéndice de Derecho Mexicano)", en K. Katzarov, *op. cit.*, p. 626 y 660.

³² Vid. K. Katzarov, *op. cit.* p. 96. Sobre la nacionalización en Argentina Vid. Agustín A. Gordillo, *Empresas del Estado*, Buenos Aires, 1966, p. 57 y ss.; Marcos Kaplan, "Significado y Crisis de la empresa pública argentina", *Revista Impuestos*, T. XXV, N° 2, febrero 1967, p. 99 y ss.

³³ Cfr. Leo Huberman y Paul Sweezy, "Cuba Revisitada" en *La Economía Cubana*, Boletín bibliográfico, Facultad de Economía, Caracas, Año III, N° 14, abril 1961, p. 134.

resto de los países latinoamericanos la nacionalización o expropiación de empresas se presenta como un hecho aislado. Es más, en países como en los Estados Unidos, aunque no rechazan la participación del Estado en los asuntos económicos, ello no ha tenido su origen en procesos políticos ni ideológicos. “Por ello -dice Hazard-, ninguna Government Corporation en los Estados Unidos, creada por el Congreso Federal o por las legislaturas estatales, ha debido su existencia a pensamientos socialistas de los legisladores; esto a pesar de que algunos ponentes individuales de la Tennessee Valley Authority, en la década de 1930, hayan sido acusados de orientarse hacia el socialismo”.³⁴ Posición similar sostiene Brochado da Rocha en Brasil.³⁵ En todo caso, en los Estados Unidos, con la Primera Guerra Mundial se inició una época de mayor participación del Estado en la actividad económica, pero siempre sobre la base excepcional de la necesidad momentánea.³⁶

En Italia, por otra parte, no se puede hablar sino raramente de nacionalización resultante de una intervención del Estado por razones políticas. La acción del Estado se ha manifestado, al contrario, como una necesidad surgida como consecuencia de una situación económica difícil del país, que ha puesto al Estado en la obligación de intervenir hacia las empresas privadas en dificultad.³⁷ Esta intervención del Estado se ha manifestado en algunas oportunidades, para evitar la quiebra de grandes empresas, para evitar una situación con graves consecuencias, y no sólo en el campo económico, sino también, y sobre todo, en el plano social y político. En otros casos, la intervención ha sido sugerida por motivos de política económica a fin, por ejemplo, de fortalecer algunos sectores de la economía. En otros casos, además, los móviles de la intervención sólo deben buscarse en necesidades fundamentales que ponen en juego, por ejemplo, la seguridad misma de la nación.³⁸ Una situación similar a esta surge, por ejemplo, también en Venezuela, Bélgica³⁹ e Irak.⁴⁰

En Finlandia, asimismo, no se encuentran ejemplos de nacionalización de empresas privadas como medida de autoridad del Estado. Al contrario, éste se ha procurado realmente un lugar importante en la vida económica, mediante la

³⁴ Vid. J.N. Hazard, *Law Regulating... cit.*, p. 1.

³⁵ Vid. Antonio Brochado Da Rocha. *Informe del Brasil al IV CIEF*, *loc. cit.*, vol. IV, p. 97.

³⁶ Cfr. J. N. Hazard, *Law Regulating... cit.*, p. 2 y 3; H. Koontz y R. W. Gable, *La Intervención pública en la Empresa*, Barcelona 1961, p. 708 y ss.

³⁷ Cfr. Natalia Gajl, “Les Entreprises d’Etat en France, en Italia et Pologne”, *RISA*, 1961, N° 2, p. 158.

³⁸ Vid. Flaminio Franchini, “Aspects Juridiques de l’Intervention de l’Etat dans l’Organisation Économique Italienne”, *RDP*, 1957, N° 2, p. 231.

³⁹ Vid. M. A. Flamimio, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 385 a 389.

⁴⁰ Vid. A. K. Said, *Informe de Irak al IV CIEF*, *loc. cit.*, Vol. 4, p. 193.

adquisición por su cuenta de empresas privadas existentes, o mediante la fundación de empresas nuevas.⁴¹

Ahora bien, frente a este fenómeno de las nacionalizaciones, es necesario señalar que si bien en algunos países como, por ejemplo, en Polonia, tuvo una importancia muy grande y aun decisiva, no constituye, sin embargo, en los sistemas socialistas, una condición suficiente para la socialización de los principales medios de producción, ya que el otro elemento indispensable, es la organización de la gestión de esos medios, a fin de que ellos puedan servir directamente al progreso social. Por ello, se repite, al principio del régimen socialista, la nacionalización tuvo, sin duda, una importancia política y económica decisiva, pero, sin embargo, en las etapas siguientes del desarrollo del Estado socialista, la importancia esencial pasa a otros medios que conducen a la socialización de los medios de producción y al aumento de la base económica del sistema socialista.⁴²

Esto mismo, en líneas generales, puede plantearse en el Derecho Comparado. Por eso se ha dicho que la hora de las nacionalizaciones ha pasado ya, y hoy, la expansión del sector público se realiza por otros caminos, y fundamentalmente, mediante la creación de empresas aisladas.⁴³ En este sentido, las empresas públicas, como acertadamente ha dicho Delion, han entrado ya en las costumbres,⁴⁴ lo que unido al ocaso de las nacionalizaciones, ha hecho que el fenómeno de la intervención del Estado en la vida económica se haya despolitizado, al desaparecer la carga ideológica que generalmente las hizo posibles.⁴⁵

8. Por tanto, actualmente, es común la creación *ex nihilo* de empresas estatales, y más frecuente todavía, la participación directa o indirecta del Estado en empresas privadas.⁴⁶ Y quizás sea necesario destacar aquí, por su importancia, sobre todo en los países en vías de desarrollo, la participación del Estado en actividades industriales y comerciales, como medio de desarrollo económico; fenómeno que tiene tal importancia que podría hasta caracterizar la actividad de gestión económica de la administración si se tiene en cuenta que, fundamentalmente, aquélla no se realiza generalmente con miras a la obtención

⁴¹ Vid. Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, *cit.*, p. 6.

⁴² Vid. Zygmunt Rybicki, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 263.

⁴³ Cfr. Tomas Ramon Fernández Rodríguez, "Notas para un Planteamiento de los Problemas Actuales de la Empresa Pública", *RAP*, N° 46, 1965, p. 113; R. Drago, "Le Régime des Activités..." *loc. cit.*, p. 450.

⁴⁴ Vid. André G. Delion, *L'Etat et les Entreprises Publiques*, París, 1959, p. 7.

⁴⁵ Cfr. Tomas R. Fernández R., "Notas para un Planteamiento...", *loc. cit.*, p. 96.

⁴⁶ Cfr. Roland Drago, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 451; Tore Modeen, *Le Régime des Activités...* *cit.*, p. 6. Agustín A. Gordillo, *Empresas del Estado*, *cit.*, p. 66 y ss.

de un fin de lucro, sino más bien, positivamente, con miras a contribuir al desarrollo de la economía nacional.”⁴⁷

En efecto, tal como lo señala Franchini en relación a Italia, el Estado, con frecuencia, ha tenido por objetivo al intervenir en la vida económica, dar un impulso o una orientación directos a ciertas ramas de la actividad económica que atravesaban una crisis; o bien ejercer directamente una actividad no remunerativa que por ello se encontraba descuidada por la iniciativa privada; o, por último, proteger, por efecto de la aplicación de tarifas a través de empresas en las cuales él tuviera la dirección, el desarrollo de ciertas ramas delicadas de la economía.⁴⁸ Otro tanto ha sucedido en Finlandia, y por ello T. Modeen señala que en ese país, el motivo económico de la actividad industrial y comercial del Estado es, generalmente, la penuria más o menos constante de capitales, por lo que no estando la masa de capitales privados en capacidad de llevar el peso de la industrialización del país, ello ha de hacerse con la intervención del Estado; en lugar, entonces, de entregar subvenciones a las empresas privadas, el Estado ha preferido, frecuentemente, fundar sus propias industrias. En este campo, motivos de política social y sobre todo de política de empleo, se han agregado a las razones económicas, por ejemplo, cuando el Estado ha fundado empresas manifiestamente poco ventajosas en regiones subdesarrolladas con sobrante mano de obra, a despecho de otras condiciones de explotación desfavorables.⁴⁹

Pero si bien hemos señalado que la intervención del Estado en la actividad económica tiene, en los países en vías de desarrollo, una importancia decisiva, como, por ejemplo, en Venezuela,⁵⁰ ello no implica que en los países altamente

⁴⁷ Cfr. J. L. Villar Palasí, “La Actividad Industrial...” *loc. cit.*, p. 72. Sobre las Empresas Públicas para el Desarrollo Económico e Industrial *Vid.* Marcos Kaplan, *Países en Desarrollo y Empresas Públicas*, Buenos Aires, 1965; A. H. Hanson, *Le secteur Public dans une économie en voie de développement*, París 1961; del mismo autor, “L’Organisation des Entreprises d’Etat”, *RISA*, 1965, N. 2, p. 107 y ss. Real Instituto de *Administração Pública, Organização Administrativa para o desenvolvimento económico*, Rio de Janeiro 1964; Instituto de Estudios Fiscales, Sector Público y Desarrollo Económico, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1965; *Vid.* Además, en relación a América Latina las publicaciones del Banco Interamericano de Desarrollo, *Las Instituciones de Fomento y el Desarrollo de América Latina*, Buenos Aires, 1965 e Instituciones Financieras de Desarrollo, Buenos Aires, 1965.

⁴⁸ *Vid.* Flaminio Franchini, “Aspects Juridiques de l’Intervention...” *loc. cit.*, p. 232.

⁴⁹ *Vid.* Tore Modeen, *Le Régime des Activités... cit.*, p. 7.

⁵⁰ En efecto, por ejemplo, la Corporación Venezolana del Petróleo tiene por objeto fundamental “la promoción de empresas con el propósito de desarrollar actividades industriales o comerciales de hidrocarburos” (artículo 2) del decreto N° 260, de 19 de abril de 1960, por el cual se dicta el Estatuto de la Corporación Venezolana del Petróleo, en *Gaceta Oficial* N° 26.234, de 22 de abril de 1966); el Instituto Venezolano de Petroquímica tiene por objeto “el desarrollo de industrias destinadas al aprovechamiento de minerales e

desarrollados e industrializados no se utilice con bastante frecuencia esa intervención, sobre todo como medio de desarrollo regional. Tal es el caso, por ejemplo, de Estados Unidos con la Tennessee Valley Authority, que se estableció con el fin de fomentar el desarrollo en todo el valle de un río, en donde la erosión había provocado desastres y había llevado a comunidades enteras a la pobreza.⁵¹

En este mismo sentido ha adquirido especial importancia en Francia la política de *aménagement du territoire*, emprendida a partir de 1950, que conlleva el desarrollo integral de una región, y que se lleva a cabo, generalmente, a través de sociedades de economía mixta en primer grado (con participación del Estado o de las colectividades públicas) o en segundo grado (con participación de otras empresas públicas). Se trata, dice R. Drago, en el plan nacional, de sociedades de economía mixta constituidas por la *Caisse des dépôts et consignation*, establecimiento público administrativo que tiene aquí el papel de *banque du plan*, sociedad central de *équipement* del territorio, sociedad central inmobiliaria, sociedad de estudios para el desarrollo económico y social, etc. Por otra parte, en el plano local, han sido constituidas sociedades mixtas con participación de las sociedades nacionales señaladas y de las colectividades públicas, dando origen a sociedades de *aménagement* o para la revalorización de regiones, sociedades de construcción inmobiliaria, sociedades para la creación y la gestión de mercados de interés nacional, etc.⁵²

En Bélgica, asimismo, ha sido una ley de 1959 que estableció medidas especiales para combatir las dificultades económicas y sociales de ciertas regiones, la que ha previsto el otorgamiento de ventajas especiales a ciertas partes del país, o más bien, a las empresas cuyas operaciones de inversión favorezcan la expansión o la reconversión económica de “regiones de desarrollo”. En esta forma, la señalada ley autoriza al Estado, a las provincias, a las comunas y a toda

hidrocarburos” (artículo 1° del decreto N° 367 de 29 de junio de 1956, por el cual se crea el Instituto Venezolano de Petroquímica, en *Gaceta Oficial* N° 25.091, de 30 de junio de 1956); la Corporación Venezolana de Fomento tiene por objeto “incrementar la producción nacional mediante la promoción de nuevas empresas y la mejora de las existentes, y procurar la mayor diversificación y sistematización de las actividades económicas del país” (artículo 2° del decreto N° 416, de 20 de junio de 1952, por el cual se dicta el Estatuto Orgánico de la Corporación Venezolana de Fomento, en *Gaceta Oficial* N° 23.864, de 21 de junio de 1952), y la Corporación Venezolana de Guayana tiene por objeto principalmente “estudiar, desarrollar y organizar el aprovechamiento del potencial hidroeléctrico del río Caroní; programar el desarrollo integral de la región, conforme a las normas y dentro del ámbito del Plan de la Nación; y promover el desarrollo industrial de la región tanto dentro del sector público como del sector privado” (artículo 7° del decreto N° 430 por el cual se dicta el Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana, de 29 de diciembre de 1960, en *Gaceta Oficial* N° 26.445, de 30 de diciembre de 1960). *Vid.* Nota N° 495.

⁵¹ *Cfr.* J. N. Hazard, *Law Regulating...*, *cit.*, p. 3; A. Flamme, “La Empresa Pública...”, *loc. cit.*, p. 105.

⁵² *Vid.* R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 459.

persona física o moral de Derecho Privado o de Derecho Público, a constituir en cualquier región del país, *sociétés d'équipement économique* regional, cuyo objeto es afectar terrenos para fines industriales, dotarlos, equiparlos y construir en ellos edificaciones industriales o artesanales, y vender, conceder o arrendar estos terrenos y construcciones a personas físicas o morales de Derecho Privado, con la obligación para éstas, de utilizarlos para los fines para los cuales han sido arreglados.⁵³

Una política similar, pero en el campo del desarrollo industrial lleva a cabo, por ejemplo, en Alemania, el Instituto de Crédito para la Reconstrucción (Die Kreditanstalt für Wiederaufbau), el Banco Alemán Inmobiliario y de la Construcción (Die Deutsche Bank und Boden Bank A. G.), así como otros institutos bancarios.⁵⁴

Por último, y en relación también a la importancia en los países socialistas del desarrollo económico como objetivo de la intervención del Estado en la vida económica, es necesario señalar con Rybicki que, conforme a los principios generales del régimen socialista, la tarea principal del Estado al concentrar las atribuciones de propietario de los medios fundamentales de producción, consiste en asegurar el desarrollo económico del país y crear las bases económicas apropiadas para desarrollar y promover la cultura y la industrialización de toda la sociedad.⁵⁵

Ahora bien, frente a todo lo dicho anteriormente, es necesario observar que la diversidad de formas y facetas bajo las cuales el Estado desarrolla en el Derecho Comparado su actividad industrial y comercial, evidentemente no obedecen al capricho de los legisladores, sino que, en realidad, responden por lo general, a distintos objetivos, a diferentes tradiciones de uno u otro país y al distinto predominio de los fines públicos frente a los intereses privados en el momento de su creación que no ha sido simultánea en todo el mundo ni para todos los organismos, o empresas dentro de cada país.⁵⁶ En esta forma, y visto desde otro ángulo, tal como apunta Katzarov, las iniciativas en materia de nacionalización han sido tomadas en lugares tan opuestos en cuanto al factor geográfico, social y político (U.R.S.S., Europa oriental, América del Sur, Irán), en campos de aplicación tan diversos (industria, comercio, agricultura), y finalmente bajo formas tan diferentes (nacionalización total, o paralela a la iniciativa privada, o bien complementaria a ésta), que es en verdad muy difícil

⁵³ Vid. M. A. Flamme, *La Régime des Activités Commerciales et Industrielles des Pouvoirs Publics en Belgique*. Ponencia al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado (mimeografiada), p. 86 y 87.

⁵⁴ Vid. Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, cit., p. 15 y ss.

⁵⁵ Vid. Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, cit., p. 15 y ss.

⁵⁶ Vid. Zygmunt Rybicki, "Le Régime des Activités...", loc. cit., p. 261.

establecer hoy con claridad y concretamente las grandes líneas de un derecho en vigor⁵⁷ en forma comparativa.

9. Pero el estudio comparativo de las empresas públicas se dificulta aún más, si constatamos la existencia de una realidad en el Derecho Comparado, que para nuestro análisis tiene una esencial repercusión: el hecho de que en líneas generales los sistemas económicos y jurídicos actuales puedan dividirse en dos grandes categorías: el sistema de estructura liberal y el sistema de economía planificada o socialista, aun cuando entre los dos existan gran cantidad de estadios intervencionistas. En efecto, teóricamente, las posturas que tratan de explicar la actitud inicial que el Estado debe adoptar en orden a la satisfacción de las necesidades del grupo social, son fundamentalmente tres: la individualista, la socialista y la intervencionista. El individualismo parte de la creencia de que el Estado debe limitarse sólo y exclusivamente al mantenimiento del orden público, condición indispensable para que puedan desarrollarse libremente las relaciones económico-sociales. Como contrapunto de la anterior, la postura socialista tiende a una confusión entre los fines de la sociedad y los fines del Estado, lo que no es sino una consecuencia de la integración de la primera en el segundo. Finalmente, como postura intermedia, es necesario hacer referencia al intervencionismo, que más que una fórmula apriorística, es la consecuencia de las sucesivas correcciones que las exigencias de la realidad han ido imponiendo al Estado abstencionista y liberal del siglo XIX. El intervencionismo, pues, admite grados: un intervencionismo muy acentuado puede ser socialismo mientras que el liberalismo no es sino la escasez de medidas interventoras.⁵⁸

En esta forma, en países de estructura liberal, la acción del Estado se viene extendiendo generalmente, y salvo los supuestos de nacionalización antes señalados, según el principio de la subsidiariedad, que tiene como presupuesto la insuficiencia o defecto de la iniciativa privada, que con las correcciones de rigor sigue siendo la piedra angular del sistema.⁵⁹ En este sentido, Hazard ha indicado que en los Estados Unidos, el gobierno ha entrado en la actividad económica, porque era económicamente conveniente el hacerlo en ciertos casos en los cuales la empresa privada no quería o no podía realizar una función necesaria.⁶⁰ Por el contrario, en un Estado socialista podemos considerar como principios comunes para todo el sistema de la gestión de la economía nacional, los siguientes: la socialización de los principales medios de producción, permitiendo organizar las formas sociales de gestión de estos medios; el sistema de la gestión de la economía nacional fundada sobre el principio de la dirección planificada del

⁵⁷ Vid. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 45.

⁵⁸ Cfr. Fernando Garrido Falla, "Las Empresas Públicas", *loc. cit.* p. 115 y 116.

⁵⁹ Cfr. Tomas R. Fernández R., "Notas para un Planteamiento...", *loc. cit.*, p. 111 y 112; Francisco Labadie Otermín, "Problemática de la Empresa Pública", *loc. cit.*, p. 172.

⁶⁰ Vid. J. N. Hazard, *Law Regulating...*, *cit.*, p. 1.

conjunto de los procesos económicos realizados por el Estado, utilizando métodos de acción directa e indirecta; la adopción de los referidos métodos de acción, de forma tal que aseguren la participación de los productores en las decisiones esenciales concernientes a la fijación de los objetivos económicos y de las maneras de su realización, al empleo de los beneficios de la producción, a las condiciones de trabajo, etc. Así, a fin de realizar las tareas fundamentales del Estado socialista es indispensable que los medios fundamentales de producción sean socializados, entendiéndose por estos medios fundamentales aquellos cuya propiedad influye de una manera decisiva sobre el conjunto del régimen sociopolítico.⁶¹

En esta forma, la diferencia esencial que existe, por ejemplo, entre la organización y las formas jurídicas del sector público en Francia y en Italia en relación con lo que sucede en Polonia, resulta entonces de las diferencias entre las estructuras políticas de estos países: la estructura de Polonia y, en general, de los países socialistas, está basada sobre la socialización de los medios de producción, de cambio, de consumo y de crédito. A la nación pertenecen todas las riquezas del subsuelo, aguas, bosques, minas, vías de comunicación, establecimientos industriales del Estado, explotaciones agrícolas del Estado y centros del Estado de mecanismos agrícolas, y empresas comerciales del Estado. En Francia y en Italia, y en general en los países de régimen liberal, al contrario, la mayor parte de las empresas está en manos de los particulares; en estos países el sector público es creado especialmente por razones de interés general, y, en comparación quizás con las empresas privadas, su dominio es bastante restringido. En Polonia, la situación es contraria: las empresas privadas son poco numerosas y no juegan un papel en la economía del país, pues las empresas que no fueron tocadas por la nacionalización fueron sólo aquellas que no ocupaban más de cincuenta trabajadores, y que, por tanto, no tenían importancia económica.⁶²

Sin embargo, ello es cierto, el régimen económico de tipo liberal puro ha sido abandonado en la mayoría de los Estados occidentales por lo que, aun cuando la economía planificada sea característica de los Estados socialistas, ello no implica que en los Estados no socialistas no se conozca la planificación económica. Pero, evidentemente, hay una diferencia esencial entre la planificación en una política intervencionista y el sistema de la economía planificada: el intervencionismo permanece siempre como un medio auxiliar y complementario en la gestión económica, donde la influencia de los derechos del mercado juega un papel preponderante; por el contrario, la economía planificada,

⁶¹ Cfr. Zygmunt Rybicki, *Le Régime des Activités...*, *loc. cit.*, p. 262; V. Knapp, "Quelques Remarques au Sujet des Entreprises Nationales en Tchécoslovaquie", *RDP*, 1961, N° 4, p. 737 y ss.

⁶² Cfr. Natalia Gajl, "Les Entreprises d'Etat...", *loc. cit.*, p. 163.

gracias a la propiedad social de los medios de producción, ofrece para el Estado, mayores posibilidades de dirección y de gestión económica reales y completas.⁶³

En todo caso, aun cuando en este punto acentuemos nuestro neutralismo técnico, esa realidad nos sitúa, como dice Garrido Falla, ante “una de las más grandes controversias ideológicas en que se halla empeñada la sociedad de nuestro tiempo”:⁶⁴ así, buena parte de la defensa del liberalismo económico se basa en la acusación de “ineficiencia productiva” que suele observarse en muchas de las empresas públicas que en los últimos tiempos han sido creadas por gobiernos socialistas o intervencionistas, mientras que los defensores del principio de la política nacionalizadora, despreciando este argumento “materialista”, defienden sus posiciones atacando las injusticias del régimen capitalista a base de empresas privadas.⁶⁵ En todo caso, la constatación de esas diversas realidades y estructuras de los sistemas políticos y económicos contemporáneos, nos hace pensar con Lorenzo Martín-Retortillo, que las diferencias que en cuanto al planteamiento constitucional de la economía ofrecen los diversos países, dificulta enormemente la adopción de criterios unitarios en esta materia.⁶⁶

10. Sin embargo, a pesar de las diferencias de estructura política y económica de los países respectivos,⁶⁷ y a pesar de todas las diferencias y dificultades antes anotadas en relación a la precisión de un régimen más o menos unitario de las actividades industriales y comerciales, es necesario señalar que, en general, algunos de los problemas y las dificultades que se encuentran en relación a las mismas son comunes, con la aclaratoria, sin embargo, de que si bien todas esas actividades estatales presentan la peculiaridad de estar sometidas en mayor o menor grado al Derecho Privado y Comercial,⁶⁸ no puede decirse que su régimen jurídico sea totalmente unitario. Por eso se ha dicho que está condenado al fracaso todo intento dirigido a un tratamiento uniforme de todos los problemas de las empresas públicas, siendo necesario, en consecuencia,

⁶³ Cfr. Zygmunt Rybicki, “L'Entreprise Publique dans le Système Polonais de l'économie planifiée”, *RISA*, 1962, N° 3, p. 313.

⁶⁴ Vid. Fernando Garrido Falla, “Las Empresas Públicas”, *loc. cit.* p. 125.

⁶⁵ Cfr. Fernando Garrido Falla, “Las Empresas Públicas”, *Loc. cit.*, p. 125.

⁶⁶ Vid. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, “La Table Ronde De Varsovia Del Instituto Internacional De Ciencias Administrativas”, En *RAP*, N° 44, 1964, p. 326.

⁶⁷ Cfr. Natalia Gajl, “Les Entreprises d'Etat en France, en Italie et en Pologne”, *loc. cit.*, p. 153.

⁶⁸ Cfr. M. S. Giannini, “Sobre las Empresas Públicas”, *RFD*, N° 28, 1964, p. 16; G. Langrod, “L'Entreprise Public...”, *loc. cit.*, p. 226; R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 455.

prescindir del rigor conceptual y atender preferiblemente a las diversas realidades que bajo la expresión “empresas públicas” se encuentran.⁶⁹

Y, en efecto, es la existencia de diversas formas jurídicas a través de las cuales el Estado desarrolla esas actividades, lo que surge como primer elemento de interés para un estudio comparativo; formas que varían desde la gestión directa por el Estado de actividades económicas, hasta la creación de sociedades mercantiles para ello. Por eso, Natalia Gajl ha señalado que entre las empresas creadas por los Estados, se puede, en todas partes, distinguir, por un lado, aquellas que son gestionadas directamente por la administración pública según los mismos métodos tradicionales que eran empleados antes de la Segunda Guerra Mundial; y por el otro, las empresas del Estado que son administradas como organismos jurídicamente distintos de la administración pública, con personalidad moral propia, propios fondos de financiamiento y propia gestión, etc.⁷⁰

Por tanto, la primera parte de nuestra labor comparativa va a ser realizada a través del estudio de las diversas formas jurídicas utilizadas por el Estado para desarrollar sus actividades industriales y comerciales; y ello porque consideramos que para el estudio de esas actividades estatales pueden seguirse fundamentalmente dos criterios: o el análisis ex re de tal actividad en su materialidad, o el examen estructural de la organización a través de la cual se verifica la gestión misma. Consideramos, con Villar Palasí, que este segundo criterio, que se centra alrededor de las formas de las empresas, es el indicado para el Derecho Administrativo, pudiendo ser el primero propio de los economistas.⁷¹

Pero, la existencia de diversas formas jurídicas autónomas respecto al Estado sea en cuanto a la personalidad, al patrimonio o el Tesoro,⁷² y que dan origen a entes separados en mayor o menor intensidad de la actividad administrativa ordinaria, da lugar a un segundo elemento de gran utilidad para el análisis comparativo, y es el del control que el Estado ejerce sobre esas diversas formas jurídicas. Por ello, el verdadero alcance que puede darse a la constatación

⁶⁹ Vid. Tomas R. Fernández R., “Notas para un Planteamiento...”, *loc. cit.*, 100; Cfr. Agustín A. Gordillo, *Empresas del Estado*, *cit.*, p. 13 y 73 y ss.

⁷⁰ Vid. Natalia Gajl, *Les Entreprises d'Etat En France, En Italie Et En Pologne*, *Loc. cit.*, p. 153.

⁷¹ Vid. J. L. Villar Palasi, “La Actividad Industrial del Estado...”, *loc. cit.*, p. 74.

⁷² Cfr. Santiago Marín Marín, *Aspectos de la Administración Pública Autónoma* (Separata), Madrid, p. 253.

de diversas formas jurídicas con mayor o menor grado de autonomía y libertad va a depender del mayor o menor control que ejerza el Estado ante ellas.⁷³

Por tanto, la segunda parte de nuestro estudio comparativo va a versar sobre las diversas formas de control que ejerce el Estado o la comunidad sobre las diversas formas jurídicas que la administración utiliza para desarrollar sus actividades comerciales e industriales.

Por último, y una vez hecho eso, terminaremos este estudio comparativo con las diversas conclusiones que nos surjan a través del mismo.

⁷³ Cfr. Ernst Forsthoff, *Tratado De Derecho Administrativo* (Edic. española), Madrid, 1958, p. 667; M. A. Flamme, “La Empresa Pública...”, *loc. cit.*, p. 122.

SEGUNDA PARTE

LAS FORMAS JURÍDICAS DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

“Il est bien connu que les classifications classiques, dans l'admiration desquelles toute une génération a été élevée, éclatent par suite de la pression des faits. Le bouleversement récent de la structure cellulaire traditionnelle des administrations publiques, bouleversement dont l'entreprise publique est une des manifestations capitales, transforme de fond en comble les formes anciennes, en fonction des changements de la mission administrative et en particulier de l'essor de la fonction prestatrice. Les formes nouvelles, hétérogènes, manquent d'esprit de symétrie et de sens de proportions, troublent l'ordre traditionnel en le désintégrant et en le décomposant; elles restent incoordonnées, portent les noms les plus divers, parfois trompeurs, et ne correspondent à aucune catégorie conceptuelle préétablie”. Georges Langrod, “L'entreprise publique en Droit Administratif Comparé”, en la Revue Internationale de Droit Comparé, Paris, 1956, N° 2, p. 217.

I. INTRODUCCIÓN

11. Santiago Marín Marín, al hablar de la realidad autonómica del Estado, centra la sinopsis de sus múltiples supuestos en un centro de gravedad primario: la personalidad. Se comprueba fácilmente, señala, que en la inmensa órbita de la acción autonómica hay algo que es común al ser o no ser de las autonomías. Ese algo, con signo positivo o negativo, se refiere a la esencia subjetiva o acéfala de la aparición. De tal suerte, sobreviene en línea lógica la exigencia de una clasificación primordial e ineludible: autonomías con personalidad y autonomías sin personalidad.¹

Pues bien, *mutatis mutandi*, la misma clasificación, asimismo primordial e ineludible, se plantea en el estudio del régimen de las actividades industriales y comerciales del Estado, íntimamente, ligado, por otra parte, a la problemática de

¹ Vid. Santiago Marín Marín, *Aspectos De La Administración Pública Autonómica*, Cit., p. 270; Cfr. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 389.

las autonomías. De ahí que nuestro análisis de las diversas formas a través de las cuales los poderes públicos desarrollan sus actividades industriales o comerciales, sea necesario hacerlo en dos partes claramente delimitadas: actividades industriales o comerciales realizadas por el Estado directamente; y actividades similares realizadas por los poderes públicos a través de entes dotados de personalidad jurídica propia y distinta de la del Estado.

12. Esta, por otra parte, es la tendencia general en el Derecho Comparado. En efecto, Katzarov, al hablar comparativamente de las soluciones que han sido aplicadas prácticamente en relación a la participación del Estado en la producción, señala las siguientes: En primer lugar, el Estado como tal, es decir, como persona jurídica de Derecho Público, puede dedicarse a una actividad económica; en este caso, los diferentes departamentos ministeriales o sus servicios emplean constantemente esta facultad dentro del marco de sus atribuciones normales. Pero, además, el Estado puede también dedicarse a una actividad económica, confiriendo la autonomía administrativa y presupuestal a una u otra división de su actividad económica, transformándola en un servicio público independiente, pero sin personalidad separada. En segundo lugar, la actividad económica del Estado puede ser desplegada por medio de personas jurídicas especiales, independientes de la persona jurídica del Estado, a las que atribuye el ejercicio de una de sus actividades económicas. En tercer lugar, el Estado puede también crear empresas mixtas dándoles la forma de sociedades de Derecho Privado.²

En Francia, aun cuando las diversas formas jurídicas utilizadas por el Estado para desarrollar sus actividades industriales y comerciales alcanzan hoy una extrema diversidad, se pueden distinguir, sin embargo, cuatro formas especiales: la *régie industrielle*, el establecimiento público industrial y comercial, la sociedad nacional y la sociedad de economía mixta. En relación a estas formas, R. Drago señala que las tres últimas categorías son con frecuencia reagrupadas en una categoría única, la de las “empresas públicas”; pero considera que esta noción es más económica que jurídica, aun cuando poco a poco aparecen elementos comunes que originarán quizás, algún día, el nacimiento de una nueva categoría jurídica.³ En todo caso, el elemento primario que caracteriza a esas tres últimas categorías frente a la *régie industrielle*, es que están dotadas de

² Vid. Katzarov, *op. cit.*, p. 300; Cfr. como se vio anteriormente, Natalia Gajl, “Les Entreprises d'Etat en France, en Italie et en Pologne”, *loc. cit.*, p. 153; asimismo, Naciones Unidas, *Manual de Administración Pública* (61-11. H.-2), Nueva York, 1962, p. 87 y 88; M. A. Flamme. “La Empresa Pública...”, *loc. cit.*, p. 119.

³ Cfr. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 452; Nata Lia Gajl, “Les Entreprises d'Etat en France, en Italie et en Pologne”, *loc. cit.*, p. 156; Pierre Du Pont. *L'Etat Industriel*, París, 1961, p. 59.

personalidad jurídica, de Derecho Público o de Derecho Privado, distinta de la personalidad del Estado.

En Austria y Alemania, se habla de empresa pública cuando la misma es mantenida por la administración pública y ello es posible de tres maneras distintas: como empresa fiscal o de gestión directa sin personalidad jurídica propia; como institución pública con capacidad de Derecho, detrás de la cual se encuentra un sujeto administrativo en calidad de entidad madre; y como sociedad con capacidad de derecho privado.⁴

Asimismo, en Bélgica se distingue entre los servicios no personalizados a través de los cuales el Estado desarrolla sus actividades industriales y comerciales directamente, y los servicios personalizados (*régie d'Etat*, establecimientos públicos estatales, asociaciones o sociedades de Derecho Público) dotados de personalidad jurídica distinta de la del Estado.⁵

En Inglaterra, el uso del término empresa pública en sentido amplio, abarca tres tipos principales a través de los cuales el Estado desarrolla sus actividades económicas: en primer lugar, la administración directa de la empresa por un Departamento gubernamental; en segundo lugar, la sociedad mercantil (*Company Law*) controlada por un organismo público que aparece como accionista principal; y, por último, la corporación pública (*Public Corporation*) propiamente dicha que, no obstante su novedad, es sin duda el más importante tipo de empresa pública que se ha desarrollado en los países de la Comunidad británica.⁶ Situación similar se presenta, en general, en los países de Asia y del Lejano Oriente.⁷

En Italia, la situación es asimismo parecida. Giannini distingue tres categorías fundamentales: la primera categoría de empresas públicas, que cronológicamente es la más antigua, está constituida por órganos de entes

⁴ Cfr. Gerhardt Plöchl, *Die Öffentliche...*, cit., p. 2; Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, cit., p. 2, 3 y 4; Ernst Forsthoff, *op. cit.*, p. 622; W. Gerloff y Fritz Newmark, *Tratado De Finanzas* (Edic. española), Tomo II, Buenos Aires, 1961, p. 153 a 164; Piero Verrucoli, "Consideraciones Jurídico-Mercantiles sobre las Empresas en Mano Pública", *RAP*, N° 3, 1950, p. 162; *Informe de la República Federal de Alemania al IV CIEF*, loc. cit., Tomo 4, p. 137.

⁵ Vid. M. A. Flamme, "Le Régime des Activités...", loc. cit., p. 389 a 394; M. A. Flamme, "La Empresa Pública...", loc. cit., p. 12 y ss.

⁶ Cfr. W. Friedman, "A Theory of Public Industrial Enterprise", en A. H. Hanson (edit.) *Public Enterprise, a Study of its Organization and Management in Various Countries*, cit., p. 15 y 16, cit. por F. Garrido Falla, "Las Empresas Públicas", loc. cit., p. 128; Laureano López Rodó, "Las Empresas Nacionalizadas en Inglaterra", *RAP*, N° 3, 1950, p. 380; M. A. Flamme, "La Empresa Pública...", loc. cit., p. 82 y 86.

⁷ Vid. ONU, *Some Problems in the Organization and Administration of Public Enterprises in the Industrial Field*, Naciones Unidas, Nueva York, 1954.

públicos con funciones esencialmente administrativas, que son calificados por la ley como órganos gestores de empresa; la segunda categoría es la de los entes públicos económicos, que estructuralmente no difieren de un ente público común; y la tercera categoría está constituida por las empresas que hoy se prefiere llamar en participación pública, porque pueden ser tanto sociedades comerciales en las cuales el ente público participa con el carácter de socio, como de entes de Derecho Privado que no tienen participaciones por acciones, sino participaciones por cuotas, o sea, no tienen accionistas, sino titulares de cuotas.⁸

En España, las diversas formas jurídicas de gestión o explotación de las empresas públicas son clasificadas así: gestión por un ente público de naturaleza político-territorial; gestión por un ente público expresamente creado para el ejercicio de la empresa; y gestión por una sociedad mercantil, en la cual tienen participación total o parcial el Estado u otro ente de Derecho Público.⁹ Esta clasificación se corresponde, en líneas generales, con la que de los entes autónomos trae la Ley sobre el Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, en la siguiente forma: en primer lugar, los organismos autónomos con personalidad jurídica propia y patrimonio independiente del Estado; en segundo lugar, los servicios administrativos sin personalidad jurídica que tengan a su cargo la administración y distribución de fondos que, aunque provengan de los presupuestos generales del Estado, no aparezcan en ellos especificados y clasificados por capítulos, artículos y conceptos; y en tercer lugar, las empresas nacionales.¹⁰

Por otra parte, situación similar a la anteriormente descrita y en especial a la existente en los diversos Derechos de Europa continental (Francia, Alemania,

⁸ Vid. M. S. Giannini, "Sobre las Empresas Públicas", *loc. cit.*, p. 17 a 20; Cfr. M. S. Giannini, *Le Régime des Activités Commerciales et Industrielles des Pouvoirs Publics en Italie*, Extrait de Anuario di Diritto Comparato e di Studie Legislativi, Vol. XL (1966), fase. 1, p. 3 y ss.; Natalia Gajl, "Les Entreprises d'Etat en France, en Italie et en Pologne", *loc. cit.* p. 158 y 159; Piero Verrucoli, "Consideraciones Jurídico-Mercantiles sobre las Empresas en Mano Pública", *loc. cit.*, página 163. Giuseppino Treves, "Las Empresas Públicas en Italia" en *Documentación Administrativa*, N° 100, Madrid 1966, p. 218 y ss.

⁹ Vid. Manuel Broseta Pont, "La Sociedad Anónima Pública Unipersonal como Instrumento de la Actividad Económica del Estado," en *Ponencias Españolas, VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Barcelona 1966, p. 495. Vid. asimismo, S. Martín-Retortillo Baquer, "Organización Administrativa de las Empresas Públicas en España", *RISA*, 1966, N° 1, p. 1 y 2; Cruz Martínez Estervelas, "La Empresa Pública v Mixta", en el libro *Reforma de la Empresa* (A. C. N. de P.), Madrid, 1964, p. 317 y ss.; F. Garrido Falla, "Las Empresas Públicas", *loc. cit.*, p. 132 y ss.; J. L. Villar Palasi, "La Actividad Industrial del Estado...", *loc. cit.*, p. 92 y ss.

¹⁰ Vid. Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Madrid, 1962, p. 318, nota N° 19.

Italia y España), se presenta en la República Árabe Unida,¹¹ Indonesia,¹² Irak¹³ y en los países de América Latina, por ejemplo, Brasil,¹⁴ Argentina,¹⁵ Uruguay y Venezuela.¹⁶

En Finlandia, los regímenes jurídicos de las empresas comerciales e industriales del Estado, son aproximadamente de tres tipos diferentes: 1) Según la ley del 13 de mayo de 1931, servicios públicos industriales del Estado, sin personalidad jurídica o dotados de personalidad; 2) Según la ley sobre sociedades por acciones, de 2 de mayo de 1895, sociedades en las cuales el Estado es accionista mayoritario, sean de un tipo estático especial, sean del tipo corriente de sociedades, y 3) Régimen jurídico específico de Derecho Público de las empresas del Estado.¹⁷

Por último, constituye un aporte estimable en esta materia, los trabajos de la Comisión designada por el Gobierno sueco en 1954 para el estudio de la sistematización económica, que tuvo que investigar el status nacional de los siguientes países: Suecia, Noruega, Dinamarca, Yugoslavia, Países Bajos, Inglaterra, Estados Unidos y U.R.S.S. El resultado de esta encuesta fue publicado por Elis Hastad, profesor de la Universidad de Estocolmo,¹⁸ apareciendo del esquema las siguientes figuras: 1) Departamentos gubernativos de actividad comercial (por ejemplo, correos, telégrafos, ferrocarriles); 2) Administraciones estatales instituidas para actividad económica (por ejemplo, la *Tennessee Valley Authority*, la *Panama Canal*; 3) *Public Corporation*; y 4) *State Company*, entre las que distingue, las que son de absoluta propiedad del Estado, aquellas en las que el Estado tiene una parte de acciones o de control, y las que se constituyen para adquirir, dirigir o administrar sociedades controladas.

¹¹ Vid. Mohammed Tawfik Younes, *Informe de la República Árabe Unida al IV CIEF*, loc. cit., Vol. IV, p. 15 y 17.

¹² Vid. Informe de la General Auditing Court al IV CIEF, loc. cit., Vol. IV, p. 189.

¹³ Vid. A. K. Said, Informe de Irak al IV CIEF, loc. cit., Vol. IV, p. 193.

¹⁴ Vid. Rogerio De Freitas, *Informe Brasileño I al IV CIEF*, loc. cit., Vol. IV, p. 61 y 77; Antonio Brochado Da Rocha, *Informe Brasileño II al IV CIEF*, loc. cit., Vol. IV, p. 101 y 125.

¹⁵ Vid. Agustín A. Gordillo, *Empresas del Estado*, cit., p. 73 y ss., Miguel S. Mariénhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, 1965, p. 429 y ss.

¹⁶ Vid. Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo* Caracas, 1963, p. 184, 186, 264 y 437.

¹⁷ Vid. Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, cit., p. 8.

¹⁸ Vid. en Swedish State Research, 6 y 24, 1956, bajo el título de "Statsagda Foretag i Utlandet" ("State Enterprise Abroad"), cit. por S. Marín Marín, *Aspectos de la Administración Pública Autónoma*, cit., p. 269 y 270. Vid., asimismo, Elis Hastad, "Tipos de Industrias Nacionalizadas", *ICE*, Madrid, marzo 1964, p. 63 y ss. En relación a los Países Bajos Vid. M. A. Flamme, "La Empresa Pública...", loc. cit., p. 31 a 37.

13. Ahora bien, en base al panorama anteriormente visto de la situación en el Derecho Comparado, es necesario, como hemos señalado, para estudiar las diversas formas jurídicas utilizadas por los poderes públicos para desarrollar sus actividades industriales o comerciales, poner el centro de gravedad del problema en la personalidad, y así analizar, por una parte, el régimen de esas actividades cuando son realizadas por la administración directamente; y por la otra, el régimen de dichas actividades económicas cuando son realizadas por entes dotados de personalidad jurídica, distinguiendo aquí, los diversos tipos de entes autonómicos utilizados.

De esta manera estudiaremos en primer lugar, las múltiples formas indiferenciadas a través de las cuales el Estado realiza directamente actividades industriales o comerciales; y que van desde el empleo de los órganos burocráticos tradicionales hasta la formación de autonomías exclusivamente patrimoniales. En segundo lugar, analizaremos las variadas formas que con personalidad jurídica y patrimonio propios y distintos del Estado, los poderes públicos utilizan para el desenvolvimiento más o menos ágil de sus actividades económicas. Estas formas, según el menor o mayor grado de autonomía, van desde la *Régie d'Etat* belga, pasando por los establecimientos públicos, las *Public Corporations* o *Government Corporations* y las Empresas del Estado de los países socialistas, hasta las sociedades mercantiles de capital público o de capital mixto.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACTIVIDADES INDUSTRIALES Y COMERCIALES DESARROLLADAS POR EL ESTADO DIRECTAMENTE

“Hay también industrias monopolizadas por razones de utilidad general, a saber, la fabricación de la moneda, el laboreo de las minas pertenecientes al Estado, la elaboración y venta de los efectos estancados, el servicio de correos, etc. En estos casos, el monopolio nada tiene de común con el sistema reglamentario, pues sólo pretende el Gobierno reservarse el derecho exclusivo de ejercer un ramo de industria de extrema confianza o de pingüe rendimiento, considerándolo como un servicio público o una renta del Estado”. M. Colmeiro, Elementos del Derecho Político y Administrativo de España, Madrid, 1865, p. 347.

1. Introducción

14. Cuando las entidades públicas iniciaron sus balbuceos en el campo de la actividad económica, ésta vino evidentemente a encomendarse a los órganos burocráticos tradicionales. En esta forma surgió en el Derecho francés la

explotación en *régie*, es decir, las *régies industrielles et commerciales*,¹⁹ en el Derecho alemán y austríaco las *Regie betrieb* o las *Eigenbetrieb*,²⁰ en el Derecho español las “empresas propias” o “servicios administrativos sin personalidad jurídica que tienen a su cargo la administración y distribución de fondos”,²¹ y en el Derecho venezolano los “establecimientos industriales de la nación”.²²

Se trata de servicios públicos industriales y comerciales, gestionados directamente por el Estado o las colectividades públicas y que no tienen personalidad moral.²³

Ahora bien, se ha señalado insistentemente que cuando el servicio concreto tenga carácter económico, es inadecuada la fórmula de la gestión directa; y ello porque, en general, la organización burocrática no ha surgido en el Estado moderno para realizar actividades de esta especie, ya que generalmente, en este campo, se muestra torpe y lenta en el desempeño de tal cometido.²⁴ Parece entonces como unánimemente admitido, y ya refiriéndonos a las formas de nacionalización, que hay tendencia a evitar la transformación de las empresas nacionalizadas en subdivisiones inmediatas de la administración del Estado.²⁵

En todo caso, y aun cuando esta forma de realización de actividades económicas por parte del Estado tienda a evitarse y presente hoy una importancia relativa menos grande que otras formas de acción del Estado,²⁶ su presencia en el Derecho Comparado nos obliga a analizar, someramente, su régimen jurídico interno y externo.

2. Régimen jurídico interno

15. Como estructuras integradas en la organización administrativa, las *régies* poseen, generalmente, una estructura administrativa clásica y

¹⁹ Cfr. Roland Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 452.

²⁰ Cfr. Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche... cit.*, p. 3; Gerhardt Plöchl, *Die öffentliche... cit.*, p. 3.

²¹ Cfr. Fernando Garrido Falla, “Las Empresas Públicas”, *loc. cit.*, p. 133.

²² Vid. Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional de Venezuela, Art. 42, ordinal 2°.

²³ Cfr. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 452; Gerhardt Plöchl, *Die Öffentliche... cit.*, p. 3.

²⁴ Cfr. Fernando Garrido Falla, *Tratado... cit.*, Tomo II, p. 313.

²⁵ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 331.

²⁶ Cfr. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 452; Tore Modeen, *Le Régime des Activités... cit.*, p. 20; Elis Hastad, “Tipos de Industrias Nacionalizadas”, *loc. cit.*, p. 64.

jerarquizada.²⁷ Por tanto, desde el punto de vista del Derecho Administrativo, la confusión orgánica de esta forma indiferenciada de gestión determina, para el estudio de su problemática fundamental, una remisión en bloque a las regulaciones generales de dicha rama jurídica.²⁸ Sin embargo, es necesario insistir en algunas de sus peculiaridades.

16. En primer lugar, aun cuando existen excepciones como en Suecia, donde por ausencia de la dirección ministerial, están sometidas al jefe del departamento,²⁹ generalmente están sometidas a la autoridad inmediata del Ministro respectivo,³⁰ y, por tanto, a todos los mecanismos e instancias ordinarios de los organismos administrativos,³¹ hasta tal punto de que, por ejemplo, en Bélgica, es imposible para las personas administrativas competentes el renunciar a su autoridad jerárquica sobre las empresas públicas sin personalidad.³² En esta forma, Theo Keller ha señalado que la eficacia del esfuerzo para conseguir la máxima economía posible peligra, por más serio que sea, debido a la coordinación de la institución no autónoma en el engorroso engranaje generalmente escalonado y molesto de instancias administrativas, y debido a la limitación, muchas veces demasiado rigurosa, de las atribuciones de aquellos cargos directivos, a los cuales en el sector privado corresponden las facultades más amplias para tomar decisiones por iniciativa propia y, con ello, para la rápida adaptación a las exigencias que puedan surgir en cada situación nueva.³³

Esto ha producido, quizás, que estas empresas, como en Finlandia, tengan la característica de que ellas estén por prioridad y exclusivamente al servicio de las necesidades propias de los servicios públicos, como, por ejemplo, los Talleres

²⁷ Cfr. Elis Hastad, “Tipos de Industrias...”, *loc. cit.*, p. 64; R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 454; M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 390; Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, *cit.*, p. 9.

²⁸ Cfr. F. Garrido Falla, *Tratado...*, *cit.*, Tomo II, p. 314; Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, *cit.*, p. 6.

²⁹ Vid. Elis Hastad, “Tipos de Industrias Nacionalizadas”, *loc. cit.*, p. 64.

³⁰ Cfr. M. S. Giannini, “Sobre las Empresas Públicas”, *loc. cit.*, p. 17; Marín Marín, *Aspectos de la Administración Pública Autónoma*, *cit.* p. 280; Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, *cit.*, p. 13; M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 390; Elis Hastad, “Tipos de Industrias...”, *loc. cit.*, p. 64; ONU, *Some Problems in the...*, *cit.*, p. 6; A. H. Hanson, “L’Organisation des Entreprises...”, *loc. cit.*, p. 110.

³¹ Cfr. Josef Marschall, Informe Austríaco al IV CIEF, *loc. cit.*, Vol. IV, p. 237.

³² Vid. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 419.

³³ Vid. Theo Keller, “La Economía Propia de las Comunidades Públicas”, en W. Gerloff y F. Newmark, *op. cit.*, p. 154; Gerhardt Plöchl, *Die Öffentliche...*, *cit.*, p. 7.

Generales de los Ferrocarriles y la Imprenta del Estado.³⁴ Esto mismo sucede en Alemania y Venezuela respecto a la Imprenta del Bund y la Imprenta Nacional.³⁵

17. Por otra parte, el servicio económico no autónomo no dispone de patrimonio propio. Por lo tanto, para la obtención de sus créditos de inversión y de sus medios de explotación, depende completamente de la colectividad pública a la que pertenece. Esto significa, que ella misma no dispone de crédito³⁶ y que, por ejemplo, no tiene la posibilidad de cubrir sus necesidades de inversión mediante la colocación de empréstitos propios en el mercado de capitales.³⁷ En otras palabras, el titular jurídico de un servicio económico no autónomo o empresa de gestión directa, es únicamente el organismo público al que pertenece, y dicho organismo o colectividad pública es el sujeto de todos los derechos y responde por todas las obligaciones que hayan nacido en el marco de la empresa.³⁸

18. La falta de autonomía en cuanto al derecho patrimonial involucra, para la empresa propia o *régie industrielle*, la subordinación a la obligación presupuestaria. Esto tiene como consecuencia que la empresa, organizada en forma de *régie*, debe presentar un presupuesto parcial dentro del proyecto presupuestario general del Estado o del ente local respectivo. Su aprobación por el Parlamento significa, entonces, la fijación de determinados objetivos de inversión para los fondos disponibles y la obligación restrictiva de emplear, para cada una de las finalidades, la cantidad fijada en el presupuesto.³⁹ Otra consecuencia de ello, es la rendición de cuentas en la cual debe informarse sobre el cumplimiento de las finalidades de inversión delimitadas en el presupuesto. Todo esto significa una fuerte restricción a la libertad de manejo financiero que puede afectar, por tanto, la economía de la empresa estatal o local.⁴⁰

Esto ha traído como consecuencia y es una manifestación que se observa claramente en el Derecho Comparado, que el Estado haya querido dotar algunas veces a estos servicios de carácter industrial y comercial, de un estatuto menos

³⁴ Vid. Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, cit., p. 11.

³⁵ Vid. Wolfgang Zetzschke, "Las Empresas Públicas en la República Federal Alemana", *ICE*, marzo 1964, p. 95; Misión Shoup, *Informe sobre el Sistema Fiscal de Venezuela*, Caracas, Tomo II, p. 160.

³⁶ Cfr. Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, cit., p. 7 y 8; Gerhardt Plöchl, *Die Öffentliche...*, cit., p. 13.

³⁷ Cfr. Theo Keller, "La Economía propia de las Comunidades...", loc. cit., p. 154; Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, cit., p. 8; Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, cit., p. 9.

³⁸ Cfr. Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, cit., p. 8.

³⁹ Cfr. Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, cit., p. 9 y 10, Gerhardt Plöchl, *Die Öffentliche...*, cit., p. 13.

⁴⁰ Cfr. Theo Keller, "La Economía propia de las Comunidades Públicas", loc. cit., p. 154; A. H. Hanson, "L'Organisation des Entreprises...", loc. cit., p. 110.

estricto desde el punto de vista de las reglas presupuestarias y contables y de gestión, sin necesidad de tener que acudir a la técnica de la descentralización orgánica, que implica la creación de personas jurídicas distintas del Estado.⁴¹ Tal cosa sucede, por ejemplo, con la creación de los llamados patrimonios autónomos en España,⁴² Italia,⁴³ Francia,⁴⁴ y Bélgica.⁴⁵

Por otra parte, en principio, los ingresos que tengan esos servicios económicos no autónomos se consideran como rentas del Estado, y, por tanto, deben ingresar al Tesoro, como es el supuesto de Suecia y Venezuela.⁴⁶ En relación a esto, sin embargo, asimismo el Derecho Comparado muestra excepciones, con la existencia de las llamadas Cajas Especiales, en que los ingresos no entran al Tesoro General.⁴⁷

19. En relación con el régimen de los bienes pertenecientes a las *régies* o servicios económicos no autónomos, éste corresponde integralmente a la domanialidad pública, es decir, dichos bienes son inalienables e inembargables;⁴⁸ y, por tanto, desde el punto de vista económico, los bienes invertidos en la empresa, al no estar separados jurídica ni contablemente del patrimonio del Estado, no es posible abarcarlos ni siquiera en una cuenta de inversión, ni pueden hacerse figurar en un balance.⁴⁹

20. Por último, estando integrados esos servicios económicos no autónomos a la Administración del Estado o de una colectividad pública, el régimen del personal es el mismo que rige para los agentes del Estado, y, por tanto, rige el estatuto de la función pública, como sucede en Bélgica, Alemania, Suecia, Francia y España.⁵⁰ Esto, por supuesto, implica inevitablemente una

⁴¹ Cfr. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 420; M. A. Flamme, “La Empresa Pública...”, *loc. cit.*, p. 110.

⁴² Vid. F. Garrido Falla, “Las Empresas Públicas”, *loc. cit.*, p. 134.

⁴³ Vid. M. S. Giannini, “Sobre las Empresas Públicas”, *loc. cit.*, p. 18, M. S. Giannini, *Le Régime des Activités...*, *cit.*, p. 3.

⁴⁴ Vid. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 452; Cfr. S. Marín Marín, *Aspectos de la Administración Pública Autónoma*, *cit.*, p. 281.

⁴⁵ Vid. M. R. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 390, 396, 420 y 433.

⁴⁶ Vid. Artículo 42, ordinal 2º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional de Venezuela; Elis Hastad, “Tipos de Industrias Nacionalizadas”, *loc. cit.*, p. 64.

⁴⁷ Cfr. S. Marín Marín, *Aspectos de la Administración Autónoma*, *cit.*, p. 225 y 282.

⁴⁸ Cfr. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 455; M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 405; Gerhard Plöchl, *Die Öffentliche...*, *cit.*, p. 7.

⁴⁹ Vid. Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, *cit.*, p. 12.

⁵⁰ Vid. M. A. Flamme. “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 403; Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, *loc. cit.*, p. 6. En cuanto a Francia, Vid. S. Marín Marín, *Aspectos de la Administración Autónoma*, *cit.*, p. 280. Vid., asimismo, ONU, *Some Problems in the*

rigidez en la actividad de la empresa. Ello dificulta tanto la adaptación de la esfera de acción al correspondiente funcionario, como la posibilidad de atraer a las personas aptas para la tarea concreta. A esto contribuye especialmente el rígido escalafón de remuneraciones, que fija los límites máximos, colocando frecuentemente las remuneraciones de los empleados directivos de las empresas públicas debajo de las tarifas que rigen para empleos análogos en la economía privada.⁵¹

En otros países, sin embargo, el personal de estos servicios no autónomos está colocado en un régimen de Derecho Privado, como sucede en Finlandia.⁵²

3. Régimen jurídico externo

21. En principio, y dada la naturaleza de la actividad que desarrollan las *régies* o empresas propias, en todo lo que concierne a su actividad externa, el Estado está sometido a las normas de Derecho Privado y especialmente a las de Derecho Mercantil, sobre todo en los contratos concluidos con sus clientes y proveedores.⁵³ Por tanto, en principio, en aquellos países donde existe una dualidad de competencia jurisdiccional, administrativa y ordinaria, basada en la naturaleza de la actividad desarrollada por el ente público, como, por ejemplo, en Francia, Austria, Bélgica y Venezuela, la competencia para conocer de los litigios que surjan con motivo de la realización de estas actividades comerciales, corresponde a la jurisdicción mercantil ordinaria,⁵⁴ salvo cuando las empresas en *régie*, gestionen un servicio público, pues en este supuesto, ellas se benefician de todas las prerrogativas de la persona pública con la cual se confunden, como sucede en Francia.⁵⁵

En ciertos sistemas, como en el venezolano, la empresa industrial no autónoma, aun cuando desarrolla su actividad sometida en principio al Derecho Mercantil, goza de todas las prerrogativas de poder público, pues la ausencia de

Organization..., cit., p. 6; Elis Hastad, “Tipos de Industrias Nacilizadas”, loc. cit., p. 64; Gerhardt Plöchl, *Die Öffentliche...*, cit., p. 7.

⁵¹ Cfr. Theo Keller, “La Economía propia de las Comunidades Públicas”, loc. cit., p. 155; Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, cit., p. 6.

⁵² Vid. Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, cit., p. 10.

⁵³ Cfr. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, loc. cit., p. 455; M. S. Giannini, “Sobre las Empresas Públicas”, loc. cit., p. 16 a 18; M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, loc. cit., p. 414 y ss.

⁵⁴ Vid. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, loc. cit., p. 455 y ss.; Gerhardt Plöchl, *Die öffentliche...*, cit., p. 16; M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, loc. cit., p. 416; Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, p. 327.

⁵⁵ Vid. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, loc. cit., p. 456.

una personalidad separada, la asimila al Estado. En este sentido, goza de todos los privilegios y prerrogativas procesales, no pudiendo tampoco ser gravada con impuestos. Algo similar sucede en Bélgica, donde entre otras situaciones especiales, los bienes de las *régies*, no están sujetos a vías de ejecución forzosa.⁵⁶

22. Por otra parte, y aun cuando en principio el Estado desarrolle a través de las *régies* una actividad industrial o comercial sometida en principio, en su aspecto externo, al Derecho Mercantil, es general la solución del Derecho Comparado de que no tiene por ello el carácter de comerciante.⁵⁷ En este sentido, en Venezuela, por ejemplo, el Código de Comercio señala que las entidades públicas territoriales “no pueden asumir la cualidad de comerciantes, pero pueden ejecutar actos de comercio; y en cuanto a estos actos, quedan sujetos a las leyes mercantiles”.⁵⁸

En Austria, al contrario, las empresas de gestión directa tienen la consideración de comerciantes si explotan un negocio comercial. Sin embargo, señala Plöchl, cuando la empresa excede el volumen del pequeño comercio, no está obligada a inscribirse en el Registro Mercantil como persona privada, sino solamente está facultada para ello.⁵⁹

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACTIVIDADES INDUSTRIALES Y COMERCIALES DESARROLLADAS POR EL ESTADO A TRAVÉS DE ENTES DOTADOS DE PERSONALIDAD PROPIA Y SEPARADA

“En droit administratif, nous n'avons à nous occuper que des personnes morales qui se trouvent audessous de la personne morale suprême, au-dessous de l'Etat”. OTTO MAYER, Le Droit Administratif Allemand, Tome IV, Paris, 1906, p. 260.

1. Introducción

23. Ciertamente, el estudio del régimen jurídico de las actividades industriales y comerciales del Estado se encuentra con sus más graves obstáculos al analizar las variadas y diversas formas jurídicas dotadas de personalidad propia y separada de la del Estado, a través de las cuales los poderes públicos desarrollan

⁵⁶ Vid. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 419, Gerhard Plöchl, *Die öffentliche..., cit.*, p. 12.

⁵⁷ Cfr. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 416; S. Marín Marín, *Aspectos de la Administración Autónoma, cit.*, p. 281; F. Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo, cit.*, Tomo II, p. 314.

⁵⁸ Artículo T del Código de Comercio de Venezuela.

⁵⁹ Vid. Gerhard Plöchl, *Die Öffentliche..., cit.*, p. li,

dichas actividades; siendo, por otra parte, una tendencia general en el Derecho Comparado, la creación de esos entes. En efecto, y en cuanto a los que tienen su origen en las nacionalizaciones, Katzarov ha indicado que el análisis de las estructuras que reviste la nacionalización permite constatar por doquiera una tendencia muy clara a separar jurídica y formalmente, los sujetos que animan la vida económica nacionalizada de la persona jurídica del Estado. Esta tendencia, por otra parte, no resulta tanto del hecho de que el Estado, cuando llevó a cabo la nacionalización, se encontrara en presencia de sujetos de Derecho ya existentes -las empresas privadas- que él nacionalizó, sino que las causas deben ser buscadas más bien en el instinto de conservación: cuando se realizan nacionalizaciones es evidente que el presupuesto del Estado podría encontrarse amenazado por las sacudidas imputables al período transitorio anterior a la normalización de la economía nacionalizada.⁶⁰

Pero en todo caso, si bien la tendencia a crear entes separados jurídica y patrimonialmente de la administración, ha sido generalizada, el legislador, por lo común, no ha recurrido a las diversas formas jurídicas con criterios uniformes; al contrario y más bien, dice Langrod, ha recurrido a una o a otra forma de acción por necesidades pasajeras, por oportunismo, hábito o simplemente por azar, por respeto a la simetría de las administraciones “regulares”, que él piensa así salvaguardar, o, en fin, para mejor disfrazar al Estado en comerciante “verdadero”.⁶¹

Ello ha dado origen a que en muchas oportunidades la diferencia entre la realidad del ente y la forma jurídica escogida sea patente:⁶² de ahí que se diga que estas formas en ciertas oportunidades, y sobre todo cuando se escoge la forma mercantil, no son más que una fachada⁶³ o un disfraz externo⁶⁴ o simplemente una ficción.⁶⁵

24. Pero el problema fundamental que se plantea para el jurista en su labor comparativa al estudiar estos aspectos es el de la imposibilidad de clasificar, en forma absoluta, a toda la diversidad de figuras jurídicas con personalidad jurídica propia, en la categoría de personas de Derecho Público (por ejemplo, siguiendo los lineamientos del establecimiento público), o en la categoría de personas de Derecho Privado (por ejemplo, la sociedad anónima de capital público).

⁶⁰ Vid. K. Katzarov, *op.cit.* p. 326.

⁶¹ Vid. G. Langrod, “L’Entreprise Public en Droit Administratif Comparé”, *loc. cit.*, p. 220.

⁶² Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 332.

⁶³ Vid. G. Langrod, “L’Entreprise Public...”, *loc. cit.*, p. 219.

⁶⁴ Vid. J. L. Villar Palasi, “La Actividad Industrial del Estado...”, *loc. cit.*, p. 90.

⁶⁵ Vid. Antonio Brochado Da Rocha, *Informe Brasileño II al IV CIEF*, *loc. cit.*, Vol. IV., p. 105.

En efecto, cuando la empresa pública se coloca de lleno en el campo público, y aunque dotada de personalidad y autonomía financiera, se mueve aún según el concepto de imperium, de acuerdo con las normas propias de la administración, la duda, evidentemente, se inclina a favor del régimen de Derecho Administrativo. Cuando, por el contrario, el Estado en su gestión económica ha escogido la forma de Derecho Privado, sometida a las reglas de la actuación privada y a los preceptos del Derecho Civil y Mercantil, la decisión tampoco es difícil.⁶⁶ Pero no son los casos límites, sino más bien los intermedios los que plantean difícil solución.

En efecto, en los sistemas que no siguen los lineamientos del Derecho europeo continental y en los cuales no se puede recurrir en forma absoluta a la clasificación en personas públicas y personas privadas, la categoría intermedia de estas figuras jurídicas prolifera. Así, en relación, por ejemplo, a los países anglosajones, donde, como en Inglaterra, “no está establecida con mucha claridad la distinción entre sujetos públicos y privados”,⁶⁷ no puede encuadrarse a la Public Corporation en el esquema rígido del Derecho continental, sino que, por su propia naturaleza aparece como una entidad de carácter semipúblico.⁶⁸

Por otra parte, en relación a los países de régimen socialista y economía planificada, las empresas nacionalizadas aparecen, generalmente, como una síntesis entre la persona de Derecho Público y la persona de Derecho Privado. A tal efecto, Katzarov ha señalado que si tomamos como criterio de la diferenciación entre personas jurídicas de Derecho Público y personas jurídicas de Derecho Privado, la manera cómo ellas han sido constituidas y cómo subsisten; si admitimos, en otras palabras, que la persona jurídica de Derecho Público es la que está constituida y que existe de derecho en virtud de una ley, en tanto que la persona jurídica de Derecho Privado resulta de una transacción jurídica, tenemos que reconocer que la empresa estatal no encuentra su lugar ni dentro de una, ni dentro de la otra categoría.⁶⁹ No estamos, pues -agrega Katzarov-, en presencia de algo sustancialmente nuevo, sino de una nueva combinación a la que podríamos aplicar la expresión “paraestatal”, o semipúblico, etc., si nos empeñáramos en forma absoluta en darle una calificación propia; esta combinación nos lleva, dentro del Derecho general público y privado, a complicaciones e innovaciones importantes que plantean graves problemas.⁷⁰

⁶⁶ Cfr. F. Labadie Otermín, “Problemática de la Empresa Pública”, *loc. cit.*, p. 173.

⁶⁷ Vid. Laureano Lopez Rodo, “Las Empresas Nacionalizadas en Inglaterra”, *RAP*, N° 3, 1950, p. 393.

⁶⁸ Cfr. L. Lopez Rodó, “Las Empresas Nacionalizadas...”, *loc. cit.*, p. 395.

⁶⁹ Vid. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 337.

⁷⁰ Vid. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 339.

25. Ante esto, evidentemente, el estudio de las formas jurídicas personalizadas utilizadas por el Estado para desarrollar sus actividades económicas, no puede limitarse al análisis de los establecimientos públicos (personas públicas) y de las sociedades mercantiles (personas privadas) con capital público o mixto, sino que ha de abarcar también esas categorías o formas jurídicas intermedias entre las personas públicas y las personas privadas, como son las *Public Corporations* inglesas, las *Government Corporations* norteamericanas y las empresas estatales de los países socialistas. Además, el Derecho Comparado nos muestra otras categorías intermedias, en esta oportunidad entre la persona pública (establecimiento público) y la *régie industrie* lie antes estudiada, como es el caso de la llamada en Bélgica *Régie d'Etat*, y que es necesario asimismo estudiar separadamente.

Por tanto, nuestro estudio comparativo de las formas jurídicas personalizadas utilizadas por el Estado para desarrollar sus actividades industriales o comerciales, y sus diversos regímenes jurídicos, lo haremos -sin olvidar la veracidad de la afirmación de R. Drago de que toda clasificación en esta materia comporta necesariamente un aspecto artificial-⁷¹ analizando separadamente, la *Régie d'Etat* o administraciones estatales instituidas para actividades comerciales, el establecimiento público industrial y comercial, las formas jurídicas intermedias (*Public* y *Government Corporations* y empresas estatales de los países socialistas), y las sociedades mercantiles de capital público, íntegro o mixto, según la mayor o menor aplicación del Derecho Público a su actividad.

2. *Las regies d'État*

26. Dentro de esta primera categoría intermedia entre la *régie industrielle* y el establecimiento público, podemos incluir las *Régies d'Etat* belgas, cuya terminología acogemos, y las administraciones estatales instituidas para actividades comerciales de Noruega y Finlandia.⁷² Las *régies d'Etat* belgas, tal como las define M. A. Flamme, son servicios públicos nacionales centralizados y personalizados, administrados directamente por el Ministro respectivo, y como consecuencia, desprovistos de toda autonomía orgánica. Estas *régies* gozan, sin embargo, de una autonomía técnica, tienen una contabilidad comercial y un patrimonio distinto, y son objeto de una gestión industrial de costo, lo que es imposible para el Estado.⁷³ Existen en Bélgica, tres *Régies d'Etat*, cuya actividad es indiscutiblemente comercial: *La Régie des services frigorifiques de l'Etat*; la *Régie des Télégraphes et Téléphones* (RTT); la *Régie des Voies Aeriennes* (RVA).

⁷¹ Vid. R. Drago, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 452.

⁷² Vid. Elis Hastad, "Tipos De Industrias Nacionalizadas", *Loc. cit.*, p. 64.

⁷³ Vid. M. A. Flamme, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 391.

Por tanto, lo que distingue a las *Régies d'Etat* belgas de los servicios económicos no autónomos (*régies industrielles* francesas), es el solo hecho de la posesión de la personalidad. En este caso, el otorgamiento de la personalidad jurídica al servicio, no le hace perder su carácter de administración centralizada, cuando el objetivo es esencialmente permitir a ciertas empresas estatales de carácter industrial o comercial, de escapar a las reglas de gestión financieras y contables tradicionalmente en vigor para el Estado, ya que las administraciones así personalizadas quedan siempre bajo la autoridad directa y jerárquica de un Ministro.⁷⁴

Dentro de esta categoría de las *Régies d'Etat*, podrían incluirse en Finlandia las empresas industriales del Estado dotadas de un comité de dirección propio, que no se distinguen asimismo de las empresas gestionadas directamente por el Estado, sino por el otorgamiento de la personalidad, aun cuando no estén sometidas a la autoridad directa del Ministro.⁷⁵

Por otra parte, las *régies d'Etat* así concebidas, se distinguen de los establecimientos públicos que veremos más adelante, aunque ambos tengan personalidad jurídica, por el hecho señalado de que el Ministro ejerce sobre las primeras un poder jerárquico, y sobre los otros, un poder de tutela que no le da derecho generalmente de tomar decisiones, sino solamente aprobar o rechazar resoluciones.⁷⁶

27. En Bélgica, todas estas administraciones personalizadas, como se ha dicho, entonces, permanecen centralizadas, pues ellas son gestionadas, no por autoridades distintas de las del Estado, sino por representantes del poder central sometidos al control jerárquico del Ministro bajo el cual cada una de esas administraciones se encuentra colocada. Así, de acuerdo con su propia Ley Orgánica, la *Régie de Télégraphes et des Téléphones* belga está representada y administrada por el Ministro, quien tiene los Telégrafos y Teléfonos en sus atribuciones, aun cuando un Comité de vigilancia esté encargado del control de la contabilidad.⁷⁷ Al contrario, como se ha dicho, en Finlandia estas empresas se encuentran sometidas a un Comité de Dirección especial, aunque sometidas a un notable control gubernativo.⁷⁸

⁷⁴ Cfr. M. A. Flamme, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 398; Victor Crabbe, "La Empresa Pública en Bélgica", *ICE*, marzo 1964, p. 115.

⁷⁵ Vid. Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, *cit.*, p. 9 y 11; Elis Hastad, "Tipos de Industrias Nacionalizadas", *loc. cit.* p. 64.

⁷⁶ Cfr. Antonio Brochado Da Rocha, *Informe Brasileño II al IV CIEF*, *loc. cit.*, Vol. IV, p. 103.

⁷⁷ Vid. M. A. Flamme, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 397.

⁷⁸ Cfr. Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, *cit.*, p. 9; Elis Hastad, "Tipos de Industrias Nacionalizadas", *loc. cit.*, p. 64.

28. Desde el punto de vista del presupuesto, se considera a estas empresas como un departamento gubernativo⁷⁹ y, por tanto, en Finlandia, no disponen de un capital propio y dependen totalmente del presupuesto del Estado en el cual se hace la estimación de los gastos de inversión y de otro orden.⁸⁰ En cuanto a los bienes de las Régies d'Etat belgas, al igual que los bienes de los servicios administrativos no personalizados, están sometidos al régimen de la domanialidad. Ahora bien, como la Régie d'Etat goza, de personalidad separada, se ha considerado que el Estado ha cedido en propiedad a las mismas esos bienes, pero con la advertencia de que esta cesión de propiedad es considerada realmente como un artificio jurídico, pues lejos de implicar una disminución de los haberes del Estado, reserva al Gobierno el ejercicio de ciertos derechos que mitigan singularmente el carácter, a primera vista absoluto, de la cesión.⁸¹

29. Por otra parte, dada la naturaleza específica de estas Régies d'Etat belgas, el personal que presta sus servicios en las mismas está sometido al estatuto reglamentario de los agentes del Estado, al igual que lo que sucede en las régies francesas o servicios no personificados.⁸² En Finlandia y Noruega, al contrario, las administraciones estatales instituidas para actividades comerciales tienen un sistema salarial más libre, y por lo que respecta a las condiciones de empleo de los obreros, existen algunas diferencias respecto de la relación de empleo público.⁸³

Por último, en relación del régimen jurídico externo de estas empresas públicas, el mismo es similar al visto respecto a los servicios no personificados: a pesar de que realizan actividades comerciales, no tienen la calidad de comerciantes, no pueden comprometer y sus bienes no pueden ser objeto de ejecución forzada.⁸⁴

3. *Los establecimientos públicos industriales y comerciales*

A. *Introducción*

30. Sin necesidad de entrar en la polémica a que ha dado lugar la crisis de la noción de establecimiento público, en Francia, con la proliferación de los establecimientos públicos industriales y comerciales,⁸⁵ es necesario señalar que

⁷⁹ Cfr. Elis Hastad, "Tipos de Industrias Nacionalizadas", *loc. cit.*, p. 64.

⁸⁰ Vid. Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, *cit.*, p. 9.

⁸¹ Cfr. M. A. Flamme, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 405.

⁸² Cfr. M. A. Flamme, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 403.

⁸³ Cfr. Elis Hastad, "Tipos de Industrias Nacionalizadas", *loc. cit.*, p. 65.

⁸⁴ Cfr. M. A. Flamme, *Le Régime des Activités...*, *cit.* (multigrafiada), p. 56, 62 y 72.

⁸⁵ Vid. R. Drago, *Les Crises de la notion d'établissement public*, París, 1950.

en el Derecho Comparado y aun actualmente en la misma Francia⁸⁶ cuando se habla de establecimiento público, se quiere significar, al menos, la existencia de un ente estatal descentralizado dotado de personalidad de Derecho Público.⁸⁷

En este sentido, J. Rivero al constatar la evolución que ha tenido en Francia la noción de establecimiento público -la cual ha perdido todo valor jurídico, ya que no implica ahora necesariamente ni una actividad de servicio público, ni una distinción fundamental con las personas territoriales, ni suministra precisión alguna sobre el régimen jurídico del organismo-, llega a la conclusión, sin embargo, que lo único seguro que puede deducirse de dicha noción, es el carácter de persona pública del organismo concreto, de donde se deriva un control ejercido sobre él por una autoridad de tutela, y su subordinación a ciertas reglas de Derecho Público.⁸⁸

Por tanto, y en este mismo sentido, cuando en este estudio hablamos de establecimientos públicos industriales y comerciales, nos referimos a aquellas personas públicas no territoriales a través de las cuales el Estado desarrolla actividades económicas, y que son denominadas en esa forma en Francia, Bélgica, España, Uruguay y Brasil;⁸⁹ institución pública autónoma en Alemania y Austria,⁹⁰ institutos oficiales autónomos en Venezuela⁹¹ o entidades autárquicas en Argentina,⁹² y entes públicos en Italia.⁹³ En cierta forma, también, la categoría de las *Public Authorities* norteamericana e inglesa podría catalogarse como persona pública e incluirse dentro de esta categoría genérica de establecimientos públicos, ya que por *authority* entienden los norteamericanos un tipo de

⁸⁶ Cfr. M. Waline, *Droit Administratif*, 9º edición, París 1963, p. 383.

⁸⁷ Vid. las referencias al Derecho Comparado (Francia, Alemania, Bélgica, Italia, España, Latinoamérica) hechas en el N° 12.

⁸⁸ Vid. Jean Rivero, *Droit Administratif*, 2º edición, París, p. 404.

⁸⁹ Vid. R. Drago, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 452; M. A. Flamme, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 392 y 398; F. Garrido Falla, "Las Empresas Públicas", *loc. cit.*, p. 135; S. Martín Retortillo B., "Organización Administrativa...", *loc. cit.*, p. 11; Enrique Sayagués Laso, "Les Établissements Publics Économiques en Uruguay", *RISA*, 1956, N° 1, p. 5 a 15; Antonio Brochado Da Rocha, *Informe Brasileño II al IV CIEF*, *loc. cit.*, Vol. IV, p. 101

⁹⁰ Vid. Gerhardt Plöchl, *Die öffentliche...*, *cit.*, p. 4; Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, *cit.*, p. 2; Cfr. Theo Keller, "La Economía propia de las Comunidades Públicas", *loc. cit.*, p. 156.

⁹¹ Vid. Tomás Polanco, "La Administración Pública", en *Anales de la Facultad de Derecho*, Caracas, 1951, p. 315 y ss.

⁹² Vid. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, *cit.*, Tomo I, p. 433.

⁹³ Vid. M. S. Giannini, "Sobre las Empresas Públicas", *loc. cit.*, p. 18; M. S. Giannini, *Le Régime des Activités...*, *cit.*, p. 4.

organismo público administrativo con especiales poderes de gobierno;⁹⁴ sin embargo, hemos preferido, por sus peculiaridades, darle un tratamiento aparte, como forma jurídica intermedia.

B. Régimen jurídico interno

31. La existencia de entes públicos económicos dotados de personalidad jurídica propia, no es más que una manifestación de la llamada administración indirecta o mediata del Estado⁹⁵ realizada a través de entes funcionalmente descentralizados de la administración central del mismo.⁹⁶ Por tanto, en principio, el régimen jurídico interno de los establecimientos públicos económicos está determinado por el Derecho Público, sobre todo en lo que se refiere a las relaciones entre el ente descentralizado y la administración central.⁹⁷ Sin embargo, ha dicho Forsthoff, a pesar de la estrecha vinculación al Estado de los órganos administrativos agrupados en la administración estatal mediata, la distinción entre ésta y la administración estatal directa tiene una importancia práctica considerable: fundamentalmente la administración estatal se halla fuera de la serie de las autoridades directas del Estado, a las que no está supeditada en el sentido de una subordinación oficial.⁹⁸

32. Sin embargo, ese régimen interno de Derecho Público que en principio caracteriza a los establecimientos públicos económicos, se refleja, en primer lugar, porque generalmente la creación de esas personas públicas requiere ley especial, como en Francia, Alemania, Bélgica y Venezuela.⁹⁹

33. Por otra parte, el régimen interno de Derecho Público de los establecimientos públicos industriales y comerciales incide sobre su organización, que se caracteriza por el grado de autonomía de que disponen frente a la administración central. Es quizás éste el aspecto más importante del régimen de los establecimientos públicos económicos: en ellos, en los cuales son importantes las rápidas decisiones, las intervenciones directas de órganos políticos y de la administración central son excepcionales, quedando la dirección de la empresa en forma independiente en un órgano especial de gestión.

⁹⁴ Cfr. Fernando Garrido Falla, "La Intervención Administrada en materia Económica y las Corporaciones del Gobierno en Norteamérica", *RAP*, N° 3, Madrid, 1950, p. 424.

⁹⁵ Vid. Fernando Garrido Falla, *Administración Indirecta del Estado y Descentralización Funcional*, Madrid, 1950 p. 11 y ss.; Ernst Forsthoff, *op. cit.*, p. 598 y 607.

⁹⁶ Cfr. Mariano Baena Del Alcazar, "Los Entes funcionalmente descentralizados y su relación con la Administración Central", *RAP* N° 44, 1964, p. 62.

⁹⁷ Vid. Natalia Gajl, "Les Entreprises d'Etat en France, en Italie et en Pologne", *loc. cit.*, p. 156.

⁹⁸ Vid. Ernst Forsthoff, *op. cit.*, p. 610.

⁹⁹ Cfr. André Martin-Pannetier, *Eléments d'analyse comparative des établissements publics en Droit français et en Droit anglais*. París, 1966.

En efecto, en el esquema corriente de la descentralización de las empresas públicas, la dirección de éstas corresponde a un Consejo de Administración, estando bajo las órdenes del mismo un director o director general como órgano ejecutivo. Mostrando el esquema francés, R. Drago señala que el Consejo de Administración está constituido sobre la base del sistema representativo, según las reglas de la gestión tripartita (Estado, empleados, consumidores) utilizada por las empresas que surgieron de las leyes de nacionalización. Este esquema tiene, sin embargo, numerosas variantes, aun cuando los Consejos de Administración tengan siempre representantes del Estado y de los empleados de las empresas. El poder del Consejo de Administración es muy extenso, ya que a él compete determinar la actividad general de la empresa, decidir las operaciones de capital, votar los estados de previsión y las cuentas de ganancias y pérdidas.¹⁰⁰

Similar situación en cuanto a la autonomía del Consejo de Dirección se presenta en Bélgica, Alemania, Austria y Venezuela.¹⁰¹ Sin embargo, los miembros de los cuerpos colegiados de los entes públicos económicos, así como sus directores, son nombrados y removidos por la administración.¹⁰²

34. La creación por el Estado de entidades o instituciones autónomas con fines industriales y comerciales, tiene por objeto fundamental dotar a esos entes de cierta autonomía y flexibilidad para la realización de esas actividades, que no podrían ser desarrolladas cabalmente dentro de los marcos rígidos del Presupuesto Nacional. En esta forma, los establecimientos públicos que desarrollan actividades industriales y comerciales no tienen que someter su presupuesto a la aprobación del Parlamento, sino sólo a la aprobación del Ministro de tutela respectivo.¹⁰³ Por tanto, no están sometidos a la obligación presupuestaria; gracias a ello, estas instituciones están en condiciones no sólo de proceder en cualquier momento a inversiones imprevisibles, que resulten indispensables, sino de acumular fondos de reserva y practicar la autofinanciación. En este sentido, Theo Keller señala, que es precisamente esta autofinanciación la que, de acuerdo con la experiencia, confiere también a la empresa privada una agilidad especialmente grande en su política de inversiones; y esta agilidad aumenta aun en el caso de la empresa pública, porque la mayoría de las veces ésta no se verá impelida, por consideraciones impositivas, a poner

¹⁰⁰ Vid. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 454.

¹⁰¹ Vid. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 398; Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, *cit.*, p. 13; Gerhardt Plöchl, *Die Öffentliche...*, *cit.*, p. 7; Tomás Polanco, “La Administración Pública”, *loc. cit.*, p. 334.

¹⁰² Cfr. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 454; M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 398; Tomás Polanco, “La Administración Pública”, *loc. cit.*, p. 336.

¹⁰³ Cfr. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...” *loc. cit.*, p. 423; M. A. FLAMME, “La Empresa Pública...”, *loc. cit.*, p. 29.

las ganancias a buen recaudo mediante amortizaciones y formación de fondos de reserva.¹⁰⁴

Ahora bien, el hecho de que el presupuesto del establecimiento público no se someta generalmente, junto con la ley de presupuesto estatal, a la aprobación del Parlamento, no significa que éste, indirectamente, no tenga alguna intervención presupuestaria. En efecto, puede decirse que el Parlamento posee medios financieros sobre las empresas públicas constituidas como establecimientos públicos, en la medida en que el Estado les entregue ciertas sumas a título, generalmente, de aporte o de subvención que, en todo caso, el Parlamento debe aprobar en virtud de su competencia presupuestaria general.¹⁰⁵ Además, en Francia, según la ley de 18 de julio de 1949, la nomenclatura de los establecimientos públicos industriales y comerciales, debe ser enviada cada año al Parlamento junto con el Proyecto de Ley de Presupuesto; y conforme a un decreto de 18 de junio de 1956, que determina el modo de presentación del Presupuesto del Estado, el informe económico que precede al proyecto de Presupuesto debe contener un anexo relativo a las empresas públicas, el cual debe indicar, clasificadas por Ministerio de tutela, las previsiones presupuestarias de todos los organismos del sector público para los cuales se ha previsto en el Proyecto de Presupuesto, una ayuda financiera o una garantía del Estado, así como también las cuentas correspondientes al año precedente y al año en curso en la presentación del proyecto.¹⁰⁶

35. En relación a los bienes de los establecimientos públicos industriales y comerciales, en principio están sujetos al régimen de la domanialidad. En efecto, tal como lo indica M. A. Flamme, si el establecimiento público dispone de bienes y de derechos, ello es que, por el artificio de la personalidad jurídica, el Estado ha afectado a un servicio público determinado, ciertas partes de su patrimonio y de poderes de gestión sobre el mismo. De ello se deduce que aun constituyendo una entidad distinta, el patrimonio del establecimiento público es de resto un patrimonio del Estado sometido al control del Tribunal de Cuentas.¹⁰⁷ En líneas generales, este mismo principio rige en Francia, aunque R. Drago señala que actualmente parece que los establecimientos públicos industriales y comerciales tengan tendencia a dejarse asimilar a empresas con forma societaria

¹⁰⁴ Vid. Theo Keller, “La Economía propia de las Comunidades Públicas”, *loc. cit.*, p. 157; Cfr. Gerhardt Plöchl, *Die Öffentliche...*, *cit.*, p. 14.

¹⁰⁵ Cfr. André Delion, *Op. cit.*, p. 71; Contraloría General de la República, La Fiscalización Superior y el Presupuesto Nacional, Ponencia Venezolana al V Congreso Internacional de Entidades Fiscalizadoras (Israel, 1965), Caracas, 1964, p. 6.

¹⁰⁶ Vid. André Delion, *op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁷ Vid. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 406. En general, sobre esto Vid. L. Jacquignon, *Le Régime des Biens des Entreprises Nationales*, París, 1956, Vol. I, p. 210 y ss.

-y que tienen sus bienes “en el comercio”-, y que en interés mismo de sus relaciones comerciales ellos aceptan que sus bienes puedan ser embargados.¹⁰⁸ En Venezuela, por otra parte, se ha señalado que si bien los bienes pertenecientes a los institutos o establecimientos oficiales autónomos no están sometidos al régimen fiscal ordinario previsto para los bienes nacionales, es necesario advertir que el patrimonio neto de esos institutos autónomos, también pertenece a la nación. En efecto, la autonomía que a tales entidades concede la ley, en cuanto a la administración y disposición de los recursos económicos de que se les ha dotado, a los fines de la actividad que motivó su creación, no desvincula el derecho de pertenencia por parte de la nación.¹⁰⁹

Sin embargo, dentro de los bienes utilizados por los establecimientos públicos económicos, es conveniente distinguir dos categorías. En primer lugar, los bienes simplemente puestos a disposición del establecimiento y que pertenecen en propiedad al poder público. Tal es el caso, en Bélgica para el *Port Autonome de Liège*, al cual el Estado y la ciudad de Lieja han aportado en goce o uso, vías de navegación y sus dependencias, que evidentemente continúan perteneciendo al dominio público del Estado o de la comuna.¹¹⁰ En segundo lugar, los bienes poseídos desde su origen o adquiridos en propiedad con fondos propios del establecimiento, y que pertenecen a su dominio público o privado según los criterios tradicionales. En este último caso, es necesario indicar que todo establecimiento es evidentemente libre de adquirir, de enajenar, de arrendar, de aceptar donaciones y legados, bajo el control siempre de la autoridad de tutela, y todos esos bienes pertenecen al establecimiento en concreto.

36. Por otra parte, y en cuanto al régimen del personal de los establecimientos públicos industriales o comerciales, las soluciones del Derecho Comparado no son uniformes. En efecto, en Bélgica y Austria, el personal de los establecimientos públicos se encuentra normalmente en una situación legal y reglamentaria, y ello, porque el régimen de Derecho Público para el personal permite realizar mejor el fin de servicio público perseguido, al permitir por ejemplo, que la autoridad competente pueda modificar unilateralmente el estatuto reglamentario según las necesidades del servicio. En todo caso, dicha situación rige fundamentalmente para los empleados, pudiendo los obreros ser contratados

¹⁰⁸ Vid. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 455; A. G. Delion, *Le Statut des Entreprises Publiques*, París, 1963, p. 230.

¹⁰⁹ Vid. Contraloría General de la República, *La Contabilización y el Control del Patrimonio Estatal*, Ponencia Venezolana al II Congreso Latinoamericano de Entidades Fiscalizadoras (Chile, 1965), Caracas 1965. p. 10.

¹¹⁰ Vid. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 407.

conforme a las normas generales sobre el contrato de trabajo, como sucede en Bélgica, España y Venezuela.¹¹¹

Sin embargo, otro gran sector del Derecho Comparado niega el estatuto de funcionarios públicos al personal de los establecimientos públicos industriales y comerciales. En relación a Francia, R. Drago ha señalado que dicho personal está sometido íntegramente a un estatuto de Derecho Privado, aun cuando en ciertas empresas, existan estatutos resultantes de actos reglamentarios (empresas de electricidad y gas). En todo caso, aun en estos últimos supuestos, las relaciones entre el personal y la empresa están reguladas íntegramente por el Derecho Privado.¹¹² En cuanto al director del establecimiento, sin embargo, su estatuto es un estatuto de Derecho Público: él asegura la dirección general de la empresa, teniendo de hecho, generalmente, un poder de decisión extremadamente extendido y ejerce su autoridad sobre el conjunto del personal.¹¹³

En todo caso, y aun cuando en estos sistemas el régimen del personal sea, en general, el régimen laboral de Derecho Privado existe una limitación concreta en relación al derecho de huelga. En Francia, este derecho se encuentra limitado por la institución de preaviso de cinco días y por la prohibición de las huelgas “*tournantes*”, instituidas por la ley de 31 de julio de 1963. Por otra parte, siempre que se trate de servicios destinados a satisfacer necesidades fundamentales, y cuando una huelga pueda atentar contra esas necesidades de manera suficientemente grave, el gobierno puede proceder a la requisición del personal.¹¹⁴ Esta última situación se presenta en forma similar en Venezuela.¹¹⁵

C. Régimen jurídico externo

37. El principio general en cuanto al régimen jurídico exterior de los establecimientos públicos industriales y comerciales, y es quizás esto lo que los caracteriza frente al establecimiento público clásico, es que está regido por el

¹¹¹ Vid. M. A. Flamme, *Le Régime des Activités...*, cit., (multigrafiada), p. 37; M. A. Flamme, “La Empresa Pública...”, loc. cit., p. 26, Gerhardt Plöchl, *Die Öffentliche...*, cit., p. 7; J. L. Villar Palasí, “La Actividad Industrial del Estado...”, loc. cit., p. 82.

¹¹² Vid. R. Drago. “Le Régime des Activités...”, loc. cit. p. 454; Cfr. G. Langrod, “L'Entreprise Public en Droit Administratif Comparé”, loc. cit., p. 227; Du PONT, op. cit., p. 119; A. G. Delion, *Le Statut...*, cit., p. 166 y ss., A. Martin-Pannetier, *Eléments d'analyse comparative...* cit, p. 173.

¹¹³ Cfr. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, loc. cit., p. 454.

¹¹⁴ Cfr. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, loc. cit., p. 454.

¹¹⁵ Vid. A.R. Brewer C., “El Derecho de Huelga en el concepto de Libertad en el Estado Moderno”, *RFD*, N° 21, 1961, p. 280.

Derecho Privado y concretamente por el Derecho Comercial,¹¹⁶ y en esta forma, los contratos concluidos con sus clientes y suministradores, y la responsabilidad frente a sus clientes, proveedores y terceros, están regulados por el Derecho Privado.

38. Por otra parte, siendo el objeto de los establecimientos industriales y comerciales indudablemente comercial, es el Tribunal de Comercio el competente para conocer de las controversias que nazcan de sus relaciones contractuales y cuasidelictuales con el público en general, proveedores y usuarios.¹¹⁷

39. Ahora bien, aun cuando la situación anterior sea general en el Derecho Comparado, es necesario hacer una distinción entre los establecimientos económicos que gestionan un servicio público y aquellos que no lo hacen. Generalmente, cuando se trata de un servicio público industrial o comercial, las relaciones con los usuarios pueden estar reguladas algunas veces por normas de Derecho Público. En efecto, en Alemania, señala K. Vogel, la relación con los usuarios está reglamentada en todas las instituciones públicas por los estatutos de cada una de ellas, y así, por ejemplo, la relación de uso con el Correo Federal es considerada por la opinión dominante como una relación de Derecho Público y la relación con los Ferrocarriles Federales, como de Derecho Civil. Como consecuencia de ello, para los litigios entre las instituciones públicas y sus usuarios son competentes los tribunales administrativos, en cuanto a la configuración jurídica pública de la relación de uso, y en los demás casos -y sobre la base de una disposición legal especial, también para las relaciones jurídicas públicas de uso en la esfera del Correo Federal-, los tribunales civiles.¹¹⁸

40. Por otra parte, el hecho de que el establecimiento público tenga el carácter de persona pública, lo hace gozar en diversas oportunidades de algunas prerrogativas estatales y de beneficios especiales.

En primer lugar, en Bélgica, por ejemplo, existe prohibición para los establecimientos públicos, como para toda persona pública territorial, de ser parte de un procedimiento arbitral; situación que, contraria a la que rige en Italia, Alemania y los Países Bajos, ha sido criticada por M. A. Flamme.¹¹⁹

¹¹⁶ Cfr. R. Drago, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 452, 455 y 456; M. A. Flamme, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 415; M. S. Giannini, "Sobre las Empresas Públicas", *loc. cit.*, p. 16; M. S. Giannini, *Le Régime des Activités...*, *cit.*, p. 5; Gerhardt Plöchl, *Die öffentliche...*, *cit.*, p. 4.

¹¹⁷ Cfr. M. A. Flamme, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 415 y 416; Du Pont, *op. cit.*, p. 64; Gerhardt Plöchl, *Die Öffentliche...*, *cit.*, p. 16; F. Franchini, "Aspects Juridiques de l'Intervention de l'Etat...", *loc. cit.*, p. 239.

¹¹⁸ Vid. Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, *cit.*, p. 8 y 15.

¹¹⁹ Vid. M. A. Flamme, *Le Régime des Activités...*, *cit.* (multigrafiada), p. 62 a 65.

En segundo lugar, numerosos establecimientos aun de carácter industrial y comercial, gozan de determinadas prerrogativas de la *puissance public*, como, por ejemplo, del poder de expropiación en Bélgica y Venezuela¹²⁰ y de la imposibilidad de que se ejerzan contra ellos, vías de ejecución forzosa. Los establecimientos públicos en Bélgica gozan de esta última prerrogativa con carácter general,¹²¹ y en Venezuela sólo cuando la ley especial se los otorga.¹²² En Francia, aun cuando el principio general es que los bienes de los establecimientos públicos son inembargables, parece haber una tendencia como se dijo, en el sentido de que algunas veces los establecimientos, en interés de sus relaciones comerciales, acepten que sus bienes puedan ser embargados.¹²³

Por otra parte, ciertos establecimientos públicos comerciales e industriales gozan, en virtud de la naturaleza de su actividad, de una situación de monopolio, como, por ejemplo, en Finlandia y en relación a la importación, la Oficina Estatal de Cereales.¹²⁴

En cuanto al régimen fiscal, en principio, dada la actividad que desarrollan estos establecimientos, es el régimen fiscal de Derecho común.¹²⁵

Sin embargo, en múltiples ocasiones, el Estado exonera por vía particular de todos o ciertos impuestos a determinados establecimientos, para fomentar su desarrollo, tal como sucede en Bélgica, Alemania y Venezuela.¹²⁶

41. Por último, y en relación al régimen jurídico exterior de los establecimientos públicos comerciales e industriales, es necesario precisar en el Derecho Comparado, si éstos tienen o no la calidad de comerciantes.

En efecto, ya el mismo problema se ha planteado al analiza la actuación del Estado a través de sus servicios no descentralizados ni personalizados. En estos casos, cuando el servicio público comercial e industrial es explotado directamente por el Estado, sus actividades son imputables al Estado mismo: la persona moral que actúa por intermedio del servicio público industrial y comercial es el Estado, y éste, como hemos visto, no puede adquirir la calidad de comerciante. En efecto, un comerciante es una persona que se dedica

¹²⁰ Vid. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 419; Eloy Lares Martinez, *Manual de Derecho Administrativo*, *cit.*, p. 447.

¹²¹ Vid. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 419.

¹²² Vid. Artículo 74 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional de Venezuela.

¹²³ Vid. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 455.

¹²⁴ Vid. Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, *cit.*, p. 19.

¹²⁵ Cfr. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 457.

¹²⁶ Vid. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 419; Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, *cit.*, p. 11. En Venezuela, Vid. el Artículo 74 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

habitualmente al comercio, haciendo de éste su profesión, y el Estado no puede hacer del comercio una profesión. El puede, ciertamente, realizar actividades comerciales en cierto sector por intermedio de servicios económicos no personalizados, pero él no puede ser denominado comerciante, pues su objetivo fundamental es la defensa del interés general y no la búsqueda de un fin lucrativo. Sin duda, como hemos visto, el servicio económico se verá sometido a ciertas reglas de Derecho Privado, como sucede en todo caso con los servicios públicos *a gestion privée*, pero él no será comerciante, ni estará sometido in totum, por ello, al Código de Comercio.

Supongamos ahora, dice el Decano G. Vedel, que un servicio público industrial y comercial, recibe la personalidad moral y se encuentra así erigido en establecimiento público industrial y comercial; ¿cuál va a ser la consecuencia? Se trata de una persona moral que tiene no solamente como actividad, sino como razón de ser, el hacer el comercio. Aquí la situación cambia profundamente, pues no se está en presencia del Estado que accesoriamente realiza actividades comerciales, sino de una persona moral cuya razón de ser es el hacer el comercio.¹²⁷

Ante este problema, que está planteado todavía, pues las opiniones son contradictorias, G. Vedel concluye preguntándose si el establecimiento público de carácter industrial y comercial no es una categoría nueva del Derecho Administrativo francés, una persona pública comerciante, o más brevemente, un comerciante público”.¹²⁸

En el Derecho Comparado la situación, asimismo, no es uniforme. En efecto, en Austria, las instituciones públicas independientes son consideradas como comerciantes, según el Derecho Mercantil, porque explotan un negocio, y están inscritas en el Registro de Comercio.¹²⁹ En Francia, aun cuando en la doctrina se haya discutido sobre la calidad de comerciantes de los establecimientos públicos industriales y comerciales, R. Drago señala que hoy las empresas públicas tienen la calidad de comerciantes y deben inscribirse en el Registro de Comercio. En relación a esto último, el decreto de 9 de agosto de 1953, reformativo del Registro de Comercio, ha exigido la inscripción de toda empresa pública francesa constituida bajo la forma de un establecimiento público de carácter industrial y comercial con personalidad civil y autonomía financiera,

¹²⁷ Vid. G. Vedel, *Droit Administratif, cit.*, Tomo II, p. 470.

¹²⁸ Vid. G. Vedel, *op. cit.*, Tomo II, p. 471.

¹²⁹ Cfr. Gerhard Plöchl, *Die Öffentliche...*, *cit.*, p. 11.

fórmula que ha sido acogida por el decreto de 27 de diciembre de 1958, sobre el Registro de Comercio.¹³⁰

En Bélgica, por el contrario, la solución que la jurisprudencia ha dado al problema ha sido la de considerar que los establecimientos públicos, aun cuando realicen operaciones comerciales habitualmente, no pueden considerarse como comerciantes, y esta solución tiene una evidente importancia práctica: los organismos señalados, no siendo comerciantes, no están obligados a llevar libros de comercio ni a inscribirse en el Registro de Comercio y, en todo caso, el procedimiento de quiebra les es inaplicable.¹³¹

En Italia, el artículo 7 del Código de Comercio, al sancionar que el Estado, las Provincias y los Municipios, aun pudiendo cumplir actos de comercio, no se convierten en comerciantes, según T. Ascarelli, no enuncia más que un caso particular de una regla más general; en efecto, todas las personas públicas, precisamente porque son tales, se proponen necesariamente una finalidad pública y no la de llevar a cabo profesionalmente actos de comercio; el cumplimiento profesional de actos de comercio no puede más que constituir un medio para la mejor obtención de aquella finalidad pública para la cual están constituidas.¹³² En Venezuela, y ante la redacción similar que trae el artículo 7 del Código de Comercio, se podría hacer el mismo razonamiento, aun cuando en base a una vieja jurisprudencia el profesor R. Goldschmidt haya sostenido que si sus normas reguladoras no se lo prohíben, los institutos autónomos pueden, adquirir la calidad de comerciantes.¹³³

Por último, la opinión de la doctrina española es que ni el Estado ni las otras corporaciones de Derecho Público pueden recibir la calificación de comerciantes, ya que la finalidad de las corporaciones públicas no es jamás el ejercicio del comercio, y si la actividad mercantil se cruza en sus funciones, es siempre de modo accesorio y, precisamente, para la defensa de un interés público.¹³⁴

D. *Formas jurídicas especiales*

42. Aparte del establecimiento público industrial y comercial, configurado como antes se ha visto, como una persona jurídica con forma de Derecho Público,

¹³⁰ Vid. R. Drago, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 456; A. De Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Vol. 3. Paris, 1966, p. 593; A. Martin-Pannetier, *Éléments d'analyse comparative...*, *cit.*, p. 178.

¹³¹ Cfr. M. A. Flamme, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 416.

¹³² Vid. Tulio Ascarelli, *Introducción al Derecho Comercial*, Buenos Aires, 1947, p. 73.

¹³³ Vid. Roberto Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil*, Caracas, 1964, p. 77; Oscar Lazo, *Código de Comercio de Venezuela*, Caracas, 1963, p. 76.

¹³⁴ Vid. J. Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Madrid, 1955, p. 250.

el Derecho Comparado nos muestra algunos entes que también realizan actividades comerciales e industriales y que, a pesar de ser personas públicas, dadas sus funciones y características peculiares, la ley les ha asignado una forma típica del Derecho Privado. Tal es el caso de los establecimientos públicos con forma societaria en Bélgica (*Banque Nationale*),¹³⁵ y en Finlandia (*Alkoholiliike -Sociedad de Alcoholes-; Yleisradio -Sociedad de Radiodifusión-*),¹³⁶ y del Banco Central de Venezuela, que a pesar de ser una persona pública, tiene la forma de sociedad anónima atribuida por su ley creadora.¹³⁷

43. Para estos establecimientos o personas públicas dotados de forma societaria rigen, en líneas generales, algunos de los principios que han sido señalados con anterioridad en relación a los establecimientos públicos.

Sin embargo, aun cuando en Bélgica no se les atribuye a estos entes públicos con forma societaria la calidad de comerciantes,¹³⁸ en Venezuela, al tener la forma de sociedad anónima y no habiendo disposición legal en contrario, conforme lo preceptuado por el Código de Comercio, es necesario atribuirles esa calidad.¹³⁹

44. Por otra parte, y también como forma especial de persona pública utilizada por el Estado para desarrollar sus actividades industriales y comerciales, el Derecho alemán nos muestra, aunque de utilización poco frecuente y sin mayor importancia,¹⁴⁰ las corporaciones de Derecho Público, entendiéndose por tales aquellas asociaciones de Derecho Público con capacidad jurídica, organizadas sobre la base de la cualidad de socio de sus miembros y que garantizan el cumplimiento de objetivos estatales con medios soberanos y bajo la vigilancia del Estado.¹⁴¹ En esta forma, la corporación de Derecho Público se distingue ante todo de las otras entidades administrativas autónomas, porque es una asociación, por lo que todo el edificio de la Corporación Pública descansa sobre la base de la cualidad de socio.

45. Dentro de esta misma categoría de las corporaciones de Derecho Público podemos incluir algunas de las figuras que, en Bélgica, M. A. Flamme denomina asociaciones de Derecho Público, es decir, servicios públicos personalizados, instituidos por el procedimiento de la asociación de personas públicas exclusivamente. Estas asociaciones de Derecho comprenden cooperativas

¹³⁵ Vid. M. A. Flamme, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 399.

¹³⁶ Vid. Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, *cit.*, p. 13 y 14.

¹³⁷ Vid. Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, *cit.*, p. 264 y 265.

¹³⁸ Vid. M. A. Flamme, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 416.

¹³⁹ Vid. artículo 10 del Código de Comercio de Venezuela.

¹⁴⁰ Cfr. Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, *cit.*, p. 3; Theo Keller, "La Economía propia de las Comunidades Públicas", *loc. cit.*, p. 157.

¹⁴¹ Vid. Ernst Forsthoff, *op. cit.*, p. 628.

de los poderes públicos (asociaciones de personas públicas que se caracterizan por la consideración del principio cooperativo: *Crédit Communal* de Bélgica, *Société nationale du Logement*); y asociaciones intercomunales puras, agrupando exclusivamente, con la forma jurídica que sea, personas públicas (comunidades, provincias, etc.), sea en vista de un objeto de interés comunal bien determinado, sea en vista de promover la ordenación económica regional.¹⁴² Estas asociaciones de Derecho Público hacen aplicación de los principios cooperativos en cuanto a su funcionamiento interno, aunque su personal se encuentra sometido generalmente a un régimen estatutario o reglamentario, sus bienes pueden estar sometidos al régimen de la domanialidad pública y no se las considere como comerciantes.¹⁴³

4. *Formas jurídicas intermedias*

A. *Introducción*

46. Aparte de la categoría jurídica antes estudiada, es decir, de los establecimientos públicos industriales y comerciales que, con sus peculiares variantes en uno u otro país, aparecen siempre como personas públicas no territoriales, y sin que por otra parte pueda catalogárselas íntegramente como personas jurídicas con forma de Derecho Privado, surgen en el Derecho Comparado dos series de empresas estatales semipúblicas que es necesario estudiar como categorías jurídicas intermedias.

47. En efecto, en los países anglosajones, y concretamente en el Derecho inglés, no está establecida con mucha claridad la distinción entre sujetos públicos y privados. Ello se debe, señala López Rodó, a que en su régimen tradicional no existían personas de Derecho Público, puesto que no había un *jus singulare* para la administración, y todos los sujetos se hallaban sometidos a los tribunales ordinarios.¹⁴⁴ Por otra parte, sólo ha sido en la primera mitad de este siglo cuando la administración ha ido conquistando prerrogativas y se ha encontrado sometida a un régimen jurídico especial, creándose tribunales administrativos que invaden el campo de la justicia; y aunque por ello pueda ahora comenzarse a hablar de sujetos públicos y privados, según el estatuto legal a que estén sometidos o según el mayor parentesco que guarden con los sujetos de uno y otro tipo, las *Public Corporations* no pueden catalogarse exclusivamente en una u otra categoría, ya que presentan un carácter semipúblico, aun cuando pueda decirse que existe en ellas una presunción a favor de su carácter público.¹⁴⁵

¹⁴² Vid. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 393.

¹⁴³ Cfr. Laureano López Rodó, “Las Empresas Nacionalizadas...”, *loc. cit.*, p. 394.

¹⁴⁴ Vid. Laureano López Rodó, “Las Empresas Nacionalizadas en Inglaterra”, *loc. cit.*, p. 393

¹⁴⁵ Cfr. Laureano López Rodó, “Las Empresas Nacionalizadas...”, *loc. cit.*, p. 394.

48. Por otra parte, en los países de economía planificada, donde el proceso de las nacionalizaciones se hizo aplicando rápidamente las reformas necesarias, sin perder tiempo en realizar estudios profundos, surgieron una serie de formas heterogéneas que han venido a intercalarse entre el hecho de encargarse el Estado directamente de una actividad económica en su calidad de persona jurídica de Derecho Público, y, por otra parte, el mantenimiento aparente de los sujetos de Derecho existentes anteriormente. En esta forma, han surgido las empresas estatales. En ellas, el doble deseo del legislador de someter, por medio de las nacionalizaciones, el conjunto de la vida económica a sus directrices, y de establecer una separación entre el Estado y el patrimonio al igual que la personalidad, de los sujetos encargados de animar la vida económica según los lineamientos del mismo, ha dado por resultado, según afirma Katzarov, la creación de un Derecho material particular -mezcla de Derecho Privado, de Derecho Administrativo y de Derecho Público-¹⁴⁶ bajo cuyo régimen esos sujetos tienen que actuar.

Por ello, en Polonia a estas empresas estatales se las considera como una institución compleja: así, por ejemplo, las relaciones jurídicas en las cuales entra la empresa participando en relaciones económicas con otros organismos y poniéndose en contacto con otros sujetos económicos, son regidas ante todo por las normas de Derecho Civil. Las relaciones jurídicas entre la empresa y los órganos superiores, al contrario, son regidas principalmente por normas de Derecho Administrativo y Financiero, pero en una medida cada vez mayor, también por normas de Derecho Civil.¹⁴⁷

Por tanto, y no pudiendo catalogar en forma rígida las empresas estatales de los países socialistas ni dentro de la categoría de las personas públicas ni de las personas privadas,¹⁴⁸ es necesario estudiarlas también como formas jurídicas intermedias.

B. *Las Public y las Government Corporations*

a. *Introducción*

49. En relación a la *Public Corporation* británica, debe señalarse que no resulta fácil precisar su concepto, ya que, aparte de ser un término muy amplio que abarca no sólo las entidades que rigen empresas nacionalizadas de carácter económico, sino también las que atienden otros fines (de tipo político, social, cultural, etc.), aun respecto de las de tipo económico solamente, no existe en

¹⁴⁶ Vid. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 311, 312, 328 y 329.

¹⁴⁷ Cfr. Zygmunt Rybicki, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 266.

¹⁴⁸ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 337, del mismo autor, "Les Nationalisations en Bulgarie", en *Les Nationalisations en France et à l'Étranger (Les Nationalisations à l'Étranger)*, Paris, 1958, p. 162 y 167.

Inglaterra una legislación uniforme, sino que adoptan muy diversas formas y modalidades.¹⁴⁹ Sin embargo, y ante todo, como ha dicho Robson, la *Public Corporation*, debe considerarse como una persona jurídica o legal que puede comparecer en justicia y ser perseguida ante los tribunales en materia contractual y delictual; y está sometida a la ley nacional ordinaria, salvo las excepciones expresamente establecidas en su ley de creación.¹⁵⁰ Esto, por otra parte, ha sido claramente establecido por la *Court of Appeal* que se ocupó, en el caso *Tamlin vs. Hannaford*, en 1950, del status legal de la *British Transport Commission*, declarando que “ante la ley la Corporation es dueña de sí misma y, en consecuencia, tan plenamente responsable como cualquier otra persona o corporación; no es la Corona y no tiene ninguna de sus inmunidades o privilegios. Sus funcionarios no son funcionarios públicos y sus bienes no son bienes de la Corona. Está tan sujeta a las leyes (*acts*) del Parlamento como cualquier otro súbdito del Rey. Es, desde luego, una autoridad pública, y sus fines son sin ninguna duda fines públicos, pero no es en absoluto un Departamento gubernamental ni sus poderes son poderes de gobierno”.¹⁵¹ De esto queda, pues, absolutamente claro, que una *Public Corporation* no es ni servidor ni agente de la Corona, está sujeta al Derecho común del país en la misma medida aproximadamente que una compañía comercial o una persona privada, exceptuándose sólo las especiales inmunidades concedidas por la ley de creación.¹⁵² Sin embargo, son consideradas, por otra parte, como organismos administrativos autónomos encargados de dirigir e intervenir un determinado sector de la economía;¹⁵³ de ahí que S. Marín Marín las catalogue en un estadio intermedio entre el establecimiento público y las sociedades del Estado, con forma de Derecho Privado.¹⁵⁴

Por tanto, y dado este carácter semipúblico de las *Public Corporations* inglesas, ellas ameritan un estudio separado junto con las *Government Corporations* norteamericanas.

¹⁴⁹ Cfr. Laureano López Rodó, “Las Empresas Nacionalizadas en Inglaterra”, *loc. cit.*, p. 388. De ahí que Gustavo Lessa constate la ausencia casi absoluta de definiciones de la *Public Corporation* en la doctrina inglesa: *Vid.* Gustavo Lessa, *As Corporales Públicas na Grã-Bretanha*, Rio de Janeiro (s/f), p. 9.

¹⁵⁰ *Vid.* W. A. Robson, *Les Nationalisations en Grande-Bretagne en Les Nationalisations en France et a l'étranger (Les Nationalisations à l'étranger)*, París, 1958, p. 28; del mismo autor, “La *Public Corporation* en Gran Bretaña”, *RAP*, N° 22, 1957, p. 115.

¹⁵¹ *Vid.* William A. Robson, *Industria Nacionalizada y Propiedad Pública*, Madrid, 1964, p. 71.

¹⁵² Cfr. W. A. Robson, “La *Public Corporation* en Gran Bretaña”, *loc. cit.*, p. 115.

¹⁵³ Cfr. F. Garrido Falla, “Las Empresas Públicas”, *Loc. cit.*, p. 137; M. A. Flamme, “La Empresa Pública...”, *loc. cit.*, p. 81.

¹⁵⁴ *Vid.* S. Marín Marín, *Aspectos de la Administración Pública Autónoma*, *cit.*, p. 274.

50. En efecto, las corporaciones del Gobierno norteamericanas han sido consideradas también como empresas de propiedad pública que han sido incorporadas al Derecho Federal, estatal o local para un negocio particular o un propósito financiero. Están calcadas sobre los moldes de las corporaciones privadas y generalmente gozan de la facultad de realizar empréstitos, retener beneficios y operar libres de los controles ordinarios fiscales y personales del Gobierno, y, como tales, también tienen capacidad para demandar o ser demandadas en juicio.¹⁵⁵ Hay que señalar, sin embargo, que las *Government Corporations* también carecen de un estatuto jurídico uniforme, por lo que la enumeración de sus características habrá de hacerse, asimismo, en términos de gran generalidad. Además, esta falta de uniformidad se refleja fundamentalmente en las notas que marcan su grado de conexión a la Administración Federal americana,¹⁵⁶ por lo que su configuración jurídica general como persona pública o privada se hace más difícil. Es necesario señalar, sin embargo, que Pfiffner, al constatar la práctica de la creación de personas jurídicas públicas dotadas de cierta autonomía, pero más o menos dependientes del Estado, que existe en el Derecho europeo, concluye señalando que las corporaciones del Gobierno norteamericanos podrían ocupar un lugar paralelo a los *établissements publics* franceses y a los *enti parastatali* italianos.¹⁵⁷

En todo caso, debe indicarse que las *Government Corporations* que tuvieron como modelo las *Publics Corporations* británicas, se han alejado progresivamente de las ventajas de estas últimas, sobre todo debido al *Government Corporation Control Act* de 1945 que, según afirma Pritchett, convirtió materialmente a las corporaciones del Gobierno en agencias parecidas a los departamentos usuales del mismo, debido a la fiscalización que estableció.¹⁵⁸ Ello, unido a los dispositivos de la *Ramspeck Act* de 1940 han conducido a A. Abel a indicar que dichas normas han recortado, global y sistemáticamente, los rasgos distintivos que daban a esas corporaciones utilidad, hasta el punto de que, sin una modificación de la legislación, resulta difícil percibir para qué finalidades pueden servir actualmente en los Estados Unidos.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Cfr. F. Garrido Falla, "La Intervención Administrativa en Materia Económica y las Corporaciones del Gobierno en Norte América", *loc. cit.*, p. 417; J. N. Hazard, *Law Regulating...*, *cit.*, p. 7; Albert S. Abel, "La Corporación Pública en los Estados Unidos", *ICE*, marzo 1964, p. 143.

¹⁵⁶ Cfr. F. Garrido Falla, "La Intervención Administrativa...", *loc. cit.*, p. 423.

¹⁵⁷ Vid. Pfiffner, *Public Administration*, Nueva York, 1946, p. 114.

¹⁵⁸ Vid. Herman Pritchett, "The Government Corporation Control Act of 1945", *The American Political Science Review* (1946). p. 495, *cit.* por J. N. HAZARD, *Law Regulating...*, p. 5; Cfr. Harold Seidman, "The Government Corporation in the United States", *Public Administration*, Vol. XXXVII, Summer 1959; Vid. en comentario bibliográfico de M. Tejerina Pedruelo, *RAP*, N° 30, 1959, p. 362.

¹⁵⁹ Vid. Albert Abel, "La Corporación Pública en los Estados Unidos", *loc. cit.*, p. 142

Por el contrario, J. N. Hazard ha afirmado que si bien a través de los *Acts* de 1940 y 1945 se ha tratado de reafirmar el control del Congreso sobre las *Government Corporations* como si fueran agencias gubernamentales normales, ello no ha anulado la flexibilidad de algunas de dichas instituciones conforme al modelo británico; y si bien en todo caso en el ámbito nacional la situación es discutida, en el ámbito estatal no hay duda de que las *Government Corporations* siguen funcionando de acuerdo al modelo británico.¹⁶⁰

51. En todo caso, en los países anglosajones se ha considerado que la *Public Corporation* es la forma jurídica más moderna y más común¹⁶¹ para la gestión de empresas económicas por parte del Estado, ya que a través de ella, generalmente, se consigue un alto grado de libertad, agilidad, decisión y audacia en la gestión de las empresas estatales de carácter industrial y comercial, ante el deseo de escapar a la cautela y circunspección que van inevitablemente asociadas a las dependencias gubernamentales.¹⁶² De ahí que Robson haya señalado a la moderna *Public Corporation*, como una innovación constitucional que revela la tendencia a ampliar la unidad administrativa hasta proporciones regionales o nacionales; a divorciar la administración de las empresas de carácter económico, industriales o de utilidad pública, de las actividades ordinarias de gobierno; a separar la economía de estas entidades del presupuesto nacional; y a eliminar el incentivo del lucro sustituyéndolo por el servicio público.¹⁶³

52. En los párrafos que siguen y bajo la denominación genérica de *Public Corporation*, intentaremos señalar sumariamente los rasgos esenciales del régimen jurídico interno y externo de estas instituciones en Gran Bretaña, Estados Unidos, y en los países que, en una u otra forma, han recibido la influencia directa del sistema jurídico de éstos, como sucede principalmente en algunos de los Estados del Lejano Oriente.¹⁶⁴

b. Régimen jurídico interno

53. Ante todo debe señalarse que generalmente, las *Public Corporations* son creadas o reguladas por un acto legislativo que establece sus poderes, deberes e inmunidades, que prescribe la forma de su gestión y dirección, y que, sobre todo, establece la regulación de sus relaciones con los departamentos

¹⁶⁰ Vid. J. N. Hazard, *Law Regulating...*, cit., p. 9.

¹⁶¹ Vid. ONU, *Manual de Administración Pública*, Nueva York, 1962 (61. 11. H. 2), p. 88; Vid. ONU, *Some Problems in the Organization and Administration of Public Enterprises in the Industrial Field*, cit., p. 9

¹⁶² Cfr. W. A. Robson, “La Public Corporation en Gran Bretaña”, *loc. cit.*, p. III y 114.

¹⁶³ Vid. W. A. Robson, “La Public Corporation en Gran Bretaña”, *loc. cit.*, p. 124.

¹⁶⁴ Vid. ONU, *Some Problems in the Organization and Administration of Public Enterprises in the Industrial Field*, cit., p. 9; R. C. Masca- Renhas, “A General Law for Public Enterprise in India”, *RISA*, 1964, N° 4, p. 397 y ss.

ministeriales.¹⁶⁵ Esto surge con toda claridad en el caso de las nacionalizaciones inglesas, donde la mayoría de los *Acts* nacionalizadores son leyes, extensas y detalladas, reguladoras de una determinada empresa o industria.¹⁶⁶

En este sentido, y dada la regulación de la persona jurídica por ley, las *Public Corporations* se asemejan a las personas públicas del Derecho europeo continental, como, por ejemplo, a las instituciones públicas alemanas,¹⁶⁷ a los establecimientos públicos franceses,¹⁶⁸ y a los institutos oficiales autónomos del Derecho venezolano.¹⁶⁹

54. Generalmente, la dirección de la corporación pública está a cargo de un Consejo Directivo o de administración cuyo nombramiento y remoción corresponde al Poder Ejecutivo.¹⁷⁰

El Consejo Directivo tiene, en principio, autonomía en la gestión de la empresa, lo que no impide que tenga una gran dependencia respecto al Ministro correspondiente, la cual día a día va acentuándose.¹⁷¹ En este sentido, dice Robson, en Inglaterra, no existe ningún límite a la facultad ministerial de dar instrucciones, y el Consejo de Administración de la empresa tiene una ilimitada obligación estatutaria de dar cumplimiento a dichas instrucciones.¹⁷² Sin embargo, en principio, no existe con generalidad la responsabilidad del Ministro ante el Parlamento por la administración de la empresa;¹⁷³ esa responsabilidad se reduce exclusivamente a aquellas materias en las cuales el Ministro puede fiscalizar a la misma.¹⁷⁴

En los Estados Unidos también ha habido un proceso de disminución de la autonomía del Consejo Directivo en la gestión de las *Government Corporations*. En este sentido, J. N. Hazard indica que el modelo británico de corporación pública, en el cual se basó el establecimiento de la *Tennessee Valley Authority*,

¹⁶⁵ Cfr. ONU, *Some Problems in the Organization...*, cit., p. 9; S. Marín Marín, *Aspectos de la Administración Pública Autónoma*, cit., p. 290.

¹⁶⁶ Cfr. W. A. Robson, "La Public Corporation en Gran Bretaña", loc. cit., p. 112.

¹⁶⁷ Vid. E. Forsthoff, op. cit., p. 644.

¹⁶⁸ Vid. J. Rivero, op. cit., p. 404.

¹⁶⁹ Artículo 230 de la Constitución de Venezuela de 1961.

¹⁷⁰ Cfr. W. A. Robson, *Industria Nacionalizada y Propiedad Pública*, cit., p. 69; L. López Rodó, "Las Empresas Nacionalizadas en Inglaterra", loc. cit., p. 391; J. N. Hazard, *Law Regulating...*, cit., p. 4.

¹⁷¹ Cfr. L. López Rodó, "Las Empresas Nacionalizadas...", loc. cit., p. 390.

¹⁷² Vid. W. A. Robson, *Industria Nacionalizada...*, cit., p. 73.

¹⁷³ Cfr. W. A. Robson, *Industria Nacionalizada...*, cit., p. 61.

¹⁷⁴ Cfr. W. A. Robson, *Industria Nacionalizada...*, cit., p. 65; W. A. Robson, "La Public Corporation en Gran Bretaña", loc. cit., p. 121; L. López Rodó, "Las Empresas Nacionalizadas en Inglaterra", loc. cit., p. 400.

configuraba una forma jurídica que permitía a la dirección de la Corporación actuar con más autonomía de la que poseía el director de una Agencia del Gobierno en los Estados. Según la forma del modelo británico, el Presidente de los Estados Unidos tenía un control muy limitado sobre la dirección de las corporaciones; sin embargo, esta forma, tal como la aplicó Roosevelt, fue ligeramente alterada, pues las corporaciones no estaban desprovistas de todo control, ya que cuando, por ejemplo, el director de la *Tennessee Valley Authority* rehusó dar alguna información que le fue requerida, fue destituido.¹⁷⁵ Sin embargo, en todo caso, es necesario convenir que la virtud principal de la *Government Corporation* es su autonomía, o sea, su derecho a dirigir sus propios asuntos, por lo que, en este caso, autonomía significa la concentración de los poderes de dirección en personas competentes, a las que se concede “manos libres” para lograr los resultados deseados. Siendo, pues, una entidad separada y distinta, manejada por sus propios directores, la corporación es intrínsecamente más hábil para triunfar en ciertos campos que el departamento ordinario de la administración.¹⁷⁶ En todo caso, y en la evolución de la autonomía de las *Government Corporations* en los Estados Unidos, se puede ver una clara tendencia hacia la integración de esas empresas en la administración central, tal como lo propuso en 1949 la *Hoover Commission*.¹⁷⁷

Por último, y en relación al Consejo Directivo de las *Public Corporations*, es necesario indicar que, en Inglaterra, este es un órgano esencialmente no político, y sus miembros no están obligados a jurar fidelidad al partido que esté en el poder. En ningún caso pueden ser designados los miembros del Parlamento para formar parte de dichos Consejos, lo cual constituye, sin duda, un principio autolimitador de considerable valor para mantener la integridad de la vida política. También los funcionarios están excluidos de los Consejos de Administración, y si se les designa para ellos, han de abandonar el Civil Service.¹⁷⁸

55. En cuanto a su régimen financiero, las *Public Corporations* se caracterizan por la independencia de su economía. En efecto, en Inglaterra, la economía de las corporaciones públicas está separada del presupuesto nacional, aunque existe un considerable grado de fiscalización del Tesoro sobre ciertos

¹⁷⁵ Vid. J. N. Hazard, *Law Regulating...*, cit, p. 4.

¹⁷⁶ Cfr. M. E. Dimock, “Government Corporation: A Focus of Policy and Administration”, en *The American Political Science Review*, N° 5, 1949, p. 913, cit. por F. Garrido Falla, “La Intervención Administrativa...”, *loc. cit.*, p. 422.

¹⁷⁷ Vid. F. Garrido Falla, “La Intervención Administrativa...”, *loc. cit.*, p. 428 y 429.

¹⁷⁸ Cfr. W. A. Robson, “La Public Corporation en Gran Bretaña”, *loc. cit.*, p. 125; M. A. Flamme, “La Empresa Pública...”, *loc. cit.*, p. 74.

aspectos de las operaciones financieras de las mismas.¹⁷⁹ Sin embargo, aun cuando se pueda considerar a las *Public Corporations* financieramente independientes, ellas se procuran, en muchas oportunidades, todo o parte del capital que necesitan, mediante préstamos del Tesoro o a través de la emisión de obligaciones, obteniendo sus ingresos de los bienes y servicios que producen. En esta forma, la ley suele fijar una cifra máxima de las disponibilidades financieras y de empréstito de las empresas.¹⁸⁰

Ahora bien, esta autonomía financiera que implica la realización del movimiento de fondos de las corporaciones públicas al margen del presupuesto del Estado implica que las resultas de los distintos ejercicios económicos no repercuten en el Tesoro pues, al contrario, en el caso, por ejemplo, de que se obtengan beneficios, éstos han de destinarse al mejoramiento del servicio, rebaja de las tarifas o aumento de los sueldos de sus empleados, pero no a engrosar los caudales públicos.¹⁸¹ Sin embargo, como es natural, el Estado puede intervenir a través del presupuesto y si es necesario puede cubrir las pérdidas de las *Public Corporations*.¹⁸²

Antes de 1945, en los Estados Unidos, las *Government Corporations* seguían los mismos principios en materia financiera que los antes descritos para el modelo británico, sobre todo en cuanto al privilegio de reinvertir sus beneficios, no estando en la obligación, por otra parte, de requerir fondos del Congreso anualmente para financiar su desarrollo.¹⁸³

Sin embargo, a partir del *Government Corporation Control Act* de 1945, se ha producido la pérdida progresiva de la autonomía financiera y contable de las corporaciones del Gobierno. En efecto, hablando en términos generales, dicha ley borra el rasgo de la exención de adscripción de las corporaciones al presupuesto ordinario del Gobierno y de intervención de cuentas, característicos de las *Public Corporations*¹⁸⁴ según el modelo británico. Esto, según H. Pritchett, convirtió a las corporaciones del Gobierno norteamericanas en agencias parecidas a los departamentos de Gobiernos usuales.¹⁸⁵ La importancia de la ley

¹⁷⁹ Cfr. W. A. Robson, *Industria Nacionalizada...*, cit., p. 68; W. A. ROBSON, "La Public Corporation en Gran Bretaña", loc. cit., p. 124.

¹⁸⁰ Cfr. S. Marín Marín, *Aspectos de la Administración Pública Autónoma*, cit., p. 291.

¹⁸¹ Cfr. L. López Rodó, "Las Empresas Nacionalizadas en Inglaterra", loc. cit., p. 398; Elias Hatad, "Tipos De Industrias Nacionalizadas", Loc. cit., p. 65.

¹⁸² Cfr. Elis Hastad, "Tipos de Industrias Nacionalizadas", loc. cit. p. 65.

¹⁸³ Cfr. J. N. Hazard, *Law Regulating...*, cit., p. 5.

¹⁸⁴ Cfr. Albert Abel, "La Corporación Pública en los Estados Unidos", loc. cit., p. 142.

¹⁸⁵ Vid. H. Pritchett, "The Government Corporation Control Act of 1945", en *The American Political Science Review*, 1946, N° 3, p. 495, cit. por J. N. Hazard, *Law Regulating...*, cit., p. 5.

sobre el control de las corporaciones del Gobierno de los Estados Unidos, de 1945, se aprecia a través de la evaluación de dos métodos relacionados habitualmente con la actividad de los Departamentos de Gobierno: a) Los subsidios anuales aportados por el Congreso, y b) La fiscalización por el Contralor General de los Estados Unidos. Estudiaremos aquí, y en cuanto a la pérdida de la autonomía financiera de las corporaciones, el primero de esos aspectos, dejando para un análisis posterior,¹⁸⁶ lo relativo al control de las corporaciones.

En los Estados Unidos, la constatación de la existencia de los subsidios o asignaciones anuales proporcionados por el Congreso a las agencias del Gobierno, es esencial para comprender la actividad del cuerpo legislativo frente al presupuesto. En efecto, las operaciones gubernamentales en los Estados Unidos dependen, en general, de las asignaciones o créditos presupuestarios corrientes, anuales;¹⁸⁷ en esta forma, cada año, el Congreso requiere que el director de toda Agencia de Gobierno se presente ante sus comités a fin de justificar en persona, y bajo un riguroso examen, cada renglón del presupuesto para el año futuro. Este procedimiento, evidentemente, tiene la gran ventaja de servir de freno a los administradores ambiciosos, pero, sin embargo, aplicado a las empresas económicas del Estado, influye desfavorablemente sobre todo en relación a los planes a largo plazo, cuando éstos resultan necesarios, pues según normas legales vigentes, no pueden ejecutarse, al no permitirse la celebración de contratos cuya realización requiera más de un año.¹⁸⁸ Por tanto, la limitación de las asignaciones presupuestarias en base a ejercicios anuales, es evidentemente dañosa para el desarrollo apropiado de actividades económicas en las que se requieren, por ejemplo, transformaciones en las plantas y en las cuales, la expansión de actividades debe ser planificada en base a planes de largo plazo.¹⁸⁹

La ley de 1945 tiende fundamentalmente, por otra parte, a preservar la autoridad central de programación, dentro de marcos muy severos. La sección 847 contenía la regla siguiente sobre el ejercicio anual: “Todas las corporaciones en manos exclusivas del Gobierno, prepararán anualmente un presupuesto, que deberá ser sometido para su aprobación al Presidente por medio de la Oficina de Presupuesto (*Budget Bureau*) a más tardar el 15 de septiembre de cada año”. Para darle elasticidad a esta norma, el estatuto fue revisado en 1950 y se instituyó el llamado presupuesto de “tipo comercial”, según el cual el presupuesto correspondiente a cada año debía contener estimaciones de las condiciones financieras y de las operaciones de la corporación para el año siguiente, así como

¹⁸⁶ *Vid.* Nos. 86 y siguientes.

¹⁸⁷ *Cfr.* Albert Abel, “Las Corporaciones Públicas en los Estados Unidos”, *loc. cit.*, p. 141

¹⁸⁸ *Cfr.* J. N. Hazard, *Law Regulating...*, *cit.*, p. 5.

¹⁸⁹ *Cfr.* J. N. Hazard, *Law Regulating...*, *cit.*, p. 5; Albert Abel, “Las Corporaciones Públicas en los Estados Unidos”, *loc. cit.*, p. 141.

la indicación de los gastos erogados en el año anterior. Estas estimaciones, cuando el presupuesto era sometido al Congreso, le ponían a éste en conocimiento de los planes de la corporación, y creaban la posibilidad de que en los años subsiguientes se aprobaran los otros presupuestos, si no se habían registrado objeciones en las estimaciones presentadas con anterioridad.¹⁹⁰

Pero además del control de la Oficina de Presupuesto y del Congreso sobre el Presupuesto de la Corporación, la ley de 1945 también estableció el control del Tesoro, sobre todo en lo referente a la custodia de sus fondos, obligaciones y bonos. Hasta ese momento había existido en esto una gran libertad, ya que cada corporación depositaba sus fondos en cualquier banco según el sistema que juzgara más conveniente. Por el *Control Act* de 1945, al contrario, los fondos de las corporaciones debían ser depositados necesariamente en el Tesoro de los Estados Unidos.¹⁹¹ Además, el *Control Act* requirió que las corporaciones del Gobierno entregaran al Tesoro de los Estados Unidos, al final de cada año, cualquier ingreso percibido, ya que sólo se les permitía erogar gastos que se correspondieran con los fondos entregados por el Congreso.¹⁹²

56. Otro de los principios fundamentales que caracterizan el régimen interno de las corporaciones públicas, es que sus empleados no se consideran, por lo general, funcionarios del Estado.

En efecto, en Inglaterra el principio general, sin excepciones, es que el personal de las *Public Corporations* no forma parte del Servicio Civil. Esto se aplica no sólo al presidente, los miembros del Consejo y el director, sino también a todos los empleados a sueldo y a jornal. Es más, los funcionarios públicos no pueden ser miembros a la vez de algún Consejo de Administración de una corporación, y si se les designa para ello han de abandonar el Civil Service.¹⁹³ La base de este principio, de que el personal de la corporación no tiene la categoría de funcionarios públicos, está en que no hay un control del Tesoro sobre la remuneración, condiciones de trabajo, reclutamiento, pensiones, retiros, etc. Puede suceder, desde luego, que el Gobierno regule las cuestiones más importantes de personal por medio de disposiciones ministeriales de tipo general; y, en efecto, un documento oficial sobre política radiofónica publicado en 1952 declaraba que “al fijar los sueldos y condiciones de trabajo del personal, la BBC deberá tener en cuenta la política general del Gobierno sobre sueldos y materias

¹⁹⁰ Vid. J. N. Hazard, *Law Regulating...*, cit., p. 5 y 6; Cfr. G. Lescuyer, “Les Entreprises Nationales et le Parlement”, *RDP*, 1960, N° 6, p. 1148

¹⁹¹ Cfr. F. Garrido Falla, “La Intervención Administrativa en materia económica y las Corporaciones del Gobierno en Norteamérica”, *loc. cit.*, p. 432.

¹⁹² Cfr. J. N. Hazard, *Law Regulating...*, cit., p. 6.

¹⁹³ Cfr. W. A. Robson, “La Public Corporation en Gran Bretaña”, *loc. cit.*, p. 125; W. A. Robson, “La Empresa Pública en Gran Bretaña”, *ICE*, marzo 1964, p. 74; P. Bauchet, *Propriété Publique et Planification*, París, 1962, p. 264.

análogas”. Sin embargo, esto es poco más que una orientación general, incomparablemente menos onerosa que la sujeción a las detalladas instrucciones del Tesoro sobre el Servicio Civil.¹⁹⁴

En cuanto a los cargos administrativos subalternos, las personas que los desempeñan están equiparadas a los obreros, y la relación que les une a la corporación es de carácter estrictamente laboral.¹⁹⁵

En los Estados Unidos, y conforme al modelo británico, la *Government Corporation* ofrecía también la ventaja de evitar las dificultades que el Civil Service podía acarrear a su actividad. En cuanto a estos problemas, Albert Abel señala que, en lo que respecta al Gobierno Federal, las dificultades de personal han emanado de las leyes y reglamentos excesivamente formalistas que lo regulan, pues sin necesidad de lucubrar mucho, puede observarse que dichas normas han subrayado el factor de estabilidad, hasta un grado prácticamente inconciliable con la eficiencia funcional. En el ámbito de los Estados, éstos sufren, quizás, el mal contrario: la influencia política y personal predominan en sus tácticas administrativas.¹⁹⁶ Pues bien, la *Government Corporation* norteamericana, ofrecía la promesa de evitar apreciablemente esas dificultades: su carácter autónomo, fuera de la jerarquía gubernamental, la facultaba para funcionar ajena a la rigidez del Servicio Civil. Además, estaba inmunizada, en cierto modo, contra las presiones anexas al llamado “sistema de botín”, tanto porque sus funciones, típicamente especializadas y un tanto aisladas, la dejaban fuera de la corriente principal de la atención política, como porque su condición de empresa pública era un símbolo que la identificaba con la compañía industrial o comercial y, por consiguiente, con las características de eficacia y neutralidad política que se reconocían como atributos a esta última.¹⁹⁷

Sin embargo, en 1940, la *Ramspeck Act* autorizó al Presidente de los Estados Unidos a aplicar, con facultad discrecional, la legislación de funcionarios públicos a los empleados de las corporaciones públicas que se encontraban bajo control federal, afectándose así, uno de los principales atractivos de la corporación pública. Esta facultad se ejerció por orden ejecutiva N° 8743, de 23 de abril de 1941, según la cual, las normas del estatuto del Servicio Civil en el ámbito federal se aplicaban a las corporaciones, en cuanto a la determinación del escalafón y a la remuneración, rigiéndose el empleo y el ascenso por exámenes,

¹⁹⁴ Vid. W. A. Robson, “La Public Corporation en Gran Bretaña”, *loc. cit.*, p. 123; Cfr. W. A. Robson, *Industria Nacionalizada...*, *cit.*, p. 68; A. Martin-Pannetier, *Eléments d'analyse comparative...*, *cit.*, p. 209.

¹⁹⁵ Cfr. L. López Rodó, “Las Empresas Nacionalizadas en Inglaterra”, *loc. cit.*, p. 391.

¹⁹⁶ Vid. Albert Abel, “La Corporación Pública En Los Estados Unidos”, *Loc. cit.*, p. 140.

¹⁹⁷ Cfr. Albert Abel, “La Corporación Pública en los Estados Unidos”, *loc. cit.*, p. 140.

y controlándose los despidos de manera tal, que no se produjeran sin causa o sin cumplirse el respectivo procedimiento.¹⁹⁸

En todo caso, la influencia del *Ramspeck Act* ha sido altamente criticada pues, entre otros aspectos, ha fortalecido la estabilidad de los cargos de tal manera que los hace inconciliables con la buena marcha de las operaciones,¹⁹⁹ habiéndose llegado a afirmar, como antes señalamos, que, junto con el *Government Corporation Control Act*, esas normas han recortado, global y sistemáticamente, los rasgos distintivos que daban a esas corporaciones su utilidad, hasta tal punto, que, sin una modificación de la legislación, resulta difícil percibir para qué finalidad pueden servir actualmente en los Estados Unidos.²⁰⁰

c. Régimen jurídico externo

57. Para las *Public Corporations* rige, como principio general, el de la sumisión al Derecho común. “Las leyes del Parlamento -dice Denning- les obligan tanto como a cualquier súbdito de Su Majestad”.²⁰¹ Por consiguiente, en Inglaterra, las normas del Derecho Civil, Mercantil, Penal y Procesal e incluso Fiscal les son enteramente aplicables. No están amparadas por la *Public Authorities Protection Act* de 1893 y pesan sobre ellas iguales obligaciones tributarias que sobre las empresas privadas. Cabe también dirigir procedimiento ejecutivo contra sus bienes.²⁰² En todo caso, sin embargo, y habiendo desaparecido en las *Public Corporations* los accionistas, la mayoría de los preceptos del moderno Derecho Mercantil resultan, por ese hecho, inoperantes.²⁰³

No obstante, ello es preciso reconocer que las propias leyes creadoras de las distintas corporaciones le han conferido singulares prerrogativas. Así, por ejemplo, aun cuando no les beneficia el plazo de un año para la prescripción de acciones contra la administración que establece la *Limitation Act* de 1939, las acciones que contra ellas se dirijan tampoco se someten al plazo general de prescripción de acciones, que es de seis años, sino que prescriben a los tres años.²⁰⁴ Por otra parte, gozan de la potestad de expropiación forzosa y de tan amplias facultades para la prosecución de sus fines, que resulta difícil, por no decir imposible, que los tribunales puedan aplicarles la doctrina de *ultra vires*.

¹⁹⁸ Vid. J. N. Hazard, *Law Regulating...*, cit., p. 4.

¹⁹⁹ Cfr. Albert Abel, “The Public Corporation in the United States”, en W. Friedmann (ed.), *The Public Corporation*, 1954, p. 338 a 353, cit. por J. N. Hazard, *Law Regulating...*, cit., p. 5.

²⁰⁰ Vid. Albert Abel, “La Corporación Pública en los Estados Unidos” *loc. cit.*, p. 142.

²⁰¹ Cit. por L. López Rodó, “Las Empresas Nacionalizadas en Inglaterra”, *loc. cit.*, p. 391.

²⁰² Cfr. López Rodó, “Las Empresas Nacionalizadas en Inglaterra”, *loc. cit.*, p. 395; W. A. Robson, “La Public Corporation en Gran Bretaña”, *loc. cit.*, p. 115.

²⁰³ Cfr. L. López Rodó, “Las Empresas Nacionalizadas en Inglaterra”, *loc. cit.*, p. 404.

²⁰⁴ Cfr. L. López Rodó, “Las Empresas Nacionalizadas en Inglaterra”, *loc. cit.*, p. 391.

Por ello, los intentos efectuados invocando la ayuda de los jueces para definir o limitar las atribuciones de las corporaciones públicas, no suelen dar resultados positivos.²⁰⁵

En los Estados Unidos, la situación no es tan absolutamente definida. En efecto, la capacidad para demandar o ser demandada en juicio, que caracteriza la personalidad de una empresa, ha sido considerada en forma un tanto diferente por lo que respecta a las corporaciones del Gobierno en el ámbito federal o estatal.

En esta forma, las cartas o cédulas de constitución, por medio de las cuales adquieren las corporaciones del Gobierno Federal personalidad jurídica,²⁰⁶ especifican característicamente esa capacidad como concomitante de la existencia de la corporación, y una larga serie de casos afirman que poseen ese atributo, estando colocadas dentro de la jurisdicción de la “cuestión federal”. En términos generales, el enfoque parece ser análogo a aquel en que están en juego actividades de dependencias administrativas normales.²⁰⁷

Ahora bien, según la doctrina del *Common Law*, heredada de Inglaterra, el soberano está dotado de inmunidad, de tal manera que, salvo disposición legal especial, no se admite ninguna demanda contra él por daños y perjuicios o por incumplimiento de contrato. A pesar de ello, el Gobierno Federal de los Estados Unidos, descartó su inmunidad frente a demandas sobre asuntos contractuales por el *Tucker Act* de 1887, por lo que, en la actualidad, tampoco hay ninguna duda sobre la capacidad de las corporaciones del Gobierno Federal de obligarse contractualmente y de ser demandadas en juicio. En cuanto a las demandas por daños y perjuicios contra las corporaciones del Gobierno Federal, éstas han tenido una solución más o menos normal. El Congreso dictó en 1946 una ley denominada *Federal Claims Act*, por la cual se estableció la responsabilidad de las agencias del Gobierno Federal por daños y perjuicios, declarando que, a esos efectos, las corporaciones del Gobierno se clasificaban como dichas agencias. En todo caso, esa ley eximía de responsabilidad derivada de la obligación de ejercer una función discrecional, o de abstenerse de ejecutar la misma. A través de una serie de decisiones judiciales se llegó a considerar que las corporaciones del Gobierno Federal eran responsables por daños producidos sólo a través de actos de negligencia o actos u omisiones de naturaleza *ultra vires*, en los cuales la culpa siempre debe ser probada.²⁰⁸

²⁰⁵ Cfr. W. A. Robson, *Industria Nacionalizada...*, cit., p. 72; del mismo autor, “Les Nationalisations en Grande-Bretagne”, loc. cit., p. 28; L. López Rodó, “Las Empresas Nacionalizadas en Inglaterra”, loc. cit., p. 391 y 392.

²⁰⁶ Cfr. J. N. Hazard, *Law Regulating...*, cit., p. 7.

²⁰⁷ Cfr. Albert Abel, “La Corporación Pública en los Estados Unidos,” loc. cit.

²⁰⁸ Cfr. J. N. Hazard, *Law Regulating...*, cit., p. 6.

En cuanto a los Estados Federales, lo contrario a lo planteados respecto a las corporaciones del Gobierno Federal, parece ser la opinión general. En efecto, se ha registrado una marcada tendencia por parte de los Estados a atribuir a sus corporaciones públicas, la condición jurídica de dependencias del Estado mas bien que la de corporaciones ortodoxas, en cuanto a la capacidad para comparecer en juicio, y protegerlas así de ser llevadas ante los tribunales por daños y perjuicios y quizás, en menor grado, por incumplimiento de contrato gobierno.²⁰⁹

58. En materia impositiva, ya se ha señalado que en Inglaterra, las *Public Corporations* están sometidas, en general, al mismo régimen fiscal y *tributario que* las empresas particulares.²¹⁰ En los Estados Unidos, la tributación de las corporaciones del Gobierno, ha sido tratada como una fase del derecho tributario de los organismos gubernamentales, y en esta forma, poco puede dudarse del poder, rara vez ejercido, del Gobierno Federal para gravar las propiedades, las operaciones o las ventas de las corporaciones públicas, y a su vez, de los Estados para gravar sus corporaciones.²¹¹ Sin embargo, los problemas se han planteado en relación a la tributación federal sobre las corporaciones públicas de los Estados y la tributación de los Estados sobre las corporaciones públicas federales. Si bien el principio general antes de 1946 era que el Gobierno Federal no podía gravar a los Estados, ni estos al Gobierno Federal no podía gravar a los Estados, ni estos al Gobierno Federal, después de esa fecha y por el caso *New York vs. United States*, la Corte Suprema de los Estados Unidos acogió una doctrina, cuyo origen esta en el derecho Romano, según la cual el Gobierno Federal no podía constituir gravámenes contra un Estado sobre operaciones llevadas a cabo *in iure imperii*, pero, en cambio, si podía hacerlo sobre operaciones llevadas a cabo *in iure gestionis*. Prácticamente, esto significó que toda actividad de los Estados enmarcada en el sistema corporativo, dado su carácter económico, podía y debía ser gravada por el Gobierno Federal²¹². La distinción, en cambio, no se aceptó en relación a las actividades federales, ya que se estimó que toda actividad del Gobierno Federal era por definición, “de carácter gubernamental”,²¹³ y, por tanto, estaba exenta de la tributación al estado, pues, el Gobierno Federal era un gobierno dotado de poderes ilimitados y delegados. Aun cuando este análisis parezca absurdo en nuestros días, dice A. Abel, no ha sido repudiado, y, al

²⁰⁹ Cfr. Albert Abel, “La Corporación Pública en los Estados Unidos” *loc. cit.*, p. 143

²¹⁰ Cfr. Laureano López Rodó, “Las Empresas Nacionalizadas en Inglaterra”, *loc. cit.*, p. 395.

²¹¹ Vid. Albert Abel, “La corporación Publica en los Estados Unidos”, *loc. cit.*, p. 142.

²¹² Vid. J.N. Hazard, *Law Regulating...*, *cit.*, p. 6; Cfr. Albert Abel “La corporación Publica en los Estados Unidos”, *loc. cit.*, p. 143.

²¹³ Vid. J.N. Hazard, *Law Regulating...*, *cit.*, p. 6; Cfr. Albert Abel “La Corporación Publica en los Estados Unidos”, *loc. cit.*, p. 143.

contrario, parece consolidada la norma según la cual los Estados no gravan las actividades de las corporaciones federales²¹⁴.

59. Por último, y aun cuando en líneas generales las *Public Corporations* en cuanto a su régimen jurídico externo se rijan por las normas ordinarias del Derecho común al cual están sometidas las compañías comerciales y las personas privadas,²¹⁵ no puede decirse que dichas corporaciones tengan por fin principal, el fin de lucro. Al contrario, uno de los principios básicos de la corporación pública es el desinterés y de aquí que no difieren esencialmente en cuanto a su propósito (fin de Gobierno), de los otros tipos de actividad gubernamental que normalmente se califica de “política”.²¹⁶

Sin embargo, el principio del desinterés no puede enfocarse con independencia de la obtención de beneficios y del sistema financiero seguido. También las compañías comerciales pueden alegar que proporcionan bienes o servicios que sirven al interés público, sin que puedan por ello llamarse desinteresadas, dado que su principal objetivo es la obtención de un beneficio para sus propietarios. Esto es precisamente, señala Robson, lo que no sucede en las *Public Corporations*, y aquí es donde tropezamos con la diferencia fundamental entre ellas y las sociedades por acciones²¹⁷. Ahora bien, debe indicarse que aun cuando en ningún caso, en base al principio del desinterés, ninguna *Public Corporation* está obligada a obtener beneficios, no hay nada que impida a ellas obtenerlos ni límite legal alguno respecto a ellos.²¹⁸

C. *La Empresa del Estado de los países socialistas*

a. *Introducción*

60. El régimen comunista, ha dicho Langrod, “*vit dans le cadre d'un système d'économie planifiée*”,²¹⁹ y de aquí que en Polonia, por ejemplo, la economía planificada constituya un sistema de dirección y de gestión, basada por supuesto sobre la propiedad de los medios de producción, por lo que no es exagerado señalar que la realización de la economía planificada es posible sólo

²¹⁴ Vid. Albert Abel, “La Corporación Pública...”, *loc. cit.*, p. 143.

²¹⁵ Cfr. W.A. Robson, “La Public Corporation en Gran Bretaña”, *loc. cit.*, p. 115.

²¹⁶ Cfr. M. E. Dimock, “Government Corporation: A Focus of Policy...”, *cit.* por F. Garrido Falla, “La Intervención Administrativa...”, *loc. cit.*, p. 421; M. A. Flamme, “La Empresa Pública...”, *loc. cit.*, p. 77

²¹⁷ Vid. W. A. Robson, “La Public Corporation en Gran Bretaña”, *loc. cit.*, p. 122; del mismo autor, “Les Nationalisations en Grande-Bretagne”, *loc. cit.*, p. 35 y 36

²¹⁸ Cfr. W. A. Robson, *Industria Nacionalizada...*, *cit.*, p. 67

²¹⁹ Vid. Georges Langrod, “Quelques recentes tendances administra, tives en régime communiste”, *RISA*, 1962, N° 1, p. 28

gracias a las relaciones económicas y sociales fundadas sobre esta propiedad social de los medios fundamentales de producción.²²⁰

Ahora bien, generalmente, esta apropiación de los medios de producción se produjo en todos los países socialistas por la nacionalización,²²¹ o posteriormente por la creación de empresas y establecimientos nuevos,²²² debiendo señalarse, sin embargo, que, en lo que se refiere a nuestro análisis de las empresas públicas, la nacionalización tiene una importancia decisiva en el estudio del régimen socialista.

En efecto, en Rusia y en todos los países de Europa oriental, las empresas económicas que se encontraban en manos particulares fueron nacionalizadas, convirtiéndose en propiedad pública, y recibiendo en el acto de nacionalización una organización especial de “empresas del Estado” que, en lo que concernía a su estructura, no ofrecían nada de común con las empresas anteriores a la operación de nacionalización. En esta forma, todos los Estados de Europa oriental (Checoslovaquia, Yugoslavia, Bulgaria, Hungría, Rumania y Polonia) que realizaron nacionalizaciones y promulgaron leyes especiales rectoras de la estructura y del régimen de las mismas, crearon sin excepción, un sujeto de Derecho nuevo, “la empresa pública”, sin tener en cuenta la estructura de la empresa anterior a la nacionalización.²²³ En lo que se refiere a la U.R.S.S., el carácter radical y absoluto de las nacionalizaciones efectuadas no deja lugar a ninguna duda acerca de esa supresión total de las empresas anteriormente existentes. Esta estructura de la economía de la U.R.S.S., excluyendo todo vínculo con la situación anterior a la nacionalización, recibió una expresión categórica en la Ley Fundamental, al indicar ésta que “la base económica de la U.R.S.S., la constituyen el sistema socialista de la economía y la propiedad socialista de los instrumentos y medios de producción, firmemente asentados como resultado de la liquidación del sistema capitalista de la economía, de la abolición de la propiedad privada sobre los instrumentos y medios de producción y de la supresión de la explotación del hombre por el hombre”.²²⁴

61. Ahora bien, en todo este fenómeno de las nacionalizaciones, el Estado se preocupó más bien por aplicar rápidamente las reformas necesarias, dadas las

²²⁰ Cfr. Zygmunt Rybicki, “L'Entreprise Publique dans le Système Polonais de L'Économie Planifiée”, *RISA*, 1962, N° 3, p. 312 y 314.

²²¹ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 315 y ss.

²²² Cfr. Zygmunt Rybicki, “Le Régime des Activités...” *loc. cit.*, p. 262 y 263.

²²³ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 306 y 307; del mismo autor, “Les Nationalisations en Bulgarie”, *loc. cit.*, p. 157; Charles D'Eszlary, “Les Nationalisations en Hongrie”, en *Les Nationalisations en France et à l'Étranger (Les Nationalisations à l'Étranger)*, Paris, 1958, p. 201

²²⁴ Artículo 4° de la Constitución (*Ley Fundamental*) de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú. 1960, p. 10.

urgencias sociales y políticas, sin perder tiempo en realizar estudios detenidos y profundos sobre la naturaleza de la institución jurídica que iba a surgir. En esta forma, ha dicho K. Katzarov, una serie de formas jurídicas heterogéneas han venido a intercalarse entre el hecho de encargarse el Estado directamente de una actividad económica en su calidad de persona jurídica de Derecho Público, y, por otra parte, el mantenimiento aparente de los sujetos de Derecho existentes anteriormente; formas nuevas que no siempre se corresponden a las que tenemos costumbre de encontrar dentro del complejo de instituciones jurídicas.²²⁵ Así surge, entonces, en los países socialistas la empresa del Estado o empresa pública, con características propias, semipública, que la convierte en una institución compleja²²⁶ o, más bien, en una forma jurídica intermedia entre la persona pública y la persona privada del Derecho europeo continental. A este respecto, Katzarov ha señalado que dichas empresas tienen un carácter especial, que proviene a la vez del Derecho Público y del Derecho Privado, pues, aunque erigidas por la ley en personas jurídicas diferentes del Estado ellas aparecen como orgánicamente vinculadas a éste, pues están obligadas a conformarse con la política económica del mismo. Se trata así, de una forma jurídica de carácter mixto, puesto que es instituida y liquidada, dirigida y orientada por el Estado, pero pretende estar al mismo tiempo en gran parte separada de éste y se encuentra colocada bajo el régimen del Derecho Privado, y no del Público.²²⁷

62. Así, en la U.R.S.S., descansando las nacionalizaciones en la negación total de la propiedad privada de los medios de producción y de la iniciativa privada de la economía, los intercambios económicos nacionalizados son exclusivamente realizados por empresas independientes de la persona de Derecho Público del Estado, uno de cuyos principales exponentes es la “Empresa del Estado” (*Gospredpriatia*); estas unidades económicas, están dotadas de personalidad jurídica, tienen un patrimonio separado y gozan de capacidad jurídica y autonomía de acción.²²⁸ El segundo tipo fundamental que asegura la vida económica en la U.R.S.S., comprende los organismos llamados “*trusts*” (*trusti*), es decir, uniones de varias empresas estatales semejantes, inmediatamente destinadas a ser sujetos centrales de dirección y de representación, a las cuales se ha reconocido una personalidad jurídica distinta. En esta forma, el decreto de 10 de abril de 1923 entendía por “*trusts*” del Estado las “empresas industriales del Estado, a las que éste ha concedido independencia en la realización de sus operaciones de acuerdo con los estatutos aprobados por cada una de ellas, procediendo conforme al principio del cálculo comercial con el fin de obtener

²²⁵ Vid. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 311 y 312.

²²⁶ Cfr. Z. Rybicki, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 266

²²⁷ Vid. En K. Katzarov, *op. cit.*, p. 329 y 330; del mismo autor, “Les Nationalisations en Bulgarie”, *loc. cit.*, p. 162 y 167.

²²⁸ Cfr. G. Langrod, “L'Entreprise Public en Droit Administratif Comparé”, *loc. cit.*, p. 227; K. Katzarov, *op. cit.*, p. 315 y 316.

ganancias”.²²⁹ En relación a estos *trusts*, sin embargo, debe aclararse expresamente que, por la implantación posterior del régimen de economía planificada, este principio del lucro no pudo, por supuesto, subsistir, ya que la administración central correspondiente de planificación, no sólo se encargó de fijar los precios de producción de las empresas, y de disponer entregas de mercancías a precios incluso inferiores a los del mercado, sino que también debió elaborar los planes productivos.²³⁰ Además, por la eliminación a partir de 1929 de la “nueva política económica” (N.E.P.), que surgió inmediatamente después de las nacionalizaciones y cuyas principales características fueron el establecimiento de la libertad de comercio, desarrollo del mercado, vuelta a la economía dineraria, tolerancia de la industria pequeña y mediana, etc.,²³¹ los “*trusts*” quedaron convertidos en órganos de dirección técnica de las empresas que reunían, privados de funciones directas de venta y abastecimiento.²³² En todo caso, y en relación a estos organismos, la ley no enfatizaba la similitud entre la empresa del Estado y la empresa privada, sino que propició más bien, la introducción de un régimen especial,²³³ de carácter intermedio.

63. Las nacionalizaciones efectuadas en los países de Europa oriental después de la Segunda Guerra Mundial fueron influidas e inspiradas ideológicamente por las de la U.R.S.S., aunque presentan particularmente el rasgo común de no rechazar, en principio, la propiedad y la iniciativa privada de la economía, sino de reconocerlas, por el contrario, expresamente.²³⁴ En todos esos países, sin embargo, surgen también las empresas del Estado respondiendo a los mismos principios señalados.

En efecto, en Bulgaria, la nacionalización de la vida económica es realizada por personas jurídicas denominadas “Empresas del Estado” diferentes de la persona jurídica del Estado, con patrimonio propio y capacidad de goce y de ejercicio. Paralelamente a estas empresas, están también las “uniones de empresas estatales”, que representan agrupaciones de empresas estatales semejantes, encargadas de dirigir, planificar y controlar la actividad de las

²²⁹ Vid. en Alexander Baykov, *The Development of the Soviet Economic System: An essay on the Experience of Planning in the U.S.S.R.*, Cambridge y Nueva York, 1947, p. 110, *cit.* por Rodrigo Fernandez-Carvajal, “Las Empresas Públicas en Rusia”, *RAP*, N° 3, 1950, p. 443.

²³⁰ *Cfr.* R. Fernandez-Carvajal, “Las Empresas Públicas en Rusia”, *RAP*, N° 3, 1950, p. 445.

²³¹ *Cfr.* Charles Berttelheim, *La Planification Soviétique*, París, 1945, P. 9, *cit.* por R. Fernandez-Carvajal, “Las Empresas Públicas en Rusia”, *loc. cit.*, p. 442.

²³² *Cfr.* R. Fernandez-Carvajal, “Las Empresas Públicas en Rusia”, *loc. cit.*, p. 447.

²³³ *Cfr.* J. N. Hazard, “Soviet Government Corporation”, *Michigan Law Review*, abril, 1943, Vol. 41, N° 5, p. 852.

²³⁴ *Cfr.* K. Katzarov, *op. cit.*, p. 318.

empresas que forman parte de ellas.²³⁵ Puede decirse que la más importante característica común de esos diferentes sujetos encargados de los intercambios económicos en Bulgaria, reside en el hecho de que tienen capacidad de derecho y de acción, no limitada, pero más o menos dirigida por el plan económico nacional estatal, elaborado y aplicado por una Comisión del plan estatal.²³⁶

En Checoslovaquia, en donde la mayor parte de la economía está igualmente nacionalizada, los intercambios comerciales nacionalizados son realizados por varios tipos de nuevos sujetos, siendo los más importantes las “empresas nacionales” (Narodni Podniky), reguladas por la ley N° 51 de 1955 sobre las empresas nacionales. Según los términos de dicho estatuto, aunque esas empresas son propiedad del Estado, y están vinculadas al plan económico del mismo, están constituidas como personas jurídicas independientes y el Estado no responde de sus compromisos u obligaciones.²³⁷

En Rumania y en Hungría, y con características similares, surgen las empresas nacionalizadas, con estatuto legal propio y personalidad y patrimonio distintos a los del Estado.²³⁸

En Yugoslavia, la nacionalización de la economía originalmente estuvo asegurada por organismos denominados “empresas económicas estatales”, creadas en virtud de la ley fundamental relativa a las empresas económicas estatales del 2 de agosto de 1946, constituidas como personas jurídicas independientes de la persona estatal, y que actuaban paralelamente también, a las “uniones de empresas”.²³⁹ Este sistema se consideró, sin embargo, perjudicial para el desarrollo de la propiedad socialista, ya que permitía la formación de una nueva burocracia dentro del socialismo, que podía tender a colocarse por encima de los productores, volviéndose éstos entonces indiferentes a la marcha de la producción, perdiendo todo interés activo en los asuntos generales de la comunidad.²⁴⁰ Estos peligros, particularmente sensibles en 1948-1949, tal como lo señala Djordjevich, fueron observados a tiempo y se tomaron medidas para

²³⁵ Vid. Artículo 11 de la Ley relativa a las Empresas del Estado del 12 de octubre de 1951, *cit.* por K. Katzarov, *op. cit.*, p. 318 y 319. Vid. del mismo autor, “Les Nationalisations en Bulgarie”, *loc. cit.*, p. 163.

²³⁶ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 319.

²³⁷ Vid. V. Knapp, “Quelques Remarques...”, *loc. cit.*, p. 740 y ss.; Daniel Vignes, “Les Nationalisations en Tchécoslovaquie”, en *Les Nationalisations en France et à l'Étranger (Les nationalisations à l'Étranger)*, Paris, 1958, p. 259 y ss.

²³⁸ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 322 y 323, Charles D'Eszlary, *Les Nationalisations en Hongrie*, *loc. cit.*, p. 202 y ss.

²³⁹ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 321; Nikola Stjepanovic, « Les Nationalisations et l'évolution de la gestion de l'économie en Yougoslavie », en *Les Nationalisations en France et à l'Étranger (Les Nationalisations à l'Étranger)*, Paris, 1958, p. 276 y 277.

²⁴⁰ Cfr. Jovan Djordjevich, *Yugoslavia, Democracia Socialista*, México, 1961, p. 59.

transformar el sistema de gestión de las empresas estatales, que culminaron con la ley fundamental de 1950 sobre la gestión de empresas económicas del Estado por las colectividades obreras, de donde surge el llamado autogobierno de los productores.²⁴¹ Esta forma de empresa constituye quizás una categoría especial que estudiaremos separadamente al resto de las empresas estatales de los países socialistas.²⁴²

En Polonia, por último, la empresa de Estado constituye la unidad de organización de base, por la cual el Estado realiza sus tareas económicas, y ha sido definida como un organismo llamado a satisfacer necesidades sociales en el campo indicado en el acto jurídico de su creación, dotado de una personalidad jurídica distinta de la del Estado.²⁴³ En estas empresas polacas surge la peculiaridad de que el personal de las mismas tiene el derecho de participar en la gestión de la empresa, configurándose entonces el mecanismo de la autogestión obrera.²⁴⁴ Por otra parte, en Polonia existen también las uniones de empresas del Estado, cuyo fin principal es la coordinación, la vigilancia y el control de la actividad de las empresas estatales. Estos organismos son a la vez, unidades económicas y órganos de la administración del Estado,²⁴⁵ dotados de personalidad jurídica, con autonomía patrimonial.²⁴⁶

64. Ante este panorama, más o menos general de los países de economía planificada, intentaremos estudiar comparativamente el régimen jurídico de las actividades industriales y comerciales del Estado, analizando separadamente el régimen interno y externo que reviste cierta uniformidad, al contrario de los sistemas occidentales. En efecto, puede afirmarse con Katzarov que en los países de Europa oriental, el régimen de las “Empresas del Estado” fue desde el instante mismo de la realización de la nacionalización, único y común al conjunto de empresas y sólo tuvo que ser perfeccionado después; en cambio, en países como Inglaterra y Francia, donde se llevaron a cabo grandes nacionalizaciones pero sobre bases múltiples y heterogéneas, a la necesidad de perfeccionar estas últimas se agrega el problema de su unificación.²⁴⁷ De ahí el concepto genérico de empresa pública que aunque más económico que jurídico, puede algún día constituirse definitivamente en una categoría jurídica nueva.²⁴⁸

²⁴¹ Vid. J. Djordjevich, *op. cit.*, p. 60 y 65; Cfr. Nikola Stjepanovic, « Les Nationalisations et l'évolution... », *loc. cit.*, p. 279 y ss.

²⁴² Vid. N° 72.

²⁴³ Vid. Z. Rybicki, «Le Régime des Activités... » *loc. cit.*, p. 264.

²⁴⁴ Vid. Z. Rybicki, «Le Régime des Activités... », *loc. cit.*, p. 267.

²⁴⁵ Cfr. Z. Rybicki, «Le Régime des Activités... », *loc. cit.*, p. 269 y 270.

²⁴⁶ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 321.

²⁴⁷ Vid. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 327

²⁴⁸ Cfr. R. Drago, «Le Régime des Activités... », *loc. cit.*, p. 452.

En todo caso, debe advertirse expresamente que, en los países socialistas, a pesar de la uniformidad, el régimen de estos entes es un régimen complejo,²⁴⁹ pues como ha señalado Zigmunt Rybicki, la economía planificada no puede ser bien gestionada sin recurrir a formas económicas, a formas de Derecho Civil y a formas de Derecho Administrativo. Estas formas deben variar, sin embargo, según cada situación y cada caso. No obstante, es necesario insistir en que el rol esencial de las formas de Derecho Administrativo es, sobre todo, el fijar los lineamientos generales y el asegurar las posibilidades de funcionamiento normal de una empresa, aun cuando en la gestión corriente, sin embargo, las formas económicas y las formas de Derecho Civil parecen más adecuadas.²⁵⁰

b. *Régimen jurídico interno*

65. El régimen jurídico interno de las empresas públicas en los países socialistas está determinado generalmente por las leyes reguladoras de dichas empresas²⁵¹ en cada uno de esos países, a las cuales hemos hecho referencia anteriormente.

Así, la creación de las empresas se hace por medio de actos administrativos individuales, condicionados generalmente por los planes económicos²⁵² a los cuales se ha reconocido su carácter normativo.²⁵³ En efecto, la decisión de crear una empresa del Estado corresponde, sea al Ministro respectivo, tal como sucede en Polonia y Checoslovaquia,²⁵⁴ sea al Consejo de Ministros, como sucede en Rumania y Bulgaria;²⁵⁵ sea en virtud de un decreto del Consejo de Ministros y por acto del Ministro interesado, tal como sucede en Hungría.²⁵⁶ En cuanto a las

²⁴⁹ Cfr. Z. Rybicki, « Le Régime des Activités... », *loc. cit.*, p. 266.

²⁵⁰ Vid. Z. Rybicki, « L'Entreprise Publique dans le Système Polonais de l'Economie Planifiée », *loc. cit.*, p. 317.

²⁵¹ Cfr. Z. Rybicki, « Le Régime des Activités... » *loc. cit.*, p. 266.

²⁵² Cfr. Z. Rybicki, « Le Régime des Activités... », *loc. cit.*, p. 277; del mismo autor, « L'Entreprise Publique dans le Système... », *loc. cit.*, p. 314 y 316.

²⁵³ Cfr. G. Langrod, « Quelques récentes tendances administratives en régime communiste », *loc. cit.*, p. 29

²⁵⁴ Vid. Z. Rybicki, « Le Régime des Activités... », *loc. cit.*, p. 267; K. Katzarov, *op. cit.*, p. 320 y 321; V. Knapp, « Quelques Remarques. . . », *loc. cit.*, p. 741, Stanislaw Sz wajc er, « Les Nationalisations en Pologne », en *Les Nationalisations en France et à l'Étranger (Les Nationalisations à l'Étranger)*, Paris, 1958, p. 236.

²⁵⁵ Vid. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 318 y 319; del mismo autor, « Les Nationalisations en Bulgarie », *loc. cit.*, p. 159

²⁵⁶ Vid. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 323

uniones de empresas, éstas, generalmente, son creadas por actos del respectivo Consejo de Ministros, tal como sucede en Polonia, Bulgaria y Hungría.²⁵⁷

Sin embargo, y aun cuando las empresas son creadas por decisiones administrativas, generalmente no adquieren personalidad desde ese momento, sino por un acto posterior de registro o inscripción. En Polonia, por ejemplo, estando sometidas las empresas a la formalidad de registro, éste se lleva por el Ministerio de las Finanzas para las empresas-llave (*entreprises-clés*), o por los órganos financieros de los *presidium*s de los Consejos Populares. El registro confiere a la empresa la personalidad jurídica, y a partir de ese momento, ella surge como un sujeto de Derecho sometida en sus relaciones externas al Derecho Civil.²⁵⁸ En otros países, como en Rumania, las empresas deben ser registradas en registros especiales para adquirir la capacidad de derecho y acción²⁵⁹ y en Bulgaria, Hungría y Checoslovaquia la inscripción de la empresa se realiza en el registro de comercio común para las empresas comerciales.²⁶⁰

66. En cuanto a la dirección de las empresas, en algunos países socialistas rige el principio de la gestión unipersonal. En Polonia, por ejemplo, las empresas del Estado están dirigidas por un director que representa la empresa hacia el exterior y que dirige sus actividades corrientes bajo su propia responsabilidad. El director tiene poderes muy extendidos; él contrata y licencia al personal, determina sus funciones y ejecuta las otras tareas reservadas a su competencia.²⁶¹ La situación en Hungría es similar, pues las empresas son administradas por un director general nombrado por el Ministro.²⁶² En la U.R.S.S., el principio también es el de la gestión personal de la empresa por un director nombrado por el Ministro correspondiente.²⁶³

En Checoslovaquia la organización de las empresas nacionales está basada también sobre el principio de un solo jefe, el cual como director nombrado por el

²⁵⁷ Vid. Z. Rybicki, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 270 y 271; K. Katzarov, *op. cit.*, p. 319 y 324; del mismo autor, "Les Nationalisations en Bulgarie", *loc. cit.*, p. 163.

²⁵⁸ Vid. Z. Rybicki, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 267. Cfr. N. Gajl, "Les Entreprises d'Etat en France, en Italie et en Pologne", *loc. cit.*, p. 164; Stanislaw Szwajcer, "Les Nationalisations en Pologne", *loc. cit.*, p. 237.

²⁵⁹ Vid. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 322.

²⁶⁰ Vid. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 319 y 320; del mismo autor, "Les Nationalisations en Bulgarie", *loc. Cit.*, p. 159, V. Knapp, *Quelques Remarques...*, *loc. cit.*, p. 742; Charles D'eszlary, "Les Nationalisations En Hongrie", *Loc. cit.*, p. 202.

²⁶¹ Vid. Z. Rybicki, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 267.

²⁶² Vid. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 323, Charles D'eszlary, "Les Nationalisations en Hongrie", *loc. cit.*, p. 202.

²⁶³ Vid. R. Fernández-Carvajal, "Las Empresas Públicas en Rusia", *loc. cit.*, p. 453. Cfr. A. Denisov y M. Kirichenko, *Derecho Constitucional Soviético*, Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú, 1959, p. 104.

Ministro respectivo, organiza y dirige la actividad de la empresa y actúa en su nombre, y al cual están sometidos los trabajadores de la empresa.²⁶⁴

En todo caso, aun cuando la empresa tenga sus órganos propios de dirección, éstos están sujetos por diversas vías a directrices provenientes de otros órganos, que hacen predominar en esta materia los vínculos regidos por el Derecho Administrativo.²⁶⁵ En efecto, en la mayoría de los casos, la dirección de la empresa corresponde en último término al Ministro respectivo, sea directamente, como en el caso de Bulgaria y Hungría, sea a través de las uniones de empresas, como es el caso de Polonia.²⁶⁶ En la U.R.S.S., la dirección última corresponde a través de los *trusti* o uniones de empresas al Consejo de Comisarios del Pueblo, que es el más alto órgano del Estado en la rama ejecutiva y administrativa,²⁶⁷ aunque a partir de la reforma introducida por el premier soviético Alexei Kosygin en septiembre de 1965, se ha acentuado el proceso de descentralización en la dirección y conducción de las empresas del Estado.²⁶⁸ En la mayoría de los casos, la razón de ser de esta sujeción radica en la existencia de planes económicos nacionales, cuyo desarrollo se hace fundamentalmente a través de las empresas estatales.

En ciertos países, como en Polonia, el personal de las empresas del Estado tiene el derecho de participar también directamente en la gestión de la empresa: los trabajadores de la empresa pueden elegir con la mayoría de votos un Consejo Obrero, que si bien constituye la base de la institución de la autogestión obrera, no es el único órgano que lleva a cabo esta función.²⁶⁹ La autogestión obrera ha señalado Rybicki, es una de las formas de desenvolvimiento de la democracia socialista. Ella constituye una base para coordinar la actividad de las diferentes organizaciones obreras que funcionan en el interior de la empresa. Los órganos de la autogestión obrera representan los intereses del personal en materia de producción y en materia social, y juegan también un papel de ensamblaje entre los intereses particulares de la empresa y los intereses nacionales.²⁷⁰

Ahora bien, en Polonia, los órganos de la autogestión obrera funcionan en virtud de la ley, de las directivas establecidas por el Consejo Central de los Sindicatos y del estatuto votado por la conferencia de autogestión obrera. De

²⁶⁴ Vid. V. Knapp, "Quelques Remarques...", *loc. cit.*, p. 742 y 743; Daniel Vignes, "Les Nationalisations en Tchécoslovaquie", *loc. cit.*, p. 259.

²⁶⁵ Cfr. Natalia Gajl, "Les Entreprises d'Etat en France, en Italie et en Pologne", *loc. cit.*, p. 167.

²⁶⁶ Vid. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 319 y 323. Cfr. Z. Rybicki, "L'Entreprise Publique dans le Système Polonais de L'Economie Planifiée", *loc. cit.*, p. 317.

²⁶⁷ Cfr. J. N. Hazard, "Soviet Government Corporation", *loc. cit.*, p. 853.

²⁶⁸ Cfr. A. W. Rudzinski, *Industrial Management in Poland* (multigráfica), 10-12-65, p. 1 y 2.

²⁶⁹ Cfr. Z. Rybicki, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 267 y 268.

²⁷⁰ Vid. Z. Rybicki, "L'Entreprise Publique dans le Système...", *loc. cit.*, p. 318.

conformidad con estos actos, las tareas de la autogestión obrera consisten principalmente en decidir los asuntos más importantes que conciernen a la empresa, de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad del director de la empresa, y de organizar la realización de los fines económicos y socioculturales de éstas. Los órganos de la autogestión obrera votan los planes anuales y a largo término de la empresa, fundándose sobre las directivas y los índices establecidos por el órgano superior (uniones de empresas); dichos órganos determinan, además, los principios de la repartición de la parte del beneficio destinado al personal votan también los reglamentos interiores de trabajo, y son igualmente competentes para pronunciarse sobre la nominación y la destitución del director de la empresa.²⁷¹

Todas las decisiones de los órganos de autogestión obrera relativas al funcionamiento de la empresa son dirigidas al director, el cual está obligado a asegurar su realización. Sin embargo, el director puede negarse a la ejecución de una decisión determinada cuando estime que ella fue tomada en violación de disposiciones jurídicas en vigor, o cuando considere que es contraria a los planes de la empresa. En este caso, la controversia es resuelta definitivamente por un órgano superior (*Zednoczenie*) o por una comisión constituida especialmente a este efecto (*Komisja Rozjemcza*), en la cual participan los representantes de los sindicatos.²⁷²

En todo caso, fundándose sobre las disposiciones jurídicas en vigor, sobre las directivas emanadas de los órganos superiores, sobre las resoluciones de los órganos de autogestión obrera y sobre su conocimiento de las necesidades económicas, es como el director de la empresa pública polaca, organiza el proceso de producción en la misma.²⁷³

67. En cuanto al régimen financiero, el principio general de las empresas públicas de los países socialistas es que tienen un patrimonio propio distinto al patrimonio del Estado, aunque en general se las considera como propiedad nacional. Pero a pesar de ello, es decir, de la existencia de un patrimonio propio, con frecuencia la propiedad de ese patrimonio de que dispone la empresa no corresponde en su totalidad a ella misma, considerada como persona jurídica, sino que una parte pertenece al Estado. Resulta de ello a menudo que la empresa estatal, en tanto que persona jurídica, tiene entonces solamente el usufructo de la empresa económica o mercantil o el derecho de explotarla.²⁷⁴ De aquí que se

²⁷¹ Vid. Z. Rybicki, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 268.

²⁷² Cfr. Z. Rybicki, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 268 y 269, NATALIA GAJL, "Les Entreprises d'Etat...", *loc. cit.*, p. 165.

²⁷³ Cfr. Z. Rybicki, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 268 y 269.

²⁷⁴ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 327.

distinga un patrimonio sobre el cual la empresa sólo tiene el uso de un patrimonio circulante que constituye el verdadero patrimonio de la empresa.

En la U.R.S.S., las empresas del Estado y sus uniones (*trusti*) realizan su propio financiamiento, no reciben créditos por parte del Estado y se consideran separadas del Fisco. Ellas responden de sus deudas con su patrimonio, del que tienen la libre disposición, y el Estado no responde de sus compromisos, por lo que puede establecerse una clara diferencia entre el patrimonio del Estado y el de la empresa. Sin embargo, y por cuanto en la U.R.S.S., sólo el Estado puede poseer los medios de producción incluyendo los bienes de las personas jurídicas y empresas estatales, ello plantea un dualismo en el patrimonio de éstas. En efecto, las empresas estatales poseen un patrimonio que es únicamente aparente: se trata del equipo que les ha sido confiado por el Estado y, que, aunque aquéllas sean diferentes de éste, en tanto que sujetos de Derecho, sigue, dicho equipo, siendo propiedad del Estado, confiriéndoseles simplemente la facultad de utilizarlo; pero, por otra parte, ellas poseen un segundo patrimonio que comprende los materiales que han adquirido para las necesidades de la producción, los productos fabricados, el dinero en caja y las utilidades puestas en reserva. Estos haberes representan su verdadero patrimonio, con el que responden frente a terceros.²⁷⁵

Una situación similar se encuentra en Polonia y Checoslovaquia, donde los bienes de la empresa les son conferidos por el Estado a título administrativo y “para uso”, quedando siempre propiedad inalienable del Estado.²⁷⁶ En Bulgaria, las empresas estatales reciben también del Estado fondos de operación suficientes y equipo, quedando este último como propiedad de aquél, y las empresas tan sólo lo utilizan; frente a terceros, estas últimas responden con su patrimonio circulante, constituido por los materiales y los productos fabricados, los fondos para gastos de operación y las utilidades. Este “patrimonio circulante” constituye entonces, también, su verdadero patrimonio.²⁷⁷

Por otra parte, las empresas en los países socialistas, generalmente, deben transferir al Estado parte de sus utilidades, y presumiblemente como contrapartida del usufructo que el Estado cede a las mismas respecto a los bienes.²⁷⁸ En Polonia, por ejemplo, los beneficios percibidos por las empresas se

²⁷⁵ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 317.

²⁷⁶ Cfr. Z. Rybicki, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 265; N. Gajl, “Les Entreprises d'Etat...”, *loc. cit.*, p. 164; V. Knapp, “Quelques Remarques...”, *loc. cit.*, p. 740; Daniel Vignes, “Les Nationalisations en Tchécoslovaquie”, *loc. cit.*, p. 259 y 263.

²⁷⁷ Vid. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 319; del mismo autor, “Les Nationalisations en Bulgarie”, *loc. cit.*, p. 160.

²⁷⁸ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 327; Charles D'eszlary, “Les Nationalisations en Hongrie”, *loc. cit.*, p. 204; Daniel Vignes, “Les Nationalisations en Tchécoslovaquie”, *loc. cit.*, p. 259.

dividen en varias partes con diversos destinos, una de las cuales va al tesoro del Estado.²⁷⁹

68. Por último, en cuanto a las relaciones internas de la empresa pública con su personal, en los países socialistas ellas no caen generalmente dentro del campo de acción del Derecho Público, y, por tanto, están sometidas al régimen ordinario del Derecho del Trabajo, tal como sucede en la U.R.S.S., Rumania y Polonia.³⁵³ Sin embargo, en Hungría y Checoslovaquia rige el estatuto de Derecho Público para el personal, y en Bulgaria, aun cuando éste está regido por el Derecho Privado, en cuanto a su responsabilidad penal y disciplinaria, rigen las mismas normas que para los funcionarios públicos.²⁸⁰

c. *Régimen jurídico externo*

69. El principio general en cuanto al régimen jurídico externo de las empresas públicas en los países socialistas, es que está regulado por las disposiciones del Derecho Civil, tal como sucede en la U.R.S.S., Yugoslavia, Polonia, Checoslovaquia y Rumania.²⁸¹ Como consecuencia, los actos de estas empresas estatales no tienen el carácter de actos administrativos, sino el de transacciones derivadas del Derecho Privado que descansan en la autonomía de la voluntad y en la libertad de contratación; y, por tanto, las controversias que de ellos surjan no serán resueltas por funcionarios del Estado, sino por los tribunales civiles ordinarios.²⁸²

70. Como consecuencia de lo anteriormente señalado, generalmente se reconoce que las empresas estatales de los países socialistas adquieren la calidad de comerciantes, tal como sucede en Bulgaria y Hungría.²⁸³ Asimismo en Checoslovaquia y Polonia, por ejemplo, donde se exige la inscripción de las empresas en el Registro de Comercio, ello les da dicho carácter.²⁸⁴ En general, ha dicho K. Katzarov, puede deducirse que en la medida en que se conserva la

²⁷⁹ Vid. Z. Rybicki, "L'Entreprise Publique dans le Système...", *loc. cit.*, p. 317.

²⁸⁰ Vid. Charles D'eszlary, "Les Nationalisations en Hongrie", *loc. cit.*, p. 203; Daniel Vignes, "Les Nationalisations en Tchécoslovaquie", *loc. cit.*, p. 260; K. Katzarov, "Les Nationalisations en Bulgarie", *loc. cit.*, p. 162.

²⁸¹ Vid. Elis Hastad, "Tipos de Industrias Nacionalizadas", *loc. cit.*, p. 67; J. N. Hazard, "Soviet Government Corporation", *loc. cit.*, p. 860 y 861; Z. Rybicki, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 266; K. Katzarov, *op. cit.*, p. 320 y 322; V. Knapp, "Quelques Remarques...", *loc. cit.*, p. 744 y ss.

²⁸² Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 378; Elis Hastad, "Tipos De Industrias Nacionalizadas", *Loc. cit.*, p. 67.

²⁸³ Vid. K. Katzarov, "Les Nationalisations en Bulgarie", *loc. cit.*, p. 161; Charles D'eszlary, "Les Nationalisations En Hongrie", *Loc. cit.*, p. 202.

²⁸⁴ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 320; Stanislaw Szwajcer, "Les Nationalisations en Pologne", *loc. cit.*, p. 237.

distinción entre “particulares” y “comerciantes”, las empresas estatales erigidas en virtud de las leyes especiales sobre empresas estatales, como personas jurídicas diferentes al Estado, pueden adquirir y poseer la calidad de comerciante, puesto que ejercen actos de comercio en su nombre y por profesión, aunque, sin embargo, no pueda considerárselas como sociedades mercantiles o personas jurídicas mercantiles, porque la ley no las proclama como tales.²⁸⁵

71. Por último, y en cuanto al régimen fiscal de las empresas públicas en los países socialistas, este es, en general, el mismo que está establecido para cualquier otra actividad privada.²⁸⁶ Sin embargo, en algunos países, como en Rusia, se ha previsto un impuesto sobre las ventas o sobre el movimiento comercial de las empresas estatales, que además de ser el más importante en volumen,²⁸⁷ viene a ser una de las principales repercusiones hacendísticas de la socialización. En efecto, en él se encarna la idea de que el Presupuesto del Estado debe recoger la diferencia entre el costo de producción de una mercancía y el precio que alcanza, siendo determinado este último, en todo caso, no por el libre juego del mercado, sino por la concreta apreciación del autor del plan.²⁸⁸ Paralelamente a ese impuesto, se ha previsto también un impuesto sobre las ganancias realmente obtenidas por las empresas públicas, mediante el cual se despoja a la empresa de cuantas ganancias rebasen sus necesidades de ampliar la producción (inversiones de capital, aumento de capital de explotación) y de nutrir el fondo destinado a atenciones sociales y culturales de los empleados y obreros de la misma.²⁸⁹

d. *Formas jurídicas especiales*

72. En los párrafos precedentes hemos estudiado los rasgos característicos de las empresas del Estado de los países socialistas, caracterizadas porque, a pesar de tener personalidad jurídica distinta de la de aquél, con patrimonio propio, continúan siendo de propiedad nacional. Esta situación tuvo lugar, asimismo, originalmente, en Yugoslavia, pero a partir de 1950, con la ley fundamental sobre la gestión de las empresas económicas del Estado por las colectividades obreras, comenzó la evolución hacia una verdadera propiedad socialista, por el reconocimiento de ciertos derechos a los productores (a la clase

²⁸⁵ Vid. K. Katzarov, *Op. cit.*, p. 363

²⁸⁶ Cfr. K. Katzarov, *Op. cit.*, p. 329 y 320.

²⁸⁷ Vid. R. Fernandez-Carvajal, “Las Empresas Públicas en Rusia”, *loc. cit.*, p. A59; J. N. Hazard, “Soviet Government Corporation”, *loc. cit.*, p. 867, llama a este impuesto “turnover tax”, y CH. Bettel-Heim, *La Planification Soviétique*, *cit.*, p. 172, lo denomina “impôt sur le chiffre d'affaires”.

²⁸⁸ Cfr. A. Baykov, “The Development of the Soviet Economic System... *cit.*, p. 367, *cit.* por R. Fernandez-Carvajal, “Las Empresas Públicas en Rusia”, *loc. cit.*, p. 459.

²⁸⁹ Cfr. R. Fernandez-Carvajal, “Las Empresas Públicas en Rusia” *loc. cit.*, p. 460.

obrero) en las empresas, y por la implantación del llamado autogobierno de los productores.²⁹⁰

La ley constitucional yugoslava, en efecto, generaliza y constitucionaliza los derechos de los productores y de las colectividades de trabajo en las empresas económicas, y, según dicha ley, el autogobierno económico de los productores se funda en los siguientes derechos: 1) Derecho de la colectividad de trabajo a administrar la empresa o la cooperativa, ya sea directamente o a través de los Consejos Obreros, elegidos y revocados por los productores; 2) Elegibilidad de los productores para los cuerpos representativos de las empresas económicas; 3) Derecho de la empresa económica a disponer de sus ingresos, después de cumplidas sus obligaciones sociales; 4) Derecho de la empresa a fijar la remuneración de sus trabajadores, dentro del límite de sus capacidades; 5) Derecho de la empresa a fijar de manera autónoma sus propios planes económicos; 6) Derecho de los productores a participar, mediante sus representantes, en las nuevas Cámaras de las Asambleas Populares -Consejos de Productores-, en la determinación de los recursos materiales consagrados a la satisfacción de las necesidades sociales y a su forma de empleo.²⁹¹

Sin duda, los derechos de autogobierno así definidos, en forma general, no son en la actualidad integralmente ejercidos por los productores yugoslavos. No obstante, tal como lo señala Djordjevich, y dentro de las condiciones actuales de la evolución económica, cultural y social del país, el autogobierno de los productores llena ya algunas funciones sociales fundamentales, como las siguientes:

La primera consiste en alejar el llamado capitalismo de Estado. El autogobierno prohíbe la identificación de la organización económica con la organización del Estado e impide a la burocracia establecer su tutela sobre la vida económica y poner obstáculos a la libre acción de las leyes económicas y al mercado libre. Por otra parte, significa el abandono de “la planificación total del Estado” en la vida económica, pues se considera que ésta frena el desarrollo de las fuerzas de producción, el mejoramiento de la productividad, la iniciativa creadora de los productores y la autonomía de las unidades económicas.²⁹²

La segunda función del autogobierno, es impulsar la transferencia de los medios de producción de manos del Estado a manos de los productores. El Estado deja de ser gradualmente propietario y el derecho individual del productor a la

²⁹⁰ Vid. Stanko Grozdanic, “Administrative Management of Public Enterprise in Yugoslavie”, *RISA*, 1966, N° 1, p. 43 y 44.

²⁹¹ Vid. en Jovan Djordjevich, *Yugoslavia, Democracia Socialista*, *cit.*, p. 63. Cfr. Nikola Stjepanovic, “Les Nationalisations et l'évolution de la gestion de l'économie en Yougoslavie”, *loc. cit.*, p. 280 y ss.

²⁹² Vid. J. Djordjevich, *Yugoslavia, Democracia Socialista*, *cit.*, p. 64.

propiedad de los productos de su trabajo es progresivamente reconocido. Esto, según Djordjevich, representa una garantía fundamental para la libertad de la iniciativa creadora, y para el reconocimiento de la dignidad del hombre creador; es el comienzo de una verdadera democracia económica, que extiende a la economía la soberanía del pueblo trabajador y liga así la soberanía económica a la soberanía política.²⁹³

Sin embargo, y aun cuando, sin duda alguna, Yugoslavia está prosiguiendo el programa de planificación de la economía, al propio tiempo, tanto la iniciativa como la responsabilidad de la actividad industrial es cosa propia de las autoridades políticas locales como reflejo del movimiento de descentralización. Por ello, la moderna economía yugoslava, en su forma más acentuada, puede ser considerada como basada sobre la libre competencia entre las empresas comunales que, en general, gozan de autonomía en la determinación de los precios; o, dicho en otras palabras, los yugoslavos han logrado en cierta forma fundir los principios de la empresa libre y de la propiedad colectiva.²⁹⁴

Por último, debe señalarse que es en Yugoslavia donde, por primera vez en la historia, se instituyó el sistema del autogobierno de los productores, que da a la noción de propiedad social -una "propiedad" que no pertenece a ningún grupo ni al Estado- su verdadero significado. Esta, por otra parte, es el marco dentro del cual se realizan en Yugoslavia dos derechos contradictorios: el derecho de los productores a administrar los medios de producción y apropiarse de su parte del producto social, y el derecho de la comunidad a determinar, por intermedio de los cuerpos representativos, el monto de los recursos a deducir del producto social, para la satisfacción de las necesidades de la sociedad.²⁹⁵

5. *Sociedades mercantiles de capital público*

A. *Introducción*

73. Pero aparte de la posibilidad de que el Estado desarrolle sus actividades industriales y comerciales a través de entes dotados de personalidad jurídica de carácter público o semipúblico, es frecuente encontrar en el Derecho Comparado ejemplos del recurso, por parte de aquél, a la forma societaria mercantil para el desarrollo de esas actividades, aunque en países como en Inglaterra y Australia, este fenómeno sólo se produce excepcionalmente.²⁹⁶ Ahora bien, en la mayoría

²⁹³ Vid. J. Djordjevich, *Yugoslavia, Democracia Socialista*, cit. p. 64 y 65.

²⁹⁴ Vid. Elis Hastad, "Tipos de Industrias Nacionalizadas", loc. cit., p. 67.

²⁹⁵ Vid. J. Djordjevich, *Yugoslavia, Democracia Socialista*, cit., p. 71.

²⁹⁶ Vid. A. H. Hanson, "L'Organisation des Entreprises...", loc. cit., p. 111; G. Langrod, "L'Entreprise Publique en Droit Administratif Comparé", loc. cit., p. 219. Cfr. W. A.

de los supuestos, el recurso a la forma societaria de Derecho Privado para la realización de actividades económicas por parte del Estado, se lleva a cabo paralelamente a la utilización de formas jurídicas de Derecho Público o semipúblico, tal como sucede en todos los países de Europa occidental y en la América Latina.²⁹⁷ En otros sistemas, al contrario, el Estado generalmente desarrolla sus actividades industriales y comerciales a través de estas sociedades, siendo excepcional la utilización de figuras de Derecho Público, tal como sucede en Austria,²⁹⁸ Grecia,²⁹⁹ Suecia y Finlandia,³⁰⁰ o siendo difícil su reconocimiento.³⁰¹

74. En todos estos supuestos, la utilización de la forma jurídico-mercantil por parte del Estado, persigue objetivos más o menos concretos: dotar de personalidad jurídico-privada a un patrimonio adscrito a un fin, obteniendo, además, el beneficio de la responsabilidad limitada; someterse a las leyes y usos del comercio; escapar a la aplicación del Derecho Administrativo, resolviendo por este cómodo procedimiento el problema de las relaciones entre el ente público y la empresa; fomentar su crédito frente a terceros; y dotarla de una gestión ágil, tanto desde el punto de vista jurídico como económico.³⁰² Ante estos objetivos, es evidente que el Estado no ha dudado de recurrir a las formas de

ROBSON, “La Empresa Pública en Gran Bretaña”, *loc. cit.*, p. 74; M. A. Flamme, “La Empresa Pública...”, *loc. cit.*, p. 82.

²⁹⁷ Vid: Alemania: Klaus Vögel, *Die Wirtschaftliche...*, *cit.*, p. 2 y 4; E. Forsthoff, *op. cit.*, p. 660; Wolfgang Zetzschke, “Las Empresas Públicas en la República Federal Alemana”, *loc. cit.*, p. 97; Francia: R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 453; Bélgica: M. A. Flamme, “Le Régime Des Activités...”, *loc. cit.*, p. 393; Finlandia: Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, *cit.*, p. 12 y 20; Italia: M. S. Giannini, “Sobre las Empresas Públicas”, *loc. cit.*, p. 20; M. S. Giannini, *Le Régime des Activités...*, *cit.*, p. 4; España: Manuel Broseta Pont, “La Sociedad Anónima Pública...”, *loc. cit.*, p. 495; J. L. Villar Palasi, “La Actividad Industrial del Estado...”, *loc. cit.*, p. 94 y 100; F. Garrido FALLA, “Las Empresas Públicas”, *loc. cit.*, p. 138; Brasil: Antonio Brochado Da Rocha, *Informe Brasileño al IV CIFE. loc. cit.*, Vol. IV., p. 105, 107 y 109; Argentina: Agustín A. Gordillo, *Empresas del Estado, cit.*, p. 57 y sig.; R. Bielsa, “Las Sociedades de Economía Mixta, Los Servicios Públicos y las Industrias de Interés Nacional”, *Estudios de Derecho Público*, Tomo I, Buenos Aires, 1950, p. 593; Venezuela: Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, 1963, p. 186; Chile: Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Santiago de Chile, 1961, Tomo II, p. 295.

²⁹⁸ Vid. Gerhard Plöchl, *Die Öffentliche...* *cit.*, p. 4 y 8; M. Baena Del Alcazar, “La Intervención de la Administración en la Economía Austríaca”, *RAP*, N° 42, 1963, p. 450; W. Weber, “State-Controlled Enterprise in Austria”, *RISA*, 1962, N° 2, p. 196.

²⁹⁹ Vid. Pella Lenoudia, “La Empresa Pública en Grecia, ICE, marzo, 1964, p. 152.

³⁰⁰ Vid. Hakan Strömberg, “La Empresa Pública en Suecia” ICE, marzo, 1964, p. 145, 147 y 149; Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, *cit.*, p. 12, 15 y 20.

³⁰¹ Vid. Lloyd D. Musolf, “Public Enterprise and «Developed» Organization Forms: South Vietnam”, en *RISA*, 1963, N° 3, p. 266.

³⁰² Cfr. Manuel Broseta Pont, “La Sociedad Anónima Pública...”, *loc. cit.*, p. 505 y 506.

Derecho Privado antes que a la forma del establecimiento público sometido funcionalmente al Derecho Administrativo, aun cuando la utilización de la forma societaria sea exclusivamente formal o se la considere en ciertos casos como una ficción.³⁰³

Por otra parte, quizás el objetivo fundamental que ha llevado al Estado a utilizar la forma societaria es la limitación de la responsabilidad al capital aportado en la empresa,³⁰⁴ hasta tal punto, que en algunos países, como en Alemania, está prohibido al Estado recurrir o participar en formas societarias en las que la responsabilidad de los socios no esté limitada a una cantidad determinada.³⁰⁵

Por último, debe señalarse que, generalmente, los poderes públicos son libres de utilizar la forma societaria de Derecho Privado para desarrollar sus actividades comerciales, aunque en Alemania, por ejemplo, esa participación está condicionada a que un interés estatal importante así lo exija, o que el fin perseguido no pueda alcanzarse de otra manera distinta y siempre que esa utilización de la forma de Derecho Privado no perjudique los fondos públicos.³⁰⁶

75. Ahora bien, en todos los casos señalados, y sin que la utilización normal o excepcional de la forma societaria influya, el régimen jurídico aplicable a dichas personas jurídicas es el régimen de Derecho Privado, y concretamente, de Derecho Comercial, que rige normalmente esas formas jurídicas cuando son constituidas por particulares. La participación del Estado, como único accionista o en régimen de economía mixta en dichas sociedades, en principio, no debería hacer variar el régimen jurídico aplicable. Sin embargo, la realidad, en los sistemas jurídicos contemporáneos, muestra la existencia de muchas derogaciones al régimen común de las sociedades que produce la presencia del Estado, y que es necesario analizar.

Para ello, se estudiará, separadamente, la sociedad mercantil pública unipersonal y la sociedad mercantil de economía mixta, según que el Estado sea el único accionista de la empresa o participe junto con otras personas privadas en el capital de la misma.

³⁰³ Vid. Manuel Broseta Pont, “La Sociedad Anónima Pública...”, *loc. cit.*, p. 503; M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 395.

³⁰⁴ Cfr. T. R. Fernandez Rodríguez, “Notas para un Planteamiento de los Problemas Actuales de la Empresa Pública”, *loc. cit.*, p. 119; K. Katarov, *op. cit.*, p. 314 y 323; Hakan Strömberg, “La Empresa Pública en Suecia”, *loc. cit.*, p. 148.

³⁰⁵ Vid. Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, *cit.*, p. 4.

³⁰⁶ Vid. Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, *cit.*, p. 9; Cfr. Informe de la República Federal Alemana al IV CIEF, *loc. cit.*, Vol. IV, p. 137.

B. *La Sociedad Mercantil Pública Unipersonal*

76. Dado el sometimiento al respectivo Código de Comercio, el régimen jurídico de estas sociedades mercantiles públicas en las cuales el Estado es único accionista, en principio, es el determinado por el Derecho Mercantil, Civil y Laboral y por las disposiciones especiales que les sean aplicables. Sin embargo, dada la presencia del Estado en esas sociedades, surgen una serie de derogaciones al régimen y a la estructura de las sociedades mercantiles, que conducen a concluir en que la aplicabilidad de las normas de Derecho Comercial no puede ser total e íntegra. En primer lugar, porque algunas disposiciones especiales que regulan estas sociedades establecen numerosas derogaciones expresas al régimen de las sociedades anónimas; por ejemplo, y entre otras que veremos, desaparece la pluralidad de socios, y se establece generalmente la intransmisibilidad de las acciones del Estado, así como un control externo sobre la sociedad anónima. Pero además, el hecho de ser un ente público accionista y el hecho de que éste sea el único socio, hace inaplicable en muchos casos el régimen jurídico de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, ya que desaparecen órganos y faltan algunos requisitos esenciales; por ejemplo, veremos que falta generalmente la Asamblea o Junta general, y que el régimen de las acciones pierde en cierta forma sentido.³⁰⁷

Muchos de estos inconvenientes, sin embargo, se han tratado de superar por la participación en el capital de la empresa, del Estado y de otra persona pública, como, por ejemplo, de institutos autónomos o establecimientos públicos. En estos casos, aun cuando no existe un solo accionista, el capital sigue siendo en su totalidad de carácter público.

77. Ahora bien, ante el tipo de sociedad unipersonal mercantil pública, el primer problema que surge es el de la posibilidad misma de la sociedad unipersonal o con un solo accionista.³⁰⁸ En efecto, partiendo de la idea general de que la sociedad es un contrato “por el cual dos o más personas convienen en contribuir, cada una con la propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico común” -siguiendo la definición del Código Civil venezolano, que fue tomada del Proyecto franco-italiano de las Obligaciones y recogida asimismo por el Código Civil italiano-³⁰⁹ es necesario convenir que, en general, el acto constitutivo de la sociedad debe tener una base

³⁰⁷ Cfr. Manuel Broseta Pont, “La Sociedad Anónima Pública...”, *loc. cit.*, p. 498; M. A. Flamme, “La Empresa Pública...”, *loc. cit.*, p. 121.

³⁰⁸ Vid. Roberto Goldschmidt, “*La Sociedad de una sola persona con especial referencia al Derecho Venezolano*”, en Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Uppsala, 1966), Caracas, 1966, p. 9 a 27.

³⁰⁹ Vid. artículo 1649 del Código Civil Venezolano; artículo 531 del Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones; artículo 521 del Código Civil Italiano.

colectiva inicial. No desconocemos, que algunos derechos positivos, como el de Suecia, permitan la creación de sociedades con un único accionista,³¹⁰ pero en todo caso, se trata de algo excepcional. Ante esta posición, la doctrina admite sin dificultad la existencia de la sociedad unipersonal sobrevenida, la cual presupone que, habiéndose constituido regularmente con pluralidad de fundadores, las acciones se concentran posteriormente en una sola mano.³¹¹ Esta, puede decirse, es la posición general respecto a la admisibilidad de sociedades en que el Estado es único accionista.³¹² En efecto, generalmente y aun ante la participación del Estado, surge la imposibilidad de crear sociedades unipersonales, sin el concurso de otras personas jurídicas, aun cuando se admita la sociedad unipersonal sobrevenida. Esta es, por ejemplo, la posición del Derecho alemán, según el cual, una sociedad anónima o de responsabilidad limitada sólo puede fundarse al menos por cinco o dos personas, respectivamente, por lo cual los sujetos de la administración pública no pueden fundar jurídicamente una sociedad propia sin participación ajena. Sin embargo, admite Vogel, este requisito puede eludirse haciendo que empleados o funcionarios del organismo público correspondiente actúen como particulares en la constitución de la sociedad y más tarde transfieran sus acciones al organismo público.³¹³

Ante esta situación general, el Derecho español muestra en la Ley sobre Sociedades Anónimas una norma realmente excepcional respecto al Derecho universal de sociedades, en el que no existe un precepto análogo, en el cual, después de ordenar que el número de fundadores de una sociedad anónima no podrá ser inferior a tres, agrega que “se exceptúa de lo establecido en el párrafo anterior las sociedades constituidas por organismos estatales, provinciales o municipales, en aplicación de las disposiciones vigentes”.³¹⁴

78. Ahora bien, sea que el Estado se constituya en único accionista desde un inicio, o sea que lo haga posteriormente, en todo caso, la forma jurídica mercantil de la empresa produce que las mismas sean consideradas como comerciantes,³¹⁵ y, por tanto, que, jurídicamente, se las considere como personas privadas sometidas al Derecho común y a los tribunales ordinarios. En

³¹⁰ Vid. Carl Hemström, “The One-Man Company in Swedish Law”, en *Swedish National Reports to the VIIth. International Congress of Comparative Law*, Uppsala 1966, Estocolmo, 1966, p. 43.

³¹¹ Cfr. Manuel Broseta Pont, “La Sociedad Anónima Pública...”, *loc. cit.*, p. 503.

³¹² Vid. Gerhardt Plöchl, *Die öffentliche..., cit.*, p. 8; R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 453; K. Katzarov, *op. cit.*, p. 309; Pella Lenoudia, “La Empresa Pública en Grecia”, *loc. cit.*, p. 153.

³¹³ Vid. Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche..., cit.* p. 4.

³¹⁴ Vid. Manuel Broseta Pont, “La Sociedad Anónima Pública...” *loc. cit.*, p. 497.

³¹⁵ Cfr. Gerhardt Plöchl, *Die öffentliche..., cit.*, p. 11; R. DRAGO, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 456.

consecuencia, las sociedades de capital público en general no ejercen ninguna clase de facultad pública, con la excepción en algunos países, como Suecia, en los cuales han de recaudar impuestos indirectos como, por ejemplo, los impuestos sobre tabaco, el alcohol y la lotería.³¹⁶

Por otra parte, el personal que presta en ellas sus servicios no puede ser considerado como perteneciente a la función pública, encontrándose, al contrario, sometido al Derecho Laboral.³¹⁷ Asimismo, y en cuanto el régimen fiscal, generalmente se encuentran sometidas estas empresas al mismo régimen ordinario que rige para las sociedades mercantiles, aun cuando pueden gozar de exenciones y exoneraciones especiales.³¹⁸ En Grecia, sin embargo, está prevista una exención general de toda obligación de pagar impuestos y contribuciones, lo que en realidad supone un alejamiento del principio del funcionamiento “comercial” de las empresas del Estado.³¹⁹

79. Siendo el Estado único accionista en una sociedad mercantil, la influencia del mismo en la actividad de ésta se lleva a cabo en formas indirectas: ejercitando a través del Ministro respectivo sus derechos como accionista o dando instrucciones a los miembros del Consejo de Administración nombrado por aquél.³²⁰ Por ello se dice que estas empresas, aun cuando virtualmente dirigidas por sus órganos estatutarios, están bajo la supervisión y control del Ministro respectivo.³²¹

80. Todo esto trae como consecuencia la existencia de anomalías respecto al régimen normal de las sociedades. En efecto, en toda sociedad mercantil pública unipersonal falta, realmente, la Asamblea General entendida como órgano deliberante, puesto que el único accionista no puede deliberar consigo mismo. Sin embargo, siendo la Asamblea un órgano necesario cuya composición, facultades y funcionamiento se regulan por las normas mercantiles de las sociedades, en algunos casos se ha pretendido formalmente sustituirla atrayendo sus funciones a un ente o a una corporación pública, que sustancialmente no puede considerarse como verdadera Asamblea General supuesto que su constitución, su funcionamiento y sus facultades se rigen por sus normas propias,

³¹⁶ Vid. Hakan Strömberg, “La Empresa Pública en Suecia”, *loc. cit.*, p. 149.

³¹⁷ Cfr. G. Langrod, “L'Entreprise Publique en Droit Administratif Comparé”, *loc. cit.*, p. 227; R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 454; Hakan Strömberg, “La Empresa Pública en Suecia”, *loc. cit.*, p. 149.

³¹⁸ Cfr. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 457; Du Pont, *L'Etat Industriel*, *cit.*, p. 110; Gerhardt Plöchl, *Die Öffentliche...*, *cit.*, p. 10; Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, *cit.*, p. 14 y 16; Hakan Strömberg, “La Empresa Pública en Suecia”, *loc. cit.*, p. 149.

³¹⁹ Vid. Pella Lenoudia, “La Empresa Pública en Grecia”, *loc. cit.*, p. 157 y 158.

³²⁰ Cfr. Hakan Strömberg, “La Empresa Pública en Suecia”, *loc. cit.*, p. 149.

³²¹ Cfr. Pella Lenoudia, “La Empresa Pública en Grecia”, *loc. cit.*, p. 153.

que no son precisamente las contenidas en las leyes mercantiles. Así, por ejemplo, en España, para algunas de las sociedades creadas por entes locales, se dice que el Concejo Municipal o la Corporación local en pleno actuará como Asamblea General.³²² Por otra parte, en cuanto a los órganos directivos de la sociedad, también surgen anomalías: así, el Consejo Directivo en las sociedades públicas unipersonales, no se nombra ni revoca directamente por la Asamblea General, pues ésta no existe en sentido estricto, sino por el único accionista. En esta forma, esos actos de nombramiento o revocación constituyen verdaderos actos administrativos que están sometidos al Derecho Público y no al Derecho Privado.³²³

81. Por otra parte, aun cuando la forma normal de ejercer el control y dirección sobre la empresa por parte del Estado sea el ejercicio de sus derechos como titular de acciones, es necesario señalar que en estas sociedades unipersonales materialmente no existe el régimen de las acciones, que es esencial en toda sociedad anónima. En efecto, es necesario convenir en que en las sociedades públicas unipersonales, las acciones no son realmente parte alícuota del capital, cuando no se las utiliza como instrumento de financiación ni como medio para medir la intensidad en el ejercicio de los derechos sociales, puesto que ambos suponen la pluralidad de socios. Por otra parte, no puede señalarse con generalidad que estas acciones constituyan títulos valores, cuando con frecuencia la ley dispone que son intransferibles, como sucede en algunos casos en Austria y Finlandia,³²⁴ y cuando en ellas la legitimación para asistir a sus pretendidas Asambleas Generales, se atribuye, no por ser accionista, sino por el hecho de ser concejal, como sucede en algunos casos en España.³²⁵

82. Por último, y aun cuando, en principio, estas empresas se rijan por el Derecho de sociedades mercantiles, es inverosímil pensar en la aplicabilidad a estas sociedades públicas de las causas de liquidación previstas por las leyes mercantiles.

En efecto, en algunos países, como en Austria, esto está claramente determinado en forma general, al exigirse que la disolución o liquidación de la empresa sólo puede hacerse mediante una ley especial.³²⁶

³²² Vid. Manuel Broseta Pont, “La Sociedad Anónima Pública...”, *loc. cit.*, p. 501.

³²³ Cfr. Manuel Broseta Pont, “La Sociedad Anónima Pública...”, *loc. cit.*, p. 502; Gerhardt Plöchl, *Die Öffentliche...*, *cit.*, p. 16 y 17.

³²⁴ Vid. Gerhardt Plöchl, *Die Öffentliche...*, *cit.*, p. 11; Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, *cit.*, p. 13.

³²⁵ Vid. Manuel Broseta Pont, “La Sociedad Anónima Pública...”, *loc. cit.*, p. 501.

³²⁶ Vid. Gerhardt Plöchl, *Die Öffentliche...*, *cit.*, p. 10; en forma especial en Bélgica: Vid. M. A. Flamme, *Le Régime des Activités...*, *cit.* (multigrafiada), p. 59.

Al contrario, en la mayoría de los países, no hay una regulación general al respecto, y si bien teóricamente, dada la calidad de comerciante de estas empresas, procedería instaurarse un procedimiento de quiebra contra ellas, ello es difícilmente posible, pues el Estado, por motivos de interés general, iría seguramente en ayuda de las mismas cuando se encuentren en dificultad.³²⁷ Sin embargo, ante esto, es necesario observar que por ello, la deficiente gestión de una empresa pública no lleva consigo para sus dirigentes, una sanción semejante a la que la quiebra supone para el empresario privado, pues los directores y administradores de la sociedad pública se ven menos afectados que aquél por la crisis de la empresa. En efecto, para el empresario privado, la empresa constituye su profesión y su vida; para el responsable de la empresa pública, ésta no tiene tal carácter sino accidentalmente, pues en cualquier caso si, como sucede con frecuencia, el funcionario, fracasada su gestión, puede volver al puesto propio de su carrera administrativa. Por ello, T. R. Fernández Rodríguez considera, con sobrada razón, que es necesario llevar a cabo, en este aspecto, una asimilación del carácter de los empresarios privados y públicos, y para ello, es presupuesto previo lograr el interesamiento de éste en la empresa de una manera eficaz.³²⁸ Mientras esto no se haga, continúa en vigor la célebre frase de Ripert, formulada al observar la aparición del fenómeno económico del Estado: “*S’emparer des propriétés privées est chose qui, juridiquement, est relativement facile; les exploiter selon les formes privées, est plus difficile*”.³²⁹

C. La sociedad de economía mixta

83. En general, se aplica la noción de empresa o sociedad de economía mixta, a las sociedades en las cuales se encuentran asociados capitales públicos y capitales privados, en vista de una explotación industrial o comercial.³³⁰ Sin embargo, esta noción, en parte menos jurídica que económica, requiere precisiones. En primer lugar, la asociación del capital público con el privado puede surgir desde el inicio de la vida jurídica de la empresa, como por un hecho

³²⁷ Cfr. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 456; A. Delion, *L’Etat et les Entreprises Publiques*, *cit.*, p. 22; KLAUS VOGEL, *Die Wirtschaftliche...*, *cit.*, p. 8; M. A. Flamme, *Le Régime des Activités...*, *cit.* (multigrafiada), p. 57 y 59; M. S. Giannini, “Sobre las Empresas Públicas”, *loc. cit.*, p. 12 y 15; K. Katzarov, *op. cit.*, pág- 323.

³²⁸ Vid. T. R. Fernández Rodríguez, “Notas Para Un Planteamiento De Los Problemas Actuales De La Empresa Pública”, *Loc. cit.*, p. 121.

³²⁹ Vid. G. Ripert, *Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne*, Paris, 1948, p. 246, *cit.* por K. Katzarov, *op. cit.*, p. 291; *cit.* igualmente por T. R. Fernández Rodríguez, “Notas para un Planteamiento...”, *loc. cit.*, p. 121.

³³⁰ Cfr. P. Du Pont, *L’Etat Industriel*, *cit.*, p. 65. Para un análisis de Derechos extranjeros sobre estas sociedades, Vid. Héctor Cámara, *Sociedades de Economía Mixta*, Buenos Aires, 1954, p. 13 y ss. Sobre los problemas que conlleva la noción Vid. Luiz Gastão Paes De Barros Leães, “O conceito jurídico de Sociedade de Economía Mista”, *Revista de direito Administrativo*, N° 79, Rio de Janeiro, 1965, p. 1 y ss.

posterior, cuando una persona pública territorial adquiere parte del capital de una sociedad comercial, o cuando, al contrario se produce la privatización de parte del capital de una sociedad mercantil unipersonal del Estado, como ha sucedido con frecuencia en Austria.³³¹ Por otra parte, para que se pueda estar en presencia de una sociedad de economía mixta, es necesario que sea el Estado u otra colectividad pública, es decir, que sea una persona pública territorial, el ente que participe en el capital. De ahí que en general, contrariamente a la situación argentina,³³² la presencia de capitales aportados por establecimientos públicos u otras sociedades públicas no es suficiente para la calificación de economía mixta. Así lo exigía, por ejemplo, la ley cubana sobre Sociedades de Economía Mixta, que las definía como “toda empresa en que el Estado participa en el capital de la misma y en su gestión o administración, conjuntamente con el capital privado”.³³³ Además, en la calificación de economía mixta de una sociedad también entran en juego las proporciones respectivas del capital público y del capital privado, exigiéndose generalmente, que exista una participación tal, que los capitales público y privado compartan la dirección de la empresa. Por tanto, la existencia de una mínima proporción de capital privado en la empresa y, por tanto, de una influencia total del Estado, hará pensar más bien que se está en presencia de una sociedad comercial pública.³³⁴ Al contrario, si la presencia del Estado en el capital representa una mínima proporción, se estará en presencia, antes de que, en una empresa de economía mixta, en el llamado accionariado del Estado.³³⁵ Por ello, la empresa de economía mixta está caracterizada por la presencia de los sectores públicos y privados en la dirección de la sociedad, aunque generalmente con alguna preponderancia de los intereses públicos,³³⁶ lo que por otra parte se exige obligatoriamente en Alemania.³³⁷

84. Ahora bien, la empresa de economía mixta tiene la enorme importancia de haber sido el medio inicial de intervención del Estado en la economía, pues sus orígenes se encuentran en los tímidos ensayos realizados en diversos países para hacer compatible el dogma económico de *laissez faire* con la necesidad del estímulo estatal a ciertas obras y empresas de interés público.³³⁸ Por ello, en

³³¹ Vid. Gerhardt Plöchl, *Die Öffentliche...*, cit., p. 2.

³³² Vid. Agustín A. Gordillo, *Empresas del Estado*, cit., p. 98 y 165.

³³³ Vid. en *Información Jurídica*, No. 138, Madrid, 1951, p. 923.

³³⁴ Cfr. Theo Keller, “La Economía propia de las Comunidades Públicas”, *loc. cit.*, p. 163.

³³⁵ Vid. J. L. Villar Palasi, “La Actividad Industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, *loc. cit.*, p. 97.

³³⁶ Cfr. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 400. Theofilo De Azeredo Santos, *As Sociedades de Economia mista no Direito Brasileiro*, Río de Janeiro, 1964, p. 46.

³³⁷ Vid. Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, cit., p. 5.

³³⁸ Cfr. F. Garrido Falla, “Las Empresas Públicas”, *loc. cit.*, p. 141.

países como Inglaterra³³⁹ y la mayoría de los países socialistas, salvo Hungría,³⁴⁰ donde la ola de nacionalizaciones permitió una sólida intervención estatal en la economía con figuras jurídicas como las *Public Corporations* y las empresas del Estado, las empresas mixtas no son frecuentes. Al contrario, en países como Luxemburgo, donde no existen instituciones públicas económicas, la única forma utilizada por el Estado para realizar actividades industriales y comerciales es la empresa de economía mixta.³⁴¹

85. Para estas empresas de economía mixta, en general, rigen los mismos principios que para las sociedades mercantiles unipersonales, por lo que se encuentran sometidas en su totalidad a las regulaciones del Derecho Civil, Mercantil y Laboral, con la posibilidad, asimismo, respecto de ellas, de aplicarles algunas de las derogaciones del régimen originario analizadas.

En este sentido, es de destacar que M. A. Flamme, aun respecto a las empresas de economía mixta, contrariamente a la sostenido por Theofilo de Azeredo Santos, encuentra inconcebible la aplicación a ellas del procedimiento de quiebra, dada la existencia de un interés público de por medio que exige necesariamente el concurso del Estado para evitar la cesación de pagos por parte de aquéllas, con lo que está conforme, por otra parte, la legislación argentina.³⁴²

³³⁹ Vid. W. A. Robson, "La Empresa Pública en Gran Bretaña", *loc. cit.*, p. 74.

³⁴⁰ Vid. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 341 y 342.

³⁴¹ Vid. *Informe de la Chambre des Comptes de Luxemburgo, al IV CIEF, loc. cit.*, Vol. IV, p. 217.

³⁴² Vid. M. A. Flamme, *Le Régime des Activités...*, *cit.* (multigrafiada), p. 59; Theofilo De Azeredo Santos, *As Sociedades de Economía Mista...*, *cit.*, p. 64 y 65; Héctor Camara, *Sociedades de Economía Mixta, cit.*, p. 148.

TERCERA PARTE

EL CONTROL SOBRE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

“L’élaboration d’un système de contrôle sur l’administration, que donnera toutes garanties, est aussi difficile qu’elle est nécessaire; cela tient, en partie, à la variété des intérêts à sauvegarder en partie à la diversité et à la multiplicité des actes administratifs à contrôler”. Frank J. Goodnow, *Les Principes du Droit Administratif des Etats-Unis*, Paris, 1907, p. 416.

I. INTRODUCCIÓN

86. Flaminio Franchini, al hablar de la intervención del Estado en la organización económica italiana señala, con razón, que los problemas que se plantean, con una claridad y una urgencia cada vez mayores en relación a las empresas públicas, son numerosos y pueden abarcar diferentes aspectos, según que ellos se refieran, a la propia razón de ser de ciertas empresas, que en realidad son supervivencias históricas de necesidades económicas o políticas algunas veces ya caducas; al problema de la oportunidad misma del intervencionismo del Estado; a la necesidad de establecer nexos orgánicos entre los principios jurídicos y económicos que rigen empresas que forman parte de la misma rama de la actividad económica o de ramas diferentes pero ligadas entre sí; y, sobre todo, a la reorganización de los controles; y concluye que es precisamente este último problema, el que, desde el punto de vista jurídico, aparece como el más delicado, y cuya solución es la más urgente.¹

En efecto, y ello puede verse como una tendencia del Derecho Comparado, la intervención del Estado en la vida económica por la asunción de actividades comerciales e industriales ha dado origen, como lo hemos visto, a la creación y constitución de diversas formas jurídicas de actuación, que van desde la llamada *Régie industrielle* francesa y la *Régie d Etat* belga hasta la sociedad mercantil de capital mixto, según el grado de descentralización. Ahora bien, esta mayor o

¹ *Vid.* Flaminio Franchini, “Aspects Juridiques de l’Intervention de l’Etat dans l’Organisation Economique Italienne”, *loc. cit.*, p. 233.

menor descentralización, sobre todo mediante la constitución de formas jurídicas autónomas, ha dado origen en los distintos derechos positivos, a la previsión de una serie de mecanismos de control ejercido por el Estado o la comunidad sobre esos distintos entes. Se trata, en efecto, de controles diferentes que algunas veces se entrecruzan y se enredan llegando a producir, en algunos casos, serias dudas en cuanto a la extensión y a los límites de la competencia de los órganos que los desarrollan. Generalmente, a los controles normales efectuados por los Ministerios técnicos que ejercen sobre las empresas públicas la vigilancia y la tutela, se unen, en efecto, controles especiales, interiores y exteriores, los cuales se aplican particularmente a las empresas subvencionadas por el Estado. Por otra parte, al lado de estos controles, se encuentra un tipo de control muy particular, y es aquel que ejerce el Parlamento. Este se funda sobre el principio según el cual, tratándose de fondos del Estado, este último tiene el derecho de saber, en el momento del examen y discusión de su propio presupuesto, cómo son administrados los fondos en cuestión.² Además, en aquellos países donde el control financiero se ejerce, no sólo por el Parlamento, sino también por entidades fiscalizadoras superiores de control, la intervención de éstas es cada vez más acentuada en la disposición de fondos públicos para la realización de actividades comerciales e industriales por el Estado. Estos tres aspectos: control administrativo, control por el Parlamento y control por las entidades fiscalizadoras superiores de control fiscal, marcan, en líneas generales, los aspectos del control público sobre dichas actividades, que analizaremos en los párrafos sucesivos en forma comparativa. A ellos hay que agregar, además, sobre todo en aquellos países donde la intervención del Estado en la economía tuvo su origen en los fenómenos de la nacionalización o socialización, los diversos mecanismos de control puestos a disposición de los consumidores y de los obreros o productores, que también serán objeto de nuestro estudio comparativo.

Debemos señalar previamente, sin embargo, que hablaremos de estos mecanismos de control en su sentido más amplio, por lo que muchos de esos mecanismos, sobre todo en lo que se refiere al control administrativo, conllevan implícitamente, no sólo labores de control en sentido estricto, sino también labores de coordinación, planificación y aun de dirección.³

En todo caso, es necesario convenir con R. Drago que, como veremos, son tan numerosos los sistemas de control sobre las empresas públicas que nos muestra el Derecho Comparado, que, si ellos intervinieran todos realmente, las

² Cfr. F. Franchini, "Aspects Juridiques de l'Intervention de l'Etat dans l'Organisation Economique Italienne", *loc. cit.*, p. 233.

³ Cfr. Georges Lescuyer, *Le Controle de l'Etat sur les Entreprises Nationalisées*, Paris, 1962 p. 36.

paralizarían y les quitarían toda la flexibilidad comercial que debe ser su regla esencial de funcionamiento.⁴

II. EL CONTROL ADMINISTRATIVO

“Il a été dit que le nom de curatelle serait mieux approprié que celui de tutelle, car le nom de tutelle éveille, dans notre droit, l’idée d’un incapable qui n’agit pas du tout par lui-même, pour le compte duquel agit un tuteur, ce qui, visiblement, est inexact quand il s’agit des personnes administratives. Ces personnes agissent par elles-mêmes au moyen d’organes qui leur son propres; seulement il leur faut, pour certaines actes, l’autorisation d’un curateur. Malgré tout, le noir tutelle étant consacré par l’usage, il est préférable di le conserver». M. Hauriou, Précis de Droit Administratif, Paris, 1893, p. 437.

1. Introducción

87. El primero y quizás más importante de los controles sobre las empresas públicas, es el control que ejercen sobre ellas los órganos de la administración de quien en definitiva aquéllas dependen. Por su misma naturaleza, este control es, en ciertos casos, tan amplio e intenso, que se hace difícil distinguirlo netamente de la actividad de gestión o dirección o de la influencia que, en estos aspectos, el órgano administrativo respectivo ejerce sobre las empresas del Estado.

En líneas generales, este control, realizado por la propia administración o por los órganos a los cuales están adscritas las empresas económicas estatales, reviste dos modalidades fundamentales que es necesario estudiar separadamente. En primer lugar, dicho control puede ser ejercido directamente por la administración a través del Ministro respectivo, como control jerárquico o de tutela, o a través de órganos administrativos de coordinación o planificación de las actividades estatales. En segundo lugar, dicho control puede ser ejercido por la administración en forma indirecta, a través de entes dotados de personalidad que actúan como *trusts* o *holdings* de determinadas empresas económicas. De ahí que estudiaremos no sólo un control administrativo directo, sino también un control administrativo indirecto.

⁴ Vid. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 458. Cfr. M. A. Flamme, “La Empresa Pública...”, *loc. cit.*, p. 123; A. H. Hanson, “L’Organisation des Entreprises...”, *loc. cit.*, p. 111. En general sobre el control de las Empresas Públicas Vid. Associazione Italiana di Science Politiche e Sociali, *II Controllo del l’Impresa Pubblica*, Milán, 1960.

2. *El control administrativo directo*

A. *Introducción*

88. La forma e intensidad del control administrativo directo sobre las empresas públicas depende de la forma jurídica concreta que se haya atribuido a las mismas.⁵ Puede tratarse de un control jerárquico, de un control de tutela o de un control a través de órganos administrativos de coordinación y planificación, según el menor o mayor grado de autonomía de que gocen las empresas públicas.

En efecto, el control jerárquico va íntimamente unido al poder jerárquico que ejerce un jefe respecto a sus subordinados, y así, el Ministro ejerce un poder jerárquico sobre el conjunto de los agentes de sus servicios. En esta forma, el poder jerárquico es un poder incondicionado: siempre que no prescriba o cometa ilegalidades, el superior tiene el derecho de dar a sus subordinados las órdenes que él juzgue buenas; además, él tiene siempre, salvo texto expreso en contrario, el poder de reformar o de anular las decisiones de sus subordinados.⁶ Al contrario, el poder de tutela, que implica el control respectivo, no pone en relación un superior y sus inferiores, sino un contralor (la autoridad de tutela) y unos controlados (los órganos de la persona pública bajo tutela). De ahí que sea un poder condicionado: el control no se presume, ya que no se ejerce sino en los casos y bajo las formas previstas por la ley. Además, señala Vedel, no comporta la posibilidad de dar órdenes: en efecto, los órganos de la persona pública bajo tutela tienen la responsabilidad de los intereses de la misma, y no están sujetas, en Derecho, sino a las leyes y reglamentos; la autoridad de tutela puede hacer respetar estas normas, pero ella no puede agregarles sus propias prescripciones complementarias.⁷ Por ello, Maspétiol y Larocque han definido la tutela administrativa como el conjunto de poderes limitados concedidos por la ley a una autoridad superior sobre los agentes descentralizados y sobre sus actos, con el fin de proteger el interés general.⁸

En resumen, puede decirse con el Decano Vedel que, en general el poder y el control jerárquico se desenvuelve en el seno de una persona moral única y pone en movimiento relaciones de jefe a subordinados. El poder y el control de tutela, al contrario, pone en relación al Estado con otras personas públicas originando relaciones entre el Estado, guardián del interés general en sentido amplio, y como

⁵ Cfr. Wolfgang Zetzchke, "Las Empresas Públicas En La República Federal Alemana", *Loc. cit.*, p. 95.

⁶ Vid. Georges Vedel, *Droit Administratif, cit.*, Tomo II, p. 419.

⁷ Vid. G. Vedel, *op. cit.*, Tomo II, p. 419.

⁸ Vid. Maspétiol Et Larocque, *La Tutelle Administrative*, París 1930, p. 10, *cit.* por M. Baena De Alcazar, "Los Entes Funcionalmente Descentralizados Y Su Relación Con La Administración Central" *RAP*, N° 44, 1964, p. 100.

tal, contralor, con personas públicas con intereses propios, y como tales controladas.⁹ Por ello, G. Langrod ha señalado como una de las razones de creación de las empresas públicas personificadas, la necesidad de evadir el control jerárquico.¹⁰

Pero además del control jerárquico y del control de tutela, sobre los entes estatales o paraestatales que desarrollan actividades industriales y comerciales, puede ejercerse por el Estado un tercer tipo de control administrativo, que es el que se ejerce a través de órganos de coordinación o de planificación, creados especialmente por el Estado para ejercer esas labores en el campo de las participaciones estatales en la economía, y que no puede ser incluido dentro de los dos tipos antes analizados, como es el que ejerce, por ejemplo, en Italia, el *Ministero delle partecipazioni Statali* o en los países socialistas los órganos centrales de planificación.

Veamos separadamente estos tres tipos de controles administrativos ejercidos por el Estado sobre el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales.

B. *El control jerárquico*

89. La administración ejerce un control jerárquico en las actividades industriales y comerciales siempre que las mismas sean desarrolladas por ella directamente.¹¹ En estos supuestos, los directores de esas empresas son funcionarios fuertemente vinculados a la administración pública y, por tanto, obligados a acatar las disposiciones de sus órganos o instancias superiores. El control sobre la realización de dichas actividades entonces, generalmente, está ligado a la injerencia directa en la gestión y dirección de la empresa.

Además, en ciertos casos en que se da alguna autonomía a los órganos administrativos directores de la empresa, aunque sin que se dé el supuesto del otorgamiento de personalidad a la misma, el control jerárquico se refleja a través del derecho de veto que corresponde al Ministro respectivo en las decisiones de los órganos directivos. Así, en Alemania, por ejemplo, el Ministro de Correos tiene un derecho de veto absoluto con respecto a las decisiones del Consejo de Administración del *Deutsche Bundespost* que puedan tener repercusiones financieras; además, puede presentar ante el Gobierno Federal, para la decisión última por parte de éste, los acuerdos que, a su juicio, lesionen los intereses del *Bund*¹².

⁹ Vid. G. Vedel, *op. cit.*, Tomo II, p. 419

¹⁰ Vid. G. Langrod, "L'Entreprise Publique en Droit Administratif Comparé", *loc. cit.*, p. 228.

¹¹ Vid. Nos. 14 y ss.

¹² Vid. Wolfgang Zetzschke, "Las Empresas Públicas En La República Federal Alemana", *Loc. cit.*, p. 96.

Por otra parte, puede asimismo hablarse de un control jerárquico respecto al ejercido por la administración belga sobre las RÉGIES D'ÉTAT, que aunque dotadas de personalidad jurídica, están desprovistas de toda autonomía orgánica y, por tanto, se encuentran sometidas a la autoridad jerárquica del Ministro respectivo.¹³ En efecto, en este caso, el otorgamiento de la personalidad jurídica al servicio no hace que el mismo pierda su carácter de administración centralizada, pues el objetivo perseguido con ello es, esencialmente, permitir a ciertas empresas estatales de carácter industrial o comercial, de escapar a las reglas de gestión financiera y contable tradicionalmente en vigor en los organismos del Estado. Por ello, las administraciones así personalizadas continúan bajo la autoridad jerárquica directa del Ministro.

C. *El control de tutela*

90. El control de tutela en las actividades industriales y comerciales del Estado surge desde el momento en que existe una descentralización funcional en la administración; y se habla de descentralización funcional cuando ésta se realiza a través de órganos que se desgajan de la administración directa del Estado, mediante el procedimiento técnico-jurídico de la concesión de la personalidad jurídica a entidades institucionales.¹⁴

En esta forma, la tutela administrativa sobre los entes descentralizados que desarrollan actividades económicas tiene por finalidad fundamental garantizar la unidad y la buena ejecución de la política general del Estado en materia económica, pues permite a la administración central vigilar directamente, aunque no como superior jerárquico, la actuación de los órganos que integran la administración indirecta del Estado.

Ahora bien, entre los poderes de la autoridad de tutela, que generalmente es el Ministro respectivo,¹⁵ deben distinguirse los poderes de tutela sobre las personas de los poderes de tutela sobre los actos.

91. La regla general en la tutela sobre las personas es que los directores y miembros de los Consejos de Administración de los órganos funcionalmente descentralizados, se designan por la administración central. Esto sucede en los países donde el establecimiento público industrial o comercial es la norma en la descentralización funcional, como sucede en Francia, Alemania, Bélgica¹⁶ y

¹³ Cfr. M. A. Flamme, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 391 y 397; M. A. Flamme, "La Empresa Pública...", *loc. cit.*, p. 28.

¹⁴ Vid. F. Garrido Falla, *Administración Indirecta del Estado y Descentralización Funcional*, Madrid, 1950, p. 121 y ss.

¹⁵ Vid. A. G. Delion, *Le Statut...*, *cit.*, p. 62 y ss.

¹⁶ Vid. Roland Drago, "Le Régime Des Activités...", *loc. cit.*, p. 453; M. A. Flamme, "La Empresa Pública. . .", *loc. cit.*, p. 68; M. A. Flamme, "Le Régime des Activités. . .", *loc. cit.*, p. 453.

Venezuela,¹⁷ así como en aquellos países donde la regla la constituyen las *Public Corporations*¹⁸ o las empresas públicas del tipo de los países socialistas.¹⁹ La revocación de las designaciones corresponde también, en general, a la administración central, aunque en algunos supuestos la iniciativa puede partir, como en Polonia, de los órganos de autogestión obrera.²⁰

92. En cuanto a la tutela sobre la gestión, los Ministros disponen generalmente, en relación a los organismos descentralizados que realizan actividades industriales y comerciales, de ciertos poderes de control *a priori* o *a posteriori*, según que tengan lugar antes o después de haberse tomado la decisión concreta. En esta forma, el control *a posteriori* juzga actos ya consumados, implicando, por tanto, que la gestión y el control son dos actos netamente separados. Al contrario, en el control *a priori*, tal como lo indica J. Rivero, entre los órganos de gestión y los de control hay un diálogo permanente: la voluntad del primero no puede producir efectos sino con el encuentro de la voluntad del segundo; por lo que en realidad lo que hay en este caso es una *veritable cogestion*.²¹ Veamos en todo caso estos dos tipos de control.

El control *a priori* puede revestir formas diversas. En primer lugar, puede consistir en la posibilidad, para los órganos de tutela ministerial, de precisar en relación a las empresas públicas, las directivas u orientación general de la actuación de las mismas, tal como sucede en Inglaterra²² e Italia, y que no se refieren a actos concretos de dichas empresas. En esta forma, en Italia, por ejemplo, el artículo 1º de la ley de 1948 precisa, concretamente en relación al Instituto para la Reconstrucción Industrial (IRI), que corresponde al Consejo de Ministros decidir, en vista del interés de la colectividad, la orientación general del Instituto tanto en materia política como económica.²³ En esta misma forma, por ejemplo, el *Air Corporation Act* de 1949 prevé que el Ministro de Transporte

¹⁷ Vid. Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 445.

¹⁸ Vid. W. A. Robson, "La Public Corporation en Gran Bretaña", loc. cit., p. 125; J. E. Hodgetts, "La Empresa Pública En Canadá", ICE, Marzo De 1964, P. 131.

¹⁹ Vid. en relación a Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría y Polonia, K. Kat-Zarov, op. cit., p. 319, 320 y 323; Zygmunt Rybicki, "Le Régime des Activités...", loc. cit., p. 267 y 272; V. Knapp, "Quelques Remarques. . .", loc. cit., p. 741.

²⁰ Vid. Zygmunt Rybicki, "Le Régime des Activités...", loc. cit., p. 268.

²¹ Vid. Jean Rivero, "Le Fonctionnement des Entreprises Nationalisées", *Droit Social*, noviembre de 1955, p. 66, cit. por G. Lescuyer, *Le Contrôle de l'Etat sur les Entreprises Nationalisées*, cit., p. 180; P. Bou-Chet, "Las Empresas Públicas en Francia", ICE, marzo, 1964, p. 87.

²² Cfr. G. Lescuyer, *Le Contrôle de l'Etat...*, cit., p. 65; A. H. Hanson, "L'Organisation des Entreprises...", loc. cit., p. 112; A. Delion, *L'Etat et les Entreprises Publiques*, cit., p. 160. En cuanto al dictado de "normas generales" en Argentina Vid. Agustín A. Gordillo, *Empresa del Estado*, cit., p. 153.

²³ Vid. F. Franchini, "Aspects Juridiques de l'Intervention de l'Etat...", loc. cit., p. 240.

y Aviación Civil, previa consulta con la afectada, puede dar a cualquiera de las *Corporations* aeronáuticas “instrucciones de carácter general sobre el ejercicio y realización de aquellas de sus funciones relacionadas con materias que, a juicio del Ministro, sean de interés nacional”. La *Corporation* interesada deberá seguir dichas instrucciones, siendo esta fórmula del poder ministerial el modelo standard en la legislación inglesa.²⁴

Por otra parte, muy difundido como medio de tutela sobre los actos o sobre la gestión de las empresas, se encuentra el mecanismo de las aprobaciones previas en relación a ciertos actos o decisiones de las empresas públicas. En Francia, por ejemplo, la lista de las decisiones sometidas a aprobación se especifica en los textos propios de cada empresa, pero hay un mínimo en virtud de los decretos de 26 de agosto de 1957 y de 22 de junio de 1960 y del artículo 163 de la Ordenanza del 30 de diciembre de 1958: los presupuestos y estados de previsiones de explotación y equipo; los balances, las cuentas de resultados, las afectaciones de beneficios, los finiquitos de los administradores; las extensiones de participaciones financieras; el montante de las remuneraciones de los administradores, presidentes y directores generales; las medidas relativas a los elementos de remuneración del personal, así como a su *status* y a su régimen de retiro.²⁵ Situaciones similares existen en la mayoría de los países que siguen el esquema francés del establecimiento público, tal como sucede en Bélgica²⁶ y Venezuela.²⁷

Por otra parte, en muchas ocasiones, los Ministros de tutela aseguran sus poderes de control mediante la designación de representantes en el seno de las empresas, denominados Comisarios de Gobierno, como sucede en Francia y Bélgica.²⁸ Estos tienen el derecho de asistir a las sesiones de los Consejos de Administración y de usar el derecho de veto en relación a ciertas decisiones, recurriendo al Ministro respectivo para que decida, quedando entre tanto, suspendida la decisión.²⁹

En el Derecho inglés, aun cuando, como hemos dicho, la norma general del control ministerial sobre las *Public Corporations* sea el de la fijación por el

²⁴ Vid. W. A. Robson, “La Public Corporation en Gran Bretaña”, *loc. cit.*, p. 116 y 117. Cfr. W. A. Robson, “La Empresa Pública en Gran Bretaña”, *loc. cit.*, p. 75.

²⁵ Vid. André G. Delion, *Informe Francés al IV CIEF*, *loc. cit.*, Vol. IV, p. 159.

²⁶ Vid. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 442 y 426.

²⁷ Vid. Agustín A. Gordillo, *Empresas del Estado*, *cit.*, p. 160; Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, *cit.*, p. 443.

²⁸ Vid. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 458; M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 424, 426 y 428; *Informe de la Cour des Comptes belge al IV CIEF*, *loc. cit.*, Vol. IV, p. 39.

²⁹ Cfr. P. Bauchet, “Las Empresas Públicas en Francia”, *loc. cit.*, p. 88; R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 458; M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 422, nota No. 166.

Ministro de “directivas de carácter general en cuanto al ejercicio y desempeño, por la sociedad, de sus funciones en relación con asuntos que le parezcan que afectan al interés nacional,” aquél también goza de ciertos poderes de aprobación. En efecto, se requiere su aprobación para todo programa de reorganización o desarrollo de la empresa, que implique un gasto importante de capital. Una obligación similar de obtención de la aprobación ministerial se aplica a los planes de adiestramiento, educación e investigación que las empresas nacionalizadas han de formular y ejecutar.³⁰ Por otra parte, es necesario observar que ha sido precisamente esta interferencia del Ministro en las empresas nacionalizadas, lo que ha permitido un control indirecto del Parlamento en aquéllas, pues el Ministro tiene responsabilidad ante éste, pudiendo ser interpelado, sólo en las materias en las que tenga fiscalización.³¹ También en materia presupuestaria en las *Government Corporations* norteamericanas se observan los poderes de tutela del Gobierno en la aprobación previa del presupuesto de las mismas por el Presidente a través de la *Budget Bureau*, para luego ser sometida al Congreso.³²

Por último, debe indicarse que el control de tutela llevado a cabo mediante aprobaciones, surge también en ciertos casos, respecto a las empresas públicas constituidas bajo la forma de Derecho Privado. En Grecia, por ejemplo, éstas se encuentran bajo la supervisión y control de un Ministro. Aunque los estatutos no incluyen disposiciones específicas en cuanto a la medida en que el Ministro ha de intervenir, sin embargo, en la práctica, el control del mismo es muy estricto y detallado, careciendo en general las empresas de la flexibilidad industrial que deberían tener. Así, por ejemplo, la hacienda de las empresas públicas griegas está estrechamente controlada: el presupuesto de cada una de ellas debe ser sometido al Ministro supervisor para su aprobación, mientras que todos los asuntos económicos y financieros están sujetos al control continuo del Gobierno.³³

En Bélgica, al contrario, si bien se exige que el presupuesto de las empresas con formas jurídicas privadas se remita al Ministro de tutela, aquél no está sujeto a la aprobación de éste.³⁴

93. Pero hemos visto, los poderes de tutela sobre los actos también pueden ser desarrollados por la administración central sobre los organismos funcionalmente descentralizados, con posterioridad a la realización de los actos controlados, configurándose entonces una intervención a posteriori. En esta

³⁰ Vid. W. A. Robson, “La Empresa Pública en Gran Bretaña”, *loc. cit.*, p. 75. Cfr. L. López Rodó, “Las Empresas Nacionalizadas en Inglaterra”, *loc. cit.*, p. 399.

³¹ Cfr. W. A. Robson, *Industria Nacionalizada...*, *cit.*, p. 65.

³² Vid. J. N. HAZARD, *Law Regulating...* *cit.*, p. 5.

³³ Vid. Pella Lenoudia”, “La Empresa Pública En Grecia”, *Loc. cit.*, p. 153

³⁴ Vid. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 424.

forma, en Venezuela por ejemplo, los establecimientos públicos industriales y comerciales deben presentar al Ministro de tutela un informe de la actividad de la empresa, así como el Balance General de la misma, para que sean o no aprobados por el mismo.³⁵ En Italia, asimismo, el órgano administrativo de control debe proceder a examinar los balances de las empresas sometidas a tutela.³⁶

En el Derecho Comparado se observa además con alguna frecuencia, la tendencia de realizar este control ejecutivo posterior de la gestión de las empresas públicas, y que es completamente distinto del control *a posteriori* desarrollado por Instituciones Superiores de Control Fiscal, mediante expertos contables cuyo modelo surge de las estructuras del Derecho Privado. Por ejemplo, en Bélgica, las empresas públicas están sometidas al control contable *a posteriori* de *reviseurs comptables*, que son designados por el Ministro de Finanzas y por el Ministro interesado. Su función es la de verificar las cuentas y certificar su sinceridad, y para ello, están dotados de poderes de control *IN SITU* sobre todos los documentos contables, la correspondencia, y, en general, sobre todas las escrituras. Por otra parte, ellas deben enviar a los dos Ministros que les han nombrado y a los órganos directores del establecimiento controlado, un informe sobre la situación del mismo y sobre los resultados de la explotación. Este informe es realizado una vez por año en ocasión de la elaboración de la cuenta de ganancias y pérdidas y del balance. En él debe señalarse, además, toda negligencia, toda irregularidad, y toda situación susceptible de comprometer la solvencia del organismo.³⁷ Una situación similar se presenta en Finlandia, donde las cuentas son examinadas por expertos contables especiales nombrados por el Consejo de Ministros, además del examen que verifica la Inspección de Finanzas y el Parlamento.³⁸

En esta misma forma, en Suecia, la intervención de cuentas se efectúa, en general, por contadores privados. Por tratarse de empresas públicas con forma societaria las comúnmente utilizadas por el Estado para realizar sus actividades económicas, estos contadores son elegidos por los accionistas; sin embargo, en muchos casos, el Gobierno se ha reservado el derecho de nombrar la mayoría de los mismos de quien reciben órdenes, aunque no por ello dejan de seguir siendo funcionarios de la empresa y no del Estado.³⁹

³⁵ Vid. T. Polanco, “La Administración Pública”, *loc. cit.*, p. 338.

³⁶ Vid. F. Franchini, “Aspects Juridiques De l’Intervention...”, *loc. cit.*, p. 253

³⁷ Vid. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 422; G. Lescuyer, *le Contrôle de l’Etat...*, *cit.*, p. 90. En relación a los Países Bajos, Vid. M. A. Flamme, “La Empresa Pública...”, *loc. cit.*, p. 36.

³⁸ Vid. Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, *cit.*, p. 11.

³⁹ Vid. Hakan Strömberg, “La Empresa Pública en Suecia”, *loc. cit.*, p. 148.

Por último, en Gran Bretaña, la verificación A POSTERIORI señalada es realizada por firmas independientes de expertos contables. Estos expertos son designados por el Ministro respectivo, a quien deben dirigir un informe, que éste debe enviar a la Cámara de los Comunes.⁴⁰

D. *El control ejercido a través de órganos administrativos de planificación y coordinación*

94. Es una realidad incontestable el hecho de que en la gran mayoría de países occidentales contemporáneos, el régimen clásico de economía tipo liberal, ha desaparecido desde hace algún tiempo. El Estado, ante los cambios económicos internacionales, ante la necesidad de desarrollar las regiones retardadas, o ante ciertos conflictos sociales, se ha visto obligado a intervenir en el campo económico. Actualmente, por otra parte, no se trata de una simple intervención esporádica, sino que ha sido necesario recurrir cada vez con más frecuencia a todo un sistema de intervencionismo de Estado en materia económica que implica, por supuesto, la necesidad de trazar un programa para los medios de esas intervenciones.⁴¹ De ahí la existencia de ciertos planes o programas de acción estatal que tienen más que todo fines de coordinación.

Pero es evidente, ya lo hemos señalado, hay una diferencia esencial entre el establecimiento de programas de acción como resultado de una política intervencionista o como consecuencia de la existencia de un régimen de economía planificada; diferencia que surge, no sólo del carácter y volumen de la propiedad de los medios de producción concentrada en manos del Estado, sino también de su carácter integral y complejo.

En efecto, el intervencionismo es considerado siempre como un medio auxiliar y complementario en la gestión económica, donde la influencia de los derechos del mercado juega el papel preponderante. Al contrario, el sistema de economía planificada, donde la propiedad social de los medios de producción es total, ofrece posibilidades de dirección y de gestión económica más reales y completas.⁴²

Por otra parte, hemos dicho, la planificación en un régimen de economía planificada es integral y compleja. El carácter integral resulta de la posibilidad de considerar la economía nacional en su conjunto, independientemente de los tipos y de las formas de la propiedad, incluyéndose, dentro de la planificación

⁴⁰ Vid. G Lescuyer, *Le Contrôle de l'Etat...*, cit, p. 90. Cfr. A. H. Hanson, "L'Organisation des Entreprises d'Etat...", *loc. cit.*, p. 115.

⁴¹ Cfr. Z. Rybicki, "L'Entreprise Publique dans le système Polonais de l'Economie Planifiée", *loc. cit.*, p. 313.

⁴² Cfr. Z. Rybicki, "L'Entreprise Publique Dans...", *loc. cit.*, p. 313; K. Katzarov, *op. cit.*, p. 415.

integral, la totalidad de los particulares y de sus actividades, como único medio de alcanzar los fines sociales perseguidos por el Estado socialista.⁴³ En esta forma, el Estado gestiona directamente las unidades de la economía nacional que abarcan aquellos dominios cuya importancia es decisiva desde el punto de vista económico y social. El Estado ejerce en esta forma, una influencia indirecta sobre todos los otros organismos económicos, utilizando sus poderes y sus medios de acción organizativa en todas sus formas. Por otra parte, el carácter complejo de la dirección planificada de las actividades del Estado consiste, en que ella abarca todos los dominios de la actividad social. Como consecuencia, están sometidas a la planificación no solamente las actividades económicas, sino también los medios financieros y reales que sirven al desarrollo de las instituciones culturales, sociales y de instrucción pública.⁴⁴

Ahora bien, tanto en un sistema de economía dirigida, como en los sistemas de economía capitalista donde son utilizados medios de programación, el Estado interviene en la dirección y control de sus actividades industriales y comerciales, a través de los órganos administrativos encargados de poner en funcionamiento el plan respectivo o de llevar a cabo la coordinación requerida. Se trata, en efecto, de un control administrativo directo, ejercido por la propia administración, es decir, por órganos estatales.⁴⁵

En efecto, generalmente, la ejecución del plan estatal o de los respectivos programas corresponde en última instancia al Gobierno, es decir, al Consejo de Ministros respectivo. Sin embargo, si se toma en consideración la importancia extraordinaria atribuida generalmente en nuestros días al plan económico estatal, sobre todo en aquellos países cuyo sistema está más apartado del liberalismo clásico, resulta natural y común el hecho de que se encargue a un organismo administrativo especial la elaboración, la utilización y el control de la ejecución de dicho plan, aun cuando dicho organismo está generalmente asociado, en forma directa al Consejo de Ministros. Estamos en presencia de las comúnmente llamadas Comisión o Consejo del Plan o de la Planificación Estatal.⁴⁶

95. En esta forma, la Comisión Central del plan Estatal de la U.R.S.S. (*Gosplan*) es el organismo administrativo a través del cual el Consejo de

⁴³ Vid. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 416.

⁴⁴ Vid. Z. Rybicki, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 263 y 264.

⁴⁵ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 336 y 381; V. Knapp, "Quelques Remarques. . .", *loc. cit.*, p. 744 y ss.

⁴⁶ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 447; J. H. Titarelli, "Órganos Centrales de Planificación", en *Revista del Instituto Superior de Ciencias Administrativas*, N° 10, Buenos Aires, 1962, p. 7 y ss.

Ministros dirige la planificación en escala nacional,⁴⁷ y está encargado de la coordinación de las actividades de los consejos económicos de las Repúblicas, denominados *Sovnarkhozes*, en la elaboración de los planes regionales.⁴⁸ Teóricamente, se trata de un organismo consultivo y de ejecución, sin poder particular. Sin embargo, en la práctica, su presidente, siendo vicepresidente del Consejo de Ministros y a este título miembro del Consejo Económico, el *Gosplan* es el verdadero cerebro-motor del sistema económico.⁴⁹

Ahora bien, a partir de la reorganización de la administración de la industria y de la construcción, llevada a cabo en 1957, con la eliminación de los ministerios de industria y la transferencia de sus responsabilidades a los consejos económicos (*Sovnarkhozes*), se dio a las Repúblicas de la Unión una participación mayor en el desarrollo económico. Los *Sovnarkhozes* dependen del Consejo de Ministros de cada República, y sus recomendaciones y sugerencias son estudiadas por éste y los *Gosplans* de cada República.⁵⁰ Anteriormente, la Comisión Planificadora del Estado o Comisión Central del Plan Estatal, aparte de su específica función de trazar los planes económicos generales, y de velar por su ejecución, ejercía un control sobre la empresa individual en lo que se refería a la ejecución de dichos planes;⁵¹ sin embargo, en la actualidad el *Gosplan* es más bien el centro científico de la planificación, habiendo perdido sus poderes de intervención en la dirección administrativa de las regiones económicas. En esta forma, ha cesado de ser el órgano supremo del control de las empresas, en la medida misma en que los *Sovnarkhozes* han sido encargados de la elaboración de los planes. En este caso, esta descentralización de la gestión está contrabalanceada por una centralización del control propio de la planificación. Los servicios de la Oficina Central de Estadísticas de la U.R.S.S. están, por ello, encargados de agrupar y de analizar los resultados del trabajo de los *Sovnarkhozes*, y a través de ellos, de las empresas.⁵² Debe señalarse, por último, que en noviembre de 1962, los organismos centrales de planificación de la U.R.S.S. fueron reorganizados: se constituyó el *Gosplan* de la Unión sobre la base del antiguo *Goseconomsoviel*, para la realización de las tareas de planificación a largo plazo, y se estableció un nuevo organismo de dirección económica, el Consejo Económico Nacional de la

⁴⁷ Cfr. A. Denisov y M. Kirichenko, *Derecho Constitucional Soviético*, *cit.*, p. 243; J. N. Hazard, "Soviet Government Corporation", *loc. cit.*, p. 853; Charles Bettelheim, *Problemas Teóricos y Prácticos de la Planificación*, Madrid, 1965, p. 73.

⁴⁸ Cfr. G. Lescuyer, *Le Contrôle de l'Etat...*, *cit.*, p. 77.

⁴⁹ Cfr. Lorenzo Rodríguez Durántez, "La Planificación Francesa", *RAP*, N° 38, 1962, p. 397.

⁵⁰ *Vid. Informe General para el XII Congreso Internacional de Ciencias Administrativas* (Viena, 16-20 de julio de 1962) sobre el tema "Organización Gubernamental para el Desarrollo Económico", traducido al español por la Comisión de Administración Pública, Caracas, 1964, p. 61.

⁵¹ Cfr. R. Fernández-Carvajal, "Las Empresas Públicas en Rusia", *loc. cit.*, p. 454.

⁵² Cfr. G. Lescuyer, *Le Contrôle de l'Etat...*, *cit.*, p. 77.

U.R.S.S. (*Soviet Narodnogo Khoziaistva U.S.S.R.*), y algunas obligaciones relacionadas con la planificación anteriormente realizadas por el *Gosplan* de la Unión le fueron transferidas.⁵³

En Polonia, la Comisión de Planificación, dependiente del Consejo de Ministros, constituye el órgano colegiado supremo encargado de elaborar y de someter al Consejo de Ministros las proposiciones en relación a las líneas generales de la política económica; de elaborar los proyectos de planes económicos llamados de perspectivas, los proyectos de planes a largo plazo y los planes anuales; de examinar la realización corriente de los planes y de someter al Consejo de Ministros las proposiciones en esta materia; y de elaborar los métodos y el modo de establecimiento de los planes económicos.⁵⁴ En todo caso, el plan constituye la base de la actividad de las empresas del Estado, ya que determina el volumen de la producción (de los servicios o de las transacciones), la repartición de esas actividades, fija los cupos indispensables de materias primas, el empleo, las necesidades de inversión y de reparación, las necesidades de medios financieros, prevé los perfeccionamientos técnicos y de organización a realizar, etc.⁵⁵ Por ello, y dada la forma que en Polonia cobra la planificación económica, como uno de los métodos básicos de la administración de la economía, surgen también métodos de supervisión y control en este campo. El principal de ellos es el que ejerce la referida Comisión de Planificación adscrita al Consejo de Ministros y las Comisiones de Planificación adscritas a los Consejos Populares; ellas supervisan la ejecución de los planes en sus respectivas regiones y presentan recomendaciones sobre la materia a las autoridades de las cuales dependen.⁵⁶

Por otra parte, en Hungría, el trabajo de los organismos subordinados es controlado jerárquicamente, por los órganos superiores, incluyendo el referente a la ejecución de planes, y la cuestión principal a determinar es si la empresa respectiva cumplió o no con las etapas previstas en el plan. En esta forma, hay órganos especiales que ejercen la supervisión sobre la ejecución de los planes,

⁵³ *Cfr.* Informe General para el XII Congreso Internacional de Ciencias Administrativas (Viena, 16-20 de julio de 1962) sobre el tema: "Organización Gubernamental para el Desarrollo Económico", *cit.*, p. 61; M. Z. Bor, "Organización y Prácticas de la Planificación Económica Nacional en la Unión Soviética", en ONU. Planificación del Desarrollo Económico, Vol. II (Estudios de Experiencias de Planificación Nacional), Parte 2 (Países con Economía de Planificación Centralizada), Nueva York, 1965, p. 177 y ss.

⁵⁴ *Cfr.* Z. Rybicki, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 280.

⁵⁵ *Cfr.* Z. Rybicki, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 278.

⁵⁶ *Cfr.* Informe General al XII Congreso Internacional de Ciencias Administrativas (Viena, 16-20 de julio de 1962) sobre el tema: "Organización Gubernamental para el Desarrollo Económico", *cit.*, p. 78.

particularmente la Oficina Nacional de Planificación, que es responsable del control por el cumplimiento de las metas del plan nacional de economía.⁵⁷

Por otra parte, y aun cuando no sigan el modelo de los regímenes de economía planificada, algunos países, como Francia, tienen establecido desde finales de la Segunda Guerra Mundial una planificación indirecta, en la cual no se ha establecido un sistema central donde toda la dirección de la economía esté confiada a los organismos públicos de planificación. Como consecuencia, la planificación francesa, al contrario de la que rige en los países de tipo socialista, no es imperativa sino indicativa, ya que sólo fija para el país metas económicas. Sin embargo, éstas son siempre obligatorias para el Gobierno, por lo menos, en cuanto se refiere a su propio campo económico.⁵⁸ Por tanto, en el campo de las actividades industriales y comerciales del Estado sí es imperativo.

En Francia, el Plan es elaborado originalmente por el Comisariado General del Plan y sometido por el Gobierno a la aprobación del Parlamento. En principio, el Plan es realizado por los Ministros correspondientes en relación a las actividades en él comprendidas, siendo, por tanto, el control administrativo de tipo financiero. Sin embargo, con vistas al establecimiento de un control general, el decreto de 16 de enero de 1947 encarga al Comisario del Plan la misión de vigilar la ejecución del mismo. Si el Comisario juzga que esta ejecución puede ser comprometida por cualquier razón, debe hacer conocer la dificultad a los Ministros competentes y debe llevarla eventualmente, delante del Primer Ministro o del Comité Económico Interministerial. El fruto de su trabajo de vigilancia es un informe anual de ejecución del Plan.⁵⁹

96. En todo caso, en la mayoría de los países occidentales, la presencia del Estado en la vida económica, como productor de bienes y servicios, sin ser propietario de los principales medios de producción, ha producido la necesidad de establecer una coordinación entre las diversas empresas estatales. Esta coordinación se ha logrado, sea estableciéndose un control directo a través de un órgano administrativo de coordinación, sea creándose entes económicos separados de la personalidad del Estado, destinados a desarrollar esa labor. En el segundo caso, ello da origen a un control administrativo indirecto que analizaremos más adelante, por lo que en las líneas que siguen veremos los sistemas directos de coordinación que nos muestra el Derecho Comparado.

⁵⁷ *Cfr. Informe General al XII Congreso Internacional de Ciencias Administrativas* (Viena, 16-20 de julio de 1962) sobre el tema “Organización Gubernamental para el Desarrollo Económico”, *cit.*, p. 98.

⁵⁸ *Idem*, p. 14. En España, asimismo, el Plan de Desarrollo no sólo es obligatorio para el Estado, Administraciones locales y organismos autónomos, sino también para las empresas nacionales: *Vid.* S. Martín-Retortillo, “Organización Administrativa...”, *loc. cit.*, p. 10.

⁵⁹ *Cfr.* Lorenzo Rodríguez Duránte, “La Planificación Francesa”, *loc. cit.*, p. 420.

En Filipinas, por ejemplo, la supervisión administrativa de la mayor parte de las corporaciones que son propiedad o están controladas por el Estado, está alojada en un organismo central, llamado Oficina de Coordinación Económica, cuyo director, el Coordinador, tiene el rango de Ministro. En el ejercicio de su función el Coordinador puede promulgar líneas directivas de cierta importancia para las corporaciones, puede tomar decisiones en materia de orientación de la empresa que le han sido conferidas por cada una de las compañías, puede revisar los presupuestos y los informes de las corporaciones y puede decidir sobre la contratación del personal.⁶⁰ Un organismo similar existe en la República Árabe Unida, pero lo preside el Presidente de la República.⁶¹

En otros países, como Venezuela, donde existe una Oficina Central de Coordinación y Planificación,⁶² estos organismos tienen más que todo carácter consultivo. Así sucede también en Finlandia.⁶³

Ahora bien, dentro de los países occidentales que han llevado a cabo el desarrollo de organismos administrativos de coordinación, es necesario destacar a Italia. En efecto, en este país, hasta hace algunos años, la creación de órganos a través de los cuales se desarrollaban las participaciones estatales en la actividad económica había llevado la huella de un desarrollo inorgánico y fragmentario. En esta forma, la gestión de las empresas incumbía a diversos organismos y administraciones sin una coordinación política sistemática. Sin embargo, a partir del período de la reconstrucción posbélica, se fue madurando en el país la convicción de que era necesario proceder a una reordenación del sector público, no sólo para permitir un mayor control público sobre el mismo, sino también, y sobre todo, para efectuar una mayor coordinación de las participaciones estatales dentro del marco de la política del Gobierno. De ahí surgió la creación del *Ministero delle Partecipazioni Statali*⁶⁴ por ley de 22 de diciembre de 1956, a quien corresponde la responsabilidad política por la conducta de todo el conjunto de las actividades que le incumben, no pudiéndose inmiscuir, sin embargo, en la gestión de las empresas. Su actividad está orientada, principalmente, hacia la

⁶⁰ *Vid.* Informe de la General Auditing Office de Filipinas al IV CIEF, *loc. cit.*, Vol. 3, p. 153. *Cfr.* A. H. Hanson, "L'Organisation des Entreprises...", *loc. cit.*, p. 113.

⁶¹ *Vid.* Mohammen Tawfik Younes, Informe De La RAU Al IV CIEF. *loc. cit.*, Vol. 4, p. 17.

⁶² *Vid.* *Manual de Organización*, Comisión de Administración Pública, Caracas, 1963, p. 48 y ss.

⁶³ *Vid.* Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, *cit.*, p. 17. En cuanto al problema de la coordinación de las empresas públicas en México, *Vid.* "Coloquio sobre el Control y la Coordinación del Sector Público Descentralizado", en *Memoria del Seminario sobre Planeación Socioeconómica, Derecho Administrativo y Administración Pública*, México, Ciudad Universitaria, 1965, p. 161 a 191.

⁶⁴ *Vid.* F. Franchini, "Aspects Juridiques de l'Intervention de l'Etat dans l'Organisation Economique Italienne", *loc. cit.*, p. 231. *Cfr.* Jacques De Lanversin, "Le Ministère des Participations de l'Etat en Italie", *RDP*, 1962, N° 4, p. 629 a 645.

elaboración de las directivas generales, referentes a las líneas de desarrollo de las actividades productivas controladas, y la predisposición de las medidas que resulten necesarias para una orientación más eficiente de determinados sectores,⁶⁵ quedando excluida en todo caso, de su ámbito de acción, las empresas propias o *en régie*.⁶⁶ El Ministerio de las Participaciones Estatales, -entendiendo por éstas todos los establecimientos y empresas, tanto públicos como privados, a los cuales el Estado aporta su contribución, directa o indirectamente, por el aporte de capitales o de bienes-,⁶⁷ hemos dicho, no gestiona directamente las empresas, pues esta labor se encomienda por la ley a entes autónomos de gestión. Como consecuencia, se ha transferido a la autoridad del Ministerio en cuestión, todas las empresas y las participaciones que estaban anteriormente gestionadas por el I.R.I. (*Instituto per la Ricostruzione Industriale*), el E.N.I. (*Ente Nazionale Indrocarburi*) y los otros Ministerios, permitiendo, por otra parte, la realización de una política común y coordinada. Por ello, se ha dicho con razón que la constitución de este Ministerio dio por primera vez la posibilidad de ejercer en Italia, una política más completa y mejor concebida, lo que anteriormente era casi imposible.⁶⁸

3. *El control administrativo indirecto*

97. Anteriormente señalamos que el control administrativo que se ejercía sobre las empresas públicas podía ser directo o indirecto. Ya analizamos los supuestos del Derecho Comparado en los cuales se da un control directo ejercido por la propia administración, sea a través del Ministro respectivo, por vía de control jerárquico o de tutela, sea a través de órganos administrativos de coordinación o planificación.

Nos corresponde ahora estudiar aquellos casos de control administrativo indirecto sobre las diversas actividades industriales o comerciales del Estado, y que tienen la peculiaridad de que el mismo es desarrollado, no por la administración o alguno de sus órganos jerarquizados, sino por organismos autónomos, dotados de personalidad jurídica distinta de la del Estado y, por tanto, sometidos al control directo de éste.

Este fenómeno se da, no sólo en los países de régimen de economía planificada, donde se compagina con los controles propios de la ejecución del plan, sino también en los países de régimen capitalista, aun cuando en ellos no se elaboren programas ni se desarrollen sistemas de planificación.

⁶⁵ *Cfr.* Gaetano Stammati, “La Empresa Pública en La Teoría Económica y en La Experiencia Italiana”, *ICE*, Marzo 1964, P. 107.

⁶⁶ *Cfr.* F. Franchini, “Aspects Juridiques de l'Intervention...”, *loc. cit.*, p. 236.

⁶⁷ *Vid.* F. Franchini, “Aspects Juridiques de l'Intervention...”, *loc. cit.*, p. 234 y 235.

⁶⁸ *Vid.* Natalia Gajl, “Les Entreprises d'Etat en France, en Italie et en Pologne”, *loc. cit.*, p. 160.

98. En Gran Bretaña, por ejemplo, el término planificación económica hoy día no es muy usado para describir las políticas formuladas por el Gobierno para controlar y ajustar la economía nacional, lo que en todo caso, no puede interpretarse como liberalismo económico, ya que el Gobierno tiene facultades directas e indirectas sobre el monto y composición del ingreso nacional, que no ha vacilado en utilizar.⁶⁹ Además, tal como se ha visto, Inglaterra ha sido uno de los países occidentales donde ha habido, quizás debido a las nacionalizaciones, intervención decisiva del Estado en la economía. Por ello, si bien no se han desarrollado mecanismos planificadores, se han previsto, en todo caso, mecanismos de coordinación que configuran ciertamente, un control indirecto ejercido por el Estado sobre las empresas públicas.

En efecto, las mismas leyes de nacionalización, crearon diversas oficinas locales llamadas *Regional Board*, *Area Board*, *Control Board*, *National Board*, esencialmente destinadas a unificar, orientar y vigilar la actividad de las diferentes empresas nacionalizadas. En estos casos, aun cuando el principio de la centralización bajo la égida del Ministro interesado sea respetado por doquiera, se pueden descubrir en la coordinación y subordinación de las empresas nacionalizadas inglesas, varias soluciones. En primer lugar, se prevé en algunos casos, una coordinación en dos grados: la *Coal Industry Nationalization Act* de 1946 estipula así la creación del *National Coal Board*, al que se le asigna la tarea de dirigir el conjunto de la actividad de la industria nacionalizada del carbón. Dicho consejo es una persona jurídica autónoma, con capacidad de derecho y de acción, aunque está colocada, a su vez, bajo el control y dirección inmediata del Ministro interesado, quien nombra al presidente y a ocho de los miembros del Consejo de Administración. De manera semejante es como se ha resuelto el problema de la coordinación y de la subordinación en la *Iron and Steel Act* de 1949, que previo la creación de la *Iron and Steel Corporation of Great Britain* con funciones de dirigir y orientar la actividad de las empresas nacionalizadas.⁷⁰ Por otra parte, algunos sistemas británicos de coordinación se realizan en tres grados, sobre todo cuando la nacionalización abarca gran número de empresas cuya actividad concierne más directamente a las capas más numerosas de la población. Es el caso, por ejemplo, de la *Electricity Act* de 1947, que estableció, entre las diferentes empresas nacionalizadas y la dirección suprema personificada por el Ministro competente, dos instancias, la *British Electricity Authority* o *Central Authority* y el *Area Board*, formadas de Consejos de Administración nombrados por el Ministro. Sus respectivas funciones consisten en la coordinación, la orientación, la dirección y el control de las empresas nacionalizadas, estando jerárquicamente repartidas. La orientación y la dirección

⁶⁹ Vid. Informe General al XII Congreso Internacional de Ciencias Administrativas (Viena, 16-20 de julio de 1962) sobre el tema "Organización Gubernamental para el Desarrollo Económico", *cit.*, p. 12.

⁷⁰ Vid. en K. Katzarov, *op. cit.*, p. 369.

en sus grandes lineamientos, así como el contacto directo con el Ministro interesado fueron dejados al *British Electricity Board*, en tanto que la tarea de coordinar la aplicación de las líneas generales de orientación y dirección y el contacto directo con las empresas nacionalizadas fueron dejados al *Area Board*.⁷¹

En todos estos casos, los órganos de coordinación tienen una dependencia jerárquica del Ministro respectivo ⁷² y, sin embargo, por tener una organización y personalidad distinta de la del Estado, su actividad se configura como de control administrativo indirecto.

99. Dentro de estos entes de coordinación, aun cuando muchos de ellos tienen también funciones de gestión, deben ser incluidos también *los ente publici economici* del Derecho italiano, -muchos de los cuales actúan como *holding* o como *holding de holdings*-⁷³ y principalmente el *Instituto per la Ricostruzione Industriale*. En efecto, el I.R.I., que fue fundado a raíz de la crisis económica de 1929, por el decreto-ley N° 5, de 23 de enero de 1933, constituye un verdadero instrumento de administración y control en relación a las participaciones suscritas por el Estado en el sector económico, y se presenta como un poderoso instrumento de política económica en manos del Estado. El I.R.I. persigue la coordinación, el desarrollo y la dirección de las diversas empresas en las cuales posee interés y su acción se ejerce principalmente, a través de cinco grandes *holdings*, que ha constituido en los sectores de la energía eléctrica (*Finelettrica*), de los teléfonos (*Stet*), de las construcciones navales y de los transportes marítimos (*Finmare*), de la mecánica (*Finmeccanica*) y de la siderúrgica (*Finsider*). Gracias al conjunto de acciones que detiene, el I.R.I. ejerce entonces un control total en muchos sectores esenciales de la economía italiana.⁷⁴ En todo caso, es necesario aclarar que si bien el I.R.I. es un instituto financiero de Derecho Público, y, por tanto, catalogable dentro de los establecimientos públicos industriales o comerciales,⁷⁵ todas las otras sociedades dependientes de él son sociedades anónimas sometidas a las reglas habituales del Derecho Privado.

En España, el Instituto Nacional de Industrias presenta también las características de ente de coordinación económica, pues si bien no produce en general directamente, actúa a modo de TRUST, en sentido económico y legal, de empresas productoras. El I.N.I. fue creado por la ley de 25 de septiembre de 1941,

⁷¹ Vid. en K. Katarov, *op. cit.*, p. 370.

⁷² Cfr. K. Katarov, *op. cit.*, p. 369.

⁷³ Cfr. Piero Verrucoli, “Consideraciones Jurídico-Mercantiles sobre las Empresas en mano Pública”, *loc. cit.*, p. 160 y 161. Sobre los Holding Estatales Vid. Agustín A. Gordillo, *Empresas Del Estado, Cit.*, p. 70 y ss.

⁷⁴ Cfr. F. Franchini, “Aspects Juridiques de l'Intervention...”, *loc. cit.*, p. 238 y ss.; N. Gajl, “Les Entreprises d'Etat en France, en Italie, et en Pologne”, *loc. cit.*, p. 160 y 161.

⁷⁵ Cfr. F. Franchini, “Aspects Juridiques de l'Intervention...”, *loc. cit.*, p. 239.

con carácter de entidad de Derecho Público y con la finalidad de propulsar y financiar, en beneficio de la nación, la creación y resurgimiento de las industrias españolas, en especial, de las que se propusieran como fin principal la resolución de los problemas impuestos por las exigencias de la defensa del país, o que se dirigieran al desenvolvimiento de su autarquía económica, ofreciendo al ahorro español una inversión segura y atractiva.⁷⁶

En Francia, tiene el carácter de ente de coordinación, por ejemplo, el ente denominado *Charbonnages de France* que ha sido constituido también como un establecimiento público. En efecto, en ese país, dos categorías de organismos aseguran la gestión de las minas: Los *Charbonnages de France* y los establecimientos públicos constituidos en las diversas minas de carbón, denominados *Houillères de Bassin* con una indicación geográfica determinada. Si bien las *Houillères de Bassin* tienen el carácter de organismos de producción, explotación y venta, los *Charbonnages de France*, para el conjunto del territorio, dirigen, controlan y coordinan su acción, tanto en el dominio técnico, como en el comercial y financiero.⁷⁷

Debe decirse, por último, que, en general, estos entes de coordinación han surgido fundamentalmente en los países en vías de desarrollo, y aun cuando su presencia, sobre todo por la última razón, sea ahora normal en los países altamente desarrollados,⁷⁸ como medios para impulsar la industrialización o el desenvolvimiento de una determinada región. Un ejemplo del primer supuesto serían la Corporación Venezolana de Fomento y de la Corporación Venezolana de Guayana en Venezuela, que tienen por objeto, respectivamente, promover y fomentar la industrialización del país y el desarrollo de la región de Guayana.⁷⁹

100. Merecen, por otra parte, especial atención, al hablar de los organismos de coordinación con personalidad jurídica distinta de la del Estado a través de los cuales éste ejerce un control administrativo indirecto, las llamadas “uniones” de empresas que proliferan en los países socialistas, y cuyo régimen guarda una cierta unidad.

En efecto, si bien hemos visto que en la U.R.S.S. la unidad económica de base la constituyen las empresas del Estado (*Gospredpriatia*), éstas son reagrupadas en *trusts (trusti)*, es decir, en uniones de varias empresas estatales semejantes, inmediatamente destinadas a ser sujetos centrales de dirección y de

⁷⁶ Cfr. J. L. Villar Palasi, “La Actividad Industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, *loc. cit.*, p. 85 y 86; S. Martín-Retortillo, “Organización Administrativa...”, *loc. cit.*, p. 2 y ss.

⁷⁷ Cfr. J. Rivero, *Le Régime des Nationalisations*, *cit.* (3º cahiers), p. 43.

⁷⁸ *Vid.* Nº 8.

⁷⁹ *Vid.* Nota Nº 50. *Vid.* asimismo, Rafael Alfonso Ravard, “La Corporación Venezolana de Guayana” en el libro BID, *Instituciones Financieras de Desarrollo*, *cit.*, p. 357 y ss.

representación, y que tienen una función de control.⁸⁰ En todo caso, a los TRUSTI, que se presentan como organismos dotados de personalidad jurídica independientes del Estado, les corresponde coordinar la producción y el trabajo de sus diversas fábricas o empresas, de asegurar su reabastecimiento en materias primas y de vigilar la circulación de sus productos. El *trusti* constituye así, el órgano de control, a veces administrativo y técnico de la empresa. Pero en todo caso, no se trata de un órgano de control independiente ya que el director que lo dirige, sin duda con un poder importante, es nombrado y destituido por las instancias administrativas superiores.⁸¹ Con estructura similar a los *trusti*, existen también en la U.R.S.S. los llamados *combinat*, que a diferencia de aquéllos, que reúnen empresas que pertenecen a una misma rama de producción, reúnen empresas cuyas producciones son complementarias.⁸²

En Polonia, asimismo, uno de los métodos de coordinación de las actividades de las empresas públicas consiste en agrupar ciertas empresas -sea las empresas-llave o sea las empresas locales- y someterlas así, a la vigilancia y a la dirección de organismos que son a la vez unidades económicas y órganos de la administración del Estado, llamados también uniones de empresas del Estado. En líneas generales, tal como lo señala Rybicki, en Polonia, las tareas de esas uniones se refieren a la planificación económica, a la coordinación de las actividades de las empresas, así como al ejercicio de facultades de control y de vigilancia en relación a las mismas. En el campo de la planificación económica, corresponde a la unión determinar la orientación del desarrollo de las empresas agrupadas conforme a los principios de la política económica del Estado, enunciados en los planos económicos a largo plazo y en los planes llamados de perspectivas; determinar los índices obligatorios de los planes de las empresas sobre los cuales éstas se fundan para establecer sus propios planes; elaborar los planes económicos del conjunto de todas las empresas agrupadas en la unión; y suministrar, en caso de necesidad, las directivas concernientes a la realización de los planes económicos por las empresas. En el campo de la coordinación de las actividades de las empresas, las uniones son competentes, principalmente, para determinar el marco de la especialización de las empresas particulares, para repartir las tareas de producción y para organizar la cooperación en el interior de la rama económica en cuestión; para crear oficinas de estudios y laboratorios comunes y para tomar otras medidas tendientes a asegurar un progreso técnico y económico; para organizar el aprovisionamiento en materias primas y la circulación de los productos terminados; y para organizar los cambios de experiencia y de información científica y técnica. En fin, en el campo del control

⁸⁰ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 316 y 376; Rodrigo Fernández- Carvajal, “Las Empresas Públicas en Rusia”, *loc. cit.*, p. 454; J. N. Hazard, “Soviet Government Corporation”, *loc. cit.*, p. 853 y ss.

⁸¹ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 376; G. Lescuyer, *Le Contrôle de l'Etat...*, *cit.*, p. 15 y 376.

⁸² *Vid.* Charles Bettelheim, *Problemas Teóricos y Prácticos...*, *cit.*, p. 69.

y de la vigilancia, compete a la unión efectuar el control de la realización de los planes y de las otras obligaciones aceptadas por las empresas; vigilar el estado técnico y de organización de las empresas así como las condiciones de seguridad y de higiene del trabajo, y controlar si la disciplina financiera relativa a inversiones, etc., es respetada.⁸³

Ahora bien, estas uniones, aunque dotadas de personalidad jurídica propia como organismos autónomos,⁸⁴ están subordinadas en lo que se refiere a su organización y funcionamiento, al Ministro competente (uniones de empresas-llave) o al *presidium* del Consejo Popular de *voivodie* (uniones de empresas locales), de tal manera que el Ministro y el *presidium* constituyen órganos jerárquicamente superiores en relación a las uniones,⁸⁵ Esto confirma su carácter de medio de control administrativo indirecto.

Debe señalarse, por último, que las uniones de empresas, como órganos de coordinación y control, con las características generales antes señaladas, también se encuentran reguladas en Checoslovaquia, Yugoslavia, Hungría, Rumania y Bulgaria.⁸⁶

⁸³ Vid. Z. Rybicki, "Le Régime des Activités... *loc. cit.*, p. 271 y ss.

⁸⁴ Cfr. Z. Rybicki, *L'Entreprise Publique dans le Système Polonais...*, *loc. cit.*, p. 316; Z. Rybicki, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 273.

⁸⁵ Cfr. Z. Rybicki, "Le Régime des Activités. . .", *loc. cit.*, p. 273.

⁸⁶ Vid. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 373 a 376.

III. EL CONTROL PARLAMENTARIO

“Sólo por ley, y en conformidad con la ley orgánica respectiva, podrán crearse institutos autónomos.

“Los institutos autónomos, así como intereses del Estado en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, estarán sujetos al control del Congreso, en la forma que la ley establezca”. Artículo 230 de la Constitución venezolana de 23 de enero de 1961.

101. Directa o indirectamente, según el menor o mayor grado de autonomía e independencia que tengan en relación al Estado, bajo una forma u otra, se reconoce de hecho o de derecho a los representantes del pueblo, un derecho de control sobre las empresas económicas del Estado, es decir, se reconoce al Parlamento la facultad de controlar y fiscalizar las actividades industriales y comerciales de los poderes públicos.

102. En cuanto a las actividades industriales y comerciales realizadas por la administración directamente, por sus órganos, ellas están sometidas al control parlamentario como lo está toda otra actividad administrativa. En su aspecto financiero, este control es quizás el más acentuado, ya que los órganos administrativos que desarrollan esas actividades se encuentran sujetos a la obligación presupuestaria.¹ Pues deben presentar un presupuesto parcial dentro del proyecto general de presupuesto de gastos del Estado.² Se trata aquí de un control a priori. Además, el Parlamento ejerce también un control a posteriori con la revisión anual de la gestión del Ministro respectivo bajo cuya competencia y dirección jerárquica está el servicio económico no autónomo.

103. Por otra parte, y aun cuando dotados de personalidad jurídica distinta y de autonomía financiera, el Parlamento también ejerce un control sobre las actividades desarrolladas por los establecimientos públicos industriales y comerciales. En primer lugar, y si bien estos organismos no están sometidos a la obligación presupuestaria, pues no tienen que someter sus presupuestos a la aprobación del Parlamento sino del Ministro de tutela,³ siempre que en el presupuesto del Estado exista alguna cantidad destinada a ingresar en el patrimonio de dichos entes a título de subvención, ésta debe ser aprobada por el Parlamento en la sanción del Presupuesto respectivo, permitiéndose así, un

¹ Vid. N° 18.

² Cfr. Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, cit., p. 9 y 10, Gerhardt Plöchl, *Die Öffentliche...*, cit., p. 13.

³ Cfr. M. A. Flamme, “*Le Régime des Activités. . .*”, loc. cit., p. 423.

control financiero previo indirecto,⁴ aun cuando en algunos países, como Italia, se exija, al menos teóricamente, que los presupuestos de las empresas públicas sean aprobados por el Parlamento.⁵ Por otra parte, en algunos países como en Francia, aun cuando el Parlamento en esta materia, a veces por falta de una información suficiente, no haya planteado nunca todos los problemas políticos fundamentales que suscita la gestión de las empresas públicas,⁶ éste tiene un medio de control A PRIORI consistente en la necesidad de que sea sometida al mismo, en el mismo momento que el proyecto de ley de finanzas, la nomenclatura de las empresas públicas.⁷ Además, el Parlamento tiene también facultades para seguir y apreciar el funcionamiento de las actividades desarrolladas por los establecimientos públicos industriales y comerciales, por medio de las comisiones parlamentarias. Esto era, por ejemplo, lo que correspondía a las subcomisiones permanentes del Parlamento francés antes de 1958.⁸ Sin embargo, por la reorganización de las comisiones parlamentarias realizadas después de la entrada en vigor de la Constitución del 4 de octubre de 1958, ha desaparecido este control permanente. Sólo pueden ser constituidas, sin embargo, Comisiones de investigación destinadas a estudiar algún aspecto particular de las empresas, pero sus informes no son públicos.⁹ Una situación similar se presenta en Venezuela, donde el Congreso puede designar Comisiones de investigación para determinados asuntos.¹⁰

En relación a los establecimientos públicos, en todo caso, el Parlamento posee medios a posteriori indirectos de control, por la rendición de cuentas del respectivo Ministro de tutela sobre sus actos dictados en relación a los establecimientos públicos industriales y comerciales, pudiendo ser éste, en todo caso, interpelado y sometido a voto de censura¹¹. Por otra parte, en aquellos países en los cuales, como se verá,¹² el Parlamento tiene un órgano auxiliar de verificación de cuentas cuyas funciones se extienden a los establecimientos públicos, el resultado de esa actividad examinadora se somete generalmente al

⁴ Cfr. A. Delion, *L'Etat et les Entreprises Publiques*, *cit.*, p. 71.

⁵ Vid. F. Franchini, "Aspects Juridiques de l'Intervention de l'Etat...", *loc. cit.*, p. 243 y 244.

⁶ Vid. P. Bauchet, "Las Empresas Públicas en Francia", *loc. cit.*, p. 87 y 88.

⁷ Cfr. R. Drago, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 458; ANDRÉ DELION, *L'Etat et les Entreprises Publiques*, *cit.*, p. 57.

⁸ Cfr. P. Bauchet, "Las Empresas Públicas en Francia", *loc. cit.*, p. 88.

⁹ Cfr. R. Drago, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 458; G. Les-Cuyer, "Les Entreprises Nationales...", *loc. cit.*, p. 1166; A. G. Delión, *Le Statut...*, *cit.*, p. 113.

¹⁰ Vid. Artículo 160 de la Constitución Venezolana de 1961.

¹¹ Cfr. A. Delión, Informe francés al IV CIEF, *loc. cit.*, Vol. 4, p. 155; Gerhardt Plöchl, *Die öffentliche...*, *cit.*, p. 12.

¹² Vid. N° 106.

conocimiento del Parlamento, verificándose, en este caso, un típico control financiero a posteriori, como sucede en Italia y Venezuela.¹³

Por último, en Italia está establecida una forma especial de control financiero a posteriori del Parlamento sobre los balances de los establecimientos públicos industriales y comerciales que reciben subvenciones del Estado, consistente en la constatación de si los dineros públicos han sido o no bien gastados, en vista de la satisfacción del objetivo que el establecimiento beneficiario se proponía alcanzar a través de la subvención señalada.¹⁴

104. En todo caso, si bien de una forma u otra, el Derecho Comparado nos muestra diversas formas de control sobre las empresas públicas cuando éstas son desarrolladas por personas de Derecho Público, ese control se debilita generalmente frente a las sociedades mercantiles con capital público.

En efecto, salvo aquellos casos en que las empresas públicas están constituidas como sociedades mercantiles subvencionadas por el Estado, en las cuales el Parlamento interviene con el control a priori de aprobación de la respectiva subvención, los mecanismos de que dispone son insuficientes, ya que, generalmente, aquéllas no tienen la obligación de enviar a las Cámaras informes o memorias anuales.¹⁵ Es más, en algunos países, como Finlandia, no se ha establecido ningún tipo de control directo sobre las sociedades mercantiles del Estado,¹⁶ permitiéndose solamente un control indirecto a través de los resultados de la verificación que efectúa la Inspección de Finanzas.¹⁷

En otros países, sin embargo, como en Italia, se permite al Parlamento ejercer un control directo sobre las sociedades mercantiles en las cuales participe el Estado, siempre que ellas reciban una subvención del mismo, consiste en el examen de sus balances. El control del Parlamento, en este caso, tiene por objeto el examen de la manera como se ha hecho uso de los dineros públicos que han sido atribuidos en vista de un objetivo que, en el caso de estas sociedades, no tiene necesariamente que estar ligado, sino de una manera indirecta, a fines de carácter público.¹⁸

105. En cuanto al control parlamentario sobre las actividades industriales y comerciales del Estado, es necesario destacar en forma especial, las peculiaridades de ese control en las Public y Government Corporations.

¹³ Vid. F. Franchini, "Aspects Juridiques de l'Intervention de l'Etat...", *loc. cit.*, p. 243; artículos 234 y ss. de la Constitución de Venezuela de 1961.

¹⁴ Vid. F. Franchini, "Aspects Juridiques de l'Intervention...", *loc. cit.*, P. 251.

¹⁵ Cfr. Pella Lenoudia, "Las Empresas Públicas en Grecia", *loc. cit.*, p. 153.

¹⁶ Vid. Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, *cit.*, p. 15 y 16.

¹⁷ Cfr. Informe del Valtionalouden Tarkastusvirasto al IV CIEF, *loc. cit.*, Vol. 4, p. 147.

¹⁸ Vid. F. Franchini, "Aspects Juridiques de l'Intervention de l'Etat...", *loc. cit.*, p. 251.

En cuanto a las Public Corporations británicas, una de sus características esenciales y fundamentales es que no están sujetas a la inspección parlamentaria en lo que respecta a la gestión ordinaria del negocio, como cosa distinta del plan general de la misma.¹⁹ Sin embargo, bien lo aclara Robson, ello no quiere decir que la Public Corporation sea inmune en todos los sentidos a la interferencia política del Parlamento, ya que está sujeta a un grado considerable de fiscalización ministerial. Esto implica, como se ha visto, una responsabilidad del Ministro ante el Parlamento, al menos en aquellas materias sobre las cuales puede fiscalizar a la Corporación.²⁰ En todo caso, es necesario señalar que ha sido muy debatida la extensión con que los Ministros deben estar sujetos a interpelaciones parlamentarias en materias concernientes a las Public Corporations. En este sentido, el mismo W. A. Robson señala que miembros de todos los partidos han demandado en la Cámara de los Comunes más amplios derechos para pedir a los Ministros información relativa a las industrias nacionalizadas, pero, no obstante, el Parlamento se ha adherido en lo sustancial, al principio preconizado por Mr. Herbert Morrison en 1947, cuando dijo que el dar los Ministros información sobre las materias ordinarias, sería contrario a la intención, claramente expresada, del Parlamento cuando fundó las Public Corporations con una extensa independencia en cuestiones de administración ordinaria, y produciría una excesiva interferencia ministerial en la libertad de acción de los Consejos de Administración.²¹

En todo caso, debe indicarse que, en cada período parlamentario, con ocasión de los debates que tienen lugar sobre los informes y rendiciones de cuentas anuales que las Public Corporations deben presentar al Parlamento a través del Ministro respectivo, se presenta una importante oportunidad para una crítica y revisión parlamentaria general de las industrias nacionalizadas que van más allá de las posibilidades que otorga la sola oportunidad de interpelación.²²

Ahora bien, los referidos medios de control parlamentario fueron juzgados insuficientes por la Cámara de los Comunes, en razón, principalmente, de la exclusión de los temas llamados de detalle del campo de las preguntas que podían

¹⁹ Cfr. W. A. Robson, *Industria Nacionalizada...*, *cit.*, p. 65 y 163; W. A. Robson, "La Public Corporation en Gran Bretaña", *loc. cit.*, p. 117.

²⁰ *Vid.* W. A. Robson, *Industria Nacionalizada...*, *cit.*, p. 65.

²¹ *Vid.* W. A. Robson, "La Public Corporation en Gran Bretaña", *loc. cit.*, p. 118.

²² Cfr. W. A. Robson, *Industria Nacionalizada...*, *cit.*, p. 74 y 178; W. A. ROBSON, "La Empresa Pública en Gran Bretaña", *loc. cit.*, p. 76; W. A. Robson, "La Public Corporation en Gran Bretaña", *loc. cit.*, p. 119; G. Lescuyer, *Le Controle de l'Etat...*, *cit.*, p. 66; L. López Rodó, "Las Empresas Nacionalizadas...", *loc. cit.*, p. 400.

formularse a los Ministros, y cuya definición continúa aún vaga.²³ Por ello, se creó en 1955 como medio complementario del control del Parlamento, un comité de vigilancia (Select Committee), como comisión permanente encargada del control *A posteriori* de las empresas nacionalizadas, así como de su vigilancia permanente. Este comité podía examinar los informes y las cuentas de la gestión de las industrias nacionales, y obtener en relación a esa gestión una información suplementaria.²⁴ Los poderes de esta comisión permanente eran, sin embargo, insuficientes, por lo que en 1956 se nombró una nueva Comisión especial para examinar los informes y las cuentas de las industrias nacionalizadas, que a diferencia de la anterior, no debía encontrar obstáculos ni prohibiciones en su labor.²⁵

En los Estados Unidos, tal como se ha indicado,²⁶ las Government Corporations surgieron, en lo que se refiere a los aspectos del control, según el modelo británico y así permanecieron hasta 1945, cuando por el Government Corporation Control Act, se modificó sustancialmente el sistema, convirtiéndose a las Government Corporations, según lo afirma Pritchett, en agencias parecidas o los departamentos usuales del Gobierno.²⁷ En primer lugar, hemos visto que la ley referida, eliminó la exención de adscripción de las Corporaciones del Gobierno al Presupuesto del Estado, por lo que en la actualidad, sus presupuestos dependen del Presupuesto nacional y deben ser sometidos a la aprobación tanto de la Budget Bureau como del Congreso.²⁸ Esto implica, por tanto, la existencia de un control parlamentario *a priori*, que no se diferencia del control propio del procedimiento parlamentario ordinario.²⁹ En esta forma corresponde a las dos Cámaras, aprobar anualmente los créditos para las empresas y, de hecho, vigilar toda su política. El proyecto de presupuesto que se les somete debe comprender las estimaciones relativas a las condiciones financieras y operaciones de la Corporación para el año fiscal en curso y para el siguiente, así como las

²³ *Vid.* G. Lescuyer, *Le Contrôle de l'Etat...*, *cit.*, p. 66. *Cfr.* G. Lescuyer, "Les Entreprises Nationales...", *loc. cit.*, p. 1158 y ss.; W. A. Robson, *Industria Nacionalizada...*, *cit.*, p. 164 y ss.; Lord Reith, "Public Enterprises: Necessity to examine their Control and Structure", *Public Administration*, Vol. XXXIV, Winter, 1956, p. 351 a 355, *Vid.* en comentario bibliográfico de F. Rubio Llorente y M. Pérez Olea en *RAP*, N° 21, 1956, p. 569.

²⁴ *Cfr.* W. A. Robson, *Industria Nacionalizada...*, *cit.*, p. 182 y ss.; G. Lescuyer, *Le Contrôle de l'Etat...*, *cit.*, p. 66 y 135; G. Lescuyer, "Les Entreprises Nationales. . .", *loc. cit.*, p. 1163 y 1164.

²⁵ *Cfr.* S. Marín Marín, *Aspectos de la Administración Pública Autónoma*, *cit.*, p. 291 y 292; W. A. Robson, *Industria Nacionalizada...*, *cit.*, p. 187.

²⁶ *Vid.* N°55.

²⁷ *Vid.* Herman Pritchett, "The Government Corporation Control Act of 1945", *The American Political Science Review*, 1946, p. 495, *cit.* por J. N. Hazard, *Law Regulating...*, *cit.*, p. 5.

²⁸ *Cfr.* G. Lescuyer, *Le Contrôle de l'Etat...*, *cit.*, p. 63. *Vid.* N° 55.

²⁹ *Cfr.* G. Lescuyer, *Le Contrôle De l'Etat...*, *cit.*, p. 64.

condiciones actuales y los resultados del último año fiscal totalmente conocido.³⁰ El Congreso dispone, además del Contralor General de los Estados Unidos para ser informado anualmente, de todas las operaciones financieras efectuadas.³¹

Por último y también en relación al control parlamentario de las Government Corporations, en los Estados Unidos, el Congreso puede designar comités de investigación entre las dos Cámaras, para vigilar las actividades de las industrias del Gobierno.³²

IV. EL CONTROL POR ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES

“Corresponde a la Contraloría General de la República el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos.

“Las funciones de la Contraloría General de la República podrán extenderse por ley a los institutos autónomos, así como también a las administraciones estatales o municipales, sin menoscabo de la autonomía que a éstas garantiza la presente Constitución”. Artículos 234 y 235 de la Constitución venezolana de 23 de enero de 1961.

106. Es una tendencia generalizada en los sistemas financieros vistos a través del Derecho Comparado, el que los Estados, en vista del desarrollo y amplitud de sus finanzas públicas, constituyan organismos especiales, casi siempre como auxiliares del Parlamento o con categoría jurisdiccional, pero en todo caso separados del Poder Ejecutivo, con funciones específicas de realizar el control fiscal o de las finanzas públicas.³³

Generalmente, en todo caso, estas entidades fiscalizadoras superiores, en ejercicio de sus funciones específicas, realizan un control a posteriori sobre las actividades industriales y comerciales del Estado, en tanto en cuanto éstas tengan

³⁰ Cfr. J. N. Hazard, *Law Regulating...*, *cit.*, p. 5 y 6.

³¹ *Vid.* Leonard D. White, *Introducción al Estudio de la Administración Pública*, México, 1964, p. 309.

³² Cfr. G. Lescuyer, *Le Controle de l'Etat...*, *cit.*, p. 13 y 135; G. Lescuyer, “Les Entreprises Nationales...”, *loc. cit.*, p. 1161.

³³ Para un estudio comparativo de estas instituciones, véanse los trabajos presentados a los cinco Congresos Internacionales de Entidades Superiores de Control Fiscal, el último de los cuales se verificó en Israel en 1965; entre ellos véanse las Actas del IV Congreso, IV CIEF (1962), *cit.* editadas en Viena. Asimismo, véanse los trabajos presentados a los dos Congresos Latinoamericanos de Entidades Fiscalizadoras, el último de los cuales se celebró en Chile en 1965; entre ellos *V.*, la Memoria del Primer Congreso celebrado en Caracas (1963) y publicada en Caracas (1965).

relación con los motivos de control fiscal ordinarios, por lo que, salvo raras excepciones, como en Francia, no se prevén organismos destinados especialmente a controlar dichas actividades.

En efecto, en Italia, por ejemplo, la Corte dei Conti, que es en cuanto a la gestión financiera del Estado el ojo vigilante del Parlamento, tiene atribuida por norma constitucional la facultad de fiscalizar la gestión financiera de los organismos que gozan ordinariamente de ayuda del Estado, y debe someter directamente a las Cámaras los resultados de su fiscalización.³⁴ Por tanto, todas aquellas personas jurídicas públicas o privadas subvencionadas por el Estado, deben presentar al Tribunal de Cuentas los resultados de sus cuentas y los presupuestos, con el resumen de pérdidas y ganancias, y con los informes de sus órganos administrativos y de revisión. La Corte dei Conti ejerce entonces sobre los balances de los organismos subvencionados, un control que tiene por finalidad preparar la vía al Parlamento. Se trata, en definitiva, de una acción consistente en estudiar la gestión financiera de los organismos controlados gracias al examen de sus propios balances, pudiendo, en todo caso, solicitar las informaciones y documentos que juzgue necesarios.

Por otra parte, debe observarse que, ante los balances de los establecimientos y empresas subvencionados, la Corte de Cuentas italiana observa una actitud muy diferente de aquella que ella adopta frente al presupuesto del Estado. En efecto, ante este último, la acción de control de la Corte de Cuentas se ejerce, en primer lugar, durante la ejecución del presupuesto anteriormente adoptado, por el examen relativo a la legitimidad de los compromisos y de los gastos efectuados. A este control financiero previo se sucede otro, realizado por la Corte de Cuentas en el momento en que ella procede a la confrontación de sus propios documentos con aquéllos que resultan del presupuesto mismo: control que se concluye por una declaración especial de igualdad y exactitud, que junto con un resumen de los resultados del examen efectuado por la Corte de Cuentas, debe incluirse en el informe presentado al Parlamento, junto con el Presupuesto. Al contrario, frente a los balances de las empresas subvencionadas, la Corte de Cuentas no está habilitada para proceder a una deliberación formal que pueda ser asimilada a aquélla que se verifica en relación al Presupuesto del Estado; y por tanto, ella no puede, evidentemente, formular una declaración de conformidad en relación a sus propios documentos, ni dar aprobación alguna a los balances.³⁵

Es importante en todo caso, destacar, que la Corte dei Conti, aun con las limitaciones referidas, puede controlar a todos los organismos subvencionados

³⁴ *Vid.* Informe de la Corte dei Conti Italiana al IV CIEF, *loc. cit.*, Vol. 3, p. 93 y 95.

³⁵ *Cfr.* F. Franchini, "Aspects Juridiques de l'Intervention...", *loc. cit.*, p. 255; Informe de la Corte dei Conti Italiana al IV CIEF, *loc. cit.*, Vol. 3, p. 93 y ss.; S. Marín Marín, Aspectos de la Administración Pública Autonómica, *cit.*, p. 296 y 297.

por el Estado, aun cuando se trate de sociedades mercantiles donde éste participe o estén subvencionadas por el mismo.

Siguiendo esta misma orientación, por ejemplo, la Inspección de Finanzas de Finlandia, organismo encargado de la fiscalización del Presupuesto Nacional³⁶, tiene también atribuciones para fiscalizar las sociedades mercantiles en las cuales el Estado tenga alguna participación.³⁷ Sin embargo, no puede dar instrucciones u órdenes a los organismos de la sociedad en la forma que las puede dar a las autoridades e instituciones del Estado, sino, que en todo caso, las observaciones hechas durante la revisión deben ser presentadas al Ministerio del cual depende la empresa.³⁸

Asimismo, los organismos especiales de control fiscal de Austria (Rechnungshof)³⁹ y de Israel (State Comptroller),⁴⁰ pueden extender su función fiscalizadora sobre las sociedades mercantiles en las cuales el Estado tenga participación, aun cuando en algunos casos, como en España, se exige para ello que la participación del Estado sea superior al 75 por ciento del capital social.⁴¹ En Alemania, por otra parte, si bien dichas empresas no están sometidas directamente a la fiscalización del Tribunal de Cuentas (Bundes Rechnungshofes), las instrucciones para la revisión por un perito técnico designado al afecto, pueden partir del mismo,⁴² aun cuando se admite la posibilidad de que el Tribunal pueda directamente fiscalizar, siempre que el Estado otorgue alguna subvención a la empresa en cuestión.⁴³

Esto último sucede también en Suecia, donde los Riksdagens revisoner, si bien no pueden examinar los negocios de las compañías controladas por el Estado, ellos pueden hacerlo cuando dichas empresas reciban una subvención.⁴⁴

Por otra parte, en Bélgica, la Cour des Comptes, aun cuando tiene facultad para controlar la actividad desarrollada por los establecimientos públicos

³⁶ Cfr. Informe del Valtionalouden Tarkastusvirasto de Finlandia al IV CIEF, *loc. cit.*, Vol. 4, p. 145.

³⁷ Cfr. Tore Modeen, *Le Régime des Activités...*, *cit.*, p. 11 y 15.

³⁸ Vid. Informe del Valtionalouden Tarkastusvirasto de Finlandia al IV CIEF, *loc. cit.*, Vol. 4, p. 147.

³⁹ Vid. Gerhardt Plöchl, *Die Öffentliche...*, *cit.*, p. 16; Josef Marschall, Informe Austríaco al IV CIEF, *loc. cit.*, Vol. 4, p. 239 y 249.

⁴⁰ Vid. Informe del State Comptroller's Office al IV CIEF, *loc. cit.*, Vol. 4, p. 199.

⁴¹ Vid. Informe del Tribunal de Cuentas Español al IV CIEF, *loc. cit.*, Vol. 4, p. 271.

⁴² Cfr. Klaus Vogel, *Die Wirtschaftliche...*, p. 14; Informe del Bundesrechnungshof de la República Federal de Alemania al IV CIEF, *loc. cit.*, Vol. 4, p. 137 y 139.

⁴³ Vid. Informe del Bundesrechnungshof de la República Federal de Alemania al IV CIEF, *loc. cit.*, Vol. 3, p. 45.

⁴⁴ Vid. Hakan Strömberg, "La Empresa Pública en Suecia", *loc. cit.*, p. 149.

industriales y comerciales,⁴⁵ no puede extender su control sobre las sociedades mercantiles en las cuales el Estado tiene participación.⁴⁶ En el mismo sentido, los organismos superiores de control de Finanzas Públicas de Brasil (Tribunal de Cuentas),⁴⁷ Irak (Contralor y Auditor General),⁴⁸ Países Bajos (Cámara de Cuentas),⁴⁹ no pueden extender su labor de fiscalización sobre las sociedades mercantiles en las cuales el Estado tiene participación.

107. Ahora bien, en cuanto al control que las entidades fiscalizadoras superiores de control fiscal pueden ejercer sobre los organismos del Estado que desarrollen actividades industriales y comerciales, es necesario destacar el sistema francés, por cuanto en él se ha instituido un organismo satélite del Tribunal de Cuentas, especialmente destinado a revisar las cuentas de las empresas públicas, denominado *Commission de Verification des Comptes des Entreprises Publiques*, creada por la ley de 6 de enero de 1948. Los poderes de la Comisión son de carácter general: “Ella procede anualmente al examen de las cuentas de gestión y balance y cuentas de ganancias y pérdidas de las empresas vigiladas, sacando de los mismos todas las conclusiones necesarias sobre los resultados financieros de esas empresas”; “ella expresa su opinión sobre la regularidad y la sinceridad de las cuentas y propone cuando sea necesario las correcciones que estime deban ser hechas a esas cuentas, dando también su opinión sobre la cualidad de la gestión comercial y financiera de la empresa”; la ley señalada agrega, en fin, que “en los informes de conjunto sobre la actividad y resultados de las empresas controladas por ella, la comisión señala, si es necesario, las modificaciones que crea conveniente hacer en relación a la estructura o a la organización de esas empresas, y da su opinión sobre las perspectivas futuras”.⁵⁰

Ahora bien, la competencia de la Comisión de Verificación se extiende a los establecimientos públicos industriales y comerciales, a las empresas nacionalizadas y a las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posee

⁴⁵ Vid. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 402. Cfr. G. Lescuyer, *Le Contrôle de l'Etat...*, *cit.*, p. 122.

⁴⁶ Vid. M. A. Flamme, “Le Régime des Activités. . .”, *loc. cit.*, p. 424.

⁴⁷ Vid. A. Brochado Da Rocha, Informe Brasileiro II al IV CIEF, *loc. cit.*, Vol. 4, p. 123

⁴⁸ Vid. A. K. Said, Informe de Irak al IV CIEF, *loc. cit.*, Vol. 4, p. 195.

⁴⁹ Vid. Informe del Algemene Rekenkamer de Holanda al IV CIEF, *loc. cit.*, Vol. 4, p. 229.

⁵⁰ Vid. A. Delion, Informe Francés al IV CIEF, *loc. cit.*, vol. 4 p. 161. Cfr. R. Drago, “Le Régime des Activités...”, *loc. cit.*, p. 458.

al menos la mayoría del capital social,⁵¹ y su informe general es dirigido cada año al Parlamento, al Primer Ministro y a la Corte de Cuentas.⁵²

108. Por último, también en los países anglosajones, las cuentas de las empresas públicas son controladas o examinadas por las entidades fiscalizadoras de los gastos públicos. En efecto, en Inglaterra, la Comisión de Cuentas Públicas de la Cámara de los Comunes, poderoso instrumento parlamentario para fiscalizar los gastos de los departamentos gubernamentales, ha procedido también a examinar las cuentas de las empresas nacionalizadas, aunque dicho control se verifica, sobre todo, respecto de aquellas empresas que dependen económicamente del Estado.⁵³

En los Estados Unidos, a partir del Government Corporation Control Act de 1945, “las transacciones comerciales de las corporaciones que están totalmente en manos del Gobierno son revisadas por la General Accounting Office, de acuerdo con los principios y procedimientos que se aplican en las transacciones comerciales, y con arreglo a las normas y regulaciones que se señalen por el Contralor General de los Estados Unidos”.⁵⁴ Sin embargo, aun cuando esta previsión legal parece indicar que la General Accounting Office sólo podría ejercer un control de tipo comercial, eso nunca fue hecho. En efecto, la Oficina General de Contabilidad no sólo ha procedido a comprobar las cuentas de las corporaciones, sino que ha querido aprobarlas, revisando los gastos y compromisos pendientes de las mismas, para determinar si estaban o no autorizados a tenor de las disposiciones reglamentarias del General Controller.⁵⁵ En esta forma, la Oficina General de Contabilidad puede, en cierto sentido, comprometer en forma retrospectiva, la validez de las transacciones de las corporaciones, lo que, según A. Abel, resulta seriamente perjudicial para las operaciones de la empresa.⁵⁶

109. Por último debe señalarse que en los países de Europa oriental no ha tenido, en general, auge la institución de organismos superiores de control de finanzas públicas. La excepción a ello, sin embargo, nos lo muestra Polonia, donde funciona una Cámara de Control, la cual es directamente responsable ante

⁵¹ Cfr. F. Fabre y R. Morín, “A Propos d'une décision du Tribunal des Conflicts. Quelques Aspects Actuels du Contrôle des Sociétés d'Economie Mixte”, *RDP*, 1964, N° 4, p. 789; A. Delión, Informe Francés al IV CIEF, *loc. cit.*, Vol. 4, p. 163; P. Du Pont, *L'Etat Industrial*, *cit.*, p. 136; A. G. Delión, *Le Statut...*, *cit.*, p. 91 y ss.

⁵² Cfr. G. Lescuyer, *Le Contrôle de l'Etat...*, *cit.*, p. 121; A. Bau-Chet, “Las Empresas Públicas en Francia”, *loc. cit.*, p. 89.

⁵³ Cfr. W. A. Robson, *Industria Nacionalizada y Propiedad Pública*, *cit.*, p. 190.

⁵⁴ *Vid.* J. N. Hazard, *Law Regulating...*, *cit.*, p. 6.

⁵⁵ *Vid.* Albert S. Abel, “La Corporación Pública en los Estados Unidos”, *loc. cit.*, p. 141.

⁵⁶ *Vid.* A. S. Abel, “La Corporación Pública en los Estados Unidos”, *loc. cit.*, p. 151. Cfr. J. N. Hazard, *Law Regulating...*, *cit.*, p. 6.

la Dieta y es independiente del Ejecutivo, y tiene por objeto controlar las actividades de los organismos del Estado en cuanto a su legalidad, inversiones y economía. Esta entidad presenta sus observaciones a la Dieta cada año en relación con la ejecución del presupuesto y del plan nacional de economía,⁵⁷ incluyendo en este último campo, las actividades desarrolladas conforme al mismo por las empresas del Estado.

V. EL CONTROL POR GRUPOS DE INTERESES DE LA COMUNIDAD

“La Ley regulará la integración, organización y atribuciones de los cuerpos consultivos que se juzguen necesarios para oír la opinión de los sectores económicos privados, la población consumidora, las organizaciones sindicales de trabajadores, los colegios de profesionales y las universidades, en los asuntos que interesan a la vida económica”. Artículo 109 de la Constitución venezolana de 23 de enero de 1961.

110. Tal como la ha definido J. Rivero, la nacionalización es la operación por la cual la propiedad de una empresa o de un grupo de empresas es transferida a la colectividad a fin de sustraerla, en vista de un interés general, de la dirección capitalista.⁵⁸ Por tanto, se trata, en principio, de una operación que tiene por objeto sustituir la dirección capitalista de la empresa por una dirección social, de la colectividad, y no directamente del Estado. En esta forma, el término nacionalización debe ser identificado al de socialización, entendiéndose por tal, como lo hace M. García-Pelayo, la gestión de las empresas por grupos de las categorías interesadas en la producción: representantes de los obreros y técnicos, de los consumidores y del Estado.⁵⁹ La presencia de este último es necesaria -agrega éste-, no sólo por su calidad de representante de los intereses generales de la sociedad, sino también porque toda socialización amplia ha de reposar sobre un plan económico general cuya vigilancia -cuando menos- ha de corresponder al Estado.

La socialización supone, pues, propiedad colectiva, gestión combinada, y autonomía, aunque no independencia, con respecto al Estado.⁶⁰

⁵⁷ Vid. Informe General al XII Congreso Internacional de Ciencias Administrativas (Viena, 16-20 de julio de 1962) sobre el tema “Organización Gubernamental para el Desarrollo Económico”, *cit.*, p. 78.

⁵⁸ Vid. J. Rivero, *Le Régime des Nationalisations (Extrait du Juris-Classeur Civil-Anexes)*, *cit.* (29 cahiers), p. 1.

⁵⁹ Vid. M. García-Pelayo, “Sobre los Supuestos y Consecuencias de la Socialización”, *RAP*, N° 3, 1950, p. 14.

⁶⁰ Vid. M. García-Pelayo, “Sobre los Supuestos y Consecuencias de la Socialización”, *loc. cit.*, p. 14.

Esta idea va a acompañar, en mayor o menor grado, algunos de los importantes procesos de nacionalización, tanto en los países occidentales como del Este de Europa y va a permitir la injerencia de ciertos grupos interesados de la colectividad, en la gestión y el control de las empresas públicas; aun cuando se debe decir que gran parte de las nacionalizaciones ignoran el control directo del consumidor, limitándose a consagrar sólo el control público, aun cuando sea aquél en definitiva quien soporta las consecuencias del mal funcionamiento de las empresas estatales, ya sea porque sus productos no están a su alcance a tiempo, o porque sean de mala calidad o deba pagarlos demasiado caros⁶¹.

111. En efecto, en Francia, el programa establecido bajo la ocupación el 15 de marzo de 1944, por el Consejo Nacional de la Resistencia, compuesto de diecisiete miembros representantes de los movimientos de resistencia, de las organizaciones obreras y de los partidos políticos, demandaba “la instauración de una verdadera democracia económica y social que implicara el despojo a las grandes feudalidades económicas y financieras de la dirección de la economía” Y EL “regreso a la nación de los grandes medios de producción monopolizados, fruto del trabajo común, de las fuentes de energía, de las riquezas del subsuelo, de las compañías de seguros y de los grandes bancos”. Asimismo, en Argelia, ante la Asamblea Consultiva, el 25 de julio de 1946, el general De Gaulle anunció la necesidad “de poner antes de que sea demasiado tarde a la disposición de la nación, la dirección y la explotación de las grandes fuentes de la riqueza común y de suspender el juego de esas vastas conjunciones y combinaciones de intereses que tanto han pesado sobre el Estado y sobre los ciudadanos”.⁶² Siguiendo esta misma orientación, en el alinea 9 del Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1947, se señaló que “todo bien, toda empresa cuya explotación tiene o adquiera los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe devenir propiedad de la colectividad”, norma que continúa vigente en virtud de la Constitución francesa de 1958.

Ahora bien, esta orientación constitucional reposaba sobre la idea de que las empresas monopolísticas o que presentaban las características de un servicio público, debían escapar de la dirección capitalista, pero asimismo no debían ser dejadas a la gestión del Estado en cuanto a tal. En efecto, considerado el Estado como la personificación de la nación, entendida ésta como la suma de individuos parecidos y anónimos, la empresa va a ser considerada entonces como una personificación de la nación concreta, real, de la nación que trabaja, de la nación que consume. Por ello, no será el Estado -representación impersonal de la nación, según Rousseau- a quien se encomendará la gestión de las empresas, sino a los productores y a los consumidores. Pero estas fuerzas sociales no serán

⁶¹ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 384.

⁶² Vid. en Suzanne Bastid, “Les Nationalisations et la Propriété Privée”, en *Etudes de Droit Contemporain*, Paris, 1959, Vol. IV, p. 100.

consideradas como conjuntos de individuos para el reclutamiento de sus representantes, sino como cuerpos organizados. No será, entonces, la voluntad de los individuos trabajadores o consumidores la que determinará la dirección de las empresas nacionalizadas, sino, al contrario, de las organizaciones representativas de ellos. Los miembros de los Consejos de Administración de las empresas públicas serán así designados por los organismos más representativos y no directamente por los trabajadores. Los sindicatos profesionales, los organismos de consumidores, designarán entonces sus representantes por partes iguales en los Consejos de Administración.⁶³

Así se constituirá la idea en Francia de la gestión tripartita de las empresas públicas que fue aplicada en todas las empresas nacionalizadas después de la liberación: Charbonnages de France, Electricidad de Francia, Gas de Francia, los bancos, los seguros, la Régie Nationale des Usines Renault, etc.⁶⁴ Como medida de socialización, el sistema de representación de los intereses de la colectividad en las empresas públicas francesas, tiene características peculiares que no se dan en esos términos en otro país, ya que la representación tiene lugar en el seno mismo de la organización de la empresa. En esta forma, ha dicho Robin, ni las Public Corporations inglesas, americanas y de los países del Commonwealth, ni la Öffentliche Austalt, la sociedad de economía mixta o la Sondervor-Mögen alemanas, ni las oficinas e institutos italianos, ni las empresas soviéticas, tienen nada que se aproxime a esta representación de intereses. En efecto, todas esas empresas públicas conocen bien la necesidad de conciliar ciertos intereses opuestos; ellas hasta han organizado con frecuencia una representación de intereses, pero esa representación está en el exterior de la empresa y no forma parte de su organización.⁶⁵

⁶³ Cfr. Maurice Robin, "Essai sur la Représentation des Intérêts dans l'Organisation des Entreprises Publique", *RDP*, 1967, N° 5, p. 834 y ss.; R. Drago, "Le Régime des Activités...", *loc. cit.*, p. 454; P. Du Pont, *L'Etat Industriel*, *cit.*, p. 86 y ss.

⁶⁴ Cfr. M. Robin, "Essai sur la Représentation des Intérêts"..., *loc. cit.*, p. 836; A. Delión, *L'Etat et Entreprises Publiques*, *cit.*, p. 151; B. Chenot, *Les Entreprises Nationalisées*, Paris, 1963, p. 106 y ss.

⁶⁵ *Vid.* M. Robin, "Essai sur la Représentation des Intérêts"..., *loc. cit.*, p. 831. *Vid.*, asimismo, Nos. 112 y 113.

Por otra parte, si bien la tendencia general, como medida de socialización, es la de permitir en los países de estructura capitalista la participación de los obreros en el interior de las empresas privadas, ello no ha sucedido igual en relación a las empresas públicas. En este sentido, en cuanto a la legislación comparada sobre participación de los obreros en las empresas privadas, pueden destacarse los siguientes ejemplos: En Europa, la ley del 11 de octubre de 1952 de la República Federal de Alemania establece el régimen de los Consejos de Empresas y la Coparticipación Administrativa; asimismo, algo similar prevé la ley del 27 de enero de 1950 sobre Organización Económica e Industrial de los Países Bajos. El decreto del 13 de junio de 1949 sobre los Consejos de Empresas, promulgado en Bélgica, establece

En todo caso, la gestión tripartita de las empresas públicas en Francia ha sido severamente criticada, ya que los incesantes conflictos de intereses que surgen en los Consejos de Administración, se oponen a la necesaria armonía que debe existir en los mismos.⁶⁶ De ahí que Robin haya catalogado la gestión económica de dichos Consejos como catastrófica⁶⁷ y que la Comisión de Verificación de Cuentas de las empresas nacionalizadas haya formulado el deseo de “mejorar la composición de los Consejos de Administración, renunciando a la fórmula estrictamente tripartita de repartición de cargos entre los representantes del Estado, de los usuarios y del personal”, y sustituyéndola por “el nombramiento de un número mayor de representantes del Estado o de representantes escogidos solamente en razón de su competencia general”.⁶⁸

la proporción de la representación de los trabajadores en la dirección de las empresas. En Noruega, Suecia y Dinamarca fueron instituidos los Comités de Empresa por medio de acuerdos directivos entre las Organizaciones de Patronos y de Trabajadores; estos acuerdos remontan al 7 de diciembre de 1945 en Noruega, al 30 de agosto de 1946 en Suecia y al 19 de septiembre de 1947 en Dinamarca. Las reglamentaciones mencionadas prescriben que estos organismos deben ser establecidos en todas las empresas que ocupen más de veinte trabajadores. Se trata de organismos paritarios y de carácter consultivo. En Suecia, el Comité de Empresa tiene facultades para investigar el Balance, la Cuenta de Ganancias y Pérdidas, así como los informes de la Dirección y de los verificadores de cuentas. De acuerdo con la legislación italiana y el ordenamiento jurídico vigente en Suiza, los Consejos de Empresa con representación de los trabajadores están subordinados a acuerdos voluntarios entre las partes interesadas. Desde 1958 en la India se han establecido en ciertas empresas, con carácter experimental y voluntario, Comités Mixtos de Empresas con igual número de representantes de la Dirección y del personal. En Israel, de acuerdo con una legislación reciente, además de los Comités Obreros y de los Consejos Mixtos de Productividad establecidos en diversas empresas, se han formado numerosas compañías con una participación paritaria de los trabajadores en los Consejos Mixtos de Dirección (*Vid.* estos datos en Informe de la Comisión de Asuntos Sociales acerca del Proyecto de Ley sobre Representación de los Trabajadores en los Institutos y Empresas del Estado (Primera discusión) Cámara de Diputados de Venezuela, de 31 de marzo de 1966, p. 4). Por el contrario, tal como se señala en el texto, en relación a las empresas públicas esta representación es menos frecuente, y en los países occidentales aparte de Francia y Venezuela quizás sólo en Túnez siguiendo la influencia francesa, de acuerdo con la ley del 14 de diciembre de 1960 y el decreto del 13 de enero de 1962, se establecen los Comités de Empresa en todas las actividades industriales, comerciales y agrícolas en las que tenga el Estado alguna participación.

⁶⁶ *Cfr.* R. Drago, “The Public Corporation in France”, en W. Fried-Man, *The Public Corporation: A Comparative Symposium*, *cit.*, p. 108 y ss., *cit.* por G. Langrod, “L’Entreprise Publique...”, *loc. cit.*, p. 225; T. R. Fernández Rodríguez, “Notas para un Planteamiento de los Problemas Actuales de la Empresa Pública”, *loc. cit.*, p. 119.

⁶⁷ *Vid.* M. Robin, “Essai Sur La Représentation Des Intérêts...”, *loc. cit.*, p. 838.

⁶⁸ *Vid.* en A. G. Delion, *L’Etat et les Entreprises Publiques*, *cit.*, p. 154.

112. Ahora bien, siguiendo la orientación general del Derecho Comparado, en Venezuela los grupos de intereses de la comunidad no tenían tampoco representación en el interior de las empresas públicas.

Recientemente, sin embargo, fue sancionada por las Cámaras Legislativas la ley sobre representación de los trabajadores en los institutos, organismos de desarrollo económico y empresas del Estado,⁶⁹ con lo que se viene a establecer definitivamente en todas las empresas públicas una representación obrera.

En todo caso, esta reciente ley venezolana sobre representación de los trabajadores en los Institutos, organismos de desarrollo económico y empresas del Estado, no prevé la representación paritaria de los obreros, sino que su artículo 1° establece solamente que “en los Directorios, Juntas Directivas o Administradoras, o Consejos de Administración de los institutos autónomos, organismos de desarrollo económico y empresas en las que el Estado tenga la totalidad o la mayoría de las acciones, habrá una representación de los trabajadores organizados”, debiendo señalarse que las previsiones de esta ley abarcan, no sólo los establecimientos o empresas existentes para el momento de su entrada en vigencia, sino también a los que en el futuro se crearen para la realización de actividades económico-sociales, debiendo preverse lo conducente en la ley que los organicen.⁷⁰

Aparte de ello, la representación laboral que prevé la ley, la ejercerá la confederación, federación o sindicato más calificado o de mayor importancia en la correspondiente rama industrial, y en el supuesto de que haya dudas sobre el organismo que deba ejercerla, el Ministerio del Trabajo establecerá, por resolución especial, a cuál confederación, federación o sindicato debe corresponder la representación.⁷¹ A los efectos de la designación del representante de los trabajadores, el órgano ejecutivo al cual esté adscrito el instituto solicitará, por mediación del Ministerio del Trabajo, de la confederación, federación o sindicato a quien corresponda, una lista de cinco ciudadanos, venezolanos por nacimiento o por naturalización y mayores de edad, de cuyo seno se designará un principal y un suplente. La referida lista podrá estar formada por trabajadores u otras personas idóneas que gocen de la confianza de los respectivos organismos

⁶⁹ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1032, Extraordinario, de 18 de julio de 1966. *Vid.* Allan R. Brewer-Carías, “La ley sobre representación de los Trabajadores en los Institutos, Organismos de Desarrollo Económico y Empresas del Estado”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, N° 4, Caracas 1966-1967, p. 199 y siguientes.

⁷⁰ Artículo 7° de la Ley.

⁷¹ Artículo 2° de la Ley.

sindicales.⁷² En todo caso, la ley faculta al Ejecutivo Nacional para exigir la presentación de una nueva lista, cuando a su juicio la presentada en primer lugar no reúna las condiciones requeridas por esta ley.

En todo caso, el representante laboral así designado, formará parte del órgano directivo en igualdad de condiciones que los demás miembros de ese organismo.⁷³

Debe indicarse, por último, que la ley no fija lapso de duración de las funciones del representante laboral. Sin embargo, señala que al ser removido en totalidad o en parte el Directorio, Junta Directiva o Administradora o Consejo de Administración de los establecimientos públicos y empresas donde exista la representación laboral, se procederá a renovar el representante de los trabajadores⁷⁴.

113. En Inglaterra, aun cuando no existe en el seno de las Public Corporations una representación de los interesados, como la había en el Port of London Authority, se han creado, sin embargo, comisiones o juntas asesoras de consumidores que tienen por finalidad prestar asesoramiento, redactar planes generales, hacer oír sus reclamaciones, llevar propuestas y presentar una memoria anual al Parlamento, con lo que defienden los intereses del consumo y refuerzan la fiscalización sobre dichas corporaciones.⁷⁵ Esta forma de representación de los intereses no afecta, como en Francia, la gestión de la corporación, y permite, al contrario, un control directo del consumidor bastante satisfactorio comparativamente con otros países,⁷⁶ aunque los actos de dichas juntas o cuerpos asesores no tengan fuerza vinculante para la corporación y las mismas carezcan de personalidad jurídica.⁷⁷

Por ejemplo, en la industria del carbón, existe una junta de consumidores de carbón en la industria, y una junta de consumidores de carbón en usos

⁷² Artículo 3° de la Ley. De acuerdo al Parágrafo Segundo de este artículo 3°, el Organo Ejecutivo tendrá un plazo no mayor de tres meses para solicitar dichas listas, y la designación del representante se hará en un lapso de treinta días a contar desde la fecha del recibo de la lista correspondiente. Aunque la Ley no refiere la oportunidad en que deba comenzar a contar el lapso de tres meses, se presume que es desde la promulgación de la misma, dado el lapso total de seis (6) meses a que se refieren los artículos 6, 10 y 11.

⁷³ Artículo 5° de la Ley.

⁷⁴ Artículo 9° de la Ley. Dicho artículo habla, en realidad, de que se debe proceder a designar la representación laboral. Entendemos, sin embargo, que la verdadera intención es la que debe procederse a renovar la referida representación, como lo señalaba el proyecto original.

⁷⁵ Cfr. L. López Rodó, "Las Empresas Nacionalizadas en Inglaterra", *loc. cit.*, p. 392; M. A. Flamme, "La Empresa Pública...", *loc. cit.*, p. 74.

⁷⁶ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 385.

⁷⁷ Cfr. L. López Rodó, "Las Empresas Nacionalizadas en Inglaterra", *loc. cit.*, p. 392; M. Robin, "Essai sur la Représentation des Intérêts...", *loc. cit.*, p. 839.

domésticos, compuestas ambas por representantes de los consumidores del National Coal Board, nombrados por el Ministro de la Energía y Combustible. Estas juntas asesoran al Ministro en las cuestiones relativas al abastecimiento de carbón y combustibles, pudiendo éste tomar, en consecuencia, las medidas que considere oportunas y, especialmente, dar al Consejo de Administración las instrucciones necesarias para remediar los defectos existentes. Cada junta tiene personal propio e informa anualmente al Parlamento. Análogas funciones de asesoramiento tienen el Central Transport Consultative Committee y los Comités Consultivos Regionales de usuarios del transporte, el Air Transport Advisory Council y las doce juntas consultivas regionales de Electricidad, así como las similares del Gas. Cada comité de electricidad y de gas tiene la obligación legal de mantener informada de sus planes y disposiciones a la Junta Regional respectiva, la cual puede, por su parte, dirigir al Consejo de Administración representaciones sobre el particular.⁷⁸

En todo caso, la opinión unánime en relación a estos Comités Consultivos es que han cumplido su cometido de manera muy limitada, estando sus resultados muy lejos de los que podían esperarse, lo que puede atribuirse, entre otras cosas, a la ignorancia de la mayoría de los consumidores en relación a su existencia.⁷⁹

Por otra parte, no sólo los consumidores pueden ejercer un control sobre las Public Corporations en Inglaterra, sino que también, en cierta medida, los obreros. En efecto, al lado de los Boards, igualmente están representados los trabajadores⁸⁰ y así, en todas las industrias nacionalizadas se ha establecido el método de la deliberación conjunta (Joint Consultation) entre la dirección y los obreros, en cumplimiento del mandato legal de crear organismos para la discusión de materias de interés común, incluida la eficacia del servicio de la corporación y la seguridad, sanidad y bienestar de sus empleados. En la industria minero-carbonera, por ejemplo, existe un Comité Consultivo en casi todas las minas y en los grados intermedios, y un National Consultative Committee presidido por el propio presidente del National Coal Board.⁸¹

114. Ahora bien, al contrario de lo sucedido en los grandes procesos de nacionalización de Europa occidental (Francia, Inglaterra), donde se previó en una u otra forma, la representación de grupos interesados en las empresas nacionalizadas con la posibilidad de ejercer un cierto control sobre las mismas, en la U.R.S.S. y en los países de Europa oriental, las leyes de nacionalización no

⁷⁸ Cfr. W. A. Robson «La Public Corporation en Gran Bretaña», *loc. cit.* p. 127; W. A. Robson, *Industria Nacionalizada...*, *cit.*, p. 237 y ss.; W.A. Robson, «Les Nationalisations en Grande-Bretagne», *loc. cit.*, p. 32 y 33.

⁷⁹ Cfr. W. A. Robson, *Industria Nacionalizada...*, *cit.*, p. 250; M. Robin, «Essai sur la Représentation des Intérêts dans l'Organisation des Entreprises Publiques», *loc. cit.*, p. 839.

⁸⁰ Cfr. M. Robin, «Essai sur la Représentation des Intérêts»..., *loc. cit.*, p. 840.

⁸¹ Cfr. W. A. Robson, «La Public Corporation en Gran Bretaña», *loc. cit.*, p. 128.

prevén la participación del consumidor en la organización de las empresas del Estado. Sin embargo, señala K. Katzarov, dentro de un sistema socialista, el control administrativo y jerárquico es total y por ese medio es como se ejerce el control del consumidor; en vista de que, en un régimen de nacionalización total, el interés particular del productor se ha eliminado, se espera y se supone que éste -es decir, la empresa del Estado- no tiene ningún interés en perjudicar al consumidor.⁸²

En cuanto a la posibilidad de los obreros de intervenir en el control de la actividad de la empresa, si bien en los países socialistas generalmente las leyes de nacionalización guardaron silencio a este respecto,⁸³ es necesario destacar el ejemplo de Polonia, donde el personal de las empresas del Estado tiene el derecho de participar directamente en la gestión de la empresa. En efecto, como se ha visto,⁸⁴ los órganos de autogestión obrera funcionan en virtud de la ley, y sus funciones consisten fundamentalmente en decidir sobre los asuntos más importantes de la empresa, en ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad del director de la misma, y en organizar la realización de las tareas económicas y socioculturales.⁸⁵

En esta forma, la autogestión obrera es una de las formas del desarrollo y del ensanche de la democracia socialista, y constituye una base para coordinar la actividad de las diferentes organizaciones obreras que funcionan en el interior de la empresa. Los órganos de la autogestión representan los intereses del personal en materia de producción y en materia social. El órgano supremo de la autogestión es, de acuerdo con la legislación en vigor, la “Conferencia de la autogestión obrera”, compuesta por los miembros del consejo obrero -elegidos directamente por el personal-, por miembros del consejo del establecimiento, elegidos por los trabajadores que pertenecen a los sindicatos, y por miembros del comité ejecutivo de la organización del Partido. Por otra parte, corresponde a la conferencia de la autogestión obrera, la dirección y la coordinación de la actividad de otros órganos de la autogestión obrera (consejos obreros de la empresa), las decisiones en los asuntos esenciales de la empresa y principalmente, el control y la vigilancia ejercidos en relación con la dirección de la misma y de los otros órganos de la autogestión obrera.⁸⁶

⁸² Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 384.

⁸³ Cfr. K. Katzarov, *op. cit.*, p. 388. Puede verse una excepción en Checoslovaquia: *Vid.* N° 66.

⁸⁴ *Vid.* N° 66

⁸⁵ Cfr. Z. Rybicki, “Le Regime des Activites... », *loc. cit.*, p. 268.

⁸⁶ Cfr. Z. Rybicki, “L'Entreprise Publique dans le Système Polonais de l'Economie Planifiée”, *loc. cit.*, p. 318 y 319.

En la U.R.S.S., por otra parte, puede destacarse el control ejercido por el comité sindical de la respectiva fábrica, el cual se aplica en cumplimiento del acuerdo colectivo de trabajo, y que tiene por objeto vigilar los gastos del “fondo del director”, la recta aplicación de las escalas de sueldos y las disposiciones del Código del Trabajo que afectan al bienestar de los obreros, condiciones sanitarias y seguridad técnica. Este control se lleva a cabo por “inspectores públicos” elegidos por las organizaciones sindicales, aun cuando éstas celebran periódicas “conferencias de producción”, donde se exponen los planes a ejecutar y se denuncian las posibles irregularidades de la administración de la fábrica.⁸⁷

Debe destacarse, por último, que a través del mecanismo del autogobierno de los productores que se ha establecido en Yugoslavia,⁸⁸ estando la gestión de la empresa materialmente en manos de los obreros y empleados, a través de los consejos obreros y los comités de gestión, éstos ejercen, junto con la gestión, el control respectivo.⁸⁹

⁸⁷ Cfr. R. Fernández-Carvajal, “Las Empresas Públicas en Rusia” *Loc. cit.*, p. 455; A. Denisov et M. Kirichenko, *Derecho Constitucional Soviético*, *cit.*, p. 105.

⁸⁸ *Vid.* N° 72.

⁸⁹ Cfr. Jovan Djordjevich, *Yugoslavia, Democracia Socialista*, *cit.*, p. 67; S. Grozdanic, “Administrative Management...”, *loc. cit.*, p. 47 y ss.; Nikola Stjepanovic, “Les Nationalisations et l' évolution de la gestion de l' économie en Yougoslavie”, *loc. cit.*, p. 280 y ss.

CUARTA PARTE

CONCLUSIONES

“Il ne faut pas avoir peur, lorsque le besoin s’en fait sentir, d’analyser de façon réaliste les données juridiques nouvelles et de constater la naissance de nouvelles catégories juridiques”. Georges Vedel, “Le Régime des Biens des Entreprises Nationalisées”, en Le Fonctionnement des Entreprises Nationalisées en France (Travaux du 3e. Colloque des Facultés de Droit), Paris, 1956, p. 192.

115. Realizado el anterior análisis comparativo sobre el régimen de las actividades industriales y comerciales de los poderes públicos, podemos señalar las siguientes conclusiones:

a) Es una realidad generalizada en el Derecho Comparado la creciente intervención del Estado en la vida económica a través de la constitución de empresas públicas, no sólo en los regímenes de economía planificada, sino también en aquellos de estructura liberal, y dentro de éstos, no sólo en aquellos en vías de desarrollo, sino también en los altamente industrializados.

b) Esta nueva realidad de la actividad económica del Estado no encaja jurídicamente dentro de ninguna de las categorías tradicionales de las formas de la actividad administrativa (policía, fomento y servicio público), por lo que, antes de deformar alguna de esas categorías tratando de abarcar la actividad económica del Estado, o abandonar su consideración a favor del llamado Derecho Económico, sería preferible admitir como una cuarta forma de la actividad administrativa, la de gestión económica, como ha sido propugnada específicamente por la doctrina española (Villar Palasí, García de Enterría).

c) El régimen de las actividades industriales y comerciales del Estado, si bien desde el punto de vista interno es variable en cuanto a la aplicabilidad del Derecho Público y Derecho Privado, presenta la

característica común de estar regido en su aspecto externo casi exclusivamente por normas de Derecho Privado.

d) Aun cuando, en general, la variabilidad de las formas jurídicas utilizadas por el Estado para desarrollar su actividad económica es evidente, sería recomendable que los diversos sistemas jurídicos propugnaran una reorganización de dichas formas, pensando quizás en la posibilidad de la adopción de una forma única para la realización de esas actividades, ni enteramente pública ni enteramente privada, dejando las formas públicas (establecimiento público) para la sola realización de actividades de servicio público. En este sentido, las Public Corporations británicas y las Empresas del Estado de los países socialistas bien podrían, con las necesarias correcciones, servir de modelo.

e) Es necesario, asimismo, reorganizar los variados y dispersos mecanismos de control que han sido instituidos más como remedio a una situación jurídicamente nueva y hasta anormal que como medio efectivo para lograr un verdadero control del Estado, y, en su caso, de los grupos de intereses de la comunidad. Actualmente no es exagerado afirmar, como lo hace R. Drago que, si todos los mecanismos de control previstos en los diversos sistemas se aplicaran efectivamente, se paralizaría por completo la actividad de las empresas públicas.

LIBRO SEGUNDO:
**ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO EN EL
DERECHO COMPARADO:**
REGIONALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN

Sección Primera: LA REGIONALIZACIÓN EN MATERIA ECONÓMICA EN EL DERECHO COMPARADO (1974)

Este texto es el de la Ponencia General que redacté para el IX International Congress of Comparative Law, celebrado en Teherán, en Septiembre de 1974, sobre el tema de la *Regionalization in Economic Matters in Comparative Law* (“La regionalización en materia económica en el derecho comparado”), publicado en *Rapports Généraux au IXe Congrès International de Droit Comparé, Teherán 1974, Bruselas 1977*, pp. 669-696.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas de mayor actualidad y universalidad en el campo del derecho público comparado del mundo contemporáneo es, indudablemente, el que se refiere al proceso de regionalización en el interior de los Estados, originado básicamente por motivos económicos.¹ En efecto, puede decirse que

¹ De allí que dentro de los temas de derecho público discutidos en el IX Congreso Internacional de Derecho Comparado de Teherán, de 1974, se haya escogido el de “*La Regionalización en materia económica*”. Este tema, indudablemente que abre un campo de enorme interés para el estudio comparativo, debido a la multiplicidad de soluciones adoptadas o en curso de adopción por los diversos países y sistemas jurídicos. Para la elaboración de esta Ponencia General destinada a dicho Congreso como Ponente General sólo recibí las siguientes Ponencias Nacionales, indicadas por orden alfabético de países: Alemania: *Regionalization in economic matters* (original en alemán), 33 pp. por el profesor doctor iur Reiner Schmidt, Universitat Augsburg; Bélgica: *Le Compromis Regional* (original en francés) por el profesor Francis Delpérée, Université de Louvain; EE.UU.: *Compacts: A*

particularmente en las últimas dos décadas, todos los Estados del mundo contemporáneo han sentido, en una u otra forma, los defectos y conflictos que surgen de las contradicciones e inadecuaciones de las estructuras administrativas nacionales y locales frente a las exigencias del proceso económico. Ello, en el ámbito nacional, ha producido un tremendo y prolongado esfuerzo englobado dentro de lo que se ha denominado la “reforma administrativa”, la cual no sólo ha tenido sus impactos en la mayoría de los países industrializados, sino que ha adquirido gran importancia y actualidad en los países en vías de desarrollo.² En éstos, una de las principales motivaciones de la reforma administrativa ha sido, precisamente, las exigencias planteadas a las instituciones estatales por los esfuerzos de planificación económica y social.³

Pero indudablemente que el problema de la inadecuación de las instituciones administrativas y políticas frente a las exigencias de la planificación, de la política económica o de los procesos de desarrollo, tanto en los países desarrollados como en vías de desarrollo, ha surgido aún más patentemente en el ámbito regional y local. Las divisiones político-territoriales tradicionales e históricas, como regla general, no surgieron ni se configuraron con vistas a las exigencias de aquellas políticas económicas o de desarrollo, y por tanto, en la mayoría de los países, se presentan como un nivel inadecuado no sólo de coordinación administrativa, sino de ejecución de determinadas actividades del Estado, además de ser insuficientes como niveles de planificación e inapropiadas para un proceso de descentralización administrativa. La búsqueda

Study of Interstate Agreements in the American Federal System (original en inglés), 112 pp, por el profesor W. M. Reisman, Yale Law School y Gary J. Simson, Yale Law School; Italia, *Economic Regionalization* (original en inglés), 13 pp, por el profesor Sabino Cassese, Università degli Studi di Urbino, y *Regional Regulatory Power in the Field of Land use* (original en inglés), 10 pp. por el profesor Paolo Tesauro, Università di Napoli; Polonia: *Regionalization in Economic Matters* (original en inglés), 53 pp., por el profesor Zygmunt Rybicki, University of Warsaw, y Venezuela: *La Regionalización en Materia Económica* (original en español), 27 pp., por Norma Izquierdo de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República. Por ello, siendo indispensable la referencia comparativa a otras importantes y muy interesantes experiencias de regionalización, debí haber acudido a otras fuentes, que se indican en las notas sucesivas.

² Véanse, por ejemplo, los interesantes documentos del *Seminario Internacional de las Naciones Unidas sobre Grandes Reformas Administrativas en los países en vías de desarrollo* (Palmer, Brighton, Oct.-Nov. 1971), 2 Vol, New York 1973; y la colección de textos editada por Yves Chapel, *Strategies et tactiques de la Modernisation de l'Administration Publique dans les pays en development*, Bruxelles, 1972. Una completa selección bibliográfica sobre el tema puede consultarse en *Administrative Reform and Development*, ENAP, Madrid, 1970.

³ Cf. por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, *Reforma Administrativa y desarrollo económico y social en Venezuela*, Caracas 1970, y en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XXXVI, N° I, 1970, pp. 1 y ss.; y Alejandro Carrillo Castro, *La Reforma Administrativa en México*, México, 1973.

de adecuados niveles espaciales para la planificación económica y social, la ordenación del territorio, la planificación urbana, y la coordinación, desconcentración y descentralización administrativa, han provocado entonces el surgimiento de la Región y de los ámbitos regionales como aquellos niveles óptimos. En este sentido, el fenómeno, indudablemente, es un fenómeno universal.⁴

Pero la Región y la regionalización como proceso, es indudable que no se agota en el mundo contemporáneo en la sola regionalización en materia económica. Si bien es cierto que en el origen del regionalismo contemporáneo estuvieron las exigencias económicas y de la planificación, hoy por hoy, los requerimientos económicos han venido siendo acompañados de aspectos administrativos -regionalización administrativa- y de aspectos políticos -regionalización política-. En otras palabras, la realidad ha demostrado que los avances en el proceso de regionalización económica, inevitablemente ha dado origen en la mayoría de los países y en mayor o menor grado, a la urgencia de complementarlo con el establecimiento de una administración regional y con la tendencia a institucionalizar una representación popular en la Región.⁵ La regionalización económica, en este sentido, se ha convertido en un proceso estrechamente vinculado a la regionalización administrativa y a la regionalización política, aun cuando, indudablemente, separable de éstas. Por ello, a los efectos de este estudio sobre la regionalización en materia económica en el derecho comparado, no sólo se estudiará la problemática jurídica de la regionalización económica (Capítulo II), sino también la problemática jurídica de la regionalización administrativa (Capítulo III) y de la regionalización política (Capítulo IV), que le son, en cierta forma, consecuencias.

II. LA REGIONALIZACIÓN ECONÓMICA

1. *La influencia de la economía en el derecho*

Hoy puede considerarse como un fenómeno universal, particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, tanto en los países capitalistas como socialistas o en los países desarrollados o subdesarrollados, el de la progresiva intervención del Estado en la vida económica y social.⁶ Todas las actividades

⁴ V., por ejemplo, en relación a Europa, E. Kalt (ed.), *Regional Planning and Regional Government in Europe*, IULA, The Hague, 1971.

⁵ Cf. Chi Yi Chen y Ramón Martín Mateo, *Aspectos Administrativos de la Planificación*. El Sistema Venezolano, Caracas, 1973, p. 35.

⁶ Cf. Allan R. Brewer-Carías, "Le Régime des Activités Industrielles et Commerciales des Pouvoirs Publics en Droit Comparé", en *Rapports Generaux au VII Congrès International de Droit Comparé*, *Acta Instituti Uppsaliensis Jurisprudentiae Comparative*, Stockholm - Uppsala, 1968, pp. 484 y ss.

privadas se encuentran ahora, al menos, bajo la sombra del Estado,⁷ quien ha asumido, en mayor o menor grado el papel de actor en el proceso económico o de desarrollo económico. Esta presencia del Estado y de lo económico en el mundo contemporáneo, particularmente con motivo de la utilización de las técnicas planificadoras, ha provocado la ruptura de los moldes clásicos del derecho privado y la transformación del papel del derecho público.⁸ La economía y sus técnicas derivativas aplicadas a la política del Estado, han tenido, por tanto, una influencia decisiva sobre el derecho, hasta el punto de que comienza ahora a analizarse a éste, no como el resultado de los cambios sociales, sino como un agente para provocar dichos cambios.⁹

En el campo regional, han sido indudablemente las técnicas planificadoras las que mayores exigencias han venido planteando al derecho durante las últimas décadas. En este sentido, por ejemplo, ha venido surgiendo un derecho propio para la localización de las actividades económicas en el marco de toda la geografía de un país, y particularmente, un derecho para la ordenación del territorio. El desarrollo de la planificación como técnica de ordenación de la vida económica nacional, ha provocado paulatinamente la exigencia de una previa ordenación del territorio sobre el cual el Plan debe actuar,¹⁰ e íntimamente vinculado a este proceso de ordenación territorial, han surgido las exigencias regionalizadoras.

2. *Los conflictos entre las exigencias de la administración contemporánea y las divisiones político-territoriales tradicionales*

Las técnicas de planificación y ordenación territorial desarrolladas durante las últimas décadas han provocado en el mundo contemporáneo un conflicto, generalmente irreconciliable, entre las exigencias de las Administraciones Públicas y las divisiones político-territoriales tradicionales. Estas, en general, han sido el resultado de un largo proceso de evolución histórico-política, al margen del cual estuvo cualquier consideración de orden económico; y por tanto, al pretender el Estado utilizar nuevas técnicas de ordenación económica, se ha encontrado generalmente, con la insuficiencia de aquellas divisiones territoriales

⁷ Según la expresión de Ralph Miliband, *The State in a Capitalist Society*, London, 1971, p. 3.

⁸ Cf. Wolfgang Friedmann, *Law in a changing society*, London 1972; Allan R. Brewer-Carías, *Derecho y Desarrollo*, Caracas, 1971.

⁹ Cf. Yehezkel Dror, "Law and Social Change", en Vilhelm Aubert (ed), *Sociology of Law*, London, 1972, pp. 90 y ss.

¹⁰ Cf. Antonio Risco Salanova, "Regionalismo y Planificación: la Experiencia Francesa", en Sebastián Martín-Retortillo y otros, *Descentralización Administrativa y Organización Política*, Tomo III, Madrid, 1973, pp. 24 y ss.

tradicionales para un adecuado funcionamiento del sector público.¹¹ Aparece entonces, hoy, como una exigencia en el derecho comparado, la necesaria búsqueda y formulación de nuevos instrumentos jurídicos para organizar y ordenar las actividades del sector público y la vida económica y social de los Estados, en una escala territorial diferente a aquella delimitada por las divisiones político-territoriales tradicionales.¹² En esta forma, es indudable que, tanto en los países socialistas como capitalistas, el conflicto entre la utilización de técnicas y políticas económicas como la planificación y la ordenación territorial, que exigen niveles territoriales óptimos de coordinación y ejecución, y la existencia para ello de los niveles territoriales tradicionales o históricos, se ha resuelto en el establecimiento de niveles intermedios, a los cuales se ha denominado Región. La regionalización económica ha surgido entonces por la insuficiencia de las Administraciones locales tradicionales para desempeñar adecuadas funciones dentro de un contexto planificador;¹³ insuficiencia que, dicho sea de paso, también ha provocado la reforma misma del régimen local.¹⁴

Por supuesto que la situación de la división político-territorial tradicional y de la Administración local varía según cada país; sin embargo, algunas características generales pueden determinarse. En primer lugar, la existencia de una multitud de entidades locales municipales del último nivel, cuyo ámbito territorial presenta claras características de insuficiencia como término de referencia o área para la planificación y la ordenación del territorio.¹⁵ En segundo lugar, la existencia de niveles intermedios de gobierno local, sea de dos escalones, como existía hasta años recientes en algunos países socialistas¹⁶ y todavía existe en la República Democrática Alemana, Checoslovaquia, Polonia

¹¹ Zygmunt Rybicki, *Regionalization in Economic Matters*, Warsaw 1973, *cit.*, pp. 1, 2, 3 y 23. Norma Izquierdo, *La regionalización en materia económica*, Caracas, 1974, *cit.*, pp. 11 y ss.

¹² V., *Idem*, p. 49.

¹³ V., Sebastián Martín-Retortillo Baquer, “El Tema de la Descentralización y sus relaciones con la planificación económica”, en S. Martín-Retortillo y otros, *op. cit.*, Tomo III, pp. 146 y ss.; Tomás-Ramón Fernández, “La Provincia como Corporación: las Diputaciones Provinciales”, en S. Martín-Retortillo y otros, *op. cit.*, Tomo III, pp. 528 y 529.

¹⁴ Tal como se deduce, por ejemplo, de los fundamentos de la reforma del régimen local en Inglaterra: Cf. Lord Redcliffe-Maud (Chairman), *Local Government Reform, Report of the Royal Commission on Local Government in England*, Vol. I, London 1969 (Cmnd. 4040); y *Local Government in England. Government Proposals for Reorganization* (White Paper), London, 1973 (Cmnd. 4584).

¹⁵ Cf. Zygmunt Rybicki, *Regionalization in Economic Matters*, *cit.*, pp. 9 y ss.; E. Kalk (ed), *op. cit.*, p. 54; Norma Izquierdo, *La Regionalización en materia económica*, *cit.*, p. 13.

¹⁶ Bulgaria en 1959, Rumania en 1968 y Yugoslavia en 1970 han cambiado el sistema de gobierno local de tres niveles a dos niveles. V., Zygmunt Rybicki, *Regionalization in Economic Matters*, *cit.*, p. 11.

y Hungría;¹⁷ sea de un solo escalón, como existe en los Estados Federales;¹⁸ y en tercer lugar, la existencia de una tendencia centralizadora en la conformación de los niveles nacionales de gobierno.¹⁹ En todo caso, y en relación a los niveles locales de gobierno, sean de tres escalones o dos escalones, tal como generalmente existen en el derecho comparado, la característica general de los mismos en su no coincidencia con las áreas óptimas de planificación y coordinación definidas por los niveles nacionales. Ello ha conducido a la formulación de la región como ámbito económico, que la mayoría de las veces no coincide territorialmente con los niveles tradicionales de gobierno local.

3. *La regionalización como exigencia de la política y planificación económica*

La regionalización como exigencia de la política y planificación económica, en esta forma, ha surgido en el mundo contemporáneo con un signo distinto al regionalismo tradicional de base o índole política. El “nuevo regionalismo” o regionalismo económico no presupone ni conlleva en sí mismo la creación de entes territoriales nuevos ni proceso alguno de descentralización territorial;²⁰ se trata, al contrario, de una demarcación espacial del territorio nacional superpuesta a la división político-territorial tradicional, a la cual no sustituye, determinada en base a puros criterios técnico-económicos ligados a la planificación y a la ordenación territorial. En esta forma, no se puede ni debe confundir el regionalismo económico con la descentralización territorial;²¹ ésta presupone la configuración de órganos políticos de representación popular, en tanto que aquélla es una técnica para lograr una mayor eficacia de la Administración Central.

Ahora bien, desde el punto de vista de la región económica, el establecimiento de las mismas resulta de la conjunción de una serie de factores físicos (naturales, geográficos, hidráulicos, demográficos, urbanos, etc.) procesados a través de las técnicas de planificación y de ordenación del territorio, con vistas al logro de niveles de bienestar y desarrollo más o menos equilibrados en toda la extensión del territorio de un país. La regionalización económica en muchos casos ha sido definida con carácter de generalidad para todo un país; y

¹⁷ *Idem*, pp. 12 a 15.

¹⁸ V., Reiner Schmidt, *Regionalization in Economic Matters*, *cit.*, p. 3; Norma Izquierdo, *La Regionalización en materia Económica*, *cit.*, p. 21

¹⁹ Cf. E. Kalk (ed.), *op. cit.*, p. 54; Lord Kilbrandon (Chairman), *Royal Commission on The Constitution 1969-1973*, Vol. I, Report, London, 1973 (Cmnd. 5460), pp. 87 y ss.

²⁰ V., S. Martín-Retortillo y J. Salas, H. “El nuevo «Regionalismo» y la llamada regionalización de la planificación económica”, en S. Martín-Retortillo y otros, *op. cit.*, pp. 220.

²¹ Cf. Luis Cosculluela Montaner, “La Región”, en S. Martín-Retortillo, *op. cit.*, p. 316.

en otros, ha respondido a criterios selectivos. En el primer supuesto, por ejemplo, se puede ubicar el proceso de regionalización económica para la planificación definida en sus orígenes, en las experiencias de Francia, Bélgica e Italia;²² la regionalización para la planificación económica y social seguida en los países socialistas;²³ la definición de las Regiones de Planificación Económica en Gran Bretaña,²⁴ y la definición inicial del proceso de regionalización en Venezuela en el año 1969.²⁵

Pero en otros supuestos, no se efectuó una demarcación regional general de todo un país, para el inicio de una acción económica regional; y al contrario, se realizaron acciones más o menos inmediatas con carácter selectivo. Hasta cierta forma, estas acciones configuran los inicios de las políticas de regionalización en el mundo contemporáneo; y entre ellas se pueden destacar: el establecimiento, en la década de los treinta, de la Compagnie National du Rhone en Francia; de las “Development and Improvement Special Areas” en Inglaterra; y de la Tennessee Valley Authority en *ee.uu.*; y después de la Segunda Guerra Mundial, de la Cassa per il Mezzogiorno en Italia, de la Superintendencia de Desenvolvimiento del Nordeste (Sudene) en Brasil y de la Corporación Venezolana de Guayana en Venezuela.²⁶

En todo caso, y en virtud del desarrollo y extensión de las técnicas planificadoras en casi todos los países del mundo occidental, puede decirse que la regionalización económica, como técnica de demarcación del territorio nacional con fines de planificación y ordenación del territorio, es hoy practicada en todas partes.

Pero indudablemente, la regionalización, originalmente de carácter exclusivamente económico, ha ido transformándose hasta el punto de que hoy por hoy ya casi no se encuentran experiencias de un regionalismo económico puro. Hoy por hoy, es normal encontrar en la mayoría de los países muestras de regionalismo administrativo en las más variadas formas, e inclusive de regionalismo político, o al menos, estudios y proyectos para su establecimiento. Las expectativas puestas en la regionalización económica concebida bajo las solas orientaciones planificadoras, han derivado en general, en la búsqueda de adecuadas fórmulas administrativas, diferentes a las administraciones tradicionales, tendientes a “administrar” el nuevo ámbito espacial, y en algunos casos, a consolidar vías de participación y representación popular en la nueva

²² Cf. Maurice Burjol, *Les Institutions Regionales de 1789 à nos jours*, París 1969, pp. 230; Francis Delpérée, *Le compromis Regional*, Louvain 1974, *cit.*, p. 11; y Sabino Cassese, *Economic Regionalization*, Roma, 1974, *cit.*, p. 1.

²³ V., Zygmunt Rybicki, *Regionalization in Economic Matters*, *cit.*, pp. 23 y ss.

²⁴ V., T. Brennan, *Politics and Government in Britain*, Cambridge, 1972, pp. 212 y ss.

²⁵ V., Norma Izquierdo, *La regionalización en materia económica*, *cit.*, p. 24.

²⁶ Cf. Chi Yi Chen y Ramón Martín Mateo, *cit.*, p. 29

división territorial. Por ello no hay duda en que la regionalización administrativa y la regionalización política pueden considerarse, en muchos casos, como los derivados lógicos de la regionalización económica.

III. LA REGIONALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

1. *El impacto de la planificación regional en la administración pública*

El desarrollo y utilización de las técnicas de planificación y de política regional por los niveles nacionales, ha producido, generalmente, la necesidad de un reajuste, acomodo o redefinición de los organismos de la Administración Pública que actúan en los niveles regionales. Las instituciones de la Administración Pública Centralizada, ante las nuevas demarcaciones espaciales determinadas para la planificación económica y social, progresivamente han tenido que irse adaptando a las “regiones” para asegurar una adecuada ejecución de los planes de desarrollo. Por ello, indudablemente que la regionalización económica ha provocado la búsqueda de una regionalización administrativa y en muchos casos, de una administración regional.²⁷

Pero el impacto de la planificación regional no sólo se ha hecho sentir a nivel de la Administración Pública Nacional, sino que también ha provocado reajustes y reformas en la Administración local tradicional, con vistas a su adaptación al nuevo ámbito regional, y eventual participación en la administración regional. Por ello, la regionalización administrativa como fenómeno de la administración y del Derecho Administrativo comparados, debe enfocarse analizando separadamente su significado, en el ámbito nacional y en el ámbito local.

2. *La región en el ámbito de acción de la administración central*

A. *La regionalización de la Administración Pública Nacional*

La configuración de la Administración Pública en todos los países contemporáneos es sabido que es el resultado de un largo proceso de crecimiento, generalmente desordenado, provocado por la sucesiva asunción por parte del Estado, de tareas que antes no tenía encomendadas, es decir, provocado por el progresivo intervencionismo estatal en la vida económica y social. Como resultado de ese proceso de crecimiento, y como medio para el cumplimiento de las diversas actividades a cargo de las variadas instituciones administrativas nacionales, éstas fueron creando aisladamente sus propias demarcaciones espaciales. En esta forma, es o ha sido general en casi todos los países, en los

²⁷ Cf. P. Viot, “Through regional planning towards regional administration”, en E. Kalk (ed.), *op. cit.*, pp. 83 y ss.

inicios del proceso de regionalización económica, la constatación de la incompatibilidad de las regiones de planificación, con las áreas, zonas o demarcaciones espaciales de las diversas administraciones de educación, salud, seguridad social, obras públicas, policía, etc. Por ello, todo proceso de regionalización económica ha implicado un paralelo proceso de reconciliación entre las áreas o zonas de acción de las diversas administraciones nacionales;²⁸ y muchas veces, como fue el caso de Venezuela, el proceso de regionalización administrativa se inició por esta exigencia de adaptación de los organismos de la Administración central a la delimitación regional general formulada a los efectos del sistema de planificación regional.²⁹ Sin embargo, y aun cuando este proceso de adaptación no se extienda a ciertas actividades como la de administración de los recursos hidráulicos, que tienen su regionalización propia,³⁰ o en general, aún esté por lograrse completamente en la mayoría de los países,³¹ es indudable que el proceso de regionalización de la Administración Pública que surge como consecuencia de la regionalización económica, no se agota allí. La consecuencia lógica y necesaria de la uniformización de la acción de las diversas instituciones administrativas nacionales a nivel de regiones generalmente establecidas, es la coordinación de la actuación regional de ellas con vista a lograr la adecuada ejecución de los planes.

B. *La coordinación de la acción de la Administración Central a nivel de la región*

En efecto, es indudable que planteado y adoptado un esquema de regionalización económica a los efectos de la planificación, las tareas de ejecución de los planes a escala regional exige una actuación concreta de las diversas administraciones nacionales a escala regional. Para que ella sea efectiva, resulta que no basta ciertamente que todas o casi todas las instituciones nacionales definan áreas o zonas espaciales de acción coincidentes con las regiones de planificación, sino que la actuación de todas estas instituciones debe responder a una misma política regional. La regionalización económica y su secuela en el campo administrativo, plantea inevitablemente, por lo tanto, la búsqueda de adecuados mecanismos de coordinación administrativa a nivel de regiones. En este campo, el derecho y la administración comparada muestra la

²⁸ Cf. David Donnison, "The Economics and Politics of the Regions", en *The Political Quarterly*, Vol. 45, N° 2, April-June 1974, p. 185; Luis Cosculluela Montaner, *loc. cit.*, pp. 333 y ss.

²⁹ V., Cordiplan. Sistema Nacional de Planificación Regional, *Caracas, 1972*; Comisión de Administración Pública, *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, Caracas, 1972, Vol. I, pp. 400 y ss.

³⁰ Coplanarh, Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos, *Caracas, 1971*.

³¹ Cf. David Donnison, *loc. cit.*, p. 185; A.F. Leemans, "Organizing the Regions" en *Public Administration*, Vol. 47, autum 1969, p. 367.

utilización de los más variados mecanismos de coordinación, y quizás dentro de los más acabados, deben destacarse los de ciertas regiones de Gran Bretaña. Para Irlanda del Norte, Escocia y Gales, existen en el gabinete británico, tres Secretarios de Estado, uno para cada región, a cuyo cargo está la conducción de las funciones ejecutivas nacionales en la región,³² aun cuando en el Informe de la *Royal Commission on the Constitution 1969-1973* se sugirió la designación de un Ministro para cada región dentro del Departamento del Ambiente.³³ En las experiencias regionalizadoras europeas, otra figura que debe destacarse en virtud de sus funciones básicamente coordinadoras a nivel regional, es la del Prefecto de Región creado en Francia con la reforma administrativa de 1964 y que ha continuado con el mismo carácter de Prefecto coordinador en la Ley de 1972 sobre creación y organización de regiones.³⁴

En América Latina, quizás la experiencia de mayor interés en el campo de la coordinación regional es la figura de los Comités Regionales de Gobierno creados en Venezuela a nivel de cada una de las ocho regiones en que se dividió el país. Si bien dichos Comités son presididos por uno de los Gobernadores de los Estados Federados que integran cada región, en realidad, en dichas funciones actúan como agentes del Poder Nacional; correspondiendo a dichos Comités “coordinar la ejecución de la política nacional de desarrollo y de ordenación territorial, conforme a lo establecido en el Plan de la Nación y a los señalamientos que haga al respecto el Presidente de la República”.³⁵

Ahora bien, todos los esquemas puramente administrativos de regionalización, surgidos por la presión de las exigencias económicas de la planificación nacional, si bien en muchos casos han conducido a un proceso de desconcentración del poder nacional hacia las regiones, como ámbito espacial de acción más o menos uniforme, por lo general no han conducido a la realización de un verdadero proceso de descentralización territorial hacia la región, o de regionalización política. En esta forma, hay que reconocerlo, la regionalización económica y administrativa y sus consecuencias desconcentradoras, en realidad, antes que haber atenuado la centralización estatal, político-administrativa, muchas veces la han perfeccionado y hasta consolidado. De allí el peligro del neo-regionalismo económico y administrativo: que frente a una fachada desconcentradora, que no por ello no es necesaria, se olviden las exigencias descentralizadoras de carácter territorial. Conviene, por tanto, analizar, como parte de las experiencias de regionalización administrativa, los esfuerzos desconcentradores de la Administración Central hacia las regiones.

³² Cf. Lord Kilbrandon (Chairman), *Royal Commission on the Constitution 1969-1973*, cit. Vol. I, pp. 28, 41 y 55

³³ *Idem*, Vol. I, pp. 302 y ss.

³⁴ Cf. Maurice Bourjol, *op. cit.*, p. 328. Antonio Risco Salanova, *loc. cit.*, p. 60.

³⁵ V., Artículo 5, 1 del Reglamento de Regionalización Administrativa, dictado por Decreto N° 929 del 5 de abril de 1972.

C. *La desconcentración de la Administración Central hacia la región*

Es indudable que uno de los signos generales de la Administración Pública contemporánea es el alto grado de concentración de poderes que se ejercen en los niveles centrales del gobierno. Por ello, ha sido una consecuencia inevitable de todo esfuerzo regionalizador, el tratar que los asuntos regionales de la Administración Central se decidan a nivel de región y no en la sede del Gobierno Nacional. De allí que, paralelamente a la uniformización del ámbito de acción regional de las instituciones administrativas nacionales y a la exigencia de coordinación a nivel de región de la actuación de éstas, haya surgido la necesidad de que las administraciones centrales delegaran la decisión de los asuntos regionales a sus dependencias regionales. Y no hubiera podido ser de otro modo, pues sin un mínimo poder de decisión a nivel de las delegaciones regionales del poder central, los intentos coordinadores no hubieran tenido objeto. Se coordina a quienes pueden decidir, administrativamente hablando; de lo contrario no se pasaría de contactos y relaciones administrativas, sin mayor efectividad.

De allí que pueda decirse que, en todo proceso de regionalización administrativa, ha habido inevitablemente, en mayor o menor grado, una presión por hacer efectiva una delegación o desconcentración administrativa hacia las regiones. En cierta forma, la delegación de atribuciones nacionales hacia las regiones se efectuó con cierta generalidad en la experiencia francesa de la década de los sesenta, al atribuirse al Prefecto de Región cierta preeminencia sobre los jefes de servicios. Por ello, se ha dicho que el Prefecto de Región, al tener cierta autonomía para todo lo relativo a “la puesta en práctica de la política del Gobierno concerniente al desarrollo económico y a la ordenación del territorio de su circunscripción”,³⁶ ha pasado a ser algo más que un Prefecto coordinador, como “único depositario en el departamento, de la autoridad del Estado”³⁷. Pero la delegación o desconcentración regional no sólo aparece hecha hacia una autoridad regional desconcentrada, como ha sucedido en Francia, sino que en general, la desconcentración administrativa ha sido múltiple, hecha por cada Departamento o Ministerio de la Administración Pública Nacional hacia sus Delegaciones o Direcciones regionales.

³⁶ Artículo 2 del Decreto N° 64251, de 14 de marzo de 1964, relativo a la organización de los servicios del Estado en las circunscripciones regionales.

³⁷ Artículo 1° del Decreto N° 64250, del 14 de marzo de 1964, relativo a los Poderes de los Prefectos, a la organización de los servicios del Estado en los departamentos y a la desconcentración administrativa. Cf. Maurice Bourjol, op. cit., p. 328; Antonio Risco Salanova, loc. cit., p. 61.

Hasta cierto punto esta ha sido la regla en el derecho y administración comparada, tanto en la delegación regional de las unidades ministeriales³⁸ como de los establecimientos públicos o corporaciones autónomas nacionales.³⁹

D. *La descentralización funcional de la Administración Nacional hacia la región*

La tendencia desconcentradora que provoca todo ensayo de regionalización administrativa, en algunas experiencias ha llegado a provocar la utilización de formas de descentralización funcional de la Administración Central hacia las regiones,⁴⁰ mediante la creación de establecimientos públicos o Corporaciones de desarrollo regional en todas las regiones. En los orígenes de la regionalización, la creación de personas jurídico-públicas no territoriales para atender el desarrollo de regiones particulares fue quizás el modo normal de actuación, tal como se señaló respecto de las experiencias de la Compagnie National du Rhone en Francia, la Tennessee Valley Authority en EE.UU. EE.UU., la Cassa per il Mezzogiorno en Italia, y la Superintendencia de Desenvolvimiento del Nordeste (Sudene) en el Brasil.⁴¹ Asimismo, en algunos casos se utilizó la figura de la descentralización funcional para atender la administración de regiones urbanas, y quizás los más claros ejemplos de ello han sido las fórmulas descentralizadoras funcionales de la Región Parisiense y de Madrid. En efecto, desde la creación del Distrito de París en 1959⁴² y en la reorganización de la Región de París efectuada por la Ley de 10 julio de 1964, aquél se configuró como un establecimiento público dirigido por funcionarios designados por el Poder Central, y en cuya administración los representantes locales están marginados.⁴³ Igual esquema se ha utilizado en la ordenación de las áreas metropolitanas españolas, y

³⁸ Este es el caso, por ejemplo, en Inglaterra. Cf. Lord Kilbrandon (Chaiman), *Royal Commission on the Constitution 1969-1973*, cit. Vol. I, pp. 63 y ss. En el caso de Venezuela, expresamente el Reglamento de Regionalización Administrativa de 1972, exige que “los Ministros delegarán, en la medida de lo posible, la firma en los funcionarios que tengan a su cargo direcciones o dependencias regionales sobre los asuntos que conciernan a la Región”. (Art. 28).

³⁹ Cf. Sabino Cassese, *Economic Regionalization*, cit., p. 3; Lord Kilbrandon (Chairman), *Royal Commission on the Constitution 1969-1973*, cit., Vol. I, p. 64.

⁴⁰ Por supuesto que la descentralización funcional permanece dentro de un esquema de regionalización administrativa, y se distingue de la descentralización territorial que acompaña las experiencias de regionalización política.

⁴¹ Cf. Sabino Cassese, *Economic Regionalization*, cit., p. 3; Fernando Albi, *La crisis del Municipalismo*, Madrid 1966, pp. 384 y ss.; Chi-Yin Chen y Ramón Martín Mateo, op. cit., pp. 28 y ss.

⁴² V., Maurice Bourjor, *Les districts urbaines*, París, 1963.

⁴³ V., Tomás-Ramón Fernández, “Áreas Metropolitanas y Descentralización”, en S. Martín-Retortillo y otros, op. cit., p. 682.

particularmente la de Madrid, creada por Ley de 2 de diciembre de 1963. En ella, se organizó el Área Metropolitana de Madrid como un organismo autónomo sometido a la tutela ministerial, conforme al esquema propio de la descentralización funcional.⁴⁴

Pero al plantear la utilización de la figura de la descentralización funcional en el proceso de regionalización administrativa, debe señalarse que en el mundo contemporáneo han surgido experiencias que han extendido el esquema a todas las regiones y no a un Área o Región Metropolitana aislada o a una región en particular. Se destaca aquí nuevamente, la reciente experiencia francesa provocada por la Ley del 5 de julio de 1972 y el esquema seguido en Venezuela con las Corporaciones de Desarrollo Regional.

En efecto, contrariamente a la propuesta inicial del Proyecto del Gobierno del General De Gaulle sometido a referéndum en 1969,⁴⁵ que buscaba la creación de las regiones como colectividades territoriales (descentralización territorial), la Ley de 5 de julio de 1972 que entró en vigor el 1º de octubre de 1973, se limitó a crear en cada una de las 22 circunscripciones de acción regional un “etablissement public” que adopta el nombre de “región”.⁴⁶ Se adoptó en esta forma la técnica de la descentralización funcional, al crearse en cada región establecimientos públicos con ámbito de acción regional, pero respetando las competencias territoriales de los Departamentos y de las Municipalidades.⁴⁷ Las “regiones” así concebidas, tienen por misión propia contribuir al desarrollo económico y social de la región, para lo cual se le confieren funciones de estudio, de formulación de propuestas para coordinar y racionalizar las inversiones públicas en la región, y de participación en el financiamiento de servicios colectivos de interés regional.⁴⁸ Materialmente, la región así establecida, carece de poderes de gestión directa, y sus funciones la limitan a “participar”, o “cooperar” en la acción estatal de desarrollo regional a cuyos efectos la región puede adoptar ciertas iniciativas.⁴⁹

Conforme a la misma técnica descentralizadora funcional de las regiones francesas posteriores a 1973, durante la década de los sesenta, en Venezuela se utilizó progresivamente la figura del instituto autónomo creado por Ley

⁴⁴ *Idem*, pp. 667 y ss.

⁴⁵ V., J.L. Bodignel y otros. *La Reforme Régionale et le Réferendum du 27 Avril 1969*, Cahiers de l'Institut d'Etudes Politiques de l'Université de Sciences Sociales de Grenoble, N° 8, Paris, 1970.

⁴⁶ Artículo 1º de la Ley de 5 de julio de 1972 relativa a la creación y organización de las regiones.

⁴⁷ Cf. Antonio Risco Salanova, *loc. cit.*, p. 79.

⁴⁸ Artículo 4 de la Ley de 5 de julio de 1972.

⁴⁹ Cf. Antonio Risco Salanova, *loc. cit.*, p. 80.

Nacional, para establecer Corporaciones de Desarrollo Regional en cinco de las ocho regiones en que está administrativamente dividido el país,⁵⁰ pero con poderes de decisión propios y en muchos casos, con una autonomía y capacidad financiera considerable.⁵¹ Sin embargo, las Corporaciones de Desarrollo Regional venezolanas, como institutos autónomos, son entidades descentralizadas de la Administración Central, y sometidas a su tutela, con un ámbito de acción regional, único elemento que las distingue de los otros establecimientos públicos nacionales descentralizados funcionalmente.⁵²

3. *La región en el ámbito de acción de la administración local*

Pero el impacto de las fórmulas regionalizadoras de origen económico no sólo se ha hecho sentir en las estructuras administrativas nacionales, provocando esquemas de desconcentración, coordinación o de descentralización funcional, sino que también ha tenido repercusiones importantes en el ámbito de la administración local. Por ello, todos los movimientos de reforma del régimen local de los últimos años, en mayor o menor grado se han visto influenciados por el fenómeno regionalizador.⁵³

Pero indudablemente, en el análisis de los efectos reformadores del régimen local en el derecho comparado, la problemática se plantea diferente según se trate de un Estado unitario o de un Estado Federal, y según que los efectos “concentradores” de la regionalización afecten a las entidades político-administrativas locales intermedias o a los entes municipales. Por ello, lo más conveniente en este análisis parece establecer esa distinción.

Antes, sin embargo, es necesario señalar que el elemento común de estas fórmulas regionalizadoras, es que tienden a la constitución de una región “desde

⁵⁰ En la década de los sesenta se crearon sucesivamente la Corporación Venezolana de Guayana, la Corporación de los Andes, la Corporación de Desarrollo de la Región Zuliana, la Corporación de Desarrollo de la Región Nor-Oriental y la Corporación de Desarrollo de la Región Centro-Occidental. *V.*, Norma Izquierdo, *La regionalización en materia económica, cit.*, p. 25.

⁵¹ Tal ha sido el caso, por ejemplo, de la Corporación Venezolana de Guayana, a cuyo cargo ha estado la tarea del establecimiento de la infraestructura industrial básica del país (siderúrgica, energía eléctrica, aluminio).

⁵² Según parece deducirse del Proyecto de Ley Regional que se elaboró en Bélgica antes de la dimisión del Gobierno en enero de 1974, la organización de las regiones que prevé la reforma constitucional de 1970 daría lugar a instituciones “descentralizadas y subordinadas” sometidas a control de tutela de los Ministros. *Cf.* Francis Delpérée, *Le Compromis Regional, cit.*, p. 27

⁵³ *Cf.* L.J. Sharpe, “Regionalism and Local Government in Britain”, en E. Kalk (ed.), *op. cit.*, pp. 151 y ss.; H-G. Lindgren, “Implications of a reform of local and regional government”, en E. Kalk (ed.), *op. cit.*, pp. 175 y ss.

abajo”, es decir, con la participación generalmente exclusiva de los entes territoriales intermedios. Ello distingue estas fórmulas regionalizadoras en el ámbito de la administración local, de aquellas otras ya analizadas que surgen en el ámbito de la Administración Pública Nacional, y que dan origen a fórmulas regionalizadoras “desde arriba”.

A. *La concentración regional de la Administración intermedia*

La insuficiencia espacial de los niveles intermedios de gobierno y administración político-territorial en los Estados unitarios, situados entre el nivel inferior municipal y el nivel nacional, para participar adecuadamente en los procesos políticos, económicos y sociales de la nación, ha provocado en el derecho comparado el surgimiento de asociaciones o convenios interprovinciales para la atención común de los más variados intereses públicos o la constitución de niveles superiores de carácter regional.

En este sentido, quizás la más acabada figura de acuerdo o convenio interprovincial, la suministra la experiencia, ahora puramente histórica, de la Mancomunidad de Cataluña, formada en 1914 por las cuatro provincias catalanas de España. Esta Mancomunidad se estableció con carácter general, mediante un proceso de centralización de las atribuciones de las Diputaciones Provinciales en la Asamblea de la Mancomunidad; y mediante la formación de este nuevo nivel “regional” se buscó, lamentablemente sin éxito, el inicio de un proceso descentralizador hacia la nueva Mancomunidad, de las funciones de la Administración central ejercidas en las provincias catalanas.⁵⁴

La figura de los Acuerdos o convenios interprovinciales en todo caso, también ha sido utilizada en el mundo contemporáneo. En particular, en Polonia los convenios entre provincias han sido utilizados con criterio regional, dando lugar, en algunos casos, a la creación de nuevas entidades como la Comisión Interprovincial de Cooperación en materia de Economía Marítima constituida en 1963.⁵⁵

Los acuerdos entre las entidades locales intermedias a escala regional también han tenido lugar en los Estados Federales. Particularmente, en éstos, donde la delimitación de competencias entre el nivel nacional y el de los Estados Federados es tan precisa y excluyente, las exigencias del tratamiento conjunto entre Estados Federados de diversos problemas, ha dado origen al surgimiento de innumerables acuerdos y convenios entre los mismos. En este sentido, el sistema de los Estados Unidos de Norteamérica es un buen ejemplo de los esfuerzos por el tratamiento uniforme entre varios Estados de la Unión, de

⁵⁴ Cf. Enrique Argullol Murgadas, “Mancomunidades Interprovinciales”, en S. Martín-Retortillo y otros, *op. cit.*, Vol. III, 452 y ss.

⁵⁵ V., Zygmunt Rybicki, *Regionalization in Economic Matters, cit.*, pp. 25 y ss.; 29 y ss.

problemas y servicios no sólo de carácter administrativo, sino también de orden legislativo.⁵⁶ En este sentido, el ejemplo de la federación norteamericana en la aprobación de leyes uniformes interestatales, sin intervención de los niveles nacionales, debe destacarse.⁵⁷

En todo caso, debe señalarse que en general, en virtud de la intervención nacional en los problemas regionales, la participación de los Estados Federados en esquemas regionales en la mayoría de los Estados Federales se realiza con participación del Poder Federal. Así sucede, por ejemplo, con las recientes formas de cooperación en el campo de la planificación regional en la República Federal Alemana, a través de un Comité integrado de Planificación en las regiones.⁵⁸

B. *La concentración de la Administración local-municipal y urbana y la creación de niveles intermedios*

Una de las consecuencias directas tanto del fenómeno regionalizador, como de la utilización de técnicas de planificación y ordenación territorial, ha sido la puesta en evidencia de la absoluta ineficiencia de los niveles locales inferiores de orden municipal, no sólo para participar en los procesos políticos, económicos y sociales de la Nación y la Región, sino para administrar las propias competencias locales. Por ello, puede decirse que constituye una tendencia general del derecho y administración local comparados, la concentración o amalgamación de las entidades locales municipales o comunales tradicionales, en unidades territoriales de mayor ámbito y, por tanto, con mayores posibilidades de asegurar una eficiente administración y gobierno local.

En esta forma, en casi todos los países europeos, algún proceso de amalgamación de entidades locales se ha producido en los últimos años, y particularmente en Dinamarca, Suecia,⁵⁹ Gran Bretaña,⁶⁰ y en la mayoría de los países socialistas: Bulgaria, Rumania, Yugoslavia, Checoslovaquia y Polonia.⁶¹

⁵⁶ V., W.M. Reisman, *Compacts: A study of Interstate Agreements in the American Federal System*, cit., pp. 10, 13, 17 y ss.

⁵⁷ *Idem.*, pp. 18 y ss.

⁵⁸ V., Reiner Schmidt, *Regionalization in economic matters*, cit.

⁵⁹ V., E. Kalk (ed.), op. cit., pp. 40, 41, 215 y ss.; H.G. Lingten, *Implications of reform of local and regional government*, *Idem*, pp. 175 y ss.

⁶⁰ Cf. Lord Redcliffe-Maud (Chaiman), *Report of the Royal Commission on Local Government in England*, cit. Vol. I.

⁶¹ V., Zygmunt Rybicki, *Regionalization in Economic Matters*, cit., pp. 11 y ss.; J. Josefide, "Territorial Administrative Reforms at the Local Level in the Socialist Republic of Rumania", en E. Kalk (ed.), op. cit., pp. 181 y ss.; M. Kovarik, "Central and Regional Government in Czechoslovakia", en E. Kalk (ed.), op. cit., pp. 165 y ss.; W. Kawalec, "Regional Development and Planning in Poland", en E. Kalk (ed.), op. cit., pp. 253 y ss.

Por otra parte, debe destacarse que la reforma del régimen local también ha provocado la búsqueda de nuevos niveles intermedios de carácter regional, tal como sucedió con la propuesta de creación de las Provincias inglesas.⁶²

En todo caso, debe señalarse que aun sin la realización de reformas del régimen local y del ámbito territorial de las municipalidades, el derecho comparado muestra diversas experiencias de concentración o acuerdos entre unidades territoriales menores con fines regionales. En Alemania Occidental, por ejemplo, la Autoridad de Planificación del Rhur se configura como una administración en la cual participan las municipalidades de la región, pero dentro del contexto de la administración del *Land* de “North Rhine Westphalia”; e iguales Asociaciones de Planificación Regional existen en otros seis *Länder*.⁶³

Pero indudablemente que las experiencias de concentración regional de la Administración Local-Municipal, de mayor interés e importancia en el mundo contemporáneo, han surgido a nivel de las regiones urbanas o de la ciudad-regiones. En este campo, el tratamiento jurídico-administrativo de las Áreas Metropolitanas durante las últimas décadas⁶⁴ muestra ejemplos de concentración de las unidades locales urbanas en una nueva autoridad metropolitana, realizada sin participación de los niveles nacionales.

Esta fórmula de las llamadas federaciones metropolitanas, ha tenido una de sus más destacadas aplicaciones en la constitución de la Municipalidad de la Metrópoli de Toronto, por la ciudad de Toronto y los doce Municipios suburbanos que la rodean, cuyos estatutos fueron aprobados por la Asamblea Legislativa de la Provincia de Ontario. La nueva Administración que comenzó a funcionar en 1954 no sustituyó a los Municipios que la componen, sino que se configuró como un nivel administrativo superior, al cual se transfirieron ciertas funciones que antes correspondían a las Municipalidades.⁶⁵

⁶² Cf. Lord Redcliffe-Maud (Chaiman), *Report of the Royal Commission on Local Government in England*, cit. Vol. I; dicha promesa no fue acogida por el gobierno (V., *Local Government in England*, Government Proposals for Reorganization, 1971, cit., p. 35), y ha sido reformulada con criterio regional en 1973: V., Lork Kilbrandon (Chaiman), *Royal Commission on the Constitution 1969-1973*, cit. Vol. I, pp. 929 y ss.

⁶³ V. L. Wierling, “The Ruhr planning Authority (SUR)”, en E. Klak (ed.), *op. cit.*, p. 117; V., Association of German Counties, *Regional planning and regional autonomy in the Federal Republic of Germany*, en E. Kalk (ed.), *op. cit.*, pp. 224 y ss.

⁶⁴ V., en general, los documentos del Congreso de Toronto sobre problemas de las Áreas Metropolitanas celebrado con motivo del Centenario de la Confederación: *Problemas de las Áreas Metropolitanas*, IEAP, Madrid, 1969.

⁶⁵ V., Winston W. Crouch, “Metropolitan Government in Toronto”, *Public Administration Review*, N° 85, Chicago, 1954.

La fórmula federativa para la ordenación administrativa de las grandes ciudades, en todo caso, ha tenido gran aceptación en los Estados Unidos de Norteamérica a lo largo de la primera mitad de este siglo.⁶⁶

En Europa, entre los ensayos de constitución de autoridades metropolitanas a iniciativa de las entidades municipales urbanas y sin intervención de los niveles nacionales, debe destacarse el de la Autoridad intermunicipal de planificación del Área Metropolitana de Milán, que reúne a noventa y dos Municipalidades.⁶⁷ En América Latina, el ensayo de la Mancomunidad Municipal para la formación de Autoridades Metropolitanas se ha utilizado en varios países, y particularmente en el Área Metropolitana de Caracas. La Mancomunidad Urbanística establecida en dicha área, en 1972, por las Municipalidades que tienen jurisdicción en la misma, ha dado lugar a la firma de un Convenio general en 1974 que busca la extensión de la Mancomunidad a todos los servicios metropolitanos.⁶⁸

IV. LA REGIONALIZACIÓN POLÍTICA

1. *La descentralización territorial como objetivo de la regionalización*

Los procesos regionalizadores, originalmente provocados por exigencias de la planificación económica, no sólo han conducido a la configuración de fórmulas para la administración del nuevo ámbito espacial, sino que progresivamente han ido conduciendo a la búsqueda de soluciones políticas para las Regiones. La regionalización económica, como se dijo, ha conducido a la regionalización administrativa; y la administración regional que ésta provoca ha ido planteando la necesidad de estructurar un gobierno regional.⁶⁹ De allí que hablemos de regionalización política.

Pero hablar de regionalización política, en este contexto, exige hacer al menos dos precisiones. Por una parte, la regionalización política contemporánea tiene su fundamento en las exigencias de la planificación, administración y gobierno local contemporáneo y, por tanto, no constituye pura y simplemente una renovación de los viejos “regionalismos” políticos. Ello no significa, sin embargo, que en algunas ocasiones la regionalización política no coincida con

⁶⁶ Cf. Fernando Albi, op. cit., pp. 372 y ss.

⁶⁷ V., G. Mazzocchi, “The intermunicipal planning authority in the Milano metropolitan area”, en E. Kalk (ed.), op. cit., pp. 113 y ss.

⁶⁸ V., Allan-R. Brewer-Carías, “El Área Metropolitana de Caracas y la Cooperación Internacional en materia de Urbanismo”, en *Revista de la Facultad de Derecho, UCV*, N° 35, Caracas, 1967, pp. 49 y ss.

⁶⁹ Cf. K. Sipponen, “From Regional Planning to Regional Government”, y N. Despicht, “From Regional planning to Regional Government”, en E. Kalk (ed.), op. cit., pp. 57 y ss. y 65 y ss., respectivamente; Chi-Yi Chen y R. Martín Mateo, op. cit., pp. 34 y ss.; y Norma Izquierdo, *La regionalización en materia económica*, cit., p. 22.

demarcaciones territoriales históricamente regionalistas. Por otra parte, la regionalización política implica siempre la participación democrática en el gobierno regional; es decir, implica la existencia de una asamblea regional con poderes regulatorios y de un gobierno regional electos, y no puramente designados por los niveles nacionales. Aquí radica la distinción entre el regionalismo político y el regionalismo administrativo.

Como consecuencia de esta precisión, la regionalización política está íntimamente vinculada al proceso de descentralización territorial que se ha iniciado en algunos países, y que, en todo caso, aparece en la actualidad como una exigencia del mundo contemporáneo.

La regionalización política, en esta forma, conlleva la descentralización territorial, es decir, la creación de colectividades territoriales a nivel regional, con autoridades electas por votación popular. Por ello, no habrá regionalización política ni descentralización territorial, sin representatividad democrática;⁷⁰ si ésta falta, como se ha visto, habrá regionalización administrativa o, a lo sumo, descentralización funcional hacia las regiones.

Ahora bien, la regionalización política así entendida, en el mundo contemporáneo se presenta como una forma de reordenación general de las colectividades territoriales intermedias de un Estado o de creación de un nuevo nivel de descentralización territorial, o como una forma de ordenación político-administrativa de las Áreas Metropolitanas. De allí que sea conveniente analizar, en el Derecho Comparado, ambas manifestaciones separadamente.

2. *Las regiones como colectividades territoriales*

La delimitación de nuevos ámbitos de acción estatal de carácter regional, con autonomía política, si bien es un fenómeno con raíces históricas en el regionalismo político, puede decirse que en el mundo contemporáneo ha tenido una nueva formulación, influenciada, indudablemente, por las exigencias económicas y sociales, además de las políticas.

Un primer intento de formulación regional de entidades territoriales intermedias, indudablemente que puede encontrarse en las diecinueve Regiones Autónomas italianas creadas por la Constitución de 1948 y no organizadas, sino en 1970.⁷¹ Si bien las Regiones italianas no coinciden generalmente con la regiones de planificación económica y social⁷² ni extinguieron las entidades locales tradicionales (Provincias y Municipios)⁷³ en ellas puede verse,

⁷⁰ Cf. Luis Cosculluela Montaner, "La Región", en S. Martín-Retortillo, *op. cit.*, p. 317.

⁷¹ V., Sabino Casese, *Economic Regiondization, cit.*, p. 4.

⁷² El ámbito de la *Cassa per il Mezzogiorno*, por ejemplo, abarca la totalidad del Sur de Italia, incluyendo ocho regiones y parte de otras dos. V., Sabino Casese, *Economic Regiondization, cit.*, p. 3.

⁷³ V., Luis Cosculluela Montaner, *loc. cit.*, p. 355.

particularmente a partir de 1970, los inicios de un esfuerzo descentralizador territorial, aún de limitado ámbito. La Región en Italia, en todo caso, aparece como una entidad territorial autónoma gobernada por un Consejo Regional electo por votación directa, con poderes legislativos propios.⁷⁴ Sin embargo, en el campo económico, estos poderes legislativos están restringidos, pues sólo abarcan las actividades agrícolas, no teniendo los Consejos Regionales atribuciones legislativas en relación a la industria.⁷⁵ Por otra parte, en el campo de la planificación urbana y la regulación del uso del suelo urbano, si bien los Consejos Regionales tienen competencia para legislar, ella está sujeta a las previsiones nacionales establecidas en una “legge quadro”⁷⁶ y en todo caso, a pesar de la descentralización territorial de poderes hacia las regiones, ésta se encuentra limitada por el hecho de que los estatutos regionales que los Consejos Regionales dictan deben ser aprobados por el Parlamento Nacional.⁷⁷ Por ello, la regionalización política italiana, puede considerarse todavía, como un proceso inacabado e incompleto⁷⁸ en el cual aún las Regiones no pueden llevar a cabo completamente su función primaria de carácter legislativo.⁷⁹

Dentro del mismo contexto de regionalización política, en contraste con lo establecido en la Ley francesa del 5 de julio de 1972 relativa a la creación y organización de las regiones, ya comentadas anteriormente, el Proyecto de Ley de Reforma Regional aprobado por el Consejo de Ministros de Francia el 24 de marzo de 1969 y sometido a *referendum*, junto con el proyecto de reforma del Senado, el 27 de abril de 1969, y que tuvo resultado negativo, sí podría considerarse como un intento de instrumentar una política de descentralización territorial.⁸⁰ Hay que recordar, en efecto, que el artículo 1° del Anteproyecto de reforma de las regiones las definía como “colectividades territoriales especiales”,⁸¹ y que el artículo 1° del Proyecto de Ley sometido a *referendum* y que modificaba el artículo 72 de la Constitución, enumeraba a las regiones como colectividades territoriales junto con las comunas, los departamentos y los territorios de ultramar.⁸²

⁷⁴ Artículos 117 y 121 de la Constitución. El Consejo Regional elige de entre sus miembros a la Junta y a su Presidente.

⁷⁵ V., Sabino Casese, *Economic Regionalization*, cit., pp. 5, 6, 8 y ss.

⁷⁶ V., Paolo Tesauro, *Regional Regulatory Power in the field of Land use*, cit., p. 3 y ss.

⁷⁷ V., Sabino Cassese, *Economic Regionalization*, cit, p. 6.

⁷⁸ *Idem*, p. 11.

⁷⁹ V., Paolo Tesauro, *Regional Regulatory Power in the field of Land use*, cit., p. 1.

⁸⁰ Cf. J-L. Bodignel y otros. *La Réforme Régionale et le Réferendum du 27 Avril 1969*, cit.

⁸¹ *Idem*, p. 485.

⁸² *Idem*, p. 503.

Sin embargo, como se señaló, este intento de precisión de la regionalización francesa como regionalización política, no prosperó, habiéndose limitado la Ley de 1972 a consagrar una regionalización administrativa mediante la utilización de la fórmula de la descentralización funcional.

En el campo de los proyectos relativos al establecimiento de una regionalización política general, debe destacarse el formulado en Inglaterra por la *Royal Commission on Local Government in England*,⁸³ que propuso en su Informe, la división de Inglaterra en ocho Provincias, equivalentes a las regiones de planificación económica,⁸⁴ cada una con su propio Consejo Provincial, aun cuando compuestos por miembros designados por las autoridades locales inferiores.⁸⁵ En todo caso, el Gobierno británico no adoptó la propuesta de creación de las provincias⁸⁶ y el reciente Informe de la *Royal Commission on the Constitution 1969-1973*⁸⁷ excluyó toda propuesta de descentralización territorial a nivel de las regiones,⁸⁸ tal como se ha sugerido por algunos.⁸⁹ Ello no excluye, sin embargo, que se haya procedido a acelerar el proceso de descentralización territorial en otras regiones fuera de Inglaterra, tal como ha sucedido en Irlanda del Norte mediante la Constitución de 1973, y que el propio Informe señalado haya propuesto esquemas similares de “devolution” en Gales y Escocia.⁹⁰ Debe señalarse por último, y también en el ámbito europeo, la reciente reforma de la Constitución de Bélgica de 1970, que crea tres Regiones como colectividades político-territoriales intermedias entre las Provincias y el Estado, con autoridades electas por votación popular.⁹¹

La formulación constitucional de 1970, en todo caso, no sólo es general y ambigua⁹² sino que, parecido a lo que sucedió con las regiones italianas, requiere para su actualización de una Ley del Parlamento que debe dictarse mediante una mayoría especial, cuya obtención corre el riesgo de ser más difícil aún que la que

⁸³ Presidida por Lord Redcliffe - Maud, 1969.

⁸⁴ A las cuales habría que agregar, en Gran Bretaña, las regiones de Gales, Irlanda del Norte y Escocia.

⁸⁵ V., *Local Government Reform* (short version of the Report), London 1969, (Cmnd. 4039), p. 9. Cf. Peter G. Richards, *The Reformed Local Government System*, 1973, pp. 48 y ss.

⁸⁶ V., *Local Government in England. Government Proposals for Reorganization*, *cit.*, p. 11.

⁸⁷ Presidida por Lord Kilbrandon.

⁸⁸ V., *Royal Commission on the Constitution 1969-1973*, *cit.*, Vol. I, pp. 486 y ss.

⁸⁹ Cf. J.P. Mackintosh, *The Devolution of Power*, 1968, quien propone la constitución de Parlamentos Regionales, p. 200.

⁹⁰ V., *Royal Commission on the Constitution 1969-1973*, *cit.*, Vol. I, pp. 335 y ss.

⁹¹ V., Francis Delpérée. *Le Compromise Regional*, *cit.*, pp. 10 a 13.

⁹² *Idem*, p. 10.

debe obtenerse en los procedimientos de revisión de la propia Constitución.⁹³ Con razón se ha dicho entonces que la Constitución lo único que ha previsto es el “compromiso” de crear las regiones, pero cuya actualización está muy lejos de haberse logrado.⁹⁴

3. *Las ciudades-regiones como colectividades territoriales*

Hemos señalado anteriormente que uno de los fenómenos del mundo contemporáneo de mayor importancia para la civilización actual, es el de la ordenación de las grandes ciudades. En un mundo sometido a un progresivo proceso de urbanización, los grandes centros urbanos se han venido convirtiendo en la sede de todo tipo de problemas, y entre ellos, el de su organización y administración. Diversas fórmulas se han ideado en este sentido, y a algunas de ellas nos hemos referido. Sin embargo, no todas han logrado dar solución a la exigencia de participación política del ciudadano en el manejo de los asuntos de la gran ciudad.

Por otra parte, la gran ciudad de la actualidad, escapa por completo a las concepciones tradicionales del municipalismo, por lo que su administración y manejo han exigido la superación de los esquemas formales tradicionales.⁹⁵ El solo hecho de que el conjunto urbano de las grandes áreas metropolitanas y de su zona de influencia en gran número de casos constituya en sí misma una región, dentro de la distribución regional del país, ha planteado por tanto, la urgencia de la formulación de nuevas y diferentes alternativas para el tratamiento jurídico-político-administrativo de estas ciudades-regiones, que han partido de la conjunción de los siguientes elementos: en primer lugar, la insuficiencia total de los niveles municipales-urbanos para la solución de los problemas metropolitanos; en segundo lugar, la magnitud del ámbito espacial, en crecimiento, ocupado por la ciudad; en tercer lugar, el encuadramiento de la ciudad en un conjunto de interrelaciones con una zona o área bajo su influencia, que exige un tratamiento que rebasa lo urbano y que incide en lo regional; en cuarto lugar, la necesidad de asegurar la permanencia del gobierno local y de la participación ciudadana en el mismo; y en quinto lugar, la necesidad de que se concrete en el nuevo nivel de ciudad-región, la necesaria descentralización de funciones que han ido asumiendo los poderes centrales debido a la insuficiencia de los esquemas organizativos urbanos tradicionales.

⁹³ *Ibidem*, p. 6.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 10 y ss. En 1973, el gobierno había preparado un Proyecto de Ley Regional que, en todo caso, no respondía a los principios de descentralización territorial que parecen informar la Constitución de 1970, y que regulaba a las regiones como entidades subordinadas al poder central y sin potestad legislativa, sino puramente reglamentaria. *Idem*, p. 27.

⁹⁵ Cf. Fernando Albi, *La Crisis del Municipalismo*, cit., pp. 211 y ss.

En esta forma, el derecho comparado muestra un proceso decidido de ordenación de las grandes ciudades, asegurando el elemento de descentralización territorial, y que ha conducido generalmente a la creación de una colectividad territorial nueva. Por ello, estas experiencias se distinguen de la ordenación de las Áreas Metropolitanas a través de fórmulas de descentralización funcional o de asociación intermunicipal, como las ya analizadas y que no se configuran como una regionalización político-urbana, sino como una regionalización administrativo-urbana.

Dentro de las experiencias que muestra el derecho comparado, es indudable que debe destacarse la organización de la región londinense, no sólo por ser Londres la mayor aglomeración urbana de Europa, sino por haber sido la *London Government Act* de 1963 el primer esfuerzo de replanteamiento y ordenación global de un área metropolitana con perspectiva regional.⁹⁶ Tal como lo planteó el Informe de la *Royal Commission on Local Government in Greater London 1937-1960*,⁹⁷ toda el área del Gran Londres debía quedar bajo una autoridad, el Consejo del Gran Londres, sin perder de vista que en su configuración debían estar presentes los objetivos de “administración” y “participación”, es decir, de eficiencia y democracia,⁹⁸ para lo cual se hacía necesario el replanteamiento total de la problemática de la ciudad y de su organización. De ello resultó la sustitución de las 118 autoridades locales heterogéneas existentes antes de 1963 por un *Greater London Council* y treinta y dos *London Boroughs Councils* como entidades locales de segundo nivel; es decir, la constitución de nuevas colectividades territoriales para la ciudad-región y los niveles locales. El esquema de reforma del Gran Londres se utilizó en la propuesta de reorganización de otras seis áreas metropolitanas inglesas, en las cuales se constituyeron, en 1971, los *Metropolitan District Councils* y como entidades locales de segundo nivel, los *District Councils*.⁹⁹

En Europa, otras soluciones a la exigencia de integración administrativa de las áreas metropolitanas sin la renuncia a la elección directa de las nuevas autoridades, se han dado en ciudades como Rotterdam, aun cuando sin una reforma tan completa de las entidades locales preexistentes como la efectuada en el Gran Londres.¹⁰⁰

⁹⁶ V., Tomás-Ramón Fernández, loc. cit., pp. 683 y ss.

⁹⁷ V., Sir E.S. Herbert (Chaiman), *Royal Commission on Local Government in Greater London 1937-1960, Report*, London, 1960 (cmd. 1164), pp. 182 y 192.

⁹⁸ Cf. Tomás-Ramón Fernández, loc. cit., p. 688.

⁹⁹ Cf. Lord Redcliffe-Maud (Chaiman), *Local Government Reform (Short Version)*, cit., p. 6; *Local Government in England, Government Proposals for Reorganization (White paper)*, cit., p. 9; Richard Buxton, *Local Government*, 1973, pp. 254 y ss.

¹⁰⁰ V., A.W. Joolen, “Regional Government in the Rotterdam Area”, en E. Kalk (ed.), op. cit., pp. 126 y ss.

En todo caso, en la mayoría de las otras soluciones europeas a la organización de las grandes ciudades, dejando aparte las que se han resuelto en una ordenación meramente administrativa o de asociación intermunicipal, no se ha logrado dar cabal cumplimiento a las exigencias del gobierno local, estableciéndose un sistema indirecto de elección de las autoridades del Área Metropolitana, tal como es el caso de la Corporación del Gran Hanover en Alemania.¹⁰¹

¹⁰¹ V., H. Weyl, "The Greater Hanover Corporation", en E. Kalk (ed.), *op. cit.*, pp. 227 y ss.; A.F. Leemans, *loc. cit.*, p. 372.

Sección Segunda: DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL: AUTONOMÍA TERRITORIAL Y REGIONALIZACIÓN POLÍTICA EN EL DERECHO COMPARADO (1982)

Este texto es el de la Ponencia General que redacté para el XI Congrès International de Droit Comparé, Académie Internationale de Droit Comparé, celebrado en Caracas, entre el 30 de agosto y el 4 de septiembre de 1982 sobre el tema de la *Descentralización Política y la Autonomía Territorial en el Derecho Comparado*, publicado en *Revista de Estudios de la Vida Local*, No. 218, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, abril-junio 1983, pp. 209-232.

I. INTRODUCCIÓN

En la conclusión de la Ponencia General que sobre el tema «La Regionalización en materia económica» presentamos al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Teherán en 1974, destacábamos «el hecho de que todo proceso regionalizador, iniciado bajo el solo ángulo de la política y planificación económica (regionalización económica), desemboca, tarde o temprano, y en mayor o menor grado, en experiencias de regionalización administrativa o de administración regional. Las exigencias de la planificación, la política y el desarrollo económico es indudable que encuentran limitaciones frente a una estructura y organización administrativa no adaptada a las mismas. Por ello, todo intento serio de regionalización económica conlleva a una regionalización administrativa».

«Pero las exigencias de regionalización administrativa o la administración regional, aun cuando puedan considerarse como la base para el inicio del proceso de descentralización del Estado, es indudable que, si no están acompañadas de un adecuado proceso político de descentralización territorial, pueden constituir fuentes de mayor centralización estatal, encubiertas en formas de desconcentración. Por ello, si un proceso de regionalización plantea verdaderas fórmulas descentralizadoras, inevitablemente surgirá la necesidad de complementarlas con fórmulas de democracia local que aseguren a los ciudadanos la posibilidad política de

participar en los procesos regionales. Regionalización, descentralización territorial y democracia local parecen ser entonces elementos todos de un proceso reordenador del Estado en el mundo contemporáneo, que no puede ignorarse»¹.

Ese proceso de reordenación del Estado-Nación que planteábamos en 1974, aparece ahora, sin duda, no sólo como una exigencia más clara en la actualidad y en el futuro para los Estados contemporáneos, sino como un fenómeno reciente derivado de una serie de experiencias políticas a cuyo estudio comparativo está dedicada esta Ponencia General². Por ello, el tema fijado para este XI Congreso

¹ V., Allan R. Brewer-Carías: «Regionalization in Economic Matters in Comparative Law», en *Rapports Générans au IX Congrès International de Droit Comparé*, Teherán, 27 septiembre-4 octubre 1974, Bruxelles, 1977, p. 669 a 696; publicado en español en *Cuadernos de la Sociedad Venezolana de Planificación*, núms. 124-127, Caracas, p. 49 a 69, y en Allan R. Brewer-Carías y Norma Izquierdo: *Estudios sobre la Regionalización en Venezuela*, Caracas, 1977, p. 193 a 219; y también en la *Revista de Estudios de la Vida Local* N° 218, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, abril-junio 1983, pp. 209-232.

² Para la elaboración de esta Ponencia General el autor recibió solamente las siguientes Ponencias Nacionales, indicadas por orden alfabético de países:

ARGENTINA: Jorge-Reinaldo Vanossi: «Teoría política y federalismo en la Argentina», 56 p. (mimeo).

BÉLGICA: François Perin: «La nouvelle subdivision du Royaume: les Communautés et les Régions», 47 p. (mimeo).

BRASIL: Manoel Gonçalves Ferreira Filho: «O Estado Federal Brasileiro», 17 páginas (mimeo).

CHILE: Hernán Molina Guaita: «La Región en la Constitución Chilena de 1980», 19 p.

ESTADOS UNIDOS: Albert Blaustein: «The New Nationalism», en *Law in the USA for the 1980s*. 1982, p. 377 a 388.

FRANCIA: Jérôme Chapuisat: «La décentralisation territoriale: Autonomie Territoriale et Regionalisation Politique», 19 p. (mimeo).

HUNGRÍA: Otto Bihari: «La décentralisation territorial. L'autonomie territoriale et la regionalisation», 26 p. (mimeo).

ITALIA: Sergio Bartole: «Relations between State and Regions», 17 p. (mimeo). Giuseppe Volpe: «Internal Organization of Regions», 14 p. (mimeo).

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA ALEMANA: Wolfgang Weichelt: «Territorial Decentralization. Territorial Autonomy and Political Regionalisation in the GDR», 13 páginas (mimeo).

REPUBLICA FEDERAL ALEMANA: Ulrich Beyerlin: «Territoriale Dezentralisation. Territoriale Autonomie und Politische Regionalisierung. Landesbericht für die Bundesrepublik Deutschland», 30 p. (mimeo).

Internacional de Derecho Comparado ha sido el de «La descentralización territorial: Autonomía territorial y regionalización política».

Este cambio de enfoque, en todo caso, obedece a las diversas realidades históricas que se han operado en la ordenación territorial de los Estados contemporáneos. A partir de la década de los cincuenta, la conducción de la economía y la planificación impusieron la necesidad de la regionalización económica; la década de los sesenta y parte de los años setenta fueron testigos de planteamientos de carácter administrativo vinculados al desarrollo regional, que produjeron experiencias de regionalización administrativa en todo el mundo; y los fines de los años setenta y comienzos de la década actual se han caracterizado por la consolidación de fórmulas políticas nuevas, sustitutivas del Estado unitario tradicional, que se han denominado como las propias de un Estado Regional. Se ha pasado así de la sola desconcentración económica y de la posterior descentralización administrativa, a una nueva descentralización política, como resultado de la crisis actual del Estado centralista.

Pero antes de estudiar comparativamente este fenómeno de descentralización política en los Estados contemporáneos, debemos hacer una precisión terminológica para ubicar los parámetros de nuestro estudio comparativo. El tema del Congreso hace alusión a tres fenómenos políticos y constitucionales, que giran en torno a una sola idea: la descentralización política. En efecto, se habla de «descentralización territorial, autonomía territorial y regionalización política», y en realidad las tres nociones giran en torno a una sola realidad: la descentralización política.

En efecto, la descentralización territorial es una expresión que se opone a la descentralización funcional. Ambas implican un proceso de distribución de poderes o transferencia de competencias entre diversos sujetos de derecho. Sin embargo, la diferencia entre ambas descentralizaciones radica en que, en la territorial, la transferencia de competencias o la distribución del poder se realiza entre personas político-territoriales, que configuran la división político-territorial de un país. La descentralización territorial, por tanto, presupone la existencia de colectividades político-territoriales en un Estado, sea como Estados Miembros de un Estado Federal, sea como Regiones políticas o autónomas en un Estado Unitario descentralizado o sea simples Municipalidades o Comunas, como unidades políticas, que puedan ser beneficiarias de la transferencia de competencias o de la repartición del poder. La descentralización funcional o por

SUIZA: Martin Usteri: «Grundlagen der Demokratie und des Föderalismus im Alpenraum aus Schweizerischer Sicht», 17 p. (mimeo).

VENEZUELA: José María Franco: «Estado Federal y Derecho Regional», 130 páginas (mimeo), publicado en el libro *El Derecho Venezolano en 1982*, ponencias venezolanas al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Caracas, 1982, UCV; Caracas, 1982, p. 395 a 485.

servicios, en cambio, se opera como un proceso de transferencia de competencias del Estado Central hacia Entidades administrativas autónomas o establecimientos públicos, que siguen siendo parte de la Administración Pública del Estado Central³. Por eso, la descentralización territorial es siempre una descentralización política y, en cambio, la descentralización funcional es siempre una descentralización administrativa, así se realice esta última mediante la creación de establecimientos públicos en Regiones determinadas⁴.

En cuanto a la autonomía territorial, ésta es resultado de la descentralización territorial. En efecto, una consecuencia general de la descentralización, tanto administrativa como política, es la autonomía de los Entes descentralizados, con mayor o menor grado, según el ámbito de la potestad de auto normarse de dichos Entes y el grado de control que pueda subsistir⁵. Así, la autonomía territorial es la consecuencia de la descentralización política e implica, ante todo, la posibilidad de los Entes descentralizados de dotarse a sí mismos de su propio Ordenamiento, es decir, el tener determinadas potestades legislativas en la respectiva jurisdicción territorial en las materias de su competencia. Pero siendo una autonomía territorial, ello implica también un principio de auto-gobierno, consecuencia asimismo de la descentralización política, es decir, que los Entes descentralizados eligen a sus órganos políticos representativos. Por ello, en definitiva, la autonomía territorial es el resultado de la descentralización política.

Por último, en cuanto a la regionalización política, como se dijo, esta idea se opone a la regionalización económica o puramente administrativa. La regionalización política implica el establecimiento de colectividades político-territoriales en las Regiones, a base de un principio de representatividad democrática y de auto-gobierno. Por eso, la regionalización política es asimismo un resultado de la descentralización política en los Estados Unitarios, a base de Regiones. De allí la denominación de Estado Regional para aquellas formas de Estado intermedias entre las clásicas de Estado Unitario y Estado Federal, que se han venido estableciendo sobre la base de Regiones o Comunidades Autónomas.

Por tanto, descentralización territorial, autonomía territorial y regionalización política son elementos de un fenómeno común: la descentralización política de los Estados Nacionales centralizados.

³ V., Allan R. Brewer-Carías: *Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana*, Caracas, 1978, p. 105.

⁴ Por ejemplo, las Regiones francesas, establecidas como establecimientos públicos en 1972, y las Corporaciones de Desarrollo Regional, establecidas en las Regiones administrativas venezolanas como institutos autónomos. V., Allan R. Brewer-Carías: «La regionalización en materia económica en el Derecho comparado», *loc. cit.*, página 61.

⁵ V., Allan R. Brewer-Carías: *Introducción al estudio de la organización...*, citado, p. 108.

En las líneas que siguen, por tanto, intentaremos estudiar, comparativamente, el proceso de descentralización política como fenómeno contemporáneo, producto de la crisis del Estado centralizado, y sus diversas modalidades, particularmente la del Estado Regional, como fórmula de descentralización política de antiguos Estados Unitarios.

II. LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA COMO FENÓMENO Y EXIGENCIA CONTEMPORÁNEOS

El objeto de nuestro estudio, al referirse a la descentralización política, sin duda, toca uno de los principios básicos del constitucionalismo moderno: el principio de organización o distribución del poder político en los Estados. Este principio esencial del constitucionalismo tiene dos connotaciones igualmente fundamentales en la organización del Estado: la organización o distribución del poder en forma *horizontal*, conduciendo a los sistemas de separación de poderes en las tres clásicas potestades: legislativa, ejecutiva y judicial, con sus consecuencias en el sistema de gobierno; y otra, la organización o distribución del poder en forma *vertical*, conduciendo a la forma de los Estados, y entre ellas, a las clásicas formas de Estado Unitario o Estado Federal.

Este principio, como todos los otros que han conformado el constitucionalismo moderno⁶ y han sido deformados en la evolución política de los dos últimos siglos, está en crisis, y ello ha conducido, sobre todo, a la propia crisis actual del Estado Nacional Centralizado.

1. *La crisis del Estado Nacional Centralizado*

En efecto, el Estado Nacional Centralizado, como esquema de organización política del Poder, puede decirse que es un producto del centralismo burocrático, en base al cual se montó la estructura del Estado de Derecho que surgió de la Revolución francesa. Liberalismo y centralismo burocrático fueron así los cimientos sobre los cuales el Estado Nacional Centralizado se conformó durante todo el siglo pasado, y ello permitió, sin duda, el desarrollo de las sociedades industriales contemporáneas. Ese esquema, además, fue el que permitió el afianzamiento del intervencionismo y el desarrollo del dirigismo como filosofías de acción política contemporáneas.

No debe olvidarse, además, que fue precisamente el modelo de Estado Centralizado el que permitió que los privilegios del Antiguo Régimen, en nombre de la libertad e igualdad, pasaran a manos del Estado y dejaran de estar en manos de determinados estamentos. Por ello, la Revolución francesa no desmontó la estructura estatal de la Monarquía, sino que, al contrario, para asegurar la

⁶ V., la exposición de Jorge-Reinaldo Vanossi: *Ponencia argentina*, p. 2.

igualdad, la reforzó en el Estado centralista burocrático, cuyos cuerpos representativos, además, por el sistema de sufragio censitario, pasarían a ser controlados por la nueva clase en el poder: la burguesía.

La praxis traicionó a los principios liberales en la estructura del nuevo Estado post-revolucionario y, paradójicamente, sólo fue por la conformación del Estado centralizado del siglo pasado que el liberalismo pudo desarrollarse. La misma contradicción entre los principios y la práctica política se evidenciaron en las grandes revoluciones políticas de este siglo: la doctrina comunista recomendaba el desmantelamiento del Estado centralizado burocrático y liberal, el cual debía desaparecer y ser sustituido por una dictadura del proletariado, cuyo modelo era la experiencia de la Comuna de París. Sin embargo, la praxis de la implantación del nuevo modelo de sociedad comunista, al contrario, exigió un mayor centralismo del Estado, para lo cual la acción político-económica configuró su propio esquema: el centralismo democrático⁷.

Pero el esquema del Estado Nacional Centralizado, en el momento actual de la evolución política de las sociedades contemporáneas, puede decirse que ya cumplió su papel. En la actualidad es un esquema en crisis que no satisface las exigencias crecientes de participación política en una democracia pluralista de las diversas Comunidades de un país, y que, por el desarrollo de las sociedades contemporáneas, ya no es un sistema administrativamente eficiente para permitir la satisfacción de las necesidades colectivas y la prestación de los servicios públicos en forma adecuada a las exigencias sociales crecientes⁸.

Política y administrativamente, por tanto, el Estado Nacional Centralizado está en crisis, y las experiencias políticas comparadas muestran esfuerzos de descentralización política, como nuevas formas de organización del poder político que sustituyan a las clásicas del siglo pasado.

2. *La crisis de las clásicas formas de Estado y la superación de la dicotomía: estado unitario/estado federal*

Durante años la teoría constitucional ha enseñado, al estudiar la organización vertical del poder, que las formas clásicas de Estado son las del Estado Unitario y las del Estado Federal, basadas en la diferencia fundamental

⁷ Cfr. Allan R. Brewer-Carías: *Fundamentos de Administración Pública*, tomo I, Caracas, 1980, p. 80.

⁸ Cfr. Eduardo García de Enterría: «Estudio preliminar», en Eduardo García de Enterría (ed.): *La distribución de competencias económicas entre el Poder Central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución Española*, Madrid, 1980, p. 14; y Luis Cosculluela Montaner: «Las vertientes del Regionalismo», en R. Calvo y otros: *Las Autonomías Regionales, Informes al Instituto Nacional de Prospectiva*, Madrid, 1977, p. 215 y ss.

de que en el primer esquema existe un sistema único de instituciones políticas constituyentes de gobierno y, en cambio, que en el segundo esquema existe un sistema de múltiples Entidades políticas constituyentes y de gobierno autónomas. Esta dicotomía clásica puede decirse, sin embargo, que no ha existido nunca en la práctica con criterios y fronteras definidores precisos. Así, puede decirse que nunca ha existido un Estado Unitario puro sin alguna forma de Entes descentralizados, ni ha existido un Estado Federal puro completamente descentralizado. La crisis del Estado Nacional Centralizado ha provocado por ello la crisis, tanto de las formas clásicas de Estado Unitario como de Estado Federal, pues ambas han sido el soporte de aquél.

Esta crisis de las formas clásicas de Estado se evidencia en el doble proceso contradictorio que en ellos se ha operado: el Estado Unitario tiende cada vez más a descentralizarse, pero sin llegar al esquema ideal e inexistente del federalismo clásico, y el Estado Federal se ha caracterizado por un creciente proceso de centralismo, sin llegar tampoco al extremo del Estado Unitario, y comenzando a regresar ahora hacia nuevas formas descentralizadoras. En todo caso, en toda organización política se operan estas dos fuerzas y movimientos centrípetos y centrífugos que, en cada país, y de acuerdo a las realidades históricas, económicas y sociales, provocan la llegada a un punto de equilibrio. Por ello puede decirse que el signo contemporáneo de la evolución del Estado parece ser el de una convergencia hacia soluciones de organización política descentralizadas similares: los Estados Unitarios tienden a regionalizarse y los federalismos, después de haberse centralizado, vuelven a seguir esquemas descentralizadores⁹.

Por tanto, en la actualidad puede decirse que la división bipartita clásica entre Estado Unitario y Estado Federal no refleja categorías precisamente definidas de forma de Estado, por lo que resulta inútil, frente a nuevas formas de descentralización política de Estados tradicionalmente unitarios, plantearse la discusión de si se trata de una forma de Estado Unitario descentralizado o de un Estado Federal, cuando, se insiste, estos esquemas clásicos no existen en sus formas teóricas en la actualidad¹⁰. Hoy hay organizaciones políticas más o menos descentralizadas, como esquema de distribución del poder en forma vertical, y dentro de esa gama, sin duda puede resultar y resulta que Estados Unitarios descentralizados o Estados Regionales estén más descentralizados políticamente que viejos Estados Federales, hoy altamente centralizados.

⁹ Cfr. Pedro de Vega García: «Poder Constituyente y Regionalismo», en Gumersindo Trujillo (ed.): *Federalismo y Regionalismo*, Madrid, 1979, p. 355 y siguientes; Antonio La Pégola: «Federalismo y Regionalismo: el caso italiano», *idem*, p. 168 y ss.; J. Reinaldo Vanossi: *Ponencia argentina*, p. 10.

¹⁰ Cfr. Juan Ferrando Badía: *El Estado unitario, el federal y el Estado regional*, Madrid, 1978, p. 23.

3. *El centralismo de las viejas Federaciones*

La Federación, como forma de Estado en la cual se estructura una división vertical del poder político, basada en Entidades territoriales autónomas (Estados miembros) con poderes constituyentes, nace como una solución empírica y *ad hoc* de transacción de intereses políticos, que permitiera conciliar la autonomía de las Provincias diseminadas en el extenso territorio de los Estados Unidos de Norteamérica, con las exigencias de reforzar la Unión o el Poder Central, para bastarse a si mismo en la esfera de sus funciones¹¹. La evolución posterior de esa nueva forma de Estado, intermedia entre las que eran clásicas para la época, la Confederación de Estados y el Estado Unitario, se va a desarrollar en medio de un proceso político dominado por los dos movimientos políticos mencionados: el centrífugo y el centrípeto, lo cual caracteriza a todas las Federaciones posteriores, con un triunfo a favor de las fuerzas centrípetas, provocando las Federaciones centralizadas de la actualidad, con nuevas tendencias hacia la descentralización.

En efecto, a pesar de que la Federación, como fórmula teórica, se ha considerado como un sistema avanzado de descentralización política¹², en la práctica y en la realidad, las Federaciones contemporáneas son todas relativamente centralizadas. Por otra parte, no puede decirse que hay un solo y único tipo de Estado Federal. Hoy por hoy, la mayor parte de la superficie de la tierra está regida por Estados con forma federal, y en todos ellos hay peculiaridades propias¹³. Sin embargo, quizá el signo común a todas esas estructuras federales concretas es su tendencia al centralismo, es decir, a reforzar y fortalecer políticamente los niveles federales frente a los Estados miembros.

Múltiples factores han influido en este proceso de centralización de los Estados Federales, y entre ellos deben destacarse los factores económicos y los políticos.

Por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica ha sido la reserva al nivel federal de fundamentales poderes de imposición e intervención en la

¹¹ Cfr. M. García Pelayo: *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1958, página 215; J.-Reinaldo Vanossi: *Ponencia argentina*, p. 4.

¹² Por ejemplo, es clásica la afirmación de Hans Kelsen: «El Estado federal es un Estado que se caracteriza por su descentralización de forma especial y de grado más elevado, que se compone de unidades miembros dominadas por él, pero que poseen autonomía constitucional y participan en la formación de la voluntad federal, distinguiéndose de este modo de todas las colectividades públicas inferiores». *V.*, en su *Teoría general del Estado*, trad. L. Legaz Lacambra, Barcelona, 1934, p. 225; México, 1954, p. 254. Por su parte, Maurice Duverger, en su libro *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, 1962, afirma que «el federalismo (es) una descentralización muy avanzada», p. 75.

¹³ Sólo señalemos que la Federación es la forma política de todos los grandes Estados del Continente americano; Canadá, Estados Unidos, México, Venezuela, Brasil y Argentina.

economía y el comercio, y las restricciones impuestas a los Estados, lo que ha provocado el proceso centralizador. Este, por otra parte, se ha manifestado a través de la interpretación y aplicación de la Constitución derivadas de la práctica constitucional, y que ha conducido a varios principios fundamentales del federalismo americano: la cláusula de la supremacía del Derecho federal sobre el de los Estados miembros; la teoría de los poderes implícitos, que ha determinado el ámbito extendido en el cual opera esa supremacía, y la cláusula de comercio, cuya interpretación extensiva ha dejado en manos del nivel federal la regulación casi completa y exclusiva no sólo del comercio, sino de la economía del país¹⁴. El centralismo de la Federación norteamericana, además, ha tenido sus motivaciones políticas en el fortalecimiento del Poder Ejecutivo Federal, basado sobre el sistema presidencial, precisamente en una Nación que ha desempeñado y desempeña un papel esencial en la política mundial. En el Canadá, la Federación ha tenido también sus rasgos centralistas, basados particularmente en su forma peculiar de distribución de competencias, al atribuir al nivel federal, al contrario de la mayoría de las Federaciones, las competencias residuales¹⁵.

En Alemania, a pesar de la distribución formal de competencias entre el nivel federal y los *Lander*, que coloca competencias residuales en este último nivel, la tendencia centralizadora ha conducido a una posición predominante del *Bund* sobre los *Lander*, tanto en materia económica como legislativa¹⁶, y al desarrollo de competencias federales implícitas basadas no en la figura norteamericana de los poderes implícitos, sino en razón de «la naturaleza de la materia»¹⁷. Igual tendencia centralizadora se observa en la Confederación suiza, que en realidad es un Estado Federal, mediante el desarrollo de poderes implícitos en la Confederación derivados de interpretaciones del texto constitucional, así como de la acumulación de poderes económicos en el nivel federal¹⁸.

¹⁴ V., Luis Ortega Álvarez: «La división de competencias económicas en los Estados Unidos», en Eduardo García de Enterría (ed.): *La distribución de competencias económicas entre el Poder Central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución Española*, cit., p. 45 a 70.

¹⁵ V., Santiago Muñoz Machado: «La distribución de las competencias económicas en Canadá», en Eduardo García de Enterría (ed.): *La distribución de competencias económicas...*, cit., p. 91.

¹⁶ V., Ulrich Beyerlin: *Ponencia de Alemania Federal*, p. 2; Luciano Parejo Alfonso: «Las competencias constitucionales económicas en Alemania Federal», en Eduardo García de Enterría (ed.): *La distribución de las competencias económicas...*, cit., p. 157.

¹⁷ V., Luciano Parejo Alfonso: «Las competencias constitucionales económicas en Alemania Federal», *loc. cit.*, p. 165.

¹⁸ V., Luciano Parejo Alfonso: «Las competencias constitucionales económicas en Suiza», en Eduardo García de Enterría (ed.): *La distribución de las competencias económicas...*, cit., p. 106, 116 y 143.

Esta tendencia centralizadora de las Federaciones se acentúa en el caso de Austria, en cuya Constitución aparece, originalmente, la figura de un «federalismo limitado» o «federalismo unitario», en el cual la Federación tiene una posición predominante, al resultar favorecida por el reparto de competencias, con la reserva íntegra de las potestades jurisdiccionales¹⁹.

Las Federaciones latinoamericanas también, en grado importante, han sufrido este proceso centralizador, y por ello, con razón, se ha hablado de las «Federaciones Centralizadas de América Latina»²⁰. La tendencia centralista ha conducido así a una preponderancia del Poder Central en todas las Federaciones latinoamericanas sobre los Estados Miembros. Se habla así, en Argentina, del «avasallamiento de las autonomías provinciales» por el Gobierno Central²¹; de la «preeminencia evidente de la Federación» en el Estado Brasileiro²², que lo asemeja más a un Estado Unitario Descentralizado, a pesar de la tradición federalista²³, y de la incrustación de elementos centralizadores dentro de la estructura federal del Estado Mexicano, como signo de centralización, en la cual el factor económico ha sido de importancia primordial²⁴.

En el caso de Venezuela, nuestra Federación también es centralista, por la acumulación progresiva de competencias a nivel central, incluyendo las de carácter económico y judicial, y el vaciamiento de competencias de los Estados Miembros. Inclusive, frente a las competencias residuales de los Estados, la interpretación de poderes implícitos a nivel nacional (federal) ha sido posible por la cláusula genérica de que compete a ese nivel todo lo que sea nacional, por su índole o naturaleza²⁵.

Pero la tendencia al centralismo también ha sido un signo característico de las Federaciones Socialistas. En todos estos países, la importancia política de la

¹⁹ V., Luciano Parejo Alfonso: «Las competencias constitucionales económicas en Austria», en Eduardo García de Enterría (ed.): *La distribución de las competencias económicas...*, cit., p. 221.

²⁰ V., Williams S. Strokes: «The Centralized Federal Republic of Latin America», en Peter G. Snow: *Government and Politics in Latin America*, N. Y.

²¹ V., Silvio Frondizi: «El Federalismo en la República Argentina», en *Los sistemas federales del Continente americano*, UNAM, México, 1972, p. 111.

²² V., Luis Pinto Ferreira: «El Sistema Federal Brasileño», en *Los sistemas federales del Continente americano*, cit., p. 216.

²³ V., Manoel Gonçalves Ferreira Filho: *Ponencia brasileña*, p. 16 y 17.

²⁴ V., Jorge Carpizo: «Sistema Federal Mexicano», en *Los sistemas federales del Continente americano*, cit., p. 466 y 543.

²⁵ V., Allan R. Brewer-Carías: *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela*, Madrid, 1975, p. 415 y ss., y *Política, Estado y Administración Pública*, Caracas, 1978, p. 125 y ss. V., además, Humberto J. La Roche: «El Federalismo en Venezuela», en *Los sistemas federales del Continente americano*, cit., p. 648.

economía ha dado origen al principio del centralismo democrático, como principio organizativo socialista, y que reconociendo la diversidad de Regiones de un país, permite el desarrollo organizado y centralizado de la economía planificada en el marco de toda la Nación. Las Federaciones de la URSS, Checoslovaquia y Yugoslavia, así, obedecen a esta característica centralizada, derivada del mencionado principio del centralismo democrático²⁶. A ello debe agregarse, como agente centralizador, el sistema de partido único, «cuya organización centralizada contrabalancea las libertades conferidas a las Entidades federadas»²⁷.

4. *Los nuevos federalismos*

De lo anteriormente señalado resulta evidente entonces que la Federación Clásica no existe y quizá no existió nunca en ninguna parte del mundo. Por eso se ha afirmado, con razón, que «el Federalismo de viejo estilo ha muerto»²⁸ y en su lugar han surgido formas de distribución vertical del poder con ropaje federal, pero que aproximan los Estados Federales a las fórmulas de los Estados Unitarios Descentralizados.

En muchos casos, la tendencia a la centralización de las Federaciones ha dado origen a un «federalismo de cooperación» o «federalismo cooperativo»²⁹, conforme al cual, tanto la Federación como los Estados Miembros asumen tareas en común. Se trata, por tanto, de la quiebra del sistema tradicional de reparto de competencias, sustituida por un sistema de colaboración o coparticipación del nivel federal y los Estados Miembros en la realización de unas mismas tareas públicas en forma concurrente o conjunta.

Tal como lo han indicado Michael D. Reagan y John G. Sanzone en su libro *The New Federalism*³⁰:

²⁶ V., M. A. Krutogolov y M. A. Shafir: «La Unión Soviética, Estado Socialista Federado», en *Federalismo europeo*, UNAM, tomo I, México, 1979, p. 62, 90 y 107; Viktor Knapp: «El Federalismo en Checoslovaquia», en *Federalismo europeo*, citado, p. 9 y 11; Boris T. Blagojevic: «Problemas actuales del Federalismo yugoslavo», en *Federalismo europeo, cit.*, p. 164.

²⁷ Juan Ferrando Badía: *El Estado unitario...*, cit., p. 109.

²⁸ V., Michael D. Reagan y John G. Sanzone: *The New Federalism*, New York-Oxford, 1981, p. 3.

²⁹ Cfr. Serrat: *Rapport sur le projet de loi relatif aux droits et libertés des Communes, des Départements et des Régions*, núm. 33, 22-10-81, p. 23; y las referencias en el libro de Eduardo García de Enterría (ed.): *La distribución de las competencias económicas...*, cit., p. 143 (Suiza), 209 (Alemania), 222 y 245 (Austria).

³⁰ New York-Oxford, 1981.

«Old-style federalism is a legal concept, emphasizing a constitutional division of authority and functions between a national government and State governments, with both levels having received their powers independently of each other: from a third source -the people-. New-style federalism is a political and pragmatic concept, stressing the actual interdependence and sharing of functions between Washington and the States and focusing on the leverage that each actor is able to exert on the other»³¹. En otras palabras: «The difference between old-style and new-style federalism can be summed up this way: old-style federalism describes a nonrelationship between the national and State governments, and new-style federalism refers to a multifaceted positive relationship of shared action. The meaning of federalism today lies in a process of joint action, not in a matter of legal status. It is not a matter of what governments do, but of what they do. It is a matter of action rather than structure»³².

Esta fórmula de federalismo coordinado, compartido o cooperativo, que da origen a relaciones intergubernamentales dinámicas, es quizá hoy el signo más característico de las Federaciones contemporáneas, luego de haber sufrido el proceso centralizador que les es común. En la consolidación de este sistema de cooperación es quizá donde está la clave para la nueva descentralización que se está tratando de realizar en las Federaciones, y así lograrse el equilibrio deseado entre las fuerzas centrífugas y centrípetas en la organización del Estado.

5. *La descentralización de los Estados Unitarios*

Pero el juego de estas fuerzas y el proceso centralización-descentralización se ha dado también en los Estados Unitarios. En éstos, la tendencia ha sido hacia la descentralización.

En efecto, así como hemos dicho que la Federación, como fórmula máxima de descentralización política, no existe, también puede afirmarse que la fórmula

³¹ «El federalismo de viejo estilo es un concepto legal, que enfatiza una división constitucional de autoridad y funciones entre un gobierno nacional y los gobiernos de los Estados, habiendo recibido ambos niveles sus poderes en forma independiente uno del otro de una tercera fuente; el pueblo. El federalismo de nuevo estilo es un concepto político y pragmático, que resalta la efectiva interdependencia de funciones compartidas entre Washington y los Estados y que apunta a la mutua influencia que cada actor es capaz de ejercer sobre el otro», *op. cit.*, p. 3.

³² «La diferencia entre el federalismo de viejo y nuevo estilo puede ser resumida en esta forma: el federalismo de viejo estilo describe una no-relación entre el gobierno nacional y el de los Estados, y el federalismo de nuevo estilo se refiere a una relación positiva multifacética de acción compartida. El significado del federalismo hoy radica en un proceso de acción conjunta y no en un asunto de estatuto legal. No es un asunto de qué son los gobiernos, sino de qué hacen. Es un asunto de acción más que de «estructura», *op. cit.*, p. 170.

del Estado Unitario, en el cual sólo existe un centro de poder y de gobierno, tampoco existe.

El Estado Unitario se estructuró, ciertamente, con el nacimiento del Estado Moderno, y se consolidó con la Revolución francesa, en la cual, la centralización fue el instrumento para la destrucción de los cuerpos intermedios y los privilegios y, a la vez, el medio para el mantenimiento en el poder de la burguesía.

Sin embargo, a medida que se fue democratizando la democracia, la democracia pluralista transformó los viejos Estados Unitarios, pues provocó el surgimiento de niveles inferiores de poder a nivel local: la democracia implicó así la descentralización de los Estados Unitarios³³, por lo que en éstos se puede distinguir siempre un grado de descentralización local, en el sentido de la existencia de colectividades político-territoriales menores; Municipios o Comunas con autonomía político-territorial.

Pero las propias exigencias de la democracia pluralista han provocado la necesidad de establecer un sistema político o forma de Estado, que acerque más las instituciones políticas a los ciudadanos y asegure la participación democrática en varios niveles territoriales y no sólo en el nivel local. Asimismo, la satisfacción de las necesidades colectivas en sociedades industrializadas y urbanas complejas ha mostrado la insuficiencia del Estado centralizado para actuar adecuadamente en todo el territorio. De allí que haya sido una tendencia general, en todos los Estados Unitarios, la aparición de niveles intermedios desconcentrados (Regiones o Departamentos) para la acción nacional y resolución de los asuntos públicos. Inicialmente, se ha tratado de un proceso económico o administrativo (regionalización económica y administrativa)³⁴, y progresivamente se ha venido convirtiendo en un proceso político.

Por ello, el signo contemporáneo de los Estados Unitarios es el de su regionalización política, dando origen a una nueva forma de Estado que comienza a delinearse: la del Estado Regional.

III. LA FORMULA DEL ESTADO REGIONAL

Diversas concepciones se han formulado para identificar el Estado Regional, y todas parten de la dicotomía tradicional: Estado Federal-Estado Unitario. Así, unos consideran al Estado Regional junto al Estado Federal, como una forma más o menos avanzada de descentralización; otros estiman que el Estado Regional es un Estado Unitario descentralizado, y en una tercera posición,

³³ Cfr. Juan Ferrando Badía: *El Estado unitario...*, cit., p. 65.

³⁴ V., Allan R. Brewer-Carias: *Regionalization in economic matters*, Rapport Général aux IX Congrès International de Droit Comparé, Teherán, 1974, cit.

otros estiman que se trata de una realidad jurídico-pública independiente, intermedia entre el Estado Unitario y el Estado Federal³⁵.

Esta aproximación al problema, en realidad, no es exacta, pues, como se ha señalado, en la práctica política no existe una concepción pura de Estado Federal ni de Estado Unitario. Al contrario, las Federaciones se han centralizado y los Estados Unitarios se han descentralizado, y la realidad indica que en todas las experiencias de Estados Regionales, éstos han surgido de viejos Estados Unitarios.

En todo caso, lo que caracteriza a los Estados Regionales es que, además del nivel nacional, que conserva el poder constituyente único, y del nivel local (municipal), han surgido unidades político-territoriales autónomas intermedias, producto de la descentralización política, con autonomía territorial. Estas unidades territoriales intermedias, se caracterizan por tener una autonomía política, con potestad legislativa regional, cuyos órganos son electos por votación popular, materializándose la democracia regional³⁶.

1. *Antecedentes*

La primera experiencia histórica del Estado Regional fue el «Estado Integral», establecido en la Constitución Española de 1931, el cual, conforme a lo expresado por el Profesor Jiménez de Asúa Presidente de la Comisión de Constitución, antes la antítesis Estado Unitario-Estado Federal, se presentaba como una forma intermedia que buscaba «disminuir los residuos de soberanía de los Estados Federales hasta hacerla sustituir por una amplia autonomía político-administrativa, de un lado, y de otro, acentuar la nueva descentralización administrativa de las Provincias, hasta transformarla prácticamente en autonomía político-administrativa... Frente al Estado Unitario, tiene el Integral la ventaja, en nuestro caso, de ser compatible, sin imponerlas, con diversos grados de autonomías regionales, cuando sean pedidas y procedentes, junto a un régimen de vinculaciones de otros territorios nacionales no preparados para aquellas formas de autarquía. Y frente al Estado Federal tiene el provecho de permitir, sin desnaturalizarse, la existencia de estos territorios, ligados por estrecha dependencia político-administrativa al Estado...»³⁷. El Estado Integral de la República Española fue interpretado doctrinalmente por el Profesor G.

³⁵ En general, V., Juan Ferrando Badía: *El Estado unitario, el federal y el Estado regional*, cit., p. 142 y ss., y 192 y ss.

³⁶ Cfr. Juan Ferrando Badía: *El Estado unitario...*, cit., p. 185.

³⁷ Discurso del Presidente L. Jiménez de Asúa en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española* (27-VIII-1931), p. 644 y 645, citado por Juan Ferrando Badía: *El Estado unitario...*, cit., p. 161.

Ambrosini, quien fue Presidente del Tribunal Constitucional Italiano en 1933³⁸, como un Estado intermedio entre el Estado Federal y el Estado Unitario, o más propiamente, como un «Estado descentralizado políticamente», como lo calificó el administrativista A. Amorth³⁹.

2. *El Estado Regional Italiano*

El Estado Regional encuentra su primera regulación acabada en el texto de la Constitución Italiana de 1947, aun cuando sólo se concreta y estructura real y políticamente a partir del inicio de los años setenta. Este texto establece una división del Estado Italiano en Regiones autónomas, políticamente hablando, con potestades legislativas propias y órganos representativos electos. Los artículos 114 a 133 de la Constitución Italiana, como lo describe Enric Argullol Murgadas⁴⁰, en efecto, regulan la Región, como una Entidad representativa, cuyos órganos son el Consejo Regional y una Junta y Presidente elegidos por el Consejo. A la Región se le atribuye potestad legislativa de carácter concurrente para un conjunto de materias taxativamente enumeradas, y potestad legislativa que desarrolla las leyes estatales que así lo prevean. La Región tiene asimismo potestades administrativas en las materias en las cuales tiene competencias legislativas concurrentes, y el Estado puede delegarle otras funciones administrativas. La Región tiene, además, autonomía en cuanto a la emisión de su propio Estatuto, el cual es aprobado por Ley de la República. Asimismo, la Constitución establece una autonomía financiera para las Regiones. Por otra parte, la Constitución prevé un sistema de controles de la actividad de las Regiones: la potestad legislativa, a través de la Corte Constitucional; la actividad administrativa, a través de una Comisión desconcentrada regulada por vía legislativa, y la actividad política, a través de un Comisario del Gobierno, previniéndose incluso la disolución del Consejo Regional, Por último, la Constitución atribuye a la Región la posibilidad de participar en la elección del Presidente de la República y presentar proyectos de Ley a las Cámaras Parlamentarias de la República. El Senado, además, se debe elegir en base a circunscripciones de carácter regional⁴¹.

³⁸ V., G. Ambrosini: «Un tipo intermedio de Stato fra l'unitario e il fedérale carataeriza to dall'autonomia regionale», en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1933, p. 93 y ss.

³⁹ Citado por Juan Ferrando Badía: *El Estado unitario...*, cit., p. 177.

⁴⁰ V., Enric Argullol Murgadas: *La vía italiana a la autonomía regional*, Madrid, 1977, p. 56 y ss.

⁴¹ *Cfr.* Sergio Bartole y Giuseppe Volpe: *Ponencias italianas*.

3. *El Estado de Comunidades y Regiones en Bélgica*

La fórmula del Estado Regional como instrumento de descentralización política, se ha desarrollado también en Bélgica. El Estado Unitario tradicional de ese país, mediante la reforma constitucional de 1970, inició un proceso de descentralización política, estableciéndose el compromiso de crear tres Regiones como colectividades político-territoriales y tres Comunidades culturales. Las Regiones eran: la Walonia, la Flamenca y la de Bruselas, y las Comunidades culturales: la Francesa, la Holandesa y la Alemana.

Ese sistema, sin embargo, sólo fue desarrollado políticamente mediante la reforma constitucional de 1980, la cual ha recogido la misma división del País en dos estructuras políticas distintas y a veces superpuestas: las Comunidades y las Regiones.

En cuanto a las Comunidades, la Constitución ha establecido que Bélgica comprende tres Comunidades: la Comunidad Francesa, la Comunidad Flamenca y la Comunidad de habla germánica, teniendo cada Comunidad personalidad jurídica y las atribuciones reconocidas por la Constitución y las Leyes⁴².

Realmente sólo han sido estructuradas dos de estas Comunidades: la Francesa y la Flamenca, y su territorio es el de la Región de lengua francesa y el de la Región de lengua holandesa. En cuanto, a la Comunidad de habla germánica, sólo se ha organizado un Consejo Cultural de la misma desde 1973.

En este esquema, las dos grandes Comunidades estructuradas tienen una Asamblea Parlamentaria (Consejo) y un Ejecutivo nombrado por el Consejo, que funcionan mediante un régimen parlamentario. La Constitución establece una serie de competencias a las Comunidades, las que regulan mediante Decretos con fuerza de Ley⁴³.

Paralelamente a la estructura de Comunidades Autónomas, la reforma constitucional de 1970 había establecido que Bélgica comprendía tres Regiones: la Región Walona, la Región Flamenca y la Región de Bruselas⁴⁴. La regulación de estas Regiones había sido dejada a una Ley del Parlamento, y sólo ha sido después de diez años de intentos, en agosto de 1980, cuando se ha dictado la primera Ley de aplicación parcial del artículo 107 de la Constitución.

De acuerdo a la situación actual, sólo una Región se ha regularizado: la Región Walona. En cuanto a la Región Flamenca, que abarca el territorio lingüístico holandés, ha sido absorbida por la Comunidad Flamenca al tener los mismos órganos comunes. La Región de Bruselas no ha sido aún establecida.

⁴² Artículo 3 de la Constitución Belga.

⁴³ V., François Perrin: *Ponencia belga*, p. 10 y ss.

⁴⁴ Artículo 107 de la Constitución Belga.

Por su parte, la Región Walona tiene una Asamblea Parlamentaria denominada Consejo Regional Walon, y un Ejecutivo denominado Ejecutivo Regional Walon, y es de destacar que su territorio no se corresponde con el territorio de la Comunidad Francesa, pues además de éste abarca el territorio de la Comunidad de habla germánica⁴⁵.

Es de destacar que la estructura político-territorial de Bélgica, sin duda, responde a un proceso de descentralización política montado sobre dos realidades distintas: las Comunidades y las Regiones, con órganos propios electos y competencias determinadas de carácter legislativo y ejecutivo, para la regulación y gestión de determinadas materias que se les han transferido mediante Ley del Parlamento.

4. *El Estado de Comunidades Autónomas Español*

La Constitución Española de 1978 estableció una organización territorial del Estado Español no sólo en Municipios y Provincias, sino en «Comunidades Autónomas».

Se establece así en España un Estado Autonómico o de las Comunidades Autónomas, que responde al esquema del Estado Regional como fórmula de descentralización política avanzada, y que había venido estableciéndose desde antes de la promulgación de la Constitución, mediante la concesión de las denominadas «preautonomías» a diversas Regiones españolas, mediante Reales Decretos dictados en base a criterios políticos de urgencia.

La Constitución de 1978, en todo caso, estableció la división del territorio español en Comunidades Autónomas que se constituyeran, abriéndose así el denominado proceso autonómico, que ha conducido al establecimiento de Comunidades Autónomas en todo el territorio español, regidas cada una por sus respectivos Estatutos de Autonomía elaborados por los órganos representativos de la futura Comunidad y aprobados por Ley de las Cortes.

De acuerdo al sistema, las Comunidades Autónomas se configuran como Entidades territoriales descentralizadas, con competencias legislativas y administrativas que ejercen respecto de un conjunto de competencias que prevé el artículo 148 de la Constitución y que deben ser determinadas en los respectivos Estatutos de Autonomía. La Constitución prevé, además, materias de competencia exclusiva del Estado (nacional) (art. 149), las cuales, sin embargo, pueden ser transferidas por Ley a las Comunidades Autónomas⁴⁶.

⁴⁵ V., François Perrin: *Ponencia belga*.

⁴⁶ Sobre el proceso autonómico español véanse T. R. Fernández (ed.): *Las autonomías regionales*, Informes al Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1977; Gumersindo

Dado que el proceso autonómico se realizó aisladamente, respecto de cada Comunidad Autónoma, la Constitución previó la posibilidad de que el Estado pudiera dictar Leyes que establecieran los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general (art. 150). En base a esta previsión, las Cortes Españolas sancionaron, en junio de 1982, la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA)⁴⁷, con la cual se pretende reordenar el Estado de las Autonomías español desarrollado en los últimos cuatro años.

5. *La Regionalización política de Francia y el Estado Regional*

Una de las políticas fundamentales formuladas por el Presidente Mitterrand durante su campaña electoral fue la de la descentralización política del Estado Francés. De allí que uno de los proyectos de Ley presentados en 1981 a la Asamblea Nacional por el Gobierno, haya sido el proyecto de Ley relativo a los derechos y libertades de las Comunas, de los Departamentos y de las Regiones⁴⁸, y el proyecto de Ley estableciendo el Estatuto particular de la Región Corsa. Ambas Leyes fueron sancionadas en febrero de 1982, y también ambas Leyes fueron sometidas al conocimiento del Consejo Constitucional, quien las encontró conformes con la Constitución⁴⁹.

En esta forma, la Ley número 82-213, de 2 de marzo de 1982, relativa a los derechos y libertades de las Comunas, de los Departamentos y de las Regiones, fue publicada el 3 de marzo de 1982⁵⁰ (50), y en ella, aparte de la reforma del Régimen local al suprimir la tutela *a priori* en materia administrativa, financiera y técnica de las Comunas, y sustituirlo por un control *a posteriori* de carácter jurisdiccional, se estableció una nueva colectividad territorial en Francia, la

Trujillo (ed.): *Federalismo y Regionalismo*, Madrid, 1979; Juan Ferrando Badía: *El Estado unitario, el federal y el Estado regional*, Madrid, 1978; Id.: «Teoría y realidad del Estado autonómico», en *Revista de Política Comparada*, núm. III, 1980-81; Eduardo García de Enterría (ed.): *La distribución de las competencias económicas entre el Poder Central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución Española*, Madrid, 1980.

⁴⁷ *V.*, el texto en el diario *La Vanguardia*, Barcelona, jueves 1º de julio de 1982, p. 8 y ss.

⁴⁸ *V.*, el *Rapport* del Diputado Alain Richard sobre el Proyecto en *Assemblée National*, núm. 237, Annexe au procès-verbal de la séance du 24 juillet 1981, 2 tomos, 119 y 64 p., respectivamente; así como el *Rapport* del Senador Michael Giraud sobre el Proyecto en *Sénat*, núm. 33, Annexe au procès-verbal de la séance du 22 octobre 1981, 2 tomos, 149 y 351 p., respectivamente

⁴⁹ Véase las decisiones en *Journal Officiel de la République Française* del 27-2-83, p. 695 y 697, y del 3-3-82, p. 759 y 760.

⁵⁰ *V.*, en *Journal Officiel de la République Française* del 3-3-83, p. 730 a 747, con rectificaciones en el *Journal Officiel* del 6-3-82.

Región, como Entidad descentralizada político-territorialmente, gobernada por órganos electos mediante sufragio universal. Surge así, en Francia, la fórmula del Estado Regional, al dividirse el Estado en Regiones, consideradas como colectividades territoriales, administradas por un Consejo Regional elegido mediante sufragio universal directo y con competencias para promover el desarrollo económico, social, sanitario, cultural y científico de la Región y la ordenación de su territorio⁵¹.

En todo caso, hasta que no se produzca la primera reunión de los Consejos Regionales elegidos mediante sufragio universal en la forma que determine una futura Ley, las Regiones continuarán siendo en la actualidad establecimientos públicos regidos por la Ley número 72-619, de 5 de julio de 1972, con las modificaciones de la nueva Ley número 82-213, de 2 de marzo de 1982, en un esquema de regionalización administrativa y no política. La reforma regional francesa, por tanto, no pasa de ser ahora un compromiso legislativo que parece difícil que pueda ser cumplido por el Gobierno, por razones político-electorales.

6. *Otras experiencias de regionalización política*

La transformación de los clásicos Estados Unitarios europeos en Estados Regionales, en todos los casos, ha estado precedida por la concesión de autonomía política a determinadas Regiones de los Países con características peculiares. Por ejemplo, así sucedió en Italia con la autonomía de las Regiones de Estatuto Especial de Sicilia, Cerdeña, Trentino-Alto Adigio, Valle de Aosta y Friuli-Venecia Julia. También sucedió en España, con las Regiones de Cataluña y el País Vasco, y en Francia, con la Región de Córcega.

Otros Países europeos han establecido aspectos específicos de gobierno regional autónomo para determinadas Regiones, como sucedió en Portugal, cuya Constitución de 1976 estableció una descentralización política para las Regiones de las Islas Azores y Madeira.

IV. CONCLUSIÓN

Puede decirse, sin duda que en el mundo contemporáneo, la crisis del Estado Nacional Centralizado ha provocado la aparición de fórmulas de descentralización política, que se observan tanto en los Estados Federales como en los Estados Unitarios, y particularmente en la modalidad nueva de los Estados Regionales.

⁵¹ V., Jérôme Chapuisat: *Ponencia francesa*. p. 11 y ss. V., asimismo T. Chevalier y otros: *Le Pouvoir Régional*, París, 1982, y la edición especial sobre descentralización de la Revista *Actualité Juridique, Droit Administratif*, mayo 1982.

En todos esos procesos de descentralización política puede decirse que se dan, en mayor o menor grado, los elementos esenciales de la misma como técnica política: la autonomía político-territorial de las Entidades descentralizadas; un sistema determinado de distribución de competencias entre las diversas Entidades políticas del Estado, y en particular, de las competencias en materia económica y financiera entre dichas Entidades, y unas garantías institucionales para la defensa de la autonomía.

En cuanto a la autonomía político-territorial de las Entidades descentralizadas, para que exista debe caracterizarse por ser no sólo una autonomía política, sino también legislativa, administrativa y tributaria.

En efecto, ante todo es necesario convenir en que el proceso de descentralización política es una técnica de perfeccionamiento de la democracia, al hacerla más participativa y representativa. Por ello, las fórmulas de descentralización política implican siempre que la nueva Entidad Regional tenga autonomía política, es decir, esté gobernada y administrada por órganos electos mediante sufragio universal y directo. Estos órganos, además, deben tener autonomía legislativa y administrativa para el gobierno de las materias propias de la competencia regional, la cual debe ejercerse sin control de tutela por el Estado Nacional y sometida a control jurisdiccional. Por supuesto, el ámbito de la autonomía político-territorial está condicionado por las modalidades de control que se establezcan a cargo del Estado Nacional, y aquí también se da la relación tradicional de la autonomía en Derecho público: a mayor autonomía, menor control y, al contrario, a menor autonomía, mayor control.

Por último, formando parte de la autonomía de los Entes descentralizados, éstos deben tener alguna modalidad de autonomía financiera, en el sentido de que deben tener recursos propios, incluyendo los de carácter tributario.

Este aspecto de la distribución de competencias tributarias, sin duda, es quizá el más importante en toda fórmula de descentralización federal o regional, pues es la que va a asegurar que la autonomía sea o no real y efectiva.

En todo caso, la efectividad de la autonomía político-territorial de los Entes descentralizados dependerá realmente del sistema de distribución de competencias entre los diversos niveles del Estado. La autonomía se toma inútil, como sucede con los Estados Miembros de muchas Federaciones contemporáneas, si no hay materia sobre la cual pueda ejercerse.

De allí la importancia del sistema de determinación y distribución de competencias.

Por supuesto, diversas modalidades de distribución vertical de competencias se pueden distinguir: competencias exclusivas al Estado Nacional o Federal; competencias exclusivas de las Regiones Autónomas y a los Estados Miembros de una Federación; competencias concurrentes entre los diversos

niveles territoriales; competencias residuales para los Estados Miembros de una Federación en la mayoría de los Estados Federales o para el Estado Nacional en ciertos Estados Regionales; competencias implícitas para el Estado Nacional o Federal.

En todo caso, la enumeración de las competencias de las Regiones en las experiencias de los Estados Regionales es quizá la característica común de estas experiencias políticas contemporáneas.

Pero, en particular, la efectividad de la organización vertical del poder en las fórmulas de descentralización, que combine la autonomía regional con la integridad del Estado, exige una precisa distribución de competencias en materia económica entre los Entes públicos. Este aspecto, y la concentración de esas competencias en el nivel federal, han contribuido a la centralización de las Federaciones; por ello, las fórmulas de concurrencia, cooperación y participación en materia económica que caracterizan los nuevos federalismos. En las fórmulas de los Estados Regionales, se ha optado por estas fórmulas de concurrencia y coparticipación entre el Estado Nacional y las Regiones Políticas en materia económica.

Por último, todo sistema de descentralización política que conlleve autonomía territorial y un sistema de distribución de competencias exige el establecimiento de garantías institucionales a esas autonomías. Básicamente, éstas deben traducirse en el control constitucional, por el Tribunal Supremo o una Corte Constitucional, de las recíprocas invasiones de competencias y lesiones a la autonomía entre los Entes regionales y el Estado Nacional o entre los Estados Miembros y el nivel federal, a cuyo efecto debe darse legitimación para recurrir a las diversas Entidades territoriales.

La crisis del Estado Nacional, tanto en los Estados Federales como en los Unitarios, en última instancia está provocando una debilidad progresiva del Estado no sólo para la conducción política de la sociedad, para la atención de los asuntos públicos y para la satisfacción de las necesidades colectivas, sino para asegurar la democracia participativa. Frente a esta situación, la descentralización política se configura como un remedio eficaz contra esa debilidad del Estado y la crisis en la cual está inmerso. Su realización, sin embargo, no es fácil, pues descentralizar implica transferir poderes a las instancias regionales y locales y crear efectivos mecanismos de autogobierno regional y local. Esto, por supuesto, fortalece instancias políticas nuevas y debilita las tradicionales, pero el reto hay que asumirlo, pues de lo contrario estas últimas corren el riesgo de desaparecer, y con ellas agravar la crisis del Estado.

LIBRO TERCERO:

PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: FRANCIA, ESPAÑA Y AMÉRICA LATINA

Este es el texto del libro publicado con Prólogo de Eduardo García de Enterría, por Editorial Civitas, Madrid 1990, 200 pp. El libro fue reeditado por la Editorial Investigaciones Jurídicas, San José Costa Rica, 2012; y por la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Santo Domingo 2016, 332 pp. Fue publicado inicialmente también como «Principios del procedimiento administrativo en España y América Latina» en el libro *200 Años del Colegio de Abogados. Libro Homenaje*, Tomo I, Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas 1989, pp. 25.

Este libro recoge, en esencia, la versión en castellano del curso que dicté en el Tercer Ciclo de la *Université de Droit, d'Économie et de Science Sociales de Paris* (París 2), en el marco del curso sobre «Derecho Administrativo Comparado», a cargo del profesor Jean Michel Lemoine des Forges, durante el año académico 1989-1990. Este año el curso fue destinado al estudio del «procedimiento administrativo en el derecho comparado», habiéndome correspondido analizar comparativamente con el derecho francés los principios del procedimiento administrativo en España y en los países de América Latina, particularmente los que tienen leyes reguladoras del mismo (Argentina, Colombia, Costa Rica, Perú, Uruguay y Venezuela).

Todas las leyes latinoamericanas en materia de procedimientos administrativos han sido dictadas en los últimos veinte años, por lo que, sin duda, además de haber recogido los aportes de la jurisprudencia y doctrina de cada país y la influencia de la doctrina francesa, han recibido la directa influencia, tanto de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado como de la Ley de Procedimiento Administrativo de España. Y no podía ni debía ser de otro modo, siendo el resultado un conjunto de regulaciones que, sin duda, han significado el enriquecimiento de instituciones, que bien podría servir para la retroalimentación del sistema jurídico iberoamericano. En todo caso, la elaboración de las

conferencias que conformaron el curso me permitió constatar que en materia de principios de derecho administrativo, todo nos une con los principios de la legislación y doctrina españolas las cuales, por lo demás, son permanentemente manejadas en nuestros países.

Pero el haber dictado este curso en la Universidad de París me permitió hacer otra constatación: la legislación y la doctrina españolas son tan ignoradas en Francia -salvo en contados círculos académicos- como lo es la de los países latinoamericanos. No hay que olvidar que conforme a un proceso típicamente europeo, aún no revertido, desde el punto de vista jurídico e institucional, los países tienden a mirar al norte, considerando lo que está al sur como menos desarrollado y, por tanto, sin interés, salvo el de la curiosidad. Ello hasta sucede incluso, en el interior de los propios países. En el caso de Francia, sin embargo, la situación es extrema, pues desde el ángulo jurídico, muchas veces ni siquiera se mira hacia afuera de las fronteras, viviéndose en general, en un singular aislamiento.

Precisamente por ello hay que saludar los esfuerzos que algunos sectores académicos franceses han venido haciendo en pro de los estudios de derecho comparado, y entre ellos, en París, en materia de derecho administrativo con el profesor Roland Drago a la cabeza, tanto desde la Sociedad de Legislación Comparada como de la Academia Internacional de Derecho Comparado, que dirige con todo acierto. Al profesor Drago, a quien me unen lazos académicos y de amistad desde hace casi cinco lustros, sin duda, se debe la iniciativa para mi nombramiento como profesor asociado de la Universidad de París 2. Por ello, la publicación de este libro es una ocasión propicia para agradecerle una vez más su confianza académica. Realmente me fue muy grato y estimulante el haber dictado este curso de post-grado en las mismas viejas aulas de la Place du Panthéon, donde a comienzos de los sesenta tuve el privilegio de seguir los cursos de M. Waline, R. Charlier y Ch. Eisenmann.

El profesor Eduardo García de Enterría, mi amigo de tantos años ha aceptado mi requerimiento de redactar el Prólogo a este libro. Honor que me hace, y que agradezco, pues bien sabe él que para los latinoamericanos su obra y la de los académicos de su escuela, está entre las más apreciadas y respetadas. De ella y de su bohomía mucho hemos aprendido.

París, mayo 1990
A.R.B.C.

INTRODUCCIÓN

El derecho administrativo francés, sin duda, puede considerarse como el producto más esclarecido de la labor de los jueces, descubierto y difundido, paso a paso, por la doctrina. Por ello, y sobre todo cuando se analiza el sistema francés desde una perspectiva comparada, podemos decir que ha sido precisamente el control jurisdiccional de la Administración y la progresiva reducción del exceso de poder en la conducta de los funcionarios, el gran aporte de Francia a la cultura jurídica del mundo moderno y al afianzamiento del Estado de Derecho.

Justicia administrativa y derecho administrativo, por tanto, en Francia han estado y continúan estando esencialmente unidas hasta el punto de que el contenido del derecho administrativo ha sido moldeado por la jurisdicción administrativa. Esto ha tenido evidentes ventajas en cuanto al progreso de la juridicidad aplicada a la Administración y al fortalecimiento del principio de la legalidad. Pero también ha originado ciertas desventajas que han condicionado las grandes discusiones doctrinales del derecho administrativo.

Así nociones tales como servicio público, establecimiento público, acto de gobierno o contrato administrativo han estado en el centro de una tradicional discusión doctrinal tendente a lograr una sustantividad propia de dichas nociones, la cual no ha sido siempre posible, precisamente, por el peso de la variable jurisdiccional que ha girado en torno a la búsqueda de un “criterio” para delimitar las competencias de la jurisdicción administrativa y de la jurisdicción judicial.

Muchas veces estas nociones, como consecuencia, antes que una sustantividad propia lo que tenían era una connotación adjetiva, por lo que los cambios jurisprudenciales inevitablemente condujeron a su crisis. De allí que como lo afirmaba G. Liet-Veaux hace algunas décadas al referirse a la noción de contrato administrativo, podamos decir que se trata de uno de los capítulos más “desesperantes” del derecho administrativo¹.

Este desespero que se encuentra con frecuencia en la doctrina francesa por el esfuerzo de poder sustantivizar instituciones y nociones fundamentales, sin duda, podemos decir que es el producto del peso que ha tenido la jurisdicción administrativa en la moldeadura del derecho administrativo. Ello ha llevado, incluso, al extremo de que el estudio del derecho administrativo no solo se haga a través, y únicamente de la perspectiva de lo que el Consejo de Estado resuelva, sino a través del solo prisma de la jurisdicción. No es raro, por tanto, que incluso bajo el título de *Traité de Contentieux-Administratif*, como el excelente libro de los profesores J. M. Auby y R. Drago (Paris 1984), en realidad lo que el lector encuentre sea un verdadero Tratado de Derecho Administrativo.

¹ G. Liet-Veaux, “Note Nouvelles définitions du contrat administratif”, *La Revue Administrative*, N° 53, París, sept.-oct., 1956, p. 502.

La labor del juez administrativo, en todo caso, ha sido y es tan fenomenal en Francia, que el derecho administrativo, materialmente, se ha fundamentado solo en la jurisprudencia trabajada por la doctrina para tener el desarrollo tan importante que ha evidenciado y que ha llevado su influencia a todas partes del mundo, y en forma mucho más intensa que la que los propios franceses podrían imaginar.

Sin embargo, y ello es evidente, no en todas partes del mundo se encuentra una tradición tan esclarecida como la del juez administrativo francés, que se basta a sí mismo, con su arsenal de jurisprudencia y sin la ayuda del derecho positivo,² para someter a la Administración a la legalidad, construyendo principios rectores de la conducta administrativa, que han servido de ejemplo para el desarrollo del Estado de Derecho, dentro y fuera de Francia.

La realidad en muchos otros países es que la labor del juez administrativo, en algunas épocas pujantes y en otras tímidas, en la tarea de la construcción del derecho administrativo ha requerido del auxilio del Legislador a quien ha correspondido la positivización de principios y reglas. Con frecuencia se ha constatado, así, que no basta con un arsenal de jurisprudencia y con la creación pretoriana del derecho administrativo puesta en evidencia por la doctrina, para lograr reducir la discrecionalidad administrativa y someter toda la actuación administrativa a la legalidad; y que, al contrario, en muchas ocasiones ha resultado necesario convertir en derecho positivo legislado, todos esos principios reguladores del actuar administrativo, para que no sólo sean efectivamente respetados por los funcionarios, sino para que los mismos jueces contencioso administrativos, incluso, puedan ejercer a cabalidad y con mayor autonomía sus labores de control judicial de la Administración.

Esta ha sido, en general, la tendencia en los países hispano americanos donde en muchos de ellos se ha producido un proceso de codificación del derecho administrativo, o al menos, de los principios fundamentales referidos a la actividad administrativa, en leyes reguladoras del “procedimiento administrativo”.

Y esto nos obliga de inmediato al querer estudiar los principios del “procedimiento administrativo no contencioso” en España y en América Latina,

² Siempre fue notoria en Francia, por tanto, la ausencia de cuerpos legislativos reguladores de las instituciones y principios básicos del derecho administrativo, como sucede en materia de procedimientos administrativos, donde lo que ha habido es un conjunto de leyes puntuales y aisladas, como por ejemplo, la ley del 17 de julio de 1978 relativa al acceso a los documentos administrativos, la ley de 11 de julio de 1979 relativa a la motivación de los actos administrativos, el decreto de 28 de noviembre de 1983 relativo a las relaciones entre la Administración y los usuarios, y la ley del 12 de abril de 2000 relativa a los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración. Francia, por tanto, aún carece de la ley reguladora de los procedimientos administrativos no contenciosos que tanto se ha esperado.

a establecer una indispensable precisión terminológica. En lengua castellana, en efecto, la expresión equivalente a la frase “procedimiento administrativo no contencioso” no tiene sentido alguno.

Esta es una expresión típicamente francesa que quiere significar el procedimiento que se sigue ante la administración activa por oposición al que se desarrolla ante la jurisdicción administrativa, de manera que se habla de *procédure administrative non contentieuse* distinguiéndola de la *procédure contentieuse administrative*. Sin embargo, desde la perspectiva hispanoamericana, dicha expresión no sólo no tiene sentido, sino que incluso sería incorrecta

En primer lugar, debemos señalar que definitivamente no está en la tradición hispanoamericana el que solo los órganos jurisdiccionales tengan el monopolio del procedimiento, como históricamente ha sucedido en Francia³, lo que explica no sólo el que hasta hace pocas décadas se hubiera descuidado el estudio doctrinal del procedimiento desarrollado en la administración activa, sino el que salvo excepciones⁴, para identificarlo se le haya tenido que calificar como “no contencioso” por oposición al “contencioso administrativo”.

En el mundo jurídico de los países de lengua castellana, en cambio, la distinción basada en el calificativo “no contencioso” nunca ha sido usada, de manera que cuando se quiere identificar el procedimiento desarrollado ante los tribunales contencioso-administrativos se habla, como en Francia, de “procedimiento contencioso-administrativo”⁵; utilizándose generalizadamente la expresión de “procedimiento administrativo”, pura y simplemente, para identificar el procedimiento desarrollado ante la administración activa y, por tanto, siempre de carácter no jurisdiccional. Nuestros países, en este sentido, en la concepción del procedimiento administrativo más han recibido la influencia

³ Guy Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, París, 1968, pp. 17 ss.

⁴ *Vid.* Fundamentalmente Georges Langrod, “Procédure Administrative et Droit Administrative”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, París, 1948, pp. 549 ss.; y en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Bruxelles, 1956, pp. 5 ss. Más recientemente, *vid.* Celine Wiener, *Vers une codification de la procédure administrative*, París, 1975.

⁵ Lo cual doctrinalmente, incluso ha dado origen al llamado derecho procesal administrativo. *Vid.* por ejemplo, José M. Villar y Romero, *Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, 1944, 2º ed. 1948; Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo*, 3 vols., Madrid, 1955; Miguel González Rodríguez, *Derecho Procesal Administrativo*, 2 vols., Bogotá, 1986; Carlos Betancur Jaramillo, *Derecho Procesal Administrativo*, Bogotá, 1982; Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, Bogotá, 1985.

de los aportes de la Escuela Germánica, básicamente de Adolf Merkl⁶, que de los criterios de la doctrina francesa. De allí que a lo largo de nuestra exposición utilizaremos la expresión de “procedimiento administrativo” como equivalente a la expresión francesa *procédure administrative non contentieuse*.

Pero además hay una segunda razón para que no se utilice esta expresión en el mundo de habla hispana, y es que en sí mismo, consideramos impropio el aditivo del calificativo “no contencioso” para identificar el procedimiento desarrollado ante la administración activa, pues en estricto derecho no es cierto que ese procedimiento sea siempre de carácter “no contencioso”. Al contrario, la intervención creciente del Estado en diversos campos de la vida económica y social, con frecuencia llevan a los órganos administrativos a adoptar decisiones como resultado de una resolución de conflictos entre intereses privados contrapuestos que se suscitan entre particulares, y los cuales entran en “contención” ante la autoridad administrativa. En estos casos como en todo el actuar administrativo, en el procedimiento respectivo que, evidentemente, es de carácter contradictorio (aunque no judicial o jurisdiccional), la Administración debe respetar la igualdad entre las partes con intereses contrapuestos, y actuar con imparcialidad.

Por ello, al estudiar los principios del procedimiento desarrollado ante las autoridades administrativas en España y en América Latina, hablaremos pura y simplemente del “procedimiento administrativo” como contrapuesto al procedimiento contencioso-administrativo que se desarrolla ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Nuestro estudio, por otra parte, lo circunscribimos básicamente a los países en el mundo de habla hispana que hasta 1990 habían tenido un proceso de codificación del procedimiento administrativo y disponían de leyes reguladoras del mismo como eran *España, Argentina, Colombia, Costa Rica, Uruguay y Venezuela*. Posteriormente otros países aprobaron tales leyes como fue el caso de *Brasil, Panamá, Bolivia, Chile, Honduras, México, Perú, y República Dominicana*; países en los cuales, como consecuencia, entre todos los de Hispano América, el derecho administrativo ha encontrado o comienza a encontrar un mayor desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

Ante todo, se destaca el caso de España país donde podemos encontrar el origen del movimiento codificador del procedimiento administrativo, con la Ley de Procedimiento Administrativo de 19 de octubre 1889, en la cual se intentó regular uniformemente el procedimiento a que debían someterse los diversos

⁶ *Vid.* Adolf Merkl, *Teoría General del Derecho Administrativo* (ed. castellana), México, 1980, pp. 278 ss. Esta obra no fue nunca traducida al francés. *Vid.* los comentarios a la concepción de Merkl en G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, París, 1968, pp. 89 ss. *Vid.* asimismo, J. Araujo Juárez, *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*, Caracas, 1989.

departamentos de la Administración en la tramitación de los expedientes. Aun cuando se adelantó mucho a otros países y significó un paso decisivo en la evolución del Derecho Administrativo español⁷, su carácter de Ley cuadro y su multiforme desarrollo reglamentario en cada Ministerio, exigieron su reforma y puesta al día, lo que ocurrió con la Ley de Procedimiento Administrativo del 17 de Julio de 1958⁸, en la cual se establecieron, en un texto único, no sólo normas de procedimiento directamente aplicables a todos los Departamentos Ministeriales, sino las regulaciones básicas del régimen de los actos administrativos y de otros aspectos de la actividad administrativa relacionados con ellos. Esta Ley, junto con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, tuvieron una enorme importancia, no sólo en el propio desarrollo del derecho administrativo español, el cual fue, precisamente, a partir de finales de la década de los cincuenta del siglo pasado que comenzó a renovarse y a alcanzar los extraordinarios niveles de excelencia de la actualidad, sino en el desarrollo del derecho administrativo contemporáneo de América Latina pues, puede decidirse, que en una u otra forma dichas leyes han inspirado las leyes reguladoras de la actividad administrativa que se han dictado en nuestros países en las últimas cuatro décadas. En España, además, las propias Leyes de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y de Procedimiento Administrativo de 1958 fueron reformadas y refundidas en 1992, con la Ley 30/1992 de 26 de noviembre sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas⁹ y del procedimiento Administrativo Común, que también ha seguido teniendo una influencia decisiva en el desarrollo del derecho administrativo tanto en España como en Latinoamérica.

En efecto, el primer país que reguló el procedimiento administrativo con evidentes influencias del texto español fue el Perú, donde mediante el Decreto Supremo núm. 006-SC de 11 de noviembre de 1967, se dictó un “Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos”¹⁰ a cuyo texto debía ajustarse la actuación administrativa de los órganos del Poder Ejecutivo, de los establecimientos públicos y de los gobiernos locales, “siempre que no se opusieran a las leyes o sus reglamentos especiales” (art. 1). En esta forma, si bien se establecieron principios generales de la acción administrativa, ello se hizo con un texto de rango reglamentario y supletorio, lo que implicó, en la práctica, que dicho texto no hubiera tenido mayor influencia en el desarrollo del derecho

⁷ Exposición de Motivos de la Ley de 1958. *Vid.* en *Justicia Administrativa*, Ediciones Civitas Madrid, 1973, p. 56.

⁸ *Boletín Oficial del Estado*, núm. 171 de 18 de julio de 1958; correcciones de erratas en *Boletín Oficial del Estado* núms. 210 y 220 de 2 y 13 de septiembre de 1958 y 98 de 24 de abril de 1959. *Vid.*, el texto, además, en *Justicia Administrativa*, *cit.*, pp. 66-129.

⁹ *Boletín Oficial del Estado*, núm. 285 de 27 de noviembre de 1992

¹⁰ *Vid.* el texto en *Legislación Peruana sobre Empleados Públicos*, Lima, pp. 242-250.

administrativo peruano. Lo contrario ha ocurrido, sin embargo, en 2001 con la muy importante Ley N° 27.444 del Procedimiento Administrativo General, de abril de 2001, en la cual se recogieron todos los principios que se habían venido desarrollando en la materia en toda América Latina.¹¹

En realidad, la primera normativa nacional de rango legal relativa al procedimiento administrativo que se dictó en América Latina, fue el Decreto-Ley núm. 19.549/72 de 3 de abril de 1972 de Argentina, sobre procedimientos administrativos¹², texto que vino a culminar un largo proceso de regulación provincial sobre normas de procedimiento administrativo¹³ y de regulación nacional sobre los recursos administrativos, particularmente, sobre el recurso jerárquico y que se remontan a los años treinta¹⁴. El Decreto-Ley núm. 19.549/72, en todo caso, es claro que no sólo estableció los principios básicos a que deben ajustarse los procedimientos administrativos desarrollados ante la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada, inclusive entes autónomos, en cuanto tiendan a asegurar a los interesados las garantías constitucionales del debido proceso, sino que reguló las reglas fundamentales relativas a los requisitos esenciales del acto administrativo, su estructura, validez y eficacia.

En la misma orientación de la legislación argentina, la segunda de las legislaciones nacionales sobre procedimientos administrativos que se dictó en América Latina fue el Decreto núm. 640/973 de 8 de agosto de 1973 del Uruguay, el cual completó el cuadro regulador de la actividad y trámites administrativos que se había establecido en anteriores Decretos de 1964 y 1966¹⁵.

En el proceso de codificación el derecho administrativo en América Latina destaca en tercer lugar, la Ley General de la Administración Pública de Costa

¹¹ V., Jorge Danós et al., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Editorial ARA ed., Lima 2003.

¹² *Boletín Oficial* núm. 22411 del 27 de abril de 1972. *Vid.* el texto en Emilio Fernández Vázquez y Emilio Marcelino Sendín, *Procedimiento Administrativo Nacional*, Buenos Aires, 1974, pp. 116-134.

¹³ *Vid.* el texto de las leyes provinciales sobre procedimientos administrativos en Agustín Gordillo, *Procedimientos y Recursos Administrativos*, Buenos Aires, 1971, pp. 591-723.

¹⁴ Decreto 20003/33 sustituido por Decreto núm. 7520/44. *Vid.* los textos en Agustín Gordillo, *op. cit.*, pp. 583-590.

¹⁵ La Ley 15869 de 22 de junio de 1987 relativa al Tribunal Contencioso Administrativo, no derogó el Decreto núm. 640/973 de 8 de agosto de 1973, el cual continúa vigente. *Vid.* lo indicado en J. P. Cajarville Peluffo, *Recursos administrativos*, Montevideo, 1989, p. 14. El texto del Decreto núm. 640/973 de 8 de agosto de 1973 contenido de las Normas Generales de Actuación Administrativa puede verse en J. A. Prat, D. H. Martins, M. R. Brito, H. Frugone Schiavone, y J. P. Cajarville Peluffo, *Procedimiento Administrativo*, Montevideo, 1977, pp. 177 ss. *Vid.* las referencias en Julio A. Prat, *Derecho Administrativo*, t. III, vol. 2, Montevideo, 1978, pp. 125 ss.

Rica, de 2 de mayo de 1978¹⁶, texto que, como lo hemos señalado hace algunos años podría ser considerado como el de un “Manual de Derecho Administrativo”, volcado en el articulado de un Código¹⁷. Esta hermosa Ley, única en su género, abarca todo el conjunto de materias de un “Manual de Derecho Administrativo”, por lo que la explicación de su articulado configuraría, exactamente, él “programa” de un curso general de esta disciplina. Se trata, por tanto, de un muy raro ejemplo de un “Código de Derecho Administrativo” que, inclusive, consagra la autonomía de nuestra disciplina, al declarar la independencia del ordenamiento jurídico administrativo de otras ramas del derecho¹⁸.

A la Ley costarricense, siguió cronológicamente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 10 de julio de 1982, de Venezuela¹⁹, texto que se comenzó a elaborar desde 1965²⁰. Esta Ley Orgánica, influenciada directamente por la Ley española, recogió todos los principios fundamentales relativos a la actividad administrativa desarrollada por los órganos de la Administración Pública Nacional y aplicable supletoriamente a las administraciones estatales y municipales; y en particular, los principios relativos a los actos administrativos (elaboración, formas y formalidades, efectos, revisión), que la jurisprudencia había establecido, habiendo contribuido ampliamente, desde su entrada en vigencia, a afianzar el principio de la legalidad administrativa²¹.

Luego, en materia de codificación del procedimiento administrativo, debe destacarse el régimen de Colombia, único país de América Latina que adoptó el modelo francés de la dualidad de jurisdicciones: una jurisdicción judicial que tiene en su cúspide a la Corte Suprema de Justicia, y una jurisdicción contencioso-administrativa que tiene en su cúspide al Consejo de Estado. Dada esta peculiar situación, Colombia ha contado, desde 1941, con un Código Contencioso-Administrativo²², en el cual se regulaba exclusivamente el procedimiento judicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En base a la labor de la jurisprudencia, en 1980 se propuso la reforma y adaptación del

¹⁶ Alcance núm. 90 *La Gaceta* núm. 102 de 30 de mayo de 1978. *Vid.* el texto en *Ley General de la Administración Pública*, Contraloría General de la República San José, 1978.

¹⁷ Allan R. Brewer Carías “Comentarios sobre los Principios generales de la Ley General de Administración Pública de Costa Rica, *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1981, p. 31.

¹⁸ Art. 9.

¹⁹ *Gaceta Oficial* núm. 2.818 Extraordinario de 1 de julio de 1981. *Vid.* el texto en Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, pp. 379-412.

²⁰ *Vid.*, *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, Comisión de Administración Pública, Caracas, 1972, vol. 2, p. 392.

²¹ *Vid.* Allan R. Brewer-Carías, *op. cit.*, pp. 37 ss.

²² Ley 167 de 1941 sobre Código Contencioso Administrativo.

Código²³, lo cual se produjo por Decreto núm. 01 de 1984. En esta reforma, además se le agregó al Código un nuevo “Libro” relativo al “procedimiento administrativo”, diferenciado del “procedimiento ante la jurisdicción en lo contencioso-administrativo”²⁴. En esta forma, a partir de 1984, Colombia contó con una importante legislación nacional reguladora del procedimiento administrativo aplicable a todos los organismos, corporaciones y dependencias de las ramas del Poder Público en todos los órdenes (art. 1). El Código fue objeto de una importante reforma en 2011, mediante la Ley 1437 contentiva del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.²⁵ Después del Código Colombiano de 1984, el proceso de codificación del derecho administrativo en Latinoamérica continuó con la Ley de Procedimiento Administrativo de Honduras de 1987.

Las anteriores fueron las leyes estudiadas cuando preparamos esta obra. Con posterioridad, y luego de un período de casi diez años, se sancionó en 1994 en México, con la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.²⁶ Años después, en 1999, se sancionó la Ley 9.784 de Brasil que reguló el proceso administrativo en el ámbito de la Administración Pública Federal de 21 de enero de 1999; y en 2000, en Panamá, se dictó la Ley 38 de 31 de julio de 2000 contentiva del Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, que regula el Procedimiento Administrativo General. Posteriormente, en Bolivia se dictó la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 sobre Ley de Procedimiento Administrativo; y en Chile, la Ley N° 19.880 de 29 de mayo de 2003, de Ley de Procedimientos Administrativos.

El rasgo común de toda esta codificación del procedimiento administrativo en España y América Latina es que el contenido de las diversas leyes de procedimiento administrativo, ha regulado no sólo las operaciones tendentes a producir los actos administrativos, sino el régimen de estos, en sí mismos, su forma, sus efectos, su ejecución, sus vicios y su impugnación. Cuando se analiza esta codificación hispanoamericana del procedimiento administrativo, por tanto, encontramos inútil la discusión doctrinal destacada por Georges Dupuis y que gira en torno al esfuerzo de distinguir, o de no confundir, la forma y el procedimiento (las formalidades) o, en otras palabras, de distinguir la operación

²³ Jaime Vidal Perdomo, “Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el Código Contencioso-Administrativo”, 28 de enero de 1980, en Gustavo Penagos, *Código Contencioso-Administrativo*, Bogotá, 1985, pp. 1-11.

²⁴ *Vid.* el texto del Decreto 01 de 1984 en Gustavo Penagos, *op. cit.*, pp. 21-79. El Decreto 01 se dictó en base a la Ley 58 de 1982. Posteriormente con base en la Ley 30 de 1987, mediante Decreto 2304, de 7 de octubre de 1989, se introdujeron reformas al Código Contencioso Administrativo.

²⁵ *V.*, Diario Oficial N° 47.956 de 18 de enero de 2011.

²⁶ Última reforma del 9 de abril de 2012.

de “*facere*”, es decir, de “fabricación” o elaboración del acto administrativo, y el “*factum*”, es decir, el producto de aquellas operaciones, que es el acto mismo²⁷. Ambos aspectos están comprendidos en el contenido de la codificación del procedimiento administrativo en España y América Latina, de manera que la misma abarca la regulación, tanto de la forma como de la formalidad de los actos administrativos, en el sentido precisado por René Hostiou, de que “*las formalidades* están constituidas por las diversas operaciones relativas a la operación normativa (el “*negotium*”), que condiciona la regularidad de la emisión y la entrada en vigor del acto”; y las *formas* “son las menciones del escrito (el “*instrumentum*”) que traducen expresamente las diversas condiciones de regularidad del acto (el autor, los fundamentos y la fecha de emisión del acto, principalmente)”²⁸.

Por supuesto que doctrinalmente se puede distinguir entre el conjunto de reglas relativas a “la operación de emisión” del acto administrativo que, según Guy Isaac, conformarían el procedimiento administrativo no contencioso²⁹ y el producto mismo de dicha operación, que es el acto administrativo en sí mismo, sus requisitos o condiciones de validez, sus efectos, su ejecución, su anulación y revocación y su revisión en vía administrativa.

Esta es la posición, por ejemplo, que adopta Celine Wiener, quien, al dar una noción comprensiva del procedimiento administrativo, señala que “el mismo comprende un conjunto de reglas de naturaleza con frecuencia diferente, pero que todas presentan el signo común de regir un momento de la elaboración del acto”. Por ello señala que al hablar del procedimiento administrativo, “sería quizás más exacto hablar de una reglamentación de la función administrativa de decisión, en la medida en que tal reglamentación se refiera en primer lugar al proceso de formación de la voluntad que está al origen de la decisión, es decir, los antecedentes y la instrucción de un acto, más que al acto en sí mismo”³⁰.

Sin embargo, trazar en la práctica la frontera entre uno y otro aspecto, sobre todo cuando estamos en presencia de legislaciones sobre el tema, consideramos que es jurídicamente imposible. El mismo Guy Isaac, al precisar el objeto del “procedimiento administrativo no contencioso”, como “la reglamentación de la operación de emisión del acto administrativo en conjunto”, agrega que “el mismo debe entonces ser definido en forma detallada, como el conjunto de reglas relativas al procedimiento de elaboración del acto, a su forma y a su publicidad,

²⁷ Georges Dupuis, “La forme de l'acte administratif”, en Georges Dupuis (ed.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, París, 1979, pp. 9 y 10.

²⁸ René Hostiou, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit Français*, París, 1975, p. 13.

²⁹ Guy Isaac, *La Procédure administrative non contentieuse*, París, 1968, pp. 151 ss.

³⁰ Celine Wiener, *Vers une Codification de la procédure administrative*, París, 1975, p. 15.

así como a su cuestionamiento”³¹, comprendiendo, por tanto, dentro del contenido del “procedimiento administrativo no contencioso” aspectos de la forma de los actos administrativos y de su impugnación³².

Ahora bien, definitivamente, la codificación del procedimiento administrativo en España y América Latina responde a una concepción muy amplia del mismo, signado por el esfuerzo, por una parte, de someter a la Administración a la legalidad y por la otra, de garantizar a los particulares un debido proceso frente a la Administración. Siguiendo la concepción de A. Merkl, de que “toda administración es procedimiento administrativo, y los actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo”³³, la codificación del procedimiento administrativo en España y América Latina, más que un esfuerzo de regular legislativamente las meras formalidades para la producción de los actos administrativos, en estricto sentido, constituye realmente, un esfuerzo de codificación “del derecho administrativo” en sí mismo, o si se quiere, de los principios generales del derecho administrativo que deben guiar la conducta de los órganos de la Administración en sus relaciones con los particulares, y garantizar los derechos de estos últimos ante la Administración. De allí la importancia que esta codificación del procedimiento administrativo en Hispanoamérica ha tenido para el afianzamiento de principio de la legalidad, la regularización de las relaciones entre la Administración y los administrados, y el desarrollo del mismo derecho administrativo.

Ahora bien, el estudio de los principios del procedimiento administrativo en España y los países latinoamericanos antes mencionados con codificación nacional relativa al mismo, lo haremos dividiendo nuestra exposición en tres partes.

La primera parte, la dedicaremos al estudio de la contribución que la codificación del procedimiento administrativo en nuestros países ha tenido respecto del afianzamiento del principio de la legalidad, que debe guiar toda la actividad administrativa. Para ello, dividiremos esta primera parte en tres Capítulos: el primero, destinado a analizar las implicaciones del carácter sublegal de la actividad administrativa; el segundo, a analizar la codificación de los mismos principios del procedimiento administrativo, y el tercero destinado a estudiar los límites al ejercicio del poder discrecional.

La segunda parte estará destinada, en particular, al estudio del régimen de los actos administrativos -noción central en el régimen de la legalidad administrativa- tal como se regula en la codificación hispanoamericana haciendo

³¹ Guy Isaac, *op. cit.*, pp. 158 y 173.

³² Lo cual incluso, con una visión aún más estrecha sobre el procedimiento y la forma del acto administrativo, es criticado por Dupuis, *loc. cit.*, pp. 9 y 10.

³³ A. Merkl, *op. cit.*, p. 279. *Vid.* los comentarios en G. Isaac *op. cit.*, p. 91.

referencia en dos capítulos a los elementos de los actos administrativos y a los principios relativos a los efectos de los mismos.

La tercera parte, la destinaremos, en particular, al estudio de los principios del procedimiento administrativo establecidos como garantía, tanto del principio de la legalidad como del respeto de los derechos de los administrados por los órganos de la Administración. Para ello, dividiremos esta tercera parte en dos capítulos en los cuales estudiaremos separadamente, los principios del procedimiento administrativo y en particular, el régimen legislativo del derecho a la defensa de los administrados y sus consecuencias. En el capítulo segundo, analizaremos, en particular, el régimen de los recursos administrativos puestos a disposición de los administrados para la revisión de los actos administrativos por la propia Administración.

Sección Primera: LA CONTRIBUCIÓN DE LA CODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO AL AFIANZAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

El principio de la legalidad, según el cual toda actuación de los órganos del Estado debe desarrollarse de conformidad con el derecho, sin duda, es la construcción jurídica más importante del Estado de Derecho.

De acuerdo a esta concepción, todos los órganos del Estado están sometidos al ordenamiento jurídico en cuya cúspide está la Constitución. Para algunos órganos del Estado, sin embargo, por su posición en la jerarquía de las normas, el derecho al cual deben someter su actuación solo está consagrado en la Constitución (es el caso del Parlamento y de algunas actuaciones del Gobierno), por lo que el principio de la legalidad sería mas propiamente, en esos casos, sólo “principio de la constitucionalidad”. Pero para la Administración, el orden jurídico al cual deben someterse los órganos administrativos está conformado por todas las fuentes del derecho, comprendidas la Constitución, las leyes, y los reglamentos en el ámbito que resulte del grado que ocupe en la jerarquía administrativa el órgano en particular; y por supuesto, comprendidos también los principios generales del derecho.

Ahora bien, en la tradición latinoamericana, la noción de principio de la legalidad tiene su antecedente remoto en el principio de la supremacía constitucional que, conforme al modelo norteamericano, nuestros países republicanos adoptaron desde comienzos del siglo pasado (1811), y en su consecuencia elemental: el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, que forma parte de nuestra tradición constitucional. Por ello, estando sometido el Parlamento, desde siempre, a control judicial de la constitucionalidad, con mayor razón la Administración ha estado sometida al control judicial de la legalidad, en su sentido más amplio.

Por supuesto, y siempre dentro del marco constitucional, la legalidad en nuestra tradición jurídica también ha estado sometida a ciertas “inflexiones”, en particular las que derivan de lo que en Francia se han denominado “circunstancias excepcionales”, y que en América Latina ha encontrado encuadramiento constitucional, desde comienzos de siglo, en la posibilidad atribuida al Poder Ejecutivo, generalmente con intervención legislativa, de restringir o suspender las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y decretar el estado de emergencia, estado de sitio o estado de urgencia.

La experiencia histórica de las situaciones excepcionales llevó así al constituyente latinoamericano a preverlas constitucionalmente³⁴, modificándose, al adoptarlas, el ámbito de la legalidad que rige la Administración, pero sin que quede excluida la posibilidad de control judicial de constitucionalidad y legalidad conforme al nuevo marco jurídico que derive de dichas medidas.

Ahora bien, aplicado específicamente a la Administración, el principio de la legalidad se ha consolidado en América Latina, al igual que en Francia, fundamentalmente con la construcción jurisprudencial de los principios generales del derecho, y en concreto, del derecho administrativo, muchos de ellos desgajados de la propia Constitución, en virtud de la consagración tradicional en las Constituciones de nuestros países, desde 1811, de un largo y completo elenco de derechos y garantías. Es cierto, que por muchas décadas y con altibajos cíclicos, muchos de dichos derechos, en muchos países, no han tenido efectiva aplicación; sin embargo, cuando han tenido efectividad, se han configurado en la principal fuente de los principios generales del derecho administrativo. Así ha sucedido con el derecho a la defensa, con el principio de la igualdad y no discriminación, con el de la no retroactividad de los actos administrativos, con la teoría de la indemnización debida por la lesión a los derechos adquiridos, etc. formulados en gran parte por la jurisprudencia.

Estos principios han sido, precisamente los que han encontrado consagración positiva en las leyes de procedimientos administrativos, produciéndose, con su conversión en derecho positivo, un mayor afianzamiento del principio de la legalidad, en relación, particularmente, a la actividad administrativa.*

³⁴ Al contrario de lo que sucedió en Francia, donde sólo fue en la Constitución de 1958 que se reguló *l'état de siège* (art. 36). Con anterioridad, la consagración del “estado de sitio” había tenido rango legislativo desde el Siglo pasado. Asimismo, ha sucedido con el estado de urgencia regulado legislativamente sólo a partir de 1955. *Vid.* las referencias en G. Vedel y Pierre Devolve, *Droit Administratif*, París, 1984, pp. 420-421. El rango legal de la institución en Francia radica en la no consagración constitucional de los derechos fundamentales.

* *V.*, Allan R. Brewer-Carías, “El tratamiento del principio de legalidad en las leyes de procedimiento administrativo de América latina, en Domingo García Belaúnde *et al.*,

En efecto, la actividad administrativa es una de las actividades del Estado, siendo las otras la actividad legislativa, la actividad de gobierno y la actividad judicial (jurisdiccional en la terminología francesa) distinguiéndose entre sí, entre otros aspectos, por el grado que ocupan en la graduación o escalonamiento del orden jurídico que derive de la Constitución, según la concepción de la creación del derecho por grados difundida por H. Kelsen³⁵.

De acuerdo a esta concepción, la actividad administrativa siempre es de rango sublegal, (al igual que la judicial), en contraste con la actividad legislativa y la actividad de gobierno, que siempre son de rango legal, es decir, ocupan el primer escalón en la producción del orden jurídico, pues son actividades que el Parlamento o el Presidente de la República ejercen en ejecución directa de normas constitucionales.

A pesar de que la actividad de gobierno y administrativa del Estado provengan de un mismo órgano del Poder Ejecutivo, sin embargo, las mismas no pueden confundirse, pues ocupan una diversa jerarquía en el orden jurídico, razón por la cual lo que es “legalidad” para los actos administrativos sólo es “constitucionalidad” para los actos de gobierno.

Conforme a ello, en la concepción latinoamericana, los actos de gobierno definitivamente no son actos administrativos, pues al ser dictados por el Presidente de la República en ejecución directa de la Constitución, tienen rango legal y no sublegal. En consecuencia, al no tratarse de actos administrativos, dichos actos, al igual que ha sucedido en Francia con la concepción del “acto de gobierno”³⁶, no están sometidos al control jurisdiccional contencioso administrativo, pero no porque sean pretendidas excepciones o inflexiones al principio de la legalidad, sino porque simplemente no son actos administrativos. Pero la exclusión del control jurisdiccional contencioso-administrativo no significa que están excluidos de todo control jurisdiccional, como en Francia, pues en América Latina siempre están sometidos al control jurisdiccional que les es propio, el de la justicia constitucional, pues solo están sujetos a normas constitucionales.

En todo caso, conforme al principio de la legalidad y así lo establece expresamente la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, “la Administración Pública actuará y sometida al ordenamiento jurídico y solo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes” (art. 11.1).

Homenaje a Valentín Paniagua, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú, Lima, 2010.

³⁵ Vid. H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, 1981, p. 135.

³⁶ Vid. J. M. Auby y R. Drago, *Traité de Contentieux Administratif*, París, 1984, t. 2, p. 166.

Ahora bien, tres aspectos nos interesa destacar en el estudio del principio de la legalidad aplicado a la Administración: en primer lugar, los principios que derivan del carácter sublegal de la actividad administrativa; en segundo lugar, la importancia de la positivización de los principios del procedimiento administrativo; y en tercer lugar, los principios elaborados jurisprudencialmente y recogidos en las leyes de procedimientos administrativos, limitativos al ejercicio del poder discrecional.

CAPÍTULO I. EL CARÁCTER SUBLEGAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

El carácter sub-legal de la actividad administrativa, en las leyes reguladoras del procedimiento administrativo en España y América Latina, ha tenido consagraciones particulares por lo que se refiere al principio de la sujeción a la ley, al respeto del principio de la reserva legal, al respeto de la jerarquía de las normas administrativas, así como al principio del paralelismo de las formas.

I. EL RESPETO A LA LEY

La consecuencia más elemental de la formulación del carácter sub legal de la actividad administrativa, es el respeto a la ley, es decir, el respeto a las regulaciones normativas adoptadas por el Parlamento. Esto, por supuesto, tiene enorme importancia en España y América Latina, donde las relaciones entre la Ley y el Reglamento se dan en una forma radicalmente distinta a como se han formulado en la Constitución francesa de 1958³⁷. No hay en Hispano América nada que se parezca a la consagración constitucional de un ámbito de materias asignadas, como “*numerus clausus*”, al Legislador, quedando todo el resto de las materias al ámbito reglamentario³⁸.

Al contrario, en España³⁹ y América Latina, la competencia legislativa es la normal⁴⁰ es decir, es el “derecho común”, siendo la competencia reglamentaria la “excepción” de manera que, incluso, materias reguladas reglamentariamente pueden, sin límite cuando lo decida el Legislador, ser objeto de regulación legislativa.

³⁷ Arts. 34 y 37.

³⁸ Vid. M. Waline, “Les rapports entre la loi et le règlement, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'etranger*, París, 1959, p. 699.

³⁹ Vid. Juan Alfonso Santamaría Pastor y Luciano Parejo Alfonso, *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1969, p. 67.

⁴⁰ Vid. Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, p. 37.

Como consecuencia de este principio, la Administración siempre está sometida a las disposiciones legislativas que dicte el Parlamento, no existiendo, en consecuencia, en nuestros países, materias que puedan considerarse “reservadas” al poder reglamentario.

En consecuencia, como lo reafirma el art. 51.1 de la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común:

“Las disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las Leyes...”

En sentido similar, la Ley de Honduras precisa que los órganos de la Administración no pueden, mediante actos de carácter general “alterar el espíritu de la ley, variando el sentido y alcance de ésta” (art. 40,a).

De acuerdo a estos postulados, por tanto, toda la actividad administrativa, siempre, es de rango sub legal, de manera que la Administración no puede en forma alguna contrariar la ley; pudiendo, además, el Legislador, regular cualquier materia sin que existan campos reservados al poder reglamentario.

II. EL RESPETO A LA RESERVA LEGAL (DOMINIO RESERVADO AL LEGISLADOR)

Pero, en segundo lugar, el carácter sub legal de la actividad administrativa implica que la Administración debe siempre respetar la denominada “reserva legal” es decir, las materias que la Constitución asigna de manera exclusiva al legislador, de manera que aún en ausencia de ejercicio del poder regulador por el Parlamento, la materia reservada al Legislador no puede ser objeto de reglamentación por vía administrativa.

Entre estas materias reservadas al Legislador, en el sistema constitucional español y de América Latina, está el régimen de los derechos fundamentales. En efecto, estando los derechos fundamentales consagrados en las Constituciones, la primera y más importante de las garantías constitucionales a estos derechos, es precisamente el de la reserva legal, es decir, que sólo el Legislador mediante ley formal, puede establecer regulaciones, limitaciones o restricciones al ejercicio de dichos derechos dentro del marco de las regulaciones constitucionales⁴¹. Así lo establece expresamente, por ejemplo, la Ley General de la Administración

⁴¹ *Vid.*, Allan R. Brewer-Carías, “Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme dans les pays de l'Amérique Latine (Notamment au Vénézuéla)” *Revue internationale de droit compare*, París, 1977, núm 1, p. 48.

Pública de Costa Rica, al prescribir que “el régimen jurídico de los derechos constitucionales está reservado a la Ley” (art. 19.1).

Ello implica, por tanto, que la Administración y particularmente el reglamento, no pueden limitar o restringir los derechos y garantías constitucionales, aun en aspectos que no hayan sido objeto de regulación expresa mediante Ley.

Además de las regulaciones sobre derechos fundamentales, por supuesto, otras múltiples materias reguladas en la parte orgánica de las Constituciones, están también reservadas al Legislador, y así es frecuente que los Textos fundamentales remitan al Legislador, por ejemplo, para la organización y funcionamiento de Municipios y comunas, o de órganos nacionales con autonomía funcional, como el Fiscal General de la República o el Contralor General de la República; y en todo caso, para el establecimiento de impuestos, tasas y contribuciones.

Todas estas materias de la reserva legal constituyen un límite a la actividad administrativa y una parcela esencial del principio de la legalidad.

Pero además de la formulación expresa de la reserva legal, como por ejemplo sucede, en general, con las materias de carácter tributario⁴², el principio de la reserva legal ha resultado en muchos casos, de la construcción jurisprudencial de principios generales del derecho. Es el caso del establecimiento de sanciones administrativas, que se reserva al Legislador, en base al principio derivado del postulado constitucional *nullum crimen nulla poena sine legge* que se consagra en las Constituciones en materia penal⁴³, y que la jurisprudencia contencioso-administrativa ha considerado aplicable al ámbito de las sanciones administrativas, al declarar la nulidad de normas reglamentarias que han previsto sanciones por infracciones no establecidas en la Ley⁴⁴.

Como consecuencia de esto, son típicas materias de la reserva legal las expresamente establecidas como tal en las Constituciones; la regulación, limitación o restricción de los derechos y garantías constitucionales; la creación de impuestos, tasas y contribuciones, y el establecimiento de infracciones y sanciones administrativas.

⁴² El art. 317 de la Constitución venezolana, por ejemplo, establece que “No podrán cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la ley...”

⁴³ El art. 49.1 la Constitución venezolana establece, así, que “Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”.

⁴⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa (Venezuela), 5 de junio de 1986, *Revista de Derecho Público*, núm. 27, Caracas, 1986, pp. 88-89.

La sanción a la violación de la reserva legal por los actos administrativos, por supuesto, al tratarse de una violación de normas constitucionales, acarrea la nulidad absoluta, tal y como lo declara expresamente la legislación española⁴⁵.

Este principio de la reserva legal, además, ha encontrado consagración expresa en las leyes de procedimiento administrativo. Así, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela establece:

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

Ello lo corrobora la Ley de Honduras, que establece que los órganos de la Administración no pueden, mediante actos de carácter general, “establecer penas, ni prestaciones personales obligatorias, salvo aquellos casos en que expresamente lo autorice la Ley” (art. 40,c).

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

“Art. 124. Los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrá establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares”.

De la norma de la legislación venezolana, sin embargo, resulta, en principio, la posibilidad de “delegación legislativa” en materia de reserva legal lo cual ha sido admitido, por ejemplo, en materia de determinación de tasas por servicios y de establecimiento de infracciones⁴⁶.

Por último, debe advertirse que el ámbito de la reserva legal también puede plantearse constitucionalmente en las relaciones entre los actos de gobierno y los actos administrativos. Así, cuando las Constituciones, por ejemplo, atribuyen al Presidente de la República la potestad de restringir o suspender las garantías constitucionales, la consecuencia directa es la restricción o suspensión de la reserva legal, y por tanto, la “ampliación” de potestades “legislativas” del

⁴⁵ Art. 62.2, Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de los Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común.

⁴⁶ En estos casos, la jurisprudencia venezolana ha atribuido a estos reglamentos dictados en materias de reserva legal con autorización expresa del legislador, incluso, rango legal. *Vid.* Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 27 de enero de 1971, en Allan R. Brewer Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1953-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. III, vol. 1, Caracas, 1976, pp. 135 y 136.

Presidente de la República⁴⁷. En esos casos, los Decretos-Leyes que dicte el Presidente de la República deben estar fundamentados en el decreto de restricción o suspensión, pues de lo contrario tendrían que ser considerados como simples actos administrativos que no podrían invadir la reserva legal.

III. EL RESPETO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS REGLAMENTARIOS

Pero es evidente que el principio de la legalidad, aplicado a los actos administrativos, no solo implica sumisión a la Constitución y a la Ley, sino también respeto a los propios actos normativos dictados por la Administración, es decir, que los actos administrativos individuales deben estar sometidos, como condición de legalidad, a lo prescrito por los actos administrativos reglamentarios.*

Es el principio conocido como el de la inderogabilidad singular de los Reglamentos, el cual desarrollado desde hace años por la jurisprudencia francesa⁴⁸, ha encontrado consagración positiva expresa en España, en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (1957), y en la actualidad en la Ley 30/1992, la cual dispone que “las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquellas tengan grado igual o superior a éstas” (art. 52.2).

El principio también se ha regulado en Venezuela, en la Ley de Procedimientos Administrativos, que prescribe lo siguiente:

“Art. 13. Ningún acto administrativo podrá violar lo establecido en otro de superior jerarquía; ni los de carácter particular vulnerar lo establecido en una disposición administrativa de carácter general, aun cuando fuesen dictados por autoridad igual o superior a la que dictó la disposición general”.

En sentido similar, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece el principio así:

⁴⁷ Vid. En Allan R. Brewer-Carías, “Les garanties constitutionnelles...”, *loc. cit.*, p. 49.

* V., Allan R. Brewer-Carías, “Los actos administrativos normativos como fuente del derecho en Venezuela, con especial referencia a los reglamentos ejecutivos, en Jaime Rodríguez Arana Muñoz et al. (Editores), *El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica (Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo)*, Congrex SA, Panamá 2009, pp. 767-784.

⁴⁸ Vid. en J. M. Auby y R. Drago, *Traité de Contentieux Administratif*, Paris, 1984, t. 2, pp. 355-358.

“Art. 13.1. La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.

2. La regla anterior se aplicará también en relación con los reglamentos, sea que éstos provengan de la misma autoridad, sea que provengan de otra superior o inferior competente”.

De estas normas, entre otras, deriva la obligación que tienen los órganos administrativos, al dictar actos administrativos individuales, de respetar los reglamentos, o en otros términos, la prohibición de la derogación singular de los reglamentos en la resolución de un caso individual. Esto implica no sólo la obligación de respeto de los reglamentos dictados por órganos administrativos superiores, sino la obligación de los órganos administrativos, al dictar un acto individual, de observar sus propios reglamentos (*Tu patere legem quam fecisti*), e incluso, la obligación de los órganos administrativos en la resolución de casos individuales, de observar lo establecido con carácter reglamentario por órganos de inferior jerarquía.

Este principio del respeto de los actos administrativos normativos por los actos administrativos individuales, sin duda, tienen su fundamento último en el principio de la igualdad y no discriminación, que resultaría violado si se permitiera la resolución individual de asuntos al margen de las disposiciones reglamentarias.

Desde el punto de vista práctico, las normas mencionadas implican que si se dicta una Resolución reglamentaria por un Ministro, no sólo este funcionario no puede vulnerarla con sus actos administrativos individuales, sino que el Presidente de la República tampoco puede vulnerar dicha disposición general, con un acto individual. En esta forma, si el Ministro quiere apartarse de su acto reglamentario para decidir un caso concreto, no puede hacerlo sin antes modificar el acto reglamentario, mediante otro acto reglamentario; es decir, tiene que reformar el reglamento y luego adoptar la decisión individual conforme a la reforma. Lo mismo sucede respecto de los actos del órgano superior si existe una Resolución Ministerial de carácter reglamentario, no puede el Presidente de la República mediante un Decreto individual, modificar el acto reglamentario ministerial; tendría que dictar previamente un Decreto reglamentario cambiando el régimen, para luego dictar el acto individual⁴⁹.

⁴⁹ Vid. Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, pp. 41-42.

IV. EL RESPETO DE LA JERARQUÍA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y EL PARALELISMO DE LAS FORMAS

Pero además del respeto de los actores reglamentarios, el principio de la legalidad aplicado a los actores administrativos impone a los órganos administrativos el respeto de la jerarquía de los propios órganos y actos, particularmente cuando se trata de actos administrativos individuales. Como lo ha establecido la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, “Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior” (art. 51.2), por lo que los actos administrativos dictados por órganos interiores en la jerarquía administrativa no pueden violar o desconocer lo establecido en actos individuales dictados por órganos de jerarquía superior.

A los efectos de dar mayor efectividad al principio, en algunos casos, las leyes de procedimiento administrativo han establecido expresamente la jerarquía de los actos administrativos, conforme a la jerarquía de los órganos administrativos. Es el caso de la Ley venezolana que prescribe que los actos administrativos tienen la siguiente jerarquía: “decretos, resoluciones, órdenes, providencias y otras decisiones dictadas por órganos y autoridades administrativas” (art. 14)⁵⁰.

Por interpretación a contrario del principio del respeto de la jerarquía de los actos administrativos, resulta evidente que la Administración puede, en principio, revisar, derogar, modificar o revocar sus propios actos administrativos, siempre que ello se haga por el mismo órgano que lo emanó o por el superior jerárquico, salvo que la Ley haya prescrito una desconcentración mediante asignación exclusiva de competencia al órgano inferior.

⁵⁰ La Ley además, define cada uno de estos actos así:

Art. 15. Los decretos son las decisiones de mayor jerarquía dictadas por el Presidente de la República y, en su caso, serán refrendados por aquél o aquellos Ministros a quienes corresponda la materia, o por todos, cuando la decisión haya sido tomada en Consejo de Ministros. En el primer caso, el Presidente de la República cuando a su juicio la importancia del asunto lo requiera, podrá ordenar que sea refrendado, además, por otros Ministros.

Art. 16. Las resoluciones son decisiones de carácter general o particular adoptadas por los Ministros por disposición del Presidente de la República o por disposición específica de la ley. Las resoluciones deben ser suscritas por el Ministro respectivo. Cuando la materia de una Resolución corresponda a más de un Ministro, deberá ser suscrita por aquellos a quienes concierna el asunto.

Art. 17. Las decisiones de los órganos de la Administración Pública Nacional, cuando no les corresponda la forma de decreto o Resolución, conforme a los artículos anteriores tendrán la denominación de orden o providencia administrativa. También, en su caso, podrán adoptar las formas de instrucciones o circulares.

En cuanto a los actos administrativos reglamentarios, por tener por objeto situaciones jurídicas generales e impersonales, los mismos pueden siempre ser modificados o derogados por la misma autoridad que los dictó, en cuyo caso, en principio, debe respetarse el principio denominado del paralelismo de las formas, es decir, que el acto reglamentario modificatorio o derogatorio del anterior debe ser dictado respetándose las mismas formalidades y formas prescritas por la Ley que se siguieron en la formulación del acto inicial. El mismo principio, por supuesto, se aplica en materia de modificación o revocación de actos administrativos individuales, en los casos en los cuales tal modificación o revocación pueda producirse, siempre que no se lesionen derechos adquiridos⁵¹.

CAPÍTULO II: A IMPORTANCIA DE LA POSITIVIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO*

Las leyes de procedimiento administrativo, en todos los países donde se han dictado, comenzaron a darle un nuevo enfoque al objeto de la disciplina, la Administración Pública, al regular con amplitud y precisión tanto su actividad sustantiva como los aspectos centrales de su relación con los administrados, regulándose entonces el conjunto de situaciones jurídicas en las cuales se encuentran tanto la Administración como los administrados en sus relaciones recíprocas, es decir, el conjunto de poderes, prerrogativas y obligaciones de la Administración, por una parte; y por la otra, los derechos y obligaciones de los particulares en sus relaciones con aquella.

Siendo ese el sentido central de la regulación de las leyes, las mismas cambiaron totalmente la situación tradicional de estas relaciones entre Administración y particular, en la cual el balance estaba a favor de la Administración, con amplias regulaciones sobre sus poderes, potestades y prerrogativas y las obligaciones de los administrados, y pocas sobre sus derechos. Ese balance fue el que cambió sustancialmente a partir de la sanción de las leyes de procedimiento administrativo buscándose entonces una situación de equilibrio entre poderes de la Administración y derechos de los particulares, que se garantizan. Ello, por otra parte, es la esencia del principio de la legalidad y de las regulaciones jurídicas sobre la Administración: el equilibrio que tiene que existir entre poderes y prerrogativas administrativas y derechos de los particulares.

Al cambiar totalmente el balance de esos dos extremos y establecerse un equilibrio, las leyes de procedimiento administrativo, al establecer formas generales de la actuación de la Administración, originaron en todos los países un cambio de actitud y de forma y método de actuar de la Administración, a los

⁵¹ Vid. G. Isaac, *La Procédure Administrative non Contentieuse*, París, 1968, p. 306.

* Este capítulo no estaba en el texto original de la obra de 1990.

efectos de lograr que dejara de ser la Administración prepotente que sólo concedía dádivas o favores al administrado, quien por su parte, no tenía derechos, ni cómo reclamarlos y era aplastado y a veces vejado por la Administración. Con las nuevas leyes se sentaron las bases para que ello cambiara, pues del administrado que la Administración iba a enfrentar ya no era uno indefenso, sino uno bien armado con muchos derechos legales y con muchos mecanismos jurídicos para garantizar esos derechos y controlar cualquier actitud que significara la desmejora de esas garantías.

Por tanto, en todos los países de América Latina, la motivación central de estos cuerpos normativos reguladores tanto del procedimiento como de los actos administrativos, ha sido, por una parte, el establecimiento de un régimen de la acción de la Administración para la producción de sus actos administrativos y por la otra, la previsión de un régimen de garantías de los administrados frente a la Administración. Estas leyes reflejan, por ello, como se ha dicho anteriormente, la lucha permanente que ha caracterizado al propio derecho administrativo, dirigida a la búsqueda de un balance entre los privilegios de la Administración y los derechos de los particulares. De allí que las mismas regulen el desarrollo de la actividad de la Administración para obtener la adecuada satisfacción de los intereses públicos y además, busquen que los derechos de los administrados estén debidamente garantizados.

Por ello, por ejemplo, en los Considerandos de la Ley de Honduras de 1987 se señala que en el Estado Moderno:

La satisfacción de los intereses públicos exige el respeto de las formas creadas como garantía de los derechos de los particulares frente a la actividad administrativa.

Asimismo, en los Considerandos del Decreto 500/991 de Uruguay, se precisó la motivación de todo su conjunto normativo, al establecer que tiene por objeto regular la actuación de la Administración:

A fin de servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y para mejor tutelar los derechos e intereses legítimos de los administrados.

De ello resulta este rasgo común de las regulaciones sobre procedimientos administrativos, de buscar el mejor cumplimiento de los fines de la Administración y servir con objetividad los intereses generales y, a la vez, tutelar los derechos e intereses de los particulares. Eso lo señala expresamente, por ejemplo, tanto el artículo 1° de la Ley 9.784 de Brasil, como el artículo III (finalidad) del Título Preliminar de la Ley 27.444 del Perú.

Pero, además, también puede identificarse como otra motivación general de las leyes de procedimiento administrativo al establecer las formas de la actuación de la Administración en sus relaciones con los particulares, que se realice con el menor formalismo posible. Por ello, en los mismos Considerandos del Decreto uruguayo se señaló, también, que el texto tiene por objeto agilizar y dar flexibilidad al procedimiento administrativo, “evitando la realización o exigencias de trámites, formulismos o recaudos innecesarios o arbitrarios que compliquen o dificulten su desenvolvimiento”.

I. LA ENUMERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LAS LEYES LATINOAMERICANAS

Una característica general de estas leyes de procedimiento administrativo en América Latina, es la enumeración en el propio texto de las leyes, del conjunto de principios generales sobre los mismos,⁵² los cuales, por tanto, no se tienen que deducir por interpretación, permitiendo así, al juez contencioso administrativo o de control de la actividad administrativa, tener más precisas herramientas de control sobre la actuación administrativa. Incluso, en algunos casos, los principios se han establecido con rango constitucional, como es el caso de la Constitución de Venezuela de 1999, en cuyo artículo 141 se precisa que:

Artículo 141: La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Pero en general, ha sido en las leyes de procedimiento administrativo donde se han enumerado estos principios.

Se destaca, como ejemplo la Ley de Honduras, en cuyos Considerandos se precisó que “la actividad administrativa debe estar presidida por principios de economía, simplicidad, celeridad y eficacia que garanticen la buena marcha de la Administración”, a fin de lograr una pronta y efectiva satisfacción del interés general (art. 19).

⁵² V., en general sobre este tema, lo que hemos expuesto en los siguientes trabajos: Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento administrativo*, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Editorial Civitas, Madrid 1990; *Les principes de la procédure administrative non contentieuse. Études de Droit Comparé (France, Espagne, Amérique Latine)*, Prólogo de Frank Moderne, Editorial Economica, París 1992; también publicado en *Etudes de droit public comparé*, Académie Internationale de Droit Comparé, Ed. Bruylant, Bruxelles 2001, pp. 161-274; y *Principios del Procedimiento en América Latina*, Universidad del Rosario, Editorial Legis, Bogotá 2003.

Asimismo, la Ley argentina expresamente señaló en su artículo 1,b, que los principios que rigen en el procedimiento administrativo, son la “celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites”.

En el caso de Venezuela, además de los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos agregó el principio de imparcialidad (art. 30) y, adicionalmente, la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de 1999, reformada en 2008 enumeró los siguientes principios en los cuales se debe fundamentar la simplificación de trámites administrativos: “conforme a los cuales se deben elaborar los planes de simplificación, que son: “simplicidad, transparencia, celeridad, eficacia, eficiencia, rendición de cuentas, solidaridad, presunción de buena fe del interesado o interesada, responsabilidad en el ejercicio de la función pública, desconcentración en la toma de decisiones por parte de los órganos de dirección y su actuación debe estar dirigida al servicio de las personas.”

Estos principios los repitió el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, reformada en 2008, al precisar que su actividad se debe desarrollar con base en “los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales.”

A la norma se agregó, además, la indicación de que “La simplificación de los trámites administrativos, así como la supresión de los que fueren innecesarios será tarea permanente de los órganos y entes de la Administración Pública, de conformidad con los principios y normas que establezca la ley correspondiente.”

En Ecuador, igualmente, la Ley de Modernización del Estado precisó que los procesos de modernización se deben sujetar a los principios de eficiencia, agilidad, transparencia, coparticipación en la gestión pública y solidaridad social.

En la Ley Federal de México, se siguió la misma orientación del texto colombiano, y se agregó a la enumeración, también, el principio de la buena fe (art. 13).

En el Código de Colombia, además de todos estos principios, con la reforma de 2011 Código (art. 3) se agregaron los “del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad,” definiéndolos así:

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción. En materia admi-

nistrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus* y *non bis in idem*.

2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

6. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.

8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.

10. En virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares.

11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

En la línea enumerativa amplia, con anterioridad, en el Decreto del Uruguay, se había establecido en su artículo 2, que la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al derecho y debe actuar de acuerdo a los siguientes principios generales: a) Imparcialidad; b) Legalidad objetiva; c) Impulsión de oficio; d) Verdad material; e) Economía, celeridad y eficacia; f) Informalismo en favor del administrado; g) Flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos; h) Delegación material; i) Debido procedimiento; j) Contradicción; k) Buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario; l) Motivación de la decisión; y m) Gratuidad.

En el mismo sentido se destaca la Ley de Brasil, la cual destinó al tema de los principios del procedimiento administrativo un extenso artículo (art. 2), en el cual se enumeran además de un conjunto de criterios que deben guiar los procedimientos administrativos, los “principios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Con la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General del Perú de 2001, se produjo un avance fundamental en este proceso de positivización de los principios del procedimiento administrativo, al precisar en el artículo IV del Título Preliminar que el procedimiento administrativo, sin perjuicio de la vigencia de otros principios general del derecho administrativo, se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, que se enumeran a título enunciativo y no taxativo: principio de legalidad; principio del debido

procedimiento; principio del impulso de oficio; principio de razonabilidad; principio de imparcialidad; principio de informalismo; principio de presunción de veracidad; principio de conducta procedimental; principio de celeridad; principio de eficacia; principio de verdad material; principio de participación; principio de simplicidad; principio de uniformidad; principio de predictibilidad; principio de privilegio de controles posteriores. Específicamente, el artículo IV.1 de dicha Ley dispuso que el procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios (que se enumeran sin tener carácter taxativo), sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

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

1.2. *Principio del debido procedimiento.*- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

1.3. *Principio de impulso de oficio.*- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

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

1.5. *Principio de imparcialidad.*- Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

1.6. *Principio de informalismo.*- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no

sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

1.7 *Principio de presunción de veracidad.*- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

1.8 *Principio de conducta procedimental.*- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

1.9. *Principio de celeridad.*- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

1.10. *Principio de eficacia.*- Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

1.11. *Principio de verdad material.*- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

1.12. *Principio de participación.*- Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión.

1.13. *Principio de simplicidad.*- Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.

1.14. *Principio de uniformidad.*- La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.

1.15. *Principio de predictibilidad.*- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

1.16. *Principio de privilegio de controles posteriores.*- La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.

Sobre estos principios, la norma del artículo IV.2 de la Ley peruana agregó que los mismos deben servir también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo.

Una enunciación similar, de carácter exhaustivo, se puede encontrar también en la Ley de Bolivia de 2002, en la cual el artículo 4 enumera e incluso define los siguientes principios a los que debe sujetarse la Administración Pública:

a) *Principio fundamental:* El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad;

- b) *Principio de autotutela*: La Administración Pública dicta actos que efectos sobre los ciudadanos y podrá ejecutar según corresponda por sí misma sus propios actos, sin perjuicio del control judicial posterior;
- c) *Principio de sometimiento pleno a la ley*: La Administración Pública sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;
- d) *Principio de verdad material*: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;
- e) *Principio de buena fe*: En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos; orientarán el procedimiento administrativo;
- f) *Principio de imparcialidad*: Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados;
- g) *Principio de legalidad y presunción de legitimidad*: Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario;
- h) *Principio de jerarquía normativa*: La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes;
- i) *Principio de control judicial*: El Poder Judicial, controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicables;
- j) *Principio de eficacia*: Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas;
- k) *Principio de economía, simplicidad y celeridad*: Los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias;
- l) *Principio de informalismo*: La inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo;
- m) *Principio de publicidad*: La actividad y actuación de la Administración es pública, salvo que ésta u otras leyes la limiten;

n) *Principio de impulso de oficio*: La Administración Pública está obligada a impulsar el procedimiento en todos los trámites en los que medie el interés público;

o) *Principio de gratuidad*: Los particulares sólo estarán obligados a realizar prestaciones personales o patrimoniales en favor de la Administración Pública, cuando la Ley o norma jurídica expresamente lo establezca; y,

p) *Principio de proporcionalidad*: La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.

En la Ley N° 38 de Panamá de 2000, entre las misiones de la Procuraduría de la Administración se indica la “coadyuvar a que la Administración Pública desarrolle su gestión con estricto apego a los principios de legalidad, calidad, transparencia, eficiencia, eficacia y moralidad en la prestación de los servicios públicos” (art. 3,2); y luego en su artículo 34 se precisa que “las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad.”

Por último, en la Ley N° 19.880 de Procedimientos administrativos de Chile de 2003, también se indica que el procedimiento administrativo estará sometido a los principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad (Art. 4).

Estos principios, además, como lo señala el artículo 2 de la Ley de Brasil, deben servir como criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las normas de procedimiento. En el mismo sentido, se regula en la Ley de Honduras (art. 19 y 114) y la Ley del Perú (artículo IV del Título preliminar), donde se señaló no sólo que los principios deben servir de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, sino, además, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo.

Por ello, una enumeración extensísima de principios del procedimiento administrativo, como la contenida en las leyes de Brasil, de Uruguay y de Perú, sin duda, como se dijo, tiene la ventaja de permitir al juez contencioso-administrativo ejercer un control más efectivo y con mayor amplitud en relación con la actividad administrativa.

Pero por supuesto, mucho más importante que la sola enumeración de los principios, es la definición en los textos legales del contenido de los mismos,

como ocurre con el artículo 4 de la Ley de Bolivia ates mencionado. Es lo que hacen el Código colombiano (art. 2) y más extensamente, la Ley del Perú, en la cual su artículo IV,1.2 del Título Preliminar dispuso que los administrados deben gozar de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, el cual se rige por los principios de derecho administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Por otra parte, al referirse al principio de celeridad, el mismo artículo 2 del Código colombiano señala que en virtud del mismo:

Las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

La Ley del Perú, por su parte, en relación con este mismo principio de celeridad, dispuso en el artículo IV, 1.9 del Título Preliminar, como obligación para quienes participan en el procedimiento, el que deben ajustar su actuación de tal modo que:

Se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

Por otra parte, en cuanto al principio de la eficacia, la norma del Código colombiano señala que el mismo tiene por objeto lograr la finalidad del procedimiento “removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias”.

La Ley del Perú, en relación con este principio de la eficacia, en el mismo artículo IV del Título Preliminar, es aún más explícita, al señalar:

1.10 Principio de eficacia. Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

En cuanto al principio de imparcialidad, la Ley 19880 de Chile dispone que “La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte” (Art 11)

En todos estos casos, sin duda, como hemos destacado, al precisarse el contenido de los principios, el Juez contencioso-administrativo dispone de mayores elementos para poder ejercer su competencia de control sobre la actuación de la Administración.

No debe olvidarse, sin embargo, que en América Latina, antes de que se comenzaran a dictar las leyes generales sobre procedimientos administrativos, la mayoría de los principios antes mencionados, se habían venido construyendo, con la ayuda de la doctrina y sin texto normativo expreso, como consecuencia de la labor del juez contencioso-administrativo. Por ello es que el derecho administrativo en América Latina puede dividirse en las dos etapas antes mencionadas: antes y después de las leyes que han regulado todos esos principios, los cuales, antes, habían sido creación de la jurisprudencia, y delineados por la doctrina. En todo caso, a medida que estos principios se han ido estableciendo en textos legales expresos, se han reforzado los instrumentos que le han permitido al juez ejercer con mayor precisión el control de legalidad, catapultándose, en consecuencia, tanto la jurisprudencia como la doctrina.

Por ejemplo, el que se encuentre en el Decreto uruguayo y en las Leyes de Perú, Venezuela y Bolivia, la enunciación expresa del principio de la buena fe puede considerarse como una revolución en el régimen jurídico de la Administración Pública, porque en la práctica de algunas Administraciones Públicas, lamentablemente, lo que existe de parte de los funcionarios es una especie de presunción de que el administrado actúa de mala fe, por lo que usualmente busca obstaculizar sus pretensiones; y el administrado, por su parte, con frecuencia responde a esta actitud, buscando engañar a la Administración.

El principio de la buena fe, al contrario, tiene que convertirse en el instrumento que pueda garantizarle al particular que puede confiar en la Administración y en el funcionario, y viceversa. En consecuencia, encontrar este principio expresamente consagrado en el derecho positivo permite al Juez poder controlar más la actuación de la Administración.

En relación con este principio de la buena fe, la Ley del Perú lo enunció, dentro del principio de conducta procedimental (art. IV, Título Preliminar), así:

1.8 Principio de conducta procedimental. La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna

regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

Incluso, en la Ley venezolana sobre Simplificación de Trámites Administrativos (2008) se formula el principio de que:

Artículo 23: De acuerdo con la presunción de buena fe, en todas las actuaciones que se realicen ante la Administración Pública, se tomará como cierta la declaración de las personas interesadas, salvo prueba en contrario. A tal efecto, los trámites administrativos deben rediseñarse para lograr el objetivo propuesto en la generalidad de los casos.

Este principio, por otra parte, se recogió como “presunción de veracidad” en el artículo 3º del Decreto N° 266 de 2000 de Colombia sobre simplificación de trámites.

Ahora bien, entre los principios del procedimiento administrativo que ya puede considerarse que conforman un estándar en Latinoamérica, se destacan el principio de eficacia, el principio de la celeridad y el principio de la buena fe.

Por último, debe mencionarse la Ley No. 107-13 de Procedimientos Administrativos de la República Dominicana de 2013, que contiene una enumeración de principios del procedimiento administrativo que hasta cierto punto se aparta de la línea definida en las leyes precedentes, apuntando más hacia la garantía del debido proceso. En tal sentido, el artículo 3 de dicha Ley dispone:

Artículo 3. Principios de la actuación administrativa. En el marco del respeto al ordenamiento jurídico en su conjunto, la Administración Pública sirve y garantiza con objetividad el interés general y actúa, especialmente en sus relaciones con las personas, de acuerdo con los siguientes principios:

1. *Principio de juridicidad:* En cuya virtud toda la actuación administrativa se somete plenamente al ordenamiento jurídico del Estado.

2. *Principio de servicio objetivo a las personas:* Que se proyecta a todas las actuaciones administrativas y de sus agentes y que se concreta en el respeto a los derechos fundamentales de las personas, proscribiendo toda actuación administrativa que dependa de parcialidades de cualquier tipo.

3. *Principio promocional:* Expresado en la creación de las condiciones para que la libertad y la igualdad de oportunidades de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivos, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y fomentando igualmente la participación.

4. *Principio de racionalidad:* Que se extiende especialmente a la motivación y argumentación que debe servir de base a la entera actuación

administrativa. La Administración debe actuar siempre a través de buenas decisiones administrativas que valoren objetivamente todos los intereses en juego de acuerdo con la buena gobernanza democrática.

5. *Principio de igualdad de trato*: Por el que las personas que se encuentren en la misma situación serán tratados de manera igual, garantizándose, con expresa motivación en los casos concretos, las razones que puedan aconsejar la diferencia de trato.

6. *Principio de eficacia*: En cuya virtud en los procedimientos administrativos las autoridades removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán la falta de respuesta a las peticiones formuladas, las dilaciones y los retardos.

7. *Principio de publicidad de las normas*, de los procedimientos y del entero quehacer administrativo: En el marco del respeto del derecho a la intimidad y de las reservas que por razones acreditadas de confidencialidad o interés general sea pertinente en cada caso.

8. *Principio de seguridad jurídica*, de previsibilidad y certeza normativa: Por los cuales la Administración se somete al derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas y criterios administrativos.

9. *Principio de proporcionalidad*: Las decisiones de la Administración, cuando resulten restrictivas de derechos o supongan un efecto negativo para las personas, habrán de observar el principio de proporcionalidad, de acuerdo con el cual los límites o restricciones habrán de ser aptos, coherentes y útiles para alcanzar el fin de interés general que se persiga en cada caso; deberán ser necesarios, por no hallarse un medio alternativo menos restrictivo y con igual grado de eficacia en la consecución de la finalidad pública que pretenda obtenerse; y, finalmente, habrán de ser proporcionados en sentido estricto, por generar mayores beneficios para el interés general y los intereses y derechos de los ciudadanos, que perjuicios sobre el derecho o libertad afectado por la medida restrictiva.

10. *Principio de ejercicio normativo del poder*: En cuya virtud la Administración Pública ejercerá sus competencias y potestades dentro del marco de lo que la ley les haya atribuido, y de acuerdo con la finalidad para la que se otorga esa competencia o potestad, sin incurrir en abuso o desviación de poder, con respeto y observancia objetiva de los intereses generales.

11. *Principio de imparcialidad e independencia*: El personal al servicio de la Administración Pública deberá abstenerse de toda actuación arbitraria o que ocasione trato preferente por cualquier motivo y actuar en función del servicio objetivo al interés general, prohibiéndose la participación de

dicho personal en cualquier asunto en el que él mismo, o personas o familiares próximos, tengan cualquier tipo de intereses o pueda existir conflicto de intereses.

12. *Principio de relevancia:* En cuya virtud las actuaciones administrativas habrán de adoptarse en función de los aspectos más relevantes, sin que sea posible, como fundamento de la decisión que proceda, valorar únicamente aspectos de escasa consideración.

13. *Principio de coherencia:* Las actuaciones administrativas serán congruentes con la práctica y los antecedentes administrativos salvo que por las razones que se expliciten por escrito sea pertinente en algún caso apartarse de ellos.

14. *Principio de buena fe:* en cuya virtud las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento legal de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

15. *Principio de confianza legítima:* En cuya virtud la actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia Administración en el pasado.

16. *Principio de asesoramiento:* El personal al servicio de la Administración Pública deberá asesorar a las personas sobre la forma de presentación de las solicitudes y su tramitación.

17. *Principio de responsabilidad:* Por el que la Administración responderá de las lesiones en los bienes o derechos de las personas ocasionados como consecuencia del funcionamiento de la actividad administrativa. Las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

18. *Principio de facilitación:* Las personas encontrarán siempre en la Administración las mayores facilidades para la tramitación de los asuntos que les afecten, especialmente en lo referente a identificar al funcionario responsable, a obtener copia sellada de las solicitudes, a conocer el estado de tramitación, a enviar, si fuera el caso, el procedimiento al órgano competente, a ser oído y a formular alegaciones o a la referencia a los recursos susceptibles de interposición.

19. *Principio de celeridad:* En cuya virtud las actuaciones administrativas se realizarán optimizando el uso del tiempo, resolviendo los procedimientos en plazo razonable que, en todo caso, no podrá superar los dos meses a contar desde la presentación de la solicitud en el órgano correspondiente, salvo que la legislación sectorial indique un plazo mayor. En especial, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos

e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones a los efectos de que los procedimientos se tramiten con diligencia y sin dilaciones injustificadas, de manera escrita o a través de técnicas y medios electrónicos.

20. *Principio de protección de la intimidad*: De forma que el personal al servicio de la Administración Pública que maneje datos personales respetará la vida privada y la integridad de las personas, prohibiéndose el tratamiento de los datos personales con fines no justificados y su transmisión a personas no autorizadas.

21. *Principio de ética*: En cuya virtud todo el personal al servicio de la Administración Pública, así como las personas en general han de actuar con rectitud, lealtad y honestidad.

22. *Principio de debido proceso*: Las actuaciones administrativas se realizarán de acuerdo con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y las leyes, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

II. EL PRINCIPIO DE EFICACIA

El principio de eficacia puede decirse que se incluye expresamente en todas las leyes de procedimiento administrativo de América Latina, expresamente incluido en las leyes de Argentina (art. 1), de Venezuela (art. 30), de Honduras (art. 19), de Brasil (art. 2) de México (art. 13), en el Decreto de Uruguay (art. 2), y de República Dominicana (art. 3.6).

Una definición precisa del principio de la eficacia, como se ha dicho, se encuentra en el Código colombiano (art. 3), en la Ley de Bolivia (art. 4,j), y en la Ley de Perú (art. IV, 10,1), en los cuales se privilegia en el procedimiento administrativo, el logro de su finalidad, para lo cual deben removerse, incluso de oficio (art. 3.6, Ley República Dominicana), todos los obstáculos formales y dilaciones innecesarias; debiendo prevalecer dicho logro sobre los formalismos siempre que no incidan en su validez ni disminuyan las garantías de los administrados.

Sobre este principio de la eficacia, el artículo 19 de Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela dispone que la actividad de los órganos y entes de la Administración Pública debe perseguir el cumplimiento eficaz de los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión, bajo la orientación de las políticas y estrategias establecidas por el Presidente de la República, la Comisión Central de Planificación, el gobernador, o el alcalde, según el caso (art. 19). Para ello, el funcionamiento de los órganos y entes de la Administración Pública se debe sujetar a las políticas, estrategias, metas y

objetivos que se establezcan en los respectivos “planes estratégicos, compromisos de gestión y lineamientos dictados conforme a la planificación centralizada,” y debe comprender el seguimiento de las actividades, así como la evaluación y control del desempeño institucional y de los resultados alcanzados (art. 18).

Por su parte, en relación con este principio, la Ley de Honduras prescribe que “las cuestiones incidentales que se suscitaren en el procedimiento, incluso las que se refieren a la nulidad de actuaciones, no suspenderán el curso del procedimiento, salvo la recusación” (art. 39), lo que en esta materia conlleva al principio de la conservación, del saneamiento o de la convalidación de los actos administrativos, precisamente a los efectos de que los procedimientos puedan lograr su finalidad.

En consecuencia, el logro del fin propuesto es lo que siempre debe orientar el desarrollo del procedimiento; fin que está vinculado, como se ha señalado, tanto al interés general, como al interés de la Administración y del administrado. El objetivo del procedimiento administrativo, en definitiva, es la satisfacción de esos fines en el menor tiempo y con el menor costo posible; de allí este principio de la eficacia, el cual además, conlleva varios otros entre los cuales se destacan el principio de la instrumentalidad; el principio de simplicidad y de la economía procedimental; el principio de la presunción de la legalidad y validez, es decir, el del logro de los efectos de los actos, comenzando por la presunción de su validez y eficacia; el principio *favor acti*; el principio de la conservación del acto; el principio *pro actione* o de la interpretación más favorable a lo solicitado, a la acción o al requerimiento.

1. *El principio de la instrumentalidad: el objeto y la finalidad del procedimiento*

El principio de la instrumentalidad exige interpretar el procedimiento administrativo, no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento o cauce para alcanzar el fin perseguido por la Administración.

Esa finalidad del procedimiento, como se dijo, puede desdoblarse en tres, tal y como lo precisan las leyes de procedimiento administrativo: primero, la consecución del interés general; segundo, la satisfacción del interés del administrado, y tercero, el logro del interés de la propia Administración en la relación jurídica concreta.

Siendo el procedimiento un asunto de la Administración, se destaca la finalidad de “establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración sirva a la protección del interés general” (art. III, Título Preliminar, Ley del Perú), o en otras palabras, tiene por objeto asegurar que el desempeño de la función pública esté destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad (art. 4,a, Ley de Bolivia), o que el cumplimiento de la acción administrativa esté vinculada al logro de un interés general (art. 209

Código de Colombia). Por ello, la Ley de Honduras establece que los principios del procedimiento administrativo buscan “garantizar la buena marcha de la Administración” (Considerandos); y la Ley General de Costa Rica precisa que “el procedimiento administrativo servirá para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración” (art. 214,1); agregando que “la norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige” (art. 10).

Por su parte, el Código colombiano exige que los funcionarios deben tener en cuenta “que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley” (art. 2).

Pero además del logro de los fines propios del interés general que orientan la acción administrativa, el procedimiento tiene por finalidad la protección de los derechos e intereses de los administrados. Esto, como se ha mencionado, está expresado en la Ley General de Costa Rica, donde se precisa que el procedimiento administrativo debe desarrollarse, “con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado.” (art. 10,1 y 214,1); en la de Honduras, la cual establece que el procedimiento se regula “como garantía de los derechos de los particulares frente a la actividad administrativa” (Considerandos). En igual sentido, se expresa el artículo III, Título Preliminar de la Ley del Perú, y en Código colombiano se exige de los funcionarios que en su actuación también tengan en cuenta “la efectividad de los derechos e intereses de los administrados” (art. 2).

La consecuencia del principio de la instrumentalidad es la proscripción de cualquier utilización del procedimiento establecido en las leyes para la consecución de fines distintos a los previstos en las leyes, de manera que su utilización para fines distintos vicia la actuación de la Administración por desviación de poder en el resultado, es decir, desviación del procedimiento.

2. *Los principios pro actione y favor acti (favor administrationis)*

Teniendo el procedimiento administrativo entre sus finalidades, por una parte la satisfacción de las pretensiones de los administrados y por la otra, el logro de los fines públicos establecidos en la ley, el principio de eficacia implica que mismo también debe estar guiado por otros dos principios paralelos: el principio *pro actione* y el principio *favor acti*.

El principio *pro actione* implica la necesidad de que las solicitudes se interpreten a favor de quien solicita la petición, y está consagrado expresamente en la legislación de Costa Rica cuando establece que las normas de procedimiento

“deberán interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones” (art. 224).

En cuanto a la admisión de la solicitud o de las peticiones presentadas por los interesados, el principio tiene consecuencias concretas en el caso de la legislación de Colombia (art. 11), de Bolivia (art. 43), de Venezuela, (art. 45) de Honduras (art. 115), de Panamá (art. 76), y del Perú (arts. 125 y 126), pues la Administración está obligada a advertir a los particulares los errores o las omisiones que puedan tener las peticiones, para que dichos errores u omisiones no conlleven su inadmisibilidad.

Como consecuencia, no se puede negar la petición que haga un administrado por causa de una omisión, sino que la Administración está obligada advertirle los errores, para que el particular los corrija.

Pero como se ha dicho, el procedimiento administrativo tiene ante todo por finalidad el logro de los fines de la Administración, de la cual surge otro principio también derivado del principio de eficacia, que es el principio *favor acti* el cual implica que la Administración debe interpretar el procedimiento de manera que sea favorable a la emisión del acto administrativo, es decir, a la obra de la Administración. Por tanto, ante el no acatamiento de elementos formales en el procedimiento, debe preferirse evitar la ineficacia o plantear una ineficacia parcial, que concluir con la ineficacia total del acto.

Es decir, el procedimiento debe interpretarse de manera que efectivamente pueda haber una decisión, sin que la falta de cumplimiento de determinadas formalidades afecten el acto y la propia voluntad de la Administración.

Este principio *favor acti* o también, *favor administrationis*, por ejemplo, tiene relación con el tema del funcionario de hecho, los cuales se han definido en la Ley de Costa Rica, como “el que hace lo que el servidor público regular, pero sin investidura o con una investidura inválida o ineficaz, aún fuera de situaciones de urgencia o de cambios ilegítimos de gobierno” (art. 115).

Si reúnen las condiciones prescritas en la Ley General, prescribe su artículo 116: “los actos de un funcionario de hecho serán válidos, aunque perjudiquen al administrado y aunque éste tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura de aquél”, quedando la Administración “obligada o favorecida ante terceros por virtud de los mismos” (art. 116).

3. *Los principios de la simplicidad y economía procedimental*

El principio de la eficacia conlleva también a la necesidad de racionalizar la actividad administrativa, originando, además otros principios, como el de la simplicidad (normalización o uniformización) que ha sido definido en la Ley del Perú, en su artículo IV del Título Preliminar, como sigue:

1.13 Principio de simplicidad. Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.

1.14 Principio de uniformidad. La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.

Indica, además la Ley del Perú, que en todo caso, los procedimientos administrativos se deben desarrollar “de oficio, de modo sencillo y eficaz, sin reconocer formas determinadas, fases procesales, momentos procedimentales rígidos para realizar determinadas actuaciones o responder a precedencia entre ellas”, (art. 144); y la Ley de Bolivia precisa que “los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias” (RT. 4, K).

La Ley venezolana sobre Simplificación de Trámites Administrativos de 2008, por su parte, establece sobre este mismo principio, que:

Artículo 21. El diseño de los trámites administrativos debe realizarse de manera que los mismos sean claros, sencillos ágiles, racionales, pertinentes, útiles y de fácil entendimiento para las personas, a fin de mejorar las relaciones de éstos con la Administración Pública, haciendo eficiente y eficaz su actividad.

Además, la mencionada Ley, al desarrollar el principio de la simplicidad, transparencia, celeridad y eficacia de la actividad de la Administración señala que la Administración Pública no puede exigir requisitos adicionales a los contemplados en la normativa vigente, salvo los que se establezcan en los instrumentos normativos que se dicten en ejecución de dicha Ley (art. 10). Con carácter general, además, se dispone que los órganos y entes de la Administración Pública no pueden exigir para trámite alguno, la presentación de copias certificadas actualizadas de partidas de nacimiento, matrimonio o defunción, así como de cualquier otro documento público, salvo los casos expresamente establecidos por ley (art. 17). Adicionalmente, se dispone que los órganos y entes de la Administración Pública no pueden exigir copias certificadas de la partida de nacimiento como requisito para el cumplimiento de una determinada tramitación, cuando sea presentada la cédula de identidad, salvo los casos expresamente establecidos por ley (art. 18).

Por otra parte, se dispone que los órganos y entes de la Administración Pública, en virtud del principio de cooperación que debe imperar en sus relaciones interorgánicas, deben implementar bases de datos automatizadas de

fácil acceso y no pueden exigir la presentación de copias certificadas o fotocopias de documentos que la Administración Pública tenga en su poder, o de los que tenga la posibilidad legal de acceder (art. 11).

Además, en aras de la simplicidad, la Ley agrega que los órganos y entes, en el ámbito de sus competencias, deben eliminar las autorizaciones innecesarias, solicitudes excesivas de información de detalle y, en general, la exigencia de trámites que entorpezcan la actividad administrativa (art. 13).

Por último, el artículo 14 de la Ley dispone en particular, que los órganos y entes de la Administración Pública deberán identificar y disponer la supresión de los requisitos y permisos no previstos en la Ley, que limiten o entorpezcan el libre ejercicio de la actividad económica o la iniciativa privada.

Otro principio general derivado de la simplicidad es el principio de la economía procedimental, que se menciona en la generalidad de las leyes de procedimiento, como las leyes argentinas (art. 7), hondureña (art. 19), venezolana (art. 30), uruguaya (art. 2) y mexicana (art. 13), y conlleva la necesidad de que los asuntos se decidan administrativamente con celeridad, en la forma más rápida posible, economizando lapsos y al menor costo posible.

El principio ha sido desarrollado ampliamente en la Ley 19880 de Chile, en la forma siguiente:

Artículo 9º. Principio de economía procedimental. La Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios.

Se decidirán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo, siempre que no sea obligatorio su cumplimiento sucesivo.

Al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo establecido al efecto.

Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, a menos que la Administración, por resolución fundada, determine lo contrario.

De allí el principio general, que deriva del artículo 116 de la Ley de Honduras, conforme al cual “los funcionarios responsables de la tramitación de los expedientes adoptarán las medidas que conduzcan a evitar todo entorpecimiento o demora por innecesarias diligencias”.

En el Código colombiano también se encuentra una definición del principio de economía, al exigirse que:

Las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa. (art. 3).

En el Decreto de Uruguay también se desarrolla el principio al prescribir en su artículo 8 que “en el procedimiento administrativo deberá asegurarse la celeridad, simplicidad y economía del mismo y evitarse la realización o exigencia de trámites, formalismos o recaudos innecesarios o arbitrarios que compliquen o dificulten su desenvolvimiento”.

4. *El principio del informalismo*

El procedimiento administrativo, hemos dicho, se configura como un conjunto de actos y actuaciones estrechamente vinculados entre sí, con el objeto de obtener un resultado concreto que, generalmente, se materializa en un acto administrativo. Por ello, en definitiva, el procedimiento administrativo se identifica con el conjunto de formas y formalidades establecidas para guiar la acción de la Administración con miras a la obtención de ese resultado y como garantía de los administrados contra las arbitrariedades de los funcionarios.

Sin embargo, dado el principio de economía y celeridad, es evidente, que la prescripción de formas no puede convertir al procedimiento en un bosque de formalidades que entraben la acción administrativa. Por ello, el principio de eficacia también conlleva al principio del informalismo o del carácter no formalista del procedimiento administrativo.

Este principio, por ejemplo, está expresamente previsto en la Ley argentina de Procedimiento Administrativo en la cual se prescribe que las normas de procedimiento que establece, deben ajustarse al requisito del “informalismo”, en el sentido de que debe “excusarse la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que pueden ser cumplidas posteriormente” (art. 1.c); y en la Ley de Bolivia se define el principio en el sentido de que “la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo” (art. 4,1)

Más precisamente, el Decreto 640 de Uruguay establece que “en el procedimiento administrativo se aplicará el principio del informalismo en favor de la administración siempre que se trate de la inobservancia de exigencias

formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente” (art. 23). En la Ley del Perú, también se define el principio del informalismo, en forma detallada en el artículo IV, Título Preliminar, así:

1.6 Principio de informalismo. Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

Por su parte, la Ley N° 19.880 de Chile regula el principio, al que denomina “de la no formalización”, en los siguientes términos:

Artículo 13. Principio de la no formalización. El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares.

El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.

La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros.

Por otra parte, como secuela del principio, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece que las normas del procedimiento administrativo “deberán interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados”. Es en definitiva, el principio *in dubio pro actione* o de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de petición para asegurar más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. En materia de procedimiento administrativo, el principio se traduce en que el formalismo debe ser interpretado en favor del administrado, precisando, la legislación argentina, sin embargo, que “el informalismo no podrá servir para subsanar nulidades que sean absolutas” (art. 224).

En aplicación de este principio, las leyes de procedimiento administrativo, por ejemplo, establecen el deber de los funcionarios administrativos que reciban las peticiones, de advertir a los interesados de las omisiones y de las irregularidades que observen en las mismas, pero sin que puedan negarse a recibirlas (Art. 45 Ley Orgánica Venezuela; art. 11 Código Colombia).

Igualmente, el informalismo en las leyes de procedimiento administrativo conduce al principio de la flexibilidad del procedimiento y de los trámites procedimentales mediante, por ejemplo, la eliminación del principio de la preclusividad de los lapsos y de actos procesales (arts. 23 y 60 de la Ley venezolana); la posibilidad de alegación por parte de los particulares en cualquier momento (art. 62 de la Ley venezolana) si no existe un lapso preciso de contestación la utilización de cualquier tipo de pruebas (art. 58 de la Ley venezolana); y la intrascendencia en la calificación de los recursos (art. 86 de la Ley venezolana), de manera que si el administrado se equivoca en la calificación del recurso que interpone, siempre y cuando de su escrito se deduzca claramente de que tipo de recurso se trata, la Administración no puede rechazarlo y, al contrario, está obligada a interpretarlo en favor del particular y de flexibilizar esta ausencia de cumplimiento del formalismo en la calificación del recurso (art. 213 Ley peruana).

5. *El principio conservatio acti*

El principio del informalismo, conlleva, por otra parte, al principio *conservatio acti*, o principio de la conservación o subsanabilidad de los trámites administrativos y de las actuaciones de los administrados, por ello, la Ley de Honduras establece que cuando un órgano administrativo declare la nulidad de algunas actuaciones, debe disponer “siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido, de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad” (art. 39). En igual sentido, se dispone en la Ley peruana, (art. 13.3).

Este principio conduce, por supuesto, a la necesidad de la corrección de errores materiales de los actos administrativos, lo que se encuentra regulado expresamente en las leyes de Venezuela (art. 84), Honduras (art. 128), Costa Rica (art. 157) y Chile (art. 62), siempre que la enmienda no altere lo sustancial del acto o decisión” (art. 128), y como lo indica la Ley del Perú, siempre que la rectificación de los errores sea “con efecto retroactivo” (art. 201,1).

Es precisamente en virtud de este principio de la corrección de errores materiales, que deriva del principio del informalismo y de la economía procedimental, que la Administración no tiene por qué concluir siempre con la revocación del acto incorrecto, pudiendo siempre corregirlo, de oficio o a petición de parte, en cualquier momento. Es un principio de lógica administrativa que, sin embargo, encuentra su expresión formal en estas leyes de procedimiento administrativo, incluso en relación con los actos de los administrados. En tal sentido, la Ley de Honduras dispone que:

Artículo 115. Para evitar nulidades, la Administración señalará a la parte interesada los defectos de que adolezcan los actos producidos por ésta y ordenará que se subsanen de oficio o por el interesado dentro de un plazo de tres días.

Pero incluso, aún en presencia de vicios o irregularidades más sustanciales en los actos administrativos, que no puedan resolverse con la sola corrección de errores materiales o aritméticos, el principio *conservatio acti*, exige que los vicios que puedan afectarlos formalmente, deban subsanarse siempre que no conlleven su nulidad absoluta, lo que ha originado las técnicas de convalidación, enmienda, saneamiento o conversión de los actos administrativos que se encuentran reguladas en las leyes de procedimiento administrativo para evitar su extinción.

En particular, por ejemplo, conforme a la Ley General de Costa Rica, la convalidación se produce cuando dictado un acto administrativo que sea relativamente nulo por vicio en la forma, en el contenido o en la competencia, se dicta un nuevo acto administrativo que lo convalide, con indicación precisa del vicio y de la corrección (art. 187,2). Sobre esto, la Ley venezolana indica, pura y simplemente, que “la Administración podrá convalidar en cualquier momento los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan” (art. 81), y en sentido similar se regula en la Ley de Brasil (art. 55), en la Ley de Bolivia (art. 37,1), en la Ley de Panamá (art. 56), y en la Ley de Honduras (art. 126).

La Ley peruana es bien precisa al regular la “enmienda” de los actos administrativos como consecuencia de la “conservación” de los mismos, precisando que cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez no sea trascendente, “prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora” (art. 14.1).

En la legislación argentina, esta convalidación se denomina, en general, “saneamiento” y se desdobra en “ratificación” del acto por el superior jerárquico y “confirmación” por el órgano que dictó el acto (art. 19).

En esta materia, Ley de Honduras, regula en su artículo 127, la “conversión” del acto, al disponer que “el acto nulo que, sin embargo, contenga todos los requisitos constituidos de otro distinto, podrá ser convertido en éste y producirá sus efectos, en su caso, si así lo consistiera el interesado”. En este sentido, la Ley argentina también señala que “si los elementos válidos de un acto administrativo nulo permitieren integrar otro que fuere válido, podrá efectuarse su conversión en éste consintiéndolo el administrado”. La misma institución de la conversión se regula en la Ley General de Costa Rica (art. 189).

III. EL PRINCIPIO DE CELERIDAD

Otro de los principios generales que se ha formulado en forma expresa en todas las leyes de procedimiento administrativo, es el principio de la celeridad.

En efecto, si el procedimiento es un asunto de la Administración, es decir, si la Administración es la responsable del procedimiento, el principio consecuencial establecido en garantía de los particulares es que debe ser desarrollado con la mayor rapidez y celeridad posible. Como lo establece la Ley peruana en el art. IV del Título Preliminar:

1.9 Principio de celeridad. Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

Este principio también encuentra una definición precisa en el Código colombiano, así:

Artículo 3. En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario.

En otras legislaciones también se enuncia, como es el caso, por ejemplo, de la Ley General de Costa Rica, donde el artículo 225.1 dispone que el “órgano deberá conducir el procedimiento con la intención de lograr un máximo de celeridad y eficiencia, dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado,” y el artículo 269,1 precisa que la actuación administrativa se debe realizar “con arreglo a normas de economía, simplicidad, celeridad y eficiencia.”

En sentido similar, la Ley 19880 de Chile dispone sobre el principio de celeridad, lo siguiente:

Artículo 7°. Principio de celeridad. El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites.

Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los

trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión.

En el despacho de los expedientes originados en una solicitud o en el ejercicio de un derecho se guardará el orden riguroso de ingreso en asuntos de similar naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia.

Por último, debe mencionarse la Ley de la República Dominicana en la cual se define el principio de celeridad en la forma siguiente:

19. Principio de celeridad: En cuya virtud las actuaciones administrativas se realizarán optimizando el uso del tiempo, resolviendo los procedimientos en plazo razonable que, en todo caso, no podrá superar los dos meses a contar desde la presentación de la solicitud en el órgano correspondiente, salvo que la legislación sectorial indique un plazo mayor. En especial, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones a los efectos de que los procedimientos se tramiten con diligencia y sin dilaciones injustificadas, de manera escrita o a través de técnicas y medios electrónicos.

IV. EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

Siendo el procedimiento administrativo básicamente, como se ha dicho, un asunto de la Administración, uno de los principios generales establecidos en las leyes de procedimiento administrativo es el principio de la oficialidad, derivado además del carácter del procedimiento administrativo como asunto de la Administración. De allí deriva el principio del impulso de oficio que la Ley de Bolivia define en el sentido de que “la Administración Pública está obligada a impulsar el procedimiento en todos los trámites en los que medie el interés público” (art. 4,n).

1. El principio de la iniciativa de oficio

Ello implica que además de los casos en los cuales la Administración puede iniciar de oficio una actuación, si bien es posible y común que el administrado tenga derecho a participar en el procedimiento, por ejemplo, instado a la Administración para iniciar su actividad, siendo esta, en definitiva, un asunto de esta última, una vez desencadenado el procedimiento administrativo, el desarrollo y movilización del mismo está a cargo de la propia Administración, por lo que es a ella a quien le compete, y no a un tercero, impulsarlo de oficio, para la realización de la secuencia de actos que deben concluir con la emisión de un acto administrativo definitivo.

Pero por supuesto, hay procedimientos que sólo pueden iniciarse por exclusivo interés de los particulares, en cuyo caso, la Administración no tiene el deber de proseguirlos por sí sola, por lo que puede darlos por terminados antes del término legal previsto para su conclusión, ante la inercia del interesado, aplicándose aquí lo ya señalado sobre la caducidad de los procedimientos.

Ahora bien, este principio de la oficialidad comprende otros aspectos fundamentales conforme a los cuales se puede sistematizar el análisis de todas las normas de las leyes latinoamericanas en la materia; y éstos son: el principio de la iniciación de oficio (iniciativa oficial), es decir, la posibilidad de que el procedimiento se inicie, además de a instancia de parte, de oficio por la Administración; el principio inquisitivo, como guía de todo el procedimiento administrativo, denominado también principio de instrucción; el principio de imparcialidad; y, el principio de la buena fe.

En esta materia, puede decirse que todas las leyes sobre procedimiento administrativo establecen el principio clásico de que el mismo puede iniciarse de oficio, es decir, por iniciativa de la propia Administración, o a petición de parte, es decir, con base en el ejercicio del derecho de petición. Así lo establecen las leyes de Argentina (art. 1), de México (art. 14), de Uruguay (art. 15), de Honduras (art. 60), de Venezuela (art. 48), de Colombia (art. 28), de Bolivia (art. 39), de Perú (art. 103), de Brasil (art. 5), de Panamá (art. 64), de Chile (art. 28), y de República Dominicana (art. 22)

Ahora bien, como garantía del derecho de la defensa, las leyes disponen que aún iniciado de oficio y aún siendo el procedimiento tarea de la Administración, esta está obligada a dejar participar en el mismo a los administrados interesados para garantizarles el derecho a la defensa. Así lo precisa, por ejemplo, la Ley Orgánica venezolana al disponer que, en los casos de iniciación de oficio, la autoridad administrativa debe notificar a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos pudieren resultar afectados, concediéndoles un plazo para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones (art. 48). Estos principios se recogen, además, detalladamente en la Ley peruana, cuyo artículo 104, destinado a regular el inicio de oficio, dispone lo siguiente:

104.1 Para el inicio de oficio de un procedimiento debe existir disposición de autoridad superior que la fundamente en ese sentido, una motivación basada en el cumplimiento de un deber legal o el mérito de una denuncia.

104.2 El inicio de oficio del procedimiento es notificado a los administrados determinados cuyos intereses o derechos protegidos puedan ser afectados por los actos a ejecutar, salvo en caso de fiscalización posterior a solicitudes o a su documentación, acogidos a la presunción de

veracidad. La notificación incluye la información sobre la naturaleza, alcance y de ser previsible, el plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.

104.3 La notificación es realizada inmediatamente luego de emitida la decisión, salvo que la normativa autorice que sea diferida por su naturaleza confidencial basada en el interés público.

2. *El principio inquisitivo*

El otro principio derivado del principio de la oficialidad es el principio inquisitivo, conforme al cual, como lo establece en la Ley argentina, corresponde a la Administración, la “impulsión e instrucción de oficio”, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones (art. 1.a).

Este principio también está establecido como principio del procedimiento administrativo, como se dijo, en la Ley de Bolivia (art. 4,n), e igualmente en la Ley del Perú (artículo IV, Título Preliminar), donde se dispone así:

1.3 Principio de impulso de oficio. Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

Esta misma expresión se encuentra en las leyes de Brasil (art. 29) y de Costa Rica (art. 222) y, en sentido similar, se desarrolla en la Ley del Perú (art. 159) y en la Ley de la República Dominicana (art. 3.19). De ello deriva el principio de que la Administración debe “impulsar de oficio en todos sus trámites” (art. 64, Ley de Honduras) el procedimiento administrativo, con lo cual la conducción del procedimiento, la prueba y las medidas que puedan adoptarse a lo largo del mismo deben ser iniciativa de la Administración y no requieren el impulso procesal de los interesados, sin perjuicio de que éstos puedan participar en el procedimiento. En consecuencia, la Administración es la responsable de al menos esos tres elementos en el procedimiento: la conducción del procedimiento; la sustanciación del mismo; las pruebas y las medidas preventivas, sin perjuicio de que en cada una de esas fases puedan actuar los particulares.

Por ello, la Ley de Venezuela establece que:

Artículo 53. La Administración, de oficio o a instancia del interesado, cumplirá todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir, siendo de su responsabilidad impulsar el procedimiento en todos sus trámites.

3. *El principio de imparcialidad, igualdad y no discriminación*

El principio de oficialidad que permite a la Administración iniciar y conducir el procedimiento, impone la necesidad de garantizar los derechos de los Administrados, frente a la actuación de los funcionarios, de lo que deriva el principio de la imparcialidad, derivado del principio de igualdad y no discriminación de los administrados. Conforme a este principio, la Administración, en el curso del procedimiento y al decidirlo, no debe tomar partido, ni inclinar la balanza o beneficiar ilegítimamente a una parte en perjuicio de otra, sino que debe tomar su decisión únicamente conforme al ordenamiento jurídico y con la finalidad de interés general que la motiva.

Este principio se ha establecido en la Ley de Bolivia en el sentido de que “las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados”(art. 4,f); y se encuentra regulado el Artículo 30 de la Ley venezolana, cuando exige a la Administración tratar en igual forma a todos los particulares y no puede establecer ningún tipo de discriminación respecto de ellos, ni parcializarse por ninguna posición y debe mantener siempre una posición imparcial.

El principio se regula también expresamente en la Ley de la República Dominicana (art. 3.11) en la siguiente forma:

Artículo 3.5. Principio de igualdad de trato: Por el que las personas que se encuentren en la misma situación serán tratados de manera igual, garantizándose, con expresa motivación en los casos concretos, las razones que puedan aconsejar la diferencia de trato.

Artículo 3.11. Principio de imparcialidad e independencia: El personal al servicio de la Administración Pública deberá abstenerse de toda actuación arbitraria o que ocasione trato preferente por cualquier motivo y actuar en función del servicio objetivo al interés general, prohibiéndose la participación de dicho personal en cualquier asunto en el que él mismo, o personas o familiares próximos, tengan cualquier tipo de intereses o pueda existir conflicto de intereses.

E igualmente, se regula en el Código colombiano, en la siguiente forma:

Artículo 3. En virtud del principio de imparcialidad las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos.

También lo establece, como principio del procedimiento administrativo, el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Perú, así:

1.5 *Principio de imparcialidad.* Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándole tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

La Ley 19.880 de Chile también recoge el principio así:

Artículo 11. Principio de imparcialidad. La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.

4. *El principio de la publicidad*

Otro principio fundamental que como contrapeso se erige frente al principio de la oficialidad, es el principio de la publicidad, que conlleva a que los asuntos que se tramitan ante la Administración Pública deben ser públicos y de acceso del público. En tal sentido, en el artículo 16 de la Ley 19.880 de Chile se establece el “principio de transparencia y de publicidad”, en la siguiente forma:

Artículo 16. *Principio de Transparencia y de Publicidad.* El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.

En consecuencia, salvo las excepciones establecidas por la ley o el reglamento, son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial.

Este principio se manifiesta, por supuesto en concreto, respecto de las decisiones de la Administración Pública, como lo regula el Código de Colombia, “en virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este Código y la ley” (art. 3°).

V. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y DEL MUTUO RESPETO

Por último, entre las nuevas tendencias del derecho administrativo, aún cuando sólo encuentran regulaciones aisladas en las leyes de procedimiento administrativo, está el principio de la buena fe, como elemento fundamental que debe estar a la base de las relaciones jurídicas entre la Administración Pública y los administrados, que precisamente formaliza el procedimiento administrativo. El mismo implica, como lo precisa la Ley de la República Dominicana que “las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento legal de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes” (art. 3.14)

Por ello, el principio de la buena fe, en esta perspectiva debe regir tanto para el administrado como para la Administración, como también lo indica la Ley del Perú (art. IV, 1.8), de manera que, entre los deberes del interesado, conforme a la Ley de Brasil, esta “el proceder con lealtad, urbanidad y buena fe”, no actuar de modo temerario y “exponer los hechos conforme a la verdad” (art. 4).

Dicho principio lo recoge en general la Ley de Uruguay, así:

Artículo 6°. Las partes, sus representantes y abogados patrocinantes, los funcionarios públicos y, en general, todos los partícipes del procedimiento ajustarán su conducta al respeto mutuo y a la lealtad y buena fe.

Y en la Ley de Bolivia, en su artículo 4,e, así:

Principio de buena fe: En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos; orientarán el procedimiento administrativo.

El principio, por lo demás, se encuentra detalladamente regulado en la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999, reformada en 2008 (arts. 9 a 20), donde se regula la “presunción de buena fe del ciudadano,” de manera que la Administración, en todas sus actuaciones, “debe tener como cierta la declaración del administrado” (art. 9). Este principio lo recoge expresamente, también, la Ley del Perú, (art. IV, 1.7; art. 42).

La presunción de buena fe, por otra parte, en el procedimiento administrativo se también se manifiesta como presunción de licitud, vinculado a derecho del administrado a la presunción de inocencia, tal como se manifiesta en la Ley de Uruguay cuando habla del procedimiento disciplinario de funcionarios como un procedimiento especial, así:

Artículo 170. El funcionario público sometido a un procedimiento disciplinario tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad; y se presumirá su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad por resolución firme dictada con la garantía del debido proceso. (Convención Americana de Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, art. 8 numerales 2 y 11).

Pero en general, en los procedimientos sancionatorios, la Ley peruana define la “presunción de licitud”, estableciendo que las entidades “deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario” (art. 230,9), lo que implica la presunción de que el derecho reclamado por el administrado es justo. Ello ha conducido, también, al principio *favor pro accione* o posición favorable al accionante, el cual debería ser un principio fundamental en materia de procedimiento.

El principio de la buena fe también se recoge en la Ley del Perú, al regular el “principio de la conducta procedimental” (art. IV, Título Preliminar), así:

1.8 *Principio de conducta procedimental.* La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

Ello, además, implica el principio de lealtad, por otra parte, también deriva del principio de la buena fe, lo que implica que las partes en el procedimiento no deben ocultar hechos o documentos que les interesen mutuamente, lo que a la vez ha implicado el desarrollo del derecho de acceso a la información en materia administrativa y la reducción de las áreas de confidencialidad en los documentos administrativos, tan importantes en décadas pasadas.

El respeto mutuo que deriva del principio de la buena fe y de la lealtad, por otra parte, comienzan a ser el canal para que la construcción del principio de la confianza legítima, que debe existir como base de la relación jurídica entre la Administración y los administrados, particularmente cuando las actuaciones reiteradas de los funcionarios y de los órganos de la Administración Pública, hacen nacer expectativas jurídicas legítimas en cabeza de los aquellos que la propia Administración debe respetar y que han de ser apreciadas por el juez. De este principio surge, además, el principio de la seguridad jurídica en sus variadas manifestaciones (el principio de la predictibilidad, la proscripción de la *reformatio in pejus*, el principio *non bis in idem*, la presunción de inocencia, y el principio de la irretroactividad) y el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos que, una vez dictados, también por cuestiones de seguridad jurídica, deben mantenerse, salvo los casos de nulidad absoluta.

VI. PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

El principio de la confianza legítima se ha venido erigiendo en el derecho administrativo, como uno de los principios básicos que rigen en las relaciones jurídicas que se establecen entre los órganos de la Administración y los particulares, en las cuales, a estos últimos, la conducta de aquella les genera una expectativa legítima y justificada de que responderá o actuará con una determinada y legítima “prestación, una abstención o una declaración favorable a sus intereses,”⁵³ situación que, por ello, y por el principio de la buena fe que rige en materia administrativa, requiere protección.⁵⁴

Sobre el tema general de la confianza legítima, Pedro J. Coviello ha señalado lo siguiente:

“La protección de la confianza legítima es el instituto de derecho público, derivado de los postulados del Estado de derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos (de alcance particular o general, sean administrativos o legislativos), comportamientos, promesas, declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla, cuya anulación, modificación, revocatoria o derogación provoca un daño antijurídico en los afectados, erigiéndose, bajo la observancia de esos componentes, en un derecho subjetivo que puede invocar el administrado...”⁵⁵

La fuente de la confianza legítima, por tanto, puede resultar de cualquier actuación de la Administración, reiterada o no, e incluso de las conductas contractuales de la misma. Como lo resolvió el Tribunal Supremo en Sala Electoral de Venezuela en sentencia No. 98 de 1 de agosto de 2001 (Caso: *Sabino*

⁵³ V., Hildegard Rondón de Sansó, *El Principio de Confianza Legítima o Expectativa Plausible en el Derecho Venezolano*, Caracas, 2002, p. 3.

⁵⁴ La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de Venezuela, por ello, en sentencia 1478 de 10-10-2011 (Caso Compactadora de Tierra C.A. CODETICA), al considerar que el principio de la confianza legítima “es concreta manifestación del principio de la buena fe en el ámbito de la actividad administrativa,” expresó “que es esencial dentro de la configuración de todo Estado de Derecho, la existencia de cierta certidumbre jurídica, que en el campo del derecho administrativo implica el derecho de todo ciudadano a relacionarse con la Administración dentro de un marco jurídico estable, definible y claro, que le permita anticipar, conocer o esperar, con cierto grado de exactitud, el sentido y alcance verdadero de la actuación administrativa.” V., en <http://jca.tsj.gov.ve/decisio-nes/2011/octubre/1478-10-AP42-N-2008-000099-2011-1411.html>.

⁵⁵ V., Pedro J. Coviello, *La protección de la confianza legítima*, LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 462.

Garbán Flores, Freddy José Leiva, Antonio Sousa Martins y otros vs. Asociación Civil Club Campestre Paracotos), siguiendo lo expuesto por Hildegard Rondón de Sansó, que el principio de la confianza legítima:

“no se limita a los actos formales, sino que abarca una amplia gama de conductas del actuar administrativo, tales como: Compromisos formales de carácter contractual o unilateral; promesas, doctrina administrativa; informaciones e interpretaciones; conductas de hecho que hacen esperar de la Administración una acción en un caso determinado; los usos, costumbres o reglas no escritas. (cfr. Rondón de Sansó, Hildegard: El principio de confianza legítima en el derecho venezolano. En: *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”*).

La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 1998).⁵⁶

Este principio de la confianza legítima y de su protección, tiene en todo caso varias vertientes, que pueden estar vinculadas al principio de la seguridad jurídica o, como se ha dicho, al principio de la buena fe, sobre las cuales, por ejemplo, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en Sala Electoral, en la misma sentencia N° 98 de 1 agosto de 2001 (Caso: *Sabino Garbán Flores, Freddy José Leiva, Antonio Sousa Martins y otros vs. Asociación Civil Club Campestre Paracotos*), indicó que:

“para alguna corriente doctrinaria resulta que el aludido principio ostenta un carácter autónomo, para otra se limita a ser una variante del principio de la buena fe que en general debe inspirar las relaciones jurídicas, incluidas aquellas en las que intervengan una o varias autoridades públicas. De igual manera, se alega como su fundamento el brocardo “*nemo auditur sua turpitudinem alegans*” o de que nadie puede alegar su propia torpeza (empleado por alguna sentencia española, como señala González Pérez, Jesús: *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. 3° Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1999. p. 128), o bien el aforismo “*venire contra factum proprium non valet*” (prohibición de ir contra los actos propios), así como también se invoca en su apoyo el principio de seguridad jurídica.”⁵⁷

Así, en general, en unos casos, se vincula el principio de la confianza legítima con el principio de la seguridad jurídica que informa todo modelo de Estado de Derecho, protegiendo las relaciones del Estado cuando se ubica

⁵⁶ V., en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Agosto/098-010801-000058.htm>.

⁵⁷ *Idem*.

institucionalmente frente a los ciudadanos, ajustándose de forma más armoniosa que otros principios (como el de buena fe, por ejemplo) e informando su actividad para transmitir esa clave de funcionamiento a toda la sociedad.⁵⁸

Conforme a los postulados de la confianza legítima en esta vertiente de seguridad jurídica, las actuaciones de los órganos que ejercen el Poder Público no pueden contrariar la deducción lógica que venga determinada por su conducta y procederes anteriores, y que fomenta la expectativa; conducta que “no está constituida tan sólo de actuaciones, sino que también se conforma con abstenciones y manifestaciones denegatorias u omisiones voluntarias...”⁵⁹ Sobre este aspecto del principio de la confianza legítima vinculado a la seguridad jurídica, se ha pronunciado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en sentencia N°. 514 de 3 de abril de 2001, sentando el criterio de que las actuaciones reiteradas de la Administración Pública hacen nacer a favor de los administrados, expectativas jurídicas que han de ser apreciadas por el juez, constituyendo los criterios administrativos, aún cuando puedan ser cambiados, instrumentos idóneos para crear tales expectativas. El argumento sentado en la sentencia indicada se fundamentó en el análisis del artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, sobre el cual, la Sala señaló que:

“...no es más que la aplicación del principio de la irretroactividad de las disposiciones generales a situaciones nacidas con anterioridad a su pronunciamiento. La norma establece igualmente, que la modificación de los criterios no es motivo para la revisión de los actos definitivamente firmes. El artículo 11, brevemente analizado, es considerado como uno de los ejemplos más significativos en la legislación venezolana, del principio de la confianza legítima, con base en el cual, las actuaciones reiteradas de un sujeto frente a otro, en este caso de la Administración Pública, hacen nacer expectativas jurídicas que han de ser apreciadas por el juez y justamente, los criterios administrativos, si bien pueden ser cambiados, son idóneos para crear tales expectativas...”⁶⁰

Es por ello que se ha dicho que “...los cambios de criterio no pueden producirse en forma irracional, brusca, intempestiva, sin preparar debidamente a

⁵⁸ V., Edward Colman, *La protección de la confianza legítima en el derecho español y venezolano: Rasgos generales y aplicación de dos supuestos de la actividad administrativa*, FUNEDA, Caracas 2011, pp. 70-74.

⁵⁹ V., Hildegard Rondón de Sansó, *El Principio de Confianza Legítima o Expectativa Plausible en el Derecho Venezolano*, Caracas, 2002, p. 3.

⁶⁰ V., Caso: *The Coca-Cola Company vs. Ministerio de la Producción y el Comercio* en del 3-4-2001 en *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N° 85-88, 2001. pp. 231-232.

los destinatarios sobre la posibilidad de los efectos que sobre los mismos recaerán, [...]. por cuanto esto sería violatorio de las expectativas de los ciudadanos de que se continúe aplicando el régimen preexistente...”⁶¹

La protección de la confianza legítima en esta vertiente se presenta entonces como el principio rector de la relación jurídica que se establece entre los particulares y el Estado, imponiéndole a éste el deber de reconocer el carácter legítimo que tienen las expectativas jurídicas fundadas en sus actuaciones reiteradas y, -en tal sentido-, imponiéndole también el deber de respetarlas, absteniéndose de modificarlas de manera irracional, brusca e intempestiva, sin la debida preparación en relación con los efectos que se generarán. Esta vertiente del principio se ha desarrollado básicamente en el ámbito judicial⁶² pero también en materia administrativa con base en la aplicación del artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativos de Venezuela; y ha quedado recogido en la Ley de Procedimiento Administrativo de la república Dominicana al regular expresamente el “Principio de seguridad jurídica, de previsibilidad y certeza normativa” conforme al cual, “la Administración se somete al derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas y criterios administrativos”. (art. 3.8)

Esta, la de la seguridad jurídica, como se dijo, es una vertiente del principio de la confianza legítima, que por supuesto no es la única que existe en el derecho público, pues ha abarcado también aspectos más amplios derivados de la buena fe, que es un principio que además tiene consagración expresa en el artículo de la 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela, con el objeto de proteger también las expectativas legítimas que pueda la Administración generar con sus actuaciones (incluso no reiteradas) en cabeza de los particulares con los cuales entra en relación.

Se trata, en efecto, de un principio que la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Venezuela incluye entre los que informan “de manera superlativa” a la Administración, siendo la enumeración hecha jurisprudencialmente la de los “principios de economía, celeridad, simplicidad, eficacia,

⁶¹ V., Hildegard Rondón de Sansó, *El Principio de Confianza Legítima o Expectativa Plausible en el Derecho Venezolano*, Caracas, 2002, p. 25.

⁶² V., sobre ello Caterina Balasso Tejera, “El principio de protección de la confianza legítima y su aplicabilidad respecto de los ámbitos de actuación del poder público,” en *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público (1980-2005)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 745 ss. V., por ejemplo, la sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de 08-07-2011 (Caso: Carlos R. Arjón Torres vs. Asociación Cooperativa Seguridad 2050 RC), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/julio/0789-8711-2011-11-045.html>; y la sentencia de la Sala Constitucional N° 2442 de 15-10-2002 (Caso Pedro Roas Bravo), e <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/septiembre/2442-151002-00-0510.%20.htm>.

objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe, confianza legítima y eficiencia.”⁶³

De modo que existe también otra concepción de la protección de la confianza legítima, no necesariamente relacionada con la seguridad jurídica, sino con el principio de la buena fe, lo cual ha llevado al Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en Sala Electoral, en su sentencia No. 82 de 1 de junio de 2004 (Caso ‘*Visión Emergente*’ (*Visión*), y siguiendo la doctrina judicial española, a establecer que el mismo “se fundamenta en la confianza que en el ciudadano produce la actuación de la Administración” que se deriva de los:

“signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes, para que induzcan racionalmente a aquél, a confiar en la ‘apariencia de legalidad’ de una actuación administrativa concreta, moviendo su voluntad a realizar determinados actos e inversiones de medios personales o económicos, que después no concuerdan con las verdaderas consecuencias de los actos que realmente y en definitiva son producidos con posterioridad por la Administración, máxime cuando dicha ‘apariencia de legalidad,’ que indujo a confusión al interesado, originó en la práctica para éste unos daños o perjuicios que no tiene por qué soportar jurídicamente...”⁶⁴

De esto, como lo resolvió el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela:

“Esa ‘apariencia de legalidad’ determina entonces que el particular afectado por una actuación administrativa, confiará entonces en que los efectos que ella produce son válidos y legales, y, en caso de apegarse a los mandatos que le dicte la misma, debe presumirse entonces que con la adopción de esa conducta -supuestamente apegada a la legalidad- el ciudadano obtendrá los beneficios prometidos por la Administración, o evitará los perjuicios advertidos por ella en caso de incumplimiento del mandato.”⁶⁵

El principio de la confianza legítima ha sido igualmente considerado en la sentencia de fecha 09 de junio de 1999, de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, que sobre el particular indicó que:

⁶³ Sentencia de la Sala Constitucional N° 1889 de 17 de octubre de 2007 (Caso: *Impugnación de los artículos 449, 453, 454, 455, 456 y 457 de la Ley Orgánica del Trabajo*), en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, p. 435.

⁶⁴ V., sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia N° 82 de 01-06-2004 (Caso *Visión Emergente (VISIÓN)*) en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Junio/82-010604-000022.htm>

⁶⁵ *Idem*.

“(…) es innegable la existencia de un comportamiento coherente, que en la vida de relación y en el mundo del derecho significa que *“cuando una persona dentro de una relación jurídica ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en un obrar determinado, según el sentido objetivamente deducido de su conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda situación incompatible con ella.”*⁶⁶

De manera similar, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en sentencia N° 210 de 9 de marzo de 2010, ha reconocido la vinculación entre la protección de la confianza legítima y el principio de la buena fe, señalando reiteradamente que:

“uno de los principios que rige la actividad administrativa es el principio de confianza legítima, el cual se refiere a la concreta manifestación del principio de buena fe en el ámbito de la actividad administrativa y cuya finalidad es el otorgamiento a los particulares de garantía de certidumbre en sus relaciones jurídico-administrativas. (*Vid.* sentencia de esta Sala N° 1.171 del 4 de julio de 2007).”⁶⁷

Esta concepción de la confianza legítima vinculada al principio de la buena fe también fue aplicada, por ejemplo, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela en la sentencia No, 937 de 28 de abril de 2003, en la cual, al conocer de una acción de amparo interpuesta contra la Comisión Nacional de Casinos, Bingos y Máquinas Traganíqueles por un grupo de empresas del ramo, por incumplimiento de lo ordenando en un fallo anterior de esa misma Sala Constitucional, estableció lo siguiente:

“...se desprende de los autos, que transcurrió con creces el lapso establecido en el fallo tantas veces mencionado, sin que se haya dado cumplimiento a la orden impartida por la Sala, ya que hasta la fecha no se ha regularizado el otorgamiento de licencias y autorizaciones de funcionamiento de las accionantes, mediante el mecanismo previsto en el artículo 25 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, lo cual, constituye una situación fáctica que genera un estado de indefinida incertidumbre y falta de certeza jurídica en cuanto a la conclusión de un procedimiento administrativo, así como una

⁶⁶ *V.*, sentencia N° 210 del 9 de junio de 1999, Sala de Casación Civil, *Jurisprudencia Ramírez & Garay*, Vol. 155, p. 347.

⁶⁷ *V.*, sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 210 de 9 de marzo de 2010, publicada el 10 de marzo de 2010 (Caso: *Olga del Valle Ontiveros de Ochoa vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial*) en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00210-10310-2010-2008-0213.html>

transgresión a la confianza legítima derivada del otorgamiento de las correspondientes autorizaciones.”

“En este contexto es menester señalar que el otorgamiento de los permisos generó expectativas en las accionantes y con ello importantes erogaciones de dinero, con la finalidad de cumplir con los objetivos para los cuales la Administración les confirió tales autorizaciones y” ejercer de esta forma la actividad económica de su preferencia.

Por lo cual, la omisión de hacer cumplir los requisitos establecidos en la normativa tendiente a la regularización de la actuación de las accionantes no puede ocasionar perjuicio a quien previamente ha obtenido de la

autoridad competente la anuencia para el ejercicio de su actividad, plasmado en actos administrativos, los cuales, a pesar de la inhibición de su eficacia, mantenían plena validez, tal como lo apreció esta Sala en su sentencia del 13 de marzo de 2001.”⁶⁸

La misma Sala Constitucional en cuanto a la aplicabilidad del principio a las actuaciones de la Administración, en otra sentencia N° 1252 de 30 de junio de 2004, al declarar sin lugar la demanda de nulidad intentada contra el artículo 199 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, publicada el 28 de diciembre de 2001 (*Gaceta Oficial* N° 5.566 Extraordinario), estableció lo siguiente:

“...Entre los principios que rigen a la actividad administrativa en general y que resultan aplicables también y en concreto a la actividad de la Administración tributaria, se encuentran los de certeza y seguridad jurídica, los cuales recoge el artículo 299 de la Constitución de 1999 como derivación directa de dicho principio de buena fe en el ámbito de la actividad administrativa. Tales principios están recogidos expresamente en el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, cuya finalidad es el otorgamiento a los particulares de garantía de certidumbre en sus relaciones jurídico administrativas.”⁶⁹

⁶⁸ V., en sentencia de la Sala Constitucional N° 937 de 28 de abril de 2003 (Caso: Ricardo Javier González Fernández y otros contra la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganiqueles), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/937-280403-02-2660%20.htm>

⁶⁹ V., en sentencia de la Sala Constitucional N° 1252 de 30 de junio de 2004 (Caso: *demanda de nulidad por razones de inconstitucionalidad contra el artículo 199 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, que se publicó el 28 -12- 2001*, en G.O. N° 5.566 Extraordinario), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Ju-nio/1252-300604-02-0405.htm>

Esta garantía de certidumbre que deben tener quienes entran en relación con la Administración, y que genera confianza en que realizada una actuación la consecuencia racional de la misma debe respetarse, llevó por ejemplo a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de Venezuela a pronunciarse en sentencia de 14 de agosto de 2008 (Caso: *Oscar Alfonso Escalante Zambrano vs. Cabildo Metropolitano de Caracas*), sobre el derecho a la estabilidad provisional o transitoria que debe reconocerse a los funcionarios que hubiesen ingresado por designación o nombramiento a un cargo de carrera, sin haber superado previamente el respectivo concurso, dejando sentado el criterio de que al contrario:

“Tal proceder de la Administración constituye una especie de negación a la carrera administrativa a un número ciertamente elevado de personas, que ingresan a los organismos o entes públicos con la expectativa de hacer carrera administrativa, con lo cual no sólo se vulnera el espíritu del constituyente, sino que se infringe el principio de la confianza legítima que tienen los aspirantes a ingresar a la carrera administrativa de que se les ratifique, o se les dé ingreso, a través de un concurso público, tal como lo establece el sistema de función pública venezolano, que da prevalencia a la carrera administrativa por encima de los cargos de libre nombramiento y remoción, los cuales ciertamente pueden coexistir, pero, de manera excepcional.”⁷⁰

De ello, concluyó la Corte en su sentencia indicando:

“Que el personal que labora actualmente en las distintas administraciones públicas tiene la confianza o expectativa legítima de acceder a la función pública y de hacer carrera administrativa, y que, en consecuencia, les sea respetada la estabilidad absoluta consecuencia de ello.”⁷¹

De todo lo anteriormente expuesto resulta, por tanto, que el principio de la confianza legítima no sólo se vincula al principio de la seguridad jurídica, sino también se vincula, conforme a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, al principio de la buena fe que rige en las relaciones administrativas, y que permite a los particulares que entran en relación jurídica con la Administración tener confianza y expectativa legítima en relación con las propias actuaciones de la Administración.

Tal como lo ha precisado la Ley de la República Dominicana: “la actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia Administración en el pasado” (art. 3.15).

⁷⁰ *V.*, en *Revista de Derecho Público*, N° 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, p. 576 ss.

⁷¹ *Idem.*

VII. REAFIRMACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

Al anterior cuadro de principios generales del procedimiento administrativo que en la actualidad ya han sido incorporados en el texto expreso de las leyes de procedimiento administrativo dictadas en América Latina, se une el conjunto de principios relativos a los actos administrativos y a la actuación material de la Administración Pública, mostrando entonces un claro estándar en la materia que ha quedado plasmado en el derecho positivo, y que no sólo que deriva de la interpretación judicial del derecho; con incluso, definiciones legales del acto administrativo, como sucede en la Ley venezolana, donde se lo define como “toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la Administración Pública” (art. 7).

Y en la Ley de Panamá, en cuyo artículo 201, que contiene el “glosario” de la misma, se lo define así:

1. *Acto administrativo.* Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo.

Todo acto administrativo deberá formarse respetando sus elementos esenciales: competencia, salvo que ésta sea delegable o proceda la sustitución; objeto, el cual debe ser lícito y físicamente posible; finalidad, que debe estar acorde con el ordenamiento jurídico y no encubrir otros propósitos públicos y privados distintos, de la relación jurídica de que se trate; causa, relacionada con los hechos, antecedentes y el derecho aplicable; motivación, comprensiva del conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión; procedimiento, que consiste en el cumplimiento de los trámites previstos por el ordenamiento jurídico y los que surjan implícitos para su emisión; y forma, debe plasmarse por escrito, salvo las excepciones de la ley, indicándose expresamente el lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite.

Toda esta positivización de principios y elementos sustantivos de la actividad administrativa ha tenido una consecuencia fundamental en el derecho administrativo, traducida en el reforzamiento del principio mismo de la legalidad con el objeto de asegurar, no sólo el sometimiento de la Administración Pública al derecho, sino garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la misma.

Por ello precisamente, la Ley sobre Procedimiento Administrativo general del Perú, en el artículo IV, 1.1 del Título Preliminar dispone que:

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

Ello ha implicado que en este caso del principio de legalidad, y precisamente como consecuencia de las propias leyes de procedimiento administrativo, el mismo igualmente ha dejado de ser sólo un principio general del derecho y se ha convertido en un postulado del derecho positivo, cada vez con más frecuencia y precisión, expresado formalmente en los textos.

Así sucede por ejemplo en la Ley de Bolivia, que hace referencia al “principio de legalidad y presunción de legitimidad” (art. 4,g) y al “principio de sometimiento pleno a la ley” de manera que “la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso” (art. 4, c); en la Ley N° 9784 de Brasil (1999), que impone como criterio a ser observado en los procedimientos administrativos, “la actuación conforme a la Ley y al derecho” (art. 2, Parágrafo Único, I); en la Ley de Venezuela, en la cual se indica que “la Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad”(art. 4); en la Ley de la República Dominicana cuando indica que “toda la actuación administrativa se somete plenamente al ordenamiento jurídico del Estado” (principio de juridicidad, art. 3.1); y en la Ley General de Costa Rica al señalar que: “La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico...” (art. 11,1); agregando en su artículo 13, que:

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

Este principio de legalidad o de actuación en conformidad con el derecho implica, por tanto, que las actividades que realice la Administración Pública no sólo deben someterse al derecho, sino incluso, en el caso del procedimiento administrativo, a los propios principios del mismo antes analizados que también ya forman parte del derecho positivo, lo que implica que las actividades contrarias a los mismos pueden ser controladas con mayor precisión por la jurisdicción contencioso administrativa.

Por ello, dichos principios, además, se los declara como imperativos, tal como lo expresa la Ley Federal mexicana, al prescribir que las disposiciones sobre procedimiento administrativo “Son aplicables a la actuación de los particulares ante la Administración Pública Federal, así como a los actos a través de los cuales se desenvuelve la función administrativa” (art. 12); imperactividad

que en el caso de la Ley General de Costa Rica se precisa que es en aquellos procedimientos en los cuales “el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos;” o en los cuales haya habido “contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente” (art. 308).

El derecho administrativo en América Latina, como resultado de este estándar continental que ya existe en materia de los principios del procedimiento administrativo, se encuentra ahora en una situación de avanzada que hace décadas, quienes nos ocupábamos de estos temas, sólo soñábamos.

CAPÍTULO III: LOS LÍMITES AL EJERCICIO DEL PODER DISCRECIONAL

El principio de la legalidad, conforme al cual todas las actividades de la Administración deben ceñirse a reglas o normas preestablecidas, sin duda, es la más acabada garantía establecida en el Estado de Derecho en beneficio de los administrados, “contra las posibles arbitrariedades de la autoridad ejecutiva”⁷². 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.

Estamos en el terreno del denominado 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, y que 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)”⁷³.

E indudablemente, el tema del poder discrecional ha sido y es un tema fundamental del derecho administrativo en el mundo contemporáneo, particularmente por el proceso que puede constatarse en todos los países con régimen administrativo, de reducir el campo de la libertad de apreciación, de

⁷² Corte Federal (Venezuela) sentencias de 17 de julio o 23 de octubre de 1953, *Gaceta Forense* núm. 1, 1953, p. 151 y núm. 2, 1953, p. 64.

⁷³ M. Waline, “Etendue et limites du contrale du juge administratif sur les actes de l'Administration”, *Etudes et documents*, Conseil d'Etat, núm. 10, París, 1956, p. 25.

manera que no lleve a la arbitrariedad. Es el proceso que Eduardo García De Enterría ha calificado como de “lucha contra las inmunidades de poder”⁷⁴ que tradicionalmente reducían el ámbito del control jurisdiccional de la legalidad.

En el 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 fundamental⁷⁵.

Nos interesa analizar este proceso en España y América Latina, particularmente en cuanto a la repercusión que esta lucha por el derecho ha tenido en la codificación del procedimiento administrativo, y ello lo analizaremos, distinguiendo dos aspectos: en primer lugar, identificando aquellas áreas del actuar administrativo que no configuran realmente ejercicio del poder discrecional; y luego, en segundo lugar, precisando las tendencias de reducción o limitación al ejercicio mismo del poder discrecional.

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

Existen áreas del actuar administrativo que tradicionalmente se había 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. Es el campo de lo que la doctrina alemana ha calificado como de los “conceptos jurídicos indeterminados” (*unbestimmte Rechtsbegriffe*)⁷⁶

⁷⁴ Eduardo García De Enterría, *La lucha contra las inmunidades de poder*, Madrid, 1974. Artículo publicado originalmente en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, Madrid, 1962, pp. 159-205.

⁷⁵ En relación a Venezuela, *Vid.* Allan R. Brewer-Carías, “Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, núm. 2, Caracas, 1965-1966, pp. 9-35; y más recientemente: “La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa”, en Germán Cisneros Farías, Jorge Fernández Ruiz y Miguel Alejandro López Olvera (Coordinadores), *Control de la administración pública*. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007, pp. 97-115; “Sobre los límites al ejercicio del poder discrecional,” en Carlos E. Delpiazzo (Coordinador), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano Brito*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2008, pp. 609-629; “Algunos aspectos del control judicial de la discrecionalidad” 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.

⁷⁶ *Vid.* las referencias en Fernando Sainz Moreno, *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, pp. 224 ss.

recogido en España y los países latinoamericanos; y de lo que la doctrina italiana ha calificado como “discrecionalidad técnica”.⁷⁷

En una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, de 19-5-83, el problema se planteó en sus justos términos, así⁷⁸: El Reglamento para las transmisiones por las estaciones de Radiodifusión Audiovisual (Televisoras), de 1980, 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.

⁷⁷ Vid. por ejemplo Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto Administrativo*, Napoli, 1964, pp. 573 ss.; Pietro Virga, *Il Provvedimento Amministrativo*, Milano, 1972, pp. 27 ss.

⁷⁸ 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.

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 impugnada⁷⁹.

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”⁸⁰.

En esta forma, la distinción entre lo que es ejercicio del poder discrecional y lo que no es discrecionalidad, basado en la noción de los conceptos jurídicos indeterminados,⁸¹ es una reducción efectiva del ámbito de la libertad de

⁷⁹ *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).

⁸⁰ *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”.

⁸¹ *V.*, Allan R. Brewer-Carías, “La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa”, en *Ley de Responsabilidad*

apreciación y una ampliación de los poderes de control jurisdiccional. Así: la discrecionalidad, entonces, 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 admisible⁸². 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 el precio que se señala es justo o no lo es; o se ofende a la moral pública o no se la ofende. 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”⁸³.

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 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”⁸⁴.

Social de Radio y Televisión, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos Legislativos, N° 35, Caracas 2006, pp. 217-239.

⁸² *Vid.* F. Sainz Moreno, *op. cit.*, p. 234.

⁸³ *Vid.* E. García de Enterría, *op. cit.*, pp. 35, 37 y 38.

⁸⁴ *Vid.* la referencia en F. Sainz Moreno, *op. cit.*, p. 273.

Ahora bien, esta noción de los conceptos jurídicos indeterminados, como área de actividad pública no discrecional, se ha adoptado en Italia, en base a 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”⁸⁵; 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 bien⁸⁶. La “discrecionalidad técnica” por tanto, no es discrecionalidad, derivando su denominación de un error histórico de la doctrina, como lo ha destacado Massimo Severo Giannini⁸⁷.

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

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 discrecionales⁸⁸.

El primer *arrêt* del Consejo de Estado que se dictó en estos aspectos fue el *arrêt Gomel* de 4-4-1914⁸⁹, 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

⁸⁵ Vid. P. Virga *op. cit.*, p. 19.

⁸⁶ Vid. Aldo M. Sandulli, *op. cit.*, p. 574.

⁸⁷ Vid. Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Vol. I, Milán, 1970, p. 488.

⁸⁸ Vid. A. De Laubadère, “Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat Français”, *Mélanges offerts a Marcel Waline*, París, 1974, t. II, pp. 531-S49.

⁸⁹ CE 4 avr. 1914, *Gomel*, Rec. 488. Vid. en M. Long P. Weil y G. Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 7^o ed., París, 1978, p. 124.

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 tomada⁹⁰. 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)⁹¹.

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.⁹² En otros casos similares, el Consejo de Estado examinó si esta inmoralidad era de naturaleza tal como para justificar legalmente la prohibición, teniendo en cuenta las circunstancias locales (CE 14 oct 1960, *Société Les films Marceau*, Rec, 533, y 23 déc 1960, *Union générale cinématographique*, Rec. 731), anulando la prohibición, de proyectar en Niza el film *La neige était sale* y

⁹⁰ *Vid.* Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 125.

⁹¹ *Idem*, p. 125.

⁹² *Ibid.*, *op. cit.*, pp. 490-493.

rechazando el recurso contra la prohibición de proyectar en la misma ciudad el film *Avant le déluge*⁹³. 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 Librairie François Maspero*, de 2 nov 1973 (Rec. 611, concl. Braibant)⁹⁴, 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 esta 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”⁹⁵.

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

⁹³ *Ibid.*, p. 493.

⁹⁴ *Ibid.*, *op. cit.*, pp. 575 ss.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 576.

el *arrêt Maspéro*, si bien el juez ha sido conducido a someter a la Administración, a un control mínimo en cuanto a la apreciación de los hechos realizada por ella:

“de hecho el juez no se pronuncia sobre la apreciación como tal, sino sobre el error que ha podido viciar esta apreciación cuando este error es evidente, al poder ser descubierto por simple sentido común, cuando se trate de un error manifiesto que desnaturalice la interpretación que hace la Administración de la extensión de su poder discrecional”⁹⁶.

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 Maspéro* 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 que casos hay poder reglado, transformándose entonces una competencia aparentemente discrecional en una competencia reglada”⁹⁷, 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.⁹⁸

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”⁹⁹, desarrollado en casos de urbanismo y expropiación con ocasión de la

⁹⁶ *Ibid., cit.*, p. 580.

⁹⁷ *Vid. A. De Laubadere, loc. cit.*, p. 535.

⁹⁸ *Idem*

⁹⁹ *Vid. 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.*

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 1971¹⁰⁰, con motivo de la impugnación, por ilegalidad, del acto administrativo del Ministro del Equipamiento y Vivienda que declaró 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”¹⁰¹.

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 las 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 social¹⁰². 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

¹⁰⁰ 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. Vid. en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, pp. 561-574.

¹⁰¹ Vid. en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 563.

¹⁰² *Idem*, pp. 568-569.

no dar la aprobación, sino cuando el saldo de esta operación, después de hechas las cuentas, le parecía positivo”¹⁰³.

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 1972¹⁰⁴, 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, que no solo le producía ruido, sino que lo privaba de toda posibilidad de expansión futura¹⁰⁵.

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 fantasiosas”, como lo indicó Marcel Waline, de los tecnócratas administrativos¹⁰⁶.

¹⁰³ 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. Lemaurier, *loc. cit.*, p. 555.

¹⁰⁴ CE 20 octobre 1972, Rec. 657, concl. Morisot.

¹⁰⁵ *Vid.* en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 569.

¹⁰⁶ *Vid.* M. Waline, “L’appréciation...” *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

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”¹⁰⁷.

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

II. LOS LÍMITES AL PODER DISCRECIONAL: LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

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 arbitrariamente¹⁰⁸.

pública hecha por el Congreso en materia de expropiación (lo que si es probablemente facultad discrecional, y ni siquiera del Poder Ejecutivo sino del Poder Legislativo), no se advierte entonces qué superioridad constitucional tiene el Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo y el Poder Judicial para que los actos discrecionales del parlamento, esto es las leyes del Congreso de la Nación, puedan ser controladas judicialmente, pero no pueda serlo un acto meramente emanado del Poder Ejecutivo”, Agustín Gordillo, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, p. 216.

¹⁰⁷ Cit. Par A. De Laubadère, *loc. cit.* p. 540.

¹⁰⁸ Allan R. Brewer-Carías, “Los límites...”, *loc. cit.*, p. 11.

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 discrecional¹⁰⁹ y particularmente sobre la comprobación y calificación de los presupuestos de hecho¹¹⁰, 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”¹¹¹.

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.

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

¹⁰⁹ En la sentencia de la antigua Corte Federal (Venezuela) (*Caso Reingruber*) de 6 de noviembre de 1958, por ejemplo, quedó claramente señalado en relación a los actos del ejercicio del poder discrecional, que siempre “puede ser materia de revisión (por el Juez) por lo que se refiere a la incompetencia del funcionario que lo dictó, o defecto de forma del acto, o a su ilegalidad”, *Gaceta Forense*, núm. 22, p. 134. Cf. Allan R. Brewer-Carías, “Los límites...”, *loc. cit.* p. 14.

¹¹⁰ Sobre la “veracidad y la congruencia de los hechos” como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa (Venezuela), en sentencia (caso *Depositaria Judicial*) de 2 de noviembre de 1982, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, Caracas, 1982, p. 130.

¹¹¹ *Idem.*

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”¹¹².

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 revisada 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”¹¹³.

Al analizar este considerando, hemos señalado que la 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 los supuestos de hecho y la decisión tomada¹¹⁴, y debe agregarse también el principio

¹¹² Gaceta Forense, núm. 11, Caracas, 1956, pp. 27-30, *Vid.* 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.

¹¹³ Gaceta Forense, núm. 22, Caracas, 1958, pp. 133-134; *Vid.* en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de... op. cit.*, t. I, pp. 608-609.

¹¹⁴ *Vid.* en Allan R. Brewer-Carías, “Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas”, *loc. cit.*, pp. 27-33. *Vid.* los comentarios a nuestro análisis en Gustavo Urdaneta Troconis, “Notas sobre la distinción entre actos reglados y discrecionales y el control jurisdiccional sobre estos” en *Tendencias de la Jurisprudencia venezolana en materia contencioso administrativa*, Caracas, 1986, pp. 395-399.

En Colombia, al referirse a la necesaria sumisión del ejercicio del poder discrecional a los principios generales del derecho, Consuelo Sarria los resume así: “la Administración tendrá en cuenta la *racionalidad o razonabilidad*: en cuanto su decisión tiene que estar de acuerdo

de la *buena fe*, de manera que toda actuación del funcionario que con intención falsee la verdad, también sería ilegal¹¹⁵.

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 administrativa¹¹⁶, 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 policía¹¹⁷, 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 limitadas¹¹⁸.

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, etc¹¹⁹. La actuación administrativa irrazonable, por tanto, es arbitraria y aún cuando sea producto del ejercicio de un poder discrecional, puede ser controlada

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 Sarria, “Discrecionalidad Administrativa” en J.C. Cassagne y otros, *Acto Administrativo*, Tucumán, 1982, p. 118.

¹¹⁵ Vid. 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.

¹¹⁶ Vid. Juan Francisco Linares, *Poder Discrecional Administrativo*, Buenos Aires, 1958, pp. 155 ss.

¹¹⁷ Vid. Ramón F. Vásquez, *Poder de Policía*, Buenos Aires, 1957, pp. 41 ss. y 122 ss.

¹¹⁸ Bartolomé A. Fiorini, *Poder de Policía*, Buenos Aires, 1958, p. 149.

¹¹⁹ *Idem*, p. 158; Juan Francisco Linares, *op. cit.*, p. 164.

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”¹²⁰.

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)¹²¹.

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”¹²².

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

¹²⁰ 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.

¹²¹ Juan Francisco Linares, *op. cit.*, pp. 164 ss.

¹²² *Vid.* en J. P. Cajarville, *Dos Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1988, p. 106.

acomodar sus intervenciones en la esfera de los administrados al procedimiento menos restrictivo de la libertad¹²³.

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:

¹²³ Eduardo García de Enterría y Tomas R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1983, pp. 449-451.

“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 discrecional¹²⁴, 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:

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

Se 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:

¹²⁴ Vid. 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.

“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”.

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 proporcionalidad¹²⁵, 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”¹²⁶.

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

¹²⁵ Vid. Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, p. 46; Agustín Gordillo, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, p. 250. Conforme a lo establecido por la Corte Suprema de la Nación (Argentina) “las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionadamente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador”. Caso: *Sindicato Argentino de Músicos*, 1960, Fallos t. 248, pp. 800 ss.

¹²⁶ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de marzo de 1984, *Revista de Derecho Público*, núm. 18, Caracas, 1984, p. 172. En igual sentido, la misma Corte Primera en sentencia de 16 de diciembre de 1982, estimó que este vicio de abuso de poder se da en los casos de “desmedido uso de las atribuciones que han sido conferidas lo cual equivale al excesivo celo, a la aplicación desmesurada, esto es, a todo aquello que rebasa los límites del correcto y buen ejercicio de los poderes recibidos de la norma”, *Revista de Derecho Público*, núm. 13, Caracas, 1982, p. 119.

funciones discrecionales, cayendo en ilicitud... obligando, por ende, al control anulatorio por parte del Tribunal”¹²⁷.

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”¹²⁸.

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”¹²⁹.

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”¹³⁰.

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 indeterminados¹³¹. 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*,

¹²⁷ Vid. en J. P. Cajarville, *op. cit.*, p. 106.

¹²⁸ Conclus, CE, 13 de noviembre de 1970, *Lambert, cit.*, por 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, p. 540.

¹²⁹ Conclus, CE, 2 de noviembre de 1973, *Librairê François Maspero*, Rec. 611, Long, Weil y Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, cit.*, p. 585.

¹³⁰ Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 580.

¹³¹ Vid. 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.

Rec. 489; y CE 15 fév 1961, *Lagrange*, Rec. 121; CE 9 mai 1962, *Commune de Montfermeil*, Rec. 304)¹³².

En cuanto al principio de la proporcionalidad como límite al ejercicio del poder discrecional, aun cuando se ha afirmado que no ha sido reconocido plenamente en el sistema francés¹³³, 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”¹³⁴.

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; el controla así la adecuación de la medida a los hechos que la motivan”¹³⁵.

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 falta¹³⁶. En otra decisión del Consejo de Estado, en el *arrêt Vinolay* (CE 26 juillet 1978), conforme al mismo criterio, anuló una destitución de un funcionario, señalando que “si las faltas a reglas de buena administración... eran de tal índole que legalmente justificaran una sanción disciplinaria, ellas no podían legalmente fundamentar, sin error manifiesto de apreciación, una medida de revocación que constituye la sanción mas grave dentro de la escala de las penas”¹³⁷.

De lo anteriormente expuesto se puede sacar como conclusión, en materia de control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional, que tanto la jurisprudencia y la doctrina como la legislación, ésta última, en particular en América Latina, han venido abandonando la tradicional inmunidad jurisdiccional

¹³² Vid. las referencias en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 581.

¹³³ Guy Braibant, “Le Principe de la proportionalite”, *Mélanges offerts a Marcel Waline*, París, 1974 t. II pp. 297 ss.

¹³⁴ Rec. 541, concl. Michel. Vid. en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, pp. 217 ss.

¹³⁵ *Idem*, p. 221.

¹³⁶ Cf. Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 583.

¹³⁷ *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.

en esta materia, distinguiendo, incluso, lo que en apariencia es discrecionalidad (como en el caso de la aplicación de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados) y que esta sometida plenamente a control 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.

Sección Segunda: EL RÉGIMEN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA CODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La codificación del procedimiento administrativo en España y América Latina, como se ha señalado, no sólo ha tenido por objeto regular los solos aspectos procesales de los trámites y actuaciones realizados por la Administración para la producción de sus actos, sino que ha incidido, materialmente, sobre el régimen mismo de los actos administrativos, regulando sus elementos o requisitos, el proceso de su elaboración, su forma o presentación, su eficacia, su ejecución y su impugnación en vía administrativa. Realmente, por tanto, bajo el nombre de leyes de procedimiento administrativo se han dictado leyes reguladoras de la actividad administrativa.

Ahora bien, en general, estas leyes regulan el régimen de los actos administrativos dictados por los órganos de la Administración Pública Nacional, Central o Descentralizada¹³⁸; extendiéndose su aplicación en algunos casos a los órganos nacionales con autonomía funcional, comprendiendo estos últimos órganos de rango constitucional que no están integrados a los órganos clásicos del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) pero que cumplen funciones administrativas: Contralorías Generales, Ministerio Público, Consejo Superior de la Magistratura, etc¹³⁹.

En general, las leyes no se aplican a los actos administrativos de los Municipios o de las entidades políticas territoriales (Estados o Provincias en los Estados Federales), aún cuando en algunos casos tienen aplicación supletoria respecto de las mismas¹⁴⁰.

Por supuesto, tratándose de leyes relativas a los actos administrativos, es evidente que, dado su ámbito orgánico de aplicación, en general queda fuera de la regulación de dichas leyes, el régimen de los actos administrativos en sentido material dictados por los órganos del Poder Legislativo y del Poder Judicial en

¹³⁸ *Vid.* LGAP Costa Rica, art. 1.21; LPA Argentina, art. 1; D 640, Uruguay, art. 1.

¹³⁹ *Vid.* LPA Venezuela, art. 1; CCA Colombia, art. 1.

¹⁴⁰ *Vid.* LPA Venezuela, art. 1.

ejercicio de funciones administrativas, así como el de los actos administrativos dictados por entidades privadas, pero en ejercicio de prerrogativas del poder público¹⁴¹. El Código de Colombia, sin embargo, en este último supuesto, los somete a sus prescripciones, al referirse a los actos administrativos de las entidades privadas cuando cumplan funciones administrativas¹⁴².

En todo caso, el aporte fundamental de esta legislación respecto de la vigencia del principio de la legalidad en relación a los actos administrativos es el que se expresa en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, en el sentido de que “La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y solo podrá realizar aquellos actos... que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes”. Es esta sumisión a la legalidad la que, sin duda, se afianza con estas leyes reguladoras del procedimiento administrativo.

Ahora bien, dos aspectos interesan destacar en esta segunda parte relativa a este régimen de los actos administrativos regulado en las leyes de procedimiento administrativo de España y América Latina, y que han contribuido significativamente al afianzamiento del principio de la legalidad, y se refieren, por una parte, a la determinación legal de los elementos de los actos administrativos, lo que ha facilitado las vías de recurso jurisdiccional para controlar la actividad administrativa; y por la otra, a la regulación legal de los principios relativos a los efectos de los actos administrativos y su ejecución; aspectos que estudiaremos separadamente.

CAPÍTULO I. LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El acto administrativo, tal como lo definía el Código colombiano, está configurado por “las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia” (art. 83), lo que lo distingue de los hechos administrativos; y su validez depende de que se conformen sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario público¹⁴³.

En la precisión de esta conformidad con el ordenamiento jurídico, es decir, en su conformidad con la legalidad, por supuesto, juegan un papel fundamental los elementos de los actos administrativos, tanto de fondo (*legalité interne*) como

¹⁴¹ Vid. sobre estos actos administrativos, por lo que se refiere al derecho francés, Pierre Devolvé, *L'acte administratif*, París, 1983, pp. 40 ss.

¹⁴² Vid. CCA Colombia, arts. 1 y 82. La impugnación en vía contencioso administrativa, sin embargo, es posible respecto de todos los actos administrativos, tanto los “expedidos en cualquiera de las ramas del poder público” como los emanados de “las entidades privadas cuando cumplan funciones públicas” (art. 128.1).

¹⁴³ Art. 128, LGAP de Costa Rica.

de forma (*legalité externe*), y los cuales se encuentran regulados en las diversas leyes de procedimiento administrativo.

I. LOS ELEMENTOS DE FONDO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Estos elementos se refieren a la competencia, la manifestación de voluntad, la base legal, la causa o presupuestos de hecho, la finalidad y el objeto de los actos administrativos, respecto de los cuales el derecho positivo ha venido precisando aspectos que anteriormente sólo la jurisprudencia y la doctrina habían definido.

1. *Principios relativos a la competencia*

El primer requisito o elemento de fondo de los actos administrativos, como lo afirman expresamente la Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina y España, es que deben “ser dictados por autoridad competente” (art. 7.a y art. 53.1, respectivamente). La competencia así es uno de los elementos esenciales de todo acto administrativo, entendiéndose por tal competencia la aptitud legal de los órganos administrativos para dictar un acto administrativo.

Ahora bien, el primer principio relativo a la competencia en materia administrativa es que la misma no se presume y por el contrario, debe emanar de una norma expresa atributiva de competencia, es decir, como lo afirma la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, “debe emerger del texto expreso de una regla de derecho, ya sea la Constitución, la Ley, el reglamento o la Ordenanza” por lo que “a falta de disposición expresa, la autoridad carece de cualidad para efectuar el acto”¹⁴⁴. El principio lo reafirma la Ley Argentina de Procedimientos Administrativos al indicar que “la competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las Leyes y de los Reglamentos dictados en su consecuencia” (art. 3).

En este campo “el principio de la legalidad se presenta con toda su rigidez, ordenándole al órgano que haga sólo aquello para lo cual está facultado, bien por norma expresa o bien por un margen de libre de apreciación que ha de acordarle igualmente una disposición expresa”¹⁴⁵. Aquí podríamos ubicar, por ejemplo, los denominados “poderes implícitos” por la jurisprudencia y doctrina francesa y que se refieren, básicamente, a la potestad reglamentaria atribuida a los Ministros

¹⁴⁴ Sentencia de 28 de enero de 1968, *Gaceta Oficial*, núm. 27.367 de 13 de febrero de 1964 y sentencia de 11 de agosto de 1965, *Gaceta Oficial*, núm. 27.845 de 22 de septiembre de 1965. *Vid.* también en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. III, vol. 1, Caracas, 1976, pp. 197-198.

¹⁴⁵ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Venezuela) de 16 de diciembre de 1982 en *Revista de Derecho Público*, núm. 13, Caracas, 1982, p. 118.

derivada de su carácter de superior jerárquico, obligado a tomar todas las medidas necesarias para el buen funcionamiento de la Administración¹⁴⁶. También pueden considerarse como poderes implícitos, los que derivan del principio del “paralelismo de las competencias”, establecido en el *arrêt Fourre-Cormeran* del 10 de abril de 1959, en el cual se estableció, que “a falta de disposiciones expresas que determinen la autoridad competente para poner fin a las funciones de un director, ese poder corresponde, de pleno derecho, a la autoridad investida del poder de nominación”¹⁴⁷.

Por supuesto, la exigencia de texto expreso para ejercer la competencia, y la determinación de sí ello debe estar en la Constitución, en la ley o en el reglamento, deriva del régimen constitucional concreto, por una parte, y de los principios de la reserva legal, por la otra. En los Estados Federales, por ejemplo, como Argentina y Venezuela, los principios relativos a la distribución de competencias entre la República, las Provincias o los Estados miembros de la Federación y los Municipios, necesariamente tienen que estar en la Constitución, de manera que, en este nivel, las normas atributivas de las respectivas competencias son de rango constitucional. Cualquier extralimitación en el ejercicio de las competencias respectivas entre los tres niveles de descentralización política, por tanto, constituye usurpación de funciones¹⁴⁸.

Pero, además, para la determinación de la norma atributiva de competencia, el otro principio fundamental en la materia es el de la reserva legal, en el sentido de que en todo supuesto en que la regulación de una materia este reservada al Legislador, sólo la ley formal puede atribuir competencia para emanar actos administrativos. Esto sucede, por ejemplo, en los actos que conciernan al ejercicio de competencias tributarias, de competencias sancionadoras o en cuyo ejercicio se limitan, en cualquier forma, los derechos o garantías constitucionales. Sin duda, a ello apunta la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, al establecer que “la competencia será regulada por Ley, siempre que contenga la atribución de potestades de imperio” (art. 59.1), que son las de reserva legal.

La consecuencia fundamental de la atribución de competencia a los órganos administrativos por ley es, como lo puntualiza la Ley Argentina de

¹⁴⁶ Vid. por ejemplo *arrêt CE Jamart*, 7 de febrero de 1936, Rec. 172. Vid. además en Long, Weil y Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, 1978, pp. 238-239.

¹⁴⁷ *Recueil Dalloz*, 1959, p. 210.

¹⁴⁸ Como lo afirma la Constitución venezolana de 1999: “Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos” (art. 18), lo que abarca tanto la usurpación de autoridades por personas desprovistas de investidura, como la usurpación de funciones como incompetencia de orden constitucional. Vid. J. M. Auby y R. Drago, *Traité de Contentieux Administratif*, Paris, 1984, t. II, p. 256.

Procedimientos Administrativos, que “su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente” (art. 3), es decir, como lo señala la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la competencia “es irrenunciable” (art. 12.1). Por tanto, el funcionario, cuando tiene atribuida la competencia para actuar, no es libre de ejercerla o no, sino que está obligado a ello. En particular, la Ley General de Administración Pública de Costa Rica, en cuanto a las potestades de imperio prescribe que su ejercicio es “irrenunciable, intransmisible e imprescriptible” por lo que “sólo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercerla” (art. 66).

Pero, además, la competencia prevista en la Ley, como la señala la Ley Argentina de Procedimientos Administrativos “es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas” (art. 3). Es decir, en términos de la ley española la competencia “se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las leyes” (art. 12.1). Por tanto, el principio en los casos de competencias legalmente previstas es que toda desviación de la misma por delegación o avocación debe ser autorizada expresamente por la Ley. En materia de avocación, esta es la doctrina sentada por el Consejo de Estado en el *arrêt Yasri* del 28 de octubre de 1949, en la cual se estableció que la autoridad administrativa superior no puede sustituirse a las autoridades subordinadas en el ejercicio de su poder de decisión. Por tal razón se anuló la decisión del Ministro de la Guerra revocando la designación de un militar comisionado, poder que correspondía al Jefe del Cuerpo Militar al cual pertenecía¹⁴⁹. Sin embargo, la Ley Argentina de Procedimientos Administrativos, en materia de avocación establece el principio contrario: “la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario” (art. 3).

En realidad, puede considerarse que ni la avocación ni la delegación requieren texto expreso en los casos en los cuales la atribución legal de competencia se asigne, no a un órgano determinado, como a un Ministro, directamente, sino a la organización específica, es decir, al Ministerio como un todo. En estos casos, la competencia se presume atribuida al superior jerárquico (el Ministro)¹⁵⁰ y este normalmente, la distribuye entre los distintos órganos que conforman el Ministerio, por vía de reglamento¹⁵¹. En estos supuestos, además de ser el reglamento de organización, fuente de la competencia de los distintos órganos, habiendo sido el Ministro el que distribuye la competencia, se presume

¹⁴⁹ *Recueil Dalloz*, 1950, p. 303.

¹⁵⁰ *Vid.* LGAP de Costa Rica, arts. 62 y 70.

¹⁵¹ Conforme a la LGAP de Costa Rica “La distribución interna de competencia, así como la creación de servicios sin potestades de imperio, se podrá hacer por reglamento autónomo, pero el mismo estará subordinado a cualquier Ley futura sobre la materia” (art. 59.2).

que tiene el poder genérico de avocación, en el mismo sentido que tiene el ejercicio de las competencias derivadas de la propia jerarquía administrativa, como revisar las decisiones del inferior; “dirigir las actividades de los órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y circulares” (art. 21.1 Ley española 30/1992); y delegar el ejercicio de competencias que se atribuya en los inferiores.

Sin embargo, en los casos de desconcentración de competencias, que se produce cuando es la ley la que directamente atribuye la competencia específica a un órgano inferior de un Ministerio, para que el Ministro pueda avocarse al conocimiento del asunto requiere de texto legal expreso. La Ley General de Administración Pública de Costa Rica, incluso distingue los supuestos de desconcentración mínima, cuando el superior no pueda avocar competencias del inferior, ni revisar o sustituir la conducta del inferior, de oficio a instancia de parte”, y de desconcentración máxima, “cuando el inferior este sustraído, además, a órdenes, instrucciones o circulares del superior” (art. 83.2 y 3).

En materia de competencia, particular referencia debe hacerse a la delegación, como posibilidad que tiene el superior jerárquico de desviar el ejercicio de la competencia que le ha sido asignada por ley, en un órgano inferior, para lo cual se requiere texto expreso que la autorice. La Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, en esta materia, ha positivizado los principios fundamentales así (art. 89 y 90):

- a) La delegación deberá ser publicada en el Diario Oficial;
- b) La delegación podrá ser revocada en cualquier momento por el órgano delegante.
- c) No podrán delegarse potestades delegadas, es decir, no se permite la subdelegación.
- d) No podrá hacerse una delegación total ni tampoco de las competencias esenciales del órgano, que le dan nombre o que justifican su existencia.
- e) No podrá hacerse delegación sino en órganos o funcionarios que sean inferiores dentro de una misma organización, y entre órganos de la misma clase, por razón de la materia, del territorio y de la naturaleza de la función.
- f) El órgano colegiado no puede delegar sus funciones.

Además, debe destacarse el principio de que, en los actos administrativos adoptados por delegación, debe hacerse constar expresamente esta circunstancia como lo precisa la Ley española 30/1992 (art. 13.4) y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela (art. 18.7).

Por último, en materia de competencia como elemento de los actos administrativos debe mencionarse el vicio de incompetencia que resulta de la

violación de los anteriores principios de la competencia legalmente prescritos. En vía administrativa, como lo han establecido la Ley española 3/1992 (art. 20) y en la Ley General de Administración Pública de Costa Rica (art. 67), la incompetencia podrá ser declarada de oficio o a instancia de parte, en cualquier momento, por el órgano que dictó el acto o por el superior jerárquico.

En todo caso, en vía judicial, el vicio de incompetencia se considera siempre como un vicio de orden público¹⁵² que, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, “puede ser alegada en cualquier estado y grado de la causa, inclusive en alzada y acarrea la posibilidad para el juez de pronunciar la dicha nulidad absoluta, aún de oficio”¹⁵³. La importancia procesal de este vicio alegado en vía contencioso-administrativa, además, radica en que invierte la carga de la prueba que normalmente corresponde al recurrente, por la presunción de legalidad de los actos administrativos. Así lo tiene decidido la jurisprudencia venezolana al sentar el principio de que cuando el recurrente alega la incompetencia del funcionario, se invierte la carga de la prueba y es entonces a la Administración a quien le corresponde probar la competencia¹⁵⁴.

2. *Principios relativos a la manifestación de voluntad*

El acto administrativo, ante todo, es una manifestación de voluntad de la Administración para producir efectos jurídicos, y ello es precisamente lo que lo distingue de los hechos administrativos que conforme a lo que disponía el Código Contencioso Administrativo de Colombia, son “los acontecimientos y las omisiones capaces de producir efectos jurídicos, pero en cuya realización no influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia” (art. 83).

Por tanto, el segundo elemento del acto administrativo es el que exige que el mismo pueda ser considerado, efectivamente, como una manifestación legítima de voluntad de un órgano administrativo, libremente acordada. El principio lo establece la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica al prescribir que “el acto deberá aparecer objetivamente como una manifestación

¹⁵² En este sentido la LPA de Argentina considera que “el acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable... cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas” (art. 14.b). La LOPA de Venezuela en cambio sólo califica el vicio de nulidad absoluta cuando se trate de “incompetencia manifiesta” (art. 19.4).

¹⁵³ *Vid.* Sentencia de la Sala Político Administrativa de 26 de marzo de 1984, ratificada en sentencia de 5 de diciembre de 1985. Además, la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 9 de diciembre de 1985, *Revista de Derecho Público*, núm. 25, Caracas, 1986, pp. 144 y 108.

¹⁵⁴ *Vid.* Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Venezuela) de 9 de diciembre de 1985, *Idem*, p. 108.

de voluntad libre y consciente, dirigida a producir el efecto jurídico deseado para el fin querido por el ordenamiento” (art. 130). La consecuencia, por supuesto, es que los vicios del consentimiento se aplican a la manifestación de voluntad en el acto administrativo, pudiendo este resultar viciado.

La violencia, por ejemplo, o la intimidación, cuando se ejerce sobre el funcionario para forzar la emisión de un acto administrativo, vicia de nulidad absoluta el acto administrativo, por lo que la Constitución Venezolana de 1961 establecía el principio de que “es nula toda decisión acordada por requisición directa o indirecta de la fuerza, o por reunión de individuos en actitud subversiva” (art. 120)¹⁵⁵.

En cuanto al error, como vicio de la manifestación de voluntad, este se produce cuando la voluntad real haya sido radicalmente distinta a la declarada formalmente. Por ejemplo, cuando se nombra a una persona para una función pública, distinta a la que se quiere nombrar, por homonimia, por ejemplo¹⁵⁶. En este caso no hay error de derecho o de hecho que, como veremos, son vicios en la base legal o los motivos de hecho de los actos administrativos, sino más propiamente error en la manifestación de voluntad de la Administración.

También puede producirse en materia de manifestación de voluntad de la Administración, el vicio de dolo, que surge tanto cuando el acto es producto de maquinaciones dolosas del administrado en solicitudes que, por ejemplo, imponen al solicitante la carga de la prueba de los presupuestos del acto (suministro de informaciones o documentos falsos); como en actuaciones del funcionario, contrarias a la buena fe, que conllevan además a una desviación de poder, o como cuando tenga por existentes para tomar su decisión, hechos o antecedentes inexistentes o falsos.

Estos vicios de la manifestación de voluntad en los actos administrativos que, en general, acarrear la nulidad absoluta e insanable de los mismos, han sido resumidos por la Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina, al establecer que se producen:

“Cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por error esencial; dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; violencias físicas o moral ejercida sobre el agente; o por simulación” (art. 14.1).

¹⁵⁵ Agregaba la Constitución venezolana de 1961 el principio de que “En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública”, (art. 47).

¹⁵⁶ Vid. Agustín Gordillo, *Derecho Administrativo*, t. 3, Buenos Aires, 1979, pp. 9-45.

3. *Principios relativos a la base legal*

La base legal de los actos administrativos es su fundamento de derecho, es decir, las normas legales o reglamentarias que autorizan su actuación.

En otras palabras, es el “motivo de derecho” del acto administrativo, que autoriza la decisión concreta que contiene. Esta base o fundamentos legales constituyen, junto con los presupuestos de hecho, uno de los elementos que deben exteriorizarse formalmente en la motivación del acto administrativo¹⁵⁷.

Ahora bien, para que un acto administrativo sea válido y produzca efectos no sólo tiene que tener un fundamento legal, que debe efectivamente existir al momento de dictarse el acto (no antes o después), sino que debe ser el que efectivamente autoriza la actuación, es decir, debe además ser exacto. La existencia y exactitud de la base legal es, así, un requisito o elemento de validez del acto administrativo, de manera que su inexistencia (cuando la base legal no existe, fue derogada o aún no ha sido promulgada) o su inexactitud derivada del hecho de que el funcionario se atribuye una base legal que en ningún caso puede fundamentar su acto, son causas de nulidad¹⁵⁸.

Como lo ha precisado la jurisprudencia francesa: en primer lugar, la base legal debe ser exacta, de manera que si la Administración funda su decisión en un texto cuando debió fundarlo en otro distinto, el acto está viciado (*arrêt Roze*, CE 8 mars 1957, Rec. p. 147); en segundo lugar, la base legal debe existir, de manera que si aún no existe, y, por ejemplo, se aplica prematuramente una ley que aún no está vigente (CE 12 juillet 1955, *Bennet*, RDP, 1956, p. 438); o ya no existe, porque por ejemplo, el texto está derogado o cesó en aplicación (CE 20 janvier 1950, *Commune de Tignes*, Rec. p. 46), el acto administrativo está viciado¹⁵⁹.

Debe agregarse a los vicios en la base legal de los actos administrativos, además, los casos de ilegalidad o inconstitucionalidad de la base legal, es decir, por ejemplo, cuando el acto administrativo se fundamenta en un reglamento viciado en sí mismo de ilegalidad, y que es anulado por el órgano jurisdiccional¹⁶⁰. La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, que regula el proceso contencioso-administrativo, por ejemplo, permite el ejercicio del recurso de anulación contra un acto administrativo de efectos particulares y al mismo tiempo contra el acto general que le sirve de fundamento,

¹⁵⁷ LOPA, Venezuela, arts. 9° y 18.5.

¹⁵⁸ J. M. Auby y R. Drago, *op. cit.*, t. II, p. 383.

¹⁵⁹ *Vid.* R. Drago, “Le défaut de base légale dans le recours pour excès de pouvoir”, *Etudes et Documents*, Conseil d'Etat, París, 1960, pp. 32 y 36.

¹⁶⁰ *Vid. arrêt Bouland*, CE 18 juillet 1947, Rec. p. 327, *cit.*, por R. Drago, “le défaut de base légale...”, *loc. cit.*, p. 37.

alegándose la ilegalidad o inconstitucionalidad de este último (art. 132), lo que configura este supuesto de vicio de la base legal por ilegalidad de la misma.

También forma parte de la base legal o motivos de derecho del acto administrativo, la correcta y adecuada interpretación y alcance que el autor del acto debe darle a su fundamento legal. Por tanto, aún cuando la base legal exista, sea exacta y legal, el acto administrativo puede estar viciado en la misma, por error de derecho, es decir, por el errado alcance o sentido que se da a la norma legal que autoriza la actuación, o en palabras de la jurisprudencia venezolana, “cuando el órgano que emite el acto interpreta erradamente determinada norma jurídica, es decir, la aplica mal”¹⁶¹.

Este vicio en la base legal de los actos administrativos, denominado “error de derecho” también lo ha calificado la jurisprudencia venezolana como un vicio “de falso supuesto” el cual “puede referirse indistintamente al error de hecho o al error de derecho de la Administración, es decir, a la falsa, inexacta o incompleta apreciación por parte de la Administración del elemento causa del acto integralmente considerada”¹⁶².

4. *Principios relativos a los presupuestos de hecho*

Los motivos de los actos administrativos, es decir, la causa de los mismos, están configurados no sólo por la base legal o fundamentos de derecho del acto, sino por los presupuestos de hecho de los actos administrativos. Por ello, establece la Ley Argentina de Procedimientos Administrativos, que constituye un “requisito esencial del acto administrativo” el que se sustente “en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable” (art. 7.b).

Ahora bien, en cuanto a los presupuestos de hecho de los actos administrativos, ante todo, y para que estos se emitan, el funcionario está obligado a determinarlos con precisión; determinación que en esta etapa de la actuación no comporta ningún elemento de apreciación ni juicio, sino de constatación de los hechos que constituyen el presupuesto fáctico del acto.

En esta determinación, la Administración debe siempre, comprobar los hechos de manera de constatar que sean ciertos y no falsos; y debe calificarlos correctamente para adoptar su decisión conforme a la base legal y atribución de competencia que tiene.

¹⁶¹ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 26 de mayo de 1983, p. 142, *Revista de Derecho Público*, núm. 15, Caracas, 1983, p. 142. Lo que G. Vedel y P. Delvolvé califican de “falsa interpretación de la Ley”. *Vid.* G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit Administratif*, París, 1984, p. 791.

¹⁶² Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 12 de abril de 1988, *Revista de Derecho Público*, núm. 34, Caracas, 1988, pp. 92-94.

Ante todo, los hechos deben existir, ser exactos y estar debidamente comprobados por la Administración. Esto encaja en lo que la jurisprudencia francesa ha calificado como el “control mínimo” que ejerce el juez contencioso administrativo y que se refiere, además de al error de derecho, al error manifiesto de apreciación y a la desviación de poder, al control de la existencia y exactitud material de los hechos¹⁶³.

Por tanto, los actos administrativos están viciados cuando se fundan en hechos inexistentes, por ejemplo, si se sanciona a un funcionario por falta no cometida o si se fundan en hechos inexactos, no comprobados por la Administración.

Como lo ha establecido la jurisprudencia venezolana, toda decisión administrativa “se haya determinada 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, por lo que en un caso concreto, al no existir prueba alguna de los hechos que motivan una decisión, esta resulta “manifiestamente infundada” y por tanto viciada de nulidad “por haberse fundado en hechos no comprobados”¹⁶⁴.

Los hechos que motivan un acto administrativo, por tanto, además de existir realmente y ser exactos¹⁶⁵ deben estar debidamente comprobados; y si bien le corresponde a la Administración, básicamente la carga de dicha prueba, ello no excluye el derecho y a veces obligación de los administrados a aportar pruebas. La Administración, por tanto, no puede dar por probados los hechos con los solos elementos administrativos, sino que debe tomar en cuenta las pruebas del expediente administrativo en su globalidad, estando obligada a decidir, siempre, “conforme a lo probado en el expediente”¹⁶⁶. Tal como hemos visto, la jurisprudencia francesa ha controlado el “error manifiesto” de apreciación de los hechos como límite al ejercicio del poder discrecional, refiriéndose a la arbitrariedad en la comprobación de los hechos, mas allá de los límites de la razonabilidad.

¹⁶³ J. M. Auby y R. Drago, *op. cit.*, t. II, pp. 370 y 393; J. Rivero, *Droit Administratif*, París, 1987, pp. 310-311.

¹⁶⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de 22 de mayo de 1963, *Gaceta Forense*, núm. 40, 1963, p. 237. *Vid.* los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías, “Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, núm. 2, 1965-1966, Caracas, 1966, pp. 16 y 17.

¹⁶⁵ LGAP Costa Rica, art. 133, donde se exige que el motivo debe “existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto”.

¹⁶⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de 8 de junio de 1964 en *Gaceta Forense*, núm. 44, 1964, pp. 119-121. *Vid.* también en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema...*, t. I, Caracas, 1975, pp. 621-622.

Este vicio en la comprobación de los presupuestos de hecho ha sido calificado por la jurisprudencia venezolana, como vicio de “falso supuesto” el cual consiste en la falsedad de los supuestos o motivos en que se basó el funcionario que dictó el acto; considerándose que para que pueda invalidarse una decisión por falso supuesto, “es necesario que resulten totalmente falsos el o los supuestos que sirvieron de fundamento a lo decidido”, excluyéndose la anulación sólo cuando algunos de los hechos fueron falsos, pero no así el resto de los que motivaron el acto administrativo¹⁶⁷.

Pero además de que los hechos existan y sean debida y racionalmente comprobados, el autor del acto administrativo debe realizar una segunda operación, y es “adecuarlos al supuesto legal”¹⁶⁸, es decir, lo que en la jurisprudencia francesa se denomina la “calificación jurídica de los hechos” conforme a lo cual el funcionario debe verificar si los hechos son “de naturaleza tal que justifiquen legalmente la decisión”¹⁶⁹, lo cual se considera controlable por el juez administrativo, en lo que se denomina el “control normal”¹⁷⁰. Este control concierne, como antes lo hemos examinado, a la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, que no constituyen discrecionalidad, y que se inicia en el *arrêt Gomel* CE 4 de abril de 1914, en el cual el Consejo de Estado decidió que para la toma de la decisión de negar un permiso de construcción, el Prefecto debía apreciar si la construcción proyectada atentaba contra la perspectiva monumental de una plaza, por lo que al considerar el juez que la plaza no tenía tal perspectiva monumental, la decisión fue anulada¹⁷¹. Por tanto, en relación a los presupuestos de hecho de los actos administrativos como elementos de validez, estos deben existir, ser exactos, estar debidamente comprobados, pruebas conforme a la cual la Administración debe decidir, calificando los hechos conforme a lo prescrito en el fundamento legal del acto. Consecuencialmente, todo acto administrativo dictado en base a hechos inexactos, falsos, no comprobados o apreciados erradamente, esta viciado de ilegalidad.

En particular, en esta operación de calificación jurídica de los hechos, la antigua Corte Federal de Venezuela, en 1957 consideró como exceso de poder

¹⁶⁷ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 7 de noviembre de 1985, en *Revista de Derecho Público*, núm. 24, Caracas, 1985, p. 125. En igual sentido, sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de 7 de noviembre de 1988, *Revista de Derecho Público*, núm. 34, Caracas, 1988, p. 94.

¹⁶⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 3 de julio de 1961, *Gaceta Forense*, núm. 33, 1961, p. 20. *Vid.* los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “Los límites del poder...”, *loc. cit.*, p. 18.

¹⁶⁹ *Vid.* J. M. Auby y R. Drago, *op. cit.*, t. II, p. 403; G. Vedel y P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 796; Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 125.

¹⁷⁰ J. M. Auby y R. Drago, *op. cit.*, t. II, p. 403.

¹⁷¹ Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, pp. 124-130.

los supuestos en los cuales un funcionario, sin violar precepto legal alguno, hace uso indebido del poder que le es atribuido, porque tergiversar o altere la verdad de los presupuestos de hecho¹⁷². El vicio también ha sido en este caso calificado de “falso supuesto” y se produce cuando hay “una mala apreciación de los elementos materiales existentes en el procedimiento administrativo, de modo que se haga producir a la decisión, efectos diferentes a los que hubiera producido si dicha apreciación hubiera sido hecha correctamente”¹⁷³.

En definitiva, como lo afirma la jurisprudencia venezolana “la correcta apreciación de los hechos que fundamentan las decisiones administrativas constituyen un factor esencial para la legalidad y corrección de las mismas, y consecuentemente, un medio adecuado para poder verificar su control judicial con miras al mantenimiento de tales fines”¹⁷⁴.

5. *Principios relativos a la finalidad de la actividad administrativa*

La actividad administrativa en el Estado de Derecho está condicionada por la ley, siempre, a la obtención de determinados resultados¹⁷⁵. Estos fines están siempre determinados en el ordenamiento jurídico, por lo que un acto administrativo será válido, como lo señala la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, sólo cuando “se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario que lo dicta” (art. 128). Ahora bien, estos fines de la actividad administrativa pueden ser específicos, teniendo en cuenta la particular actuación de la Administración, o en todo caso, son los fines genéricos “de servicio público o que informan la función administrativa”¹⁷⁶.

¹⁷² Sentencia de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, núm. 17, 1957, pp. 132-137; y en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema... op. cit.*, t. III, vol. 1, p. 339.

¹⁷³ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 4 de noviembre de 1986, *Revista de Derecho Público*, núm. 28, Caracas, 1986, p. 91.

¹⁷⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de 9 de junio de 1988, *Revista de Derecho Público*, núm. 35, Caracas, 1988, p. 97. En esa misma decisión la Corte agregó: “constituye ilegalidad el que los órganos administrativos apliquen las facultades que ejercen, a supuestos distintos de los expresamente previstos por las normas, o que distorsionen la real ocurrencia de los hechos o el debido alcance de las disposiciones legales, para tratar de lograr determinados efectos sobre la base de realidades distintas a las existentes o a las acreditadas en el respectivo expediente administrativo, concreción del procedimiento destinado a la correcta creación del acto”, *Idem*.

¹⁷⁵ El art. 40.1 de la Ley de Procedimientos Administrativos española prescribe que el contenido de los actos administrativos será ajustado a los fines de los mismos; y el art. 131.2 de la LGAP Costa Rica prescribe así que “los fines principales del acto serán fijados por el ordenamiento”.

¹⁷⁶ Sentencia de la antigua Corte Federal (Venezuela) de 28 de septiembre de 1954, *Gaceta Forense*, núm. 5, 1954, pp. 217-218.

O como lo prescribe, en general, el Código Contencioso Administrativo de Colombia: “Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos a intereses de los administrados, reconocidos por la Ley”¹⁷⁷.

En consecuencia, aún cuando el ordenamiento jurídico no establezca un fin específico a la acción administrativa, el funcionario no tiene discrecionalidad respecto de los fines, sino que siempre está sometido a la consecución de los fines genéricos de servicio público que como lo establece expresamente la Ley General de Administración Pública de Costa Rica, “el juez deberá determinarlos con vista de los otros elementos del acto y del resto del ordenamiento”¹⁷⁸. Por supuesto, la consecuencia de la necesaria obtención de determinados resultados por la Administración, como lo ha indicado la jurisprudencia venezolana, es que “la Administración Pública no puede procurar resultados distintos de los perseguidos por el Legislador, aún cuando aquellos respondan a la más estricta licitud y moralidad pues lo que se busca es el logro de determinado fin, que no puede ser desviado por ningún motivo, así sea plausible este”¹⁷⁹.

En este sentido, la Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina, al enumerar los requisitos esenciales de los actos administrativos, indica que estos “habrán de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos a los que justifican el acto, su causa y objeto” (art. 7.f).

En consecuencia, como lo establece expresamente la Ley General de Administración Pública de Costa Rica, “la prosecución de un fin distinto del principal, con detrimento de éste, será desviación de poder” (art. 131.3), utilizándose así la terminología acuñada en Francia para identificar el vicio en la finalidad del acto administrativo, y que sanciona de ilegalidad, tanto los casos en los cuales el acto administrativo sea extraño al interés general, como los casos en los cuales aún tomados en interés general, los fines que motivan la actuación no sean los que justifican el otorgamiento de los poderes de actuar al funcionario específico¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Art. 2°.

¹⁷⁸ LGAP Costa Rica, art. 131.2.

¹⁷⁹ Sentencia de la antigua Corte Federal de 28 de septiembre de 1954, *Gaceta Forense*, núm. 5, 1954, pp. 217-218.

¹⁸⁰ *Vid. el arrêt Pariset*, CE 26 de noviembre de 1975, Rec. 934 y los comentarios en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, pp. 22 ss.; *Vid. además*, J. M. Auby y R. Drago, *op. cit.*, t. II, pp. 415 ss.

A diferencia del sistema francés, sin embargo, donde el vicio es pura creación jurisprudencial, en América Latina se lo ha consagrado legislativamente, e incluso, en algunos casos en las Constituciones como sucede en la Constitución de Venezuela, la cual, al definir el objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa indica, entre otros, el de anular los actos administrativos “contrarios a derecho, a incluso por desviación de poder” (art. 206).

En base a ello, la jurisprudencia venezolana se ha ocupado del tema, precisando la existencia de este vicio, así:

“hay desviación de poder cuando el acto aún siendo formal y sustancialmente acorde con la Ley, sin embargo, no lo es desde el punto de vista teleológico por cuanto la Administración, al dictarlo, no persigue con ello el fin a cuyo logro le fue acordada la facultad para hacerlo, sino un fin distinto que es por sí mismo contrario a derecho. A través de este vicio la jurisprudencia que lo concibió y posteriormente la doctrina que delineó sus modalidades y finalmente, la norma expresa que lo consagra, tienden a establecer un control sobre la intención de la Administración, algo que va del simple examen de la apariencia del acto, para permitir que se escrudiñe en los motivos reales y concretos que tuvo su autor.

La desviación de poder, para que se tipifique no requiere ni siquiera que el fin distinto perseguido por el proveimiento sea contrario a la ley, basta con que sea contrario al objetivo que con el acto específico que se dicta se trata de conseguir”¹⁸¹.

Pero no sólo la finalidad del acto administrativo no debe ser desviada, sino que tampoco lo puede ser el procedimiento administrativo específico. Es decir, los procedimientos también son instituidos en vista de la obtención de un resultado concreto, de manera que cualquier desviación del procedimiento vicia el acto producido de desviación del poder. El vicio consiste en la utilización por la Administración, de un procedimiento administrativo con una finalidad distinta respecto de la cual dicho procedimiento se ha instituido. Este vicio, identificado

¹⁸¹ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 14 de junio de 1982, *Revista de Derecho Público*, núm. 11, Caracas, 1982, p. 134. *Vid.* también sentencia de Corte Suprema de Justicia, de 15 de noviembre de 1982, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, Caracas, 1982, pp. 134-135; y sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 13 de agosto de 1986, *Revista de Derecho Público*, núm. 28, Caracas, 1986, p. 92, donde se anuló un acto administrativo disciplinario, porque el mismo “no fue la limpia aplicación de un procedimiento disciplinario sino que encubrió una venganza de las autoridades, circunstancias éstas constitutivas de desviación de poder, figura que el art. 206 de la Constitución sanciona como un vicio capaz de acarrear la nulidad del acto”, *Idem*.

precisamente en la jurisprudencia francesa desde hace más de cuatro décadas¹⁸², resulta del principio de que el funcionario no tiene potestad de elegir entre diversos procedimientos para obtener un resultado dado. Si lo que se busca, por ejemplo, es la transferencia de determinada propiedad privada inmueble al Estado por causa de utilidad pública, la Administración debe acudir al procedimiento de la expropiación, razón por la cual, la utilización con el mismo fin de cualquier otro procedimiento que tenga como resultado la extinción de la propiedad sin pago de una justa indemnización se configuraría como una desviación del procedimiento¹⁸³.

6. *Principios relativos al objeto de los actos administrativos*

Por último, dentro de los elementos del acto administrativo, como de todo acto jurídico, está su objeto o contenido, es decir, el efecto práctico que con el acto administrativo se pretende. Por ejemplo, el nombramiento de un funcionario, el decomiso de un bien, la demolición de un inmueble o el otorgamiento de un permiso.

Este objeto del acto administrativo, como en cualquier acto jurídico, tiene que ser determinado o determinable, debe ser posible y tiene que ser lícito. Por ejemplo, así lo establece la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica al prever que el contenido de los actos administrativos “deberá de ser lícito,

¹⁸² R. Hostiou, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit Français*, París, 1975; pp. 315 ss.; J. M. Auby y R. Drago, *op. cit.*, p. 420; G. Vedel y P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 810; G. Isaac, *La Procédure administrative non contentieuse*, París, 1968, pp. 59 ss.

¹⁸³ Un caso de nulidad de un Decreto de Expropiación por desviación del procedimiento puede verse en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Venezuela) en Sala Político-Administrativa de 8 de enero de 1970, *Gaceta Oficial*, núm. 29.122 de 16 de enero de 1970 (caso *Nelson C.A.*) en la cual la Corte consideró la emisión de un nuevo Decreto de Expropiación sobre unos inmuebles como un caso típico de desviación de poder ya “que a través de ellos, se ha tratado de obtener beneficios para la Administración, utilizando procedimientos que no encajan estrictamente dentro de la finalidad estricta de los poderes que se utilizaron”. En el caso se trataba de unos inmuebles ya ocupados y construidos por el Estado sobre los cuales se dictó un Decreto de Expropiación. Casi finalizado el procedimiento expropiatorio, la Administración dictó un Decreto desistiendo de la Expropiación y el mismo día dictó otro Decreto, de nuevo, de expropiación de un área mayor. La Corte consideró que “La finalidad perseguida por el Decreto núm. 791 (de desistimiento de la expropiación) no fue la de prescindir del procedimiento, ya que, con la misma fecha, se dictó el Decreto núm. 792 que afecta la misma cosa expropiada, aún cuando en una cabida menor, la verdadera finalidad, como lo expresa el dictamen de la Procuraduría General de la República, fue la de iniciar de nuevo el procedimiento y tener otra oportunidad de establecer un precio más conveniente a los intereses de la Nación y tales procedimientos contribuyen, indudablemente, a desnaturalizar el juicio expropiatorio”. *Vid.* el texto de la sentencia, en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema... cit.*, t. III, vol. I, pp. 338-339.

posible, claro y preciso”; y la Ley argentina sobre Procedimientos Administrativos, al establecer como requisito esencial de los actos administrativos, el que “el objeto debe ser cierto, física y jurídicamente posible” (art. 7.c).

La consecuencia de estas exigencias respecto del objeto es que un acto administrativo cuyo contenido sea indeterminado, de imposible ejecución, ilegal en sí mismo o de ilegal ejecución, no puede ser válido y estaría viciado de nulidad absoluta. Así lo prescribe la Ley venezolana de Procedimientos Administrativos, al considerar como uno de los casos de nulidad absoluta de los actos administrativos, “cuando su contenido sea de imposible o ilegal ejecución” (art. 19.3)¹⁸⁴. En el mismo sentido, la Ley española de Procedimiento Administrativo 30/1992 prescribe que son nulos de pleno derecho, aquellos actos de la Administración “que tengan contenido imposible” o sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta” (art. 62.1.c y d).

II. LOS ELEMENTOS DE FORMA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Los elementos de forma de los actos administrativos, denominados también, de legalidad externa, están configurados tanto por las formalidades necesarias para la producción de los mismos, como por los elementos formales de la exteriorización de los actos, en particular la forma escrita y la motivación. Distinguimos, por tanto, siguiendo a René Hostiou, las *formalidades* de los actos administrativos, constituidas por las diversas operaciones que condicionan la emisión y la entrada en vigor del acto; de las *formas*, que son las menciones del escrito que traducen las diversas condiciones de regularidad del acto, particularmente, la motivación o la exteriorización de motivos¹⁸⁵.

1. *Las formalidades de los actos administrativos*

Tal como lo expresa la Ley argentina de Procedimientos Administrativos, antes de la emisión del acto administrativo “deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico” (art. 7.d)¹⁸⁶. En este sentido, el procedimiento se identifica con las formalidades que deben cumplirse previamente a la adopción del acto.

¹⁸⁴ Por ejemplo, un decreto de expropiación de unos inmuebles que ya han sido expropiados. *Vid.* sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Venezuela), en Sala Político Administrativa, de 8 de enero de 1970 (Caso *Nelson C.A.*), *Gaceta Oficial* núm. 29.122, de 16 de enero de 1970. *Vid.* asimismo en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema...*, *cit.*, t. III, vol. 1, p. 339.

¹⁸⁵ *Vid.* R. Hostiou, *op. cit.*

¹⁸⁶ En sentido similar el art. 129 de la LGAP Costa Rica establece que el acto administrativo deberá dictarse “previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto”.

Ahora bien, las formalidades establecidas legalmente, y que conforman un procedimiento administrativo, tienen siempre dos objetivos generales, tal como lo prescribe la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica: en primer lugar, asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración, y en segundo lugar, el respeto para los derechos subjetivos a intereses legítimos de los administrados (art. 214). Estas formalidades están reguladas, con frecuencia, en forma dispersa, en los diversos textos reguladores de la actividad administrativa, y de ellas resultan las que pueden considerarse sustanciales y cuyo desconocimiento puede afectar el acto administrativo con vicio de nulidad (art. 223.1 LGAP Costa Rica), distintas de las que no pueden considerarse sustanciales y cuya falta no afecta la validez de los actos administrativos.

Ahora bien, siguiendo la orientación de la jurisprudencia francesa¹⁸⁷, puede señalarse que siempre han de considerarse como sustanciales, las formalidades establecidas para garantizar los derechos de los administrados, como por ejemplo, las que prescriben la audiencia de los interesados, como información previa a una decisión, o para asegurar el derecho a la defensa (*audi alteram parte*). La Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, por ello, establece que debe considerarse una formalidad esencial aquella cuya omisión “causare indefensión” (art. 223).

Además, también deben considerarse como esenciales las formalidades cuyo incumplimiento podría cambiar el sentido de la decisión. Así, expresamente, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, entiende “como sustancial la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes” (art. 223.2).

Con frecuencia, por ejemplo, los textos legales exigen, en el curso del procedimiento, la intervención previa y obligatoria de órganos consultivos, cuya opinión puede ser vinculante o no vinculante para el órgano que dicta el acto. Como lo dispone la Ley española 30/1992 los informes pueden ser perceptivos o facultativos, vinculantes o no vinculantes (art. 82.1).

Ahora bien, salvo disposición legal en contrario, conforme a los artículos 83.1 y 57 de las leyes de sobre procedimientos administrativos de España y Venezuela, los informes que se emitan por los órganos consultivos deben considerarse que no son vinculantes para la autoridad que debe adoptar la decisión.

Se destaca, en este sentido, que la Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina, para la emisión de los actos administrativos, considera siempre

¹⁸⁷ G. Vedel y P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 788; G. Berlia, “Vice de forme et contrôle des actes administratifs”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, París, 1940, pp. 377 ss.

como “esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos” (art. 7.d), sin prever, por supuesto, en ese caso, carácter vinculante del dictamen jurídico.

En otros casos, la formalidad sustancial consiste en exigir para la emisión de un acto administrativo por un órgano, la formulación de una propuesta de parte de otro órgano administrativo. Esta proposición puede consistir solamente en dejar la iniciativa de la decisión, al órgano proponente, o puede consistir en una proposición llamada imperativa, de manera que la intervención del órgano proponente tiene por efecto esencial, limitar el poder de decisión del órgano que tome la decisión¹⁸⁸. Es el caso generalizado de los concursos para la nominación de funcionarios, cuya evaluación y proposición corresponde a un jurado o comisión calificadora que luego propone el nombramiento a la autoridad decisora, sin que ésta pueda variar en forma alguna la propuesta.

En todo caso, y salvo determinación expresa de la ley, el órgano administrativo al cual corresponda tomar una decisión tiene libertad de consultar a otras autoridades u organismos, como lo señala la Ley de Procedimientos Administrativos de Venezuela, y solicitar los “informes, documentos o antecedentes que estime convenientes para la mejor resolución del asunto” (art. 54). Sin embargo, la omisión de los informes y antecedentes no suspende la tramitación, salvo disposición expresa en contrario, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el funcionario por la omisión o demora (art. 56).

2. *La forma de los actos administrativos*

El principio sobre la forma de los actos administrativos está resumido en el artículo 8 de la Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina, que establece:

“El acto administrativo se manifestará *expresamente* y por *escrito*; indicará el *lugar* y *fecha* en que se lo dicta y contendrá la *firma* de la autoridad que lo emite; sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieren podrá utilizarse una forma distinta”.

Una formulación similar está en el artículo 134 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica¹⁸⁹, y en forma más detallada en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual dispone que:

¹⁸⁸ *Vid.* R. Hostiou, *op. cit.*, pp. 37 ss.

¹⁸⁹ Art. 134. 1. El acto administrativo deberá expresarse por escrito, salvo que su naturaleza o las circunstancias exijan forma diversa. 2. El acto escrito deberá indicar el órgano agente, el derecho aplicable, la disposición, la fecha y la firma, mencionando el cargo del suscriptor.

“Todo acto administrativo deberá contener: 1. Nombre del Ministerio u organismo a que pertenece el órgano que emite el acto; 2. Nombre del órgano que emite el acto; 3. Lugar y fecha donde el acto es dictado; 4. Nombre de la persona u órgano a quien va dirigido; 5. Expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes; 6. La decisión respectiva, si fuere el caso; 7. Nombre del funcionario o funcionarios que lo suscriben, con indicación de la titularidad con que actúen, e indicación expresa, en caso de actuar por delegación, del número y fecha del acto de delegación que confirió la competencia; 8. Sello de la oficina”.

Agrega esta norma que “El original del respectivo instrumento contendrá la firma autógrafa del o de los funcionarios que lo suscriban”. Esta exigencia de la firma, por supuesto, se complementa con la necesaria firma en los casos de referendo (*contresigne*) ministerial, que generalmente es de rango constitucional¹⁹⁰. Sin embargo, en cuanto a la firma de los actos administrativos, la Ley venezolana precisa que “en el caso de aquellos actos cuya frecuencia lo justifique, se podrá disponer mediante decreto, que la firma de los funcionarios sea estampada por medios mecánicos que ofrezcan garantías de seguridad” (art. 18).

De lo anterior resulta, como principio, que el acto administrativo debe ser *escrito*, pudiendo, sin embargo, ser mecánico o verbal¹⁹¹, siempre que con la decisión no se afecten derechos o intereses.

Debe destacarse, dentro de las exigencias de forma de los actos administrativos, el requerimiento de la Ley venezolana de que deben contener la expresión sucinta de los fundamentos legales pertinentes (art. 18.5). Es lo que se denomina en el derecho francés, el sistema de “visas” del acto administrativo, que exige, entre otros aspectos, la expresión formal de la base legal del acto, es decir, de las normas legales o reglamentarias que autorizan su emisión¹⁹².

3. *La motivación de los actos administrativos*

La motivación, como requisito de forma de los actos administrativos, consiste en la necesaria expresión formal de los motivos del acto, tanto los que son de derecho y que configuran la base legal, como los motivos de hecho que provocan la actuación administrativa. La motivación, por tanto, es la expresión

¹⁹⁰ Art. 190, Constitución de Venezuela.

¹⁹¹ Por ejemplo, art. 55.1 Ley 30/1992 España.

¹⁹² G. Dupuis, “La présentation de l'acte administratif” en G. Dupuis (ed.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, París, 1979, p. 15; R. Hostiou, *op. cit.*, pp. 159 ss; P. Delvolvé, *L'acte administratif*, París, 1983, p. 181.

formal de la causa de los actos administrativos, es decir, de los fundamentos de hecho y de derecho de los mismos.

Ahora bien, la evolución que se observa en el derecho francés en materia de motivación de los actos administrativos, que comenzó por un régimen de ausencia de obligación de motivar los actos administrativos, hasta la emisión de la Ley 79-587 de 11 de julio de 1979 que impuso la obligación de motivar las decisiones administrativas desfavorables concernientes a los administrados, puede decirse que se ha producido en todos los países con régimen administrativo. La jurisprudencia, por supuesto, en esta evolución jugó un papel fundamental al haber ido exigiendo la motivación en el caso de medidas graves impuestas a un particular; en el caso de que la motivación fuera el único medio para que se pudiera apreciar la regularidad o legalidad del acto administrativo; y en particular, en materia de imposición de sanciones disciplinarias a los funcionarios¹⁹³.

La timidez de la jurisprudencia francesa en esta materia, en todo caso, fue superada con la ley 79-587 de julio de 1979, en la cual se impuso la obligación de motivar respecto de las decisiones que restringen el ejercicio de las libertades públicas o, de manera general, las que constituyan una medida de policía; impongan una sanción; subordinen el otorgamiento de una autorización a condiciones restrictivas o impongan sujeciones; retiren o abroguen una decisión creadora de derechos; opongan una prescripción, una privación de un derecho o una caducidad; o rechacen una ventaja cuya atribución constituya un derecho para las personas que reúnen las condiciones legales para su obtención¹⁹⁴.

Una solución similar se ha establecido en la legislación española 30/1992 reguladora del procedimiento administrativo (desde 1958), ha establecido que:

“Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos; b) Los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje; c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos; d) Los acuerdos de suspensión de actos, cualesquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales [...]; e) Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación

¹⁹³ J. M. Auby y R. Drago, *op. cit.*, t. II, pp. 305-306; R. Hostiou, *op. cit.*, pp. 180 ss.; p. Delvolvé, *op. cit.*, p. 182; G. Isaac, *op. cit.*, pp. 561 ss.

¹⁹⁴ Art. 1º *Vid.* sobre la Ley 79/587 de 11 de julio de 1979. Didier Linotte “La motivation obligatoire de certaines décisions administratives”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1980, núm. 6, pp. 1699 ss.; J. M. Auby y R. Drago, *op. cit.*, t. II, p. 307.

de plazos; f) Los que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deben serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.”¹⁹⁵.

Más radical ha sido, en todo caso, la evolución en Argentina y Venezuela, cuyas legislaciones, después del trabajo progresivo de la jurisprudencia que había venido exigiendo la motivación respecto de los actos sancionatorios, los que restringieran los derechos de los particulares y los dictados en base al ejercicio de un poder discrecional¹⁹⁶ han establecido la obligación general de motivación de todos los actos administrativos. Así, el artículo 7.e de la Ley argentina de Procedimientos Administrativos dispone como un requisito esencial de los actos administrativos el que “deberán ser motivados, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho vigente”.

En igual sentido, la Ley venezolana de Procedimientos Administrativos establece que:

“Los actos administrativos de carácter particular deberán ser motivados, excepto los de simple trámite o salvo disposición expresa de la Ley. A tal efecto, deberán hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto” (art. 9).

En consecuencia, la ausencia de motivación de los actos administrativos de efectos particulares sólo puede fundarse en un texto legal expreso que la consagre, lo cual es infrecuente.

III. EL RÉGIMEN DE NULIDADES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Una de las consecuencias más importantes del proceso de codificación del derecho administrativo y de la regulación legislativa de los elementos del acto administrativo en España y América Latina, es la regulación expresa del régimen de las nulidades de los actos administrativos, y particularmente, el establecimiento, por ley, de los casos de nulidad absoluta y sus consecuencias.

En efecto, como lo señala la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, “la falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico, constituirá un vicio de éste” (art. 158.1). Ahora bien, no todo vicio afecta la validez de los actos

¹⁹⁵ En sentido similar, art. 136 LGAP Costa Rica.

¹⁹⁶ Vid. Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, pp. 158 ss.

administrativos, o en otros términos, no todas las faltas o defectos en los elementos o requisitos de los actos administrativos, producen la nulidad de los mismos. La invalidez, y consecuentemente, la posibilidad de anular los actos administrativos, sólo se producen cuando el acto administrativo tenga una inconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico¹⁹⁷. En otros términos, las infracciones insustanciales no invalidan los actos administrativos ni conducen a que se declare su nulidad, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario¹⁹⁸.

Ahora bien, la invalidez del acto administrativo no tiene siempre la misma gravedad de origen ni los mismos efectos, ya que puede manifestarse como resultado de un vicio de nulidad absoluta o de nulidad relativa, según la gravedad de la violación cometida. El problema de la teoría de las nulidades de los actos administrativos radica entonces, precisamente, en determinar cuando el vicio del acto administrativo acarrea la nulidad absoluta del mismo, y cuando ello no ocurre, resultando sólo un vicio de nulidad relativa o anulabilidad, pues los efectos de uno a otro vicio en el mundo del derecho son totalmente distintos.

Dos sistemas de determinación de estos vicios se han seguido en las legislaciones sobre procedimientos administrativos en América Latina. En primer lugar, resalta el sistema adoptado por la Ley General de Administración Pública de Costa Rica que prescribe, en forma general, por una parte, que “habrá nulidad absoluta del acto cuando faltan totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente”; y por la otra, que “habrá nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta” (art. 165, 2 y 3)¹⁹⁹. Este primer sistema, basado en la ausencia de los elementos del acto o en solo su imperfección, sin embargo, deja en la práctica imprecisa la frontera entre los dos tipos de vicios de los actos administrativos, con lo que su determinación continúa siendo casuística.

El segundo sistema general relativo al régimen de las nulidades absolutas, más preciso que el anterior, consiste en el establecimiento expreso, por la legislación, de los casos en los cuales los vicios producen la nulidad absoluta, configurándose estos, en un *numerus clausus*.

¹⁹⁷ Art. 158 LGAP Costa Rica.

¹⁹⁸ Art. 158.5 LGAP Costa Rica. En este sentido el art. 16 de la LPA Argentina establece que “La invalidez de una cláusula accidental o accesorio de un acto administrativo no importara la nulidad de éste, siempre que fuere separable y no afectara la esencia del acto emitido”.

¹⁹⁹ *Vid.* Eduardo Ortiz Ortiz, “Nulidades del acto administrativo en la Ley General de Administración Pública (Costa Rica)” en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, San José, 1981, pp. 381 ss.

Es el caso de la Ley española 30/1992 reguladora del procedimiento administrativo común, que establece expresamente sólo cuatro supuestos de nulidad absoluta de los actos administrativos, los que califica como “nulidades de pleno derecho”. Esos casos son: 1. Los que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; 2. Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razones de la materia o del territorio; 3. Los que tengan contenido imposible; 4. Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta; 5. Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; 6. Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición (art. 62.1). Se trata, en resumen, de vicios graves en la competencia, del vicio en el objeto del acto y de vicios en las formalidades sustanciales²⁰⁰. La vieja Ley española de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, además, agregaba a estos vicios de nulidad absoluta, los casos de violación de la reserva legal y de respeto a la jerarquía de los actos²⁰¹.

La legislación de Procedimientos Administrativos de Venezuela, además de los antes mencionados casos de incompetencia manifiesta, imposibilidad o ilegalidad del objeto del acto y prescindencia absoluta y total del procedimiento legalmente prescrito (art. 19.3 y 4), agregó como causales de nulidad absoluta de los actos administrativos, en primer lugar, los casos en los cuales la Constitución o la Ley así lo determinen expresamente (art. 19.1), como por ejemplo, cuando la Constitución establece la nulidad respecto de los actos violatorios de los derechos y garantías constitucionales (art. 46); los actos emanados de usurpación de funciones (art. 119); y los que sean producto de la requisición directa o indirecta de la fuerza (art. 120). En segundo lugar, agrega la legislación venezolana como vicio de nulidad absoluta, los casos de actos administrativos revocatorios de actos precedentes irrevocables, es decir, de actos que hayan creado derechos particulares (art. 19.2).

Por su parte, la legislación argentina de Procedimientos Administrativos es aún mucho más amplia en la precisión de los casos de vicios de nulidad absoluta al establecer que el acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable, en los siguientes casos: En primer lugar, cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por error esencial; dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; violencia física o moral sobre el agente; o por simulación. En segundo lugar, cuando el acto fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del

²⁰⁰ Vid. Tomas Ramón Fernández Rodríguez, *Nulidad de los actos administrativos*, Caracas, 1987; y *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, 1970.

²⁰¹ Arts. 23 a 28 y art. 47.2 Ley de Procedimientos Administrativos de 1958, España.

grado; falta de causa, por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocado; o por violación de la Ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado (art. 14).

Ahora bien, la consecuencia de la enumeración de los casos de nulidad absoluta, es la indicación residual legislativa, de que cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico, es decir, cualquier otro vicio de los actos administrativos que no llegue a producir la nulidad absoluta, o como lo dice la Ley argentina, cualquier irregularidad a omisión que no llegue a impedir la existencia de algunos de los elementos esenciales del acto, solamente los harán anulables, es decir, viciados de nulidad relativa (anulabilidad)²⁰².

De lo anterior resulta, por tanto, que en general, en las legislaciones de España y América Latina, los vicios en los elementos de fondo de los actos administrativos cuando son graves y manifiestos, como la incompetencia manifiesta; vicios en la manifestación de voluntad; violación de la Constitución o violación grave de las leyes; inexistencia de los presupuestos de hecho; y ausencia absoluta y total del procedimiento legalmente prescrito, producen la nulidad absoluta de los mismos. De lo contrario, conducen a vicios de nulidad relativa o anulabilidad, incluyendo los casos de desviación de poder y de violación a los límites a la discrecionalidad²⁰³.

Es de destacar, sin embargo, en materia de vicios de forma, que si bien la ausencia absoluta y total del procedimiento legalmente prescrito es la que conduce a la nulidad absoluta, la jurisprudencia en algunos países ha admitido que las violaciones de las formalidades sustanciales, como las que están destinadas a proteger los derechos de los administrados, se han asimilado a la nulidad absoluta²⁰⁴. De resto, los vicios de forma, en principio, conducen a la anulabilidad de los actos administrativos, salvo que no afecten los requisitos formales indispensables para alcanzar el fin del acto, en cuyo caso la irregularidad ni siquiera conduce a la invalidez²⁰⁵.

Se trata, en definitiva, respecto de los vicios de forma, de la distinción elaborada por la jurisprudencia francesa en cuanto a violación de formalidades sustanciales o no sustanciales, considerándose como sustanciales, como se dijo, aquellas establecidas para proteger a los administrados o cuyo incumplimiento podría modificar la decisión del fondo²⁰⁶.

²⁰² Art. 63 Ley 30/1992 España; art. 2° LOPA Venezuela; art. 15 LPA Argentina.

²⁰³ Art. 160 LGAP Costa Rica.

²⁰⁴ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Venezuela), de 26 de junio de 1986, *Revista de Derecho Público*, núm. 27, 1986, p. 101.

²⁰⁵ Art. 63.2 Ley 30/1992 España.

²⁰⁶ G. Berlia, *loc. cit.*, pp. 377 ss.

Ahora bien, la distinción entre los vicios de nulidad absoluta y vicios de nulidad relativa es esencial en las legislaciones hispano americanas, por las consecuencias y características que se asignan a los casos de nulidad absoluta, y que son las siguientes:

1. El acto administrativo viciado de nulidad absoluta no puede presumirse legítimo ni puede ordenarse su ejecución; en cambio, si el vicio es de nulidad relativa, rige el principio de la presunción de legitimidad del acto mientras no sea declarado lo contrario en vía jurisdiccional. Además, la ejecución de los actos administrativos viciados de nulidad absoluta compromete la responsabilidad de los funcionarios ejecutores²⁰⁷.

2. La nulidad absoluta es un vicio que afecta la totalidad del acto y no puede ser convalidada; en cambio, la nulidad relativa puede afectar parcialmente un acto administrativo y en todo caso, puede ser convalidada²⁰⁸.

3. La nulidad absoluta de los actos administrativos puede ser declarada por la Administración, en cualquier momento, es decir, los actos viciados de nulidad absoluta pueden siempre ser revocados por la Administración; en tanto que los actos administrativos creadores de derechos a favor de particulares así estén viciados de nulidad relativa, son irrevocables por la propia Administración²⁰⁹. En el primer supuesto, podría hablarse de la existencia de un recurso administrativo sin plazo alguno de caducidad, para solicitar de la Administración, el reconocimiento de la nulidad absoluta de sus actos²¹⁰.

4. La anulación de un acto administrativo viciado de nulidad absoluta, en principio, produce efectos *ex tunc*, es decir, tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha del acto²¹¹; en cambio, en principio, la anulación de un acto relativamente nulo producirá efectos *ex nunc*, es decir, sólo para el futuro, excepto cuando el efecto retroactivo sea necesario para evitar daños al destinatario del acto administrativo, a terceros o al interés público²¹².

5. En ciertos supuestos, la nulidad absoluta de los actos administrativos permite que se pueda solicitar su nulidad, en vía jurisdiccional, en cualquier

²⁰⁷ Arts. 169, 170 y 176 LGAP Costa Rica. En Venezuela, por ello, si se alega un vicio de nulidad absoluta en un recurso administrativo la Administración puede suspender la ejecución del acto (art. 87 LOPA).

²⁰⁸ Arts. 172 y 187 LGAP Costa Rica; art. 67.1 Ley 30/1992 España; arts. 21 y 81 LOPA, Venezuela.

²⁰⁹ Arts. 173 y 174 LGAP Costa Rica; arts. 17 y 18 LPA Argentina; arts. 19.2 y 81 LOPA, Venezuela.

²¹⁰ Art. 81 LOPA Venezuela.

²¹¹ Art. 171 LGAP Costa Rica.

²¹² Art. 178 LGAP Costa Rica.

tiempo, como por ejemplo en los casos de violación de derechos y garantías constitucionales²¹³, en cuyo caso no habría lapso de caducidad para intentar el recurso de anulación. En cambio, el recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos particulares, cuando se fundamente en vicios de nulidad relativa, debe intentarse en un lapso de tiempo determinado, sin perjuicio de que con posterioridad pueda oponerse siempre la ilegalidad como excepción²¹⁴.

6. Por último, tratándose de vicios de nulidad absoluta, los mismos pueden ser apreciados de oficio por el Juez contencioso-administrativo en el curso de un proceso. En cambio, en los casos de vicios de nulidad relativa, tienen que ser alegados por el recurrente, para que puedan ser apreciados por el Juez contencioso-administrativo²¹⁵.

Debe señalarse, por último, que algunas de las legislaciones analizadas regulan expresamente los supuestos de convalidación, saneamiento y conversión de los actos administrativos cuando adolezcan de algunos de los vicios de nulidad relativa.

En tal sentido, por ejemplo, la vieja Ley española de Procedimiento Administrativo de 1958 establecía que, si el vicio consistiere en incompetencia, “la convalidación puede realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto convalidado” (art. 53.2); y en igual sentido se regula en la Ley argentina de Procedimientos Administrativos, calificándose el procedimiento como “ratificación” (art. 19.1). En materia de vicios de forma, el saneamiento se regula en la Ley General de Administración Pública de Costa Rica, al establecerse que:

“Cuando el vicio del acto relativamente nulo consista en la ausencia de una formalidad sustancial, como una autorización obligatoria, una propuesta o requerimiento de otro órgano, o una petición o demanda del administrado, éstos podrán darse después del acto, acompañados por una expresa manifestación de conformidad con todos sus términos” (art. 188.1)²¹⁶.

²¹³ Art. 5º, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (Venezuela).

²¹⁴ Art. 136, Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (Venezuela).

²¹⁵ Art. 87, Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (Venezuela). *Vid.* sobre los vicios que el juez contencioso administrativo puede considerar de oficio: G. Vedel y P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 817.

²¹⁶ De acuerdo con la misma Ley de Costa Rica, por supuesto el saneamiento no es posible cuando se trate de omisiones de dictámenes ni en los casos en que las omisiones produzcan nulidad absoluta, por impedir la realización del fin de acto final. Art. 188.2.

En algunos casos se establece como principio que el acto convalidado producirá efectos desde su fecha²¹⁷; y en otros, que los efectos tanto de la convalidación como del saneamiento de un acto administrativo se retrotraerán a la fecha de emisión del acto objeto de ratificación o confirmación²¹⁸.

Las leyes analizadas también prevén la figura de la conversión, que conforme a la Ley argentina se produce si los elementos válidos de un acto administrativo nulo permiten integrar otro que fuere válido, en cuyo caso podrá efectuarse su conversión en este, siempre que lo consienta el administrado y sea declarado expresamente por la Administración. En estos casos, la conversión produce efectos a partir del momento en que se perfeccione el nuevo acto²¹⁹.

CAPÍTULO II. PRINCIPIOS RELATIVOS A LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Las leyes de Procedimientos Administrativos de España y América Latina no solo regulan con detalle los elementos de los actos administrativos que condicionan su *validez*, sino que también regulan con precisión los aspectos esenciales relativos a la *eficacia* de los actos administrativos, y entre ellos, la determinación del momento en el cual comienzan a surtir sus efectos; el principio de la no retroactividad de dichos efectos; el principio del respeto a los derechos adquiridos y el régimen de la revocación; el principio de la presunción de legitimidad de los actos administrativos; y los principios relativos a la ejecución de los mismos.

Analizaremos estos aspectos, comparativamente.

I. EL COMIENZO DE LOS EFECTOS: PUBLICACIÓN Y NOTIFICACIÓN

El principio general que orienta la legislación española sobre procedimiento administrativo común es que los actos administrativos no solo son válidos, sino que también “producen efectos desde la fecha en que se dicten”, salvo que en ellos se disponga otra cosa o que su contenido supedita su eficacia a la comunicación del acto a los interesados (art. 57). La excepción aquí prevista, por supuesto, tratándose de decisiones ejecutorias que producen efectos generales o particulares, indudable que se convierte en la regla, en el sentido de que normalmente el inicio de los efectos de los actos administrativos se sitúa en el momento en que se hacen del conocimiento de los interesados. Es, por lo demás,

²¹⁷ Art. 67.2 Ley 30/1992 España.

²¹⁸ Art. 19 LPA Argentina; art. 187.1 y 188.3 LGAP Costa Rica.

²¹⁹ Art. 20 LPA Argentina; art. 189 LGAP Costa Rica.

el principio que deriva de las legislaciones latinoamericanas, conforme al cual, los efectos de los actos administrativos comienzan desde el momento en que dichos actos se hacen de conocimiento de los interesados²²⁰. Es lo que se llama la publicidad de decisiones ejecutorias en el sistema francés, la cual puede ser impersonal mediante la publicación del acto en una compilación oficial, o personal, mediante la notificación del acto directamente al interesado²²¹.

Así, conforme lo resume la Ley Argentina de Procedimientos Administrativos:

“Para que el acto administrativo de alcance particular adquiera eficacia debe ser objeto de notificación al interesado, y el de alcance general, de publicación” (art. 11)²²².

Sin embargo, precisa la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, que aún antes de que se hagan del conocimiento de los interesados, si el acto les concede únicamente derechos, producirá sus efectos desde la fecha de su adopción (art. 140). En sentido parecido, en la legislación argentina de Procedimientos Administrativos también se prevé como excepción al principio de la eficacia condicionada a la publicación o notificación, el que los interesados pueden, antes de que ello ocurra, pedir el cumplimiento de los actos administrativos siempre que no resultaren perjuicios para el derecho de terceros (art. 11).

Ahora bien, al hablar de la publicación o notificación para establecer el comienzo de los efectos de los actos administrativos, debemos distinguir el régimen de los actos de efectos generales del de los actos de efectos particulares.

En efecto, en cuanto a los actos que producen efectos generales y que por tanto, sean de contenido reglamentario (normativo) e, incluso, en cuanto a los actos que no siendo reglamentarios conciernen a un grupo indeterminado de personas (una convocatoria a concurso, por ejemplo)²²³ el comienzo de la eficacia se sitúa siempre en el momento de su publicación en un boletín oficial²²⁴. Excepcionalmente, sin embargo, en algunos casos como en Colombia y en relación a entidades territoriales menores se permite, para marcar el inicio de los efectos de los actos reglamentarios, la publicación “en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto”,

²²⁰ Como lo establece el art. 40 de la LGAP Costa Rica: “El acto administrativo producirá su efecto después de comunicado al administrado”.

²²¹ Vid. G. Isaac. *La Procédure administrative non contentieuse*, París, 1968, p. 570 ss. G. Vedel y P. Delvolvé, *Droit Administratif*, París, 1984, p. 265.

²²² Art. 240.1 LGAP Costa Rica.

²²³ Art. 72 LOPA Venezuela.

²²⁴ Art. 60.1 Ley 30/1992 España; art. 72 LOPA Venezuela; art. 43 CCA Colombia.

previéndose incluso que en los municipios en donde no hay órgano oficial de publicidad, se podrán divulgar estos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, o por bandos (art. 83).

Respecto de los actos administrativos de efectos particulares, en cambio, y particularmente cuando afectan derechos o intereses de los administrados, los mismos para comenzar a surtir efectos deben ser notificados a los interesados²²⁵. Las legislaciones sobre procedimiento administrativo, en este sentido, regulan la forma y contenido de estas notificaciones, conforme a los siguientes principios:

1. Las notificaciones, en principio, deben ser personales al interesado, a su apoderado o a su representante, y deben realizarse mediante oficio, cartas, telegramas o cualquier otro medio que permita tener constancia de la recepción, de la fecha y de la identificación del acto notificado²²⁶.

2. Las notificaciones deben dirigirse al domicilio o residencia del interesado o al lugar señalado por este para las mismas.

Algunas legislaciones exigen la recepción personal de las notificaciones²²⁷; otras en cambio prevén que en dicho lugar, si no se hallare presente el interesado, su apoderado o su representante, podrá entregarse a cualquier persona que allí se encuentre haciéndose constar su parentesco o razón de permanencia en el lugar²²⁸.

3. Cuando resulte imposible la notificación personal o se ignore el domicilio o residencia del interesado, algunas legislaciones permiten excepcionalmente suplir la notificación con la publicación del acto administrativo, en el Boletín Oficial²²⁹. En otros casos, en un diario de mayor circulación en la entidad territorial donde la autoridad que conoce del asunto tenga su sede²³⁰, e incluso, en otros supuestos, con la fijación de un edicto en lugar público del respectivo despacho por un término de días²³¹. Salvo estos supuestos, en general rige el principio de que “la publicación no puede normalmente suplir la notificación”²³².

²²⁵ Art. 58.1 Ley 30/1992 España; art. 73 LOPA Venezuela.

²²⁶ Art. 59.1 Ley 30/1992 España; art. 44 CCA Colombia; art. 243 LGAP Costa Rica; art. 73 LOPA Venezuela.

²²⁷ Art. 243 LGAP Costa Rica; art. 44 CCA Colombia.

²²⁸ Art. 59.1 Ley 30/1992 España; art. 75 LOPA Venezuela.

²²⁹ Art. 59.5 Ley 30/1992 España; arts. 241 y 242 LGAP Costa Rica.

²³⁰ Art. 76 LOPA Venezuela.

²³¹ Art. 45 CCA Colombia.

²³² Art. 241.1 LGAP Costa Rica.

4. En todo caso, en cuanto al contenido de las notificaciones, las legislaciones de España y América Latina exigen, siempre, que las mismas deben contener el texto íntegro del acto administrativo que se notifica con el importante señalamiento de que las notificaciones deben indicar los recursos que proceden contra el acto notificado, el órgano ante el cual deban presentarse y los lapsos para interponerlos²³³.

Este último señalamiento es de tal importancia que, en algunas legislaciones, como la venezolana, se prevé que si sobre la base de una información errónea contenida en la notificación, el interesado hubiere intentado algún procedimiento improcedente, el tiempo transcurrido no será tomado en cuenta a los efectos de determinar el vencimiento de los plazos que le corresponden para interponer el recurso apropiado²³⁴.

Ahora bien, la consecuencia fundamental de la precisión legal de lo que debe contener la notificación de los actos administrativos, es que la notificación que se haga de un acto administrativo sin transcripción del texto íntegro, sin indicación de los recursos, los lapsos para intentarlos, y las autoridades ante los cuales se deben interponer, se considera legalmente como defectuosa y, por tanto, ineficaz²³⁵. La consecuencia más importante de esta regla, por supuesto, es que en los casos de notificaciones defectuosas, al ser estas ineficaces, no comienzan a correr los lapsos para intentar los recursos contra los actos administrativos²³⁶. Sin embargo, si el interesado se da voluntariamente por notificado o, por ejemplo, interpone el recurso pertinente contra el acto, se presume como notificado a partir de dicho momento²³⁷.

Debe destacarse, sin embargo, que la legislación costarricense, establece una especie de saneamiento a la ineficacia de las notificaciones defectuosas por omisión de la indicación de los recursos que proceden contra el acto, por el transcurso de un lapso de tiempo, sin que se haga protesta formal²³⁸.

II. EL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

El segundo principio general relativo a la eficacia de los actos administrativos es el principio de la irretroactividad de los actos administrativos.

²³³ Art. 58.2 Ley 30/1992 España; arts. 44 y 47 CCA Colombia; art. 73 LOPA Venezuela; art. 245 LGAP Costa Rica.

²³⁴ Art. 77 LOPA Venezuela.

²³⁵ Art. 74 LOPA Venezuela; art. 48 CCA Colombia.

²³⁶ Art. 141.1 LGAP Costa Rica.

²³⁷ Art. 48 CCA Colombia.

²³⁸ Art. 247.2 LGAP Costa Rica (10 días).

En efecto, como se ha señalado, el comienzo de los efectos de los actos administrativos se sitúa en el momento de la publicidad del acto, sea mediante publicación sea mediante notificación. La consecuencia de ello es que, de acuerdo al principio constitucional de la irretroactividad de la Ley, no es posible admitir la retroactividad de los efectos de los actos administrativos. Es decir, el principio general en esta materia es que los actos administrativos sólo pueden producir efectos hacia el futuro, siendo tanto inconstitucional como ilegal, la aplicación de un acto administrativo hacia el pasado; principio que no sólo se aplica a los actos reglamentarios sino también a los actos de efectos particulares.

El principio ha sido establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado (*arrêt Societé du Journal Aurore*, Rec. 289), como un principio general del derecho²³⁹, complementado por las consideraciones doctrinales relativas al *arrêt Le Bigot du 17 mai 1907* (Rec 460) respecto a la consideración de la atribución de efectos retroactivos a un acto administrativo, como un caso de incompetencia *ratione temporis* en el sentido de que el funcionario no tiene competencia para ejercer un derecho que perteneció a sus predecesores²⁴⁰.

En España y América Latina, el principio de la irretroactividad de los actos administrativos, aparte de tener, al contrario que en Francia, un fundamento constitucional²⁴¹ y haber sido aplicado por la jurisprudencia como principio general²⁴², también está establecido, respecto de los actos administrativos, en las leyes de procedimientos administrativos, aplicándose tanto a los de carácter reglamentario como a los efectos particulares. Así se establece, por ejemplo, en la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, al prescribir que “El acto administrativo producirá efectos en contra del administrado únicamente para el futuro” (142,1). Indirectamente, además, el principio se establece en la Ley venezolana de Procedimientos Administrativos al regularse la posibilidad, para la Administración, de poder modificar los criterios establecidos por sus órganos,

²³⁹ *Recueil Dalloz* 1948, pp. 437-438; Long, Weil y Braibant, *Les grandes arrêts de la jurisprudence administrative*, París, 1978, pp. 312 ss.

²⁴⁰ Vid. J. M. Auby, “L'incompétence *ratione temporis*. Recherches sur l'application des actes administratifs dans le temps”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1953, pp. 5-60.

²⁴¹ Por ejemplo, art. 24 Constitución de Venezuela.

²⁴² Vid. por ejemplo, la jurisprudencia venezolana en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de 11 de agosto de 1983, *Revista de Derecho Público*, núm. 16, Caracas, 1983, pp. 156-157; y de 9 de abril de 1987, *Revista de Derecho Público*, núm. 30, Caracas, 1987, pp. 110-111.

pero agregando que “la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores salvo que fueren más favorables a los administrados” (art. 11)²⁴³.

Ahora bien, tanto en la legislación española como en la latinoamericana, en igual forma como se ha establecido en la jurisprudencia francesa²⁴⁴, el principio de la no retroactividad de los actos administrativos tiene diversas excepciones:

En primer lugar, en general se admite la retroactividad de los actos administrativos cuando produzcan efectos favorables a los interesados²⁴⁵. Sin embargo, en estos casos, es indispensable que los supuestos de los motivos del acto tuvieran existencia a la fecha a la cual se retrotraiga la eficacia del acto y que éste no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas²⁴⁶.

En segundo lugar, coincidiendo con soluciones de la jurisprudencia francesa²⁴⁷, también se establece que tendrán efectos retroactivos y siempre que no lesionen derechos adquiridos, los actos administrativos que se dicten en sustitución de otro acto anulado, sea por la Administración o por decisión judicial²⁴⁸. Como lo establece la Ley General de Administración Pública de Costa Rica:

“El acto administrativo tendrá efectos retroactivos en contra del administrado cuando se dicte para anular actos absolutamente nulos que favorezcan a éste; o para consolidar, haciéndolos válidos y eficaces, actos que lo desfavorezcan” (art. 143).

²⁴³ El principio se ha aplicado por la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 19 de marzo de 1987, *Revista de Derecho Público*, núm. 30, Caracas, 1987, pp. 111-112.

²⁴⁴ Vid. M. Letourneur, “Le principe de la non-rétroactivité den actes administratifs” *Etudes et Documents*, Conseil d'Etat, París, 1955, pp. 37-48.

²⁴⁵ Art. 57.3 Ley 30/1992 España; art. 13 LPA Argentina. Vid. sobre España, J. L. De La Vallina Velarde, *La retroactividad del acto administrativo*, Madrid 1964, p. 61. En Francia, el *arrêt* CE 9 juillet 1943, *Office public d'H. B. M. de la Ville de Marseille*, Rec., p. 172. Vid. los comentarios, en J. M. Auby, “L'incompétence...”, *loc. cit.*, p. 53.

²⁴⁶ Art. 57.1 Ley 30/1992 España; art. 142.2 LGAP Costa Rica.

²⁴⁷ Vid. M. Letourneur, *loc. cit.*, pp. 46 ss.; J. M. Auby, “L'incompétence...”, *loc. cit.*, pp. 47 ss.; J. M. Auby y R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, París, 1984, t. II, p. 348; Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, pp. 190 y 316; P. Delvolvé, *L'acte administratif*, París, 1983, pp. 225 ss.

²⁴⁸ Art. 57.3 Ley 30/1992 España; art. 13 LPA Argentina; art. 143 LGAP Costa Rica.

III. EL RESPETO A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y EL RÉGIMEN DE LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Ahora bien, una consecuencia del principio de la irretroactividad de los actos administrativos es el principio general de que los derechos o situaciones jurídicas subjetivas adquiridas o nacidas de actos administrativos individuales, no pueden ser eliminados posteriormente por otros actos administrativos.

Es el principio general de la intangibilidad de las situaciones jurídicas nacidas de actos individuales, o de la irrevocabilidad de los actos administrativos de efectos particulares creadores de derechos a favor de los administrados; principio que ha tenido consagración legal expresa en las leyes de procedimiento administrativo de América Latina.

La fórmula de la Ley argentina de Procedimientos Administrativos, coincidente con los principios de la jurisprudencia francesa²⁴⁹, puede considerarse que resume, en general, la posición del derecho administrativo latinoamericano, al prescribir que:

“El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado” (art. 18).

De esta fórmula derivan varias consecuencias:

En primer lugar, el principio de la intangibilidad de las situaciones jurídicas derivadas de un acto administrativo, sólo se aplica a los actos creadores de derecho a favor de particulares, por lo que los actos administrativos que no creen derechos a favor de particulares pueden ser revocados en cualquier momento. Como lo establece la Ley venezolana de Procedimientos Administrativos:

“Los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dicte, o por el respectivo superior jerárquico” (art. 82).

En segundo lugar, el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos creadores de derecho, por supuesto, sólo se aplica a los actos administrativos válidos y regulares, capaces de dicha creación, por lo que si el acto está viciado de *nulidad absoluta*, no puede crear dichos derechos y es

²⁴⁹ Vid. P. Delvolvé, *op. cit.*, pp. 252 ss.

esencialmente revocable²⁵⁰. Conforme a la vieja Ley española sobre Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, sin embargo, aún frente a infracciones manifiestas a la Ley, el plazo del cual disponía la Administración para revocar estos actos era de cuatro años (art. 37.1).

En la Ley 30/1992, se ha eliminado el lapso y la Administración puede en cualquier momento incluso de oficio declarar la nulidad de los actos viciados de pleno derecho (art. 102.1).

En tercer lugar, el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos creadores de derecho a favor de particulares, se considera que tiene complete aplicabilidad a partir del momento en el cual el acto administrativo quede firme, es decir, a partir del momento en que su legalidad no pueda ser cuestionada directamente ante el juez administrativo. En consecuencia, el acto creador de derechos a favor de particulares, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado sentada en el *arrêt Dame Cachet* del 30 de noviembre de 1922 (Re. 790)²⁵¹, puede ser revocado por razones de legalidad dentro del lapso de caducidad previsto para la interposición del recurso de anulación²⁵².

En cuarto lugar, el principio de la irrevocabilidad rige en tanto en cuanto el particular que deriva derechos del acto administrativo no consienta su revocación, tal como lo regula el Código Contencioso Administrativo de Colombia (art. 73).

Por último, y en cuanto a los principios relativos a la irrevocabilidad de los actos administrativos regulares y firmes creadores de derecho a favor de particulares, debe señalarse que las legislaciones latinoamericanas admiten como excepción, los casos en los cuales la revocación esté acompañada de una indemnización. Así lo establece expresamente la Ley argentina de Procedimientos Administrativos (art. 18) y la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (art. 155), la cual establece que si el acto revocatorio no contiene el reconocimiento y el cálculo de la indemnización completa de los daños y perjuicios causados, el acto revocatorio estaría viciado de nulidad absoluta (art. 155.1). En

²⁵⁰ Art. 83 LOPA Venezuela. De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el acto nulo de nulidad absoluta equivale al acto inexistente, no pudiendo derivarse del mismo derecho alguno. Sentencias de 29 de marzo de 1984, *Revista de Derecho Público*, núm. 18, Caracas, 1984, p. 173 y de 11 de febrero de 1988, *Revista de Derecho Público*, núm. 33, Caracas, 1988, pp. 101-103.

²⁵¹ Vid. en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1922, pp. 552-561; Long, Weil y Braibant, op. cit., p. 176; G. Isaac, op. cit. p. 606.

²⁵² Vid. por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Venezuela), en Sala Político Administrativa, de 14 de mayo de 1985 (caso Freddy M. Rojas), *Revista de Derecho Público*, núm. 23, Caracas, 1985, pp. 143-148; y de 9 de marzo de 1987, *Revista de Derecho Público*, núm. 30, Caracas, 1987, pp. 118-119; y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 11 de julio de 1985, *Revista de Derecho Público*, núm. 24, Caracas, 1985, p. 126.

Venezuela, por ello, frente al establecimiento del principio general de la nulidad absoluta del acto revocatorio de uno precedente creador de derechos a favor de particulares (art. 19.2), hemos señalado que, en realidad, ello sólo se produce si la revocación acordada no esta acompañada de la indemnización correspondiente²⁵³.

IV. LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS PRINCIPIOS DE SU EJECUCIÓN

La consecuencia más importante de la eficacia de los actos administrativos es que los mismos adquieren una presunción de legitimidad, veracidad y legalidad. Esto significa que los actos administrativos válidos y eficaces son de obligatorio cumplimiento tanto para la propia Administración como para los particulares, lo que implica que sus efectos se cumplen de inmediato, no suspendiéndose por el hecho de que contra los mismos se intenten recursos administrativos o jurisdiccionales de nulidad.

Por supuesto, esta presunción de legitimidad no surge cuando los actos administrativos están viciados de nulidad absoluta, en cuyo caso no pueden ser ejecutados, tal como lo señala Sala expresamente la Ley General de Administración Pública de Costa Rica (art. 169).

La presunción de legalidad y legitimidad implica, por tanto, por una parte, que los actos administrativos son obligatorios desde el momento en que surten efectos; y por la otra, que los recursos que se ejerzan contra los mismos no tienen efectos suspensivos. Además, tratándose de una presunción *juris tantum*, implica que la carga de la prueba para desvirtuar tal presunción corresponde en principio, al recurrente interesado.

En la legislación española y latinoamericana sobre procedimientos administrativos, estos principios se han recogido en texto expreso y una muestra de ello es el artículo 12 de la Ley de Procedimientos administrativos de Argentina que establece:

“El acto administrativo goza de presunción de legitimidad: su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propias medidas, a menos que la Ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial, e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que unas normas expresan establezca lo contrario”.

Ahora bien, en materia de ejecución de los actos administrativos, debe distinguirse el carácter ejecutivo de los mismos, la “ejecutividad” en la

²⁵³ Vid. Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, p. 68.

terminología de lengua española, de la posibilidad misma de su ejecución por la propia Administración, denominada la “ejecutoriedad” en la terminología de lengua española²⁵⁴.

En el mundo del derecho hispanoamericano, la ejecutividad de los actos administrativos significa que éstos tienen “carácter ejecutivo”, es decir, que son por sí mismos ejecutables y que pueden ser ejecutados de inmediato, sin que para ello el derecho tenga que ser declarado por autoridad judicial alguna.

La “ejecutoriedad, en cambio, es la propiedad de los actos administrativos conforme a la cual la Administración misma, por sus propios medios, puede ejecutarlos incluso forzosamente, como lo establece el Código Contencioso Administrativo de Colombia al referirse al “carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos” (art. 64).

1. *La ejecutividad de los actos administrativos*

En efecto, salvo norma expresa en contrario, los actos que queden firmes al concluir un procedimiento administrativo tienen carácter ejecutivo, es decir, son suficientes, por sí mismos, para que la Administración pueda de inmediato ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento²⁵⁵.

De acuerdo a este principio de la ejecutividad, por tanto, cuando la Administración dicta un acto administrativo, declare por sí misma el derecho mediante esos actos unilaterales, que crean directamente derechos y obligaciones y tienen en sí mismos fuerza de títulos ejecutivos. La ejecutividad de los actos administrativos, en definitiva, significa que estos, al dictarse, son ejecutables porque tienen carácter ejecutivo. Esta característica es la que se ha denominado muy ambiguamente en el derecho francés al hablarse del acto administrativa como *décision exécutoire*, en el sentido de que ocasiona por sí misma una modificación de las situaciones jurídica²⁵⁶. Tal como lo ha resumido P. Delvolvé, “El carácter ejecutorio de la decisión tiene un doble aspecto: la decisión es ejecutoria, a la vez, en cuanto a que ordena la ejecución obligando a sus destinatarios a conformarse con ella, y en cuanto a que ella comporta en sí misma la ejecución, conllevando ella misma, desde su adopción, el resultado que ella ordena²⁵⁷.

²⁵⁴ Vid. Allan R. Brewer-Carías, “Aspectos de la ejecutividad y de la ejecutoriedad de los actos administrativos fiscales y la aplicación del principio *“solve et repete”*”, en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. III, vol., I, 1976, pp. 97 ss.

²⁵⁵ Art. 64, CCA Colombia.

²⁵⁶ Vid. P. Delvolvé, *op. cit.*, pp. 23-25 y 209.

²⁵⁷ *Idem*, p. 25.

Este sentido de la expresión *décision exécutoire*, noción referida al carácter ejecutivo de la decisión administrativa y sin hacer en este estadio referencia alguna a los medios y formas de ejecución, es el que se ha precisado en la jurisprudencia francesa más reciente²⁵⁸, conforme a la cual ella se refiere al carácter obligatorio del acto administrativo, para subrayar que el propósito de la decisión administrativa es el de imponerse inmediatamente a los administrados sea cual fuere su contenido.

Es lo que se ha denominado también tradicionalmente el *privilège du préalable* que permite a la autoridad administrativa tomar medidas que se imponen previamente a toda intervención de un juez: como consecuencia, los interesados están obligados a someterse inmediatamente a la misma, de manera que para librarse de ella deben dirigirse posteriormente a un juez²⁵⁹.

Esta es la fórmula que recoge el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, al prescribir que:

“Los actos administrativos que requieren ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberían ser ejecutados por la Administración en el término establecido. A faltas de este término, se ejecutarán de inmediato”.

Precisamente, es esta posibilidad de ejecución de inmediato de los actos administrativos, en el sentido de que, para ser ejecutados, se bastan a sí mismos y no requieren de la intervención de ninguna otra autoridad, la que configura esta primera característica de la “ejecutividad” de los actos administrativos, que la legislación española resume al indicar que los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán “inmediatamente ejecutivos”²⁶⁰.

Como señalamos, esta ejecutividad de los actos administrativos, consecuencia directa de su presunción de legitimidad, implica como principio que los efectos de los mismos no se suspenden por el hecho de que contra los mismos se intenten los recursos contencioso-administrativos.

En vía contencioso administrativa, sin embargo, conforme a la tradición de la jurisprudencia francesa, relativa al denominado *sursis á execution*²⁶¹, el juez puede suspender la ejecución de los actos administrativos recurridos, cuando su

²⁵⁸ Es el sentido establecido por el Consejo de Estado en el *arrêt Huglo* du 2 juillet 1982 al considerar que “le caractère exécutoire d’une décision administrative est la règle fondamentale du droit public”. *Rec.* p. 258, *cit.*, por P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 27.

²⁵⁹ P. Delvolvé *op. cit.*, p. 28.

²⁶⁰ Arts. 44 y 101 LPA y arts. 56 y 94 Ley 30/1992 España.

²⁶¹ CE 12 nov. 1938, *arrêt Chambre syndicale des constructeurs de moteurs d’avions*, *Rec* 840. *Vid.* en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, pp. 261 ss.

ejecución pueda causar un gravamen grave e irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva, en caso de anularse el acto impugnado²⁶².

En materia de interposición de recursos administrativos, la situación legislativa en España y América Latina, sin embargo, no es totalmente uniforme. El principio puede decirse que también es el de los efectos no suspensivos de los recursos, salvo disposición legal en contrario²⁶³, pudiendo en todo caso, la autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte, suspender la ejecución del acto administrativo cuando dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, o cuando se fundamente el recurso en vicios de nulidad absoluta²⁶⁴.

Sin embargo, en otras legislaciones, como el Código Contencioso Administrativo de Colombia, se establece en forma general el principio contrario, en el sentido de que “los recursos se concederán en el efecto suspensivo” (art. 55).

En todo caso, y aún en presencia del principio general, mediante previsión de ley expresa la interposición de un recurso puede significar la suspensión de efectos de los actos administrativos²⁶⁵, en cuyo caso como lo postula la Ley argentina de Procedimientos Administrativos, la Administración debe abstenerse:

“de poner en ejecución un acto estando pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa impliquen la suspensión de los efectos ejecutorios de aquél o que, habiéndose resuelto, no hubiese sido notificado” (art. 9.b).

2. *La ejecutoriedad de los actos administrativos*

Ahora bien, la “ejecutividad” de los actos administrativos derivada del carácter ejecutivo de los mismos, se distingue en el derecho administrativo español y latinoamericano, de la “ejecutoriedad” de los actos, refiriéndose esta segunda característica a la posibilidad que tiene la Administración de ejecutar, por sus propios medios, e incluso, en forma forzosa, sus actos administrativos, con facultad, incluso de ser necesario de recurrir a la fuerza pública.

²⁶² *Vid.* por ejemplo, en el derecho español, el art. 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo que dispone: “1. La interposición del recurso contencioso-administrativo no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del actor, la suspensión. 2. Procederá la suspensión cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil”. En sentido similar, art. 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela.

²⁶³ Art. 111.1 Ley 30/1992 España; art. 87 LOPA Venezuela; art. 148 LGAP Costa Rica.

²⁶⁴ Art. 111.2 Ley 30/1992 España; art. 87 LOPA Venezuela; art. 12 LPA Argentina; art. 148 LGAP Costa Rica.

²⁶⁵ Es el principio general en Venezuela, por ejemplo, en materia tributaria. *Vid.* el Código Orgánico Tributario, art. 178.

La Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, en este sentido establece el principio al prescribir que:

“La Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los tribunales, los actos administrativos eficaces, validos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que pudiera resultar” (art. 146.1).

Sin embargo, es evidente que en muchos casos la legislación establece expresamente supuestos en los cuales la ejecución del acto administrativo requiere de intervención judicial. Sin embargo, si la ejecución judicial no está expresamente prevista, el principio es el de la posibilidad para la Administración de ejecutar sus propias decisiones.

Así está prescrito, como principio en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, al establecer que:

“la ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la Administración, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial” (art. 79).

El privilegio de ejecución de oficio en España y en América Latina, entonces, no es tan excepcional como resulta en Francia de la doctrina establecida en las conclusiones del Comisario del Gobierno Romieu al *arrêt* del Tribunal de Conflictos del 2 de diciembre de 1902, *Société Immobilière de Saint-Just*, (Rec. 713)²⁶⁶, pues, en general, han sido las propias leyes de Procedimiento Administrativo, las que lo han previsto.

Por supuesto, debe advertirse que en todo caso las legislaciones exigen que para que la Administración inicie actuaciones materiales que menoscaben, limiten o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares, previamente debe haberse adoptado la decisión que les sirva de fundamento²⁶⁷. De allí que se obligue a los órganos que ordenen actos de ejecución material, al comunicar por escrito al interesado, el acto administrativo que autorice la actuación administrativa²⁶⁸. De ello deriva el principio de que toda la actuación material

²⁶⁶ Vid. en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, pp. 47 ss.; Vid. G. Isaac, quien afirma en general que en el derecho francés, “l'exécution des actes administratifs, comme des lois, est affaire de justice et non affaire administrative, dès qu'elle n'est pas volontaire, dès qu'elle devient contentieuse”, *op. cit.*, p. 171.

²⁶⁷ Art. 93.1 Ley 30/1992 España; art. 78 LOPA Venezuela.

²⁶⁸ Art. 93.2 Ley 30/1992 España.

que no esté precedida de un acto administrativo válido y eficaz, puede considerarse como una vía de hecho²⁶⁹.

Ahora bien, algunas leyes hispanoamericanas establecen diversos supuestos de ejecución forzosa de los actos administrativos exigiéndose que, en forma previa, se conmine o intime al interesado (apercibimiento) a la ejecución voluntaria, es decir, que hay una puesta en mora con carácter previo²⁷⁰. Estos supuestos de ejecución forzosa son los siguientes:

En primer lugar, ejecución por constreñimiento sobre el patrimonio mediante multas. En este sentido, conforme a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, si se trata de actos de ejecución personalísima y el obligado se resiste a cumplirlo, la Administración le puede imponer multas sucesivas por los montos legalmente prescritos. Mientras permanezca en rebeldía y, en caso de que persista en el incumplimiento, se le pueden imponer nuevas multas iguales o mayores a las que se le hubieren aplicado, concediéndosele un plazo razonable para que cumpla lo ordenado (art. 80.2)²⁷¹. Es, en definitiva, el sistema de ejecución de los actos administrativos apoyado por sanciones, establecido en el derecho francés²⁷².

Debe destacarse, por otra parte, que en otras legislaciones como la española, la Ley reguladora del procedimiento administrativos prevé expresamente el principio de la ejecución forzosa de los actos administrativos que impongan a los administrados una obligación personalísima de no hacer o soportar, mediante compulsión directa sobre las personas en los casos en que la Ley expresamente lo autorice, y dentro siempre del respeto debido a la dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución (art. 110.1). En cambio, si la obligación personalísima consistiera en un hacer, y no se realizase la prestación, el obligado debe resarcir los daños y perjuicios, a cuya liquidación y cobro se debe proceder en vía administrativa (art. 110.2)²⁷³.

En segundo lugar, cuando se trate de actos que por no ser personalísimos son susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela (art. 80.1), la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (art. 149.1.c), y el Código Contencioso Administrativo de Colombia (art. 65), autorizan a la Administración a proceder a la ejecución, bien por sus propios órganos o por la persona que designen, a costa

²⁶⁹ Sobre la *voie de fait* vid. el *arrêt* del Tribunal des Conflits du 8 avr. 1935, *Action Française*, Rec. 1226, en Long, Weil et Braibant, *op. cit.*, pp. 230 ss. Vid. art. 9° LPA Argentina.

²⁷⁰ Art. 95 Ley 30/1992 España; art. 150.1 LGAP Costa Rica.

²⁷¹ En sentido similar, art. 65 CCA, Colombia y art. 96.1 Ley 30/1992.

²⁷² Vid. P. Delvolvé, *op. cit.*, pp. 262 ss.

²⁷³ En sentido similar, art. 149.1.c LGAP Costa Rica.

del obligado. Es la denominada “ejecución subsidiaria” en la reguladora del procedimiento administrativo común de España (art. 98).

En tercer lugar, deben destacarse los supuestos de ejecución de obligaciones de dar cantidades de dinero, respecto de los cuales la Ley española reguladora del procedimientos administrativos remite al “procedimiento recaudatorio en vía ejecutiva”(art. 97.1) y la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (art. 149.1.a) prevé la ejecución forzosa en vía administrativa mediante apremio sobre el patrimonio, exigiéndose, sin embargo, la necesaria intervención de un juez para autorizar la entrada en el domicilio de los deudores,²⁷⁴ y excluyéndose expresamente la posibilidad de interdictos contra las actuaciones de la Administración²⁷⁵.

V. LA DURACIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Por último, debe señalarse que fuera de los supuestos de suspensión de efectos por decisión administrativa o jurisdiccional, o de cumplimiento de una condición resolutoria, algunas legislaciones prevén expresamente supuestos de pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos por el transcurso de un lapso de cinco años de estar firmes, cuando en ese período la Administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos. Así lo establece el Código Contencioso Administrativo de Colombia (art. 66) y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, la cual califica la institución como “prescripción” (art. 70). En el sistema francés, en cambio, el principio es que la decisión se aplica sin límite de duración²⁷⁶.

***Sección Tercera:* LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LAS GARANTÍAS DE LOS ADMINISTRADOS**

Hemos señalado que las leyes de Procedimiento Administrativo de España y América Latina, aun conservando muchas de ellas la denominación tradicional comprenden, como lo advertía la Exposición de Motivos de la Ley española de 1958, “además del procedimiento administrativo en sentido estricto, el régimen jurídico de los actos administrativos, así como otros aspectos de la acción administrativa que con él guardan relación”²⁷⁷. Por ello al estudiar los principios

²⁷⁴ Art. 96. Ley 30/1992 España. Vid. Jesús González Pérez, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid, 1977, p. 622.

²⁷⁵ Art. 101 Ley 30/1992 España.

²⁷⁶ Vid. J. Rivero, op. cit., p. 130.

²⁷⁷ Vid. en Jesús González Pérez, *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos*, Madrid, 1977, pp. 55 y 96.

del procedimiento administrativo en España y América Latina, hemos comenzado por hacer referencia en primer lugar, a la contribución de su codificación al afianzamiento del principio de la legalidad y, en segundo lugar, al régimen de los actos administrativos.

Corresponde ahora, además, analizar los aspectos más relevantes del procedimiento administrativo en sentido estricto, tal como está regulado en dichas leyes, para lo cual partimos de la consideración del procedimiento administrativo, como lo ha definido el Tribunal Supremo de España “como una combinación de actos cuyos efectos jurídicos están vinculados entre sí con la finalidad de conseguir una acertada o válida decisión”. Esta finalidad “permite sostener, a efectos procedimentales, que los actos o eslabones en que cabe dividir o fragmentar el procedimiento pueden clasificarse en esenciales o no esenciales; de forma que un acto esencial viciado rompe o puede romper la conexión entre los diferentes actos o eslabones existentes en un procedimiento y quebrar con ello la unidad de efectos jurídicos, que es nota esencial de todo procedimiento”²⁷⁸.

Ahora bien, es evidente que la regulación del procedimiento administrativo considerado como esa combinación de actos cuyos efectos jurídicos están vinculados casualmente entre sí, tiene un triple motivo y una consecuencia general. La consecuencia es que la regulación del procedimiento administrativo, tanto en la jurisprudencia como legislativamente, ha sido uno de los aspectos que más han contribuido en el mundo contemporáneo al afianzamiento del principio de la legalidad, y al sometimiento al derecho por parte de la Administración. En cuanto a los motivos que han existido para el establecimiento de su régimen jurídico legislativo, como lo ha señalado Guy Isaac²⁷⁹ están, en primer lugar, la protección del interés general; en segundo lugar, el interés de la propia Administración y, por último, el interés de los administrados.

La regulación del procedimiento administrativo, en efecto, en primer lugar, busca proteger el interés general cuya consecución condiciona siempre la actuación administrativa, en el sentido de que sus reglas persiguen, en muchos casos, asegurar que las decisiones que se adopten están tomadas en la orientación del interés general. Así, todos los mecanismos procedimentales establecidos para asegurar la participación de los administrados y de las organizaciones privadas representativas de intereses colectivos, por ejemplo, en la configuración de una decisión administrativa; y todos los mecanismos de consultas prescritos antes de la toma de decisiones, tienden a asegurar que éstas estén en la medida de lo posible, acordes con el interés general de la colectividad. Por ello, por ejemplo, la Ley de Procedimientos Administrativos de España de 1958, con carácter

²⁷⁸ Sentencia de 8 de noviembre de 1974 *cit.* por Jesús González Pérez, *op. cit.*, p. 69.

²⁷⁹ Guy Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, París, 1968, pp. 175 ss.

general establecía en el “procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general”, que:

“siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, se concederá a la organización sindical y demás entidades que por ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe en un término de diez días, a contar desde la remisión del proyecto” (art. 130.4).

Igualmente, la misma Ley prescribía que cuando “la naturaleza de la disposición lo aconseje, el proyecto de decisión deberá ser sometido a información pública durante el plazo que en cada caso se señale” (art. 130.5).

Pero, en segundo lugar, la regulación del procedimiento administrativo está motivada por el interés de la propia Administración como organización con vista a lograr una mayor eficacia y racionalización de la actividad administrativa. Así, la simplificación, normalización y unificación de la actividad de la Administración en muchos casos, ha sido uno de los motivos fundamentales de la codificación del procedimiento administrativo. En este sentido, por ejemplo, deben destacarse los principios establecidos en la Ley española reguladora del procedimiento administrativo (art. 3) y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela (art. 32) en cuanto al manejo de los documentos y expedientes administrativos, los cuales deben ser objeto de normalización y uniformización de manera que cada serie o tipo de ellos obedezca a iguales características y formato. Además, agregaba la Ley española de Procedimientos Administrativos de 1958, que “se racionalizarán los trabajos burocráticos y se efectuarán por medio de máquinas adecuadas, con vistas a implantar una progresiva mecanización y automatismo en las oficinas públicas siempre que el volumen de trabajo haga económico el empleo de estos procedimientos” (art. 30.2)²⁸⁰.

En el mismo orden de ideas, se prevé que en los casos en los cuales la Administración debe resolver una serie numerosa de expedientes homogéneos se debe establecer un procedimiento sumario, de gestión mediante formularios, impresos u otros medios que permitan el rápido despacho de los asuntos, pudiendo incluso utilizar, cuando sean idénticos los motivos y fundamentos de las decisiones, cualquier medio mecánico de producción en serie de las mismas, siempre que no se lesionen las garantías jurídicas de los interesados²⁸¹.

Pero además de la protección del interés general y del interés de la Administración, en tercer lugar, la regulación del procedimiento administrativo se ha establecido, básicamente, en interés de los administrados en sus relaciones

²⁸⁰ En igual sentido, art. 31 LOPA Venezuela.

²⁸¹ Art. 35 LOPA Venezuela.

con la Administración, o más propiamente, para proteger los derechos e intereses de los particulares frente a las actuaciones administrativas y particularmente frente a los medios de acción unilaterales de la Administración.

Precisamente por la regulación del procedimiento administrativo, entonces, el derecho administrativo, de ser un derecho destinado a regular a la Administración, su organización y funcionamiento, ha pasado a ser un derecho destinado a regular esencialmente las relaciones entre la Administración y los administrados, con particular énfasis en la protección y garantía de los derechos de estos últimos. Como consecuencia de ello, el balance tradicional de nuestra disciplina entre los dos extremos que históricamente la han condicionado: por una parte, prerrogativas de la Administración, y por la otra, derechos e intereses de los administrados, sin duda, comienza a aparecer inclinado a favor de estos últimos, y en ello, sin duda, ha jugado un rol fundamental el procedimiento administrativo, concebido para asegurar a los particulares un *due process of law* por parte de la Administración, cuando entran en relación con ella, lo que sucede cotidianamente.

Nuestro interés, en esta tercera parte de nuestro estudio sobre los principios del procedimiento administrativo en España y en los países de América Latina, es precisamente estudiar este tercer aspecto de la motivación de la codificación del procedimiento administrativo, lo cual haremos analizando, en primer lugar, los principios del procedimiento administrativo en interés de los administrados, y en segundo lugar, el régimen del derecho a la defensa de los administrados frente a la Administración, lo que configura, quizás, el aspecto de mayor importancia en la codificación del procedimiento administrativo.

CAPÍTULO I. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La codificación del procedimiento administrativo en España y América Latina, como manifestación del afianzamiento del principio de la legalidad, ha sido elaborada teniendo en cuenta, básicamente, la debida protección de los administrados, en el sentido de que si bien las leyes han prescrito normas y fases procedimentales que deben guiar la actuación de la Administración, ello se ha hecho con miras a establecer garantías jurídicas de los administrados frente a la Administración.

Estas regulaciones han estado condicionadas por una serie de principios,* a los cuales queremos referirnos y que inciden en el comienzo del procedimiento; en su instrucción y sustanciación y en la decisión del mismo.

Analizaremos separadamente esos principios.

* V., lo expresado en el nuevo Capítulo II, de la Primera Parte inserto en esta edición.

I. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA INICIATIVA Y COMIENZO DEL PROCEDIMIENTO

1. *El derecho de petición*

Conforme a la más clásica tradición en materia de declaración de derechos, la Constitución de Venezuela establece como uno de los derechos individuales, el derecho de petición, al prescribir en su artículo 67 lo siguiente:

“Todos tienen el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier entidad o funcionario público sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos y a obtener oportuna respuesta”.

Un principio similar está prescrito en casi todas las Constituciones modernas, partiendo del principio establecido en la Enmienda núm. 1 de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en 1789.

El procedimiento administrativo legalmente regulado, en consecuencia, tiene por objeto, ante todo, garantizar tanto el derecho de peticionar ante la Administración Pública, como el de obtener de las autoridades administrativas la oportuna respuesta a dichas peticiones. Por ello, incluso la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela reitera la declaración constitucional, precisando el derecho de petición administrativo, así:

“Artículo 2. Toda persona interesada podrá, por sí o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa. Estos deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieren para no hacerlo”.

Este principio lo recogen expresamente la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de la Administración y del Procedimiento Administrativo Común (art. 30) de España y el Código Contencioso Administrativo de Colombia (arts. 5 a 24).

Por supuesto, la regulación del derecho de petición en las leyes de procedimiento administrativo trae variadas consecuencias formales.

En primer lugar, tratándose de peticiones administrativas, las leyes de procedimiento administrativo distinguen las simples peticiones de información o consulta, de las peticiones tendentes, por ejemplo, a lograr una decisión que cree o declare un derecho. En este último caso, las leyes exigen una legitimación

concreta para poder introducir peticiones, que corresponde a los “interesados”²⁸², es decir, a quienes tengan un interés personal, legítimo y directo en el asunto²⁸³.

En segundo lugar, al regularse el derecho de petición, las leyes prescriben la forma de las peticiones en cuanto a los elementos formales que deben contener, referidos a la identificación del peticionante o solicitante, la precisión del objeto de la solicitud y los fundamentos o motivos de la petición²⁸⁴.

En tercer lugar, tratándose de peticiones o solicitudes de los interesados, las leyes de procedimiento administrativo generalmente establecen regulaciones relativas a la recepción y registro de documentos²⁸⁵, a los efectos de dejar constancia auténtica, entre otros aspectos, de la fecha de las peticiones. Esto tiene importancia procesal, por la obligación que las leyes imponen a los funcionarios de respetar el orden riguroso de presentación de las peticiones, al momento de decidir sobre las mismas y evitar así favoritismos²⁸⁶.

En cuarto lugar, las leyes de procedimientos administrativos, al regular las peticiones como derecho de los administrados, también establecen el derecho de éstos de desistir de sus peticiones o de renunciar a su derecho²⁸⁷. En el mismo orden de ideas, las leyes regulan la extinción del procedimiento por perención cuando éste se paralice por un lapso de tiempo (2 meses en la Ley venezolana, por ejemplo) por causas imputables a los interesados, contado a partir de la notificación que le haga la Administración²⁸⁸. Sin embargo, prescriben las leyes que, no obstante, el desistimiento o perención, la Administración puede continuar la tramitación de procedimientos, si razones de interés público lo justifican²⁸⁹.

En quinto lugar, tratándose de un derecho de petición con garantía de oportuna respuesta, las leyes de procedimiento administrativo reafirman la obligación de la Administración y de sus funcionarios de resolver, rápida y oportunamente, las peticiones²⁹⁰, prescribiendo además plazos para las decisiones. Así, por ejemplo, la Ley de Procedimientos Administrativos de Venezuela establece los lapsos según los tipos de procedimiento: Si se trata de procedimientos simples, que no requieren sustanciación, la Administración está

²⁸² *Vid.* art. 67 LPA; art. 48 LOPA Venezuela; art. 284 LGAP Costa Rica.

²⁸³ *Vid.* art. 22 LOPA Venezuela.

²⁸⁴ *Vid.* art. 285 LGAP Costa Rica; art. 49 LOPA Venezuela; art. 5° CCA Colombia; art. 70.1 Ley 30/1992 España

²⁸⁵ Art. 37-38 Ley 30/1992 España; arts. 44-46 LOPA Venezuela.

²⁸⁶ Art. 296 LGAP Costa Rica.

²⁸⁷ Art. 63 LOPA Venezuela.

²⁸⁸ Art. 64 LOPA Venezuela.

²⁸⁹ Art. 66 LOPA Venezuela; art. 8° CCA Colombia.

²⁹⁰ Art. 31 CCA Colombia

obligada a decidir las peticiones en un lapso de 20 días; en cambio, si el procedimiento requiere sustanciación, la Ley establece un lapso de 4 meses para la decisión, con posibilidad de prórroga de 2 meses²⁹¹.

Por último, en sexto lugar, la consecuencia de la regulación del derecho de petición y del derecho de obtener oportuna respuesta es la declaración formal en las leyes de procedimiento de la responsabilidad de los funcionarios públicos por el retardo, omisión distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento²⁹².

2. *La iniciación de oficio*

Pero, por supuesto, no todos los procedimientos administrativos se inician a instancia de los interesados, con base en el ejercicio del derecho de petición sino que también es frecuente el inicio de los procedimientos, de oficio, por iniciativa de la propia Administración. De allí que en general, todas las leyes de procedimientos administrativos establecen que “El procedimiento podrá iniciarse de oficio o a instancia de parte interesada”²⁹³.

En el supuesto de la iniciación de oficio de los procedimientos, por ejemplo, la Ley española de Procedimiento Administrativo exige una decisión formal del órgano competente, sea por propia iniciativa, sea como consecuencia de orden de un órgano superior, e incluso, por petición razonada de otros órganos o por denuncia (art. 69.1).

3. *La iniciativa del comienzo del procedimiento y la tipología de los procedimientos*

En todo caso, la iniciativa del comienzo del procedimiento y la determinación de si requiere el ejercicio de un derecho de petición o de si puede iniciarse de oficio, depende de los tipos de procedimientos. Generalmente, las leyes de procedimiento no establecen una tipología de los procedimientos de acuerdo con los efectos del acto administrativo que resulta de su desarrollo; sin embargo, de ella dependerá la precisión de cuándo puede o debe iniciarse el procedimiento a petición de parte interesada y cuándo puede o debe iniciarse de oficio.

²⁹¹ Arts. 3°, 5° y 60 LOPA Venezuela.

²⁹² Arts. 3°, 100 y 101 LOPA Venezuela.

²⁹³ Art. 68 Ley 30/1992 España art. 48 LOPA Venezuela; art. 284 LGAP Costa Rica.

En efecto, conforme a la tipología difundida por Massimo Severo Giannini²⁹⁴ de acuerdo a la naturaleza de los efectos de los actos administrativos que resultan de los procedimientos administrativos, pueden distinguirse cuatro tipos de procedimientos: los declarativos, los “ablatorios”, los concesorios y los autorizatorios.

Los procedimientos declarativos son los que tienen por resultado actos que otorgan certeza de hechos jurídicos relevantes, y consisten en declaraciones de ciencia o de conocimiento y en verificaciones. En este sentido, puede decirse que todos los procedimientos que concluyen en actos de registro, por ejemplo, de la propiedad, de patentes o marcas, de vehículos o aeronaves, etc., son procedimientos declarativos. Asimismo, los procedimientos para establecer la identificación de las personas.

Estos procedimientos declarativos, en general, requieren para su inicio, instancia de parte interesada, y sólo en casos excepcionales, donde esté interesado el orden público, podrían iniciarse de oficio, como en materia de identificación de las personas.

En segundo lugar, están los procedimientos “ablatorios”, denominados así en la doctrina italiana por el uso del vocablo latino “ablatio”, que denota la acción de quitar, cortar, eliminar. Estos procedimientos tienen por objeto eliminar o restringir los detalles individuales, por lo que generalmente, se inician de oficio por la Administración. Ejemplos de estos procedimientos son los procedimientos expropiatorios, de requisición o sancionatorios que afecten una cosa (decomiso) o el patrimonio de una persona (multa).

En tercer lugar, están los procedimientos concesorios, los cuales tienen por objeto actos administrativos que amplían la esfera jurídica subjetiva de los administrados. El otorgamiento de concesiones tradicionalmente se ubica en estos procedimientos concesorios; sin embargo, cada vez más importantes son otros procedimientos, como los relativos a la obtención de subvenciones, o los procedimientos que atribuyen una calificación jurídica a las personas, como la concesión de la nacionalidad.

Estos procedimientos concesorios, por supuesto, requieren siempre la instancia de parte y no pueden iniciarse de oficio.

Por último, en cuarto lugar, deben mencionarse los procedimientos autorizatorios, que tienen por objeto la emisión de actos administrativos que permiten a un particular ejercer un derecho, por la remoción de un obstáculo jurídico que legalmente existe para su ejercicio pleno.

²⁹⁴ M. S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970, vol. II, pp. 285 ss.; *Vid.*, los comentarios de Hildegard Rondón de Sansó, *El Procedimiento Administrativo*, Caracas, 1983, pp. 61 ss.

Son los más comunes en las relaciones entre la Administración y los particulares, y dan origen a autorizaciones, permisos y licencias para que los particulares puedan ejercer derechos o realizar actividades. Estos procedimientos, en general, requieren instancia de parte y no pueden iniciarse de oficio.

II. PRINCIPIOS RELATIVOS AL “ITER” PROCEDIMENTAL

Ahora bien, el procedimiento administrativo, en general, está regulado en las leyes de procedimiento administrativo de manera tal que se pueden distinguir tres etapas claras en el mismo; en primer lugar, su comienzo; en segundo lugar, el *iter* procedimental que abarca fundamentalmente las formalidades de instrucción; y en tercer lugar, las formalidades relativas a la decisión.

En cuanto al *iter* procedimental, en el puede identificarse varios principios que lo regulan. Ante todo, el informalismo de las formalidades, de manera que el procedimiento no se convierta en un atentado contra los derechos de los administrados.

Además, los principios relativos a la celeridad y economía procesal; al carácter inquisitorio de la instrucción; al carácter contradictorio del procedimiento; a la imparcialidad que debe guiarlo y a la publicidad de la acción administrativa.

1. *El informalismo de las formalidades*

El procedimiento administrativo, hemos dicho, se configura como un conjunto de actos y actuaciones estrechamente vinculados entre sí, con el objeto de obtener un resultado concreto que, generalmente, se materializa en un acto administrativo. Por ello, en definitiva, el procedimiento administrativo se identifica con el conjunto de formalidades establecidas para guiar la acción de la Administración con miras a la obtención de ese resultado y como garantía de los administrados contra las arbitrariedades de los funcionarios.

Sin embargo, es evidente, como lo ha observado Guy Isaac, que si el procedimiento administrativo “se devait transformer en un formalisme pointilleux et étroit conduisant à une Administration tatillonne, la procédure administrative se retournerait en définitive contre les citoyens, au lieu de constituer, à leur profit, une garantie”²⁹⁵. De allí el principio del carácter no formalista del procedimiento administrativo o del informalismo de las formalidades en relación a los administrados.

²⁹⁵ G. Isaac, *La Procédure Administrative non contentieuse*, París, 1968, p. 287.

En este sentido, la Ley argentina de Procedimiento Administrativo prescribe que las normas de procedimiento que establece deben ajustarse al requisito del “informalismo”, en el sentido de que debe “excusarse la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que pueden ser cumplidas posteriormente” (art. 1.c).

Más precisamente, el Decreto 640 de Uruguay establece:

“En el procedimiento administrativo se aplicará el principio del informalismo en favor de la administración siempre que se trate de la inobservancia de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente” (art. 23).

Por ello, además, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece que las normas del procedimiento administrativo “deberán interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados”. Es, en definitiva, el principio *in dubio pro actione* o de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de petición para asegurar más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento.

En materia de procedimiento administrativo, el principio se traduce en que el formalismo debe ser interpretado en favor del administrado, precisando, la legislación argentina, sin embargo, que “el informalismo no podrá servir para subsanar nulidades que sean absolutas” (art. 224).

En aplicación de este principio, las leyes de procedimiento administrativo, por ejemplo, establecen el deber de los funcionarios administrativos que reciban las peticiones, de advertir a los interesados de las omisiones y de las irregularidades que observen en las mismas, pero sin que puedan negarse a recibirlas²⁹⁶.

Además, si después de presentada la petición, la Administración observare que en la solicitud o escrito faltan cualesquiera de los requisitos exigidos en las leyes, el funcionario está obligado a notificar al interesado comunicándole las omisiones o faltas observadas a fin de que en un plazo determinado (10 días generalmente) proceda a subsanarlos. Incluso se prevé en estos casos, que si la Administración objeta las correcciones, el interesado puede interponer un recurso contra la decisión²⁹⁷.

²⁹⁶ Art. 45 LOPA Venezuela; art. 11 CCA Colombia.

²⁹⁷ Art. 50 LOPA Venezuela; art. 71 Ley 30/1992 España art. 12 CCA Colombia; art. 287 LGAP Costa Rica.

2. *Los principios de la celeridad, economía y eficacia*

Además de la informalidad de las formalidades que como principio se establece en beneficio de los derechos de los administrados, las leyes de procedimiento administrativo, en general, también han previsto como principios que han de guiar el *iter procedimental*, los de la economía, celeridad y eficacia.

La Ley argentina de Procedimiento Administrativo, en este sentido, prescribe como principio general para la aplicación de las normas de procedimiento “la celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites” (art. 1.b); al igual que la Ley venezolana (art. 30); la Ley de Costa Rica (art. 225) y la ley española (art. 3). El Código Contencioso administrativo de Colombia, sin embargo, va más lejos y define (como ahora lo hacen las nuevas leyes de Perú y Bolivia) estos “principios orientadores” en el artículo 3 de la reforma de 2012, así:

11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

De estos principios deriva otro principio fundamental del procedimiento administrativo, que es el carácter inquisitivo de la instrucción.

3. *El principio inquisitivo*

En efecto, el procedimiento administrativo, ante todo, es un asunto de la Administración, razón por la cual, el principio fundamental que lo rige, de acuerdo a lo que declare la Ley argentina de Procedimiento Administrativo, es la “impulsión e instrucción de oficio, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones” (art. 1a).

Por tanto, el procedimiento administrativo, en principio, se debe “impulsar de oficio en todos sus trámites”²⁹⁸, estando por tanto la Administración obligada a adelantar la tramitación. Por ello, la Ley española de Procedimiento Administrativo de 1958 establecía que, los funcionarios respectivos eran responsables de adoptar las medidas oportunas para que el procedimiento no sufriera retraso, con la obligación de proponer lo conveniente para eliminar toda anomalía en la tramitación de expedientes y en el despacho con el público (art. 76).

El derivado fundamental del principio inquisitivo es que la Administración está obligada a probar los hechos, correspondiéndole la carga de la prueba. Por ello, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica prescribe expresamente que:

“En el procedimiento administrativo se deberán verificar los hechos que sirven de motivo al acto final en la forma más fiel y completa posible para lo cual el órgano que lo dirige deberá adoptar todas las medidas probatorias pertinentes o necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes, y aún en contra de la voluntad de estas últimas (art. 221).

La consecuencia de esta obligación de impulsar el procedimiento y de la declaración expresa de la responsabilidad de los funcionarios por el retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de los trámites y formalidades²⁹⁹, es el derecho a favor de los administrados, de poder formular un recurso de queja contra el funcionario responsable por ante el superior jerárquico, a los de la aplicación de sanciones. Por supuesto, la interposición del recurso de queja no paraliza el procedimiento ni obstaculiza la posibilidad de que las fallas sean subsanadas³⁰⁰.

4. *El principio contradictorio y la noción de parte*

Un cuarto principio general del procedimiento administrativo es el principio de la contradicción que implica la necesidad de la confrontación de criterios entre la Administración y los administrados e incluso, en muchos casos, entre varios administrados, antes de que la Administración decida.

Como lo declara expresamente el Código colombiano Contencioso-Administrativo:

²⁹⁸ Art. 74.1 Ley 30/1992 España; art. 22 Decreto 640 Uruguay.

²⁹⁹ Art. 3° LOPA Venezuela.

³⁰⁰ Art. 3° LOPA Venezuela.

“En virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir las decisiones por los medios legales” (art. 3).

Es cierto, como hemos señalado, que, en principio, el procedimiento administrativo es un asunto de la propia Administración para la emisión de sus actos administrativos. Sin embargo, en virtud de que no siempre los intereses de la Administración y de los administrados son coincidentes y con frecuencia, incluso, los intereses de los administrados, entre sí, ante la Administración, son contrapuestos, las garantías jurídicas de aquellos ante ésta exigen su participación efectiva en el procedimiento, para que expongan sus puntos de vista. Además, cuando sus derechos o intereses puedan resultar afectados por el acto administrativo, la contradicción es la garantía, en última instancia, para que ejerzan su derecho a la defensa.

Ahora bien, la consecuencia fundamental del principio contradictorio en materia de procedimiento administrativo es que en el mismo también existe la noción de parte. Así en la relación Administración-administrado o administrados, ambos extremos son parte en el procedimiento, considerándose parte también, todos los otros administrados que puedan resultar afectados por el acto administrativo.

Como lo establece la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica:

“Podrá ser parte en el procedimiento administrativo, además de la Administración, todo el que tenga interés legítimo o un derecho subjetivo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final. El interés de la parte ha de ser actual, propio y legítimo y podrá ser moral, científico, religioso, económico o de cualquier otra índole” (art. 275).

La noción de parte, por tanto, referida a los administrados se asimila a la de interesados (art. 22 LOPA Venezuela), y éstos, en definitiva, como lo precisa la Ley española reguladora del procedimiento administrativo (art. 31), son los siguientes:

En primer lugar, quienes promuevan el procedimiento como titulares de derechos o intereses legítimos; en segundo lugar, los que sin haber iniciado el procedimiento tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y en tercer lugar, aquellos cuyos intereses legítimos, individuales y colectivos, puedan resultar afectados por el acto administrativo y

se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva³⁰¹.

En las leyes de procedimiento administrativo de España y América Latina, la figura del interesado, como parte, es objeto de regulaciones precisas, particularmente en cuanto a la capacidad y representación. En relación a la capacidad, las leyes remiten en general a lo establecido en la legislación civil³⁰², salvo disposición legal en contrario, es decir, salvo que por Ley especial se establezcan en una determinada relación jurídico-administrativa, causas condicionadoras de la capacidad jurídica, por ejemplo, en base a la nacionalidad, la residencia, el sexo, la edad, e incluso, la condición social.

Respecto de la representación, en algunos casos, las leyes de procedimiento administrativo remiten a los requisitos del derecho común³⁰³; en otros, establecen principios menos formalistas que los establecidos en materia civil o procesal civil. En Venezuela, por ejemplo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos permite que en todos los casos en que no se requiera la comparecencia personal del interesado, los administrados se pueden hacer representar mediante simple designación en la petición o recurso ante la Administración, sin perjuicio de que tal representación se pueda acreditar también mediante documento autenticado (arts. 25 y 26).

En sentido parecido, la Ley española reguladora del procedimiento administrativo, exige que para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona debe acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho (art. 32.1).

Por último, en relación a la noción de parte en el procedimiento administrativo, en algunas leyes, como la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, se regula la figura del coadyuvante administrativo, referida a aquellos que sólo están indirectamente interesados en el acto final o en su denegación o reforma, aunque su interés sea derivado, o no actual, en relación con el que es propio de la parte a la cual coadyuva (art. 226). En estos casos, el coadyuvante lo puede ser tanto del promotor del expediente como de la Administración o de la contraparte (art. 227), y no podrá pedir nada para sí ni podrá cambiar la pretensión a la que coadyuva. Puede, sin embargo, hacer todas las alegaciones de hecho y de derecho, y usar todos los recursos y medios procedimentales para hacer valer su interés excepto en lo que perjudique al coadyuvado (art. 278).

³⁰¹ En igual sentido art. 23 LOPA Venezuela.

³⁰² Art. 31 Ley 30/1992 España; art. 282 LGAP Costa Rica; art. 24 LOPA Venezuela.

³⁰³ Por ejemplo, art. 282 LGAP Costa Rica.

5. *El principio de la publicidad y el secreto administrativo*

Uno de los grandes retos del Estado de derecho en cuanto a las relaciones entre la Administración y los administrados, es el de la sustitución del principio del secreto administrativo por el principio contrario, el de la publicidad de las actuaciones administrativas. La sustitución, sin embargo, puede decirse que aún no se ha logrado en la práctica y en muchos países continúa vigente el principio del secreto discrecional, conforme al cual la Administración tiene la potestad de mantener en secreto cualquier documento o información mediante su declaración como reservado, con lo cual los particulares no tienen seguridad de recibir la información que necesitan para controlar la actividad administrativa.

En esta forma, el secreto de la actuación administrativa y el misterio que la recubre no sólo frente a los particulares (al exterior), sino entre los diversos órganos de la propia Administración (al interior), en efecto, sigue siendo una práctica administrativa en las Administraciones contemporáneas, la mayoría de las veces para encubrir arbitrariedades, irresponsabilidades e incompetencias de los funcionarios.

Por ello, secreto y Administración ineficiente constituyen un binomio históricamente inseparable.

El problema del secreto administrativo, en todo caso, se ha venido enfrentando con carácter general, mediante leyes destinadas a asegurar el derecho de todos a la información, y el acceso público a los documentos oficiales. Es el caso de la Ley núm. 78-753 del 17 de julio de 1978 dictada en Francia inspirada en la Ley sobre la Libertad de Información de los Estados Unidos de 1966³⁰⁴, la cual a pesar de no significar el fin del secreto, como lo observa Guy Braibant, puede considerarse como el comienzo del fin³⁰⁵.

Con excepción de Colombia, donde se ha dictado una importante Ley 57 de 5-7-85 sobre publicidad de los actos y documentos oficiales³⁰⁶, en general, en los otros países latinoamericanos no se han dictado Leyes de este tipo. Aún en los regímenes democráticos, la práctica continúa siendo el o la reserva³⁰⁷, quedando además en manos de la Administración el calificar secreto de reservado determinados archivos. En materia específica del procedimiento administrativo,

³⁰⁴ Vid. Donald C. Rowat, "Las nuevas y proyectadas leyes sobre el acceso público a los documentos oficiales", *Revista de Derecho Público*, núm. 9, Caracas, 1982, p. 73.

³⁰⁵ Guy Braibant, "Droit d'accès et droit à l'information", *Service Public et Libertés*, Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier, París, 1981, p. 709.

³⁰⁶ La cual, además, garantiza el acceso ciudadano a los documentos (arts. 12 y sigts.), pero sin dejar de establecer el principio de la reserva de documentos (art. 21).

³⁰⁷ Vid. Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, p. 116.

sin embargo, comienza a regularse el principio expreso de la publicidad del procedimiento, específicamente para las partes o interesados, lo que es un gran avance.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, así establece el principio general de que los interesados y sus representantes, tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento el expediente correspondiente, y de leer y copiar cualquier documento contenido en el mismo, así como de pedir certificación de cualquier documento (art. 59)³⁰⁸.

Se establece, sin embargo, la excepción en el sentido de que se exceptúan de este derecho de acceso, los que sean calificados como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales deben entonces ser archivados en cuerpos separados del expediente.

En sentido similar, para en forma más amplia, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece que:

“No habrá acceso a las piezas del expediente cuyo conocimiento pueda comprometer secretos de Estado o información confidencial de la contraparte, o en general, cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente”³⁰⁹.

Sin embargo, frente a estas normas reguladoras de áreas secretas o reservadas de los expedientes administrativos, tanto la Ley costarricense como la Ley venezolana, exigen que la calificación como confidencial se haga mediante acto motivado, con lo cual el tradicional poder discrecional en la materia queda limitado. Además, el acto que se dicte puede ser objeto de recursos administrativos o contencioso administrativos³¹⁰.

6. *El principio de la imparcialidad*

Por último, dentro de los principios generales que rigen el procedimiento administrativo está el principio de la imparcialidad, derivado del principio de igualdad y no discriminación de los administrados, conforme al cual, la

³⁰⁸ En igual sentido art. 272 LGAP Costa Rica.

³⁰⁹ Art. 273.1. Es de destacar que la Ley costarricense presume que tienen la condición de reservados, salvo prueba en contrario, “los proyectos de resolución, así como los informes para órganos consultivos y los dictámenes de éstos antes de que hayan sido rendidos” (art. 273.2).

³¹⁰ Art. 274 LGAP Costa Rica; art. 59 LOPA Venezuela. En igual sentido, la Ley 57 de 1985 de Colombia (art. 21).

Administración, en el curso del procedimiento y al decidirlo, no debe tomar partido, inclinar la balanza o beneficiar ilegítimamente a una parte en perjuicio de otra, sino que debe tomar su decisión únicamente conforme al ordenamiento jurídico y con la finalidad de interés general que lo motiva.

A los efectos de garantizar la imparcialidad de la Administración, y conforme a la orientación de los principios que rigen la materia en el procedimiento judicial³¹¹, las leyes de procedimiento administrativo han establecido, por una parte, el deber general de los funcionarios cuya imparcialidad podría quedar comprometida, de abstenerse de intervenir en el procedimiento; y por la otra, en algunos casos, el derecho de los interesados de recusar a los funcionarios en caso de estar incurso en supuestos de parcialidad.

Así, por ejemplo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela (art. 36), siguiendo los principios de la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 28), establece la obligación de los funcionarios públicos de inhibirse o abstenerse del conocimiento del asunto cuya competencia les esté legalmente atribuida, en los siguientes casos:

1. Cuando personalmente o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tuvieren interés en el procedimiento. Es la aplicación concreta, en materia administrativa, del principio *nemo iudex in causa sua* conforme al cual el funcionario público no debe intervenir en procedimientos en los cuales tenga interés. La Ley española agrega, en este supuesto de inhibición, cuando el funcionario sea administrador de sociedad o entidad interesada (art. 20.2.a); o tenga parentesco con cualquiera de los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento (art. 20.2.b).

2. Cuando tuvieren amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en el procedimiento. En este contexto, el Código Contencioso Administrativo de Colombia agrega como causal en este supuesto, al haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado (art. 30.1).

3. Cuando hubieren intervenido como testigos o peritos en el expediente de cuya resolución se trate, o si como funcionarios hubieren manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar sobre la resolución del asunto, o tratándose de un recurso administrativo, que hubieren resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna.

³¹¹ Por ejemplo, el art. 6° LPA Argentina, el art. 30 CCA Colombia, y el art. 230 LGAP Costa Rica remiten en la materia, a las regulaciones de los Códigos de Procedimiento Civil o del Poder Judicial.

4. Cuando tuvieran relación de servicio o de subordinación cualquiera de los directamente interesados en el asunto. En este campo, el Código Contencioso Administrativo de Colombia agrega el supuesto de que el funcionario haya sido recomendado por el interesado para llegar al cargo que ocupó cuando lo haya designado como referencia con el mismo fin (art. 30.2).

La inhibición, en estos casos, debe plantearse por el funcionario respectivo ante el superior jerárquico o puede éste formularla de oficio³¹² y si la inhibición procediere, el superior jerárquico debe indicar el funcionario que ha de conocer el asunto³¹³.

Las leyes de procedimiento varían en cuanto a regular los efectos de la actuación del funcionario incurso en una causal inhibición: la Ley General de Administración Pública de Costa Rica establece el principio de la invalidez (art. 237.3.b); en cambio, la Ley española prescribe que la actuación de los funcionarios en los que concurren motivos de abstención no implicará necesariamente la invalidez de los actos que hayan intervenido (art. 20.3). Sin embargo, la no abstención en los casos que proceda da lugar a responsabilidad del funcionario³¹⁴.

Las legislaciones de procedimiento administrativo, además de la abstención o inhibición, como deber del funcionario, consagran el derecho de los interesados de recusar a los funcionarios que están incursos en algunas de las causales señaladas, estableciendo un procedimiento sumario que ha de ser resuelto por el superior jerárquico³¹⁵.

En algunos casos, sin embargo, no se regula formalmente procedimiento para la recusación como un derecho de los interesados, sino un derecho de instar al superior jerárquico en la entidad donde curse un asunto, para que ordene a los funcionarios incursos en los supuestos de inhibición, se abstengan de toda intervención en el procedimiento³¹⁶.

III. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA DECISIÓN

El objetivo final de todo procedimiento administrativo es la producción de un acto administrativo, es decir, la adopción de una decisión por parte de la Administración. A tal efecto, iniciado un procedimiento administrativo, particularmente a instancia de parte o cuando en él tenga interés los administrados, la Administración está obligada a decidir, en otras palabras, la

³¹² Art. 39 LOPA Venezuela; art. 30 CCA Colombia.

³¹³ Art. 6° LPA Argentina; art. 37 y 38 LOPA Venezuela; art. 237.1 LGAP Costa Rica

³¹⁴ Art. 28.5 Ley 30/1992 España; art. 237.1 LGAP Costa Rica.

³¹⁵ Art. 29 Ley 30/1992 España; art. 6° LPA Argentina; art. 236 LGAP Costa Rica.

³¹⁶ Art. 39 LOPA Venezuela.

Administración no es libre de decidir. Esta obligación, por lo demás, es la contrapartida del derecho de petición que conlleva el derecho a obtener oportuna respuesta.

Esta obligación de decidir y los efectos del silencio administrativo los estudiaremos en primer lugar, reservando para analizar, en segundo lugar, otros principios relativos a las decisiones, en particular, el contenido de las mismas en relación a los asuntos planteados en el curso del procedimiento.

1. *La obligación de decidir y los efectos del silencio administrativo*

Como hemos señalado, sea o no producto del ejercicio de un derecho de petición, iniciado un procedimiento administrativo la Administración está obligada a desarrollarlo de oficio y, en definitiva, a adoptar la decisión correspondiente. Por supuesto, si se trata de un procedimiento iniciado mediante el ejercicio del derecho de petición, éste, por ejemplo, en la Constitución de Venezuela, conlleva también el derecho a obtener la oportuna respuesta (art. 51). Por eso la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, exige de las autoridades administrativas el que “deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieren para no hacerlo” (art. 2)³¹⁷.

En definitiva, por tanto, la Administración está obligada a decidir los procedimientos administrativos en que tengan interés los administrados, y ello debe hacerlo, en los lapsos establecidos en las leyes.

Sin embargo, es bien conocida la actitud tradicional de la Administración en muchos casos, de simplemente no decidir determinados asuntos, lo que exigió del legislador, en regulaciones aisladas, por ejemplo, en Francia, el establecer un efecto generalmente negativo o de rechazo al silencio de la Administración en un lapso de cuatro meses, configurándose una decisión implícita susceptible de recurso ante el Consejo de Estado³¹⁸. Este principio legislativo llevó a la jurisprudencia constitucional a identificar un principio general del derecho con el objeto de garantizar la situación de los administrados frente a esa inacción administrativa. De allí el principio de que el silencio de la Administración cuando ésta tiene legalmente prescrito un lapso para decidir, sea considerado como equivalente a una decisión implícita de rechazo, a los efectos de permitir al administrado acudir a la vía contencioso-administrativa. Así lo decidió el Consejo Constitucional en decisión del 16 de junio de 1969, al considerar que este “principio general del derecho” derivado de la regla según la cual *qui ne dit not refuse*, sólo podía ser derogado por una decisión legislativa, en el sentido de que en una disposición reglamentaria no podían establecerse supuestos de

³¹⁷ En igual sentido arts. 98 y 99 D 640 Uruguay.

³¹⁸ Pierre Delvolvé, *L'acte administratif*, París, 1983, p. 172.

decisiones implícitas de otorgamiento³¹⁹. Este principio, sin embargo, no ha sido aceptado en esta forma por el Consejo de Estado, el cual ha reconocido la validez de actos reglamentarios que prevén el otorgamiento tácito de un permiso de construir en caso de silencio de la Administración (CE Ass. 27 févr 1970, *Commune de Bosas*)³²⁰.

Ahora bien, uno de los aspectos de mayor interés en la codificación del procedimiento administrativo en España y América Latina ha sido, precisamente, el establecimiento de reglas generales tendentes a garantizar la situación de los administrados frente al silencio de la Administración, entre las cuales están tanto el principio del silencio negativo como del silencio positivo, y la posibilidad de acudir a la vía contencioso administrativa contra la carencia de la Administración.

A. *La garantía del silencio negativo*

El principio de los efectos negativos del silencio administrativo puede decirse que es el más generalizado y establecido en casi todas las legislaciones sobre procedimiento administrativo de Hispanoamérica. Un ejemplo de su formulación más general está en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, que prescribe que:

“En los casos en que un órgano de la Administración Pública no resolviera un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerara que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario. Esta disposición no releva a los órganos administrativos, ni a sus funcionarios, de las responsabilidades que le sean imputables por la omisión o la demora.”

Se trata, por tanto, de la consagración general de un valor negativo al transcurso del tiempo sin que haya decisión de la Administración, presumiéndose que al vencimiento del lapso legalmente prescrito para decidir, se ha producido una decisión tácita denegatoria de lo solicitado o del recurso interpuesto.

De esta norma pueden distinguirse tres supuestos diferentes de casos de silencio tácito denegatorio.

En primer lugar, el silencio respecto de la decisión de solicitudes o peticiones que, conforme al Código Contencioso Administrativo de Colombia, “transcurrido el plazo de dos meses contados a partir de la presentación de una

³¹⁹ Vid. en Louis Favoreu y Loïc Philip, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, París, 1984, p. 213. Vid. la referencia en R. Hostiou, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit Français*, París, 1975, p. 124.

³²⁰ Cit. par L. Favoreu et L. Philip, *op. cit.*, p. 215 et P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 394.

petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que está es negativa” (art. 40). En la Legislación española de procedimientos Administrativos anterior a 1992, al principio antes indicado se agregaba la necesidad de que el interesado pusiera en mora a la Administración y sólo después de tres meses de denunciada la mora es que podía considerar desestimada su petición al efecto de deducir, frente a esta denegación presunta, el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según procediera, o esperar la resolución expresa de su petición (art. 94.1). El mismo principio de la puesta en mora a la Administración como condición para que surja decisión presunta derivada del silencio de la Administración, se establece en la Legislación argentina (art. 10).

En segundo lugar, el silencio tácito denegatorio también se produce por el transcurso del tiempo en los procedimientos que se inician de oficio y que, por tanto, no resultan del ejercicio del derecho de petición. El transcurso del tiempo permitiría el ejercicio del recurso respectivo siempre que, por supuesto, el acto tácito negativo lesione intereses personales, legítimos y directos. Por ejemplo, si un inmueble amenaza ruina y la Administración no resuelve el procedimiento iniciado de oficio para ordenar o no su demolición, los vecinos interesados podrían intentar los recursos respectivos³²¹.

El tercer supuesto en el cual se produce el silencio tácito denegatorio es en materia de ejercicio de recursos administrativos, en el sentido de que si no son resueltos por la Administración en los lapsos prescritos, se presume que la Administración los ha declarado sin lugar, procediendo, entonces, la posibilidad de ejercer, según los casos, el recurso administrativo subsiguiente o el recurso contencioso-administrativo.

En esta materia, el Código Contencioso Administrativo de Colombia precisa que la ocurrencia del silencio administrativo negativo “implica la pérdida de la competencia de la Administración para resolver los recursos” (art. 60); regla que no es necesariamente general en América Latina. En otros países a pesar de haberse producido el acto derogatorio por silencio, e incluso, de haberse recurrido contra el acto tácito derivado del silencio, la Administración no pierde poder para decidir, como sucede en Venezuela³²².

En todo caso, y salvo el caso de Colombia, lo importante de las regulaciones legislativas relativas al silencio negativo, es que el principio de la decisión tácita se establece en beneficio exclusivo de los administrados, como garantía a sus derechos de protección, por lo cual, el recurrir contra el acto tácito no es una carga impuesta a los interesados, los cuales en todo caso pueden esperar la decisión expresa.

³²¹ Vid. en Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, p. 230.

³²² Vid. Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid, 1985, p. 321.

Por otra parte, se destaca también que la regulación de esta garantía no exime al funcionario de su obligación de decidir, quedando comprometida su responsabilidad por la demora en que incurra. Así lo regulan expresamente las legislaciones³²³ y en particular lo expresaba con toda claridad la Ley española de Procedimiento Administrativo de 1958, al señalar que “la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa”; agregando que “Contra el incumplimiento de este deber podrá deducirse reclamación de queja, que servirá de recordatorio previo de responsabilidad personal, si hubiere lugar a ella, de la autoridad o funcionario negligente” (art. 94.3).

B. *La garantía del silencio positivo*

El principio general en materia de consagración del silencio administrativo con efectos positivos, y salvo el caso de la Legislación de Costa Rica, y a partir de 1992, de España, es que debe ser establecido por ley especial, en cada caso. Así lo establece expresamente el Código Contencioso-Administrativo de Colombia (art. 41), y las Leyes de Procedimiento Administrativo de España (art. 95) y Argentina (art. 10). En otros países como Venezuela, aún sin previsión en la Ley de Procedimientos Administrativos, en leyes especiales como la relativa a la ordenación del territorio y a la ordenación urbanística se regula la figura del silencio positivo en materia de autorizaciones, aprobaciones y permisos³²⁴.

En contraste con el régimen del silencio positivo establecido sólo en leyes especiales, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, en forma excepcional en el derecho comparado, había consagrado con carácter general la figura del silencio administrativo positivo en los casos de procedimientos autorizatorios. El artículo 330 de dicha Ley, en efecto, establece que:

“1. El silencio de la Administración se entenderá positivo cuando así se establezca expresamente o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela.

2. También se entenderá positivo el silencio cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones”.

En la norma se establecen, en realidad, dos supuestos de silencio administrativo positivo: en primer lugar, en las relaciones interorgánicas, internas de la Administración, cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que, como lo dice la Legislación española (art. 95), con motivo del ejercicio de funciones de

³²³ Art. 4° LOPA Venezuela; art. 239 LGAP Costa Rica.

³²⁴ *Vid.* Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Caracas, 1983, pp. 66-67; Allan R. Brewer-Carías y otros. *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Caracas, 1968; pp. 57 ss; Humberto Romero Muci, en *Idem*, pp. 144 ss.

fiscalización y tutela, pongan en relación los órganos superiores con los inferiores dentro de una misma estructura jerárquica o en relación de descentralización funcional. A pesar de que la Ley de Costa Rica no lo precise como lo hace la ley española, entendemos que la figura del silencio positivo no puede darse, por ejemplo, respecto de las funciones de fiscalización y control que órganos constitucionales, como la Contraloría General de la República realizan respecto de los órganos de la Administración Central o descentralizada.

El segundo supuesto del silencio administrativo positivo consagrado en forma general se refiere a los casos de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones, es decir, en los procedimientos autorizatorios, que es precisamente donde las leyes especiales en otros países generalmente los regulan.

No regula, sin embargo, la Ley de Costa Rica, la forma práctica de eficacia del acto tácito positivo, lo cual sin embargo sí se precisa en el Código Contencioso Administrativo de Colombia, al prescribir que “la persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 5° (petición) junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto”.

En esta forma, la escritura y sus copias producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así (art. 42).

En todo caso, tratándose de un acto administrativo tácito declarativo de derechos a favor de los interesados, el acto administrativo producto del silencio positivo es un acto irrevocable por la Administración³²⁵.

Se destaca, además, que en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, se acogió como principio general la figura del silencio positivo, al disponerse que los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario (art. 43.2).

C. *La garantía contra la carencia administrativa*

Tanto la ficción jurídica del silencio negativo como del silencio positivo, sin duda, se han establecido en el ordenamiento jurídico como garantía de los derechos de los administrados, para que transcurrido un tiempo de inacción puedan ejercer su derecho a la defensa mediante la interposición de los recursos administrativos o contencioso administrativos correspondientes.

³²⁵ Art. 331.2 LGAP Costa Rica; el art. 41 CCA Colombia, en cambio, establece diversos supuestos de revocación.

Sin embargo, sobre todo en el caso de silencio administrativo negativo en los casos de solicitudes o peticiones, particularmente en materia de procedimientos autorizatorios, es evidente que en la práctica los administrados no obtienen ninguna garantía a sus derechos con que se considere que el silencio de la Administración produce tácitamente rechazo.

Al solicitante de un permiso o autorización para realizar una actividad, lo que le interesa obtener es el permiso y nada gana con presumir que se le niega. En este caso ¿cómo va a impugnar el acto tácito denegatorio por vía de recurso, si no hay motivo ni motivación? ¿Cuáles serían los motivos de impugnación?

En realidad, en los casos de abstención o negativa de la Administración a decidir, la verdadera garantía jurídica del administrado estaría en poder exigir al juez que obligue a la Administración a decidir, mediante el ejercicio de un recurso contencioso administrativo, no contra un acto, que no existe, sino contra la carencia de la Administración. Esta posibilidad nunca se ha aceptado por el sistema contencioso-administrativo francés que requiere la existencia de un acto expreso o tácito para que puedan intentarse los recursos jurisdiccionales. Sin embargo, al inicio de la aplicación del Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, y con motivo de la competencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, se creyó encontrar en el artículo 35 del Tratado de la CECA un recurso en carencia, precisamente, contra la abstención o negativa de las Altas Autoridades de la Comunidad de adoptar determinadas decisiones, pero ello no prosperó definitivamente, imponiéndose la tradición francesa³²⁶.

En contraste, sin embargo, en el sistema venezolano de las acciones contencioso-administrativas, además del recurso de anulación y de las demandas contra los entes públicos, se establece expresamente el recurso por abstención o negativa contra las conductas omisivas de la Administración, al atribuirse competencia a los tribunales contencioso administrativos, para:

“conocer de la abstención o negativa de los funcionarios nacionales, estatales o municipales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas”³²⁷.

Como lo ha precisado la jurisprudencia contencioso administrativa:

“el recurso de abstención se inscribe dentro del género de las acciones contencioso-administrativas, cuya característica común es la de permitir el control de la legalidad y la de restablecer los intereses legítimos violados.

³²⁶ Vid. Nicola Catalano, *Manual de Derecho de las Comunidades Europeas*, Buenos Aires, 1966, pp. 109-110; J. A. Carrillo Salcedo, *La recepción del Recurso Contencioso-Administrativo en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, Sevilla, 1958, pp. 43 ss.

³²⁷ Arts. 42.23 y 182.1, Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (Venezuela).

De modo que es perfectamente posible revisar la legalidad en un procedimiento de un recurso de abstención, cuya finalidad no es la nulidad de actuación alguna, sino la de calificar de legítima o no, una omisión tácita o expresa de la Administración en actuar, para que de resultar ilegal, el Tribunal supla tal abstención o negativa, proveyendo el acto o el trámite omitido o negado... En conclusión, que el recurso de abstención, llamado de carencia, puede intentarse contra una negativa expresa o presunta (inactividad) de la Administración a cumplir un acto. Lo determinante es, pues, que el fin de la pretensión sea la de lograr por la intervención del Tribunal Contencioso-Administrativo el cumplimiento del acto que la Administración ha dicho que no cumple, o que simplemente se abstiene de cumplir, siempre y cuando el recurrente tenga derecho a ello, y exista la norma que contemple el deber de la Administración de actuar”³²⁸.

El recurso contencioso-administrativo en carencia completa, así, el cuadro de las garantías de los administrados ante la negativa expresa o tácita (inacción) de la Administración a decidir un asunto, cuando la sola presunción de decisión tácita denegatoria o positiva, no satisfaga los derechos o intereses de los administrados.

2. *La globalidad de la decisión y los efectos del principio inquisitivo*

Otro principio general relativo a la decisión del procedimiento administrativo se refiere a la obligación que tiene la Administración de decidir todas las cuestiones planteadas en el procedimiento tanto por las partes como de oficio.

En cuanto a las cuestiones planteadas por los interesados, el principio se regula expresamente en la Ley venezolana de Procedimientos Administrativos, al establecer que:

“El acto administrativo que decida el asunto resolverá todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación” (art. 62) 1.

³²⁸ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 28 de octubre de 1987, *Revista de Derecho Público*, núm. 32, Caracas, 1987, p. 118. En sentido similar *Vid.* Sentencia de la misma Corte de 12 de febrero de 1987, *Revista de Derecho Público*, núm. 30, Caracas 1987, pp. 158 ss.; y de 19 de febrero de 1987, *Revista de Derecho Público*, núm. 29, Caracas, 1987, pp. 142 ss.

El principio, además se consagra en la legislación argentina, como un derecho de los administrados “a una decisión fundada” como parte del derecho al “debido proceso adjetivo” (art. 1.f.3).

Pero es evidente que en el curso del procedimiento administrativo, sea que se inicie de oficio o a instancia de parte, en virtud del principio inquisitivo la Administración de oficio, puede establecer determinados elementos no invocados por las partes, sobre los cuales también tiene que versar la decisión. Por ello, la Ley española reguladora del procedimiento administrativo establece que la resolución decidirá no sólo todas las cuestiones planteadas por los interesados, sino también “aquellas otras derivadas del expediente” (art. 89.1).

En este aspecto, sin embargo, el principio del debido proceso exige que esos asuntos no formulados o propuestos por los interesados, para que puedan ser considerados en la decisión, deben haberles sido notificados y debe haberseles asegurado audiencia previa. Así lo establece expresamente la Ley argentina de Procedimiento Administrativo (art. 7.c).

CAPÍTULO II. EL DERECHO A LA DEFENSA Y SUS CONSECUENCIAS

Una de las motivaciones centrales del proceso de codificación del procedimiento administrativo en España y América Latina, sin duda, ha sido la búsqueda de garantizar efectivamente el derecho a la defensa, el cual, como lo ha destacado Michael Stassinopoulos, “es tan viejo como el mundo”³²⁹ y, por tanto, es un derecho inherente a la persona humana.

Su formulación jurisprudencial histórica se la sitúa en el famoso *Dr. Bentley's Case* decidido en 1723 por una Corte inglesa, en el cual el Juez Fortescue, al referirse al mismo como un principio de *natural justice*, señaló:

“The objection for want of notice can never be got over. The laws of God and men both give the party an opportunity to make his defence, if he has any. I remember to have heard it observed an occasion, that even God himself did not pass sentence upon Adam before he was called upon to make his defence, “Adam (says God) where are thou? Hast thou not eaten of the tree whereof I commanded thee that thou shuldest not eat? And the same question was put to Eve also”³³⁰.

³²⁹ Michael Stassinopoulos, *Le droit de la défense devant les autorités administratives*, París, 1976, p. 50.

³³⁰ *Dr. Bentley's case: The King v. The Chancellor, Ec., of Cambridge* (1723), Stra. 557. Vid. las referencias en *Cooper v. The Board of Works for Wandsworth District* (1863), 14.C.B. (n.s.) 180, en S. H. Bailey, C. A. Cross y J. F. Garner, *Cases and materials in Administrative Law*, London, 1977, pp. 348-351.

En dicha decisión se resolvió que el *Chancellor* de la Universidad de Cambridge, Dr. Bentley, no podía haber sido desprovisto de sus títulos o grados académicos sin habersele informado previamente de los cargos formulados en su contra y sin habersele dado la oportunidad de responderlo³³¹. De ahí surgió la formulación judicial del principio del derecho a la defensa en el derecho inglés como uno de los principios de *natural justice*, tan viejo como el mundo.

En el mundo contemporáneo muchas Constituciones consagran el derecho a la defensa como un derecho constitucional³³², pero, aún en ausencia de tales declaraciones, tradicionalmente se lo ha garantizado no solo en la vía jurisdiccional, sino ante la Administración. Se destaca, así la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado iniciada con el *arrêt Tery*, de 20 de junio de 1913 (Rec. 736) dictado también con motivo de la imposición a un profesor de liceo de medidas disciplinarias, sin habersele asegurado su derecho a ser oído³³³.

Ahora bien, en materia de procedimiento administrativo, el derecho a la defensa ha tenido múltiples desarrollos, de manera que, incluso, se habla de “los derechos de la defensa”³³⁴ cuyos principios han sido objeto de una amplia regulación legislativa en las leyes de procedimiento administrativo de España y América Latina. Analizaremos esos principios en primer lugar, y luego estudiaremos la regulación adjetiva más acabada en materia de derecho a la defensa en vía administrativa, a través de los recursos administrativos.

I. ASPECTOS DEL DERECHO A LA DEFENSA

En materia administrativa, con razón, el derecho a la defensa se ha considerado no sólo como una exigencia del principio de justicia, sino también del principio de eficacia, “porque asegura un mejor conocimiento de los hechos,

³³¹ Vid. E.C.S. Wade y G. Godfrey Philips, *Constitutional and Administrative Law*, London, 1981, p. 599.

³³² El art. 68 de la Constitución de Venezuela establece que “La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso”. De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, este derecho de defensa “constituye una garantía inherente a la persona humana, y es, en consecuencia, aplicable en cualquier clase de procedimientos que puedan derivar en una condena”. Sentencia de 23 de octubre de 1986, *Revista de Derecho Público*, núm. 28, Caracas, 1986, pp. 88-89. Cf. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de 11 de agosto de 1983, *Revista de Derecho Público*, núm. 16, Caracas, 1983, p. 150.

³³³ M. Long, P. Weil y G. Braibant, *Les grandes arrêts de la jurisprudence administrative*, París, 1978, pp. 119-120.

³³⁴ Vid. por ejemplo, R. Odent, “*Les droits de la défense*” *Etudes et Documents*. Conseil d’Etat, París, 1953, pp. 50 ss.

contribuye a mejorar la Administración y garantiza una decisión más justa”³³⁵. Por supuesto, el aspecto que nos interesa destacar más, es el de las garantías adjetivas establecidas en el ordenamiento jurídico para hacer efectivo dicho derecho a la defensa, debiéndose considerar bajo esta perspectiva, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, que:

“el derecho a la defensa debe ser considerado no sólo como la oportunidad para el ciudadano encausado o presunto infractor de hacer oír sus alegatos, sino como el derecho de exigir del Estado el cumplimiento previo a la imposición de toda sanción de un conjunto de actos o procedimientos destinados a permitirle conocer con precisión los hechos que se le imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente alegatos en su descargo y promover y evacuar pruebas que obren en su favor. Esta perspectiva del derecho a la defensa es equiparable a lo que en otros Estados de Derecho ha sido llamado como el principio del “debido proceso”³³⁶.

Desde este punto de vista del *due process of law*, el derecho a la defensa en el procedimiento administrativo se desdobra, en las legislaciones positivas de España y América Latina, en los siguientes derechos: derecho a ser notificado, derecho a hacerse parte, derecho a tener acceso al expediente, derecho a ser oído derecho a presentar pruebas y alegatos y derecho a ser informado de los medios de defensa frente a la Administración. Veamos separadamente estas manifestaciones concretas del derecho a la defensa.

1. *El derecho a ser notificado*

“Todo acto de procedimiento que afecte derechos o intereses de las partes o de un tercero, deberá ser debidamente comunicado al afectado”³³⁷; Así lo establece expresamente la Ley General de Administración Pública de Costa Rica, y el principio no sólo es válido respecto de la publicación y notificación de los actos administrativos producto del procedimiento, sino de los actos de procedimiento que la Administración adopte en el transcurso del mismo.

La primera manifestación de este derecho a ser notificado se establece en las leyes de procedimiento, como primer paso al iniciarse el mismo. En particular, se consagra el derecho a ser notificado cuando el procedimiento se inicia de oficio, en cuyo caso la autoridad administrativa competente deba notificar a los

³³⁵ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Venezuela), de 15 de mayo de 1986, *Revista de Derecho Público*, núm. 26, Caracas, 1986, p. 110.

³³⁶ Sentencia de 17 de noviembre de 1983, Sala Política Administrativa, *Revista de Derecho Público* núm. 16, Caracas, 1983, p. 151.

³³⁷ Art. 239 LGAP Costa Rica.

administrados cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos personales o directos pudieran resultar afectados³³⁸, de la existencia de la actuación y el objeto de la misma³³⁹. Hemos considerado, sin embargo, que el derecho a ser notificado también tiene aplicación en los procedimientos que se inician a instancia de parte, en los cuales puedan resultar afectados otros administrados³⁴⁰. Así lo prevé expresamente el Decreto núm. 640 de Uruguay, al establecer que:

“si de la petición resulta que la decisión puede afectar derechos o intereses de otras personas, se les notificará lo actuado a efecto de que intervengan en el procedimiento, declarando lo que les corresponda. En caso de comparecer, deberán hacerlo en la misma forma que el peticionario y tendrán los mismos derechos que éste (art. 10).

Asimismo, el Código Contencioso Administrativo de Colombia exige que:

“cuando de una petición o de los registros que lleve una autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos... En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición (art. 14)”.

En cuanto al acto administrativo que resulte del procedimiento, por supuesto, debe ser también notificado a los interesados como condición de eficacia, como ya lo hemos analizado.

2. *El derecho a hacerse parte*

Además del derecho a ser notificado, el derecho a la defensa en el procedimiento administrativo implica el derecho de todo interesado a hacerse parte en el procedimiento, es decir, cuando éste no se haya iniciado a instancia suya, sino de oficio o a instancia de otra persona, si su interés personal, legítimo y directo o su derecho subjetivo puede resultar lesionado, afectado o satisfecho en el procedimiento³⁴¹.

Este derecho a hacerse parte implica el derecho a apersonarse en el procedimiento, en cualquier estado en que se encuentre la tramitación y siempre que en el mismo no hubiese recaído resolución definitiva.

³³⁸ Art. 48 LOPA Venezuela.

³³⁹ Art. 28 CCA Colombia.

³⁴⁰ *Vid.* en Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, p. 301.

³⁴¹ Art. 275 LGAP Costa Rica.

3. *El derecho de acceso al expediente administrativo*

La tercera de las manifestaciones del derecho a la defensa es el derecho de los interesados a tener acceso al expediente³⁴². Este derecho tiene varias manifestaciones en la legislación sobre procedimientos administrativos.

En primer lugar, como lo establecía la Ley española de Procedimiento Administrativo de 1958, los interesados en un procedimiento administrativo tienen derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación del expediente, recabando la oportuna información de las oficinas correspondientes (art. 62).

En segundo lugar, el derecho a tener acceso al expediente administrativo exige, como garantía, el derecho a la unidad del expediente administrativo, en el sentido de que éste físicamente debe ser uno solo. Por ello el principio establecido en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, en cuanto a la obligación impuesta a la Administración de que:

“de cada asunto se formará expediente y se mantendrá la unidad de éste y de la decisión respectiva, aunque deba intervenir en el procedimiento oficinas de distintos Ministerios o Institutos Autónomos (art. 31).

Agrega dicha Ley que:

“iniciado el procedimiento se procederá a abrir expediente en el cual se recogerá toda la tramitación a que dé lugar el asunto. De las comunicaciones entre las distintas autoridades, así como de las publicaciones y notificaciones que se realicen, se anexará copia al expediente”.

En tercer lugar, como lo establece la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, los interesados y sus representantes tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento el expediente administrativo en su totalidad (art. 59). Se exceptúa, sin embargo, el supuesto ya comentado de los documentos calificados como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales, en consecuencia, pueden ser archivados en cuerpos separados del expediente³⁴³.

En cuarto lugar, el derecho de tener acceso al expediente implica también el derecho de los interesados de leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente. Así como de pedir copia certificada del mismo³⁴⁴.

³⁴² Art. 216 LGAP Costa Rica.

³⁴³ Art. 273 LGAP Costa Rica; art. 59 LOPA Venezuela; art. 41 Decreto 640 Uruguay; art. 19 Ley 57, 1985, Colombia.

³⁴⁴ Art. 59 LOPA Venezuela; art. 272 LGAP Costa Rica; art. 42 Decreto 640 Uruguay.

4. *El derecho a ser oído (audiencia del interesado)*

Además del derecho a ser notificado, a hacerse parte y a tener acceso al expediente administrativo, la manifestación más importante del derecho a la defensa es el derecho a ser oído, a cuyo efecto la Administración antes de decidir un asunto que pueda afectar derechos o intereses de un administrado, debe darle audiencia. Es el principio conocido como *audi alteram partem*, que en materia administrativa significa la obligación para la Administración de oír previamente a los interesados³⁴⁵.

El principio general en la materia lo enuncia la Ley argentina de Procedimientos Administrativos al regular el derecho de los interesados al debido proceso adjetivo y establecer, como parte del mismo, la posibilidad “de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos” (art. 1.f.1)³⁴⁶. Ahora bien, algunas legislaciones regulan la oportunidad para que se verifique esta audiencia al interesado. En el caso de la Ley española de Procedimiento Administrativo se prescribe que el acto de audiencia debe tener lugar una vez instruidos los expedientes e inmediatamente antes de redactarse la propuesta de resolución. A tal efecto, deben ponerse de manifiesto los expedientes a los interesados para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes (art. 84.1).

En el caso de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, en cambio, la audiencia del interesado debe realizarse al inicio del procedimiento, inmediatamente después de su apertura, lo cual evidentemente es inconveniente, pues el expediente aún no ha sido instruido. En realidad, la audiencia de los interesados, para que tenga sentido el ejercicio de su derecho a ser oído, debe producirse una vez que la instrucción del asunto ha terminado y todos los documentos relativos al mismo están en el expediente. Sin embargo, dicha Ley establece que ordenada la apertura del procedimiento, se debe notificar a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos puedan resultar afectados, concediéndoles un plazo de 10 días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones (art. 48).

Ahora bien, dado el principio del informalismo del procedimiento, el hecho de que el interesado no concurra al llamado a audiencia en el lapso indicado no le impide apersonarse en cualquier estado del procedimiento y formular los alegatos correspondientes.

³⁴⁵ *Vid.* M. Stassinopoulos, *op. cit.*, p. 159.

³⁴⁶ El art. 35 CCA Colombia exige que la decisión se adopte sólo “habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones”.

Es decir, los lapsos prescritos no tienen carácter preclusivo para los administrados, y su derecho a hacerse oír pueden ejercerlo en cualquier momento, por supuesto antes de que se adopte la decisión.

Por otra parte, hemos señalado que conforme a lo establecido en la Ley argentina de Procedimientos Administrativos, la Administración debe decidir todos los asuntos que surjan en el expediente, por lo que si algunos de esos asuntos no alegados por las partes son considerados de oficio por la Administración, deben ser decididos previa audiencia del interesado (art. 7.c). El mismo principio podría señalarse en el caso de las legislaciones que prevén la audiencia del interesado al inicio del procedimiento: si en el curso de la instrucción del expediente, surgen otros elementos no alegados por el interesado pero que afecten sus derechos o intereses, la Administración debe comunicárselos antes de decidir, para asegurarle su derecho a la defensa.

La audiencia del interesado puede ser un acto oral y privado como lo establece la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (arts. 218 y 309), en cuyo caso, el derecho a la defensa se debe ejercer por el administrado en forma razonable, pudiendo la Administración limitar la intervención del interesado a lo “prudentemente necesario” (art. 220).

En todo caso, la audiencia del interesado debe materializarse en una defensa en forma escrita, a los efectos de que se incorpore al expediente. El acto de la audiencia al interesado, por supuesto, debe realizarse en presencia de la autoridad que debe decidir el asunto, y el interesado, puede estar asistido de abogado, como manifestación del derecho de todo interesado de escoger los medios de su defensa³⁴⁷.

La Ley argentina de Procedimientos Administrativos, además, en caso de representación del interesado por quienes no sean abogado, exige la asistencia obligatoria de un abogado en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas (art. 1.f.1).

Ahora bien, es evidente que la audiencia del interesado no es una exigencia que deba cumplirse formalmente en todo tipo de procedimiento. En la tipología de procedimientos que hemos mencionado, que distingue entre procedimientos declarativos, ablatorios, concesorios y autorizatorios, por supuesto, la audiencia formal de los interesados se impone en los procedimientos ablatorios cuya consecuencia es la eliminación o restricción de los derechos de los afectados. En tal sentido, la jurisprudencia contencioso administrativa en Venezuela ha formulado el siguiente criterio respecto de un tipo de los procedimientos ablatorios, es decir, los sancionatorios:

³⁴⁷ Art. 220 LGAP Costa Rica.

“La audiencia del interesado, como actuación procedimental, es necesaria y esencial en los procedimientos denominados sancionatorios, por cuanto en estos casos la Administración impone, mediante la audiencia del interesado, formalmente al administrado de la existencia de un procedimiento en su contra que tiene como causa una presunta actuación ilícita de éste y de que de establecer su veracidad le acarrearía una sanción. Ahora bien, en los procedimientos autorizatorios por el contrario, el impulso procesal lo tiene el administrado; la Administración va a resolver una petición, una exigencia del particular, por lo cual, no se hace necesario la audiencia del interesado. En estos procedimientos no se afecta con su omisión el derecho a la defensa, por cuanto el procedimiento ordinariamente se inicia a instancia del interesado, y el pronunciamiento tendrá en caso de ser favorable, un contenido beneficioso para el administrado”³⁴⁸.

Sin embargo, como se ha señalado, aún en los supuestos de procedimientos autorizatorios, si, por ejemplo, en el curso de los mismos surge alguna oposición de parte de otros interesados, en esos supuestos, la Administración debe asegurar el derecho a la defensa, dándole audiencia al interesado solicitante.

Así se regula expresamente en el art. 34 del Decreto N° 640 de Uruguay al disponerse que:

“Terminada la instrucción o vencido el término de la misma cuando de los antecedentes resulte que pueda recaer una decisión contraria a la petición formulada, o se hubiere deducido oposición, deberá darse vista por el término de diez días a la persona o personas a quienes el procedimiento se refiera”.

En todo caso, es en los procedimientos sancionatorios en los cuales el trámite de audiencia al interesado es más riguroso. Se destaca, así, la exigencia que establecía la derogada Ley española de Procedimiento Administrativo de que en dichos procedimientos debía formularse un “*pliego de cargos*” en el que se debían exponer los hechos imputados, el cual debía ser notificado a los interesados para que en un plazo de 8 días pudieran contestarlos (art. 136). Con posterioridad, contestado el pliego de cargos o transcurrido el plazo para hacerlo, el funcionario instructor debía formular una propuesta de resolución que debía notificarse a los interesados, para que éstos en un plazo de 8 días, pudieran alegar cuanto considerasen conveniente a su defensa (art. 137).

El mismo principio lo regula expresamente el Decreto N° 640 de Uruguay en los procedimientos administrativos seguidos de oficio, “con motivo de la

³⁴⁸ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Venezuela), de 7 de julio de 1988, *Revista de Derecho Público* núm. 35, Caracas, 1988, p. 91.

aplicación de sanciones o de la imposición de un perjuicio a determinado administrado” en cuyo caso no debe dictarse resolución sin previa audiencia al interesado para que pueda articular su defensa (art. 40).

5. *El derecho de formular alegaciones y de probar*

La consecuencia fundamental del derecho a ser oído, como manifestación del derecho a la defensa, es el derecho de los interesados a formular alegatos y defensas, y a presentar pruebas, lo que, por supuesto, no solo puede ocurrir en el acto de la audiencia al interesado, sino en cualquier momento en el curso del procedimiento³⁴⁹.

La Ley española de Procedimiento Administrativo era absolutamente precisa en formular este derecho a presentar alegaciones al establecer que:

“los interesados podrán en cualquier momento del procedimiento y siempre con anterioridad al trámite de audiencia, aducir alegaciones que serán tenidas en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución” (art. 83).

En consecuencia, en cualquier estado del procedimiento, y por supuesto en el acto de la audiencia del interesado, éste puede presentar para que sean agregados al expediente, todos los escritos y alegatos que estime convenientes para la aclaración del asunto y ejercer su defensa³⁵⁰.

Además, en el procedimiento administrativo, el interesado tiene el derecho de presentar pruebas, como lo dice el Código Contencioso Administrativo de Colombia, “sin requisitos ni términos especiales” (art. 34), admitiéndose en general, todos los medios de prueba establecidos en el derecho privado y procesal civil y criminal³⁵¹. Algunas legislaciones, como la española, sin embargo, prescriben un período de pruebas que debe ser abierto por el funcionario competente, durante el cual deben practicarse las que se juzguen pertinentes; imponiéndose a la Administración la obligación de notificar a los interesados, con antelación suficiente, del inicio de las operaciones necesarias para la realización de las pruebas que hubiesen sido admitidas (arts. 80 y 81).

Hemos señalado, además, que conforme al principio inquisitivo, la prueba en el procedimiento administrativo, básicamente es una carga para la propia Administración debiendo ésta verificar y probar de oficio, los hechos. Sin embargo, en estos casos, las pruebas que formule la Administración deben ser

³⁴⁹ Art. 217 LGAP Costa Rica.

³⁵⁰ Art. 32 LOPA Venezuela.

³⁵¹ Art. 80 Ley 30/1992 España; art. 58 LOPA Venezuela; art. 1° f.2 LPA Argentina; art. 298 LGAP Costa Rica.

informadas a los interesados, quienes como lo establece expresamente la Ley argentina de Procedimientos Administrativos, “podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio”. (art. 1.f.1)

Por último, debe señalarse que en relación a las pruebas solicitadas por los interesados, si su realización implica gastos que no deba soportar la Administración, éstos deben ser costeados por los interesados pudiendo la Administración, incluso, exigir un pago anticipado de los mismos a reserva de la liquidación definitiva una vez practicada la prueba³⁵².

6. *El derecho de recurrir*

El último aspecto del derecho a la defensa es el derecho a impugnar o atacar los actos administrativos como resultado del procedimiento, lo que implica otros derechos del interesado.

En primer lugar, el derecho a la defensa mediante el ejercicio de recursos implica el derecho a que la decisión sea debidamente fundada, en el sentido de que debe haber expresa consideración de los argumentos y cuestiones propuestas en el procedimiento administrativo³⁵³; y además, por supuesto, que la decisión sea motivada. El derecho a la defensa, por tanto, está íntimamente vinculado al derecho a la motivación de los actos administrativos, condición indispensable para que pueda tener efectividad. Como lo ha señalado la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana:

“El derecho a la defensa en el procedimiento administrativo está íntimamente vinculado al derecho a la motivación, porque el conocimiento oportuno de los motivos de la acción administrativa es lo que puede determinar la eficacia y acierto de las decisiones que se dicten, su correcta adecuación al derecho objetivo y el debido equilibrio entre los intereses públicos y particulares involucrados en la decisión a iniciativa de los interesados. Basta, por lo tanto, con que el acto administrativo no éste debidamente motivado, para que se considere que tácitamente ha existido indefensión de los particulares que han podido oponerse a la decisión, antes de que ésta llegue a afectar sus intereses legítimos, personales y directos, y de allí la necesidad de hacer referencia también a las razones que han sido alegadas entre los requisitos de la motivación”.³⁵⁴

³⁵² Art. 81.3 Ley 30/1992 España; art. 299 LGAP Costa Rica.

³⁵³ Art. 1° f.3 LPA Argentina; art. 18.5 LOPA Venezuela.

³⁵⁴ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Venezuela), de 14 de marzo de 1988, *Revista de Derecho Público* núm. 34, Caracas, 1988, p. 86.

Sin motivación de los actos administrativos, por tanto, no habría posibilidad real de ejercer el derecho de la defensa mediante el ejercicio de recursos contra los mismos, es decir, el derecho a recurrir sería nugatorio.

En segundo lugar, el derecho a recurrir implica el derecho a ser informado de los recursos que proceden contra el acto administrativo y sus lapsos. Como lo indica el Código Contencioso Administrativo de Colombia, en el texto de la notificación o publicación del acto administrativo, “se indicarán los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trate, las autoridades antes quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo”³⁵⁵.

Por último, por supuesto, el derecho a recurrir como medio de defensa contra los actos administrativos, exige la previsión formal de medios de recursos administrativos, es decir, que puedan formularse ante la propia Administración. Ello nos conduce a estudiar el régimen de los recursos administrativos, como procedimiento de impugnación de los actos administrativos.

II. EL RÉGIMEN DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

1. *El procedimiento de revisión de los actos administrativos*

El procedimiento administrativo, en general, se desarrolla en dos fases, en primer lugar, el procedimiento constitutivo de los actos administrativos, tendiente a la formación y emisión de los mismos; y, en segundo lugar, el procedimiento de revisión de los actos administrativos que se desarrolla una vez que estos se dictan, y que tiene por objeto ratificarlos, corregirlos, reformarlos o modificarlos, revocarlos o anularlos.

Este procedimiento de revisión puede iniciarse de oficio o a instancia de parte, en este último caso mediante el ejercicio, por los interesados, de los recursos administrativos de reconsideración, jerárquico o de revisión.

En cuanto a la revisión de oficio de los actos administrativos y antes de analizar los principios relativos a los recursos administrativos en España y América Latina, debemos destacar las regulaciones más importantes establecidas en las leyes de procedimiento administrativo, pues si bien la Administración puede iniciarlos *motu proprio*, puede haber también requerimientos de los interesados, es decir, instancia de parte.

El primer supuesto de revisión de oficio de los actos administrativos se refiere a la posibilidad que tiene la Administración siempre, de modificar los actos administrativos de efectos generales, es decir, los actos normativos o reglamentarios. Estos, por tanto, pueden ser reformados o derogados, dadas las características de generalidad e impersonalidad de las situaciones jurídicas que

³⁵⁵ Art. 47 CCA Colombia; art. 73 y 74, LOPA Venezuela.

regulan. Por supuesto, estas modificaciones pueden también ser solicitadas por los interesados, en virtud “del derecho de petición en interés general” como lo califica el Código Contencioso Administrativo de Colombia (arts. 5 a 8).

En segundo lugar, las leyes de procedimientos administrativos prevén la posibilidad para la Administración en cualquier momento, de corregir o rectificar los errores materiales, de hecho, de cálculo, o los aritméticos en que se hubiere incurrido en la configuración de los actos administrativos³⁵⁶. Los interesados, por supuesto, también pueden solicitar esta revisión de los actos administrativos.

En tercer lugar, como ya hemos señalado los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales o directos a favor de particulares, pueden ser revocados en cualquier momento por la Administración, sea por la misma autoridad que los dictó o por el superior jerárquico³⁵⁷. Esta decisión también puede adoptarse de oficio o a petición de parte.

Por último, en cuarto lugar, la Administración puede “de oficio o a instancia de parte”, reconocer o declarar la nulidad absoluta de los actos administrativos, en los casos enumerados en las leyes de procedimiento administrativo. Así se establece expresamente, por ejemplo, en las legislaciones española (art. 102.1), venezolana (art. 83), argentina (art. 17) y de Costa Rica (art. 174).

Es de destacar que en este último caso, el hecho de que las leyes mencionadas permitan expresamente iniciar a instancia de parte este procedimiento de revisión de los actos administrativos en los casos de vicios de nulidad absoluta, pone de manifiesto la existencia efectiva de un “recurso administrativo” específico, cuyo objetivo es el pedir la declaración de nulidad absoluta de un acto administrativo conforme a los casos taxativamente enumerados en las leyes, pero con la especialísima característica de que la petición puede formularse en cualquier momento, sin que exista lapso de caducidad alguno. Esto conlleva consecuencias importantes, en cuanto a la posterior recurribilidad de los actos administrativos nulos, de nulidad absoluta, en vía judicial.

En efecto, si en cualquier momento se puede requerir de la Administración que reconozca y declare la nulidad absoluta de los actos administrativos, aún cuando estos estén firmes, ello significa que la instancia del interesado abre siempre la posibilidad de emisión de un nuevo acto administrativo que declare o no la nulidad absoluta, contra el cual puede, en definitiva, ejercerse los recursos jurisdiccionales contencioso-administrativos que procedan. Por ello, en

³⁵⁶ Art. 105.2 Ley 30/1992 España; art. 157 LGAP Costa Rica; art. 84 LOPA Venezuela.

³⁵⁷ Art. 82 LOPA Venezuela; art. 18 LPA Argentina.

consecuencia, ante actos administrativos viciados de nulidad absoluta, siempre será posible obtener una revisión judicial de los mismos.

2. *Los diversos recursos administrativos*

Ahora bien, aparte de estos medios de revisión de oficio de los actos administrativos, que también admiten instancia de parte interesada, las leyes de procedimiento administrativo han regulado específicamente los recursos administrativos como vías formales de petición puestas a disposición de los interesados para la revisión de los actos administrativos en sede administrativa. En general, estos recursos administrativos, aún cuando con denominaciones variadas, son tres: el recurso de reconsideración, el recurso jerárquico y el recurso de revisión. Los dos primeros se consideran recursos ordinarios y el último extraordinario³⁵⁸.

A. *El recurso de reconsideración*

El recurso de reconsideración³⁵⁹, de reposición³⁶⁰, de revocatoria³⁶¹ o de revocación³⁶², denominado, además en el derecho francés, como “recurso gracioso”³⁶³, es la vía formal de petición puesta a disposición de los administrados para solicitar de la misma autoridad que adoptó una decisión, que la reconsidere, revise, modifique o revoque.

Se trata del recurso administrativo más común y generalizado, cuyo fundamento está en los poderes de auto-tutela de la Administración. Por ello, este recurso procede siempre, cualquiera que sea la jerarquía del funcionario que adoptó la decisión.

B. *El recurso jerárquico*

El recurso jerárquico³⁶⁴, de apelación³⁶⁵ o de alzada³⁶⁶, es el medio formal de impugnación de los actos administrativos tendiente a obtener la revisión de los mismos, por el superior jerárquico de la organización a la cual pertenece el autor del acto atacado. Con este recurso se ponen en marcha los poderes de

³⁵⁸ Art. 343 LGAP Costa Rica.

³⁵⁹ Art. 94 LOPA Venezuela; art. 84 Reglamento LNPA Argentina.

³⁶⁰ Art. 50.1 CCA Colombia; art. 116 Ley 30/1992 España.

³⁶¹ Art. 345 LGAP Costa Rica.

³⁶² Art. 120 D 640 Uruguay.

³⁶³ G. Isaac, *La Procédure Administrative non contentieuse*, París, 1968, p. 622.

³⁶⁴ Art. 94 LOPA Venezuela; art. 89 Reglamento LNPA Argentina.

³⁶⁵ Art. 50.2 CCA Colombia.

³⁶⁶ Art. 114 Ley 30/1992 España; art. 350 LGAP Costa Rica.

dirección y control del superior jerárquico y las propias relaciones de jerarquía entre los órganos administrativos.

El recurso jerárquico, por tanto, en principio no procede en relaciones interorgánicas de tutela, como las que vinculan la Administración Descentralizada con los órganos de la Administración Central, salvo en casos anormales en los cuales el denominado “recurso de tutela” en el derecho francés³⁶⁷ se lo ha asimilado impropriamente al recurso jerárquico como ha sucedido en Venezuela.³⁶⁸

Normalmente, el recurso jerárquico intentado ante el superior jerárquico de la organización tiene como resultado poner fin a la vía administrativa y en consecuencia, queda abierta la vía contencioso-administrativa.³⁶⁹

C. *El recurso de revisión*

Además de los recursos de reconsideración y jerárquico que son los ordinarios en el procedimiento administrativo, las legislaciones de España y América Latina establecen un tercer tipo de recurso, de carácter extraordinario, denominado de revisión. Se intenta también ante el superior jerárquico, pero se distingue del recurso jerárquico no sólo por los motivos de impugnación, sino porque procede contra los actos firmes precisamente por no haber sido impugnados oportunamente mediante los recursos ordinarios.

De acuerdo a lo establecido en la Ley española reguladora del procedimiento administrativo (art. 118) y en la Ley General de Administración Pública de Costa Rica (art. 353), este recurso de revisión contra actos administrativos firmes se puede intentar ante el Ministro, cuando concurren las siguientes circunstancias:

1. Que al dictarlo se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho, que resulta de los propios documentos incorporados al expediente.
2. Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse la resolución o de imposible aportación entonces al expediente.
3. Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme anterior o posterior a aquella resolución, siempre que, en el primer caso, el interesado desconociere la declaración de falsedad.

³⁶⁷ G. Isaac, *op. cit.*, p. 624.

³⁶⁸ Art. 96 LOPA Venezuela

³⁶⁹ Art. 93 LOPA Venezuela; art. 114.2 Ley 30/1992 España.

4. Que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de provocación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta y se haya declarado así en virtud de sentencia firme judicial.

En el primer supuesto, conforme a la legislación española, el recurso de revisión debe interponerse dentro de los 4 años siguientes a la fecha de la notificación del acto administrativo impugnado; en los demás casos, el plazo es de 3 meses a contar del descubrimiento de los documentos o desde que quedó firme la sentencia judicial (art. 118).³⁷⁰

En Venezuela³⁷¹ y Argentina³⁷² se prevén regulaciones similares respecto del recurso de revisión también, como recurso extraordinario.

3. *Principios del procedimiento respecto de los recursos administrativos*

En relación a los recursos administrativos, particularmente respecto de los recursos ordinarios, las leyes de procedimiento administrativos de España y América Latina han consagrado una serie de principios generales que se refieren a las condiciones de admisibilidad, al objeto de los recursos, al motivo de los mismos, a sus aspectos procedimentales, y a la decisión de los recursos.

A. *Condiciones de admisibilidad*

Como medios formales de impugnación de los actos administrativos, los recursos administrativos están sometidos a una serie de condiciones de admisibilidad concernientes a la legitimación, a las formalidades, al lapso de interposición y al cumplimiento de algunas actuaciones previas.

En cuanto a la legitimación, contrariamente al principio del derecho Francés donde la admisibilidad de los recursos administrativos no está directamente sometido a condición de capacidad ni de interés alguno³⁷³, invariablemente las leyes de procedimientos administrativos conceden estos recursos a los interesados, cuando el acto lesione sus derechos subjetivos o intereses legítimos personales y directos³⁷⁴.

Las leyes de procedimiento administrativo también regulan condiciones de forma para la admisibilidad de los recursos, contrariamente al principio en el derecho francés³⁷⁵, exigiendo que se intenten por escrito con las mismas

³⁷⁰ En la LGAP Costa Rica, los lapsos son de 1 año y 3 meses respectivamente, art. 354.

³⁷¹ Arts. 97 y 98 LOPA Venezuela.

³⁷² Art. 22 LPA Argentina.

³⁷³ *Vid.* G. Isaac, *op. cit.*, p. 626.

³⁷⁴ Art. 85 LOPA Venezuela; art. 107 Ley 30/1992 España art. 52 CCA Colombia, art. 127 D 640 Uruguay.

³⁷⁵ *Vid.* G. Isaac, *op. cit.*, p. 626.

indicaciones requeridas para las solicitudes o peticiones,³⁷⁶ al punto que en algunas legislaciones, como la venezolana y la colombiana, se establece que los recursos que no llenen los requisitos exigidos, no serán admitidos, mediante resolución motivada notificada al interesado.³⁷⁷ Sin embargo, en cuanto a las formalidades, el principio del informalismo es el que está consagrado en general, de manera que basta para la correcta formulación que del texto del escrito se infiera claramente la petición,³⁷⁸ no siendo obstáculo para la tramitación del recurso, el error en su calificación.³⁷⁹

Los recursos administrativos ordinarios, por otra parte, al contrario de la situación en Francia³⁸⁰, en las legislaciones de España y América Latina están sometidos a lapsos de caducidad precisos, contados en días, en general, de hasta 15 días³⁸¹. El vencimiento del lapso para la interposición de los recursos administrativos produce la firmeza del acto y por tanto, su inimpugnabilidad.

Por último, en cuanto a las condiciones de admisibilidad de los recursos, en algunos casos las legislaciones exigen que para intentarse el recurso jerárquico necesariamente debe interponerse, previamente el recurso de reconsideración, como sucede en Venezuela³⁸², aún cuando ello es excepcional³⁸³. En algunos casos también se establece el principio *solve et repete* como condición de admisibilidad, aún cuando regulado en leyes especiales. El Código Contencioso-Administrativo de Colombia, sin embargo, dentro de los requisitos de los recursos administrativos dispone, entre ellos, que el recurrente debe:

“acreditar el pago o el cumplimiento de lo que el recurrente reconoce deber” (art. 52.5).

³⁷⁶ Art. 86 LOPA Venezuela; art. 107 Ley 30/1992 España; art. 52.1 CCA Colombia.

³⁷⁷ Art. 86 LOPA Venezuela; art. 53 CCA Colombia

³⁷⁸ Art. 347 LGAP Costa Rica

³⁷⁹ Art. 110.2 Ley 30/1992 España

³⁸⁰ G. Isaac, *op. cit.*, pp. 626-635

³⁸¹ Art. 114.2 Ley 30/1992 España; art. 51 CCA Colombia; arts. 94 y 95 LOPA Venezuela; art. 346 LGAP Costa Rica.

³⁸² Art. 95 LOPA Venezuela.

³⁸³ Art. 89 Reglamento LPA Argentina.

B. *Objeto de los recursos*

En general, los recursos administrativos ordinarios sólo pueden interponerse contra los actos de efectos particulares³⁸⁴ que sean definitivos y que no sean firmes por no haberse vencido los lapsos previstos para su interposición. La exigencia de que el acto administrativo recurrido sea un acto definitivo general en la legislación española y latinoamericana³⁸⁵, quedando definido el acto definitivo en el Código Contencioso Administrativo de Colombia como los “que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto” (art. 50).

En consecuencia, el acto administrativa de trámite, en principio, no puede ser objeto de un recurso administrativo³⁸⁶ salvo que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, cause indefensión o prejuzgue como definitiva³⁸⁷, en cuyo caso si puede ser impugnado en vía administrativa.

Por otra parte, en particular respecto de los recursos jerárquicos, éstos obviamente no proceden contra los actos administrativos que agoten la vía administrativa; y en algunos casos, como en la Legislación de Venezuela, el objeto de un recurso jerárquico sólo puede ser un acto administrativa que resuelva un recurso de reconsideración³⁸⁸.

Por último, debe mencionarse que en general, las leyes de procedimiento administrativos de España y América Latina admiten el ejercicio de los recursos administrativos contra los actos tácitos denegatorios que resulten del silencio administrativo, con excepción del Código de Colombia que establece que “contra los actos presuntos, provenientes del silencio administrativo, no procederá ningún recurso por la vía gubernativa”.³⁸⁹

C. *Motivos de los recursos*

Dejando a salvo el recurso de revisión que está condicionado a determinados motivos expresamente establecidos, en general, los recursos

³⁸⁴ Expresamente el Código Contencioso Administrativo de Colombia prescribe que “no habrá recurso contra los actos de carácter general” (art. 49). En sentido similar art. 107.3 Ley 30/1992 España.

³⁸⁵ Art. 114 Ley 30/1992 España; art. 85 LOPA Venezuela; arts. 84 y 89 Reglamento LPA Argentina; art. 50 CCA Colombia; art. 342 LGAP Costa Rica.

³⁸⁶ El art. 342 LGAP Costa Rica, al contrario prevé los recursos en general “contra las resoluciones de mero trámite o incidentales o finales”.

³⁸⁷ Art. 107 Ley 30/1992 España; art 49 y 50 CCA Colombia; art. 85 LOPA Venezuela: art. 345 LGAP Costa Rica.

³⁸⁸ Art. 95 LOPA Venezuela.

³⁸⁹ Art. 40 CCA Colombia.

administrativos pueden fundamentarse en motivos de ilegalidad, como lo dice la Ley española reguladora del procedimiento administrativo, “en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad” previstos en la Ley (Arts. 62 y 63), o como lo decía la derogada Ley de Procedimientos Administrativos de 1958, “incluso la desviación de poder” (art. 115.1); y además, en motivos de mérito, es decir, de oportunidad y conveniencia³⁹⁰. De allí la diferencia entre los recursos administrativos y los contencioso-administrativos que sólo proceden fundados en motivos de ilegalidad.³⁹¹

D. Aspectos procedimentales

Desde el punto de vista procedimental, diversos aspectos son características del trámite de los recursos administrativos, conforme al cual, tal como lo establece la Ley española de Procedimiento Administrativo, su interposición “no suspenderá la ejecución del acto impugnado” (art. 116). Igual principio se establece en la legislación venezolana³⁹².

Al contrario, el principio de los efectos suspensivos se establece expresamente en la legislación de Colombia.³⁹³

En todo caso, aún, en los casos en los cuales se establece el efecto no suspensivo de los recursos, la legislación siempre atribuye a la autoridad administrativa la potestad de suspender los efectos del acto recurrido, de oficio o a instancia de parte, cuando la ejecución del acto recurrido pueda causar “perjuicios de imposible o difícil reparación” o “perjuicio grave o irreparable en caso de revocarse ulteriormente el acto atacado”³⁹⁴, y cuando para impugnar el acto, se aleguen motivos de nulidad absoluta³⁹⁵.

Por otra parte, siendo los recursos administrativos vías formales para impugnar los actos administrativos como garantía para el ejercicio del derecho de defensa frente a los mismos, es evidente que en el procedimiento administrativo que se desarrolla para su resolución, la Administración debe asegurar el derecho de defensa de los interesados. Por ello, la legislación del Uruguay, por ejemplo, establecen expresamente que interpuesto un recurso contra un acto administrativo que reconociere un derecho, debe asegurarse la intervención en el procedimiento a los interesados en que el acto se mantenga, a

³⁹⁰ Razones de “inconformidad” conforme al art. 59 CCA Colombia, *Vid.* Allan R. Brewer-Carías, *op. cit.* p. 336.

³⁹¹ *Vid.* G. Isaac, *op. cit.* 627.

³⁹² Art. 87 LOPA Venezuela.

³⁹³ Art. 55 CCA Colombia.

³⁹⁴ Art. 104 Ley 30/1992 España; art. 87 LOPA Venezuela; art. 125 D 640 Uruguay.

³⁹⁵ Así lo disponía el Art. 116 de la Ley española de Procedimientos Administrativos de 1958. Igualmente, art. 87 LOPA Venezuela.

cuyo efecto debe notificárseles a fin de que aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes³⁹⁶.

En materia procedimental se destaca, además, el carácter preclusivo que algunas legislaciones asignan a los recursos administrativos, en el sentido de que, como lo establece la Ley venezolana de Procedimientos Administrativos:

“Interpuesto el recurso de reconsideración o el jerárquico, el interesado no podrá acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mientras no se produzca la decisión respectiva o no se venza el plazo que tenga la Administración para decidir” (art. 92).

Transcurrido este lapso, la Administración puede decidir, pero conforme al Código Contencioso Administrativo de Colombia, ello no puede suceder pues “el silencio negativo implica pérdida de la competencia de la Administración para resolver los recursos” (art. 59).

Por último, en cuanto a los aspectos procedimentales, las leyes de procedimiento administrativos de España y América Latina en general establecen lapsos para que la Administración decida los recursos administrativos, consagrando el principio del silencio administrativo negativo en el sentido de que transcurrido el lapso de decisión se entenderá como rechazado el recurso³⁹⁷ sin que ello exima a la autoridad administrativa de su obligación de decidir³⁹⁸.

E. *La decisión del recurso*

Aparte de los supuestos de decisión tácita denegatoria producto del silencio administrativo negativo, la decisión de los recursos debe ser expresa, y en ello la Administración está obligada a “resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso, aunque no hayan sido alegados por los interesados”. Así lo establecen expresamente las leyes de España y Venezuela³⁹⁹.

La decisión, por tanto, debe resolver todas las cuestiones de legalidad o conveniencia⁴⁰⁰ aducidas por el recurrente y los interesados o que surgen en el curso del procedimiento, y como resultado de ello, el órgano competente para decidir, como lo establece la Ley venezolana de Procedimientos Administrativos, siguiendo la legislación española de 1958 (art. 124), podrá

³⁹⁶ Art. 128 D 640 Uruguay.

³⁹⁷ Art. 115.2 Ley 30/1992 España; art. 60 CCA Colombia; art. 352 LGAP Costa Rica; art. 91, 94 y 95 LOPA Venezuela; art. 121 D 640 Uruguay; art. 87 Reglamento LPA Argentina.

³⁹⁸ Art. 122 D 640 Uruguay.

³⁹⁹ Art. 119.2 Ley 30/1992 España; art. 89 LOPA Venezuela.

⁴⁰⁰ Art. 89 LOPA Venezuela.

“confirmar, modificar o revocar el acto impugnado, así como ordenar la reposición en caso de vicios en el procedimiento sin perjuicio de la facultad de la Administración para convalidar los actos anulables” (art. 90)⁴⁰¹.

Ahora bien, el carácter inquisitivo y contradictorio del procedimiento administrativo, y por tanto, la obligación que tiene la Administración de decidir todas las cuestiones que surjan en el procedimiento, sea de oficio o formuladas por quienes en él intervengan, y no sólo lo planteado en el recurso, plantea el problema de determinar si la *reformatio in pejus* es o no admisible en la decisión de los recursos administrativos.

En efecto, en el campo procesal, puede decirse que rige el principio de la prohibición de la *reformatio in pejus*, lo que significa que el Tribunal *ad quem*, al decidir, no puede modificar el fallo del inferior en perjuicio del propio apelante si la contraparte, a su vez, no apeló la sentencia del *a quo*⁴⁰².

Ese principio, por supuesto, es una consecuencia del carácter dispositivo del proceso civil, que no se da en los mismos términos en el procedimiento administrativo, dado su carácter inquisitivo.

Por tanto, en general se puede señalar, ante todo, que la prohibición de la *reformatio in pejus* no se plantea como principio, en los casos en los cuales el recurso administrativo se funda en motivos de legalidad o en los casos en los cuales con motivo del ejercicio de un recurso por razones de mérito surgen, de oficio, cuestiones de ilegalidad. La Ley General de Administración Pública de Costa Rica, por ello, prescribe que “el recurso podrá ser resuelto aún en perjuicio del recurrente cuanto se trate de nulidad absoluta” (art. 351.2).

En realidad, sea cual sea la naturaleza del vicio, la competencia de la autoridad revisora del acto administrativo, cuando están en juego cuestiones de ilegalidad, es de ejercicio obligatorio, de manera que incluso puede revocar el acto administrativo basándose en otras razones de ilegalidad distintas a las alegadas por el interesado⁴⁰³.

En el mismo sentido, la decisión, basada en cuestiones de legalidad puede incluso conducir a la Administración a modificar el acto recurrido para adaptarlo a la legalidad. En tal modificación, la situación del recurrente podría resultar agravada si, por ejemplo, la Administración encuentra que la multa impuesta debió ser superior a la contenida en el acto recurrido, dadas las circunstancias

⁴⁰¹ En sentido similar, art. 351.3 LGAP Costa Rica.

⁴⁰² *Vid.* en general J. C. Hitters, “Imposibilidad de empeorar la situación del recurrente. Prohibición de la “*reformatio in peius*””, *El Derecho*, t. III, núm. 6.141, Buenos Aires, 26 de diciembre de 1984, pp. 1-3.

⁴⁰³ *Vid.* Allan R. Brewer-Carías, *op. cit.*, pp. 336-337.

agravantes precisadas con motivo del recurso⁴⁰⁴. Como lo resolvió el Consejo de Estado en el *arrêt Société Grand Café de Chaloux*, del 24 de junio de 1949, “sean cuales fueren las circunstancias en las cuales la autoridad superior deba examinar la decisión de la autoridad subordinada, ella tiene la facultad de reformar o de anular dicha decisión incluso en sentido contrario a las pretensiones del autor del recurso”⁴⁰⁵. Sin embargo, en los casos en los cuales surjan nuevos elementos de ilegalidad distintos a los alegados por las partes, el principio del respeto al derecho a la defensa exige que el funcionario notifique a los interesados de tal circunstancia, para que expongan sus alegatos, con anterioridad a la adopción de la decisión, tal como lo garantizaba la Ley española de Procedimiento Administrativo de 1958 (art. 119)⁴⁰⁶.

Cuando las cuestiones debatidas en el recurso administrativo sean cuestiones de mérito o conveniencia, el tema de la *reformatio in pejus* se plantea con más interés. En general se estima en la jurisprudencia francesa, que en esos supuestos, la revocación del acto administrativo sólo puede ocurrir con el acuerdo del recurrente, y su modificación no puede hacerse sino a favor del mismo⁴⁰⁷. Sin embargo, en presencia de normas legales como la de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, conforme a la cual, el órgano administrativo “debe resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso, aunque no hayan sido alegadas por los interesados” (art. 89), es decir, que surjan de oficio, debe admitirse procedente la *reformatio in pejus*, siempre que se respete el derecho a la defensa y se notifiquen al interesado, previamente a la decisión, las nuevas cuestiones surgidas, para que formule sus alegatos.

4. *Los recursos administrativos y la vía contencioso-administrativa*

Por último, en relación a los recursos administrativos, contrariamente a la solución del derecho francés, donde no es necesario ejercer recurso

⁴⁰⁴ En sentido contrario *Vid.* sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Venezuela) en materia hacendaria, de 17 de abril de 1980, *Revista de Derecho Público* núm. 2, Caracas, 1980, p. 113.

⁴⁰⁵ *Cit.*, por G. Isaac, *op. cit.*, p. 638.

⁴⁰⁶ En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Venezuela), sin embargo, en virtud de no estar prevista expresamente esta audiencia previa al interesado como lo consagra la Ley española, se ha considerado que la autoridad administrativa no está obligada a notificar a los interesados, lo que encontramos altamente inconveniente. *Vid.* sentencia de la Sala Político-Administrativa de 9 de febrero de 1989, *Revista de Derecho Público* núm. 37, Caracas, 1989, p. 83. *Vid.* además de la misma Corte, sentencia de 16 de octubre de 1986, *Revista de Derecho Público* núm. 28, Caracas, 1986, p. 97; y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 18 de abril de 1985, *Revista de Derecho Público* núm. 22, Caracas, 1985, p. 164.

⁴⁰⁷ *Vid.* lo indicado en G. Isaac, *op. cit.*, p. 638.

administrativo alguno previo al contencioso-administrativo⁴⁰⁸, en España y América Latina, en general, se exige como condición de admisibilidad de los recursos contencioso-administrativos, el agotamiento de la vía administrativa, lo que en muchos casos exige, precisamente, el ejercicio previo de recursos administrativos.

En efecto, por ejemplo, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, que regula la jurisdicción contencioso-administrativa, establece como condición de admisibilidad del recurso el que el acto administrativo recurrido “agote la vía administrativa”, es decir, que dicho acto sea la última palabra de la Administración en cuanto que emane del superior jerárquico⁴⁰⁹. Se trata de un privilegio de la Administración de poder revisar sus actos administrativos, antes de que se sometan a control judicial.

Ahora bien, el agotamiento de la vía administrativa puede ocurrir sin que se exija intentar recurso administrativo alguno, lo que ocurre en los casos de actos dictados por el superior jerárquico, un Ministro por ejemplo, o por órganos desconcentrados cuyas decisiones agoten la vía administrativa y no sean susceptibles de recurso jerárquico⁴¹⁰. De resto, si se trata de un acto administrativo dictado por un funcionario de inferior jerarquía en una organización administrativa, el interesado, antes de acudir a la vía contencioso-administrativa debe agotar los recursos administrativos, es decir, debe interponer el recurso de reconsideración y luego, el jerárquico⁴¹¹.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en estos casos, establece que

“la vía administrativa quedará abierta cuando interpuestos los recursos que ponen fin a la vía administrativa, éstos hayan sido decididos en sentido distinto al solicitado, o no se haya producido decisión en los plazos correspondientes” (art. 93).

El principio del agotamiento de la vía administrativa, como paso previo para acudir a la vía contencioso administrativa puede decirse que es general en América Latina, y consagrado expresamente en las legislaciones de Costa Rica, Colombia y Argentina⁴¹², las cuales si bien prevén el sistema de recursos

⁴⁰⁸ J. M. Auby y R. Drago, *Traité de Contentieux Administratif*, París, 1984, t. 1, p. 68, t. 2, p. 234; G. Isaac, *op. cit.*, pp. 664 ss.

⁴⁰⁹ Arts. 84.5 y 124.2. *Vid.* en Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid, 1987, p. 298 ss.

⁴¹⁰ Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica...*, *cit.*, p. 367.

⁴¹¹ *Idem*, p. 368.

⁴¹² Art. 356 LGAP Costa Rica; arts. 63 y 135 CCA Colombia; art. 23 LPA Argentina.

administrativos, en muchos casos admiten la impugnación contencioso-administrativa de actos administrativos que *per se* agoten la vía jerárquica, sin que sea necesario intentar un recurso administrativo previo.

Distinta era la situación de España, donde la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prescribía, como principio, la obligación de que, como requisito previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo debía formularse el recurso de reposición. Se exceptuaban del cumplimiento de tal requisito, sin embargo, entre otros, la impugnación de los actos administrativos que implicasen resolución de un recurso administrativo, y los actos presuntos en virtud del silencio administrativo⁴¹³. La Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común estableció en cambio que el recurso de reposición siempre es potestativo, aún cuando previendo que una vez intentado no se puede interponer el recurso contencioso administrativo hasta que no se haya producido resolución expresa del recurso (art. 116.2)

⁴¹³ Art. 53 Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, España.

LIBRO CUARTO:

PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA

Este libro tiene su origen remoto en el curso dictado en la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, en 1998 y 2000. El texto se publicó como: *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Universidad Nuestra Señora del Rosario y la Editorial Legis, Bogotá 2003. El texto actualizado que se recoge en esta publicación se publicó por Ediciones Olejnik, Buenos Aires, Madrid 2020, y en el Estudio preliminar al libro *Código de Leyes de Procedimiento Administrativo de Iberoamérica*, Colección Derecho Público Iberoamericano, Caracas New York, Tercera edición, 2021.

INTRODUCCIÓN

LA CODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SUS PRINCIPIOS

I. LAS LEYES LATINOAMERICANAS REGULADORAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El signo más importante de la evolución del derecho administrativo en América Latina durante las últimas décadas ha sido el proceso de su codificación, particularmente a través de la sanción de leyes reguladoras del procedimiento administrativo en general. En la actualidad, casi todos los países de la región cuentan con leyes de esta naturaleza, y en todos ellos, el derecho administrativo, sin duda, puede siempre dividirse en dos grandes etapas en su evolución, referidas a antes y después de la sanción de dichas leyes.

Las leyes de procedimiento administrativo, por tanto, en todos los países, comenzaron a darle un nuevo enfoque al objeto de la disciplina, la Administración Pública, comenzándose a regular con amplitud y precisión tanto

su actividad sustantiva como los aspectos centrales de su relación con los administrados. Estas leyes difirieron de las que antes existían relativas básicamente a la organización interna de la Administración, regulándose entonces el conjunto de situaciones jurídicas en las cuales se encuentran tanto la Administración como los administrados en sus relaciones recíprocas, es decir, el conjunto de poderes, prerrogativas y obligaciones de la Administración, por una parte; y por la otra, los derechos y obligaciones de los particulares en sus relaciones con aquella.

Siendo ese el sentido central de la regulación de las leyes, las mismas cambiaron totalmente la situación tradicional de estas relaciones entre Administración y particular, en la cual el balance estaba a favor de la Administración, con amplias regulaciones sobre sus poderes, potestades y prerrogativas y las obligaciones de los administrados, y pocas sobre sus derechos. Ese balance fue el que cambió sustancialmente a partir de la sanción de las leyes de procedimiento administrativo buscándose entonces una situación de equilibrio entre poderes de la Administración y derechos de los particulares, que se garantizan. Ello, por otra parte, es la esencia del principio de la legalidad y de las regulaciones jurídicas sobre la Administración: el equilibrio que tiene que existir entre poderes y prerrogativas administrativas y derechos de los particulares.

Al cambiar totalmente el balance de esos dos extremos y establecerse un equilibrio, las leyes de procedimiento administrativo, al establecer formas generales de la actuación de la Administración, originaron en todos los países un cambio de actitud y de forma y método de actuar de la Administración, a los efectos de lograr que dejara de ser la Administración prepotente que sólo concedía dádivas o favores al administrado, quien por su parte, no tenía derechos, ni cómo reclamarlos y era aplastado y a veces vejado por la Administración. Con las nuevas leyes se sentaron las bases para que ello cambiara, pues del administrado que la Administración iba a enfrentar ya no era uno indefenso, sino uno bien armado con muchos derechos legales y con muchos mecanismos jurídicos para garantizar esos derechos y controlar cualquier actitud que significara la desmejora de esas garantías.

Otro dato importante de la transformación que ha provocado la sanción de las leyes de procedimiento administrativo, deriva del hecho de que en su concepción tuvo una influencia particular la legislación española, en particular, las viejas Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, refundidas y reformadas en 1992 con la Ley 30/1992 de 26 de noviembre sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común.¹ Por ello, el derecho administrativo latinoamericano, de haber estado influido en sus inicios sólo por los principios del derecho administrativo francés, a partir de la sanción

¹ V. *Boletín Oficial* del Estado No. 285 de 27 de noviembre de 1992.

de todas estas leyes ha pasado a estar también influido significativamente por el derecho administrativo español y su doctrina contemporánea.

Este proceso de transformación del derecho administrativo en América Latina, -dejando aparte un importante *Reglamento de Normas Generales de Procedimiento Administrativo* de Perú, dictado por Decreto Supremo N° 006-67-56 de 1967,²- puede decirse que inició en **Argentina** donde se sancionó la primera de las leyes nacionales sobre procedimientos administrativos de nuestros países, que fue la Ley de Procedimientos Administrativos, N° 19.549 de 1972, reformada por la Ley N° 21.682.³ Con la sanción de dicha Ley, como ha ocurrido con todas las otras sancionadas en los países latinoamericanos, puede decirse que cuando se estudia la evolución del derecho administrativo, es posible dividirlo en dos grandes etapas referidas al antes y al después de la sanción de dichas leyes.⁴

Con leyes como la de Argentina, en efecto, se comenzó a dar un nuevo enfoque al objeto central de nuestra disciplina, que es la Administración Pública y su actividad, al comenzarse a regular en el derecho positivo, y no sólo como consecuencia de principios generales, tanto los aspectos formales y sustantivos

² V. Reglamento de Normas Generales de Procedimiento Administrativo dictado mediante Decreto Supremo N° 006-67-56 de 11 de noviembre de 1967. Este fue el primer texto comprehensivo que reguló el procedimiento administrativo en América Latina con evidentes influencias de la Ley española de 1958, a cuyo texto debía ajustarse la actuación administrativa de los órganos del Poder Ejecutivo, de los establecimientos públicos y de los gobiernos locales, “siempre que no se opusieran a las leyes o sus reglamentos especiales” (art. 1). En esta forma, si bien se establecieron principios generales de la acción administrativa, ello se hizo con un texto de rango reglamentario y supletorio, lo que implicó, en la práctica, que dicho texto no hubiera tenido mayor influencia en el desarrollo del derecho administrativo peruano.

³ V. *Boletín Oficial* N° 22411 del 27 de abril de 1972. Sobre la Ley argentina nuestros comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina de 1972 en el inicio del proceso de positivización de los principios del procedimiento administrativo en América Latina,” en Héctor M. Pozo Gowland, David A. Halperin, Oscar Aguilar Valdez, Fernando Juan Lima, Armando Canosa (Coord.), *Procedimiento Administrativo*. Tomo II. *Aspectos generales del procedimiento administrativo. El procedimiento Administrativo en el derecho Comparado*, Buenos Aires 2012, pp. 959-993.

⁴ V. Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento administrativo*, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Editorial Civitas, Madrid 1990; “Principios del Procedimiento Administrativo en España y América Latina,” en *200 Años del Colegio de Abogados, Libro Homenaje*, T. I, Colegio de Abogados del Distrito Federal, Ávila Arte/Impresores, Caracas 1990, pp. 255 -435; *Les principes de la procédure administrative non contentieuse. Études de Droit Comparé (France, Espagne, Amérique Latine)*, Prólogo de Franck Moderne, Editorial Económica, París 1992; también publicado en *Etudes de droit public comparé*, Académie International de Droit Comparé, Ed. Bruylant, Bruxelles 2001, pp. 161-274; y *Principios del Procedimiento en América Latina*, Universidad del Rosario, Editorial Legis, Bogotá 2003.

de la actividad administrativa, como los aspectos centrales de la relación de la Administración con los administrados. Dicha Ley, por tanto, superó el alcance limitado de las que la precedieron y que se referían básicamente a la organización interna de la Administración y sus prerrogativas, o a los recursos administrativos (por ejemplo, el recurso jerárquico). Con la entonces nueva ley, y las que le siguieron en los demás países de América Latina, se pasó a regular, además, el conjunto de las situaciones jurídicas en las cuales se encuentran no sólo la Administración sino los mismos administrados en sus relaciones recíprocas, buscando establecer el balance de siempre que persigue nuestra disciplina entre el conjunto de poderes, prerrogativas y obligaciones de la Administración, por una parte; y por la otra, los derechos y obligaciones de los particulares en sus relaciones con aquella.

Siendo ese el sentido central de la regulación de las leyes de procedimientos administrativos, las mismas buscaron cambiar totalmente la situación tradicional de estas relaciones entre la Administración y los administrados, signada por la existencia de un desbalance a favor de la Administración, con amplias regulaciones sobre sus poderes, potestades y prerrogativas y las obligaciones de los administrados, y pocas sobre sus derechos. Ese desbalance fue el que comenzó a cambiar sustancialmente a partir de la sanción de las leyes de procedimiento administrativo buscándose entonces una situación de equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos de los particulares, que se garantizan.

Este cambio en el balance de esos dos extremos motorizado por las leyes de procedimiento administrativo, originó en todos los países un cambio de actitud y de forma y método de actuar de la Administración, a los efectos de lograr que dejara de ser la Administración prepotente que sólo concedía dádivas o favores al administrado, quien, por su parte, no tenía derechos, ni cómo reclamarlos y era aplastado y a veces vejado por la Administración. Con las nuevas leyes se sentaron las bases para que ello comenzara a cambiar, pues del administrado que la Administración iba a enfrentar ya no era uno indefenso, sino uno bien armado con muchos derechos legales y con muchos mecanismos jurídicos para garantizar esos derechos y controlar cualquier actitud que significara la desmejora de esas garantías.

Ahora bien, específicamente en relación con el Decreto-Ley N° 19.549/72 de 3 de abril de 1972 de Argentina, con dicho texto puede decirse que en ese país culminó un largo proceso de regulación provincial sobre normas de procedimiento administrativo y de regulación nacional sobre los recursos administrativos, particularmente, sobre el recurso jerárquico y que se remontan a los años treinta (Decreto 20003/33 sustituido por Decreto N° 7520/44.).

El Decreto-Ley N° 19.549/72, en todo caso, es claro que no sólo estableció los principios básicos a que deben ajustarse los procedimientos administrativos desarrollados ante la Administración Pública Nacional, centralizada y

descentralizada, inclusive entes autónomos, en cuanto tiendan a asegurar a los interesados las garantías constitucionales del debido proceso, sino que reguló las normas fundamentales relativas a los requisitos esenciales del acto administrativo, su estructura, validez y eficacia.

En particular en materia relativa al debido proceso administrativo, la ley argentina fue también pionera en establecer su alcance (art. 1.f), indicando que comprende: *primero*, el derecho a ser oído, con la posibilidad para el administrado de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de que la Administración emita actos administrativos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, así como de interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente; *segundo*, el derecho a ofrecer y producir pruebas, y que las mismas se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo ello “con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio;” y *tercero*, el derecho a una decisión fundada, en el sentido de que el acto administrativo decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas.

La Ley argentina, por tanto, tiene el rasgo común que luego se siguió en las otras leyes latinoamericanas, de abarcar todo el proceso de producción de las decisiones administrativas, lo que conduce a una muy importante regulación en relación con los actos administrativos.

Además, como todas las leyes, regula el desarrollo de la actividad de la Administración para obtener la adecuada satisfacción de los intereses públicos, y además, busca que los derechos de los administrados estén debidamente garantizados; de lo que deriva otro rasgo común de las mismas en el sentido de establecer las formas de la actuación de la Administración en sus relaciones con los particulares, de manera que se desarrollen con el menor formalismo posible, evitando la realización o exigencias de trámites, formalismos o recaudos innecesarios o arbitrarios que compliquen o dificulten la acción administrativa.

En esa tendencia, a dicha Ley argentina, le siguió en América Latina el Decreto con fuerza de Ley N° 640/973, sobre Procedimientos Administrativos, dictado en **Uruguay** en 1973, sustituido por el Decreto 500/991 de 1991, sobre Normas Generales de Actuación Administrativa y Regulación del Procedimiento en la Administración Central.⁵

⁵ Alcance N° 90 *La Gaceta* N° 102 de 30 de mayo de 1978.

Un lustro más tarde se sancionó la Ley General de la Administración Pública de **Costa Rica** de 2 de mayo de 1978,⁶ la cual no sólo reguló el procedimiento administrativo, sino materialmente todos los aspectos esenciales del derecho administrativo, por lo que siempre la he considerado como una especie de “manual” de esta rama del derecho, redactado en forma de artículos.⁷ En ellos se encuentra explicado el derecho administrativo como si se tratase del desarrollo de un programa de un curso sobre esta disciplina, expuesto en un muy hermoso y rico texto, en cuya redacción contribuyó mi recordado amigo el profesor de derecho administrativo Eduardo Ortíz Ortíz, quien dejó en ella una huella importante.

En ellos se encuentra explicado el derecho administrativo como si se tratase del desarrollo de un programa de un curso sobre esta disciplina, expuesto en un muy hermoso y rico texto. Es un ejemplo claro de la codificación, no sólo del procedimiento administrativo sino, como se dijo, de todo el derecho administrativo.

A la Ley costarricense, siguió cronológicamente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 10 de julio de 1982, de **Venezuela**,⁸ texto que se comenzó a elaborar desde 1965.⁹ Esta Ley Orgánica, influenciada directamente por la Ley española, recogió todos los principios fundamentales relativos a la actividad administrativa desarrollada por los órganos de la Administración Pública Nacional y aplicable supletoriamente a las administraciones estatales¹⁰ y municipales; y en particular, los principios relativos a los actos administrativos (elaboración, formas y formalidades, efectos, revisión), que la jurisprudencia había establecido, habiendo contribuido ampliamente, desde su entrada en vigencia, a afianzar el principio de la legalidad

⁶ Diario Oficial de 3 de octubre de 1991.

⁷ V. 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*, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José 1981, pp. 31-57; y en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XLVIII, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1982, N° 1, pp. 47-58; reproducido en mi libro: *Los principios fundamentales del derecho público* (Con una Introducción General sobre los Principios del Derecho Administrativo en la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica), Editorial Investigaciones Jurídicas/ Editorial Jurídica Venezolana, San José, Costa Rica 2012, 222 pp.

⁸ *Gaceta Oficial* N° 2.818 Extraordinario de 1 de julio de 1981. V. sobre la Ley Orgánica en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982.

⁹ V. *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, Comisión de Administración Pública, Caracas, 1972, Vol. 2, p. 392.

¹⁰ A lo largo de este libro utilizaré el venezolanismo “estadal” y “estadales” para referirme a lo que concierne a los Estados de la federación.

administrativa.¹¹ La Ley fue luego complementada, con la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos (Decreto-Ley N° 368 de 05 de octubre de 1999, reformada en 2008) y con la Ley Orgánica de la Administración Pública de 17 de octubre de 2001, también reformada en 2008 y 2014.¹²

Unos años más tarde, en 1984, se produjo la reforma del Código Contencioso Administrativo de **Colombia**, al cual se le incorporó un nuevo “Libro” Primero sobre “Procedimientos Administrativos,” también complementado con las disposiciones del Decreto N° 266 de 2000 de Normas para la Simplificación Administrativa. Con este Código se dio un paso de avance en la codificación del derecho administrativo, al haberse regulado en un texto que sigue siendo único en el continente, todos los aspectos del procedimiento administrativo y del proceso contencioso administrativo. Debe recordarse que Colombia fue el único país de América Latina que adoptó el modelo francés de la dualidad de jurisdicciones: una jurisdicción judicial que tiene en su cúspide a la Corte Suprema de Justicia, y una jurisdicción contencioso-administrativa que tiene en su cúspide al Consejo de Estado. Dada esta peculiar situación, desde 1941 se había dictado un Código Contencioso-Administrativo (Ley 167/1941), en el cual se reguló exclusivamente el procedimiento judicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Con base en la labor de la jurisprudencia, en 1980 se propuso la reforma y adaptación del Código, lo cual condujo a la sanción del Decreto N° 01 de 1984, mediante el cual se le agregó al Código un nuevo “Libro” relativo al “procedimiento administrativo,” diferenciado del “procedimiento ante la jurisdicción en lo contencioso-administrativo.”¹³ Esta importante legislación nacional reguladora del procedimiento administrativo y del proceso contencioso

¹¹ Sobre la ley venezolana, V., Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos” en *Revista de Derecho Público*, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1981, pp. 115-117; “Comentarios sobre el alcance y ámbito de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en Venezuela” en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XLIX, N° 3, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1983, pp. 247-258; “Comentarios sobre el alcance y ámbito de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en Venezuela,” en *Revista de Control Fiscal*, N° 104, Contraloría General de la República, Caracas 1982, pp. 113-133; “Introducción al régimen de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en Allan R. Brewer-Carías (Coordinador-editor), Hildegard Rondón de Sansó y Gustavo Urdaneta, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Colección Textos Legislativos, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981, pp. 7-51; y *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, 6ª edición ampliada, Caracas 2002.

¹² V. sobre esta Ley, Allan R. Brewer Carías et al., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008.

¹³ El Decreto 01 se dictó con base en la Ley 58 de 1982. Posteriormente con base en la Ley 30 de 1987, mediante Decreto 2304, de 7 de octubre de 1989, se introdujeron reformas al Código Contencioso Administrativo.

administrativo, luego de la reforma constitucional de 1991, fue reformado en 2011, mediante la Ley 1437 contentiva del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,¹⁴ y por Ley 2080 de 25 de enero de 2021.

En 1987, por otra parte, se dictó la Ley de Procedimiento Administrativo de **Honduras** (Decreto N° 152-87, de 28 de septiembre de 1987), la cual fue posteriormente reformada parcialmente mediante la Ley para Optimizar la Administración Pública, Mejorar los Servicios a la Ciudadanía y Fortalecimiento de la Transparencia en el Gobierno.¹⁵

En el mismo año de 1987, se dictó en **Ecuador** el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (Decreto Ejecutivo 1634 de 1994, reformado por Decreto Ejecutivo N° 2428 de 2002), que sólo reguló aspectos del procedimiento administrativo, lo que se completó con las previsiones del Código Orgánico Administrativo, de 20 de junio de 2017.¹⁶ Antes, en Ecuador, se había dictado la Ley N° 50 de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada de 1993, que contuvo normas de racionalización administrativa.

Posteriormente, luego de un período de casi diez años, en 1994 se dictó en **México**, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo,¹⁷ cuya última reforma es de 2 de mayo de 2017. A dicha Ley la siguió la Ley N° 9.784, de 29 de janeiro de 1999 de **Brasil**, que regula el proceso administrativo en el ámbito de la Administración Pública Federal.¹⁸

En 2000, se dictó en **Panamá** la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000¹⁹ mediante la cual se aprobó el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, y se reguló el Procedimiento Administrativo General.

¹⁴ V. *Diario Oficial* N° 47.956 de 18 de enero de 2011. V. algunos comentarios sobre dicha reforma en Allan R. Brewer-Carías, “Los principios del procedimiento administrativo en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia (Ley 1437 de 2011),” en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo, X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. El Salvador, 2011, pp. 879-918; “Los principios generales del procedimiento administrativo en la Ley 1437 de 2011 contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia” en *Visión actual de los Procedimientos Administrativos, III Congreso de Derecho Administrativo Margarita 2011*, Centro de Adiestramiento Jurídico “CAJO” y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 13-48

¹⁵ V. *Diario Oficial la Gaceta* N° 33,336 de fecha 23 de enero de 2014

¹⁶ V. *Registro Oficial* de 7 de julio de 2017.

¹⁷ V. *Diario Oficial* de la Federación de 4 de agosto de 1994

¹⁸ V. *Diario Oficial* de la Uniao del 1 de fevereiro de 1999.

¹⁹ V. *Gaceta Oficial* No. 24,109, de 2 de agosto de 2000

El 10 de abril de 2001, se publicó en el **Perú** la Ley N° 27.444 del Procedimiento Administrativo General,²⁰ promulgada precisamente por uno de los destacados profesores de derecho administrativo de América Latina, el recordado amigo y entonces presidente Valentín Paniagua. Con dicha Ley, redactada por un importante equipo de profesores peruanos, el Perú se incorporó definitivamente en la corriente contemporánea de la codificación formal del procedimiento administrativo, siendo la peruana, en su momento, un texto realmente único en el Continente, habiéndose recogido en el mismo, enriquecidos, todos los principios del procedimiento administrativo que se habían venido conformando en las décadas anteriores en nuestros países por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación.²¹

Luego en **Bolivia**, se dictó la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 sobre Ley de Procedimiento Administrativo; y en **Chile**, la Ley N° 19.880 de 29 de mayo de 2003, de Ley de Procedimientos Administrativos.²²

El 13 de enero de 2013 mediante Ley No. 290 se dictó en Nicaragua la Ley de Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo, reformada luego en 2016,²³ la cual, sin embargo, solo cuenta con muy escasas y precarias normas sobre procedimiento administrativo.

El mismo año 2013 se dictó en la **República Dominicana** la Ley N° 107-17 de 6 de agosto de 2013 sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y procedimiento administrativo,²⁴ el cual se nutrió de la vasta experiencia en la materia desarrollada en nuestros países durante los

²⁰ V. Texto único ordenado de la Ley 27444, de 17 de marzo de 2017, de Procedimiento Administrativo General, publicado en el *Diario Oficial* de 20 de marzo de 2017

²¹ Sobre la Ley peruana ver nuestros comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La regulación del procedimiento administrativo en América Latina (con ocasión de la primera década de la Ley N° 27.444 del Procedimiento Administrativo General del Perú 2001-2011),” en *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, No. 67, El procedimiento administrativo a los 10 años de entrada en vigencia de la LPAG, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2011, pp. 47-77.

²² Diario Oficial de 29 de mayo de 2003.

²³ Publicada en La Gaceta de 22 de febrero de 2013, con reformas publicadas en La Gaceta de 25 de mayo de 2016.

²⁴ V. sobre esta Ley los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “Principios del procedimiento administrativo en la Ley N° 107-13 de la República Dominicana sobre procedimientos administrativos de 6 de agosto de 2013,” en *Revista de Derecho Público*, No. 135 (julio-septiembre 2013), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 59-72. Trabajo reproducido en mi libro: *Principios del procedimiento administrativo. Estudio de derecho comparado*, (Presentación de Olivo Rodríguez Huertas, Prólogos de Eduardo García de Enterría y Frank Moderne), Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Colección Estudios de Derecho Administrativo, Volumen II, Editorial Jurídica Venezolana International, Santo Domingo, 2016, 332 pp.

últimos cincuenta años, desde que se dictó, en 1972, en la Argentina, la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos.

Por último, debe indicarse que en **El Salvador** se dictó con fecha 15 de diciembre de 2017, la Ley de Procedimientos Administrativos (Decreto 856).²⁵

Todos estos textos, por otra parte y en una forma u otra, tienen un rasgo común y es la influencia de la legislación española a través de las ya derogadas Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y Ley de Procedimientos Administrativos de 1958, las cuales fueron sustituidas por la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (modificada por Ley 4/1999 de 13 de enero de 1999), la cual, por su parte, por ejemplo influyó en la redacción de la Ley peruana de 2001 y en la Ley de la República Dominicana de 2013.

Este proceso de codificación del procedimiento administrativo en América Latina²⁶ ha originado, también, el *Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina*, de 1997, en el cual se recogen

²⁵ V. sobre esta Ley los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre algunos principios generales del régimen de la Ley de procedimientos administrativos de El Salvador,” *Revista de Derecho Público*, N° 155-156, julio-diciembre 2018, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 249-296; y en: “Comentarios sobre la Ley de Procedimientos Administrativos de 15 de diciembre de 2017 de El Salvador, en perspectiva histórica y comparada,” en el libro *Comentarios a la Ley de procedimientos Administrativos. Homenaje al Profesor José Meilán Gil*, (Jaime Rodríguez Arana-Muñoz u Henry Alexander Mejía, Directores), Cuadernos legislación Comentada y Relacionada No. 2, Editorial Cuscatleca, El Salvador 2019, pp. 63-80.

²⁶ En general, sobre una perspectiva comparada en relación con las leyes de procedimiento administrativo en América Latina, en cuanto a mis trabajos V. Allan R. Brewer-Carías, “Principios del Procedimiento Administrativo. Hacia un estándar continental,” en Christian Steiner (Ed), *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, en F. Konrad Adenauer, México 2009, pp. 163-199; “Introducción General sobre la positivización de los Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina,” en mi libro: *Principios del procedimiento administrativo* (Prólogo de Eduardo García de Enterría), Editorial Investigaciones Jurídicas/ Editorial Jurídica Venezolana, San José, Costa Rica 2012, pp. 31-80. V. en general nuestros trabajos sobre el procedimiento administrativo con una perspectiva de derecho comparado: Allan R. Brewer-Carías, “Principios del procedimiento administrativo en España y América Latina,” en el libro *200 Años del Colegio de Abogados. Libro Homenaje*, T. I, Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas 1989, pp. 255-435; *Principios del procedimiento administrativo* (Prólogo de Eduardo García de Enterría), Editorial Civitas, Madrid 1990; *Les principes de la procédure administrative non contentieuse. Études de Droit Comparé* (France, Espagne, Amérique Latine) (Prólogo de Franck Moderne), Editorial Economica, París 1992; también publicado en Allan R. Brewer-Carías, *Etudes de droit public comparé*, Académie Internationale de Droit Comparé, Ed. Bruylant, Bruxelles 2001, pp. 161-274; *Procedimiento administrativo. América Latina*. Estudios. Biblioteca de Derecho Administrativo, Ediciones Olejnik, Buenos Aires, Santiago de Chile, Madrid 2019, 214 pp.

todos los principios generales desarrollados por las legislaciones nacionales. Los comentarios que a continuación formulamos sobre los principios del procedimiento administrativo en América Latina, en todo caso, los hemos elaborado teniendo como base los quince textos normativos anteriormente mencionados, y en particular un rasgo común del conjunto normativo que es que abarcan todo el proceso de producción de las decisiones administrativas, lo que conduce a una muy importante regulación en relación con los actos administrativos. Por ello puede considerarse que casi todas estas leyes, son básicamente, leyes relativas al régimen jurídico del acto administrativo. Así se resume en la Ley del Perú, en cuyo artículo 29, al definir el procedimiento administrativo, se lo entiende como el:

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

En similar sentido, el artículo 15 de la Ley de la República Dominicana, y el artículo 18 de la Ley de Chile define el procedimiento administrativo como:

“una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal.”

En todo caso, estas regulaciones legales sobre el procedimiento administrativo han tenido en toda América Latina, la enorme importancia de haber contribuido al desarrollo del derecho administrativo formal, al punto de que podría decirse que, en cada uno de los países, su evolución puede dividirse en dos etapas: antes y después de la respectiva *Ley de Procedimientos Administrativos*. Así también ocurrió en España, donde la evolución y desarrollo del derecho administrativo puede dividirse en las mismas dos etapas: antes y después de la *Ley de Régimen Jurídico de la Administración* y de la *Ley de Procedimientos Administrativos* de 1957-1958.

No hay duda de que esta positivización de los principios generales del derecho administrativo ha sido lo que más ha contribuido al desarrollo de nuestra disciplina y al afianzamiento del principio de la legalidad.

II. LA MOTIVACIÓN DE LAS LEYES

En todos los países de América Latina, puede decirse que, en general, la motivación de estos cuerpos normativos reguladores tanto del procedimiento como de los actos administrativos ha sido, por una parte, el establecimiento de un régimen de la acción de la Administración para la producción de sus actos

administrativos y por la otra, la previsión de un régimen de garantías de los administrados frente a la Administración. Estas leyes reflejan, por ello, la lucha permanente que ha caracterizado al propio derecho administrativo, dirigida a la búsqueda de un balance entre los privilegios de la Administración y los derechos de los particulares. Estas leyes, por ello, constituyen una suerte de equilibrio entre ambos motivos, regulando, por un lado, el desarrollo de la actividad de la Administración para obtener la adecuada satisfacción de los intereses públicos, pero buscando por el otro, la garantía de los particulares.

Por ello, por ejemplo, en los *Considerandos* de la Ley de Honduras de 1987 se señala que en el Estado Moderno:

“La satisfacción de los *intereses públicos* exige el respeto de las formas creadas como *garantía de los derechos* de los particulares frente a la actividad administrativa.”

Asimismo, en los *Considerandos* del Decreto 500/991 de Uruguay, se precisa la motivación de todo su conjunto normativo, al establecer que tiene por objeto regular la actuación de la Administración:

“A fin de servir con objetividad los *intereses generales* con sometimiento pleno al Derecho y para mejor tutelar los *derechos e intereses legítimos* de los administrados. “

La Ley de la República Dominicana comienza con la indicación expresa de su objeto en su artículo 1, disponiendo que la misma “tiene por objeto regular los derechos y deberes de las personas en sus relaciones con la Administración Pública, los principios que sirven de sustento a esas relaciones y las normas de procedimiento administrativo que rigen a la actividad administrativa.”

Igual hace la Ley de Bolivia al indicar en su primer artículo:

“ARTICULO 1º.- (Objeto de la Ley).- La presente Ley tiene por objeto:
a) Establecer las normas que regulan la actividad administrativa y el procedimiento administrativo del sector público; b) Hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública; c) Regular la impugnación de actuaciones administrativas que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados; y, d) Regular procedimientos especiales.”

Y en igual sentido, el artículo 1 de la Ley de El Salvador también indica que:

“Art 1. Las disposiciones de la presente ley tienen por objeto regular: 1. Los requisitos de validez y eficacia de las actuaciones administrativas de toda la Administración Pública. 2. Los derechos de los ciudadanos frente a

la Administración Pública. 3. El régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y de sus funcionarios. 4. El ejercicio de la potestad normativa, así como los principios y garantías del procedimiento administrativo sancionador.”

De todas estas previsiones resulta este rasgo común de las regulaciones sobre procedimientos administrativos, de buscar el mejor cumplimiento de los fines de la Administración y servir con objetividad los intereses generales y, a la vez, tutelar los derechos e intereses de los particulares. Eso también lo señala expresamente, por ejemplo, tanto el artículo 1º de la Ley 9.784 de Brasil, como el artículo III (finalidad) del Título Preliminar de la Ley 27.444 del Perú.

Y de allí que en las Leyes más recientes sobre procedimientos administrativos se hayan incorporado específicamente provisiones enumerativas de los derechos de las personas o administrados. Es el caso de la Ley de Chile (art. 17), de Bolivia (art. 17), de El Salvador (art. 16) y de República Dominicana, en la cual se ha incorporado el que quizás sea el listado más completo de derechos. Ello está en su artículo 4, que comienza reconociendo “*el derecho de las personas a una buena Administración Pública,*” el cual se concreta, en todos los “derechos subjetivos de orden administrativo” que conforman el procedimiento administrativo, a los que nos referimos más adelante.

Además, también puede identificarse como otra motivación general de las leyes de procedimiento administrativo la de procurar que la actuación de la Administración en sus relaciones con los particulares se realice con el menor formalismo posible. Por ello, en los mismos *Considerandos* del Decreto uruguayo se señala, también, que el texto tiene por objeto agilizar y dar flexibilidad al procedimiento administrativo, “evitando la realización o exigencias de trámites, formulismos o recaudos innecesarios o arbitrarios que compliquen o dificulten su desenvolvimiento”.

Esta, sin duda, es una finalidad cuya consecución ha motivado la sanción de estas Leyes, la cual, sin embargo, en la práctica, no puede decirse que se haya logrado concretar siempre. En muchas Administraciones pervive la tensión entre el funcionario o la Administración que tiene el poder, y que lo ejerce, y el ciudadano o particular que se enfrenta al poder; tensión que, en general, no se resuelve precisamente a favor del administrado. Incluso, a pesar de las recientes leyes sobre simplificación de trámites administrativos de Colombia o Venezuela, por ejemplo, el administrado no siempre tiene los mecanismos para poder exigir, realmente, que se apliquen estos elementos de flexibilidad, de reducción del formalismo y de eliminación de trámites innecesarios. De ello resulta que, al no existir un efectivo instrumento de protección, como sucede en muchos países, el funcionario con frecuencia utiliza estos mecanismos para imponerle al particular, en definitiva, la voluntad de la Administración, incluso a veces arbitrariamente.

Un ejemplo concreto de esta tensión se evidencia en muchas Administraciones, en el contraste entre el principio de la publicidad y el principio del secreto: para el funcionario, en general, todo es secreto y reservado; en cambio, el particular lo que necesita es que se le permita tener acceso a los documentos de la Administración. Por ello, en muchos países se han venido haciendo esfuerzos para abrir el acceso de los particulares a los archivos y a los recaudos de la Administración, y se lo ha consagrado incluso, como derecho constitucional, como sucedió en la Constitución de Venezuela de 1999 (art. 143).

III. LA ENUMERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LAS LEYES

Otra característica que tiene el régimen del procedimiento administrativo en América Latina es la de la enumeración *expressis verbis* de los propios principios que deben guiar el procedimiento administrativo. Por ello, en nuestros países, el tema de los principios del procedimiento no sólo es un tema teórico, de sola elaboración doctrinal, sino que deriva de su enumeración y desarrollo expreso en los textos normativos, incluso en algunos casos, con rango constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Venezuela de 1999, en cuyo artículo 141 se precisa que:

“Artículo 141: La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.”

Pero en general, ha sido en las leyes de procedimiento administrativo donde se han enumerado estos principios.

Así, salvo el caso de Costa Rica, en cuyo texto normativo no hay un artículo específico destinado a enumerar los principios del procedimiento administrativo, en el resto de la legislación latinoamericana, las leyes sobre procedimiento administrativo destinan normas expresamente a regularlos.

Se destaca, como ejemplo la Ley de Honduras, en cuyos *Considerandos* se precisa que “la actividad administrativa debe estar presidida por principios de *economía, simplicidad, celeridad y eficacia* que garanticen la buena marcha de la Administración”, a fin de lograr una pronta y efectiva satisfacción del interés general (art. 19).

Asimismo, la Ley argentina expresamente señala en su artículo 1,b, los principios que rigen en el procedimiento administrativo, los cuales son la “*celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites*”.

En el caso de Venezuela, además de los principios de celeridad, *economía, sencillez y eficacia*, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos agrega el principio de *imparcialidad* (art. 30) y, adicionalmente, la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos enumera los siguientes principios conforme a los cuales se deben elaborar los planes de simplificación, que son:

“1. La presunción de buena fe del ciudadano. 2. La simplicidad, transparencia, celeridad y eficacia de la actividad de la Administración Pública. 3. La actividad de la Administración Pública al servicio de los ciudadanos. 4. La desconcentración en la toma de decisiones por parte de los órganos de dirección. “

Estos principios los repite el artículo 12 de la LOAP al precisar que la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en “los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza”. Asimismo, se efectuará dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica.

En el Código de Colombia, además de todos estos principios, se agregan otros como los de *publicidad, contradicción y conformidad* con el propio *Código* (art. 3); es decir, el principio de legalidad objetiva.

En la Ley Federal de México, se sigue la misma orientación del texto colombiano, y se agrega a la enumeración, también, el principio de la *buena fe* (art. 13).

La Ley de Panamá en su artículo 34 dispone que Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad.

La Ley de Chile enumera en su artículo 4, como “principios del procedimiento,” los siguientes:

“principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad.”

Hay otros textos, como el Decreto del Uruguay, donde la enunciación de los principios es muy extensa y comprensiva, como resulta del artículo 2, conforme al cual la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al derecho y debe actuar de acuerdo a los siguientes principios generales:

“a) Imparcialidad; b) Legalidad objetiva; c) Impulsión de oficio; d) Verdad material; e) Economía, celeridad y eficacia; f) Informalismo en favor del administrado; g) Flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos; h) Delegación material; i) Debido procedimiento; j) Contradicción; k) Buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario; l) Motivación de la decisión; m) Gratuidad. “

En el mismo sentido se destaca la Ley de Brasil, la cual destina al tema de los principios del procedimiento administrativo un extenso artículo, con el siguiente texto:

“Artículo 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I. atuação conforme a lei e o direito; II. atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III. objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV. atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V. divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; VI. adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; VII. indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII. observância das formalidades essenciais a garantia dos direitos dos administrados; IX. adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X. garantia dos direitos à comunicação, à apresentações de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI. proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; XII. impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; XIII. interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroactiva de nova interpretação. “

En todo casen esa misma línea enumerativa de positivización de los principios del procedimiento administrativo, la Ley del Perú de 2001 fue un hito importante al precisar en el artículo IV del Título Preliminar que el procedimiento administrativo, sin perjuicio de la vigencia de otros principios general del derecho administrativo, se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, que se enumeran a título enunciativo y no taxativo:

“principio de legalidad; principio del debido procedimiento; principio del impulso de oficio; principio de razonabilidad; principio de imparcialidad; principio de informalismo; principio de presunción de veracidad; principio de conducta procedimental; principio de celeridad; principio de eficacia; principio de verdad material; principio de participación; principio de simplicidad; principio de uniformidad; principio de predictibilidad; principio de privilegio de controles posteriores.”

En Ecuador, igualmente, la Ley de Modernización del Estado precisó que los procesos de modernización se sujetarán a los principios de eficiencia, agilidad, transparencia, coparticipación en la gestión pública y solidaridad social. Estos principios se recogieron también en el Código Orgánico Administrativo, en cuyos artículos 2 a 17 se agregaron los siguientes otros principios:

“Principio de calidad; Principio de jerarquía. Principio de desconcentración. Principio de descentralización. Principio de coordinación. Principio de participación. Principio de planificación. Principio de transparencia. Principio de evaluación. Principio de juridicidad. Principio de responsabilidad. Principio de proporcionalidad. Principio de buena fe.”

El mismo Código Orgánico Administrativo de Ecuador, agregó otros “principios de la actividad administrativa en relación con las personas,” que enumeró en sus artículos 18 a 24:

“Principio de interdicción de la arbitrariedad. Principio de imparcialidad e independencia. Principio de control. Principio de ética y probidad. Principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Principio de racionalidad. Principio de protección de la intimidad.”

La Ley de Bolivia, siguió la línea enumerativa extensa de “Generales de la Actividad Administrativa, listando los siguientes, luego de indicar como “Principio fundamental” que “el desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad:”

“Principio de autotutela; Principio de sometimiento pleno a la ley; Principio de verdad material; Principio de buena fe, la confianza, la cooperación y la lealtad; Principio de imparcialidad; Principio de legalidad y presunción de legitimidad; Principio de jerarquía normativa; Principio de control judicial; Principio de eficacia; Principio de economía, simplicidad y celeridad; Principio de informalismo; Principio de publicidad; Principio de impulso de oficio.”

La Ley de la Republica Dominicana destinó su artículo 3 a establecer los “Principios de la actuación administrativa,” disponiendo que en el marco “del

respeto al ordenamiento jurídico en su conjunto, la Administración Pública sirve y garantiza con objetividad el interés general y actúa, especialmente en sus relaciones con las personas, de acuerdo con los siguientes principios:

“Principio de juridicidad; Principio de servicio objetivo a las personas; Principio promociona; Principio de racionalidad; Principio de igualdad de trato; Principio de eficacia; Principio de publicidad de las normas, de los procedimientos y del entero quehacer administrativo; Principio de seguridad jurídica, de previsibilidad y certeza normativa; Principio de proporcionalidad; Principio de ejercicio normativo del poder; Principio de imparcialidad e independencia; Principio de relevancia; Principio de coherencia; Principio de buena fe; Principio de confianza legítima; Principio de asesoramiento; Principio de responsabilidad; Principio de facilitación; Principio de celeridad; Principio de protección de la intimidad; Principio de ética; Principio de debido proceso.”

Por último, en la Ley de El Salvador, su artículo 3 dispone que la Administración Pública debe servir con objetividad a los intereses generales, y sus actuaciones están sujetas a los siguientes principios:

“Legalidad; Proporcionalidad; Antiformalismo; Eficacia; Celeridad e impulso de oficio; Economía; Coherencia; Verdad material; Buena fe.”

Estos principios, además, como lo señala el artículo 2 de la Ley de Brasil, deben servir como *criterio interpretativo* para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las normas de procedimiento. En el mismo sentido, se regula en la Ley de Honduras (art. 19 y 114) y la Ley del Perú (artículo IV del Título preliminar), donde se señala no sólo que los principios deben servir de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, sino además, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo.

Por ello, una enumeración extensísima de principios del procedimiento administrativo, como la contenida en las leyes de Brasil, de Uruguay, de Perú, de Bolivia, de Ecuador, de República Dominicana y de El Salvador, por ejemplo, sin duda tiene la ventaja de permitir al juez contencioso-administrativo ejercer un control más efectivo y con mayor amplitud en relación con la actividad administrativa; y más aún cuando en dichas leyes, los principios no solo se enumeran si que cada uno de ellos se define con precisión.

Por ello, por supuesto, mucho más importante que la sola enumeración de los principios que traen todas las leyes, es la definición, en los textos legales del contenido de los mismos. Es lo que hacen, por ejemplo, además de las leyes antes indicadas, el Código colombiano, siendo esa la orientación que siguió el Reglamento sobre procedimientos administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Por ejemplo, en relación con el principio de *economía* enumerado en todas las Leyes, el Código colombiano, en su artículo 2, señala que en virtud del mismo se debe tener en cuenta:

“Que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones; que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervengan en ellos; que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.

En relación, por ejemplo, con el principio del *debido procedimiento*, la Ley del Perú dispone en el artículo IV, 1.2 del Título Preliminar, que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que se rige por los principios de derecho administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Por otra parte, al referirse al principio de *celeridad*, el artículo 3.19 de la ley de República Dominicana señala que en virtud del mismo:

“las actuaciones administrativas se realizarán optimizando el uso del tiempo, resolviendo los procedimientos en plazo razonable que, en todo caso, no podrá superar los dos meses a contar desde la presentación de la solicitud en el órgano correspondiente, salvo que la legislación sectorial indique un plazo mayor.

En especial, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones a los efectos de que los procedimientos se tramiten con diligencia y sin dilaciones injustificadas, de manera escrita o a través de técnicas y medios electrónicos.”

La Ley del Perú, por su parte, en relación con este mismo principio de *celeridad*, dispone en el artículo IV, 1.9 del Título Preliminar, como obligación para quienes participan en el procedimiento, el que deben ajustar su actuación de tal modo que:

“Se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.”

Por otra parte, en cuanto al principio de la *eficacia*, la norma del Código colombiano señala que el mismo tiene por objeto lograr la finalidad del procedimiento “removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias; siendo más explícita la Ley de El Salvador al indicar sobre dicho principio en su artículo 3.4, que:

“La Administración, antes de rechazar el inicio del procedimiento o recurso, su conclusión anormal o la apertura de un incidente, debe procurar la reparación o subsanación de cualquier defecto que haya advertido, incluso sin necesidad de prevención al interesado.”

La Ley del Perú, en relación con este mismo principio de la *eficacia*, en el mismo artículo IV del Título Preliminar, es aún más explícita, al señalar:

“1.10. Principio de eficacia. Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.”

En sentido similar sobre el principio de la *eficacia*, se expresa el Código de Ecuador (art. 3), y la Ley de la República Dominicana (art. (art. 3.6). Por su parte, la Ley de Bolivia dispone también en su artículo 4.p, que conforme al mismo:

“La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.”

En todos estos casos, sin duda, al precisarse el contenido de los principios, el Juez contencioso-administrativo dispone de mayores elementos para poder ejercer su competencia de control sobre la actuación de la Administración.

Muchas de estas normas nacionales relativas a la enumeración y definición de los principios del procedimiento administrativo fueron, precisamente las que influyeron en la sanción del Reglamento de procedimientos administrativos que rige para la Secretaría General de la Comunidad Andina, en el cual también se precisa que en los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General, ésta se debe regir por los siguientes principios:

“Legalidad, economía procesal, celeridad, eficacia, igualdad de trato a las partes, transparencia, uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y racionalización de la actividad administrativa.”

No debe olvidarse, sin embargo, que en América Latina, antes de que se comenzaran a dictar las leyes generales sobre procedimientos administrativos, los principios antes mencionados habían venido construyéndose con la ayuda de la doctrina, por obra del juez contencioso-administrativo, sin texto normativo expreso. Por ello es que el derecho administrativo en América Latina puede dividirse en las dos etapas mencionadas: antes y después de las leyes que han regulado todos esos principios, los cuales, antes, habían venido siendo creados por la jurisprudencia y delineados por la doctrina. En todo caso, a medida que estos principios se han ido estableciendo en texto expreso, se han reforzado los instrumentos que le han permitido al juez ejercer con mayor precisión el control de legalidad, catapultándose, en consecuencia, tanto la jurisprudencia como la doctrina.

Por ejemplo, el que se encuentre en el Decreto uruguayo y en las Leyes de Perú y Venezuela, la enunciación expresa del principio de la buena fe puede considerarse como una revolución en el régimen jurídico de la Administración Pública, porque en la práctica de algunas Administraciones, lamentablemente, lo que el funcionario busca normalmente es la manera de obstaculizar las pretensiones del interesado, y el administrado, a su vez, la manera de engañar a la Administración.

El principio de la *buena fe*, al contrario, tiene que convertirse en el instrumento que pueda garantizarle al particular que puede confiar en la Administración y en el funcionario, y viceversa. En consecuencia, encontrar este principio expresamente consagrado en el derecho positivo permite al Juez poder controlar más la actuación de la Administración.

En relación con este principio de la *buena fe*, la Ley del Perú lo enuncia, dentro del principio de conducta procedimental (art. IV, Título Preliminar), así:

“1.8. Principio de conducta procedimental. La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.”

Incluso, en la Ley venezolana sobre Simplificación de Trámites Administrativos se formula el principio de que:

“Artículo 9: De acuerdo con la presunción de buena fe, los trámites administrativos deben mejorarse o rediseñarse para lograr el objetivo propuesto en la generalidad de los casos y no para cubrir posibles excepciones al comportamiento normal del ciudadano. En consecuencia, en todas las actuaciones que se realicen ante la Administración Pública, se debe tener como cierta la declaración del administrado, salvo prueba en contrario.”

Este principio, por otra parte, se recoge como “presunción de veracidad” en el artículo 3º del Decreto N° 266 de 2000 de Colombia sobre simplificación de trámites; y también se enuncia, por ejemplo, en la Ley de Bolivia, en cuyo artículo 4.e se dispone sobre el mismo que:

“Principio de buena fe: En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos; orientarán el procedimiento administrativo.”

También, en la Ley de la República Dominicana, en su artículo 3.14 se indica sobre el principio de la *buena fe*, que:

“en cuya virtud las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento legal de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.”

También en la Ley de El Salvador se enunció el principio de la *buena fe* (art. 3.9), indicándose que:

“todos los participantes en el procedimiento deben ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una persona correcta, la cual se presume respecto de todos los intervinientes.”

Además, debe tenerse en cuenta que en Europa y, particularmente, en España, derivado del principio de la *confianza legítima*, que es uno de los principios contemporáneos desarrollados por el derecho alemán y el derecho de la Comunidad Europea, se han venido desarrollando nuevos mecanismos para regular la actividad de la Administración en relación con los particulares y respecto de la relación jurídica que surge siempre entre ambos. Por ello, encontrar este principio, no ya derivado de la jurisprudencia, sino en el derecho positivo, sin duda, puede permitir un avance y un enriquecimiento posterior de gran importancia en nuestra disciplina.

Y en tal sentido, precisamente, debe destacarse la Ley de la República Dominicana que dispone (art. 3.15) en relación con el dicho principio de la confianza legítima que en virtud del mismo:

“la actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia Administración en el pasado.”

En similar sentido, con mayor desarrollo, el Código de Ecuador, dispone en su artículo 22, al referirse a los “*principios de seguridad jurídica y confianza legítima*,” que:

“Las administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad. La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado. La aplicación del principio de confianza legítima no impide que las administraciones puedan cambiar, de forma motivada, la política o el criterio que emplearán en el futuro.

Los derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada.”

Una norma apuntando en sentido similar, respecto de los cambios de criterios dispuestos por la Administración y sus límites, se estableció en la ley venezolana, al disponer:

“Artículo 11. Los criterios establecidos por los distintos órganos de la Administración Pública podrán ser modificados, pero la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados. En todo caso, la modificación de los criterios no dará derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes.”

IV. PLAN DEL ESTUDIO

Ahora bien, el conjunto de principios a través de los cuales puede realizarse un análisis comparativo de todas las leyes de procedimientos administrativo existentes en América Latina,²⁷ puede agruparse en los siguientes once grandes principios, que constituyen las partes fundamentales de este estudio:

²⁷ Muchas de estas leyes las he comentado específicamente: V. Allan R. Brewer-Carías, de Costa Rica: “Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la

I. *El principio de la buena administración*, como fundamento de todos los principios del procedimiento administrativo.

II. *El principio de la legalidad*, en el cual se agrupan el principio del sometimiento al derecho y paralelismo de las formas, el principio de la jerarquía de los actos y el régimen de la discrecionalidad.

Administración Pública de Costa Rica” en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José 1981*, pp. 31-57; y en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XLVIII, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1982, N° 1, pp. 47-58; de Perú: “La regulación del procedimiento administrativo en América Latina (con ocasión de la primera década de la Ley N° 27.444 del Procedimiento Administrativo General del Perú 2001-2011),” en *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho, No 67, El procedimiento administrativo a los 10 años de entrada en vigencia de la LPAG*, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2011, pp. 47-77; de Colombia: “Los principios del procedimiento administrativo en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia (Ley 1437 de 2011),” en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo, X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. El Salvador, 2011*, pp. 879-918; y en *Visión actual de los Procedimientos Administrativos, III Congreso de Derecho Administrativo Margarita 2011*, Centro de Adiestramiento Jurídico “CAJO” y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 13-48; de Argentina, “La Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina de 1972 en el inicio del proceso de positivización de los principios del procedimiento administrativo en América Latina,” en Héctor M. Pozo Gowland, David A. Halperin, Oscar Aguilar Valdez, Fernando Juan Lima, Armando Canosa (Coord.), *Procedimiento Administrativo. Tomo II. Aspectos generales del procedimiento administrativo. El procedimiento Administrativo en el derecho Comparado*, Buenos Aires 2012, pp. 959-993; en República Dominicana: “Principios del procedimiento administrativo en la Ley N° 107-13 de la República Dominicana sobre procedimientos administrativos de 6 de agosto de 2013,” en *Revista de Derecho Público*, No. 135 (julio-septiembre 2013), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 59-72; en El Salvador: “Comentarios sobre la Ley de Procedimientos Administrativos de 15 de diciembre de 2017 de El Salvador, en perspectiva histórica y comparada,” en *Revista de Derecho Público*, N° 155-156, julio-diciembre 2018, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 249-296; y en el libro *Comentarios a la Ley de procedimientos Administrativos. Homenaje al Profesor José Meilán Gil*, (Jaime Rodríguez Arana-Muñoz y Henry Alexander Mejía, Directores), Cuadernos legislación Comentada y Relacionada No. 2, Editorial Cuscatleca, El Salvador 2019, pp. 63-80; en Venezuela, “Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos” en *Revista de Derecho Público*, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1981, pp. 115-117; “Comentarios sobre el alcance y ámbito de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en Venezuela” en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XLIX, N° 3, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1983, pp. 247-258, e “Introducción al régimen de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en Allan R. Brewer-Carías (Coordinador-editor), Hildegard Rondón de Sansó y Gustavo Urdaneta, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Colección Textos Legislativos, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981, pp. 7-51.

III. *Los principios de la organización administrativa*, entre ellos, los de jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, cooperación y lealtad interinstitucional.

IV. *El principio de la eficacia*, el cual, a su vez, agrupa un conjunto de principios como el principio de la instrumentalidad, el principio de la economía procesal, el principio del informalismo, el principio *favor acti*, el principio *conservatio acti* o de la finalidad, el principio de la presunción de legalidad, el principio *pro actione* y el principio de la caducidad.

V. *El principio de la participación*, que informa todo lo relativo al derecho de petición, al principio de la legitimación, al principio de igualdad y al principio de la publicidad.

VI. *El principio de la oficialidad*, donde se incluyen el principio inquisitivo, el principio de la objetividad, el principio de la imparcialidad y de la transparencia, el principio de celeridad y el principio ejecutivo.

VII. *El principio de la celeridad*.

VIII. *El principio del debido procedimiento*, que comprende el principio del contradictorio, el derecho a la defensa, el principio de gratuidad, el principio de motivación, y los principios de confianza legítima, de la buena fe, de la lealtad y de verdad material.

IX. *Los principios sobre la terminación del procedimiento*.

X. *Los principios sobre los actos administrativos*, relativos al régimen de los requisitos de legalidad y de las nulidades de los mismos.

XI. *Los principios sobre la ejecución de los actos administrativos*.

XII. *Los principios sobre los vicios de los actos administrativos y las nulidades*

XIII. *El principio del control interno*, que corresponde todo el sistema de recursos administrativos; y

XIV. *El principio del agotamiento de la vía administrativa y la tutela judicial efectiva*.

Este último aspecto tiene un peso importante en el régimen de los procedimientos administrativos, al punto de que puede decirse que las primeras leyes que regularon estos temas en América Latina fueron las referidas a los recursos administrativos, tanto en las leyes especiales como en forma general. Como ejemplo debe mencionarse el caso de Argentina en los años treinta, donde se reguló legislativamente al recurso jerárquico, siendo, sin duda, los decretos y leyes relativos al mismo el antecedente de los primeros cuerpos normativos relativos al procedimiento administrativo.

PRIMERA PARTE

EL PRINCIPIO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN

La *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza, estableció en su artículo 41 como uno de los derechos reconocidos en la Unión, lo que se denominó como el “derecho a una buena administración” englobándose en dicho acápite, una serie de derechos que son clásicos en el campo del procedimiento administrativo que se ha venido desarrollando en los Estados.

En particular, dicho artículo 41 se refirió al “derecho de toda persona a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable,” incluyendo en particular, “el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.” Igualmente se englobó en dicho derecho a una buena administración, el que tiene toda persona “a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.”

Este concepto de “buena administración” a pesar de su origen en el marco de la Comunidad europea, ha sido desarrollado en todos los países de la Unión, particularmente en España, habiendo permeado hacia América Latina, al punto de haberse incorporado en algunas de las Leyes más recientemente dictadas,

Es el caso, por ejemplo, de la Ley de El Salvador, en la cual, sin perjuicio de los derechos reconocidos en la Constitución y las leyes, las personas, en sus relaciones con la Administración Pública, son titulares, entre otros, del derecho:

“A la buena Administración, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad e imparcialidad y que sean resueltos en un plazo razonable y al servicio de la dignidad humana” (art. 16.1).

En el mismo sentido, en el Código de Ecuador se declara que las personas son titulares del “derecho fundamental a la buena administración pública,” el cual se concreta “en la aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales, la ley y este Código” (Art. 31).

Y en la misma línea, la Ley de la República Dominicana, en su artículo 4 dedicado a regular el “derecho a la buena administración y derechos de las personas en sus relaciones con la Administración Pública,” reconoce

precisamente “el derecho de las personas a una buena Administración Pública, que se concreta, entre otros, en los siguientes derechos subjetivos de orden administrativo,” que se configuran, en definitiva, como principios del procedimiento administrativo como se analiza en este libro:

“1. Derecho a la tutela administrativa efectiva. 2. Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas. 3. Derecho a una resolución administrativa en plazo razonable. 4. Derecho a una resolución justa de las actuaciones administrativas. 5. Derecho a presentar por escrito peticiones. 6. Derecho a respuesta oportuna y eficaz de las autoridades administrativas. 7. Derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración Pública o que versen sobre hechos no controvertidos o no relevantes. 8. Derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente. 9. Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas. 10. Derecho a una indemnización justa en los casos de lesiones de bienes o derechos como consecuencia de la actividad o inactividad de la Administración. 11. Derecho a acceder a servicios públicos en condiciones de universalidad y calidad, en el marco del principio de subsidiaridad. 12. Derecho a elegir y acceder en condiciones de universalidad y calidad a los servicios de interés general de su preferencia. 13. Derecho a opinar sobre el funcionamiento de los servicios a cargo de la Administración Pública. 14. Derecho a conocer las obligaciones y compromisos que se deriven de los servicios a cargo de la Administración Pública. 15. Derecho a formular alegaciones en cualquier momento del procedimiento administrativo. 16. Derecho a presentar quejas, reclamaciones y recursos ante la Administración. 17. Derecho a interponer recursos ante la autoridad judicial sin necesidad de agotar la vía administrativa previa. 18. Derecho a conocer las evaluaciones de los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente. 19. Derecho de acceso a los expedientes administrativos que les afecten en el marco del respeto al derecho a la intimidad y a las declaraciones motivadas de reserva que en todo caso habrán de concretar el interés general al caso concreto. 20. Derecho a una ordenación racional y eficaz de los archivos, registros y bases de datos administrativos físicos o digitales. 21. Derecho de acceso a la información de la Administración, en los términos establecidos en la ley que regula la materia. 22. Derecho a copia sellada de los documentos que presenten a la Administración Pública. 23. Derecho a ser informado y asesorado en asuntos de interés general. 24. Derecho a ser tratado con cortesía y cordialidad. 25. Derecho a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo. 26. Derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten. 27. Derecho a ser notificado por escrito o a través de las nuevas tecnologías de las

resoluciones que les afecten en el más breve plazo de tiempo posible, que no excederá de los cinco días hábiles. 28. Derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general. 29. Derecho a actuar en los procedimientos administrativos a través de representante. 30. Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades del personal al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas. 31. Derecho a recibir atención especial y preferente si se trata de personas en situación de discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores, y en general de personas en estado de indefensión o de debilidad manifiesta.”

SEGUNDA PARTE

EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

Las leyes de procedimiento administrativo, ante todo, tienden a reforzar el principio de legalidad, es decir, el sometimiento pleno de la Administración al derecho, o como lo indica la ley de la República Dominicana “al ordenamiento jurídico del Estado” (art. 3.3), de manera de garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la misma. En consecuencia, como lo indica la Ley peruana en el artículo IV, 1.1 del Título Preliminar:

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

O como lo declara la Ley de El Salvador:

“Art. 3.1. Legalidad: la Administración Pública actuará con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico, de modo que solo puede hacer aquello que esté previsto expresamente en la ley y en los términos en que esta lo determine.”

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

En general, todas las leyes de procedimiento administrativo puede decirse que refuerzan este principio de legalidad para garantizar el sometimiento de la

Administración a la totalidad de las fuentes del derecho; principio que se puede analizar comparativamente, desglosándolo en cuatro otros principios fundamentales: el principio del sometimiento de la Administración al derecho; el principio de la jerarquía, que por vía interpretativa de las leyes permite afianzar la legalidad, los principios de la organización administrativa que configuran también un marco de la legalidad; y, por último, el principio de los límites a la discrecionalidad, es decir, la reducción de la arbitrariedad que también encuentra consagración positiva.

I. EL PRINCIPIO DEL SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN AL DERECHO

1. El sometimiento al derecho y sus fuentes

El solo hecho de que se dicte una ley de procedimientos administrativos puede considerarse como un enunciado formal de que la Administración tiene que someterse al derecho y, a su vez, de que ese sometimiento puede ser objeto de control por los tribunales contencioso-administrativos. Se trata, nada más y nada menos, que de uno de los signos de afianzamiento del Estado de derecho.

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

En cuanto a la actividad administrativa, ésta, al ser de rango sublegal, por supuesto que no sólo está sometida a la Constitución sino también a todas las otras fuentes del ordenamiento jurídico, respetándose “la jerarquía normativa” de las fuentes, como lo indica la Ley de Honduras (art. 2) e, incluso, a las fuentes no escritas. De allí la importancia de los principios generales del derecho administrativo que han guiado la elaboración de las leyes de procedimiento administrativo formulados inicial y paulatinamente a través de su aplicación jurisprudencial, y que han terminado siendo positivizados en las leyes.

Como consecuencia de ello, al analizar el sometimiento de la Administración al principio de legalidad, conforme a las leyes de procedimiento administrativo se constata que ya no se trata sólo de un principio general del

derecho, pues el mismo tiene cada vez con más frecuencia y precisión una expresión formal en los textos. Uno de estos enunciados está, por ejemplo, en la Ley de Brasil que impone como criterio a ser observado en los procedimientos administrativos, “la actuación conforme a la Ley y al derecho” (art. 2, Parágrafo Único, I); y en el Reglamento de la Comunidad Andina, al disponer su artículo 5° que precisamente en virtud del *principio de legalidad*:

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

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

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

La Ley de Bolivia, también se refiere al “principio de sometimiento pleno a la ley” de los actos de la Administración Pública, “asegurando a los administrados el debido proceso” (art. 4.c).

Este principio de *legalidad* o de actuación en conformidad con el derecho, por tanto, implica que las actividades que realicen todos los órganos que ejercen el Poder Público y no sólo los que conforman la Administración Pública, deben someterse a la Constitución y a las leyes. La consecuencia de ello, en un Estado de derecho como el que organiza la Constitución venezolana de 1999, es que las actividades contrarias al derecho están sometidas al control tanto 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 de Venezuela 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 4°. 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, la indicación formal de la jerarquía de las fuentes del derecho: 1) la Constitución, 2) las leyes y 3) los actos administrativos normativos; y la referencia al principio teleológico de la sumisión a la ley, cuyo fin es la garantía y protección de las libertades públicas propias del régimen democrático. Las fuentes del derecho, además, para ser tales, deben haberse dictado formal y previamente a la actividad que se regule, lo que implica la proscripción de la retroactividad de la ley.

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

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

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

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

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

Esta identificación de las fuentes también se encuentra por ejemplo en el Código de Ecuador, al enunciar como “principio de juridicidad,” el orden jerárquico de las mismas, así:

“La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos *internacionales*, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código. La potestad discrecional se utilizará conforme a Derecho.”

En Panamá, el orden jerárquico de las disposiciones que deben ser aplicadas y que se define en la ley es: “la Constitución Política, las leyes o decretos con valor de ley y los reglamentos” (art. 35).

La Ley del Perú también fue precisa en este proceso de positivización de las fuentes del derecho administrativo, como fuentes del procedimiento administrativo, al indicar que “el ordenamiento jurídico-administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del derecho” (art. V, Título Preliminar), consagrando así la autonomía del derecho administrativo para lo cual precisa el mismo artículo V,1 que “el ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho”. Por otra parte, enumera las siguientes fuentes del derecho administrativo:

“2.1. Las disposiciones constitucionales. 2.2. Los tratados y convenios internacionales *incorporados* al Ordenamiento Jurídico Nacional. 2.3. Las leyes y disposiciones de jerarquía equivalente. 2.4. Los Decretos Supremos y demás normas reglamentarias de otros poderes del Estado. 2.5. Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos. 2.6. Las demás normas subordinadas a los reglamentos anteriores. 2.7. La jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas. 2.8. Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede. 2.9. Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas. 2.10. Los principios generales del derecho administrativo.”

Sin embargo, en cuanto a la jurisprudencia, a los precedentes, a las consultas interpretativas y a los principios generales del derecho administrativo,

señala la ley que: “sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento positivo al cual se refieren”. (art. V, 3, Título Preliminar).

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

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

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

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

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

2. *El carácter sublegal de la actividad administrativa*

A. *El respeto a la legalidad*

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

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

En tal sentido puede decirse que, con carácter general en América Latina, al contrario de lo que sucede en el sistema constitucional francés, no hay áreas normativas reservadas a la Administración. La función normativa por excelencia corresponde al legislador, órgano que tiene la posibilidad de ejercer con los solos límites constitucionales, su potestad normativa. Por tanto, el principio del derecho francés de la existencia de áreas reservadas al Poder Ejecutivo para ser reglamentadas, que limitan la potestad reguladora del legislador, no existe en América Latina. Al contrario, en nuestros países, la potestad normativa del legislador en principio es ilimitada en cuanto a las materias que puede abarcar, por lo que puede regular todo dentro del marco de la Constitución. Es decir, la competencia normal de carácter normativo corresponde al Parlamento, no habiendo áreas reservadas al reglamento; al contrario, lo que sí puede haber y existen son áreas reservadas al legislador, lo que configuran la reserva legal como limitación a la potestad reglamentaria.

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

B. *El respeto a la reserva legal*

De lo anterior resulta, por tanto, que si bien no existen áreas de regulación normativa reservadas al Reglamento, que siempre está sometido y subordinado a la ley; en cambio, sí existen áreas que están reservadas al legislador, que implican una limitación a la potestad reglamentaria y al acto administrativo normativo. Estas áreas de la reserva legal derivan tanto de principios constitucionales como de normas expresas de la Constitución.

En efecto, no es infrecuente encontrar en las Constituciones reservas legislativas expresas, por ejemplo, en materia de organización administrativa, como sucede en el caso venezolano, donde la Constitución precisa, por ejemplo, que “La Ley determinará lo relativo a la organización y funcionamiento de la

Contraloría General de la República...” (art. 290); o que “La organización de los Municipios y demás entidades locales se regirá... por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que en conformidad con aquéllas dicten los Estados” (art. 169). Por lo tanto, en materia de organización, en estos casos, es la Constitución la que establece expresamente la reserva legal.

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

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

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

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

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

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

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

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

“Los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter *general* no podrán establecer penas ni imponer penas, exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares” (art. 124).

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

II. LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. *El régimen legal del procedimiento*

A. *El ámbito de aplicación*

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

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

a. *El principio de la generalidad*

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

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

Esta excepción se da, sin embargo, en el caso de Brasil y Colombia. La Ley de Brasil, en efecto, prescribe que los preceptos de la misma “se aplican a los órganos de los Poderes Legislativos o Judicial de la Unión, cuando desempeñen

la *función administrativa*” (art. 1, Parágrafo 1°). Por su parte, en Colombia, el Código Contencioso Administrativo, en el libro sobre Procedimientos Administrativos, prescribe que sus normas se aplican al *ejercicio de la función administrativa*, sea cual sea el órgano o entidad que la ejerza: puede tratarse de los órganos de todas las ramas del Poder Público, de entidades descentralizadas, de órganos desconcentrados de rango constitucional y de entidades privadas “cuando unos y otros cumplan funciones administrativas” (art. 1).

Por ello, la definición del ámbito de aplicación del Código de Colombia es funcional; sea quien sea que ejerza la función administrativa se rige por sus normas, trátese de un órgano del Congreso, de la Administración, o de las entidades particulares cuando dictan actos administrativos.

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

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

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

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

b. *El principio de extensión*

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

En aquellos países de régimen federal, (por ejemplo, Argentina, Brasil, México y Venezuela), la distribución territorial del Poder Público en forma vertical hace que los órganos políticos de los Estados y municipales tengan autonomía, inclusive para regular los procedimientos administrativos, no existiendo una sola y general ley nacional de procedimientos administrativos. Por ello, en México y en Brasil, la Ley se denomina “ley federal” de procedimientos administrativos, para distinguirla de las leyes de cada uno de los Estados de la Federación sobre procedimientos administrativos. En el caso argentino, la “ley nacional” de procedimientos administrativos es distinta e independiente de las leyes provinciales sobre procedimientos administrativos, las cuales, incluso, históricamente son anteriores a la ley nacional.

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

En Venezuela, incluso, el principio de extensión condujo a prever la aplicabilidad de la Ley Orgánica a lo que eran las Administraciones Públicas funcionalmente autónomas de rango constitucional, como la Contraloría General de la República, el Consejo de la Judicatura y el Ministerio Público; entidades que han sido configuradas, en la Constitución de 1999, como órganos que forman parte de la penta división del Poder Público. Por ello, a la Contraloría General de la República y a la Fiscalía General de la República habría que agregar, entre esas entidades a las cuales se aplicaría la ley “en cuanto su normativa les sea aplicable”, a la Defensoría del Pueblo, al Consejo Nacional Electoral e, incluso, a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, creada con la eliminación del Consejo de la Judicatura.

Puede decirse, que este principio de la extensión ha adquirido una nueva dimensión en la Constitución venezolana de 1999 al haber establecido no sólo la forma federal del Estado sino al haber dispuesto a nivel nacional (Poder Público Nacional) la antes mencionada penta división del Poder Público (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral) y haber regulado a la Administración Pública. En efecto, la Constitución de 1999 contiene un extenso Título IV relativo al “Poder Público”, cuyas normas se aplican a todos los órganos que ejercen el Poder Público tal como lo indica el artículo 136: en su distribución vertical o territorial (Poder Municipal, Poder de los Estados y Poder Nacional); y, en el nivel Nacional, en su distribución horizontal (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral).

En dicho Título se incorporó una sección relativa a “la Administración Pública”, cuyas normas se aplican a todos los órganos y entes que ejercen esos Poderes Públicos. De allí que lo primero que debe determinarse es cuáles son los órganos estatales que ejercen el Poder Público y que pueden considerarse como tal “Administración Pública”.

Ante todo, por supuesto, están los órganos de los diversos niveles del Poder Público (Nacional, Estatal y Municipal) que ejercen el Poder Ejecutivo. En consecuencia, las normas que contiene la sección se aplican a todas las “Administraciones Públicas” *ejecutivas* de la República (administración pública nacional), de los Estados (administración pública estatal), de los Municipios (administración pública municipal) y de las otras entidades políticas territoriales que establece el artículo 16 de la Constitución, entre las cuales se destacan los Distritos Metropolitanos cuyos órganos ejercen el Poder Municipal.

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

En consecuencia, en los términos de la sección segunda del Título IV de la Constitución, la Administración Pública del Estado no sólo está conformada por órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, sino por los órganos que ejercen el Poder

Ciudadano y el Poder Electoral, y por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura que en ejercicio del Poder Judicial tiene a su cargo la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial.

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

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

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

En cuanto a la Administración Pública que conforman los demás órganos del Poder Público Nacional, es decir, los que a nivel nacional ejercen el Poder Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, las disposiciones de la Ley Orgánica sólo se les aplican “supletoriamente” (art. 2). En cuanto a los órganos que ejercen el Poder Legislativo, respecto de las funciones administrativas que realicen, conforme al artículo 2 de la Ley Orgánica, también se les podrán aplicar sus disposiciones supletoriamente.

En relación con los órganos de los Poderes Públicos que derivan de la distribución territorial del Poder Público, conforme al artículo 2 de la LOAP “los principios y normas (de la Ley Orgánica) que se refieran en general a la Administración Pública, o expresamente a los Estados, Distritos metropolitanos y Municipios, serán de obligatoria observancia por éstos, quienes desarrollarán los mismos dentro del ámbito de sus respectivas competencias”.

En cuanto a las demás regulaciones de la Ley Orgánica, rige el mismo principio de su posible aplicación supletoria a las Administraciones Públicas de los Estados y Municipios (art. 2).

c. *Los procedimientos excluidos*

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

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

“No se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza, requieren decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, *salubridad* y circulación de personas y cosas” (art. 1).

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

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

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

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

B. *Los procedimientos especiales y el principio de supletoriedad*

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

En efecto, en todas las leyes de procedimiento administrativo se señala que puede haber procedimientos especiales, que serían los aplicables en el caso concreto, conforme al principio de la especialidad. Paralelamente, sin embargo, se regula el principio de la supletoriedad, en el sentido de que en estos procedimientos especiales se aplica el régimen general de la Ley, en todo lo no regulado en los referidos procedimientos especiales.

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

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

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

C. *El régimen supletorio del procedimiento civil*

Otro principio general supletorio que se puede identificar en el régimen de las leyes de procedimiento administrativo es el relativo a la aplicabilidad de las normas procesales generales respecto de los procedimientos administrativos. Entre las leyes de procedimiento administrativo que regulan este aspecto están las de Costa Rica, México, Honduras y Perú.

En efecto, la Ley General de Costa Rica destinada a regular los procedimientos que se desarrollan ante la Administración, precisa que en ausencia de disposición expresa de su texto se deban aplicar “supletoriamente”, en lo que fueren compatibles, las otras leyes que contengan normas procesales, que son, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el Código de Procedimiento Civil (art. 229). En sentido similar, el artículo 150 de la Ley de Honduras dispone que:

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

En el Perú, la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que “la regulación propia del derecho procesal civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo” (art. IV,2); y en México, la Ley Federal también prescribe que el Código Federal de Procedimiento Civil se aplicará, supletoriamente a esta Ley, en lo conducente (art. 2).

En todo caso, éste ha sido uno de los temas tradicionalmente más discutidos en relación al régimen procesal administrativo. Las leyes administrativas están regidas por el principio del informalismo y el principio de la flexibilización de la acción administrativa, por lo que, como principio, el Código de Procedimiento Civil no debería aplicarse al procedimiento administrativo. Incluso en países como Venezuela, los tribunales contencioso-administrativos han tenido un rechazo sistemático respecto de admitir la aplicación de los principios del Código de Procedimiento Civil al procedimiento administrativo, precisamente, entre otros factores, por los principios del informalismo y antiritualismo que deben regir al procedimiento administrativo.

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

D. *El principio de exclusividad*

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

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

Este es uno de los principios claves derivados de la garantía de los particulares frente a la Administración, el que exclusivamente se aplique el procedimiento que regula la ley, no teniendo el funcionario poder discrecional alguno para aplicar cualquier otro procedimiento. Lo contrario atentaría contra el régimen mismo del procedimiento.

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

2. *La obligatoriedad del procedimiento*

A. *El principio de la imperatividad*

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

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

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

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

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

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

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

B. *Las clases de procedimiento*

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

Por ello, si el procedimiento es de efectos internos exclusivamente respecto de los órganos de la Administración, la Ley de Costa Rica prescribe que la Administración puede regularlo discrecionalmente. En consecuencia, la obligatoriedad es total cuando el procedimiento implique actos o acciones que vayan a afectar a los administrados, como lo señala la Ley de Honduras. Al contrario, cuando esta afectación a los particulares no existe, la Administración tendría la libertad de escoger cualquier otra modalidad de procedimiento.

Una excepción a la obligatoriedad se encuentra en la Ley Federal mexicana cuando se refiere a aquellos casos en que “medie una situación de emergencia o

urgencia, debidamente fundada y motivada”, supuesto en el cual la autoridad puede emitir el acto administrativo sin las formalidades del procedimiento, pero siempre respetando las garantías individuales (art. 61). Con ello, en situaciones excepcionales podría obviarse el principio de la obligatoriedad, así como también el procedimiento, y dictarse el acto sin regirse por la norma preestablecida, pero siempre respetando las garantías de los particulares.

C. *El principio de la responsabilidad*

La obligatoriedad del procedimiento trae como consecuencia, en todas las leyes, la aplicación del principio de la responsabilidad; por tanto, la mora o la no aplicación del procedimiento o trámites compromete la responsabilidad tanto de la Administración como del funcionario. Así, la Ley de El Salvador dispone que “los funcionarios que tuvieran a su cargo la tramitación de los asuntos serán responsables de esta y adoptarán las medidas oportunas para que no sufra retraso. Por ello, dispondrán lo conveniente para eliminar toda anormalidad en los expedientes y en la atención al público (art. 91).

Por otra parte, así está expresamente regulado en la ley venezolana (art. 6), y en la ley peruana. En la primera, se declara responsable al funcionario por “retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier disposición, procedimiento, trámite o plazo” establecido en la Ley (art. 100).

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

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

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

En la reforma del Código Colombiano de 2011, se estableció como uno de los nuevos principios del procedimiento administrativo enumerados en el mismo siguiendo la normativa de la Constitución de 1991, el principio de responsabilidad, en virtud del cual, conforme al artículo 3.7, las autoridades y sus agentes deben asumir “las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.”

Con ello, se formaliza en el Código el principio constitucional de la responsabilidad de los funcionarios, y no sólo del Estado, tan ampliamente desarrollado en Colombia; responsabilidad que se compromete frente a los administrados y también frente a la propia Administración por los daños causados en sus actuaciones.

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

El resultado del principio de la responsabilidad, es por tanto, que los daños y perjuicios que se causen deben ser resarcidos por la Administración. Como lo dispuso el Código de Ecuador:

“Art. 15.- Principio de responsabilidad. El Estado responderá por los daños como consecuencia de la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos o las acciones u omisiones de sus servidores públicos o los sujetos de derecho privado que actúan en ejercicio de una potestad pública por delegación del Estado y sus dependientes, controlados o contratistas. El Estado hará efectiva la responsabilidad de la o el servidor público por actos u omisiones dolosos o culposos. No hay servidor público exento de responsabilidad.”

En igual sentido, la Ley de la República Dominicana dispone:

“Art. 3.17. Principio de responsabilidad: Por el que la Administración responderá de las lesiones en los bienes o derechos de las personas ocasionados como consecuencia del *funcionamiento* de la actividad administrativa. Las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico.”

3. *El principio del paralelismo de las formas*

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

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

La consagración de este principio, por ejemplo, está en la ley del Perú, la cual al regular la potestad de la Administración para rectificar los errores materiales o aritméticos en los actos administrativos indica que “la rectificación adopta las formas y modalidades de comunicación o publicación que corresponda para el acto original” (art. 201,2).

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

4. *La proscripción de las vías de hecho*

La consecuencia de la regulación del procedimiento y del necesario sometimiento a la ley que lo regula es la necesidad de que la Administración, en su actuación, tenga que seguir siempre las vías legales. Por ello la Ley de El Salvador exige que “Toda actuación material de ejecución debe tener como fundamento un acto administrativo y ajustarse a los límites y alcances definidos por este” (art. 34).

La consecuencia de esto es que quedan proscritas las vías de hecho, las cuales existirían en toda actuación de la Administración que se aparte del procedimiento legalmente establecido o cuando la Administración pretenda adoptar una decisión sin que exista un acto previo que la autorice.

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

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

En sentido similar, la Ley de Honduras prescribe que:

Ninguna actuación material que limite derechos de los particulares podrá iniciarse sin que *previamente* haya sido adoptada y legalmente comunicada la decisión que le sirva del fundamento jurídico” (art. 20)

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

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

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

III. EL PRINCIPIO DE LA JERARQUÍA DE LOS ACTOS

1. *El respeto a la jerarquía de los actos administrativos*

El segundo principio del procedimiento administrativo derivado del principio de la legalidad es el de la jerarquía, que también tiene su antecedente formal en la Ley española de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957, que prescribía que “ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior”. (art. 23, 1)

Esa norma fue recogida textualmente en la legislación venezolana, al establecer el artículo 13 de la Ley Orgánica que “ningún acto administrativo podrá violar lo establecido en otro de superior jerarquía”. Consecuente con esta prescripción, el ordenamiento venezolano, además, establece el orden jerárquico de los actos administrativos, así: “decretos, resoluciones, órdenes, providencias y otras decisiones dictadas por órganos y autoridades administrativas.” (art. 14)

Por tanto, el principio de jerarquía en la organización administrativa rige en materia de legalidad, obligando a que los actos administrativos de los órganos inferiores se sometan a los dictados por los superiores. Tal como lo precisó la Ley de Bolivia:

“Artículo 4.h) Principio de jerarquía normativa: La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes.”

2. *El principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos*

El segundo principio derivado del principio de la jerarquía es el que en España se ha llamado “principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos”, es decir, la obligación que tiene la Administración de respetar los actos normativos cada vez que se dicte un acto individual o de efectos particulares. No sólo se trata de que el órgano inferior respete el acto normativo dictado por el órgano superior, sino de que el mismo órgano que dictó un acto normativo lo respete al dictar un acto de efectos particulares e, incluso, que el órgano superior respete el acto normativo del inferior al dictar un acto administrativo de efectos particulares.

Este principio también tiene relación con el principio del paralelismo de las formas: el reglamento sólo puede ser modificado por otro reglamento, dictado por la misma autoridad que produjo el primero, conforme al mismo procedimiento. Por tanto, dictado un acto administrativo normativo en una determinada área de competencia, el mismo no puede ser modificado o derogado singularmente cuando se dicte un acto administrativo individual, aún cuando éste lo dicte un órgano superior, el mismo órgano, o uno inferior.

Este principio encuentra regulación expresa en la Ley Orgánica venezolana, en cuyo artículo 13 se señala que los actos administrativos de carácter particular no pueden “vulnerar lo establecido en una disposición administrativa de carácter general, aún cuando fueren dictados por autoridad igual o superior a la que dictó la disposición general.” En igual sentido se reguló en la Ley de El Salvador:

“Art. 29. Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán contradecir lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquellas procedan de *un* órgano de igual o mayor jerarquía al que dictó la disposición general.”

En el caso de la Ley General de Costa Rica, su artículo 13 establece que:

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

La regla anterior se aplicará también en relación con los reglamentos, sea que éstos provengan de la misma autoridad, sea que provengan de otra superior o inferior competente.”

En consecuencia, dictada una norma reglamentaria ésta no puede derogarse singularmente mediante un acto individual, sino que tiene que ser modificada por la misma autoridad, mediante otro acto reglamentario.

El enunciado de este principio también se encuentra en el Reglamento de la Comunidad Andina cuando precisa que “los actos de la Secretaría General que generen efectos particulares no podrán vulnerar lo establecido en las Resoluciones de carácter normativo” (art. 9).

En Honduras, la Ley es todavía más precisa al prescribir que los órganos de la Administración, incluso mediante actos de carácter general, no pueden “vulnerar los preceptos de otro acto de carácter general dictado por un órgano de grado superior” (art. 40,d).

En Panamá, el principio se enuncia en el artículo 36 de la Ley, indicando que “ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo.”

IV. EL RÉGIMEN DE LA DISCRECIONALIDAD

Así como Adolf Merkl definió el derecho administrativo como “el derecho del procedimiento administrativo” y Maurice Horiou lo había definido como el derecho relativo a las personas jurídico-públicas; Marcel Waline, por su parte, también definió esta disciplina jurídica como “el derecho relativo al poder discrecional” con lo que se pone de manifiesto la importancia que tiene el ejercicio del poder discrecional en relación con los procedimientos administrativos.

En efecto, la discrecionalidad se da, como lo ha señalado la jurisprudencia venezolana, cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera, apreciando la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la Ley la que permite a la Administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminedar cuál es la situación de hecho. En esos casos, la Administración tiene la elección, sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que se dictará ante una situación de hecho, por lo que es posible afirmar que “la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas” (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 1-6-2001).

Por ello, en algunas de las leyes de procedimientos administrativos se ha regulado el ejercicio de la potestad discrecional, entendida como la posibilidad que da la ley al funcionario de adoptar decisiones según su apreciación de la oportunidad y conveniencia, pudiendo normalmente adoptar varias decisiones

que de acuerdo a la apreciación de los hechos y a la finalidad de la norma, todas, si se aplican, podrían ser igualmente justas. Es decir, como lo precisó la Ley de El Salvador, “de acuerdo con el principio de legalidad, solo podrán dictarse actos discrecionales, *cuando así lo autorice el ordenamiento jurídico*” (Art. 25)

1. *La reducción de la discrecionalidad: los conceptos jurídicos indeterminados*

En todo caso, si algo ha caracterizado al derecho administrativo en las últimas décadas en todos nuestros países, como lo enunció hace años Eduardo García de Enterría en un célebre trabajo sobre *La lucha contra las inmunidades del poder*; es el proceso de redefinición del ámbito de la discrecionalidad y de limitación de la misma. Este puede decirse que es uno de los signos comunes del derecho administrativo y, en particular, de las leyes de procedimiento administrativo.

El esfuerzo de la doctrina y de la jurisprudencia de las últimas décadas ha consistido, entonces, en deslastrar a los funcionarios de ciertas áreas de actuación que antes se consideraban como parte del poder discrecional y que, progresivamente, se han ido eliminando de dicho ámbito, como es el caso de la utilización de “conceptos jurídicos indeterminados” en la atribución de competencias. El tema deriva de la doctrina alemana y se ha desarrollado por la doctrina española, permitiendo sacar del ámbito de la discrecionalidad actuaciones que no lo son, porque son más bien parte de la legalidad, del sometimiento estricto a la ley. Los “conceptos jurídicos indeterminados”, en realidad, no le dejan a la Administración la libertad de optar entre varias posibilidades en su actuación, sino que al tener la Administración una sola posibilidad justa de actuar, ya no hay poder discrecional. Es lo que en Italia se ha denominado la “discrecionalidad técnica”, así llamada precisamente para indicar que no es discrecionalidad porque el juicio depende de elementos técnicos, y al depender de ellos, sólo es viable una solución y no múltiples.

Por su interés estimamos que debe destacarse una sentencia de 1993 de la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en la que se analizó con precisión el tema de los conceptos jurídicos indeterminados, al decidir sobre la impugnación de una decisión ministerial basada en el Reglamento de Radiodifusión Audiovisual, el cual, en uno de sus artículos establecía que las estaciones televisoras sólo podían transmitir programas recreativos que contribuyeran a la sana diversión, “sin ofender la moral pública ni exaltar la violencia y el delito” (art. 1).

Con fundamento en esta norma, el Ministerio correspondiente decidió clausurar un programa de televisión, arguyendo que en determinado horario se había proyectado “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”, con lo cual se habría infringido, en esta forma, la norma antes mencionada.

Se trataba de una escena de una obra de teatro brasileña que personificaba el nacimiento de un héroe mitológico indígena.

Dicho acto administrativo fue impugnado en la oportunidad pertinente, y la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en fecha 19-5-83, razonó como sigue en la decisión que dictó:

“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 una 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 conforme 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 de establecer la significación y el alcance del concepto moral pública empleada por la norma y que ha sido invocada como fundamento de la Resolución impugnada”...

Luego entró la Corte a analizar el concepto de moral pública así:

“6. La moral es el conjunto de valores que distinguen a una civilización, a un pueblo o a un individuo. El respeto y preservación de algunos de estos valores conciernen sólo al individuo y constituyen un problema de conciencia y de propia satisfacción espiritual. En cambio, existen otros valores individuales cuya conservación y acatamiento son considerados necesarios por una determinada colectividad o por un pueblo. Son aquellas reglas de conducta que deben ser observadas como garantías del orden público y de la convivencia social.

El empleo por la norma de la expresión moral pública, evidencia en primer lugar que lo que con ella se trata de preservar no son reglas atinentes a la moral individual, sino aquellas *cuya* violación podría afectar de alguna manera el buen orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos.

La determinación de tales reglas no puede ser el producto de la concepción individual o subjetiva de algún funcionario. Configurando una manifestación de la cultura general de un pueblo en un momento de su

evolución histórica, su determinación tiene que ser el resultado de una investigación objetiva acerca de la conducta, sentimiento, opiniones y reacciones de la colectividad frente a determinados hechos.

7. La moral pública es dinámica. Cambia con el correr de los tiempos y la evolución de las costumbres. De aquí que para juzgar si una determinada actuación ofende efectivamente a la moral pública, menester es atenerse al criterio dominante en el medio *social* en que aquella se realizó.

En el estado actual de la evolución cultural de Venezuela, sería inexacto sostener que toda *manifestación* del cuerpo humano desprovisto de vestimenta que afecte a la moral pública o constituya objeto de escándalo o de repudio por parte de la colectividad” (*Revista de Derecho Público*, N° 34, Caracas, 1988, p. 69).

Con este razonamiento, la Corte anuló la decisión impugnada.

Otro ejemplo en esta materia es el concepto de “utilidad pública” para que proceda la expropiación de bienes. En relación con el mismo, la situación es que hay o no hay utilidad pública, pero no la puede haber a medias. Así mismo sucede con la noción de “precio justo”, también en materia de expropiación; lo que implica que el mismo es justo o no lo es, y para ello es que hay elementos técnicos para determinarlo.

El tema, en todo caso, es el de la reducción a la libertad de apreciación cuando hay una sola solución justa, aplicándose entonces la noción de los conceptos jurídicos indeterminados. Este principio se encuentra consagrado en la legislación de Costa Rica al disponer la Ley General, que la actuación de la Administración “en ningún caso podrá consistir en dictar actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica” (art. 16). Se destaca, entonces, esta remisión a los principios de la ciencia y de la técnica, que no pueden violarse al dictarse un acto administrativo.

2. *Los límites a la discrecionalidad y la proscripción de la arbitrariedad*

Por otra parte, en las leyes de procedimiento administrativo debe destacarse un esfuerzo legislativo encomiable por establecer límites a la discrecionalidad. En tal sentido, las leyes de Venezuela (art. 12), Honduras (art. 19) y Costa Rica (art. 15,1) y el Reglamento de la Comunidad Andina (art. 10), establecen el principio de que en el caso de actos discrecionales, siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que lo originen, conformándose, así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad, como límites a la discrecionalidad.

Conforme a la Ley de El Salvador: “Los actos discrecionales se considerarán ilegales, cuando incurran en desviación de poder o de cualquier otro modo contravengan las leyes” (art. 25).

La Ley General de Costa Rica establece, en efecto, de manera expresa que un acto discrecional es inválido, “cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias de cada caso” (art. 160). En todo caso, la Administración debe adoptar sus resoluciones en el caso de las actuaciones discrecionales con apego, “a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél” (art. 261,1).

En la misma orientación, el artículo 16 de la misma Ley General agrega que en ningún caso pueden dictarse actos contrarios “a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia”. En todo caso, el Juez puede controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad.

El Código de Ecuador bajo el acápite de “Principio de interdicción de la arbitrariedad,” en su artículo 18 dispone:

“Los *organismos* que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias. El ejercicio de las potestades discrecionales observará los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad.”

En la Ley venezolana, también se destaca este principio general de la limitación al poder discrecional al disponerse en el artículo 12 lo siguiente:

“Artículo 12. 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.”

El mismo principio se encuentra en el Código colombiano, así

“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.”

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

“Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad

atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido” (art. IV, 1.4).

Debe señalarse, particularmente, que este principio de la razonabilidad se encuentra muy desarrollado en Argentina donde se originó, tanto para control de la constitucionalidad de las leyes como en materia de control de la actividad de la Administración particularmente en el ámbito del poder discrecional. En tal sentido, el principio de la razonabilidad, con términos como equivalencia, proporción, adecuación, igualdad, paridad, justa distribución, dar a cada quien lo que le corresponde, se ha utilizado con frecuencia por la jurisprudencia en Argentina y Uruguay para definir los límites a la discrecionalidad.

Por último, debe señalarse que una norma similar a la colombiana y a la venezolana se ha recogido en el Reglamento sobre Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, que establece que (art. 10):

“Cuando una norma del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina disponga la aplicación de alguna medida por parte de la Secretaría General, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporción con los supuestos de hecho y con los fines de la norma y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.”

En todo caso, con enunciados de esta naturaleza en una ley y, en particular, en una ley de procedimiento administrativo, sin duda el juez contencioso administrativo dispone de efectivas herramientas para controlar la legalidad de la actuación de la Administración, más allá de los aspectos formales de tal actuación.

TERCERA PARTE

LOS PRINCIPIOS DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

I. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA

1. *La organización jerárquica y la potestad de dirección*

Los órganos de la Administración Pública deben estar jerárquicamente ordenados y relacionados de conformidad con la distribución vertical de atribuciones en niveles organizativos. Es decir, como lo indica el artículo 6 del Código de Ecuador, “los organismos que conforman el Estado se estructuran y organizan de manera escalonada” de manera que “los órganos superiores dirigen y controlan la labor de sus subordinados y resuelven los conflictos entre los

mismos;” previsión que también encontramos en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela, al prever que los órganos de inferior jerarquía están sometidos a la dirección, supervisión y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva (art. 28).

En consecuencia, los órganos administrativos pueden dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente subordinados mediante instrucciones y órdenes.

Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, la Ley venezolana indica que las instrucciones y órdenes de servicio se deben publicar en la *Gaceta Oficial* que corresponda (art. 43).

De lo anterior deriva entonces que una de las consecuencias esenciales del principio jerárquico es la posibilidad que tiene el órgano superior de dar instrucciones y directrices, así como de coordinar y vigilar la actuación de los órganos inferiores. Estos principios se encuentran enunciados en leyes como la de Uruguay, que da la potestad al jerarca de:

“Dirigir con carácter general la actividad de sus funcionarios, en todo cuanto no haya sido objeto de regulación por los órganos jerárquicos, mediante instrucciones que harán conocer a través de circulares” (art. 10).

En esta materia, la Ley General de Costa Rica trae una extensa regulación sobre relaciones interorgánicas (relaciones de dirección, de jerarquía y de obediencia) que deben destacarse. En efecto, precisa que la jerarquía implica la potestad de dirección:

“Cuando dos órganos de administración activa tengan diversa competencia por razón de la *materia* y uno de ellos pueda ordenar la actividad del otro, imponiéndole las metas de la misma y los tipos de medios que habrá de emplear para realizarlas, dentro de una relación de confianza incompatible con órdenes, instrucciones o circulares” (art. 99).

En cuanto a la relación jerárquica, es la que existe:

“Entre superior e inferior cuando ambos desempeñen funciones de la misma naturaleza y la *competencia* del primero abarque la del segundo por razón del territorio y de la materia” (art. 101).

A tal efecto, el superior jerárquico tiene las siguientes potestades (art. 102):

“a) Dar *órdenes* particulares, instrucciones o circulares sobre el modo de ejercicio de las funciones por parte del inferior, tanto en aspectos de oportunidad y conveniencia como de *legalidad*, sin otras restricciones que las que se establezcan expresamente;

- b) Vigilar la acción del inferior para constatar su legalidad y conveniencia, y utilizar todos los medios necesarios o útiles para ese fin que no estén jurídicamente prohibidos;
- c) Ejercer la potestad disciplinaria;
- d) Adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola o reformándola de oficio, o en virtud de recurso administrativo;
- e) Delegar sus funciones y avocar las del inmediato inferior, así como sustituirlo en casos de inercia culpable, o subrogarse a él ocupando temporalmente su plaza mientras no regrese o no sea nombrado un nuevo titular, todo dentro de los límites y condiciones señalados por esta ley; y
- f) Resolver los conflictos de competencia o de cualquier otra índole que se produzcan *entre* órganos inferiores.”

La Ley del Perú también establece estas competencias del superior jerárquico, al disponer en su artículo VII, Título Preliminar, que las autoridades superiores pueden dirigir u orientar con carácter general la actividad de los subordinados a ellas mediante circulares, instrucciones y otros análogos. Dichos instrumentos, sin embargo, no pueden crear obligaciones nuevas a los administrados. En todo caso, estos sí pueden invocar a su favor estas disposiciones, en cuanto establezcan obligaciones a los órganos administrativos en su relación con los administrados.

2. *El principio de la obediencia debida*

Vinculado al principio de la jerarquía también está el *principio de la obediencia debida*, es decir, el deber de obediencia que tiene el funcionario inferior en relación con las ordenes o instrucciones del superior; y el tema de la excusa debida, es decir, los supuestos en los cuales un funcionario no está obligado a acatar la decisión del superior.

Dispone el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela que el incumplimiento por parte de un órgano inferior de las órdenes e instrucciones de su superior jerárquico inmediato obliga a la intervención de éste y acarrea la responsabilidad de los funcionarios o funcionarias a quienes sea imputable dicho incumplimiento, “salvo lo dispuesto en el artículo 8 de esta Ley” (art. 28).

Este artículo 8 recoge el principio del artículo 25 de la Constitución venezolana de 1999 en el sentido de establecer la responsabilidad de los funcionarios públicos por las violaciones de los derechos garantizados en la

Constitución “sin que les sirvan de excusa órdenes superiores”. En consecuencia, si la orden del superior implica una violación de un derecho constitucional, y si el funcionario inferior la cumple, compromete su propia responsabilidad. La “salvedad” que parece implica la norma del artículo 28 de la Ley Orgánica sería que el funcionario inferior no incurriría en responsabilidad por incumplimiento de una orden superior, cuando la misma implique violación de un derecho constitucional.

Este tipo de normas, sin embargo, no es frecuente en las leyes de procedimiento administrativo, salvo en la Ley General de Costa Rica, la cual establece expresamente que todo servidor público está obligado a obedecer las órdenes particulares, instrucciones o circulares del superior, siempre que el acto provenga de un superior jerárquico, sea o no inmediato (art. 107), agregando que “deberá desobedecer las órdenes que contengan actos manifiestamente arbitrarios o que constituyan abuso de autoridad u otro delito o que comporten realizar actos extraños a la competencia del inferior.” (art. 108,1).

En ese caso se regula la excusa debida, por lo que el funcionario tiene la posibilidad y el deber de no cumplir las órdenes arbitrarias.

3. *La jerarquía y la centralización*

Una de las premisas de la jerarquía, respecto de la relación entre los diversos órganos, es la centralización, la cual fue definida en el artículo 4 de la Ley de Nicaragua, como:

“una forma de organización administrativa, integrada en un régimen jerarquizado, en la que un conjunto de órganos se estructuran unos respecto a otros, de arriba hacia abajo, formando una unidad que se logra y se mantiene en virtud de las determinaciones del presidente de la República. Los Ministerios de Estado son entes centralizados, no tienen autonomía de ningún tipo, patrimonio ni personalidad jurídica propia.”

Por ello, por ejemplo, al clasificarse la Administración Pública Nacional en Venezuela, por ejemplo, siempre se distingue entre la Administración Pública Central conformada por los Ministerios, incluso con sus desconcentrados, y la Administración Pública Descentralizada, conformada por los diversos entes dotados de personalidad jurídica de derecho público o de derecho privado creados por el Estado, por ley o por decisión ejecutiva.

Otros principios vinculados al de la jerarquía y a su desviación y atenuación son, por tanto, los clásicos relativos a la organización administrativa, como la desconcentración o la descentralización.

II. EL PRINCIPIO DE DESCONCENTRACIÓN

En primer lugar, está el principio de la desconcentración, mediante la cual dentro de una misma organización general se transfieren competencias del superior al inferior jerárquico, quien las ejerce plenamente. Mediante la desconcentración se rompe con la jerarquía o el grado, porque normalmente al desconcentrarse una función, se pone fin a la vía administrativa en el órgano en el cual se desconcentra la competencia.

La Ley del Perú regula el régimen de la desconcentración, al establecer en su artículo 74, que:

“A los órganos jerárquicamente dependientes se les transfiere competencia para emitir *resoluciones*, con el objeto de aproximar a los administrados las facultades administrativas que conciernan a sus intereses.”

El principio de desconcentración se encuentra también definido en el Código de Ecuador, al disponer:

“La función administrativa se desarrolla bajo el criterio de distribución objetiva de funciones, *privilegia* la delegación de la repartición de funciones entre los órganos de una misma administración pública, para descongestionar y acercar las administraciones a las personas” (art. 7).

Igualmente, en materia de definiciones, la Ley de Nicaragua define con toda precisión a la “desconcentración administrativa” como:

“una forma de organización administrativa en la cual un órgano centralizado confiere autonomía técnica a un órgano de su dependencia para que ejerza una competencia limitada a cierta materia o territorio. El ente gubernamental que tiene administración desconcentrada no tiene patrimonio propio ni personalidad jurídica su status legal y presupuesto devienen del Ministerio al que están vinculados jerárquicamente” (art. 4)

Esta materia ha sido también regulada con precisión en Venezuela, en la Ley Orgánica de la Administración Pública, cuyo artículo 31 dispone que para el cumplimiento de las metas y objetivos de la Administración Pública, se puede adaptar la organización a determinadas condiciones de especialidad funcional y de particularidad territorial, transfiriendo atribuciones de sus órganos superiores a sus órganos inferiores, mediante acto normativo de conformidad con la presente Ley.

En todo caso, la desconcentración funcional o territorial, transfiere únicamente la atribución. La persona jurídica en cuyo nombre actúe el órgano

desconcentrado será responsable patrimonialmente por el ejercicio de la atribución o el funcionamiento del servicio público correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios y funcionarias que integren el órgano desconcentrado y se encuentren encargados de la ejecución de la competencia o de la gestión del servicio público correspondiente (art. 32).

La Ley Orgánica de la Administración Pública precisa, además, que los ministerios u otros órganos de control, nacionales, estatales, de los distritos metropolitanos o municipales, respecto de los órganos desconcentrados, tienen las siguientes atribuciones numeradas en el artículo 177:

- “1. Definir la política a desarrollar por tales entes, a cuyo efecto formularán las directivas *generales* que sean necesarias.
2. Ejercer permanentemente funciones de coordinación, supervisión y control.
3. Evaluar en forma continua el desempeño y los resultados de su gestión e informar oportunamente al Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, alcalde o alcaldesa, según corresponda.
4. Informar trimestralmente al organismo u órgano nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal, encargado de la planificación acerca de la ejecución de los planes por parte de los entes.
5. Proponer al Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, o alcalde o alcaldesa, según corresponda, las reformas necesarias a los fines de crear, modificar o eliminar las entidades descentralizadas funcionalmente que respectivamente le estén adscritas.
6. Las demás que determinen las leyes nacionales, estatales y las ordenanzas y sus reglamentos.”

Por último, el artículo 31 de la misma Ley Orgánica de la Administración Pública aclara que la desconcentración de atribuciones en órganos inferiores de los entes públicos también puede revertirse mediante la modificación o derogación del instrumento jurídico que le dio origen.

III. EL PRINCIPIO DE LA DESCENTRALIZACIÓN

En segundo lugar, está el principio de descentralización, con el cual también se rompe la jerarquía, pero en el sentido de que la competencia sale de la organización general que la tenía y se atribuye a una persona jurídica distinta, surgiendo un sujeto de derecho como entidad descentralizada funcionalmente.

En esta materia, también, el artículo 4 de la Ley de Nicaragua se define el término “descentralización administrativa”, indicándose en general que:

“es una forma de organización administrativa en la cual se confiere a través de una Ley a un órgano, autonomía técnica y administrativa para ejercer determinada competencia administrativa. Se le otorga patrimonio propio y personalidad jurídica, existiendo control o tutela del Presidente de la República o del Ministerio al que estén vinculados. El Director del ente es nombrado por el Presidente de la República o por la autoridad establecida de acuerdo a su Ley Creadora.”

La Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela también es precisa en esta materia, distinguiendo dos tipos de descentralización: la territorial y la funcional.

En cuanto a la descentralización político territorial, con el propósito de profundizar la democracia y de incrementar la eficiencia y eficacia de la gestión de la Administración Pública, el artículo 30 de la Ley Orgánica dispone que se pueden descentralizar competencias y servicios públicos de la República a los Estados y Municipios, y de los Estados a los Municipios, de conformidad con la Constitución y la ley. Recoge, así, esta norma los principios descentralizadores que están establecidos en los artículos 157, 158 y 165 de la Constitución.

En cuanto a la descentralización funcional, el artículo 29 de la Ley Orgánica dispone que los titulares de la potestad organizativa pueden crear entes descentralizados funcionalmente cuando el mejor cumplimiento de los fines del Estado así lo requiera, en los términos y condiciones previstos en la Constitución y en la Ley.

El mismo artículo 29 de la Ley Orgánica establece los siguientes dos tipos de entes descentralizados funcionalmente.

En primer lugar, los entes descentralizados funcionalmente *con forma de derecho privado*, los cuales están conformados por las personas jurídicas constituidas y regidas de acuerdo a las normas del derecho privado en los términos de la Ley Orgánica, las cuales podrán adoptar o no la forma empresarial de acuerdo a los fines y objetivos para los cuales fueron creados y en atención a si la fuente fundamental de sus recursos proviene de su propia actividad o de los aportes públicos, respectivamente.

En segundo lugar, están los entes descentralizados funcionalmente *con forma de derecho público*, conformados por aquellas personas jurídicas creadas y regidas por normas de derecho público, las cuales pueden perseguir fines empresariales o no empresariales, al igual que pueden tener atribuido el ejercicio de potestades públicas.

En relación con estos últimos, sólo por ley pueden crearse las personas jurídicas de derecho público; principio que deriva de lo dispuesto en el artículo 142 de la Constitución al prever que los institutos autónomos sólo pueden crearse por ley; y que tales instituciones, así como los intereses públicos en corporaciones

o entidades de cualquier naturaleza, están sujetos al control del Estado, en la forma que la ley establezca. Conforme al mismo artículo 29 de la LOAP la descentralización funcional puede revertirse por medio de la modificación del acto que le dio origen.

La Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela, además, se refirió al “principio de descentralización territorial”, disponiendo que “la Administración Pública Nacional, con el propósito de incrementar la eficiencia y eficacia de su gestión, podrá descentralizar competencias y servicios públicos en los estados, distritos metropolitanos y municipios, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley. Así mismo, los estados podrán descentralizar competencias y servicios públicos, en los distritos metropolitanos y los municipios.”

En todo caso, tanto la descentralización funcional como territorial transfiere la titularidad de la competencia y, en consecuencia, transfiere cualquier responsabilidad que se produzca por el ejercicio de la competencia o de la gestión del servicio público correspondiente, en la persona jurídica y en los funcionarios y funcionarias del ente descentralizado (art. 32).

IV. EL PRINCIPIO DE LA COORDINACIÓN

Además, está el principio de la coordinación, esencial para integrar la voluntad de órganos inferiores situados en distintos planos.

Conforme al artículo 23 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela, las actividades que desarrollen los órganos y entes de la Administración Pública deben estar orientadas al logro de los fines y objetivos del Estado, para lo cual deben coordinar su actuación bajo el principio de unidad orgánica. Es lo que el Código de Ecuador denomina “principio de colaboración” indicando que “las administraciones trabajarán de manera coordinada, complementaria y prestándose auxilio mutuo. Acordarán mecanismos de coordinación para la gestión de sus competencias y el uso eficiente de los recursos” (art. 28).

A tal efecto el Código de Ecuador sobre el “principio de coordinación” dispone que “las administraciones públicas desarrollan sus competencias de forma racional y ordenada, evitan las duplicidades y las omisiones” (art. 9).

Es por ello que la organización de la Administración Pública debe comprender la asignación de competencias, relaciones, instancias y sistemas de coordinación necesarios para mantener su orientación institucional de conformidad con la Constitución y la ley.

V. EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN

Conforme al principio establecido en el artículo 136 de la Constitución venezolana, la Administración Pública Nacional, la de los Estados, la de los Distritos metropolitanos y la de los Municipios deben colaborar entre sí y con las otras ramas de los Poderes Públicos en la realización de los fines del Estado (art. 24).

VI. EL PRINCIPIO DE LEALTAD INTERINSTITUCIONAL

Dispone el artículo 25 del Código de Ecuador sobre el “principio de lealtad institucional,” que “las administraciones públicas respetarán, entre sí, el ejercicio legítimo de las competencias y ponderarán los intereses públicos implicados.” A tal efecto, las administraciones deberán facilitar a otras, la información que precise sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias.

En Venezuela, el artículo 25 de la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone que la Administración Pública Nacional, la de los Estados, la de los Distritos metropolitanos y la de los Municipios deben actuar y relacionarse de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deben:

- “1. Respetar el ejercicio legítimo de sus competencias por parte de las otras administraciones.
2. Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras administraciones.
3. Facilitar a las otras administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias.
4. Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras administraciones pudieran requerir para el ejercicio de sus competencias.”

CUARTA PARTE

EL PRINCIPIO DE LA EFICACIA

El segundo de los principios del procedimiento administrativo que incluyen en su enumeración todas las leyes de procedimiento administrativo de América Latina, es el principio de la *eficacia*. Así sucedió, desde el inicio, en las leyes de Argentina (art. 1), de Venezuela (art. 30), de Honduras (art. 19), de Brasil (art. 2) y de México (art. 13), y en el Decreto de Uruguay (art. 2); y así lo enuncia de forma general la Ley de Bolivia al disponer que el principio fundamental en el

procedimiento administrativo es “el desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad” (art. 4.a);

Otra definición precisa del principio de la eficacia se encuentra tanto en el Código colombiano (art. 3), como en la Ley de Perú (art. IV, 10,1), como principio de interpretación del procedimiento; textos a los cuales hemos hecho referencia anteriormente.

En ellos se privilegia, en el procedimiento administrativo, el logro de su finalidad (para lo cual deben removerse todos los obstáculos formales y dilaciones innecesarias); el cual debe prevalecer sobre los formalismos cuya realización no incida en su validez ni disminuyan las garantías de los administrados.

En el Código colombiano, el artículo 3.11 establece respecto a este principio, que en virtud del mismo:

“Las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.”

La Ley del Perú, en relación con este principio de la eficacia, la norma del artículo IV del Título Preliminar, es aún más explícita, al señalar:

“1.10 Principio de eficacia. Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.”

En el mismo sentido, la Ley de Bolivia, es precisa al definir en su artículo 4.j, el “principio de eficacia” en el sentido de que “todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas.”

Sobre este principio de la eficacia, el artículo 19 de Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela dispone que la actividad de los órganos y entes de la Administración Pública debe perseguir el cumplimiento eficaz de los

objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión, bajo la orientación de las políticas y estrategias establecidas por el Presidente de la República, por el gobernador, el alcalde según el caso (art. 19).

Para ello, el funcionamiento de los órganos y entes de la Administración Pública, se debe sujetar a las políticas, estrategias, metas y objetivos que se establezcan en los respectivos “planes estratégicos, compromisos de gestión y lineamientos dictados conforme a la planificación centralizada,” y debe comprender el seguimiento de las actividades, así como la evaluación y control del desempeño institucional y de los resultados alcanzados (art. 18).

Por su parte, en relación con este principio, la Ley de Honduras prescribe que “las cuestiones incidentales que se suscitaren en el procedimiento, incluso las que se refieren a la nulidad de actuaciones, no suspenderán el curso del procedimiento, salvo la recusación” (art. 39), lo que es esta materia conlleva al principio de la conservación, del saneamiento o de la convalidación de los actos administrativos, a los efectos de que los procedimientos puedan lograr su finalidad.

Incluso para garantizar la eficacia, se destaca cómo el Código de Ecuador reguló lo que calificó como principio de subsidiariedad” en el ámbito de la propia Administración, al disponer que:

“Las administraciones de nivel territorial superior intervendrán cuando los objetivos de la actuación pretendida no puedan ser alcanzados en los niveles inferiores, con arreglo a los principios de eficacia, eficiencia, efectividad y economía. Cuando ejerzan competencias concurrentes sobre la misma materia, actuará la administración pública más cercana al domicilio de las personas” (art. 27).

En consecuencia, el logro del fin propuesto es lo que siempre debe orientar el desarrollo del procedimiento; fin que está vinculado tanto al interés general, como al interés de la Administración y al del administrado.

El objetivo del procedimiento administrativo, en definitiva, es la satisfacción de esos fines en el menor tiempo y con el menor costo posible.

Este principio de interpretación del procedimiento administrativo, por tanto, implica varios principios que las leyes latinoamericanas recogen y que analizaremos comparativamente a continuación: el principio de la instrumentalidad; el principio de simplicidad y de la economía procedimental; el principio de la presunción de la legalidad y validez, es decir, el del logro de los efectos de los actos, comenzando por presumir que son válidos y eficaces; el principio *favor acti*; el principio de la conservación del acto; el principio *pro actione* o de la interpretación más favorable a lo solicitado, a la acción o al requerimiento, cuando se trate de procedimientos que se inicien a petición de parte; y el principio

de la caducidad del procedimiento cuando no se cumplen las obligaciones por parte del interesado en la continuación del mismo, así como el de la prescripción de la actuación administrativa.

I. EL PRINCIPIO DE LA INSTRUMENTALIDAD: EL OBJETO Y LA FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO

El principio de la instrumentalidad exige interpretar el procedimiento administrativo, no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento o cauce para alcanzar un fin. Lo que importa en el tratamiento del procedimiento, por tanto, es la finalidad perseguida. Es lo que la ley de República Dominicana califica como “principio de ejercicio normativo del poder,” indicando que en virtud del mismo:

“la Administración Pública ejercerá sus competencias y potestades dentro del marco de lo que la ley les haya atribuido, y de acuerdo con la finalidad para la que se otorga esa competencia o potestad, sin incurrir en abuso o desviación de poder, con respeto y observancia objetiva de los intereses generales” (art. 3.10).

Esa finalidad, como se dijo, puede desdoblarse en tres, tal y como lo precisan las leyes de procedimiento administrativo: primero, el interés general; segundo, el interés del ciudadano, y tercero, el interés de la propia Administración en la relación jurídica (principios de racionalización del procedimiento administrativo).

1. El cumplimiento de la acción administrativa

El procedimiento administrativo, ante todo, tiene por finalidad “establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la administración sirva a la protección del interés general” (art. III, Título Preliminar, Ley del Perú), o en otras palabras, tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la acción administrativa, vinculada al logro de un interés general (art. 209 Código de Colombia).

Por ello, la Ley de Honduras establece que los principios del procedimiento administrativo buscan “garantizar la buena marcha de la Administración” (*Considerandos*); y la Ley General de Costa Rica precisa que “el procedimiento administrativo servirá para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración” (art. 214,1); agregando que “la norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige” (art. 10).

Por su parte, el Código colombiano exige que:

“Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley” (art. 2).

2. *La protección y garantía de los derechos de los administrados*

Pero además del logro de los fines propios del interés general que orientan la acción administrativa, el procedimiento tiene por finalidad la protección de los derechos e intereses de los administrados. Esto está expresado en la Constitución de Venezuela al establecer que la Administración está al servicio de los administrados (art. 141); en la propia Ley General de Costa Rica, donde se precisa que el procedimiento administrativo debe desarrollarse, “con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado.” (art. 10,1 y 214,1); y en la de Honduras, la cual establece que el procedimiento se regula “como garantía de los derechos de los particulares frente a la actividad administrativa” (*considerandos*). En igual sentido, se expresa el artículo III, Título Preliminar de la Ley del Perú

De lo anterior resulta que la satisfacción de los “derechos de los particulares” también constituye un elemento central de la finalidad del procedimiento administrativo. De allí ese principio de interpretación, que recoge el artículo 2° del Código colombiano, al exigir de los funcionarios que en su actuación también tengan en cuenta “la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.” (art. 2).

Como se dijo, la Constitución venezolana de 1999 en forma expresa establece que “la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos” (art. 141); lo que reitera el artículo 3° de la Ley Orgánica de la Administración Pública, sustituyendo, sin embargo, la expresión ciudadanos por “particulares”, 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 dicha 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 de la Administración Pública, 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.

3. *La enumeración de los derechos de los administrados en relación con el procedimiento administrativo*

A mayor abundamiento, las leyes más recientes de procedimiento administrativo en América latina han enumerado en forma exhaustiva, un electo de derechos de los administrados específicamente en relación con los procedimientos administrativos, que la Administración debe respetar y garantizar:

Ya nos hemos referido al exhaustivo listado de derechos que la ley de la República Dominicana establece como consecuencia general del “derecho a la buena administración” que ya hemos analizado. Otras leyes que declaran específicamente dichos derechos son también la Ley de Chile y la de Bolivia.

La Ley chilena, en efecto, precisa en su artículo 17, sobre los “derechos de las personas,” que éstas, en sus relaciones con la Administración, tienen derecho a:

“a) Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente y la devolución de los originales, salvo que por mandato legal o reglamentario éstos deban ser acompañados a los autos, a su costa; b) Identificar a las autoridades y al personal al servicio de la Administración, bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos; c) Eximirse de presentar documentos que no correspondan al procedimiento, o que ya se encuentren en poder de la Administración; d) Acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos en la ley; e) Ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales; f) Formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución; g) Exigir las responsabilidades de la Administración Pública y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente; h) Obtener

información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar; e i) Cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las leyes.”

En sentido similar, la Ley de Bolivia, en su artículo 16, regula los “derechos de las personas,” en su relación con la Administración Pública,” enumerando los siguientes:

“a) A formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente; b) A iniciar el procedimiento como titular de derechos subjetivos e intereses legítimos; c) A participar en un procedimiento ya iniciado cuando afecte sus derechos subjetivos e intereses legítimos; d) A conocer el estado del procedimiento en que sea parte; e) A formular alegaciones y presentar pruebas; f) A no presentar documentos que estuviesen en poder de la entidad pública actuante; g) A que se rectifiquen los errores que obren en registros o documentos públicos, mediante la aportación de los elementos que correspondan; h) A obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen; i) A exigir que las actuaciones se realicen dentro de los términos y plazos del procedimiento; j) A obtener certificados y copias de los documentos que estén en poder de la Administración Pública, con las excepciones que se establezcan expresamente por ley o disposiciones reglamentarias especiales; k) A acceder a registros y archivos administrativos en la forma establecida por ley; l) A ser tratados con dignidad, respeto, igualdad y sin discriminación; y, m) A exigir que la autoridad y servidores públicos actúen con responsabilidad en el ejercicio de sus funciones.”

4. *Los principios de la simplicidad, de la uniformidad y de la racionalidad administrativa*

Pero además de los fines anteriores, también podría identificarse un tercer fin que guía la interpretación del procedimiento y que tiene que ver con la racionalización de la actividad administrativa, es decir, con los principios de la simplicidad, de la normalización o de la uniformización que se han querido establecer en muchos procesos de reforma administrativa y que regulan algunas leyes.

Estos principios del procedimiento administrativo los define la Ley del Perú, en el artículo IV del Título Preliminar, así:

“1.13 Principio de simplicidad. Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.

1.14 Principio de uniformidad. La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidas en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.”

En esta misma orientación se expresa el artículo 6 de la Ley de El Salvador, y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos venezolana que establece como obligación general, el que “la Administración *racionalizará* sus sistemas y métodos de trabajo y vigilará su cumplimiento” (art. 32), regulando, además, la uniformización de los documentos y expedientes, y el desarrollo de procedimientos en serie a los efectos de simplificar y racionalizar la actividad. (art. 35).

Por su parte, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Administración Pública de Venezuela dispone que la simplificación de los trámites administrativos será tarea permanente de los órganos y entes de la Administración Pública, así como la supresión de los que fueren innecesarios, todo de conformidad con los principios y normas que establezca la ley correspondiente.

Por ello, estando la Administración Pública al servicio de los ciudadanos y, en general, de los particulares o administrados, la misma, debe desarrollar su actividad y organizarse de manera que los particulares:

“1. Puedan resolver sus asuntos, ser auxiliados en la redacción formal de documentos administrativos, y recibir información de interés general por medios telefónicos, informáticos y telemáticos.

2. Puedan presentar reclamaciones sin el carácter de recursos administrativos, sobre el funcionamiento de la Administración Pública.

3. Puedan acceder fácilmente a información actualizada sobre el esquema de organización de los órganos y entes de la Administración Pública, así como a guías informativas sobre los procedimientos administrativos, servicios y prestaciones que ellos ofrecen” (art. 6)

A tal efecto en muchos de los países latinoamericanos, se dictaron leyes de simplificación administrativa o de simplificación de trámites, como la que se dictó en Venezuela en 1999, destinada específicamente a desarrollar, en detalle este principio de la simplificación con el objeto de racionalizar las tramitaciones que realizan los particulares ante la Administración Pública; mejorar su eficiencia, pertinencia y utilidad, a fin de lograr mayor celeridad y funcionalidad en las mismas; reducir los gastos operativos; obtener ahorros presupuestarios; cubrir insuficiencias de carácter fiscal y mejorar las relaciones de la Administración Pública con los ciudadanos.

La Ley de Brasil, además, expresamente dispone que:

“Artículo 7^a. Los órganos y entidades administrativas deberán elaborar modelos y formularios uniformes para asuntos que impliquen pretensiones equivalentes.”

Otro ejemplo de esta orientación normativa puede encontrarse en el Reglamento de la Secretaría General Andina, el cual recoge en su artículo 5 estos principios, así:

“En virtud del principio de uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y de racionalización de la actividad administrativa, la Secretaría General deberá asegurarse de que las exigencias normativas en materia de procedimientos administrativos y de formalidades sean interpretadas en forma razonable y usadas sólo como instrumentos para alcanzar los objetivos de la norma.”

En esta forma, por tanto, la expresión formal del principio de la instrumentalidad, es decir, del procedimiento como instrumento, como principio que debe guiar la interpretación y la aplicación de las normas por la Administración y por el juez administrativo, puede considerarse como un rasgo común en todas las normas de América Latina.

5. *El principio de la sujeción a los planes, metas y objetivos*

De acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela, los órganos y entes de la Administración Pública, en su funcionamiento, deben sujetarse a las políticas, estrategias, metas y objetivos que se establezcan en los respectivos planes estratégicos y compromisos de gestión (art. 18).

En particular, en cuanto a la actividad de las unidades administrativas sustantivas de los órganos y entes de la Administración Pública, se debe corresponder y ceñir a su misión, y la actividad desarrollada por las unidades administrativas de apoyo técnico y logístico se debe adaptar a la de aquéllas (art. 19).

6. *El principio de la adecuación de los medios financieros a los fines*

La Ley Orgánica de la Administración Pública establece en esta materia un conjunto de principios que deben destacarse:

La asignación de recursos a los órganos y entes de la Administración Pública se debe ajustar estrictamente a los requerimientos de su funcionamiento para el logro de sus metas y objetivos.

En todo caso, el funcionamiento de la Administración Pública debe propender a la utilización racional de los recursos humanos, materiales y presupuestarios (art. 20).

La Administración Pública, además, debe procurar que sus unidades de apoyo administrativo no consuman un porcentaje del presupuesto destinado al sector correspondiente mayor que el estrictamente necesario. A tales fines, los titulares de la potestad organizativa de los órganos y entes de la Administración Pública, previo estudio económico y con base en los índices que fueren más eficaces de acuerdo al sector correspondiente, deben determinar los porcentajes mínimos de gasto permitido en unidades de apoyo administrativo (art. 20).

Por otra parte, conforme al artículo 21 de la misma Ley Orgánica el tamaño y la estructura organizativa de los órganos y entes de la Administración Pública deben ser proporcionales y consistentes con los fines y propósitos que les han sido asignados. Las formas organizativas que adopte la Administración Pública deben ser suficientes para el cumplimiento de sus metas y objetivos y deben propender a la utilización racional de los recursos del Estado.

Sin perjuicio de sus unidades estratégicas propias, el artículo 20 de la Ley Orgánica autoriza a los órganos de la Administración Pública para incluir oficinas técnicas de carácter estratégico, integradas por un cuerpo multidisciplinario de asesores cuya remuneración se puede establecer por vía contractual con base en honorarios profesionales u otras modalidades fijadas de conformidad con la ley, al margen de la escala de los sueldos y salarios de la Administración Pública, con el objeto de obtener una asesoría técnica de máxima calidad y eficiencia.

7. *El principio de la privatización*

Como lo señala el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela, en los casos en que las actividades de los órganos y entes de la Administración Pública, en ejercicio de potestades públicas que por su naturaleza lo permitan, fueren más económicas y eficientes mediante la gestión del sector privado o de las comunidades, dichas actividades deben ser transferidas a éstos, de conformidad con la ley, reservándose la Administración Pública la supervisión, evaluación y control del desempeño y de los resultados de la gestión transferida (art. 20).

Esta previsión, perdida en esa ley, podría considerarse como la formulación, en forma indirecta, del principio de la subsidiariedad en la relación entre la actuación de la Administración Pública y la que corresponde al ámbito privado.

8. *La desviación del procedimiento administrativo*

La consecuencia del principio de la instrumentalidad referido a la finalidad del procedimiento conduce a plantear lo que la jurisprudencia francesa, desde hace varias décadas, venía identificando como un vicio específico del acto administrativo, derivado del viejo vicio de la desviación de poder, el cual, por ejemplo, en la Ley de Panamá, fue definido específicamente así:

“se entiende por desviación de poder la emisión o celebración de un acto administrativo con apariencia de estar ceñido a derecho, pero que se ha adoptado por motivos o para fines distintos a los señalados en la ley” (art. 162).

Aplicado este vicio al procedimiento, resultaría el “vicio de desviación de procedimiento.” Si los procedimientos se establecen para una determinada finalidad, la consecuencia es que la utilización de un procedimiento para fines distintos a los establecidos en las normas origina, no ya un vicio de desviación de poder en el resultado, es decir, en el solo acto administrativo, sino un vicio propio de desviación del procedimiento, que afecta el acto resultante.

En el derecho venezolano, el tema se planteó en diversas ocasiones ante la antigua Corte Suprema de Justicia en relación con el procedimiento expropiatorio. Si el procedimiento expropiatorio tiene por objeto y finalidad lograr el apoderamiento forzoso de la propiedad privada para un fin determinado, que tiene que estar previamente declarado en la ley como de utilidad pública o interés social, de acuerdo a los principios generales de la materia, es evidente que este procedimiento no se puede desarrollar para cumplir otros fines. Sin embargo, no era infrecuente hace algunas décadas, por ejemplo, la utilización del procedimiento expropiatorio para congelar la propiedad urbana: se decretaba la expropiación de un área de una ciudad, no para expropiarla efectivamente ni para que el Estado se apoderara de esa tierra e hiciera un desarrollo social, sino para congelar el desarrollo urbanístico. En esos casos, el Estado muchas veces ni siquiera tenía los recursos necesarios para ejecutar la expropiación, ni los planos de las obras, por lo cual el Decreto de afectación de un área urbana, en realidad, no tenía por objeto ejecutar expropiación alguna, sino otros fines de ordenamiento urbanístico indirecto, a través del congelamiento del uso de la propiedad. La consecuencia era que, decretada una afectación a los efectos de expropiación de un área importante de la ciudad, las autoridades municipales no otorgaban los permisos o autorizaciones urbanísticas necesarias, lo que ponía en evidencia, una clara desviación del procedimiento. En más de una ocasión, este tema se planteó ante la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante la impugnación de Decretos de afectación que no tenían por objeto expropiar sino otros fines distintos a los previstos en la norma.

Esta aproximación al tema confirma el principio general de interpretación del procedimiento administrativo, de su instrumentalidad, que debe guiar tanto la actividad del juez como la de la Administración, en la aplicación de los procedimientos administrativos.

II. PRINCIPIOS RELATIVOS AL GOBIERNO ELECTRÓNICO

En la Administración Pública del siglo XXI se ha venido regulando en leyes especiales la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación al funcionamiento de la Administración Pública, con el objetivo de hacer más eficiente la prestación de los servicios a los ciudadanos, asegurando mayor transparencia y participación ciudadana.

Es lo que se ha denominado “gobierno electrónico” o “*e-government*” que específicamente ha encontrado regulación en el Código Administrativo de Ecuador, al prever que:

Las actividades a cargo de las administraciones pueden ser ejecutadas mediante el uso de nuevas tecnologías y medios electrónicos, en la medida en que se respeten los principios señalados en este Código, se precautelen la inalterabilidad e integridad de las actuaciones y se garanticen los derechos de las personas” (art. 90).

A tales efectos, en el Código se regularon los siguientes aspectos:

“Art. 91.- *Sede electrónica*. Es la dirección electrónica única disponible para las personas a través de redes de telecomunicación. Su titularidad y gestión corresponde a la administración pública, así como la responsabilidad con respecto a la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que se pueda acceder, corresponde a la máxima autoridad administrativa, en el ejercicio de sus competencias.

La publicación en la sede electrónica de información, servicios y transacciones respetará los principios de accesibilidad y usabilidad de acuerdo con las normas previstas al respecto, estándares abiertos y, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos. Dispondrán de sistemas que permitan el establecimiento de comunicaciones seguras.

Art. 92.- Información electrónica. Las administraciones públicas proporcionarán, a través de medios electrónicos, la siguiente información:

1. Los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicio y para su ejercicio.
2. Los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a prestadores de servicios.

Art. 93.- Servicios electrónicos. Las administraciones habilitarán canales o medios para la prestación de servicios electrónicos. Garantizarán su acceso, con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimiento.

Los servicios electrónicos contarán, al menos, con los siguientes medios:
1. Oficinas de atención presencial. 2. Puntos de acceso electrónico. 3. Servicios de atención telefónica.

Art. 94.- Firma electrónica y certificados digitales. La actividad de la administración será emitida mediante certificados digitales de firma electrónica.

Las personas podrán utilizar certificados de firma electrónica en sus relaciones con las administraciones públicas.”

III. EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCEDIMENTAL

El principio de la *economía procedimental* está expresamente definido en el artículo 9 de la Ley de Chile, en el cual se mencionan todos sus elementos esenciales, indicando que:

“La Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios.

Se decidirán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo, siempre que no sea obligatorio su cumplimiento sucesivo.

Al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo establecido al efecto.

Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, a menos que la Administración, por resolución fundada, determine lo contrario.”

Más abreviadamente, la Ley de El Salvador define el principio de la economía, indicando que: “la actividad administrativa debe desarrollarse de manera que los interesados y la Administración incurran en el menor gasto posible, evitando la realización de trámites o la exigencia de requisitos innecesarios” (art. 3.6).

1. *La reducción de los trámites e instancias*

Como consecuencia del principio de la eficacia, el principio de la economía procedimental también informa el procedimiento administrativo, a los efectos de que el cumplimiento del fin propuesto se logre con el menor costo y en la forma más rápida posible. Es con este principio de la economía con el que se busca evitar trámites inútiles e innecesarios; agilizar las diligencias; y eliminar las demoras innecesarias.

De allí el principio general, que deriva del artículo 116 de la Ley de Honduras, así:

“Artículo 116. Los funcionarios responsables de la tramitación de los expedientes adoptarán las medidas que conduzcan a evitar todo entorpecimiento o demora por innecesarias diligencias. “

Además, del principio de la economía procesal deriva el de la concentración de los actos procesales (principio de la concentración), que la Administración debe seguir, a los efectos, por ejemplo, de aproximar actos procesales de manera que puedan cumplirse en forma simultánea para evitar dilaciones.

Por ello, expresamente, las leyes de Brasil (art. 8), del Perú (art. 149) y de Honduras regulan, por ejemplo, la acumulación de expedientes; esta última indicando que:

“Artículo 66. Cuando se tramiten dos o más expedientes separados que, no obstante, guarden una íntima conexión entre sí y puedan ser resueltos por un mismo acto, el órgano competente, de oficio o a petición de los interesados, podrá disponer su acumulación.”

Del principio de la economía procedimental, también deriva todo el régimen regulador de las instancias administrativas de revisión, a los efectos de que, por ejemplo, existan sólo dos instancias de revisión: la que corresponde a la autoridad que dicta el acto y la que corresponde a una autoridad superior que lo revise; siendo contrarios al principio de economía procesal aquellos procedimientos administrativos que establecen una larga cadena de recursos en vía administrativa.

Es el caso, lamentablemente, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, que estableció de manera inconveniente una larga cadena de recursos administrativos, que antes no existían, cuando se trata de la impugnación de actos administrativos dictados por las autoridades de un Instituto Autónomo. En estos casos, conforme a dicha Ley Orgánica, si se trata de un acto administrativo dictado por una autoridad inferior de un Instituto Autónomo, debe

acudirse en reconsideración ante la misma autoridad; luego, en vía jerárquica, ante la autoridad superior del Instituto, y luego, para poder acudir al contencioso administrativo, se debe agotar la vía administrativa ante el Ministro de adscripción. Por lo cual, la impugnación de actos administrativos emanados de institutos autónomos se convierte en una tarea casi imposible, dado el régimen contrario al principio de la economía procedimental que, al contrario, lo que busca es la simplificación y el desarrollo del procedimiento en la forma menos costosa.

Debe destacarse, de nuevo, que en el Código colombiano también se encuentra una definición del principio de economía, al exigirse que:

“Las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.” (art. 3).

El mismo principio lo recoge el Reglamento de la Comunidad Andina en el cual, a pesar de la influencia de la legislación colombiana, se lo califica como principio de economía procesal; al disponer su artículo 5º lo siguiente:

“En virtud del principio de economía procesal, la Secretaría General tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar la adopción de Resoluciones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, y que no se exijan mas documentos y copias que los estrictamente necesarios.”

Estos son los dos únicos cuerpos normativos que definen en detalle el principio de economía en el procedimiento administrativo. En cambio, en la generalidad de las leyes de procedimiento sólo se realiza la enunciación del principio de “economía”, simplemente sin definir el contenido, como sucede con las leyes argentina (art. 7), hondureña (art. 19), venezolana (art. 30), uruguay (art. 2) y mexicana (art. 13).

Sin embargo, en el Decreto de Uruguay se desarrolla el principio al prescribir en su artículo 8 que:

“En el procedimiento administrativo deberá asegurarse la celeridad, simplicidad y economía del mismo y evitarse la realización o exigencia de trámites, formalismos o recaudos innecesarios o arbitrarios que compliquen o dificulten su desenvolvimiento.”

Más recientemente, sin embargo, se han sancionado Leyes especialmente destinadas a simplificar los procedimientos, como ha sucedido con la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999 y el Decreto N° 266 de 2000 de Colombia.

En todo caso, este principio de la economía procedimental en las distintas leyes de América Latina plantea diversas soluciones e implica otros principios, por ejemplo, el principio del informalismo o del informalismo de las formalidades; el principio *favor acti* y el principio de la conservación de los actos administrativos.

2. *El informalismo: la antiformalidad*

El procedimiento administrativo, hemos dicho, se configura como un conjunto de actos y actuaciones estrechamente vinculados entre sí, con el objeto de obtener un resultado concreto que, generalmente, se materializa en un acto administrativo. Por ello, en definitiva, el procedimiento administrativo se identifica con el conjunto de formas y formalidades establecidas para guiar la acción de la Administración con miras a la obtención de ese resultado y como garantía de los administrados contra las arbitrariedades de los funcionarios.

Sin embargo, dado el principio de economía y celeridad, es evidente, que la prescripción de formas no puede convertir al procedimiento en un bosque de formalidades que entraben la acción administrativa. Por ello, el principio de eficacia también conlleva al principio del informalismo o del carácter no formalista del procedimiento administrativo.

Este principio, por ejemplo, está expresamente previsto en la Ley argentina de Procedimiento Administrativo en la cual se prescribe que las normas de procedimiento que establece, deben ajustarse al requisito del “informalismo,” en el sentido de que debe “excusarse la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que pueden ser cumplidas posteriormente” (art. 1.c); y en la Ley de Bolivia se define el principio en el sentido de que “la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo” (art. 4,l)

Más precisamente, el artículo 9 del Decreto 500/991, de Uruguay, establece que:

“En el procedimiento administrativo se aplicará el principio del informalismo en favor del administrado, siempre que se trate de la inobservancia de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente.”

En la Ley del Perú, también se define el principio del informalismo, en forma detallada en el artículo IV, Título Preliminar, así:

“1.6 Principio de informalismo. Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.”

En la misma orientación, en la Ley de Bolivia se expresa:

“Artículo 4.1) Principio de informalismo: La inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo.”

Por su parte, la Ley N° 19.880 de Chile regula el principio, al que denomina “de la no formalización,” en los siguientes términos:

“*Artículo 13.* Principio de la no formalización. El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares.

El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.

La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros.”

Formulaciones similares se encuentran en otras leyes más recientes, como por ejemplo en la de El Salvador, donde el principio del *antiformalismo* se formula así:

“ningún requisito formal que no sea esencial debe constituir un obstáculo que impida injustificadamente el inicio del procedimiento, su tramitación y su conclusión normal. Asimismo, la Administración debe interpretar los requisitos esenciales en el sentido que posibilite el acceso a los procedimientos y el pronunciamiento de una resolución de fondo” (art. 3.3).

Este principio del informalismo, por supuesto, también se relaciona con el carácter instrumental del procedimiento, de manera que éste no se convierta en un fin en sí mismo, puramente adjetivo, que pueda revertir, por el excesivo formalismo, contra el administrado, convirtiéndose menos en una garantía y más en una carga.

No sólo este principio tiende a obviar los efectos del incumplimiento de trámites no esenciales por parte de los particulares, sino que también puede aplicarse a la propia Administración, en el sentido de que siempre que el acto administrativo aparezca expresado en forma clara y comprensible podrán obviarse algunas exigencias no esenciales.

Esto se encuentra expresado en la Ley General de Costa Rica, la cual materialmente hace presumir que existe un acto administrativo cuando haya “comportamientos y actividades materiales de la Administración que tengan un sentido unívoco y sean incompatibles con una voluntad diversa” (art. 137).

En estos casos, dichas manifestaciones sirven para expresar el acto, aún cuando éste no tenga la forma exigida, siempre que de forma unívoca así pueda deducirse, de manera que la Administración no pueda, ella misma excusarse por la ausencia de un elemento formal para que pueda haber una manifestación de voluntad, y así deba ser entendida.

Por otra parte, como secuela del principio, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece que las normas del procedimiento administrativo “deberán interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados.” Es en definitiva, el principio *in dubio pro actione* o de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de petición para asegurar más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. En materia de procedimiento administrativo, el principio se traduce en que el formalismo debe ser interpretado en favor del administrado, precisando, la legislación argentina, sin embargo, que “el informalismo no podrá servir para subsanar nulidades que sean absolutas” (art. 224).

En aplicación de este principio, las leyes de procedimiento administrativo, por ejemplo, establecen el deber de los funcionarios administrativos que reciban las peticiones, de advertir a los interesados de las omisiones y de las irregularidades que observen en las mismas, pero sin que puedan negarse a recibirlas (art. 45 Ley Orgánica Venezuela; art. 11 Código Colombia).

Este informalismo en las leyes de procedimiento administrativo trae regulaciones variadas que conducen a otro principio, que es el principio de la flexibilidad del procedimiento y de los trámites procedimentales mediante, por ejemplo, la eliminación del principio de la preclusividad de los lapsos y de actos procesales (arts. 23 y 60 de la Ley venezolana), propio del procedimiento civil. Igualmente, mediante la posibilidad de alegación por parte de los particulares en cualquier momento (art. 62 de la Ley venezolana), por ejemplo, porque no exista un lapso preciso de contestación, y aún cuando algunas leyes de procedimiento lo establezcan, si ese lapso transcurre ello no debe impedir que se pueda alegar en cualquier momento, sin que pueda la Administración rechazar alegatos que se formulen posteriormente al lapso formal establecido para ello. También,

mediante la utilización de cualquier tipo de pruebas (art. 58 de la Ley venezolana); y la intrascendencia en la calificación de los recursos (art. 86 de la Ley venezolana). Es decir, por el hecho de que un administrado particular se equivoque en la calificación del recurso que interpone, siempre y cuando de su escrito se deduzca claramente de que tipo de recurso se trata, la Administración no puede rechazarlo y, al contrario, está obligada a interpretarlo en favor del particular y de flexibilizar esta ausencia de cumplimiento del formalismo en la calificación del recurso (art. 213 Ley peruana).

3. *El principio de la colegialidad*

En relación con el informalismo, en contraste, en determinados procedimientos expresamente se exige una serie de requisitos de carácter formal para el cumplimiento de la actividad administrativa.

Se trata, en particular, de los casos en los cuales actúan cuerpos colegiados, en los cuales la formación de la voluntad normalmente requiere del cumplimiento de una serie de requisitos formales para integrarla. En estos casos, normalmente se está en presencia de un procedimiento complejo que, por lo general, tiene sucesivas fases que van desde la convocatoria, a los efectos de poder llevar al conocimiento de los integrantes del cuerpo colegiado el inicio del procedimiento, hasta los requisitos del “quórum” para la instalación, para la discusión y para la decisión, lo cual contrasta de manera directa con el informalismo.

En estos casos, al contrario, el elemento formal adquiere, por ejemplo, gran importancia para expresar la voluntad del cuerpo colegiado una vez que se adopta una decisión. Por ello, algunas leyes como la del Perú (arts. 95 a 102), de la República Dominicana (art. 55), y el Código de Ecuador (arts. 53 a 58), dedican expresamente un conjunto de normas a regular los “órganos colegiados”.

Un aspecto formal de primera importancia en la actuación de los órganos colegiados, por ejemplo, se refiere a la necesidad de que tomada una decisión, la misma debe expresarse en el acta de la sesión del cuerpo. Una vez que se levanta dicha acta, y se aprueba, se presume que el acto que se llevó a cabo quedó expresado en el acta y ésta sustituye todo lo que pudo haber ocurrido en la sesión en la cual se adoptó el acto, la cual no podrá volver a repetirse ya que tuvo su oportunidad única. Por ello, ese elemento formal se configura en esencial. Por ejemplo, en materia electoral, una vez que se levanta el acta de escrutinio de votos por la mesa o junta electoral, el acto queda resumido en el acta. Esto se aplica también a las decisiones de los Concejos Municipales y del Consejo de Ministros. Aprobada el acta de la sesión, el acto o decisión tomados quedan subsumidos en dicho documento (acta).

4. *El principio favor acti: (favor administrationis)*

El principio *favor acti* implica que la Administración debe interpretar el procedimiento de manera que sea favorable a la emisión del acto administrativo, es decir, a la obra de la Administración. Por tanto, ante el no acatamiento de elementos formales en el procedimiento, debe preferirse evitar la ineficacia o plantear una ineficacia parcial, que concluir con la ineficacia total del acto. Es decir, el procedimiento debe interpretarse de manera que efectivamente pueda haber una decisión, sin que la falta de cumplimiento de determinadas formalidades afecte el acto y la propia voluntad de la Administración.

Este principio *favor acti* o también, *favor administrationis*, por ejemplo, tiene relación con el tema del funcionario de hecho; es decir, aquél que no estando investido de autoridad de manera regular, adopta alguna decisión que, sin embargo, debe ser reconocida por la Administración, siempre que haya actuado de buena fe, sobre todo en relación con los administrados.

Sobre este tema es de destacar que Ley General de Costa Rica dedica un capítulo entero al régimen del “funcionario de hecho”, definiéndolo así:

“Artículo 115. Será funcionario de hecho el que hace lo que el servidor público regular, pero sin investidura o con una investidura inválida o ineficaz, aún fuera de situaciones de urgencia o de cambios ilegítimos de gobierno, siempre que se den las siguientes circunstancias:

- a) Que no se haya declarado todavía la ausencia o la irregularidad de la investidura, ni administrativa ni jurisdiccionalmente; y
- b) Que la conducta sea desarrollada en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho.”

Si reúnen estas características, las decisiones de los funcionarios de hecho se tienen como válidas con respecto a la propia Administración y al particular. Así lo precisa la legislación de Costa Rica:

“1. Los actos de un funcionario de hecho serán válidos, aunque perjudiquen al administrado y aunque éste tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura de aquél.

2. La Administración quedará obligada o favorecida ante terceros por virtud de los mismos” (art. 116).

La Ley General, además, llega a establecer responsabilidades a cargo de los funcionarios de hecho en relación con la Administración y con los administrados, por los daños que ocasionen en su ejercicio, declarando que “La Administración será responsable ante los administrados por la conducta del funcionario de hecho” (art. 118,2).

5. *El principio de la finalidad y de la conservación*

A. *El principio conservatio acti: la subsanabilidad de los actos de la Administración y de los interesados y la corrección de errores materiales*

Si el objetivo del procedimiento es lograr un fin determinado que normalmente se alcanza con la emisión de un acto administrativo, el principio es que deben hacerse todos los esfuerzos por que el mismo se conserve posteriormente.

Por ello, El principio del informalismo, conlleva al principio *conservatio acti*, o principio de la conservación o subsanabilidad de los trámites administrativos y de las actuaciones de los administrados, por ello, la Ley de Honduras establece que cuando un órgano administrativo declare la nulidad de algunas actuaciones, debe disponer “siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido, de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad” (art. 39).

En igual sentido, se dispone en la Ley peruana, (art. 13.3), la cual agrega que la nulidad de un acto debe considerarse que sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él (art. 13,1 Ley del Perú). Como lo ha establecido la Ley de República Dominicana:

Artículo 14.III. Se conservarán los elementos de los actos no afectados por vicios de invalidez. La invalidez de un acto no se transmitirá necesariamente a los sucesivos del procedimiento que sean independientes del nulo o anulable. Los actos inválidos que contengan elementos constitutivos de otro válido producirán los efectos de éste. Los actos anulables podrán ser convalidados subsanando sus defectos de competencia o procedimiento, con efectos desde su fecha o retroactividad para el caso de ser favorables y cumplir los requisitos del Artículo 9 de esta ley.

En sentido similar en la Ley de El Salvador se indica sobre “la conservación de los actos y trámites válidos” que:

“La autoridad administrativa que revoque actuaciones por razones de ilegalidad, podrá disponer la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual, de no haberse realizado la infracción que originó la nulidad” (art. 40)

El principio de la conservación conduce, por supuesto, a la necesidad de la corrección de errores materiales de los actos administrativos, lo que se encuentra regulado expresamente en las leyes de Venezuela, Honduras, Costa Rica, Bolivia, El Salvador y en el Reglamento de la Comunidad Andina.

En la Ley Orgánica de Venezuela, este principio se regula así:

“Artículo 84. La administración podrá en cualquier tiempo corregir errores materiales o de cálculo en que hubiere incurrido, en la configuración de los actos administrativos. “

La Ley General de Costa Rica también precisa que: “En cualquier tiempo podrá la Administración rectificar los errores materiales o de hecho y los aritméticos” (art. 157); a lo que las Leyes de Bolivia y El Salvador agregan que la corrección puede hacerse “de oficio o a instancia de parte” (art. 31 y 40, respectivamente); y la Ley de Honduras, agrega que ello puede hacerse “siempre que la enmienda no altere lo sustancial del acto o decisión” (art. 128). La regulación también la recoge la Ley del Perú, agregando, sin embargo, que la rectificación de los errores sea “con efecto retroactivo” (art. 201.1).

El mismo principio se expresa en el Reglamento de la Secretaría General de la Comunidad Andina así:

“Artículo 35. Los errores materiales o de cálculo de los actos de la Secretaría General podrán ser corregidos en cualquier momento.”

Es precisamente en virtud de este principio de la corrección de errores materiales, que deriva del principio del informalismo y de la economía procedimental, que la Administración no tiene por qué concluir siempre con la revocación del acto incorrecto, pudiendo siempre corregirlo, de oficio o a petición de parte, en cualquier momento. Es un principio de lógica administrativa que, sin embargo, encuentra su expresión formal en estas leyes de procedimiento administrativo, incluso en relación con los actos de los administrados. En tal sentido, la Ley de Honduras dispone que:

“Artículo 115. Para evitar nulidades, la Administración señalará a la parte interesada los defectos de que adolezcan los actos producidos por ésta y ordenará que se subsanen de oficio o por el interesado dentro de un plazo de tres días.

B. *La convalidación, la enmienda, el saneamiento y la conversión*

Pero incluso, aún en presencia de vicios o irregularidades más sustanciales en los actos administrativos, que no puedan resolverse con la sola corrección de errores materiales o aritméticos, el principio *conservatio acti*, exige que los vicios que puedan afectarlos formalmente, deban subsanarse siempre que no conlleven su nulidad absoluta, lo que ha originado las técnicas de convalidación, enmienda, saneamiento o conversión de los actos administrativos que se encuentran reguladas en las leyes de procedimiento administrativo para evitar su extinción.

En efecto, un principio general que puede derivarse de las regulaciones de las leyes latinoamericanas es el de que la convalidación de los actos

administrativos sólo puede referirse a la corrección de vicios de nulidad relativa o de anulabilidad, y no puede implicar la corrección de vicios de nulidad absoluta. Por tanto, si lo que afecta al acto administrativo son vicios de orden público, de indefensión o violaciones de derechos y garantías constitucionales, éstos vicios no podrían ser subsanados y convalidarse el acto administrativo. La convalidación procederá, entonces, sólo cuando existan errores formales en la voluntad, en la competencia o de formalidades sustanciales que, sin embargo, puedan ser corregidos por la Administración para conservar el acto.

En esta materia, por otra parte, pueden distinguirse las técnicas de convalidación, de saneamiento y de conversión que la Ley General de Costa Rica identifica con precisión.

En *primer lugar*, en cuanto a la convalidación, ésta se produce cuando dictado un acto administrativo que sea relativamente nulo por vicio en la forma, en el contenido o en la competencia, se dicta un nuevo acto administrativo que lo convalide, con indicación precisa del vicio y de la corrección. En estos casos, conforme a la Ley General de Costa Rica, “la convalidación tiene efecto retroactivo a la fecha del acto convalidado” (art. 187,2).

Sobre esto, la Ley venezolana indica, pura y simplemente, que “la Administración podrá convalidar en cualquier momento los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan” (art. 81), y en sentido similar se regula en la Ley de Brasil (art. 55), en la Ley de Bolivia (art. 37,1), en la Ley de Panamá (art. 56), y en la Ley de Honduras (art. 126).

En sentido similar se regula en la Ley de Brasil, debiendo ser objeto la convalidación de una decisión en la que se evidencie que no acarrea lesión al interés público ni perjudica a terceros (art. 55); y en la Ley de Bolivia (art. 37), donde se indica detalladamente que:

“I. Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificadas por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca.

II. La autoridad administrativa deberá observar los límites y modalidades señalados por disposición legal aplicable, debiendo salvar los derechos subjetivos o intereses legítimos que la convalidación o saneamiento pudiese generar.

III. Si la infracción consistiera en la incompetencia jerárquica, la convalidación podrá realizarla el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto.

IV. Si la infracción consistiese en la falta de alguna autorización, el acto podrá ser convalidado mediante el otorgamiento de ella por el órgano competente.”

La misma orientación se sigue en la Ley de El Salvador (art 37), en la Ley de Panamá (art. 54) y en el Código de Ecuador (art. 110). En la misma línea, la Ley de Honduras es igualmente detallada al regular la convalidación de los actos administrativos, así:

“Artículo 126. La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan, salvo que se hubiere interpuesto recurso contra los mismos.

Si el vicio consistiera en la incompetencia la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto.

Los actos viciados por la falta de alguna autorización podrán ser convalidadas mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente.

Lo dispuesto en el párrafo precedente no será aplicable a los casos de omisión de informes, dictámenes o propuestas obligatorias.”

La Ley peruana es todavía más precisa al regular la “enmienda” de los actos administrativos como consecuencia de la “conservación” de los mismos, precisando que cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez no sea trascendente, “prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora” (art. 14.1).

A los efectos de la “enmienda”, dicha ley precisa con claridad cuando los actos administrativos están afectados por vicios no trascendentes, indicando los siguientes:

“14.2.1. El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.

14.2.2. El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

14.2.3. El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.

14.2.4. Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.

14.2.5. Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial. “

En la legislación argentina, esta convalidación se denomina, en general, “saneamiento” y se desdobra en “ratificación” y “confirmación” de los actos administrativos, así:

“Artículo 19. El acto administrativo anulable puede ser saneado mediante:

a) Ratificación por el órgano superior, cuando el acto hubiere sido emitido con incompetencia en razón de grado y siempre que la avocación, delegación o sustitución fueren procedentes;

b) Confirmación por el órgano que dicte el acto subsanando el vicio que lo afecte.”

Conforme a esa misma norma, “los efectos del saneamiento se retrotraerán a la fecha de emisión del acto objeto de ratificación o confirmación”, es decir, que los efectos del acto de saneamiento son retroactivos, por lo cual el principio es que el acto original surte sus efectos desde que se dictó, aun cuando la convalidación o el saneamiento sea posterior.

En *segundo lugar*, además de la convalidación (enmienda o saneamiento), la Ley General de Costa Rica la distingue de lo que en ella se califica como “saneamiento” y que se reduce a una convalidación de sólo defectos de forma. En efecto, el artículo 188 de la Ley General establece:

“1. Cuando el vicio del acto relativamente nulo consista en la ausencia de una formalidad sustancial, como una autorización obligatoria, una propuesta o requerimiento de otro órgano, o una petición o demanda del administrado, éstos podrán darse después del acto, acompañados por una expresa manifestación de conformidad con todos sus términos.

2. Lo anterior no podrá aplicarse a la omisión de dictámenes ni a los casos en que las omisiones arriba indicadas produzcan nulidad absoluta, por impedir la realización del acto final.

3. El saneamiento producirá efecto retroactivo a la fecha del acto saneado”.

En *tercer lugar*, además de la convalidación y el saneamiento, también se regula formalmente la figura de la conversión del acto administrativo. Esta se produce cuando un acto tiene elementos válidos y otros viciados, pudiendo la autoridad, posteriormente, corregir estos vicios y con los elementos válidos que tenía, convertir al acto en un nuevo acto.

Así lo precisa la Ley de Honduras, en su artículo 127, al disponer que:

“El acto nulo que, sin embargo, contenga todos los requisitos constituidos de otro distinto, podrá ser convertido en éste y producirá sus efectos, en su caso, así lo consistiera el interesado. “

En estos supuestos, se habla de conversión, como producto del principio de la conservación, en cuyo caso, contrariamente a la convalidación y al saneamiento, no hay efecto retroactivo, sino que la conversión tiene efectos a

partir del momento en que el nuevo acto queda perfeccionado. En este sentido, la Ley argentina señala:

“Artículo 20. Si los elementos válidos de un acto administrativo nulo permitieren integrar otro que fuere válido, podrá efectuarse su conversión en éste consintiéndolo el administrado. La conversión tendrá efectos a partir del momento en que se perfeccione el nuevo acto.”

Se destaca, en el régimen argentino, la necesidad del consentimiento del administrado para la conversión.

En relación a la misma institución de la conversión, la Ley General de Costa Rica también la regula, disponiendo el artículo 189 lo siguiente:

“El acto inválido, absoluta o relativamente nulo, podrá ser convertido en otro válido distinto por declaración expresa de la Administración a condición de que el primero presente todos los requisitos formales y materiales del último. La conversión tiene efectos desde su fecha.”

En *cuarto lugar*, en algunos casos se establece como principio que el acto convalidado debe producir efectos desde su fecha; y en otros, que los efectos, tanto de la convalidación como del saneamiento de un acto administrativo, se retrotraen a la fecha de emisión del acto objeto de ratificación o confirmación (art. 19, Ley de Argentina; art. 187.1 y 188.3, Ley General de Costa Rica).

En cuanto a la conversión esta produce efectos a partir del momento en que se perfeccione el nuevo acto (art. 20, Ley de Argentina; art. 189, Ley General de Costa Rica).

Por último, en quinto lugar, se destaca la previsión del artículo 111 del Código de Ecuador, en el cual se excluye expresamente la posibilidad de convalidación con la indicación de que debe procederse a la “anulación del acto administrativo con vicios subsanables,” cuando:

“1. Ha sido oportunamente impugnado en la vía judicial, sin que se haya convalidado previamente en la vía administrativa. 2. La subsanación del vicio sea legal o físicamente imposible. 3. El vicio haya tenido origen en las actuaciones de la persona interesada. 4. La subsanación cause perjuicios a terceros o al interés general. La nulidad del acto administrativo con vicios subsanables surte efectos únicamente desde la fecha de su declaración. El procedimiento administrativo nulo no es objeto de convalidación.”

IV. EL PRINCIPIO *PRO ACTIONE*

El principio *pro actione* implica la necesidad de que las solicitudes se interpreten a favor de lo que se solicita en la petición.

El principio está consagrado expresamente en la legislación de Costa Rica cuando establece que las normas de procedimiento “deberán interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones” (art. 224).

En cuanto a la admisión de la solicitud o de las peticiones presentadas por los interesados, el principio tiene consecuencias concretas en el caso de la legislación de Colombia (art. 11), de Venezuela, (art. 45) de Honduras (art. 115), y del Perú (arts. 125 y 126), pues la Administración está obligada a advertir a los particulares los errores o las omisiones que puedan tener las peticiones, para que dichos errores u omisiones no conlleven su inadmisibilidad.

Como consecuencia, no se puede negar la petición que haga un administrado por causa de una omisión, sino que la Administración está obligada a advertirle los errores, para que el particular los corrija.

QUINTA PARTE

EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN

La codificación del procedimiento administrativo en América Latina como manifestación del afianzamiento del principio de la legalidad ha sido concebida teniendo en cuenta, básicamente, la debida protección de los administrados, en el sentido de que si bien las leyes han prescrito normas y fases procedimentales que deben guiar la actuación de la Administración, ello se ha hecho con miras a establecer garantías jurídicas de los administrados frente a la Administración.

Por ello, incluso, la Ley del Perú identifica como uno de los principios del procedimiento administrativo en el artículo IV del Título Preliminar, al “principio de la participación” el cual se describe así:

“1.12 Principio de participación. Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión.”

En Colombia este principio de participación fue incorporado expresamente en la reforma del Código de 2011, sin duda respondiendo a la orientación general de la Constitución de 1991, con arreglo al cual, las autoridades deben promover y atender las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública” (art. 3.6)

Se trata, en todo caso, de un principio definitorio de política pública en el fomento de los mecanismos de participación ciudadana en la gestión pública, el cual por supuesto, no sustituye sino complementa el principio democrático representativo.

Las regulaciones destinadas a asegurar la participación de los administrados, en todo caso, inciden no sólo en el comienzo del procedimiento, sino en su instrucción y sustanciación, y en la decisión del mismo.

I. EL DERECHO DE PETICIÓN Y LA OPORTUNA RESPUESTA

1. El inicio del procedimiento a instancia de parte y la capacidad para actuar

El procedimiento administrativo, tal como se regula en todas las leyes de América latina, puede iniciarse de oficio o a instancia de parte interesada. Como lo precisa el Código de Ecuador:

“Art. 175.- Actuaciones previas. Todo procedimiento administrativo podrá ser precedido de una actuación previa, a petición de la persona interesada o de oficio, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.”

Es decir, como lo indica, en el mismo sentido del Código de Ecuador (art. 183), de la Ley de la República Dominicana (art. 22.I), de la Ley de Bolivia (art. Art. 39), de la Ley de Chile (art. 28) y de la Ley de El Salvador (art. 64), la Ley de Panamá:

“Artículo 64. La iniciación de los procesos administrativos puede originarse de oficio o a instancia de parte interesada.

La iniciación ocurre de oficio cuando se origina por disposición del despacho administrativo correspondiente; y a instancia de parte cuando se accede a petición, consulta o queja de la persona o personas que sean titulares de un derecho subjetivo o de un interés legítimo.”

El Código de Ecuador, además, se refiere a las peticiones que pueden formular las personas para instar a la Administración a actuar mediante denuncias, así:

“Artículo 65. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, cualquier persona debe denunciar, ante cualquier entidad pública, la comisión de hechos que afecten o lesionen el interés público, o la realización de actos ilícitos cuyo conocimiento corresponda a aquélla, sin que el denunciante se encuentre obligado a comprobar los hechos denunciados. Esta denuncia podrá presentarse de manera verbal o escrita, mediante telegrama, fax u otro medio idóneo, con la condición de que el denunciante se identifique debidamente.

Constituye un deber de todo ciudadano panameño o extranjero residente en el país, denunciar la comisión de hechos o actos que lesionen el interés público o que violen las normas jurídicas vigentes.

Queda a salvo la responsabilidad penal en que pueda incurrir el denunciante en caso de falsedad en la denuncia.”

Un aspecto esencial relativo a la participación de las personas en el procedimiento administrativo es el de la capacidad jurídica, lo que excluye de la participación a los incapaces. Al tema se refieren varias leyes de procedimiento en forma específica.

Por ejemplo, la Ley de El Salvador dispone que la “capacidad para ser parte en el procedimiento administrativo se regirá por el derecho común (art. 66); y la Ley de República Dominicana indica sobre la “capacidad de obrar,” que “tendrán capacidad de obrar en el procedimiento administrativo los órganos y entidades administrativas, las personas jurídicas y las personas físicas mayores de edad. Los menores tendrán capacidad cuando el ordenamiento jurídico lo permita” (art. 16).

Regulaciones semejantes se encuentran en la Ley de Chile sobre la “capacidad de actuar” (art. 20) y en el Código de Ecuador sobre la “capacidad de ejercicio” (art. 150).

2. *Participación ciudadana y derecho de petición*

En materia de participación ciudadana en el procedimiento administrativo, es por tanto esencial el clásico derecho de petición y a la obtención de oportuna respuesta, pues en materia de procedimiento administrativo, el origen del tema de la participación está, sin duda, en este derecho de petición, el más clásico de los derechos individuales. En la Constitución de Venezuela de 1999, se resume de la siguiente forma:

“Artículo 51. Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad o funcionario público sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados conforme a la ley, pudiendo ser destituidos del cargo respectivo.”

Un derecho similar está garantizado en casi todas las Constituciones modernas, partiendo del principio establecido en la Enmienda N° 1 a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en 1789.

Este derecho de peticionar y de obtener oportuna respuesta, además, se repite en las diversas leyes de procedimiento administrativo de América Latina. Se trata, en definitiva, del derecho a dirigir instancias o peticiones ante cualquier autoridad, y el correlativo deber de éstas de responder las instancias o peticiones o, en su caso, indicar los motivos por los cuales no se consideran y resuelven.

Por ello, incluso, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela reitera la declaración constitucional, precisando el derecho de petición administrativa, así:

“Artículo 2. Toda persona interesada podrá, por sí o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa. Estos deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieren para no hacerlo.”

Este derecho, por otra parte, ha tenido un importante desarrollo en Venezuela en los últimos años, después de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (equivalente a la tutela colombiana) del año 1988; haciéndose efectivo el derecho a obtener oportuna respuesta de la Administración, la cual, tradicionalmente, era una Administración que no respondía a las peticiones de los particulares.

Este derecho se consagra también, en el Código Contencioso Administrativo colombiano (arts. 5 a 24); y en el artículo 106 de la Ley del Perú, además, se lo detalla, en la siguiente forma:

“106.1 Cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el Artículo 2 inciso 20) de la Constitución Política del Estado.

106.2 El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia.

106.3 Este derecho implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal.”

3. *El derecho de petición y sus garantías*

Las leyes de procedimiento administrativo han regulado en detalle las diversas clases de peticiones ante la Administración y sus garantías, en la siguiente forma:

En *primer lugar*, en cuanto al derecho a peticionar se distinguen las simples peticiones de información o de consulta o solicitudes en interés general, del derecho de peticionar con fundamento en un derecho subjetivo o en un interés personal, legítimo y directo, por ejemplo, aquellas peticiones tendientes a lograr una decisión que cree o declare un derecho. En este último caso, las leyes exigen

una legitimación concreta para poder introducir peticiones, que corresponde a los “interesados” (art. 48 Ley de Venezuela; art. 284 Ley de Costa Rica), es decir, a quienes tengan un interés personal, legítimo y directo en el asunto (art. 22 Ley de Venezuela).

La Ley de Honduras precisa, además, quiénes son los interesados, al establecer en su artículo 55, que:

“Se considerarán parte interesada en el procedimiento, los titulares de derecho subjetivos o intereses legítimos que lo promuevan y aquéllos a quienes pudiere afectar en sus derechos subjetivos o intereses legítimos la resolución que hubiera de dictarse y se apersonen en el procedimiento administrativo espontáneamente, o por citación del órgano competente para resolver cuando éste advierta su existencia durante la sustanciación del procedimiento.”

En general, casi todas las leyes de procedimiento administrativo hacen un tratamiento similar, aunque quizás la ley que regula con mayor detalle este tema es el Código colombiano de 1984.

La Ley del Perú, por otra parte, en cuanto a la legitimación, también distingue las solicitudes formuladas en interés general de la colectividad de las formuladas en interés particular del administrado. En relación con estas últimas, dispone que el artículo 107 de dicha Ley que cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.

En cuanto a la solicitud en interés general de la colectividad, el artículo 108 de dicha Ley del Perú legitima a las personas naturales o jurídicas para poder presentar petición o contradecir actos ante la autoridad administrativa competente, “aduciendo el interés difuso de la sociedad”. Esta facultad comprende la posibilidad de comunicar y obtener respuesta sobre la existencia de problemas, trabas u obstáculos normativos o provenientes de prácticas administrativas que afecten el acceso a las entidades, la relación con administrados o el cumplimiento de los principios procedimentales, así como a presentar alguna sugerencia o iniciativa dirigida a mejorar la calidad de los servicios, incrementar el rendimiento o cualquier otra medida que suponga un mejor nivel de satisfacción de la sociedad respecto a los servicios públicos.

En *segundo lugar*, al regular el derecho de petición las leyes prescriben la forma de las peticiones en cuanto a los elementos formales que deben contener, referidos a la identificación del peticionante o solicitante, la precisión del objeto de la solicitud y los fundamentos o motivos de la petición (art. 285, Ley de Costa

Rica; art. 49, Ley de Venezuela; art. 5º, Código de Colombia; art. 113, Ley del Perú; art. 40 Ley de Panamá).

En *tercer lugar*, tratándose de peticiones o solicitudes de los interesados, las leyes de procedimiento administrativo generalmente establecen regulaciones relativas a la recepción y registro de documentos (arts. 44-46, Ley de Venezuela; art. 50, Ley de Honduras; art. 117, Ley del Perú), a los efectos de dejar constancia auténtica, entre otros aspectos, de la fecha de las peticiones. Eso tiene importancia procedimental, por la obligación que las leyes imponen a los funcionarios de respetar el orden riguroso de presentación de las peticiones al momento de decidir sobre las mismas y así evitar favoritismos (art. 296, Ley de Costa Rica). Deben destacarse, en esta materia, las novedosas regulaciones de la Ley peruana sobre la recepción de las solicitudes por medios alternativos, por intermedio de entidades desconcentradas (art. 121) o por transmisión de datos a distancia (art. 123).

En *cuarto lugar*, como garantía esencial del derecho de petición, se consagra la obligación de la Administración de recibir las peticiones. Por ello, la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela dispone en su artículo 9º, que los funcionarios de la Administración Pública:

“Tienen la obligación de recibir y atender, sin excepción, las representaciones, peticiones o solicitudes que les formulen los particulares en las materias de su competencia ya sea vía fax, telefónica, electrónica, escrita u oral; así como de responder oportuna y adecuadamente tales solicitudes, independientemente del derecho que tienen los particulares de ejercer los recursos administrativos o judiciales correspondientes, de conformidad con la ley.”

En caso de que un funcionario público se abstenga de recibir las representaciones o peticiones de los particulares o no den adecuada y oportuna respuesta a las mismas, deben ser sancionados de conformidad con la ley (Art. 9).

En *quinto lugar*, las leyes de procedimiento administrativo, al regular las peticiones como derecho de los administrados, también establecen el derecho de éstos de desistir de sus peticiones o de renunciar a su derecho (art. 63, Ley de Venezuela; art. 76, Ley de Honduras). En el mismo orden de ideas, las leyes regulan la extinción del procedimiento por perención, cuando éste se paraliza por un lapso (2 meses en la Ley venezolana, por ejemplo) por causas imputables al interesado, contado a partir de la notificación que le haga la Administración (art. 64, Ley de Venezuela). Sin embargo, en general, las leyes prescriben que, no obstante, el desistimiento o perención, la Administración puede continuar la tramitación de los procedimientos si razones de interés público lo justifican (art. 66, Ley de Venezuela; art. 8º, Código de Colombia; art. 77, Ley de Honduras).

En *sexto lugar*, tratándose de un derecho de petición con garantía de oportuna respuesta, las leyes de procedimiento administrativo reafirman la obligación de la Administración y de sus funcionarios de resolver, rápida y oportunamente, las peticiones (art. 31, Código de Colombia), prescribiendo, además, plazos para las decisiones. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela establece los lapsos según los tipos de procedimientos: si se trata de procedimientos simples, que no requieren sustanciación, la Administración está obligada a decidir las peticiones en un lapso de 20 días; en cambio, si el procedimiento requiere sustanciación, la Ley establece un lapso de 4 meses para la decisión, con posibilidades de prórroga no superior a 2 meses. En consecuencia, existiendo lapsos para la decisión, entra en juego el silencio administrativo como garantía de los particulares (art. 4).

Por último, en *séptimo lugar*, la consecuencia de la regulación del derecho de petición y del derecho de obtener oportuna respuesta es la declaración formal en las leyes de procedimiento administrativo de la responsabilidad de los funcionarios públicos por el retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento (art. 51, Constitución de Venezuela).

4. *Las clases de peticiones*

El Código Colombiano, en su artículo 4º, establece la clasificación general del ejercicio del derecho de petición, al establecer que las actuaciones administrativas podrán iniciarse:

- “1) Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés general;
- 2) Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés particular;
- 3) Por quienes obren en cumplimiento de una obligación o deber legal;
- 4) Por las autoridades, oficiosamente.”

La Ley peruana, por su parte, precisa que “El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia”; además del derecho a formular denuncias (art. 105).

El derecho de peticionar ante cualquier autoridad se encuentra también consagrado, por ejemplo, en las leyes de Uruguay (art. 117) y Venezuela (art. 2º), pero sin la precisión y detalle que establecen el Código colombiano o la Ley peruana.

Así, el artículo 11 de la Ley uruguaya siguiendo la disposición pertinente de la Constitución, establece que “todo habitante tiene derecho de petición por ante todas y cualesquiera autoridades de la República”.

En todo caso, en las leyes de procedimiento administrativo, salvo el enunciado de este derecho generalmente de rango constitucional que está en la base de toda la regulación del procedimiento administrativo, no se encuentra una clasificación de los procedimientos derivados de las peticiones que se formulan y que dan origen a los actos administrativos y a la clasificación de los mismos. En tal sentido debe recordarse la clasificación que ha difundido desde hace años la doctrina italiana, entre los procedimientos declarativos, ablatorios, concesorios o autorizatorios, los cuales, en definitiva, engloban todas las peticiones que pueden formular los particulares en ejercicio de un derecho; o los procedimientos que la Administración, de oficio, inicia para sancionar o tomar determinadas medidas que restrinjan la esfera jurídica de los administrados.

En todo caso, conforme a las leyes de procedimiento administrativo, se pueden distinguir seis tipos de peticiones: las relativas a consultas e informaciones; las peticiones de gracia; las peticiones relativas a derechos subjetivos o intereses legítimos; las peticiones formuladas en representación de intereses difusos o colectivos; las peticiones formuladas en cumplimiento de un deber legal; y las denuncias obligatorias.

A. Las peticiones generales: consultas e informaciones

En relación con el derecho a formular consultas y requerir informaciones que tienen los particulares, el Código de Colombia establece que el derecho de petición incluye el de formular consultas escritas o verbales a las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales. Estas consultas deben tramitarse con economía, celeridad, eficacia e imparcialidad y resolverse en un plazo máximo de treinta (30) días (Igual plazo lo prevé la Ley de Panamá, art. 82).

Las respuestas en estos casos no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución (art. 25).

A tal efecto, los reglamentos internos de los órganos de la Administración deben atribuir a uno o más funcionarios o empleados el deber especial de absolver las consultas del público, y de atender las demás peticiones generales (art. 26).

En estos casos, por supuesto, los peticionantes no requieren de un interés específico y, como lo dice la Ley de Honduras, basta “que ostenten capacidad con arreglo a las normas de derecho civil” (art. 54).

La Ley del Perú, por su parte, en relación con las peticiones de información y consultas, precisa que el derecho de petición incluye el de solicitar la información que obra en poder de las entidades, para lo cual las entidades deben establecer mecanismos de atención a los pedidos sobre información específica y prever el suministro de oficio a los interesados, incluso vía telefónica, de la información general sobre los temas de interés recurrente para la ciudadanía (art. 110).

El derecho de petición, además, conforme a la Ley del Perú, incluye las consultas por escrito a las autoridades administrativas, sobre las materias a su cargo y el sentido de la normativa vigente que comprende su accionar, particularmente aquélla emitida por la propia entidad. Para ello, cada entidad debe atribuir competencia para absolver las consultas a una o más de sus unidades sobre la base de los precedentes de interpretación seguidos en ella (art. 111).

B. Las peticiones de gracia

La Ley peruana regula, además, expresamente, las peticiones de gracia, es decir, aquéllas en las cuales el administrado puede solicitar al titular del órgano administrativo competente la emisión de un acto sujeto a su discrecionalidad o a su libre apreciación, o prestación de un servicio cuando no cuenta con otro título legal específico que permita exigirlo como una petición de interés particular (art. 112.1).

C. Las peticiones relativas a derechos subjetivos o intereses legítimos

En las leyes de procedimiento administrativo, por supuesto, se regulan en forma privilegiada las peticiones relativas a derechos subjetivos o intereses legítimos. En este caso, la iniciativa del comienzo del procedimiento y la determinación de si se requiere el ejercicio de un derecho de petición o de si puede iniciarse de oficio, depende de los tipos de procedimientos.

Como se dijo, generalmente las leyes de procedimiento no establecen una tipología de los procedimientos de acuerdo con los efectos del acto administrativo que resulte de su desarrollo; sin embargo, de ello dependerá la precisión de cuándo puede o debe iniciarse el procedimiento a petición de parte interesada y cuándo puede o debe iniciarse de oficio. La excepción es la Ley peruana, en cuyo artículo 107 se regulan las solicitudes en interés particular del administrado, indicando que cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito “la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición”(art. 107).

En esta forma, conforme a la tipología difundida por la doctrina italiana y de acuerdo a la naturaleza de los efectos de los actos administrativos que resultan de los procedimientos administrativos, podrían distinguirse cuatro tipos de procedimientos: los declarativos, los “ablatorios”, los concesorios y los autorizatorios.

En *primer lugar*, se destacan los procedimientos declarativos, que son los que tienen por objeto la emisión de actos administrativos que otorgan certeza respecto de hechos jurídicos relevantes, y pueden consistir también en declaraciones de ciencia o de conocimiento y en verificaciones. En este sentido,

puede decirse que todos los procedimientos administrativos que concluyen en actos de registro o de inscripción, por ejemplo, de la propiedad, de patentes o marcas, de vehículos, naves o aeronaves, son procedimientos declarativos. Asimismo, los procedimientos para establecer la identificación de las personas.

Estos procedimientos declarativos requieren, en general, para su inicio, instancia de parte interesada, y sólo en casos excepcionales donde esté interesado el orden público, podrían iniciarse de oficio, como en materia de identificación de las personas.

En *segundo lugar*, están los procedimientos “ablatorios”, denominados así en la doctrina italiana por el uso del vocablo latino “*ablatio*”, que denota la acción de quitar, cortar o eliminar. Estos procedimientos tienen, como consecuencia la restricción de los derechos individuales, por lo que generalmente se inician de oficio por la Administración. Ejemplos de estos procedimientos son los procedimientos expropiatorios, de requisición o sancionatorios que afecten una cosa (comiso) o el patrimonio de una persona (multa). Una importante regulación sobre los procedimientos sancionatorios está en el artículo 230 la Ley peruana en la cual, incluso, se formulan los siguientes principios especiales respecto de la potestad sancionadora administrativa:

“1. Legalidad. Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

2. Debido procedimiento. Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

3. Razonabilidad. Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.

4. Tipicidad. Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

5. Irretroactividad. Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

6. Concurso de infracciones. Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

7. Continuación de infracciones. Para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

8. Causalidad. La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

9. Presunción de licitud. Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

10. *Non bis in idem*. No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.”

En *tercer lugar*, están los procedimientos concesorios, los cuales tienen por objeto actos administrativos que amplían la esfera jurídica subjetiva de los administrados. El otorgamiento de concesiones tradicionalmente se ubica en estos procedimientos concesorios; sin embargo, cada vez más importantes son otros procedimientos, como los relativos a la obtención de subvenciones, o los procedimientos que atribuyen una calificación jurídica a las personas, como la concesión de la nacionalidad. Estos procedimientos concesorios, por supuesto, requieren siempre instancia de parte y no pueden iniciarse de oficio.

Por último, en *cuarto lugar*, deben mencionarse los procedimientos autorizatorios que tienen por objeto la emisión de actos administrativos que permiten a un particular ejercer un derecho, por la remoción de un obstáculo jurídico que legalmente existe para su ejercicio pleno. Son los más comunes en las relaciones entre la Administración y los administrados, y dan origen a autorizaciones, permisos y licencias para que los particulares puedan ejercer derechos o realizar actividades. Estos procedimientos, en general, requieren instancia de parte y no pueden iniciarse de oficio.

D. *Las peticiones relativas a asuntos de interés general: los intereses difusos y colectivos*

Con la protección constitucional o legal, cada vez más creciente, de los intereses colectivos y difusos, como ha sucedido, por ejemplo, en la Constitución venezolana (art. 26), las leyes de procedimiento administrativo, como la Ley peruana, regulan las solicitudes en interés general de la colectividad. El artículo 108 de esta Ley, al referirse a la solicitud en interés general de la colectividad, precisa que las personas naturales o jurídicas pueden presentar petición o contradecir actos ante la autoridad administrativa competente, “aduciendo el interés difuso de la sociedad”. Esta facultad comprende la posibilidad de comunicar y obtener respuesta sobre la existencia de problemas, trabas u obstáculos normativos o provenientes de prácticas administrativas que afecten el acceso a las entidades, la relación con administrados o el cumplimiento de los principios procedimentales, así como a presentar alguna sugerencia o iniciativa dirigida a mejorar la calidad de los servicios, incrementar el rendimiento o cualquier otra medida que suponga un mejor nivel de satisfacción de la sociedad respecto a los servicios públicos”.

E. *Las peticiones en cumplimiento de un deber legal*

Por otra parte, deben destacarse las peticiones formuladas en cumplimiento de un deber legal, a cuyo efecto, el Código colombiano indica que cuando una norma imponga a una persona el deber de presentar una solicitud, una declaración tributaria o de otra clase o una liquidación privada, o el de realizar cualquier otro acto para iniciar una actuación administrativa, las autoridades no podrán impedirlo ni negarse a recibir el escrito con el que se pretenda cumplir el deber. En estos casos, cuando las autoridades no lo admitan, el interesado debe realizar los actos necesarios para cumplir su deber ante el correspondiente funcionario del Ministerio Público, y el funcionario debe ordenar iniciar el trámite legal, e impondrá las sanciones disciplinarias pertinentes (art. 27).

F. *El derecho a denunciar y las denuncias obligatorias*

Por último, se destacan los procedimientos iniciados por denuncia. La Ley peruana, en su artículo 105 regula, al efecto, el derecho a formular denuncias, estableciendo que todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera contrarios al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento. Esta comunicación debe exponer claramente la relación de los hechos, las circunstancias de tiempo, lugar y modo que permitan su constatación, la indicación de sus presuntos autores, partícipes y damnificados, el aporte de la evidencia o su descripción para que la administración proceda a su ubicación, así como cualquier otro elemento que permita su comprobación.

La presentación de la denuncia, por supuesto, obliga a la administración a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio la respectiva fiscalización. El rechazo de una denuncia, en todo caso, debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviese individualizado (art. 105).

La legislación de América Latina regula, además, las denominadas denuncias obligatorias, en cumplimiento de un deber legal de colaboración con las autoridades, es decir, cuando se impone a las personas el deber de presentar una denuncia respecto de determinados hechos.

En el Código Colombiano, se regula lo que se encuentra consagrado en tantas normas de carácter especial administrativo, como es el deber de denuncia obligatoria, por ejemplo, en materia sanitaria. Se trata de normas administrativas que no tienen carácter penal ni sancionatorio, pero que en resguardo de la salud pública, imponen al particular la denuncia obligatoria de determinados hechos de los cuales tenga conocimiento. Esto se encuentra regulado en viejas normas, como el Reglamento de las Enfermedades de Denuncia Obligatoria de Venezuela, el cual impone la obligación a los particulares de denunciar ante la Administración, enfermedades que puedan ser contagiosas y que requieran la atención de la Administración sanitaria.

Aparte de esto, está el deber de denuncia que se le impone a los funcionarios, y que regulan todos los ordenamientos. En este sentido, el Decreto de Uruguay establece una amplia regulación (arts. 175 a 181) sobre el tema de las denuncias y de las informaciones de urgencia, consagrando el deber de denuncia a cargo de los funcionarios, respecto de las irregularidades de que tuviera conocimiento por razón de sus funciones, de las que se cometieren en su dependencia o cuyos efectos ella experimentara particularmente (art. 175).

5. *El rol del Ministerio Público o del Defensor de los Derechos Humanos*

Dentro de las tareas que corresponden al Ministerio Público, está la de velar por el respeto y la efectividad de los derechos constitucionales en forma general. Por ello, en Colombia se establece como obligación del Ministerio Público el velar por el ejercicio y la efectividad del derecho de petición, a cuyo efecto, sus funcionarios tienen a su cargo conforme el artículo 75 del Código.

“1) Instruir debidamente a toda persona que, por manifestación propia, desee o deba formular alguna petición;

2) Escribir la petición de que se trate, si la persona no pudiere hacerlo por sí misma y ello fuere necesario, comprobando en este caso que se cumplan las formalidades previstas en este Código;

3) Recibir y hacer tramitar las peticiones o recursos que las autoridades, por cualquier motivo, no hayan querido recibir;

4) Aplicar medidas disciplinarias o solicitar su aplicación al que sea competente, a los funcionarios que, sin causa justificada, dificulten o hagan ineficaz el ejercicio del derecho de petición o incurran en las conductas previstas en el artículo siguiente;

5) Vigilar en forma constante y directa los sistemas para el cobro de las tarifas de los servicios públicos, y asegurar que los reclamos y recursos se tramiten en forma rápida y legal.”

En esta forma, sobre todo a nivel local, pues estas obligaciones del Ministerio Público se refieren a sus agentes a nivel municipal, se establece una garantía para el efectivo ejercicio del derecho de petición.

II. LA FORMA DE LAS PETICIONES Y SU TRAMITACIÓN

1. *La presentación de las peticiones*

Uno de los campos de regulación de las leyes de procedimiento administrativo de América Latina en relación con la participación en los casos de procedimientos que se inician a solicitud de parte, es el relativo a la forma de las peticiones, y al principio de la colaboración de parte de la Administración, a los efectos de la corrección de las mismas. Por tanto, no sólo se trata de la posible intervención del Ministerio Público para que las peticiones se presenten en forma adecuada, sino de la regulación del deber de colaboración que la Administración tiene con el administrado para la corrección de las peticiones.

A. *El principio de la escrituración*

Ante todo, en cuanto al inicio del procedimiento administrativo, se destaca, el principio de la escrituración o de la forma escrita de las peticiones. Conforme a ello, en principio, las peticiones deben presentarse por escrito y todas las leyes así lo regulan como, por ejemplo, la Ley de Chile que dispone:

“Artículo 5°. *Principio de escrituración.* El procedimiento administrativo y los actos administrativos a los cuales da origen, se expresarán por escrito o por medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia.”

Sin embargo, conforme se precisa en la Ley de El Salvador, también:

“se podrán utilizar tecnologías de la información y de la comunicación para presentar peticiones, siempre que tales tecnologías permitan la constancia por escrito, ofrezcan garantías de autenticidad, confidencialidad, integridad, eficacia, disponibilidad y conservación de la información y sean compatibles con la naturaleza del trámite a realizar.

La Administración hará pública, por los mecanismos adecuados, la posibilidad de utilizar estos medios y las condiciones de su uso” (art. 73).

Por otra parte, en general, las leyes exigen que las peticiones se presenten firmadas, disponiéndose sin embargo en la Ley de El Salvador, que “las peticiones dirigidas a la Administración también podrán suscribirse utilizando otros mecanismos electrónicos para verificar la autenticidad de la identidad del solicitante, como podría ser el sistema de clave concertada o cualquier otro análogo que la Administración considere válido” (art. 74).

También en este punto de la presentación de la petición, el Código colombiano, prevé la posibilidad de la petición oral como forma admitida de inicio del procedimiento, indicando que si quien presenta una petición verbal afirma no saber o no poder escribir y pide constancia de haberla presentado, el funcionario la debe expedir en forma sucinta (art. 5).

La Ley de Brasil también admite las peticiones orales (art. 6).

B. *El contenido del escrito y sus anexos*

Por otra parte, todas las leyes enumeran con bastante amplitud el contenido que deben tener las peticiones escritas, en el sentido de identificación del peticionario, identificación de la autoridad a la cual está dirigida, los hechos en que se funda la petición, los fundamentos de derecho y los documentos que han de acompañarse.

Como ejemplo, aparte de la Ley peruana, ya citada (art. 113), se destaca el artículo 5° del Código colombiano el cual dispone que las peticiones escritas deben contener, por lo menos los siguientes elementos:

“1) La designación de la autoridad a la que se dirigen; 2) Los nombres y apellidos completos del solicitante y de su representante o apoderado, si es el caso, con indicación del documento de identidad y de la dirección; 3) El objeto de la petición; 4) Las razones en que se apoya; 5) La relación de documentos que se acompañan; 6) La firma del peticionario, cuando fuere el caso.”

En cuanto a la Ley mexicana, aparte de establecer que la Administración Pública Federal no puede exigir más formalidades que las expresamente previstas en la ley, precisa que:

“Las promociones deberán hacerse por escrito en el que se precisará el nombre, denominación o razón social de quien o quienes promuevan, en su caso de su representante legal, domicilio para recibir notificaciones, así como nombre de la persona o personas autorizadas para recibirlas, la petición que se formula, los hechos o razones que dan motivo a la petición, el órgano administrativo a que se dirigen y lugar y fecha de su emisión.

El escrito deberá estar firmado por el interesado o su representante legal, a menos que no sepa o no pueda firmar, caso en el cual, se imprimirá su huella digital.

El promovente deberá adjuntar a su escrito los documentos que acrediten su personalidad, así como los que en cada caso sean requeridos en los ordenamientos respectivos” (art. 15).

De igual forma, el artículo 49 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela precisa que cuando el procedimiento se inicie por solicitud de persona interesada, en el escrito se debe hacer constar lo siguiente:

“1. El organismo al cual está dirigido; 2. La identificación del interesado, y en su caso, de la persona que actúe como su representante con expresión de los nombres y apellidos, domicilio, nacionalidad, estado civil, profesión y número de la cédula de identidad o pasaporte; 3. La dirección del lugar donde se harán las notificaciones pertinentes; 4. Los hechos, razones y pedidos correspondientes, expresando con toda claridad la materia objeto de la solicitud; 5. Referencia a los anexos que lo acompañan, si tal es el caso; 6. Cualesquiera otras circunstancias que exijan las normas legales o reglamentarias; y 7. La firma de los interesados.”

Y en Brasil, el artículo de la Ley 9.784 de Procedimiento Administrativo de la Federación, hace una enumeración similar respecto de lo que debe contener el escrito de la petición:

“I. órgão ou autoridade administrativa a que se dirige; II. identificação do interessado ou de quem o represente; III. domicílio do requerente ou local para recebimento de comunicações; IV. formulação do pedido, com exposição dos fatos e de seus fundamentos; V. data e assinatura do requerente ou de seu representante.”

El artículo 285 la Ley General de Costa Rica también precisa que la petición de la parte deberá contener lo siguiente:

“a) Indicación de la oficina a que se dirige; b) Nombre y apellidos, residencia y lugar para notificaciones de la parte y de quien la representa; c) La pretensión, con indicación de los daños y perjuicios que se reclamen, y de su estimación, origen y naturaleza; d) Los motivos o fundamentos de hecho; y e) Fecha y firma.”

En sentido similar a las regulaciones de las leyes antes citadas se han redactado los artículos correspondientes de la Ley de Chile (art. 30), de la Ley de Bolivia (art. 41), de la Ley de la República Dominicana (art. 23), de la Ley de El Salvador (art. 71), de la Ley de Panamá (art. 74).

Debe señalarse, por último, que la Ley mexicana (art. 42), y el Decreto uruguayo (art. 19), plantean incluso la posibilidad de utilizar el fax y otros medios similares de transmisión a distancia para la formulación de las peticiones. En sentido similar, se regula en el artículo 4º del Decreto 266 de 2000 de Colombia; y en el artículo 123 de la Ley del Perú.

Por otra parte, en general se exige que a la petición escrita se acompañen las copias de los documentos que se indiquen en la misma.

Por último, las peticiones que se formulen deben ser de contenido respetuoso, propios del procedimiento ante la Administración. Como lo regula expresamente la Ley de Panamá, “toda petición, consulta o queja que se dirija a la autoridad por motivos de interés social o particular, deberá presentarse de manera respetuosa, y no se podrán usar, en los escritos respectivos, expresiones indecorosas, ofensivas o irrespetuosas,” quedando facultada la autoridad encargada de resolver, en cualquier etapa del trámite, para “disponer que se tachen las expresiones ostensiblemente indecorosas, ofensivas o irrespetuosas, sin perjuicio de las sanciones correccionales o penales que ameriten” (art. 41).

C. Los timbres fiscales y el principio de la gratuidad

Uno de los instrumentos fiscales más frecuentes en los países de América Latina está constituido por el sistema de timbres o estampillas que deben pagarse e inutilizarse con motivo de la realización de trámites administrativos y, particularmente, de la formulación de peticiones ante la Administración. Estos timbres configuran como un instrumento para la percepción de tasas por los servicios administrativos.

La existencia de estos instrumentos fiscales plantea la discusión sobre la existencia o no del principio de la gratuidad en materia de peticiones administrativas. El Código colombiano, al referirse a este punto en específico, hace la siguiente distinción, en cuanto a que “el simple ejercicio del derecho de petición es distinto de la acción de litigar en causa propia o ajena y no causará impuesto de timbres” (art. 39).

Por lo tanto, en el derecho colombiano, si se trata del ejercicio de un derecho de petición en interés propio habría sujeción al pago de timbres fiscales, pero éste no sería el caso del ejercicio de un derecho de petición general. Es el mismo principio que rige en Venezuela: el pago de timbres fiscales es obligatorio cuando se ejerce el derecho de petición en interés particular o de un derecho propio; en cambio, si se trata de una simple petición no es necesario el pago de timbres fiscales.

En el caso de otras leyes, por ejemplo, la de Uruguay (arts. 19 a 21), no se establece ningún tipo de timbres.

El tema de los “derechos de tramitación” está particularmente regulado en la Ley del Perú, en cuyo artículo 44 se dispone que, en los procedimientos administrativos, procede establecer derechos de tramitación cuando su desarrollo implique para la entidad la prestación de un servicio específico e individualizable a favor del administrado, o en función del costo derivado de las actividades dirigidas a analizar lo solicitado. En todo caso, se establece como condición para la procedencia de este cobro: que la entidad esté facultada para exigirlo por una norma con rango de ley.

Por otra parte, el mismo artículo de la Ley de Perú establece que no procede establecer cobros por derecho de tramitación para procedimientos iniciados de oficio, ni en aquellos en lo que son ejercidos el derecho de petición graciable o el de denuncia ante la entidad por infracciones funcionales de sus propios funcionarios o que deban ser conocidas por las Oficinas de Auditoría Interna (art. 44,3).

En otros países, en cambio se establece como principio general el principio de la gratuidad de los procedimientos administrativos, salvo previsión expresa de la ley. Así, la Ley de Bolivia dispone:

“Artículo 4º Principio de gratuidad: Los particulares sólo estarán obligados a realizar prestaciones personales o patrimoniales en favor de la Administración Pública, cuando la Ley o norma jurídica expresamente lo establezca.”

En sentido similar, en la Ley de Chile se dispone:

“Artículo 6º. Principio de gratuidad. En el procedimiento administrativo, las actuaciones que deban practicar los órganos de la Administración del Estado serán gratuitas para los interesados, salvo disposición legal en contrario.”

D. *El principio de colaboración: las correcciones a la petición*

Debe señalarse, por otra parte, una vez precisada la forma escrita y el contenido de las peticiones, que en todas las leyes de procedimiento administrativo de América Latina también se encuentra regulado el principio de colaboración de la Administración, conforme al cual no se deben rechazar las peticiones que no cumplan las formas, sino que, en principio, el funcionario debe advertirle al administrado los errores para que pueda corregirlas y pueda volver a presentarlas ante la Administración. Esto está regulado en forma expresa en Colombia (art. 27), en Costa Rica (sólo defectos subsanables, art. 287), en México (art. 43), en Venezuela (art. 50), en Brasil (art. 6º), en Honduras (art. 115), en Perú (arts. 125 y 126), en Uruguay (art. 26), en Bolivia (art. 3), en El Salvador (art. 72), y en Panamá (art. 76).

En definitiva, se trata de un derecho, hasta cierto punto del administrado, para que la Administración colabore con su derecho de petición y le advierta los errores en sus peticiones.

Así lo establece, expresamente, el artículo 50 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela:

“Artículo 50. Cuando en el escrito o solicitud dirigida a la Administración Pública faltare cualquiera de los requisitos exigidos en el artículo anterior, la autoridad que hubiere de iniciar las actuaciones lo notificará al presentante, comunicándole las omisiones o faltas observadas a fin de que en el plazo de quince (15) días proceda a subsanarlos. Si el interesado presentare oportunamente el escrito o solicitud con las correcciones exigidas, y ésta fuere objetada por la administración debido a nuevos errores u omisiones, el solicitante podrá ejercer el recurso jerárquico contra la segunda decisión o bien corregir nuevamente sus documentos conforme a las indicaciones del funcionario.”

En la Ley General de Costa Rica, sin embargo, se establece en forma expresa que las peticiones pueden ser rechazadas cuando no se identifique al peticionante, no se precise el contenido de la pretensión o la petición no esté firmada, en cuyo caso se produce el archivo de la petición (art. 285, 2, 3).

E. *La reforma de la petición*

Por último, debe señalarse que, en materia administrativa, los peticionantes también tienen derecho a modificar o ampliar su petición, como lo dice la Ley de Honduras, siempre que se basen en hechos esencialmente idénticos a los invocados en la petición inicial, y no se haya realizado la audiencia final dada a los interesados (art. 67).

2. *La recepción de las peticiones, la copia, el registro y el orden de tramitación*

Otra regulación que también está establecida en casi todas las leyes de procedimiento administrativo, en forma expresa, es la obligación de las autoridades de llevar un Registro de toda la documentación que se consigne en las oficinas públicas (art. 117, Ley del Perú); y a los efectos del recibo de la petición, la exigencia de acompañar copia de la petición para que ésta le sea devuelta sellada al peticionante, como recibo, la cual tendrá el mismo valor legal que el original. Este hecho que siempre fue práctica administrativa se ha formalizado en las leyes a los efectos de la certificación, como sucede, por ejemplo, en el Código de Colombia (art. 5), en la Ley del Perú (art. 114), en el Decreto de Uruguay (art. 22 y 25), y en la de Venezuela (art. 46).

En el artículo 25 del Decreto de Uruguay, en particular se resume esta regulación así:

“Artículo 25. Todo funcionario que reciba un escrito deberá anotar bajo su firma en el propio escrito, la fecha en que lo recibe, el número de hojas que contenga, la mención de los documentos que se acompañan y copias que se presentan. Como constancia de la recepción del mismo, se entregará al interesado la copia a que se refiere el artículo 22 del presente decreto, sin perjuicio de otras formas de constancia que por razón del trámite sea conveniente extender.”

La regulación también aparece precisa en la Ley de Honduras, al disponerse lo siguiente:

“Artículo 53. Toda persona que presente un escrito podrá acompañar copia simple del mismo y exigir en el acto, que se coteje y se le devuelva, con nota que exprese la fecha y hora de la presentación, con el sello de la oficina y firma del empleado que la reciba.”

De los documentos que acompañe podrá presentar copia y pedir que previo cotejo se le devuelvan los originales salvo disposición en contrario.

De una u otra circunstancia, el encargado del Registro dejará constancia en el expediente.

Por otra parte, en las leyes de Costa Rica (art. 296), México (art. 46), Venezuela (art. 34) y Uruguay (art. 25), hay normas precisas que establecen la obligación de la Administración de respetar el orden de las peticiones para su consideración; orden que se deriva del Registro de las mismas, que debe ser en forma rigurosa. Debe recordarse que en gran parte, la sanción de estas leyes de procedimiento tuvieron por objeto asegurar la igualdad de todos los particulares, mediante la ordenación del trámite de las peticiones. En esta forma, este principio del “orden riguroso”, formulado con esta misma expresión, está consagrado en la Ley de Costa Rica (art. 296).

La misma expresión se encuentra en la Ley de México, así:

“Artículo 46. En el despacho de los expedientes se guardará y respetará el orden riguroso de tramitación en los asuntos de la misma naturaleza; la alteración del orden sólo podrá realizarse cuando exista causa debidamente motivada de la que quede constancia.

El incumplimiento a lo dispuesto en el párrafo anterior será causa de responsabilidad del servidor público infractor.”

De igual manera lo establece la Ley Orgánica Venezuela cuyo artículo 34 dispone que en el despacho de todos los asuntos “se respetará *rigurosamente el orden* en que éstos fueron presentados”. Sin embargo, sólo por razones de interés público y mediante providencia motivada, el jefe de la oficina puede modificar dicho orden, dejando constancia en el expediente.

Este orden riguroso se establece, por supuesto, en favor del administrado, para que se tramiten los asuntos de acuerdo al orden de presentación y no se le dé un trato de favor a otro interesado que presente una petición con posterioridad y se resuelva primero. El principio es que se resuelvan las peticiones de acuerdo al orden de presentación; principio que busca eliminar el favoritismo y la parcialidad en los trámites administrativos.

El orden debe respetarse, incluso, ante el pago de derechos de tramitación, para lo cual la Ley del Perú dispone que las entidades “no pueden establecer pagos diferenciados para dar preferencia o tratamiento especial a una solicitud distinguiéndola de las demás de su mismo tipo, ni discriminar en función al tipo de administrado que siga el procedimiento” (art. 45).

En todo caso, conforme a la Ley de El Salvador, toda persona que haya presentado una petición consulta o queja:

“tiene derecho a conocer el estado en que se encuentra la tramitación, y la entidad pública correspondiente está en la obligación de informarle lo pertinente en el término de cinco días, contado a partir de la fecha de su presentación. Si la entidad no pudiese resolver la petición, consulta o queja dentro del término señalado en la ley, la autoridad responsable deberá informar al interesado el estado de la tramitación, que incluirá una exposición al interesado justificando las razones de la demora” (art. 44).

3. *La obligación y término para responder*

Otro principio derivado del derecho de petición y a la obtención de oportuna respuesta que está también en todas las leyes de procedimiento administrativo, es la obligación o deber de decidir que se impone al funcionario respectivo que debe tomar la decisión. Por ello, la Ley de Uruguay es precisa y terminante al señalar que:

“Artículo 118. Toda autoridad administrativa está obligada a decidir sobre cualquier petición que le formule el titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo en que se dicte o ejecute un determinado acto administrativo.”

Así se consagra, igualmente, en el Reglamento de la Comunidad Andina (art. 3), en la Ley de Costa Rica (art. 329), en la Ley de Venezuela (art. 2) y en la Ley de Brasil (art. 48). En el Código de Colombia, incluso se lo califica de “deber primordial” el de dar “rápida y oportuna resolución a las peticiones” (art. 31).

En cada país, se establece un particular lapso de decisión a los efectos de poder ejercer una tutela o un amparo. En el Código colombiano se consagran lapsos muy breves, de diez o quince días (art. 6°); sin embargo, cuando se trata de un asunto complejo que requiere sustanciación, el lapso se debe fijar de manera discrecional por la autoridad competente para decidir, siempre que no se

exceda de tres (3) meses. En la Ley de Brasil, la Administración tiene un plazo de hasta treinta (30) días para decidir, sólo prorrogable por igual período de tiempo (art. 49).

En otras leyes, como el caso de Venezuela, se establece el principio de que si se trata de una petición que no requiere sustanciación, se debe resolver en veinte (20) días, y si se trata de una petición que requiere sustanciación, se debe resolver en un tiempo máximo de cuatro (4) meses con posibilidad de prórroga por dos (2) meses más, es decir, máximo seis (6) meses (art. 60). Esto por lo que se refiere a la ley general de procedimientos administrativos, ya que en las leyes especiales se establecen lapsos variables. Por ejemplo, en materia urbanística, en Venezuela, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística establece un lapso de 90 días para el otorgamiento de la Certificación de Variables Urbanas fundamentales respecto de una urbanización, y de 30 días para la certificación en el caso de una edificación (art. 85).

4. *La queja y la responsabilidad administrativa*

Por último, la consecuencia de esta obligación de respuesta oportuna también está regulada en casi todas las leyes. Se trata del recurso de queja por la ausencia de respuesta oportuna (Costa Rica), llamado “recurso de reclamo” en Venezuela y en el Uruguay. Se trata de un procedimiento especial para la determinación de la responsabilidad disciplinaria, con motivo de la formulación de la queja frente a la demora del funcionario, la cual debe presentarse ante el superior.

En el caso de la ley venezolana, se permite la formulación de la queja contra los funcionarios que no respondan adecuadamente o que no le den el tratamiento adecuado a la petición, por lo que el reclamo es contra el “retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento, trámite o plazo” (art. 3°). Estos motivos de la queja deben formularse ante el superior jerárquico, originándose un procedimiento destinado a verificar la responsabilidad del funcionario y la imposición de la sanción correspondiente.

Por ejemplo, el artículo 84 de Decreto de Uruguay establece la responsabilidad del funcionario y el recurso de reclamo de la siguiente manera:

“Artículo 84. En cualquier etapa de la sustanciación el interesado podrá reclamar contra los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados u omisión de trámite, que puedan subsanarse antes de la resolución definitiva del asunto. La reclamación debidamente fundada, con mención expresa del precepto infringido, deberá presentarse ante el jerarca del organismo, quien previa vista de los funcionarios señalados en el artículo anterior dispondrá las medidas administrativas o disciplinarias pertinentes.”

De la misma manera, en la Ley de Costa Rica se indica que en todo momento podrá reclamarse en queja contra los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de plazos preceptivamente señalados u omisión de trámites que puedan subsanarse antes de la resolución definitiva del asunto.

La queja debe presentarse ante el superior jerárquico de la autoridad o funcionario que se presume responsable de la infracción o falta, citándose el precepto infringido y acompañándose copia simple del escrito. Si la queja fuere acogida, se debe amonestar al funcionario que hubiere dado origen a ella y, en caso de reincidencia o falta grave, puede ordenarse la apertura del expediente disciplinario que para tal efecto determine el Estatuto de Servicio Civil (art. 358 y 359).

III. LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO Y EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO

La consecuencia fundamental del principio del contradictorio en materia de procedimientos administrativos es que en el mismo también existe la noción de parte. Así, en la relación Administración-administrados, ambos extremos son parte en el procedimiento, considerándose parte, también, a todos los otros administrados que puedan resultar afectados por el acto administrativo.

En la Ley peruana se habla de “sujetos del procedimiento”, a cuyo efecto, el artículo 50 dispone que son tales: por una parte, los Administrados, es decir, la persona natural o jurídica que, cualquiera sea su calificación o situación procedimental, participa en el procedimiento administrativo; y por la otra, la autoridad administrativa, es decir, el agente de las entidades que bajo cualquier régimen jurídico, y ejerciendo potestades públicas conducen el inicio, la instrucción, la sustanciación, la resolución, la ejecución, o que de otro modo participan en la gestión de los procedimientos administrativos.

La Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, en la misma orientación dispone que puede ser parte en el procedimiento administrativo, además de la Administración, todo el que tenga interés legítimo o un derecho subjetivo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final; debiendo ser dicho el interés de la parte, actual, propio y legítimo, pudiendo ser moral, científico, religioso, económico o de cualquier otra índole (art. 275).

La noción de parte, por tanto, referida a los administrados, se asimila a la de interesados (art. 22 Ley de Venezuela y art. 9º de la Ley 9.784 de Brasil), y éstos, en definitiva, son los siguientes: en *primer lugar*, quienes promuevan el procedimiento como titulares de derechos o intereses legítimos; en *segundo lugar*, los que sin haber iniciado el procedimiento, ostenten derechos que puedan

resultar directamente afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y en *tercer lugar*, aquellos cuyos intereses legítimos, personales y directos puedan resultar afectados por el acto administrativo y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva (art. 23 Ley de Venezuela; art. 55 Ley de Honduras).

Por otra parte, debe señalarse que las personas tienen derecho a ser notificados de todo inicio de un procedimiento administrativo, cuando la decisión del mismo “pueda afectar sus derechos e intereses,” como lo dice la Ley de Uruguay (art. 17).

Además, el derecho a la defensa en el procedimiento administrativo implica el derecho de todo interesado a hacerse parte en el procedimiento, es decir, cuando éste no se haya iniciado a instancia suya, sino de oficio o a instancia de otra persona, si su interés personal, legítimo y directo o su derecho subjetivo puede resultar lesionado, afectado o satisfecho en el procedimiento. Este derecho a hacerse parte implica el derecho a apersonarse en el procedimiento, en cualquier estado en que se encuentre la tramitación y siempre que en el mismo no hubiere recaído resolución definitiva.

O como lo reguló expresamente la Ley de Chile al referirse al “*principio de contradictoriedad*.”

“Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

Los interesados podrán, en todo momento, alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.

En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento” (art. 10).

Previsiones de esta naturaleza son importantes porque con gran frecuencia, los procedimientos administrativos no solo se establecen en una relación Administración interesado, sino en una relación entre administrados, de manera que la Administración materialmente actúa en función jurisdiccional, o como la Ley de la República Dominicana la califica. “función administrativa arbitral.” Sobre ello, dicha Ley dispone en su artículo 32 lo siguiente:

“Artículo 32. Función administrativa arbitral. La función administrativa arbitral, mediante la cual la Administración dicta actos administrativos decidiendo controversias jurídicas entre los administrados, aplicando el derecho, se sustanciará de acuerdo con las garantías comunes de procedimiento previstas en el artículo siguiente.

Párrafo I. Las leyes determinarán los ámbitos de aplicación de la función arbitral. Igualmente, concretarán los supuestos en los que el sometimiento de las partes al procedimiento arbitral será obligatorio y aquellos en los cuales será voluntario.

Párrafo II. Para el ejercicio de la función arbitral, la Administración se someterá a los principios del procedimiento administrativo previstos en la presente ley. La legislación sectorial podrá establecer las peculiaridades de índole procedimental que sean necesarias, sin vulnerar los contenidos de esta ley.”

1. *Los interesados*

En el procedimiento administrativo, en general, como se ha dicho, interesado es el que ostenta un interés personal, legítimo y directo en el asunto de que se trate (art. 109.2, Ley del Perú), porque le afecta un derecho subjetivo o su interés personal y legítimo; porque es destinatario de la decisión que se adopte; o porque tiene en relación con el asunto, una especial situación de hecho que permite que su interés o derecho pueda ser afectado.

En general, las leyes de procedimiento administrativo, como hemos visto, se refieren al interesado en términos similares, constituyendo una novedad, como se dijo, la regulación de la Ley de Brasil, al agregar los representantes de los intereses colectivos y difusos (art. 9).

Esta noción de interesado como se ha dicho, se regula en todas las Leyes. Por ejemplo, en la Ley peruana, se indica en su artículo 51 que se consideran administrados respecto de algún procedimiento administrativo concreto:

“1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

2. Aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento, posean derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la decisión a adoptarse.”

En sentido similar, la Ley de Chile precisa sobre los interesados que se consideran como tales:

“1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos.

2. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

3. Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva” (art. 21).

En igual sentido se regula en las Leyes de República Dominicana (art. 17), El Salvador (art. 65), Bolivia (art. 11) y Panamá (art. 660, y en el Código de Ecuador (art. 149). Adicionalmente, la Ley de Brasil en su artículo 9° agrega dos tipos de interesados más:

“as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.”

Se introduce, de esta manera, en la regulación del procedimiento administrativo, las figuras de los representantes de los intereses colectivos y difusos como legitimados para actuar frente a la Administración en sede administrativa.

En el caso de Venezuela, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos define al interesado en relación al proceso contencioso-administrativo (arts. 22 y 23), de manera que el interesado en el procedimiento administrativo es quien tenga tal condición de interesado en el proceso contencioso-administrativo, y en la ley que regula el contencioso-administrativo se le da tal carácter al titular de un derecho subjetivo o de un “interés personal, legítimo y directo” (art. 121 Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia). Sin embargo, en jurisprudencia reciente de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, se ha considerado que conforme con la nueva Constitución de 1999 y su regulación del derecho de acceso a la justicia (art. 26), basta que el interés sea legítimo para tener la legitimación activa en las acciones de nulidad de actos administrativos.

En Colombia se ha llegado a la misma precisión que en Venezuela, pero por vía jurisprudencial, porque el Código, en su parte contenciosa no es tan estricto en la definición del interés personal, legítimo y directo como legitimación para actuar, incluso, sólo habla de interés simple o simple interés. Por ello, ha sido la jurisprudencia la que ha precisado la legitimación para actuar en el contencioso respecto de aquél quien se vea afectado en su derecho subjetivo o en su interés personal, legítimo y directo por un acto administrativo.

En Venezuela, además, establecida en la nueva Constitución la protección de los intereses colectivos y difusos (arts. 26; 280 y 281,2), sin duda, las organizaciones que representen dichos intereses también tendrían el carácter de interesados en el procedimiento administrativo, tal como lo regula expresamente la Ley de Brasil.

Los interesados, por supuesto, pueden realizar todas las actuaciones que estimen necesarias en el procedimiento, siempre que no estén prohibidas (art. 54.1, Ley del Perú); y, además, tienen un cúmulo de derechos en el procedimiento administrativo, los cuales han sido enumerados detalladamente en el artículo 55 de la Ley peruana, así:

- “1. La precedencia en la atención del servicio público requerido, guardando riguroso orden de ingreso.
2. Ser tratados con respecto y consideración por el personal de las entidades, en condiciones de igualdad con los demás administrados.
3. Acceder, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes de los procedimientos administrativos en que sean partes y a obtener copias de los documentos contenidos en el mismo sufragando el costo que suponga su pedido, salvo las excepciones expresamente previstas por ley.
4. Acceder a la información gratuita que deben brindar las entidades del Estado sobre sus actividades orientadas a la colectividad, incluyendo sus fines, competencias, funciones, organigramas, ubicación de dependencias, horarios de atención, procedimientos y características.
5. A ser informados en los procedimientos de oficio sobre su naturaleza, alcance y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.
6. Participar responsable y progresivamente en la prestación y control de los servicios públicos, asegurando su eficiencia y oportunidad.
7. Al cumplimiento de los plazos determinados para cada servicio o actuación y exigirlo así a las autoridades.
8. Ser asistidos por las entidades para el cumplimiento de sus obligaciones.
9. Conocer la identidad de las autoridades y personal al servicio de la entidad bajo cuya responsabilidad son tramitados los procedimientos de su interés.
10. A que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible.
11. Al ejercicio responsable del derecho de formular análisis, críticas o a cuestionar las decisiones y actuaciones de las entidades.
12. A exigir la responsabilidad de las entidades y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente, y
13. Los demás derechos reconocidos por la Constitución o las leyes.”

En esta materia de los derechos de los administrados en el procedimiento administrativo, el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela establece el siguiente conjunto de derechos de los particulares en sus relaciones con la Administración Pública:

“1. Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan interés, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.

2. Identificar a las autoridades y a los funcionarios o funcionarias al servicio de la Administración Pública bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.

3. Obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en un procedimiento.

4. Formular alegatos y presentar documentos en los procedimientos administrativos en los términos o lapsos previstos legalmente.

5. No presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate.

6. Obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.

7. Acceder a los archivos y registros de la Administración Pública en los términos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley.

8. Ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades, funcionarios y funcionarias, los cuales están obligados a facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

9. Ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren procedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones de la Administración Pública, de conformidad con la ley.”

2. *La representación*

Otra regulación de interés concerniente a los interesados es la que se refiere a la simplificación de la representación en materia administrativa. En algunos casos, las leyes de procedimiento administrativo remiten a los requisitos del derecho común; en otros, establecen principios menos formalistas que los establecidos en materia civil o procesal civil.

En Venezuela, por ejemplo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos permite que en todos los casos en que no se requiera la comparecencia personal del interesado, los administrados pueden hacerse representar mediante simple designación en la petición o recurso ante la Administración, sin perjuicio de que tal representación se pueda acreditar también por documento autenticado (arts. 25 y 26).

Conforme a esta orientación, en general, en las leyes de procedimiento administrativo la representación del legitimado o del interesado no necesita la formalidad de la representación que se pueda exigir en materia de procedimiento judicial ordinario, es decir, no es necesario un poder autenticado para ejercer la representación de un particular legitimado ante la Administración. Así se regula, por ejemplo, en la Ley de Uruguay (arts. 24, 82 y 156), en la del Perú (art. 115), en la ley de la República Dominicana (art. 18), en el Código de Ecuador (art. 152) y en el Reglamento de la Comunidad Andina (arts. 25 y 26), textos que sólo exigen una representación simple, sin poder, con su sola indicación ante el funcionario, sin que sea necesaria, ni siquiera, la condición de abogado del representante. En este sentido el Reglamento de la Comunidad Andina resume la situación así:

“Artículo 25. Cuando la Secretaría General no requiera expresamente la participación personal de los interesados, éstos podrán hacerse representar en los procedimientos administrativos y, en tal caso, se entenderá con el representante que designe el interesado.

La representación podrá ser otorgada por simple designación en comunicación escrita dirigida por el interesado a la Secretaría General.

La designación de representante no impedirá la intervención de quien se hubiera hecho representar.”

Esta flexibilización de la representación viene a constituir, entonces, una garantía para la formulación de peticiones y para la participación de los administrados ante la Administración.

En contraste con esta flexibilización general, sin embargo, la Ley de Bolivia (art. 13) prescribe la necesidad de poder autenticado, agregando la Ley de Honduras (art. 56) que el mismo, además, deberá tener la condición de abogado (art. 56). La Ley de Chile, igualmente exige que los representantes, para designar apoderados, lo deban hacer otorgando poder mediante “escritura pública o documento privado suscrito ante notario,” exigiéndose “siempre de escritura pública cuando el acto administrativo de que se trate produzca efectos que exijan esa solemnidad” (art. 22). La Ley de El Salvador precisa, en los términos de la legislación del país, que la representación podrá ser: “legal, convencional y judicial” (art. 67), otorgada “mediante instrumento público o documento privado con firma legalizada notarialmente” (art. 69).

3. *La participación y la notificación a los terceros interesados*

Por otra parte, en relación a la noción de parte en el procedimiento administrativo, en algunas leyes como la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, se regula la figura del coadyuvante administrativo, referida a aquellos que sólo están indirectamente interesados en el acto final o en su denegación o reforma, aunque su interés sea derivado, o no actual, en relación con el que es propio de la parte a la cual coadyuva (art. 226). En estos casos, el coadyuvante lo puede ser tanto del promotor del expediente como de la Administración o de la contraparte (art. 227), y no podrá pedir nada para sí, ni podrá cambiar la pretensión a la que coadyuva. Puede, sin embargo, hacer todas las alegaciones de hecho y de derecho, y usar todos los recursos y medios procedimentales para hacer valer su interés excepto en lo que perjudique al coadyuvado (art. 278).

Igualmente, la Ley de Panamá, sobre la notificación a terceros, establece en su artículo 75 de la Ley, que:

“Cuando se presente una petición cuya decisión pueda afectar derechos de terceros, la autoridad competente deberá correrles traslado de ésta para que, si lo tienen a bien, se presenten al proceso y adquieran la calidad de parte. Los terceros interesados, en este caso, deberán formular su petición u oposición, cumpliendo con los requisitos del artículo anterior.”

La notificación a los terceros interesados se regula igualmente en las Leyes de Bolivia (art. 12) y el Código de Ecuador (art. 151).

Se establece, en esta forma, el derecho del tercero interesado en participar en el procedimiento administrativo. Por tanto, si en el curso del procedimiento hay la evidencia de que hay terceras personas interesadas, la Administración está en la obligación de convocarlas.

Esto se regula, con precisión, en la Ley peruana, al disponer su artículo 60 respecto de los “terceros administrados”, que si durante la tramitación de un procedimiento es advertida la existencia de terceros determinados no comparecientes cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que sea emitida, dicha tramitación y lo actuado les deben ser comunicados mediante citación al domicilio que resulte conocido, sin interrumpir el procedimiento. Si se trata de terceros administrados no determinados, la citación debe ser realizada mediante publicación o, cuando corresponda, mediante la realización del trámite de información pública o audiencia pública, conforme a esta Ley.

En todo caso, los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él.

En el caso colombiano, el Código exige, para la convocatoria de los terceros interesados, la publicidad en un periódico de amplia circulación nacional o local, según el caso (art. 15).

4. *El principio de igualdad*

En relación con los interesados, otro principio evidente que rige en el procedimiento administrativo es el principio de la igualdad, de manera que como lo expresa la Ley de la República Dominicana:

“las personas que se encuentren en la misma situación serán tratados de manera igual, garantizándose, con expresa motivación en los casos concretos, las razones que puedan aconsejar la diferencia de trato” (art. 3.5).

A pesar de que el principio no se encuentra en esa forma expresado en las otras leyes de procedimiento de América Latina, el mismo deriva del régimen constitucional del derecho de la igualdad. Sin embargo, debe destacarse la norma del Reglamento de la Secretaría General de la Comunidad Andina, que dice:

“Artículo 5. En virtud del principio de igualdad de trato a las partes, la Secretaría General deberá asegurar y garantizar los derechos de todos los interesados, incluyendo el de poder participar activamente en todo procedimiento que les concierna, sin ningún género de discriminación.”

5. *Los deberes de los administrados*

Los interesados no sólo tienen el derecho a participar en los procedimientos administrativos; también tienen deberes, entre los cuales están los que destaca la reciente Ley de Brasil, en su artículo 4º, así:

“I. expo os fatos conforme a verdade; II. proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé; III. não agir de modo temerário; IV. prestar as informações que Lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.”

En la Ley del Perú, también se regulan los deberes de los administrados en el procedimiento administrativo, enumerándose en el artículo 56, los siguientes:

“1. Abstenerse de formular pretensiones o articulaciones ilegales, de declarar hechos contrarios a la verdad o no confirmados como si fueran fehacientes, de solicitar actuaciones meramente dilatorias, o de cualquier otro modo afectar el principio de conducta procedimental.

2. Prestar su colaboración para el pertinente esclarecimiento de los hechos.

3. Proporcionar a la autoridad cualquier información dirigida a identificar a otros administradores no comparecientes con interés legítimo en el procedimiento.

4. Comprobar previamente a su presentación ante la entidad, la autenticidad de la documentación sucedánea y de cualquier otra información que se ampare en la presunción de veracidad.”

En cuanto al deber de información, en particular, la misma Ley del Perú dispone que en los procedimientos investigatorios, los administrados están obligados a facilitar la información y documentos que conocieron y fueron razonablemente adecuados a los objetivos de la actuación para alcanzar la verdad material, en la instrucción del expediente (art. 57).

Debe resaltarse que, en las leyes más recientes sobre procedimientos administrativos, así como en materia de principios y derechos de los administrados establecen enumeraciones exhaustivas, igualmente sucede en materia de deberes, que bien vale la pena destacar.

Por ejemplo, el la Ley de El Salvador, que es la más reciente, sobre “derechos de las personas frente a la Administración,” dispuso lo siguiente:

“Art. 16. Sin perjuicio de los derechos reconocidos en la Constitución de la República y las leyes, las personas, en sus relaciones con la Administración Pública, son titulares de los siguientes derechos:

1. A la buena Administración, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad e imparcialidad y que sean resueltos en un plazo razonable y al servicio de la dignidad humana.

2. A relacionarse con la Administración Pública por los medios tecnológicos que esta ponga a disposición.

3. Al acceso a la información pública, archivos y registros, así como al expediente administrativo, de conformidad con lo establecido en la ley de Acceso a la Información Pública y el ordenamiento jurídico aplicable.

4. A la garantía de seguridad y confidencialidad de los datos personales que figuren en los ficheros, bases de datos, sistemas y aplicaciones de la Administración Pública.

5. A ser tratados con respeto, dignidad y deferencia por las autoridades y empleados públicos, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Todo ciudadano que se encuentre en situación de indefensión, debilidad manifiesta, discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores, tendrán derecho a recibir un trato especial y preferente por parte de las autoridades, agentes

y demás personal al servicio de la Administración Pública, que deberá facilitarles en todo lo posible, el acceso a las oficinas públicas, la orientación adecuada y los servicios que soliciten.

6. A presentar quejas, sugerencias y reclamaciones ante la Administración Pública. Los ciudadanos también tendrán derecho a presentar recursos contra actos o resoluciones de la Administración Pública, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

7. A servicios públicos y de interés general que deberán ofrecerse con patrones o estándares concretos de calidad, que se medirán periódicamente y se pondrán en conocimiento de los usuarios para que estos estén bien informados y puedan efectuar los comentarios y sugerencias que estimen pertinentes.”

En el Código de Ecuador, sobre los deberes de las personas, se regularon los siguientes:

Art. 38.- Deber general de solidaridad. Las personas deben promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular. Deben participar en la realización de los derechos y garantías, cumpliendo, para este propósito, con los deberes que el ordenamiento jurídico impone.

Art. 39.- Respeto al ordenamiento jurídico y a la autoridad legítima. Las personas cumplirán, sin necesidad de requerimiento adicional, con lo dispuesto en la Constitución, las leyes y el ordenamiento jurídico en general y las decisiones adoptadas por autoridad competente.

Art. 40.- Abstención de conductas abusivas del derecho. Las personas ejercerán con responsabilidad sus derechos, evitando conductas abusivas. Se entiende por conducta abusiva aquella que, fundada en un derecho, causa daño a terceros o al interés general

Art. 41.- Deber de colaboración con las administraciones públicas. Las personas deben colaborar con la actividad de las administraciones públicas y el buen desarrollo de los procedimientos. Facilitarán a las administraciones públicas informes, inspecciones y otros actos de investigación en los casos previstos por el ordenamiento jurídico. Proporcionarán a las administraciones públicas actuantes, información dirigida a identificar a otras personas no comparecientes con interés legítimo en el procedimiento. Comparecerán ante los titulares de los órganos administrativos responsables de la tramitación de las actuaciones o los procedimientos administrativos, cuando sean requeridos. Denunciarán los actos de corrupción.”

Una enumeración exhaustiva sobre los deberes de las personas está incorporada también en la Ley de El Salvador (art. 17).

6. *Los deberes de los funcionarios*

Por último, las leyes de procedimiento administrativo también establecen deberes de los funcionarios, dispersos en todas sus regulaciones, los cuales se han enumerado en una forma única en el artículo 6 de la Ley de la República Dominicana, sobre los “deberes del personal al servicio de la Administración Pública en el marco de las actuaciones y procedimientos administrativos,” que le relacionan con las personas,” indicándose los siguientes:

“1. Fomentar la tutela administrativa efectiva. 2. Motivar adecuadamente las resoluciones administrativas. 3. Resolver los procedimientos en plazo razonable. 4. Garantizar el debido proceso del procedimiento o la actuación administrativa de que se trate. 5. Resolver con arreglo al ordenamiento jurídico del Estado. 6. Facilitar la presentación de las peticiones a las personas. 7. Responder eficazmente a las solicitudes de las personas. 8. Resolver sin necesidad de solicitar documentos a las personas que obren en poder de la Administración Pública. 9. Oír siempre a las personas antes de que se adopten resoluciones que les afecten desfavorablemente. 10. Facilitar la participación ciudadana a través de las audiencias e informaciones públicas. 11. Prestar y/o garantizar los servicios públicos y de interés general de acuerdo con estándares razonables de calidad. 12. Facilitar el derecho a la elección de los servicios de interés general a las personas. 13. Realizar periódicamente encuestas o sondeos sobre la opinión de los usuarios de los servicios a cargo de la Administración Pública. 14. Publicar periódicamente las obligaciones de la Administración y los derechos de las personas en los servicios a cargo de la Administración Pública. 15. Facilitar la formulación de alegaciones por parte de las personas en cualquier momento del procedimiento o actuación administrativa de que se trate. 16. Facilitar la presentación de quejas, recursos o reclamaciones ante la propia Administración Pública. 17. Publicar periódicamente las evaluaciones del funcionamiento de los órganos y entes administrativos. 18. Facilitar el acceso a la información pública y de interés general en los términos previstos en la ley. 19. Disponer de archivos, registros y base de datos administrativos físicos o digitales, debidamente ordenados y actualizados que permita el acceso sencillo para las personas. 20. Entregar copia sellada de los escritos presentados por los ciudadanos. 21. Tratar con cortesía y cordialidad a las personas. 22. Identificar al responsable de la resolución del procedimiento administrativo de que se trate. 23. Informar periódicamente del estado de la tramitación de los procedimientos. 24. Notificar por cualquier medio eficaz a las personas de las resoluciones que les afecten en el más breve plazo de tiempo posible, que no excederá de los cinco días. 25. Fomentar el asociacionismo de los usuarios de servicios públicos y de interés general. 26. Facilitar la actuación de las personas que lo deseen a través de representante en los procedimientos administrativos.”

IV. LA PARTICIPACIÓN PROCEDIMENTAL

En el procedimiento administrativo también puede identificarse el principio de la participación procedimental, que no se refiere al derecho del administrado a peticionar o el de un tercero interesado en participar en el procedimiento y a que se le notifique, sino referido en general al derecho ciudadano a la participación en las tareas administrativas, como característica de los Estados democráticos contemporáneos.

1. *El derecho de participar en la elaboración de actos de efectos generales*

El derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos se ha regulado, incluso, en las Constituciones (art. 62 de la Constitución de Venezuela), por lo que en las leyes de procedimiento administrativo de América Latina también se encuentran reguladas diversas manifestaciones formales de este derecho.

Quizás las más destacadas regulaciones en la materia se refieren a la elaboración de los textos de carácter general, lo que tiene su antecedente comparativo en el derecho anglosajón. En efecto, desde hace décadas una de las características de la Administración en esos países, que se erige como uno de los pilares fundamentales del procedimiento administrativo en materia de actos de efectos generales, es el derecho de la comunidad y de todas sus organizaciones, de participar en la elaboración de los actos de carácter general. A veces, incluso, por el exceso de participación la Administración no decide rápidamente, pues el empeño importante y democrático de oír a todos los interesados hace que las decisiones, normalmente, no se adopten sino después de mucho tiempo.

En todo caso, este principio de la participación de los administrados en la formulación o elaboración de los actos de carácter general comienza a encontrar cabida y regulación expresa en leyes de procedimiento administrativo de América Latina. Por ejemplo, está expresamente regulado en la Ley de Costa Rica que exige que se conceda “a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición, la oportunidad de exponer su parecer...” (art. 361), y en el Decreto 266 de 2000 de Colombia que establece la obligación de publicar los proyectos de actos administrativos normativos en los diarios oficiales e, incluso, a nivel local, de notificar mediante bandos a la población, dando un plazo no menor de una semana para la recepción de observaciones, sugerencias o propuestas (arts. 31 y ss.).

Sólo después de vencido el lapso es que se puede expedir el acto, debiendo motivarse la aceptación o rechazo de los planteamientos formulados.

La Ley peruana también regula los casos de información pública para la adopción de normas administrativas, estableciendo el artículo 185.2 que el

período de información pública corresponde ser convocado particularmente de que se aprueben normas administrativas que afecten derechos e intereses ciudadanos.

La Ley mexicana, por otra parte, también regula este derecho de participación y obligación de la Administración de someter al conocimiento de los interesados los actos administrativos de carácter general. Incluso, la necesidad de la publicación de los proyectos es la forma más efectiva de garantizar este derecho. Esto se ha consagrado desde hace años en España, de manera que es lo normal que no sólo los proyectos de reglamentos y de actos de efectos generales se publiquen en el Boletín Oficial del Estado, sino también los proyectos de leyes.

En particular, como se dijo, la Ley Federal mexicana establece, en su artículo 4, lo siguiente:

“Cuando así lo establezcan las leyes, los proyectos de reglamentos, decretos, acuerdos y demás actos administrativos de carácter general, cuando afecten el interés público deberán ser publicados previamente en el *Diario Oficial de la Federación*, para dar oportunidad a los interesados de formular observaciones sobre las medidas propuestas, dentro del plazo que las leyes señalen para tales efectos y, en su defecto, dentro del plazo de sesenta días siguientes a la publicación.

Los instructivos, manuales y formatos que expidan las dependencias de la Administración Pública Federal deberán publicarse previamente a su aplicación, en el *Diario Oficial de la Federación*.”

Sin duda, la publicidad es la mejor garantía de la participación y de la ordenación de la actividad administrativa lo que se lograr si por ejemplo, los particulares pueden tener a su disposición un proyecto de reglamento antes de su adopción, para poder formular observaciones; sin embargo, en la realidad sucede lo contrario, los proyectos de la Administración son por lo general secretos, y muchas veces se mantienen guardados por los funcionarios sin mostrarlos a los interesados por lo que, desgraciadamente, sólo cuando salen publicados, constituyen una sorpresa para todos.

Regulaciones detalladísimas sobre el procedimiento de elaboración de normas generales se encuentran en las leyes más recientes, como la Ley de la República Dominicana, (art. 30), en la Ley de El Salvador, donde se insiste en el “principio de buena regulación” (arts. 159 a 162).

En cuanto al derecho a la participación ciudadana en el proceso de elaboración de los Reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales lo ha regulado detalladamente la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela, de 2001.

En efecto, de acuerdo con el artículo 136 de la LOAP, cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación, propongan la adopción de normas

legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deben remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro señalado anteriormente (art. 135).

Esta obligación de consulta, por tanto, se aplica en los casos de emisión de decretos leyes en virtud de una ley habilitante (aun cuando una interpretación inconstitucional del Tribunal Supremo lo haya excluido expresamente), o de reglamentos de cualquier tipo.

En el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se debe indicar el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, y el cual no comenzará a correr antes de los diez días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Paralelamente al procedimiento anterior, el mismo artículo 135 de la LOAP dispone que el órgano o ente público correspondiente debe publicar en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera lo debe informar a través de su página en la internet, en la cual se debe exponer él o los documentos sobre los cuales verse la consulta.

Durante el proceso de consulta, cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro a que se refiere el artículo anterior.

El resultado del proceso de consulta no tiene carácter vinculante. En todo caso, una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público debe fijar una fecha para que sus funcionarios o funcionarias, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo (art. 135).

El artículo 137 de la LOAP establece que el órgano o ente público no puede aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con lo antes indicado.

Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento antes indicado (art. 137).

Sin embargo, en casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, el Presidente de la República, el gobernador, el alcalde, según corresponda, pueden autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa.

En este caso, las normas aprobadas deben ser consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas y las organizaciones

públicas no estatales. El resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y ésta puede ratificarla, modificarla o eliminarla (art. 137).

2. *Las consultas públicas obligatorias: vinculantes o no vinculantes*

Entre las regulaciones interesantes y generales en esta materia, está la Ley de Brasil, donde se regulan las audiencias públicas en los procedimientos en los cuales esté envuelto un “asunto de interés general”, y no sólo en los que tengan por objeto la elaboración de normas de efectos generales; estableciendo el artículo 31, en esos casos que:

“1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.”

La Ley agrega, además, con carácter general, que antes de tomar una decisión, a juicio de la autoridad administrativa según la relevancia de la cuestión, se puede realizar una audiencia pública para los debates de la materia objeto del procedimiento (art. 32). La Administración, además, en materias relevantes, puede establecer otros medios de participación de los administrados, directamente o por medio de organizaciones o asociaciones legalmente reconocidas (art. 33).

Si bien en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela no hay regulaciones relativas a estos mecanismos de participación en la decisión de asuntos de interés general, el principio, sin embargo, se ha recogido en leyes especiales, como por ejemplo, en la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio y en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística donde se establece la consulta pública obligatoria de todos los proyectos de planes de ocupación del suelo o de desarrollo urbanístico a nivel de urbanizaciones. Se establece, así, la necesidad de publicar el plan o proyecto y convocar a todos los interesados para que puedan expresar sus observaciones sobre el mismo. Por supuesto, en estos casos, las consultas no son vinculantes y simplemente lo que buscan es que la Administración pueda tener el mayor ámbito de conocimiento de los intereses generales, particulares, colectivos o difusos para la elaboración de estas ordenanzas o planes nacionales de ocupación del suelo (art. 28, LOOT; art. 27, LOOU).

La más reciente ley de procedimiento administrativo de América Latina, que es la Ley del Perú, es la que contiene regulaciones más precisas sobre esta

participación ciudadana en los mismos, mediante audiencias públicas. En efecto, el artículo 182, precisa que las normas administrativas prevén la convocatoria a una audiencia pública, como formalidad esencial para la participación efectiva de terceros, cuando el acto al que conduzca el procedimiento administrativo sea susceptible de afectar derechos o intereses cuya titularidad corresponda a personas indeterminadas, tales como en materia medio ambiental, ahorro público, valores culturales, históricos, derechos del consumidor, planeamiento urbano y zonificación; o cuando el pronunciamiento sobre autorizaciones, licencias o permisos que el acto habilite incida directamente sobre servicios públicos.

En estas audiencias públicas cualquier tercero, sin necesidad de acreditar legitimación especial, está habilitado para presentar información verificada, para requerir el análisis de nuevas pruebas, así como para expresar su opinión sobre las cuestiones que constituyan el objeto del procedimiento o sobre la evidencia actuada; no pudiendo, sin embargo, formular interpelaciones a la autoridad en la audiencia.

La importancia de la regulación radica, además, en la previsión del artículo 182.3, que establece que la omisión de realización de la audiencia pública “acarrea la nulidad del acto administrativo final que se dicte”.

En todos estos supuestos, la convocatoria de las audiencias públicas, de acuerdo con el artículo 183 de la ley, debe hacerse en el Diario Oficial y en uno de los medios de comunicación de mayor difusión local, según la naturaleza del asunto, con una anticipación no menor de tres (3) días a su realización, el día, lugar y hora de realización, los plazos para inscripción de participantes, el domicilio y teléfono de la entidad convocante, dónde se puede realizar la inscripción, se puede acceder a mayor información del asunto, o presentar alegatos, impugnaciones y opiniones.

3. *La participación y los intereses difusos y colectivos*

Otro tema que no encuentra regulación formal en casi ninguna de las leyes de procedimiento administrativo es el de la participación en relación con los intereses difusos y colectivos, tan desarrollada en los últimos años, como mecanismo para asegurar el acceso a la justicia. Sin embargo, en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas no se regula ni se utiliza siquiera la expresión de intereses difusos o intereses colectivos que tienen que ver con la participación, sobre todo, en el caso de los actos de efectos generales o que afecten intereses generales.

Por ello, la nueva Ley Federal de procedimiento del Brasil consagra una innovación importantísima en materia de procedimiento administrativo en el derecho comparado, ya que es la primera que hace referencia expresa, en una norma, a las organizaciones o asociaciones representativas de intereses colectivos y difusos como partes interesadas legitimadas para actuar en sede administrativa (art. 9º, III y IV).

Incluso, en la misma línea, otra norma de esta Ley amplía las posibilidades de participación en el procedimiento administrativo durante la instrucción del mismo, indicando que los órganos y entidades administrativas, en materias relevantes, pueden establecer otros medios de participación de los administrados, directamente o por medio de organizaciones o asociaciones legalmente reconocidas (art. 33).

Sin embargo, debe señalarse que en leyes especiales se encuentran regulaciones en este sentido. Por ejemplo, en Venezuela, la Ley de Protección al Consumidor y del Usuario establece los derechos de los usuarios y de los consumidores, y se regulan las asociaciones de usuarios y de los consumidores que son típicas organizaciones de representación de intereses difusos. Otro caso es el de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, que aseguran la participación de las asociaciones de vecinos como representantes de intereses colectivos, en la toma de ciertas decisiones en materia urbanística.

4. *El deber de participar*

En algunas leyes, como la venezolana, se establece además la obligación de los particulares de colaborar con el procedimiento; en definitiva, de informar cuando la Administración así se lo requiera. Así, el artículo 28 dispone

“Artículo 28. Los administrados están obligados a facilitar a la Administración Pública la información de que dispongan sobre el asunto de que se trate, cuando ello sea necesario para tomar la decisión correspondiente y les sea solicitada por escrito.”

En esta forma, se consagra un deber de colaboración y participación y, además, un deber de comparecencia (art. 29); lo que también establece expresamente la Ley de Brasil, en el título que dedica a los deberes de los administrados (art. 4, IV).

En el caso de la Ley de Honduras, este deber de participar se regula mediante la comparecencia de los particulares, de carácter obligatoria, pero sólo cuando “así esté previsto en una disposición legal o reglamentaria” (art. 59); o “sea indispensable” como lo indica la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999 (art. 11).

5. *El derecho a la información*

Otro derecho cuya regulación ha sido importante y reciente en la Administración contemporánea, es el derecho del interesado a ser informado de la organización administrativa, del procedimiento, del estado del mismo y de las personas que intervienen en su instrucción, lo que, lamentable, pero normalmente, es parte del secreto de la Administración, o del área secreta y reservada del funcionario.

Frente a esto, sin embargo, incluso se han incorporado normas de rango constitucional para asegurar el derecho a la información administrativa, como el artículo 143 de la Constitución de Venezuela de 1999, que dispone:

“Artículo 143. Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ser informados e informadas oportuna y verazmente por la Administración Pública sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad.”

A fin de dar cumplimiento a estos principios, la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone (art. 12) que los órganos y entes de la Administración Pública deberán utilizar las nuevas tecnologías que desarrolle la ciencia, tales como los medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para su organización, funcionamiento y relación con las personas.

En tal sentido, por disposición expresa de la Ley Orgánica, cada órgano y ente de la Administración Pública debe establecer y mantener una página en la internet, que debe contener, entre otra información que se considere relevante, los datos correspondientes a su misión, organización, procedimientos, normativa que lo regula, servicios que presta, documentos de interés para las personas, así como un mecanismo de comunicación electrónica con dichos órganos y entes disponible para todas las personas vía internet (art. 12). Esta obligación debe cumplirse por todos los órganos y entes de la Administración Pública antes del 17 de abril de 2002 (Disposiciones Transitorias Primera, LOAP).

Adicionalmente, la misma Ley Orgánica establece que la Administración Pública Nacional, de los Estados, de los Distritos metropolitanos y de los Municipios deben establecer sistemas que suministren a la población la más amplia, oportuna y veraz información sobre sus actividades, con el fin de ejercer el control social sobre la gestión pública. Cualquier particular puede solicitar de los órganos y entes de la Administración Pública la información que desee sobre la actividad de éstos de conformidad con la ley (art. 138).

Todos los órganos y entes de la Administración Pública deben mantener permanentemente actualizadas y a disposición de las personas, en las unidades de información correspondientes, el esquema de su organización y la de los órganos adscritos, así como guías informativas sobre los procedimientos administrativos, servicios y prestaciones aplicables en el ámbito de su competencia y de sus órganos adscritos (art. 139).

En cuanto a los documentos en poder de la Administración Pública, el artículo 158 de la LOAP, dispone que será objeto de periódica publicación la relación de los documentos que estén en poder de las Administración Pública sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares.

También deben ser objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la Administración (art. 158).

En particular, respecto del procedimiento administrativo, la Ley de Honduras, dispone:

“Artículo 118. En cualquier momento los interesados podrán solicitar se les informe sobre el estado de la tramitación. Asimismo, podrán solicitar que se les extienda certificación de aquellos actos que ya hubiesen sido notificados y la Administración debe extenderlas sin dilación, excepto de aquellos actos a los cuales la Ley atribuya carácter reservado o secreto.”

La Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999, también recoge este principio así:

“Artículo 38. Toda persona que haya presentado una petición, reclamación, consulta o queja ante los órganos y entes de la Administración Pública, tiene derecho a conocer el estado en que se encuentra su tramitación y a que se le informe el plazo dentro del cual se atenderá la misma.”

Por su parte, conforme al artículo 37 de la misma Ley, la Administración tiene “el deber de ofrecer a los ciudadanos información completa, oportuna y veraz en relación con los trámites que se realicen ante los mismos”.

Por último, la Ley de Brasil, también dispone que los administrados tienen derecho a:

“ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas” (art. 3, II).

Adicionalmente, en este tema deben mencionarse las disposiciones de la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela, de 1999, que desarrollan los principios del derecho a la información administrativa, con la siguiente precisión:

“Artículo 39. Los funcionarios públicos tienen la obligación de atender las consultas telefónicas que formulen los particulares sobre información general acerca de los asuntos de su competencia, así como las que realicen los interesados para conocer el estado de sus tramitaciones. A tal efecto, cada organismo implementará un servicio de información telefónico que satisfaga las necesidades del ciudadano, haciendo empleo racional de los recursos humanos, presupuestarios y tecnológicos de que disponga actualmente.”

Además, se exige a la Administración el establecimiento de servicios de información y atención al público, así:

“Artículo 40. Cada uno de los organismos sujetos a la aplicación de este Decreto-Ley, deberá crear un servicio de atención al público, encargado de brindar toda la orientación y apoyo necesario al particular en relación con los trámites que realice en dicho organismo, así como recibir y procesar las denuncias, sugerencias y quejas que, en torno al servicio y a la actividad administrativa, formulen los mismos. Se prestarán igualmente servicios de recepción y entrega de documentos, solicitudes y requerimientos en general.

Artículo 42. Los órganos y entes de la Administración Pública podrán crear oficinas o ventanillas únicas en donde se realice la totalidad de la actuación administrativa que implique la presencia del interesado en relación con un mismo trámite.

Artículo 43. Los órganos y entes de la Administración Pública deberán implementar adicionalmente horarios especiales de atención al público, a fin de que los administrados puedan cumplir con mayor facilidad sus obligaciones y adelantar los trámites ante los mismos.”

V. EL PRINCIPIO DE LA PUBLICIDAD

Otro principio importante en materia de procedimiento administrativo, el cual, además, es el que puede garantizar o no el derecho de la participación, es el principio de la publicidad administrativa, es decir, que, en general, los asuntos que se tramitan ante la Administración deben ser públicos y de acceso del público.

Así lo declara la Ley de Bolivia (art. 4.m), y es en tal sentido, que el artículo 16 de la Ley 19.880 de Chile establece el “principio de transparencia y de publicidad,” en la siguiente forma:

“Artículo 16. Principio de Transparencia y de Publicidad. El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.

En consecuencia, salvo las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado y en otras disposiciones legales aprobadas con quórum calificado, son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación.”

Este principio se manifiesta, por supuesto en concreto, respecto de las decisiones de la Administración, como lo regula el Código de Colombia: “en virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este Código y la ley” (art. 3°).

Asimismo, el Reglamento de la Secretaría de la Comunidad Andina contiene una norma inspirada en el mismo principio que dispone que:

“En virtud del principio de transparencia, los actos y documentos oficiales de la Secretaría General, salvo aquellos que tengan carácter confidencial, estarán disponibles al público y los interesados” (art. 5).

En particular, en cuanto a los reglamentos, resoluciones y actos administrativos de carácter general dictados por la Administración Pública, la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela establece que deberán ser publicados, sin excepción, en la Gaceta Oficial de la República, según el caso, en el medio de publicación oficial del Estado, Distrito metropolitano o Municipio correspondiente (art. 13). La norma recoge el principio general del comienzo de la eficacia de los actos administrativos de efectos generales (normativos) o de carácter general (destinados a varios sujetos de derecho), sujetándolo a la publicación en la Gaceta Oficial.

El artículo 13, sin embargo, además de referirse a los reglamentos (siempre de carácter normativo) y a los actos administrativos de carácter general, menciona a las “resoluciones”. Estas, conforme a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (art. 16) son los actos administrativos que emanan de los Ministros del Ejecutivo Nacional, por lo que las mismas, sean o no de efectos generales o de carácter general, deben publicarse en la Gaceta Oficial.

En cuanto a los Estados, Distritos Metropolitanos y Municipios, los actos de los mismos de orden normativo o de carácter general, también deben publicarse en la correspondiente “publicación oficial” de las entidades respectivas.

1. *La tensión entre la publicidad y el secreto administrativo*

En todo caso, uno de los grandes retos del Estado de derecho en el mundo contemporáneo, en cuanto a las relaciones entre la Administración y los administrados, es el de la sustitución del principio del secreto administrativo por el principio contrario, el de la publicidad de las actuaciones administrativas. Esa sustitución, sin embargo, puede decirse que aún no se ha logrado en la práctica, y en muchos países continúa vigente el principio del secreto discrecional, conforme al cual la Administración tiene la potestad de mantener en secreto cualquier documento o información, mediante su declaración como reservado, con lo cual los particulares no tienen seguridad de recibir la información que necesitan para controlar la actividad administrativa.

En esta forma, el secreto de la actuación administrativa y el misterio que la recubre, no sólo frente a los particulares (al exterior), sino entre los diversos órganos de la propia Administración (al interior), en efecto, sigue siendo una práctica administrativa en las Administraciones contemporáneas, la mayoría de las veces para encubrir arbitrariedades, irresponsabilidades e incompetencias de los funcionarios. Por ello, “secreto” y “administración ineficiente” constituyen un binomio históricamente inseparable.

En todo caso, lamentablemente, aún existe en las Administraciones públicas la tradición de considerar como secretos los asuntos que se tramitan en ellas, en particular, pero absurdamente, cuando precisamente favorecen las pretensiones de los administrados.

2. *La información administrativa y el derecho de acceso a los archivos y documentos públicos*

Como se ha dicho, la Administración, en general, en nuestros países, durante mucho tiempo se había comportado como una Administración secreta, donde el misterio y la reserva se manejaban discrecionalmente, lo que a veces constituía un mecanismo para encubrir irresponsabilidades de los funcionarios. Esfuerzos se hicieron en algunos países para contrarrestar la reserva de los documentos oficiales, como se hizo en Colombia con la Ley N° 57 sobre publicidad de los actos y documentos oficiales (Ley 57 de 05-07-1985). Se trató de una Ley única en su época en el ámbito latinoamericano. Hasta ese momento no había ninguna otra ley que planteara el tema de la publicidad de los actos y de los documentos oficiales, que es un signo, por ejemplo, de todas las Administraciones europeas y sobre todo, de las anglosajonas, en las cuales se han dictado leyes de publicidad que garantizan el acceso a los documentos oficiales y a los actos oficiales. Sin embargo, esto no ha sido común en América Latina, aún en los regímenes democráticos, pues a pesar de los avances en la legislación, la práctica continúa siendo el secreto o la reserva, es decir, el principio ha sido más bien el contrario, la práctica de mantener reservados los archivos de la Administración.

En Venezuela, el artículo 147 de la Constitución regula el derecho de acceder a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto.

Este derecho lo regula igualmente el artículo 155 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, al disponer que toda persona tiene el derecho de acceder a los archivos y registros administrativos, cualquiera sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, salvo las excepciones establecidas en la Constitución y en la ley que regule la materia de clasificación de contenido confidencial o secreto.

Este derecho de acceso a los archivos y registros de la Administración Pública debe ser ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos, debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias.

No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquellos a la consulta de los expedientes (art. 156).

En materia específica del procedimiento administrativo, en todo caso, el principio expreso de la publicidad del procedimiento, específicamente para las partes o interesados, se ha venido regulando en las leyes de procedimiento administrativo. Así, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela establece el principio general de que los interesados y sus representantes tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento el expediente correspondiente, y de leer y copiar cualquier documento contenido en el mismo, así como de pedir certificación de cualquier documento (art. 59). En igual sentido se regula la Ley General de Costa Rica (art. 272).

En Colombia, entre los nuevos principios del procedimiento administrativo que se agregó en la reforma del Código, como complemento del principio de la publicidad que estaba en el texto de 1984, ha sido el “principio de transparencia,” conforme al cual se declara que “la actividad administrativa es del dominio público,” y por consiguiente, “toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal” (art. 3.8), todo lo cual es una consecuencia del derecho constitucional de acceso a la información administrativa.

Este principio, sin duda, complementa el principio de la publicidad que ya estaba en el Código de 1984, conforme al cual las autoridades deben dar “a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin

que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en el Código (art. 3.9).

El principio de transparencia también se regula en el Código de Ecuador, al preverse que “las personas accederán a la información pública y de interés general, a los registros, expedientes y archivos administrativos, en la forma prevista en este Código y la ley” (art. 12); lo que se complementa con la regulación en la Ley de la República Dominicana del “principio de facilitación,” para asegurar que las personas encuentren siempre en la Administración “las mayores facilidades para la tramitación de los asuntos que les afecten, especialmente en lo referente a identificar al funcionario responsable, a obtener copia sellada de las solicitudes, a conocer el estado de tramitación, a enviar, si fuera el caso, el procedimiento al órgano competente, a ser oído y a formular alegaciones o a la referencia a los recursos susceptibles de interposición” (art. 3.18).

El derecho de acceso se ha regulado en el artículo 96 del Código de Ecuador, precisándose que las personas que hayan agregado un documento a un archivo público tienen derecho, a través de los sistemas tecnológicos que se empleen, a: 1. Acceder al archivo y al ejemplar digital de los documentos que haya agregado con su respectiva identificación. 2. Solicitar la exclusión de uno o varios documentos del archivo y la restitución del original o copia de la que se trate. 3. Conocer la identidad de los servidores públicos o personas naturales que hayan accedido a cada documento que la persona haya agregado al archivo y el uso que se le ha dado a través de la identificación del procedimiento administrativo o del que se trate.”

Este derecho de acceso a los elementos del expediente es lo que, en el derecho brasileño, se ha denominado “direito de vista”, el cual debe tratarse de una vista completa, sin censuras (art. 3, II de la Ley). Este derecho de vista implica que la parte está facultada para el examen de toda la documentación constante en autos o, según se expresa en el resto de las legislaciones latinoamericanas, de todos los “antecedentes” de la cuestión a ser resuelta.

3. *Las actuaciones administrativas reservadas*

Las leyes de procedimiento administrativo establecen, sin embargo, la excepción, en el sentido de que se exceptúan de este derecho de acceso los documentos que sean calificados como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales deben entonces ser archivados en cuerpos separados del expediente.

En tal sentido, pero en forma amplia, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece que:

“No habrá acceso a las piezas del expediente cuyo conocimiento pueda comprometer secretos de Estado o información confidencial de la contraparte, o en general, cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente” (art. 273,1).

Es importante destacar que la Ley costarricense presume que tienen la condición de reservados, salvo prueba en contrario, los proyectos de resolución, así como los informes para órganos consultivos y los dictámenes de estos antes de que hayan sido rendidos (art. 273,2).

En todo caso, el tema de la reserva permanece en las leyes, en relación con los asuntos de seguridad y defensa. Así se establece, por ejemplo, en el Código de Colombia:

“Artículo 19. Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución (Constitución Nacional, artículo 38) o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional.”

Existen otros procedimientos reservados, además de los señalados, como el que se establece en el Decreto de Uruguay según el cual, los procedimientos disciplinarios son de carácter secreto (art. 174). De manera que todo funcionario que interviene en uno de estos procesos está obligado a mantener el secreto del procedimiento disciplinario.

Hay posibilidad de reserva, además, en procedimientos que tienen que ver con asuntos empresariales o económicos, por ejemplo, los relativos a la libre competencia que se establece en protección de los propios particulares, donde las partes pueden pedir a la entidad que mantenga confidencial el procedimiento a los efectos de la protección de sus propios derechos.

Puede haber también reserva derivada de la protección al derecho a la intimidad, en los procedimientos que tienen que ver con el derecho a la privacidad. Por ello, la Ley de la República Dominicana se refiere al “principio de publicidad de las normas, de los procedimientos y del entero quehacer administrativo: En el marco del respeto del derecho a la intimidad y de las reservas que por razones acreditadas de confidencialidad o interés general sea pertinente en cada caso” (art. 3.7); y además, al “principio de protección de la intimidad, de forma que el personal al servicio de la Administración Pública que maneje datos personales respetará la vida privada y la integridad de las personas, prohibiéndose el tratamiento de los datos personales con fines no justificados y su transmisión a personas no autorizadas” (art. 3.20).

Ello lo resume El Código de Ecuador al referirse también al principio de protección de la intimidad, indicando que.

“Las administraciones públicas, cuando manejen datos personales, deben observar y garantizar el derecho a la intimidad personal, familiar y respetar la vida privada de las personas” (art. 24).

En esa protección, además, está el fundamento de la acción de *habeas data* que también se ha consagrado expresamente en Colombia y Venezuela, como un mecanismo de tutela específico, que viene del derecho portugués y vinculado al amparo.

En particular en la reciente Constitución venezolana de 1999 se consagró el derecho de *habeas data*, así:

“Artículo 28. Toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.”

En materia de las reservas concernientes al derecho a la privacidad y a la intimidad, el artículo 46 de la Ley brasileña limita el derecho de acceso a aquellos documentos contenidos en el expediente que estén protegidos por el “sigilo” o el “direito à privacidade à honra e à imagem”:

La enunciación general de este principio de reserva por causas de “sigilo” se encuentra en la misma Ley brasileña en el art. 2º, V del Parágrafo único, al señalar como uno de los principios que deben guiar el procedimiento administrativo, la “divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição”.

En el Reglamento de la Secretaría de la Comunidad Andina se establece expresamente la posibilidad de que el interesado solicite que se declaren confidenciales determinados documentos. Esto tiene que ver con el tema empresarial o comercial que se señaló anteriormente, el cual sí exige en determinados casos, la reserva, a petición de los propios interesados de manera que no se divulguen. El Reglamento, en tal sentido, dispone:

“Artículo 20. A solicitud de cualquier interesado, la Secretaría General informará del estado de la tramitación de sus expedientes.

Cuando lo solicite el interesado el Secretario General podrá declarar confidenciales determinados documentos que sean presentados, siempre que éstos no hubieran sido divulgados y su divulgación pudiera ocasionar perjuicio a la parte que los proporcionó o a un tercero.

El interesado que solicite la confidencialidad sobre documentos presentados deberá justificar su petición y acompañar un resumen no confidencial, el cual formará parte del expediente público.”

Pero lo que permanece todavía en algunas legislaciones, aparte de esas áreas de reserva que son clásicas (seguridad y defensa, cuestiones empresariales y comerciales, derecho a la intimidad y a la privacidad), son aquellas áreas de reserva discrecionales. Por ejemplo, la Ley de Uruguay establece expresamente que:

“Artículo 80. Los documentos o piezas podrán ser calificados como secretos, confidenciales o reservados, de acuerdo con las normas legales o reglamentarias vigentes o a dictarse.

El carácter del asunto puede asignárselo el funcionario o la persona que lo origine, pudiendo ser modificado en cualquier sentido por el órgano superior de decisión.

El mero hecho de que los informes o dictámenes sean favorables o adversos a los interesados no habilita a darles carácter de reservados.”

En esta forma, queda a juicio de la Administración la posibilidad de calificar algún documento como reservado.

En el caso de la Ley argentina también se establece que el Poder Ejecutivo está facultado para:

“Determinar las circunstancias y autoridades competentes para calificar como reservadas o secretas las actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que deban tener ese carácter, aunque estén incluidos en actuaciones públicas” (art. 2,6).

Ahora bien, frente a estas normas reguladoras de materias secretas o reservadas de los expedientes administrativos, tanto la Ley costarricense como la Ley venezolana, exigen que la calificación como confidencial se haga mediante acto motivado, con lo cual el tradicional poder discrecional en esta materia queda algo limitado. En todo caso, en estos supuestos pueden ejercerse recursos contra el acto administrativo que declare reservados determinados expedientes, y para ello se prevé expresamente el recurso de revisión o el de reconsideración e, incluso, el jerárquico.

4. *Los principios relativos al expediente administrativo*

A. *La formación del expediente*

En el artículo 8 de la Ley de El Salvador, se define el expediente administrativo como “el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla;” y el artículo 21 de la Ley de República Dominicana define al expediente administrativo como “el conjunto de documentos en cualquier tipo de soporte, incluyendo los electrónicos, indiciados y ordenados cronológicamente por la Administración sobre un asunto determinado.

Dichos expedientes, agrega la Ley de El Salvador, “podrán tener soporte en papel o electrónico y se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos; así como un índice numerado de todos los documentos que contenga, cuando fuera posible” (art. 8)

Esta precisión legal, que se regla en sentido similar por ejemplo en la Ley de Bolivia (art. 23) que es hoy común, al momento en el cual las leyes de procedimiento administrativo comenzaron a ser dictadas, particularmente en el caso de Venezuela, puede decirse que no existía regulación formal del expediente administrativo, hoy en día tan común, que exige que de todo asunto debe abrirse un expediente administrativo, el cual debe tener una unidad específica y el cual deben incorporarse todos los documentos; expedientes que, además, constituyen una pieza fundamental, desde el punto de vista de la Administración, para el control contencioso-administrativo.

En el caso de Venezuela, por ejemplo, lo primero que el juez debe decidir en el procedimiento contencioso administrativo de anulación contra los actos administrativos, incluso de oficio, al admitir el recurso, es pedir a la Administración correspondiente, el expediente administrativo. En esta forma, este se convierte en un elemento fundamental de prueba judicial.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos venezolana, en cambio, no existía normativa alguna que exigiera la necesidad de formación de un expediente administrativo y de que, por tanto, debe haber un sólo expediente y no dos o varios, como hacían usualmente los funcionarios uno guardado en los archivos y contentivo de una serie de documentos e informes de los cuales no se informaba al administrado, a veces con piezas que lo favorecían; y otro, el expediente que estaba disponible para la consulta por los interesados.

La idea de la unidad del expediente y de que en él debe conservarse todo lo concerniente al procedimiento, no sólo lo derivado de las peticiones, sino

también los informes y dictámenes de otras Administraciones que tiene que ver con el asunto, por tanto, es de origen reciente. No es frecuente, incluso a pesar de todos estos textos expresos que regulan el expediente, realmente encontrar un expediente completo, y siendo también frecuente todavía que el funcionario deje fuera ciertos documentos cuando no son favorables a la posición que tiene el funcionario o cuando sean favorables a la posición del administrado. Normalmente el funcionario, cuando no ha tomado su decisión, no los enseña, aún cuando existe en todas las leyes el principio del expediente único y de que toda la documentación debe estar en él acumulada, bien de oficio o a petición de parte interesada, con lo que se viola a la vez el principio de publicidad y el derecho a estar informado.

En todo caso, este principio de la unidad del expediente está establecido expresamente en la Ley de Venezuela (arts. 31, 51 y 52); en el Reglamento de la Comunidad Andina (arts. 21-24); en el Código Colombiano (art. 29); en la Ley de Uruguay con un detalle extensísimo, donde se establecen todas las normas relativas al expediente y al tema de su unidad (arts. 30; 34-38; 49-55); y en la Ley del Perú (art. 150).

En esta última Ley (art. 153), en particular, se regula el principio de la intangibilidad del expediente, en la siguiente forma:

“153.1. El contenido del expediente es intangible, no pudiendo introducirse enmendaduras, alteraciones, entrelíneas ni agregados en los documentos, una vez que hayan sido firmados por la autoridad competente. De ser necesarias, deberá dejarse constancia expresa y detallada de las modificaciones introducidas.

153.2. Los desgloses pueden solicitarse verbalmente y son otorgados bajo constancia del instructor y del solicitante, indicando fecha y folios, dejando una copia autenticada en el lugar correspondiente, con la foliatura respectiva.

153.3. Las entidades podrán emplear tecnología de microformas y medios informáticos para el archivo y tramitación de expedientes, previendo las seguridades, inalterabilidad e integridad de su contenido, de conformidad con la normatividad de la materia.

153.4. Si un expediente se extraviara, la administración tiene la obligación, bajo responsabilidad de reconstruir el mismo, independientemente de la solicitud del interesado, para tal efecto se aplicarán, en lo que le fuera aplicable, las reglas contenidas en el Artículo 140° del Código Procesal Civil.”

En cuanto a la aplicación de nuevas tecnologías en el tratamiento del expediente administrativo, la Ley de El Salvador, dispone que la Administración Pública debe “mantener un soporte electrónico actualizado de sus expedientes

administrativos,” el cual debe ser fiel a su original y debe encontrarse al alcance de los interesados para su consulta. Dicho soporte electrónico, además, se debe utilizar en caso de reposición del original, por extravío, destrucción o inutilización (art. 8).

La medida, dispuso la misma norma, “se irá cumpliendo gradualmente, de acuerdo con los planes de implementación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación dentro de la Administración Pública.”

B. *El derecho de acceso al expediente y a obtener copias*

Vinculado con el régimen del expediente, está la regulación expresa del derecho de acceso al expediente, es decir el derecho que tienen los interesados de acceder al expediente administrativo en cualquier estado o grado del procedimiento. Esto se consagra expresamente en la Ley venezolana, en la Ley uruguaya, en el Código colombiano, en la Ley de mexicana, en la Ley de Panamá (art. 70) y en la Ley brasileña (arts. 3º, II y art. 46); así como el derecho de leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente. Por supuesto, como se ha dicho, se exceptuarán los documentos calificados como confidenciales por el superior jerárquico, según lo establece la Ley venezolana, los cuales deben ser archivados en cuaderno separado (art. 59).

Por supuesto, con esta declaratoria de confidencialidad se rompe la unidad del expediente, exigiéndose que la misma se haga mediante acto motivado. Este es el único requisito que establece la ley venezolana, lo que, por supuesto, ha dado origen a una cantidad de abusos, como por ejemplo, procedimientos donde hasta recortes de periódicos se han calificado como “confidenciales” por el funcionario, simplemente porque no estaban favoreciendo la posición de la Administración.

El principio del acceso a la información del expediente y su excepción se regulan en el artículo 160 de la Ley del Perú, con detalle, en la siguiente forma:

“160.1. Los administrados, sus representantes o su abogado tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene, previo pago del costo de las mismas. Sólo se exceptúan aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que contienen información cuyo conocimiento pueda afectar su derecho a la intimidad personal o familiar y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional de acuerdo a lo establecido en el inciso 5) del Artículo 20º de la Constitución Política. Adicionalmente se exceptúan las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial, así como todos aquellos documentos que impliquen un pronunciamiento previo por parte de la autoridad competente.

160.2. El pedido de acceso podrá hacerse verbalmente y se concede de inmediato, sin necesidad de resolución expresa, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la unidad de recepción documental.”

En la Ley Orgánica de la Administración Pública, por otra parte, se precisa que el derecho de acceso a los archivos y registros conlleva el de obtener copias simples o certificadas de los mismos, previo pago o cumplimiento de las formalidades que se hallen legalmente establecidas (art. 157).

Por otra parte, todo aquel que presentare petición o solicitud ante la Administración Pública tiene derecho a que se le expida, de conformidad con la Constitución y la ley respectiva, copia certificada del expediente o de sus documentos (art. 168).

Conforme al artículo 171 de la LOAP, para expedir copias certificadas por procedimientos que requieran del conocimiento y de la intervención de técnicos especiales, el órgano superior respectivo debe nombrar un experto para ejecutar la copia, quién debe prestar juramento de cumplir fielmente su cometido, antes de realizar el trabajo.

Los honorarios del experto, de ser necesario, se deben fijar previamente en acto verificado ante el funcionario correspondiente y deben ser por cuenta del solicitante, quien debe consignarlos de conformidad con el reglamento respectivo.

Los gastos y derechos que ocasionen la expedición de copias certificadas, conforme a lo establecido en los artículos anteriores, deben ser por cuenta de los interesados.

Las copias certificadas que solicitaren los interesados y las autoridades competentes se deben expedir por el funcionario correspondiente, salvo que los documentos y expedientes hubieran sido previa y formalmente declarados secretos o confidenciales de conformidad con ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto (art. 169).

5. *El principio de la presunción de certeza de las actas administrativas y los documentos administrativos*

El principio de la presunción de certeza de los documentos administrativos, en general, no encuentra regulación en las leyes de procedimiento administrativo. Se trata, en todo caso, de un tema de discusión normal en la Administración, que incide en el valor legal de los documentos administrativos.

Sin embargo, las leyes especiales que tratan el tema, al igual que se ha desarrollado en la jurisprudencia, establecen la presunción de certeza de actas fiscales de inspección.

Esos documentos, procesalmente pueden ser considerados como documentos públicos o auténticos, dentro de la clasificación general de los Códigos Civiles.

El documento auténtico, en efecto, hace fe pública de lo que el funcionario ve, oye o efectúa y, en general, se refiere al documento que emana de un Registrador o de un Notario quienes legalmente dan fe pública de lo que ven, oyen, o efectúan. Pero muchos otros funcionarios, de acuerdo con las leyes administrativas, también efectúan, ven y oyen hechos y dejan constancia de ellos en virtud de ley.

Por tanto, se le debería dar al documento administrativo que producen el mismo valor que al documento auténtico, referente a que goza de presunción de certeza de lo que contiene, así como de las mismas vías de impugnación que existen a nivel del procedimiento ordinario; esto por lo que respecta al documento en sí mismo, y no respecto del acto contenido dentro del mismo.

En Venezuela, por ejemplo, la jurisprudencia ha venido configurando la noción de documento administrativo, de manera de no sólo aplicar la categoría de documento auténtico o privado del Código Civil, sino más bien, buscando configurar una categoría propia como documento administrativo, derivado de su propio valor probatorio.

En todo caso, y respecto de los documentos presentados por los administrados en el expediente, la Ley peruana enuncia el principio de la veracidad, considerando que en la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formuladas por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman; aún cuando tal presunción admite prueba en contrario (art. IV, 1,7).

Este principio de la presunción de veracidad lo repite la mencionada ley en el artículo 42, en siguiente forma:

“42.1 Todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ello, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario.

42.2 En caso de las traducciones de parte, así como los informes o constancias profesionales o técnicas presentadas como sucedáneos de documentación oficial, dicha responsabilidad alcanza solidariamente a quien los presenta y a los que los hayan expedido.”

SEXTA PARTE

EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

El principio de la oficialidad puede decirse que informa todo el procedimiento administrativo desde el punto de vista de la Administración, pues el mismo, en definitiva, es un asunto de la Administración que constituye y enmarca su actuación.

Por supuesto, como se ha visto, el particular tiene derecho a participar en el procedimiento, ya que puede instar a la Administración para iniciar su actividad teniendo incluso en muchos casos la iniciativa del procedimiento (cuando se inicia a instancia de parte), pero, en definitiva, su desarrollo es un problema y asunto de la propia Administración.

Por ello, una vez desencadenado el procedimiento administrativo de oficio por la Administración o por iniciativa de parte interesada, el desarrollo y movilización del mismo está a cargo de la propia Administración, por lo que es a ella

a quien le compete, y no a un tercero, impulsarlo de oficio, para la realización de la secuencia de actos que deben concluir con la emisión de un acto administrativo definitivo.

Pero por supuesto, como se dijo, hay procedimientos que sólo pueden iniciarse por exclusivo interés de los particulares, en cuyo caso, la Administración no tiene el deber de proseguirlos por sí sola, por lo que puede darlos por terminados antes del término legal previsto para su conclusión, ante la inercia del interesado, aplicándose aquí lo ya señalado sobre la caducidad de los procedimientos.

Ahora bien, este principio de la oficialidad comprende cinco aspectos fundamentales conforme a los cuales se puede sistematizar el análisis de todas las normas de las leyes latinoamericanas en la materia; y éstos son: en *primer lugar*, el principio de la iniciación de oficio (iniciativa oficial), es decir, la posibilidad de que el procedimiento se inicie, además de a instancia de parte, de oficio por la Administración; en *segundo lugar*, el principio inquisitivo, como guía de todo el procedimiento administrativo, denominado también principio de instrucción; en *tercer lugar*, el principio de objetividad, que se encuentra regulado también en todas las leyes; en *cuarto lugar*, el principio de celeridad y, en *quinto lugar*, el principio ejecutivo o ejecutorio en relación con los actos administrativos.

I. EL PRINCIPIO DE LA INICIATIVA OFICIAL: LA INICIACIÓN DE OFICIO Y LA AUDIENCIA DE LOS INTERESADOS

Todas las leyes sobre procedimiento administrativo establecen el principio clásico de que el mismo puede iniciarse de oficio, es decir, por iniciativa de la propia Administración, o a petición de parte, es decir, con base en el ejercicio del derecho de petición. Esta expresión se repite en absolutamente todas las leyes de América Latina: de Argentina (art. 1), de México (art. 14), de Uruguay (art. 15), de Honduras (art. 60), de Venezuela (art. 48), de Colombia (art. 28 de Bolivia (art. 39), de Perú (art. 103), de Brasil (art. 5), de Panamá (art. 64), y de Chile (Art. 28).

Cuando se inicia el procedimiento de oficio, en todo caso, puede ser porque el funcionario actúa por disposición de un superior o por iniciativa propia, y siempre mediante un acto motivado (art. 15, Ley de Uruguay; art. 60,a, Ley de Honduras; art. 48, Ley de Venezuela). Las leyes disponen en general, como lo establece la Ley de Chile, que “con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento” (art. 28); lo que también está previsto en la Ley de Bolivia (art. 40), y lo precisa el artículo 22 de la Ley de la República Dominicana, indicando:

“Con anterioridad al acuerdo de inicio del procedimiento, el órgano competente podrá razonadamente abrir un período de información con el fin de determinar si procede o no iniciarlo. Dicho acuerdo habrá de ser igualmente motivado. La Administración no podrá prejuzgar en esta fase preliminar ni dictar ninguna decisión que, de manera definitiva, afecte a los interesados” (art. 22.II).

Ahora bien, como garantía del derecho de la defensa, las leyes disponen que, aún iniciado de oficio, y aún siendo el procedimiento tarea de la Administración, esta está obligada a dejar participar en el mismo a los administrados interesados. Esta disposición se encuentra en todas las leyes como elemento fundamental para garantizar el derecho a la defensa.

Así lo precisa, por ejemplo, la Ley Orgánica venezolana al disponer que, en los casos de iniciación de oficio, la autoridad administrativa debe notificar a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos pudieren resultar afectados, concediéndoles un plazo de diez (10) días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones (art. 48).

Estos principios se recogen detalladamente en la Ley peruana, cuyo artículo 104, destinado a regular el inicio de oficio, dispone lo siguiente:

“104.1. Para el inicio de oficio de un procedimiento debe existir disposición de autoridad superior que la fundamente en ese sentido, una motivación basada en el cumplimiento de un deber legal o el mérito de una denuncia.

104.2. El inicio de oficio del procedimiento es notificado a los administrados determinados cuyos intereses o derechos protegidos puedan ser afectados por los actos a ejecutar, salvo en caso de fiscalización posterior a solicitudes o a su documentación, acogidos a la presunción de veracidad. La notificación incluye la información sobre la naturaleza, alcance y de ser previsible, el plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.

104.3. La notificación es realizada inmediatamente luego de emitida la decisión, salvo que la normativa autorice que sea diferida por su naturaleza confidencial basada en el interés público.”

II. EL PRINCIPIO INQUISITIVO

Como se ha dicho, en virtud de que el procedimiento administrativo, ante todo, es un asunto de la Administración, el principio fundamental que lo rige es el principio inquisitivo, el cual implica, de acuerdo como lo establece en el Código de Ecuador, que “Le corresponde a la Administración Pública, la dirección del procedimiento administrativo en ejercicio de las competencias que se le atribuyan en el ordenamiento jurídico” (art. 135). Ello implica, como lo dispone la Ley argentina, la “impulsión e instrucción de oficio”, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones (art. 1.a); o como lo dispone la Ley de Bolivia, “la Administración Pública está obligada a impulsar el procedimiento en todos los trámites en los que medie el interés público” (art. 4.n).

Esto está establecido como principio del procedimiento administrativo en la Ley del Perú (artículo IV, Título Preliminar), así:

“1.3 Principio de impulso de oficio. Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.”

Esta misma expresión se encuentra en las leyes de Brasil (art. 29) y de Costa Rica (art. 222) y, en sentido similar, se desarrolla en la Ley del Perú (art. 159). De ello deriva el principio de que la Administración debe “impulsar de oficio en todos sus trámites” (art. 64, Ley de Honduras) el procedimiento administrativo, con lo cual la conducción del procedimiento, la prueba y las medidas que puedan adoptarse a lo largo del mismo deben ser iniciativa de la Administración y no requieren el impulso procesal de los interesados, sin perjuicio de que éstos puedan participar en el procedimiento.

En consecuencia, la Administración es la responsable de al menos esos tres elementos en el procedimiento: la conducción del procedimiento; la sustanciación del mismo; las pruebas y las medidas preventivas, sin perjuicio de que en cada una de esas fases puedan actuar los particulares.

Por ello, la Ley de Venezuela establece que:

“Artículo 53. La Administración, de oficio o a instancia del interesado, cumplirá todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir, siendo de su responsabilidad impulsar el procedimiento en todos sus trámites. “

1. *La conducción del procedimiento por la Administración*

A. *La sustanciación*

En cuanto a la conducción del procedimiento, lo primero que corresponde a la Administración, por tanto, es “el impulso oficial del procedimiento” como lo expresa el Código de Ecuador (art. 139); o la sustanciación del mismo, porque como lo afirma la Ley de la República Dominicana, “la Administración ha de adoptar decisiones bien informadas” (art. 26).

Por ello, todas las leyes de procedimiento administrativo contienen normas sobre la sustanciación o instrucción del procedimiento, como resulta del mencionado artículo 53 de la Ley venezolana, y de la Ley de Chile que dispone:

“Artículo 34. Actos de instrucción. Los actos de instrucción son aquéllos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse el acto.

Se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención, o constituyan trámites legales o reglamentariamente establecidos.”

En igual sentido se establece en la Ley de la República Dominicana (art. 26), precisando en particular, la Ley mexicana que:

“Artículo 49. Los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento.”

En sentido similar se establece en la Ley de Panamá (art. 49); y en la Ley del Perú, al regular ésta última en el artículo 145 el “impulso del procedimiento,” estableciendo que la autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe

promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superar cualquier obstáculo que se oponga a regular tramitación del procedimiento; determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida.

Además, en cuanto a los actos de instrucción, el artículo 159,1 de la misma Ley peruana dispone que:

“Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución, serán realizados de oficio por la autoridad a cuyo cargo se tramita el procedimiento de evaluación previa, sin perjuicio del derecho de los administrados a proponer actuaciones probatorias.”

Sin embargo, el hecho de que corresponda a la Administración realizar las acciones de conducción del procedimiento, no exime al interesado de la posibilidad de “colaborar activamente en la instrucción del procedimiento siempre que las normas aplicables del sector de que se trate no lo prohíban” como lo indica el artículo 26.III de la ley de la República Dominicana; ni de los deberes de impulso que le puedan corresponder (art. 139, Código Ecuador).

Por tanto, como dice la Ley de Costa Rica, la inercia de la Administración no debe excusar la del administrado para efectos de caducidad del procedimiento (art. 222).

En la Ley de Uruguay el principio, sin embargo, se formula así:

“Artículo 56. La impulsión del procedimiento se realizará de oficio por los órganos intervinientes en su tramitación, a cuyos efectos la autoridad correspondiente practicará las diligencias y requerirá los informes y asesoramientos que correspondan, sin perjuicio de la impulsión que puedan darle los interesados.

La falta de impulsión del procedimiento por los interesados no produce la perención de las actuaciones, debiendo la Administración continuar con su tramitación hasta la decisión final. “

La Administración, además, en la sustanciación del procedimiento, puede solicitar a los particulares, informes y otros datos de investigación y estos deben facilitarlos conforme a lo que se determine en la Ley (art. 58, Ley de Honduras). Este deber es consecuencia del deber de colaboración de los interesados con la Administración, que en la Ley de Brasil implica el de “presentar las informaciones que le fueren solicitadas y colaborar en el esclarecimiento de los hechos” (art. 4, IV). En sentido similar se regula en la Ley del Perú (art. 169).

B. Las verificaciones, las inspecciones y las actas

La Administración, en el curso de los procedimientos administrativos, conforme a las leyes especiales, puede realizar las verificaciones o las inspecciones que sean necesarias en el sitio requerido. Esto es frecuente en procedimientos en materia fiscal o sanitaria. En estos casos, la Administración realiza normalmente inspecciones o verificaciones y levanta actas para dejar constancia de estas visitas. Dichas figuras, por lo general, están reguladas en leyes especiales.

Una excepción la encontramos en la Ley mexicana, que tiene una regulación extensa, con carácter general, que detalla el procedimiento administrativo sobre estas inspecciones y verificaciones y consagra la posibilidad general de realizar verificaciones en los establecimientos del administrado, con la exigencia formal de que tiene que haber orden escrita. El artículo 62 de la Ley Federal de México, en efecto, dispone lo siguiente:

“Artículo 62. Las autoridades administrativas, para comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, podrán llevar a cabo visitas de verificación, mismas que podrán ser ordinarias y extraordinarias; las primeras se efectuarán en días y horas hábiles, y las segundas en cualquier tiempo.”

Los requisitos para la realización de la verificación los detalla el artículo 63, al exigir que los verificadores, para practicar visitas, deben estar provistos de orden escrita con firma autógrafa expedida por la autoridad competente, en la que debe precisarse el lugar o zona que ha de verificarse, el objeto de la visita, el alcance que deba tener y las disposiciones legales que lo fundamenten.

Esta posibilidad de visitas y verificaciones, sin embargo, tiene como límite el derecho constitucional a la inviolabilidad del hogar doméstico.

En Venezuela, por ejemplo, el artículo 47 de la reciente Constitución de 1999, dispone:

“Artículo 47. El hogar doméstico y todo recinto privado de las personas son inviolables. No podrán ser allanados sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano.

Las visitas sanitarias que se practiquen, de conformidad con la ley, sólo podrán hacerse previo aviso de los funcionarios o funcionarias que las ordenen o hayan de practicarlas.”

Es de destacar que la garantía de la inviolabilidad se extiende a los “recintos privados” de las personas, por lo que ni en el domicilio ni en dichos recintos

privados (oficina, otra residencia) podrían realizarse visitas e inspecciones administrativas, salvo con orden judicial. Se exceptúa, sólo, el caso de las visitas sanitarias.

Una regulación tan general como la que está en la Ley mexicana, antes indicada, aparentemente permitiría el acceso y además obligaría a los particulares a permitir el acceso y dar facilidades e informes a los verificadores; ello en contraste con la regulación constitucional en Venezuela, donde sólo por vía judicial se puede realizar este tipo de visitas y por vía administrativa sólo en materia sanitaria y previa notificación al particular.

En todo caso, cuando se realicen visitas o inspecciones debe levantarse un acta circunstanciada, como lo establece la Ley mexicana, en presencia de testigos, debiéndose dejar copia a la persona con quien se entendió la diligencia, aún cuando se haya negado a firmarla (art. 66). En el acta, conforme a la Ley mexicana, se debe hacer constar lo siguiente:

- I. Nombre, denominación o razón social del visitado;
- II. Hora, día, mes y año en que se inicie y concluya la diligencia;
- III. Calle, número, población o colonia, teléfono u otra forma de comunicación disponible, municipio o delegación, código postal y entidad federativa en que se encuentre ubicado el lugar en que se practique la visita;
- IV. Número y fecha del oficio de comisión que la motivó;
- V. Nombre y cargo de la persona con quien se entendió la diligencia;
- VI. Nombre y domicilio de las personas que fungieron como testigos;
- VII. Datos relativos a la actuación;
- VIII. Declaración del visitado, si quisiera hacerla; y
- IX. Nombre y firma de quienes intervinieron en la diligencia incluyendo los de quien la hubiere llevado a cabo. Si se negaren a firmar el visitado o su representante legal, ello no afectará la validez del acta, debiendo el verificador asentar la razón relativa. “

C. *Los informes administrativos*

Otro aspecto relativo a la conducción del procedimiento, también regulado en las leyes latinoamericanas, es el que se refiere a los informes u opiniones que puede solicitar la Administración y a la formación de expedientes con documentos interadministrativos.

En efecto, normalmente, en la sustanciación de un expediente se requieren de informes de otras oficinas públicas distintas a la que conduce el procedimiento o de otras unidades administrativas.

Las leyes, en general, le asignan a la Administración que está a cargo del procedimiento, la responsabilidad de la tramitación de la solicitud de esos informes o antecedentes, necesarios para la mejor resolución del asunto. Ello, por tanto, no es responsabilidad del particular, el cual sin embargo, cuando sea quien formule la solicitud, debe indicar la oficina donde cursa la documentación (art. 54 de la Ley venezolana).

Esto lo resume la Ley peruana, en su artículo 167, al regular la solicitud de documentos a otras autoridades, así:

“167.1. La autoridad administrativa a la que corresponde la tramitación del asunto recabará de las autoridades directamente competentes los documentos preexistentes o antecedentes que estime conveniente para la resolución del asunto, sin suspender la tramitación del expediente.

167.2. Cuando la solicitud sea formulada por el administrado al instructor, deberá indicar la entidad donde obre la documentación y, si fuera de un expediente administrativo obrante en otra entidad, deberá acreditar indubitablemente su existencia. “

Inclusive, se establece que cuando estos informes no pueden ser evacuados o entregados, ello no puede ni debe implicar la paralización del procedimiento. En consecuencia, no puede haber excusa interadministrativa para que el procedimiento se paralice por falta de entrega de un informe entre autoridades administrativas.

Lo que resulta de lo anterior es que la carga por la procura de los informes de otros órganos públicos no se puede trasladar a los interesados. Esto lo regula expresamente la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999, al disponer su artículo 46, que cuando los órganos y entes de la Administración Pública requieran comprobar la existencia de alguna circunstancia o requisito necesario para la culminación de una determinada tramitación y el mismo repose en los archivos de otro organismo público, se debe proceder a solicitar la información por cualquier medio, “sin que en ningún caso se transfiera dicha carga al particular”. Los organismos a quienes se solicite la información deben dar prioridad a la atención de dichas peticiones y las deben remitir haciendo uso en lo posible de los medios automatizados disponibles al efecto.

En todo caso, estos informes u opiniones pueden ser obligatorios o facultativos, vinculantes o no, según lo que se regule en cada Ley especial o en cada norma que los exija aún cuando, salvo disposición en contrario, se considera, como principio, que no son vinculantes (art. 57 de la Ley venezolana;

art. 37, Ley de Chile; art. 48.II de la ley de Bolivia). Como lo indica expresamente la Ley Federal mexicana:

“Artículo 54. Los informes u opiniones solicitados a otros órganos administrativos podrán ser obligatorios o facultativos, vinculantes o no. Salvo disposición legal en contrario, los informes y opiniones serán facultativos y no vinculantes al órgano que los solicitó y deberán incorporarse al expediente.”

D. *Las obligaciones de la Administración*

En relación con la conducción del procedimiento administrativo, en la Ley mexicana se encuentra una norma que establece un largo elenco de diez obligaciones de la Administración, que no están dispersas en el texto legal, y que es de interés destacar, pues resume la situación general en la materia. Se trata del artículo 16 de la Ley Federal, que establece:

“Artículo 16. La Administración Pública Federal, en sus relaciones con los particulares, tendrá las siguientes obligaciones:

- I. Solicitar la comparecencia de éstos, sólo cuando así esté previsto en la ley, previa citación en la que se hará constar expresamente el lugar, fecha, hora y objeto de la comparecencia, así como los efectos de no atenderla;
- II. Requerir informes, documentos y otros datos durante la realización de visitas de verificación, sólo en aquellos casos previstos en ésta u otras leyes;
- III. Hacer del conocimiento de éstos, en cualquier momento, del estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan interés jurídico, y a proporcionar copia de los documentos contenidos en ellos;
- IV. Hacer constar en las copias de los documentos que se presenten junto con los originales, la presentación de los mismos;
- V. Admitir las pruebas permitidas por la ley y recibir alegatos, los que deberán ser tomados en cuenta por el órgano competente al dictar resolución;
- VI. Abstenerse de requerir documentos o solicitar información que no sean exigidos por las normas aplicables al procedimiento, o que ya se encuentren en el expediente que se está tramitando;
- VII. Proporcionar información y orientar acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones legales vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar;

VIII. Permitir el acceso a sus registros y archivos en los términos previstos en esta u otras leyes;

IX. Tratar con respeto a los particulares y a facilitar el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones; y

X. Dictar resolución expresa sobre cuantas peticiones le formulen; así como en los procedimientos iniciados de oficio, cuya instrucción y resolución afecte a terceros, debiendo dictarla dentro del plazo fijado por la ley.”

En la nueva Ley de procedimientos administrativos de Brasil también se encuentra una enumeración de los derechos que corresponden a los administrados frente a la Administración, lo cual implica el correlativo deber de la Administración de garantizar estos derechos al administrado en el curso del procedimiento administrativo. En tal sentido señala el artículo 3°:

“Art. 3°. O administrado tem os seguinte direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I. ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

II. ter ciência da tramitação de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III. formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

IV. fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei. “

En la misma orientación de las leyes mexicana y de Brasil, la Ley peruana también enumera, en un sólo artículo (art. 75), el siguiente conjunto de deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes.

“1. Actuar dentro del ámbito de su competencia y conforme a los fines para los que les fueron conferidas sus atribuciones.

2. Desempeñar sus funciones siguiendo los principios del procedimiento administrativo previstos en el Título Preliminar de esta Ley.

3. Encausar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos.

4. Abstenerse de exigir a los administrados el cumplimiento de requisitos, la realización de trámites, el suministro de información o la realización de pagos, no previstos legalmente.

5. Realizar las actuaciones a su cargo en tiempo hábil, para facilitar a los administrados el ejercicio oportuno de los actos procedimentales de su cargo.
6. Resolver explícitamente todas las solicitudes presentadas, salvo en aquellos procedimientos de aprobación automática.
7. Velar por la eficacia de las actuaciones procedimentales, procurando la simplificación en sus trámites, sin más formalidades que las esenciales para garantizar el respeto a los derechos de los administrados o para propiciar certeza en las actuaciones.
8. Interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados.
9. Los demás previstos en la presente Ley o derivados del deber de proteger, conservar y brindar asistencia a los derechos de los administrados, con la finalidad de preservar su eficacia.”

E. *El principio de la economía y las nuevas tecnologías*

La Administración, en la conducción del procedimiento administrativo, como lo indica la Ley de Brasil, cuando se trata de actos de instrucción que exija la actuación de los interesados, deben realizarse de la manera que sea menos onerosa para estos (art. 29,2).

La Ley de El Salvador, por otra parte, ha regulado el principio de que los órganos de la Administración Pública pueden utilizar tecnologías de la información y comunicación para realizar trámites, diligencias, notificaciones, citaciones o requerimientos, “siempre que dichos medios tecnológicos posibiliten la emisión de una constancia, ofrezcan garantías de autenticidad, confidencialidad, integridad, eficacia, disponibilidad y conservación de la información y sean compatibles con la naturaleza del trámite a realizar.”

A tal efecto, la Administración Pública debe implementar los mecanismos tecnológicos y electrónicos que fueren necesarios para optimizar el ejercicio de sus competencias y los derechos de los administrados, creando las estrategias de gobierno electrónico que para tales efectos sean necesarias.

2. *Las medidas preventivas o cautelares*

Algunas leyes de procedimiento administrativo regulan medidas preventivas o cautelares provisionales o de seguridad que pueden dictarse en el curso del procedimiento. Es el caso de la Ley de Uruguay, que establece:

“Artículo 16. Iniciado el procedimiento, la autoridad competente para resolverlo podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existieren elementos de juicio suficientes para ello.

No se podrán dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicios graves o irreparables.”

En la Ley de Brasil, de igual manera, se establece la posibilidad de que en casos de riesgo inminente, la Administración Pública puede, motivadamente, adoptar providencias cautelares aún sin la previa manifestación de los interesados al respecto (art. 45). Es decir, que esta potestad cautelar que se le otorga a la Administración es de carácter discrecional, porque no se exige que el interesado se manifieste previamente sobre la necesidad de esta cautela, y quizás el único control que se puede ejercer sobre esta potestad discrecional es que los motivos por los cuales la Administración fundamente esta medida estén conformes a derecho.

En el caso de la Ley de Honduras, también se prevé la posibilidad del órgano administrativo de adoptar las medidas provisionales que estime pertinentes, siempre que hubiere razones suficientes para ello, evitando con ello causar perjuicios irreparables a la parte interesada (art. 65).

En otras leyes, como la de México, estas medidas preventivas se denominan medidas de seguridad (arts. 81 y 82), pero están destinadas sólo a proteger la salud y la seguridad pública.

Una regulación detallada en la materia fue establecida en la Ley peruana, en cuyo artículo 146 se indica que iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir (art. 146.1). Sin embargo, no se pueden dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados (art. 146.4).

Las medidas cautelares pueden ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción (art. 146,2).

En todo caso, las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento (art. 146.3).

Esta orientación de regulación detallada de las medidas preventivas o cautelares, iniciada en la Ley del Perú, se ha seguido en Leyes más recientes como la de Chile, en la cual se dispone:

“Artículo 32. Medidas provisionales. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo podrá adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello.

Sin embargo, antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a petición de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes. Estas medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, las medidas a que se refiere el inciso anterior quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo, o cuando la decisión de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a petición de parte, en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

En todo caso, las medidas de que trata este artículo se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente.

En la misma orientación, se dispone en el artículo 25 de la Ley de la República Dominicana y en el artículo 78 de la Ley de El Salvador.

En general, puede decirse que la tendencia legislativa es el establecimiento de medidas provisionales o cautelares innominadas, siendo el contraste el Código de Ecuador, en el cual se incluye una enumeración de las mismas. Así, se identifican las siguientes *medidas provisionales* que el órgano competente puede adoptar: “1. Secuestro. 2. Retención. 3. Prohibición de enajenar. 4. Clausura de establecimientos. 5. Suspensión de la actividad. 6. Retiro de productos, documentos u otros bienes. 7. Desalojo de personas. 8. Limitaciones o restricciones de acceso” (art. 180) También se identifican las siguientes medidas cautelares que el órgano competente puede adoptar: “1. Secuestro. 2. Retención.

3. Prohibición de enajenar. 4. Clausura de establecimientos. 5. Suspensión de la actividad. 6. Retiro de productos, documentos u otros bienes. 7. Desalojo de personas. 8. Limitaciones o restricciones de acceso” (art. 189).

3. *La oposición a los actos de trámite*

Conforme al principio inquisitivo, la Administración como conductora del procedimiento, está en la obligación de realizar todos los trámites necesarios para su conclusión. Sin embargo, para resguardar los derechos de los interesados, éstos pueden oponerse a los actos de trámite, tanto los relativos a medidas cautelares como los de cualquier otra naturaleza. Esta posibilidad está prevista expresamente en la Ley Federal mexicana, que establece:

“Artículo 84. La oposición a los actos de trámite en un procedimiento administrativo deberá alegarse por los interesados durante dicho procedimiento, para su consideración, en la resolución que ponga fin al mismo. La oposición a tales actos de trámite se hará valer en todo caso al impugnar la resolución definitiva.”

III. LOS PRINCIPIOS SOBRE LA PRUEBA

El segundo aspecto del principio inquisitivo que regulan las leyes de procedimiento administrativo, aparte de la responsabilidad de la Administración de conducirlo, se refiere a los principios sobre la prueba en materia administrativa.

1. *La carga de la prueba: la Administración y los interesados*

Siendo el procedimiento administrativo asunto de la Administración, la carga de la prueba, ante todo, es también responsabilidad de aquélla, (art. 162, Ley del Perú), como principio general, sin perjuicio de las pruebas que puedan aportar los interesados. Por ello, el Código de Ecuador regula lo que denomina la “prueba oficiosa” indicando que “las administraciones públicas podrán disponer la práctica de cualquier prueba que juzguen necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos” (art. 198).

La Ley de Honduras, en este sentido, por ejemplo, establece:

“Artículo 69. Cuando el órgano competente para resolver no tenga por ciertos los hechos alegados por la parte interesada o ésta lo solicitaren, podrá acordar la apertura a prueba por un término no inferior a diez días ni superior a veinte, e incumbirá al interesado la de los hechos de que derive su derecho y no resulten del expediente.

En todo caso, la Administración podrá disponer de oficio y en cualquier momento, la práctica de cuantas pruebas se estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto.”

Una regulación similar se establece en la Ley del Perú (art. 163).

Por tanto, en principio, la Administración es la que tiene que probar. Pero por supuesto, ello varía según el tipo de procedimiento de que se trate. Por ejemplo, en el procedimiento ablatorio es la Administración la que tiene la carga fundamental de la prueba, porque normalmente se inicia de oficio. Así lo ha destacado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de Venezuela, en sentencia de 1° de junio de 2000, señalando:

“Dentro de los procedimientos administrativos iniciados de oficio, y más aún en aquellos de naturaleza sancionatoria, corresponde a la Administración demostrar los hechos que dieron lugar a la iniciación de dichos procedimientos. Esto es así, ya que, para poder proceder a la aplicación de la sanción al particular encausado, deben existir en el expediente Administrativo suficientes hechos comprobados que verifiquen la ocurrencia del ilícito administrativo y, en consecuencia, la procedencia de la sanción correspondiente...

Y lo anterior no significa que el particular interesado en el procedimiento administrativo este exento de probar y evacuar pruebas, ya que la carga probatoria esencial de la Administración se refiere al establecimiento del ilícito administrativo, por lo que el encausado deberá traer al proceso los hechos y alegaciones que obren a su favor y que consideren necesario para el efectivo ejercicio de su derecho a la defensa y al debido proceso; siendo esta actividad probatoria del interesado no solo una manifestación del ejercicio de su derecho a la defensa, sino coadyuvante y complementaria de la actividad probatoria de la Administración, todo con la finalidad de esclarecer los hechos y precisar con exactitud las consecuencias jurídicas de los mismos.”

En cambio, en el procedimiento autorizatorio no sucede lo mismo, pues la carga de la prueba básicamente está a cargo del solicitante, cuando, por ejemplo, en leyes especiales, para obtener una autorización o un permiso, se requieran determinadas condiciones que el particular tiene que probar. Por ejemplo, un interesado, para desarrollar urbanísticamente un inmueble, lo menos que debe hacer es probar su carácter de propietario del inmueble. Por ello, de acuerdo al tipo de procedimiento, hay pruebas que tiene que aportar el administrado. Pero aparte de esto, en general, puede considerarse que es la Administración la responsable del proceso probatorio en el procedimiento administrativo.

Por ello, la Ley General de Costa Rica prescribe expresamente que:

“Artículo 221. En el procedimiento administrativo se deberán verificar los hechos que sirven de motivo al acto final en la forma más fiel y completa posible, para lo cual el órgano que lo dirige deberá adoptar todas

las medidas probatorias pertinentes o necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes y aún en contra de la voluntad de éstas últimas.”

Una norma similar se consagra en el artículo 27 del Reglamento de la Secretaría de la Comunidad Andina y, en el artículo 34 del Código Colombiano.

Debe destacarse en esta materia de apertura del procedimiento a pruebas, la disposición contenida en la Ley de Panamá, que regula la necesidad de que el funcionario que instruya el procedimiento debe convocar, con anterioridad a la apertura del periodo de pruebas, al peticionario y a las otras personas que figuren como parte, en aras de la simplificación del proceso, para considerar los siguientes aspectos:

“1. La conveniencia de puntualizar y simplificar los puntos controvertidos; 2. La necesidad o conveniencia de corregir los escritos presentados; 3. El saneamiento del procedimiento hasta ese momento; 4. La posibilidad de que la Administración Pública admita hechos y documentos que hagan innecesaria la práctica de determinadas pruebas; 5. La limitación del número de peritos; y 6. Otros asuntos que puedan contribuir a hacer más expedita la tramitación del procedimiento” (art. 138).

Por último, debe indicarse que conforme se dispone en el artículo 195 del Código de Ecuador, la administración pública “no exigirá de la persona interesada la demostración de hechos negativos, la ausencia de responsabilidad, su inocencia o cualquier otra forma de prueba ilógica o físicamente imposible.”

2. *El principio de investigación de la verdad material*

En relación con la obligación de la Administración de probar, surge el principio expresado formalmente en las leyes de procedimiento administrativo de América Latina, vinculado con el objetivo del procedimiento, tendiente a la investigación de la verdad real de los hechos. En tal sentido, la Ley de Bolivia dispone que “la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil” (art. 4.d); principio que también se enuncia, como uno de los principios del procedimiento administrativo, en el artículo IV, Título Preliminar, de la Ley del Perú:

“1.11. Principio de verdad material. En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas.

Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.”

En sentido similar lo expresa la Ley de Costa Rica:

“Artículo 297.1. La Administración ordenará y practicará todas las diligencias de pruebas necesarias para determinar la verdad real de los hechos, objeto del trámite, de oficio o a petición de parte.”

En la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela el principio se establece respecto de los procedimientos sumarios indicándose que la Administración debe “comprobar de oficio la verdad de los hechos” y demás elementos de juicio necesarios para el ofrecimiento del asunto (art. 69). En estos procedimientos, por su naturaleza, la propia Administración es la que tiene la carga de la prueba y su objetivo es determinar la verdad real de los hechos. Se busca, en esta forma, superar el criterio de la verdad formal que pueda aparecer de las actas, y permitir y obligar a la Administración a escudriñar en los hechos de manera de determinar, realmente, la verdad material de los mismos.

3. *Los medios de prueba*

En cuanto a los medios de prueba, muchas las leyes de procedimientos administrativos, en general, remiten a lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Civil, en los Códigos Civiles e, incluso, en el caso de la Ley venezolana, en el Código Orgánico Procesal Penal, (art. 58 Ley de Venezuela; art. 70 Ley de Uruguay). La Ley de El Salvador remite al Código Procesal Civil y Mercantil (art. 106).

De lo anterior deriva, entonces, el principio de que en materia administrativa se pueden acreditar los hechos “por cualquier medio de prueba” como dice la Ley de Honduras, la Ley de Bolivia (art. 47), la Ley de El Salvador (art. 106), la Ley de Chile (art. 35), la Ley de la República Dominicana (art.27) y el Código de Ecuador (art. 199); o por “los medios de prueba necesarios”, como lo señala la Ley peruana (art. 166); o como lo dice la Ley Federal mexicana, que “se admitirán toda clase de pruebas” (art. 50). La Ley de Uruguay también señala que se admitirá “cualquier medio de prueba” (art. 70); y, según la Ley de Costa Rica estos medios de prueba “podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público, aunque no sean admisibles por el derecho común” (art. 298); los cuales la Ley del Perú, enumera como “presentación de documentos e informes, proponer experticias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas” (art. 162.2). En sentido similar, la Ley de Panamá dispone que:

“sirven como pruebas los documentos, el testimonio, la inspección oficial, las acciones exhibitorias, los dictámenes periciales, los informes, los indicios, los medios científicos, las fotocopias o las reproducciones mecánicas y los documentos enviados mediante facsímil y cualquier otro elemento racional que sirva a la formación de la convicción del funcionario, siempre que no estén expresamente prohibidos por la ley ni sean contrarios a la moral o al orden público” (art. 140).

En todo caso, en esta materia de pruebas, todos los actos y actuaciones, como lo recalca la Ley de la República Dominicana, “estarán sujetos a los principios de transparencia, igualdad, contradicción y fiabilidad o consistencia” (art. 27.III).

La Ley de Panamá, por otra parte, regula expresamente qué hechos no requieren de prueba, y que son: “los hechos afirmados por una parte y admitidos por la contraria, respecto a los cuales la ley no exige prueba específica; los hechos notorios; los que estén amparados por una presunción de derecho, y el derecho escrito que rige en la Nación o en los municipios” (art. 150).

Debe indicarse en materia de medios de prueba, por una parte, las regulaciones expresas de la prueba de testigos y peritaje en la Ley peruana (arts. 175 y 176); y por la otra, una restricción general, en el sentido de que no se admite la prueba de confesión frente a los funcionarios. En la legislación venezolana se denominan posiciones juradas o confesión, y las mismas no se admitían por prohibición expresa de la Ley Orgánica de la Administración Central. Esta Ley Orgánica, sin embargo, fue derogada por la Ley Orgánica de la Administración Pública, en la cual desapareció la prohibición. La Ley de Procedimientos Administrativos tampoco prevé restricciones, estableciendo simplemente que los hechos que se consideren relevantes, pueden ser objeto de todo medio de prueba. El Código de Ecuador, en todo caso, sobre ello, dispone en general que no es admisible “la declaración de parte de los servidores públicos” (art. 199).

La restricción con relación a la prueba de confesión se encuentra también consagrada expresamente en México, donde no se permite “la confesional de las autoridades” (art. 50), y está prevista también en la Ley de Costa Rica, según la cual “la Administración no podrá confesar en su perjuicio” (art. 301, 1.). La Ley peruana también establece sobre la actuación probatoria de las autoridades administrativas, que las autoridades de entidades no prestan confesión, salvo en procedimientos internos de la administración; sin perjuicio de ser susceptibles de aportar elementos probatorios en calidad de testigos, informantes o peritos, si fuere el caso (art. 177).

En todo caso, se debe señalar que el artículo 170 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, conforme se establecía en la Ley Orgánica derogada, prohíbe la expedición de certificaciones de mera relación, es decir, aquellas que sólo tengan por objeto hacer constar el testimonio u opinión del funcionario

declarante sobre algún hecho o dato de su conocimiento de los contenidos en los expedientes archivados o en curso, o de aquellos asuntos que hubiere presenciado por motivo de sus funciones.

Sin embargo, pueden expedirse certificaciones sobre datos de carácter estadístico, no confidenciales o secretos, que consten en expedientes o registros oficiales que no hayan sido publicados y siempre que no exista prohibición expresa al respecto.

Por último, en cuanto a las pruebas documentales, deben destacarse las regulaciones de la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999, establecidas conforme al principio de la presunción de buena fe del interesado, y que disponen:

“Artículo 14. Los órganos y entes de la Administración Pública aceptarán la presentación de instrumento privado en sustitución de instrumento público y de copia simple o fotostática en lugar de original o copia certificada de documentos que hayan sido protocolizados, autenticados o reconocidos judicialmente, salvo los casos expresamente previstos en la Ley.

Artículo 15. No se podrá exigir el cumplimiento de un requisito cuando éste, de conformidad con la normativa aplicable, debió acreditarse para obtener la culminación de un trámite anterior ya cumplido. En este caso, dicho requisito se tendrá por cumplido para todos los efectos legales.

Artículo 16. No se exigirán comprobantes de pago correspondientes a períodos anteriores como condición para aceptar un nuevo pago a la Administración. En estos casos, dicha aceptación no implica el pago de períodos anteriores que se encuentren insolutos.

Artículo 17. Los órganos y entes sujetos a la aplicación de este Decreto-Ley, no podrán exigir la presentación de solvencias emitidas por los mismos para la realización de trámites que se lleven a cabo en sus dependencias, salvo los casos expresamente previstos en la Ley.

Sobre estos mismos aspectos de la prueba documental, la Ley peruana dispone que las entidades están obligadas a recibir los siguientes documentos e informaciones en vez de la documentación oficial, a la cual reemplazan con el mismo mérito probatorio:

“41.1.1. Copias simples o autenticadas por los fedatarios institucionales, en reemplazo de documentos originales o copias legalizadas notarialmente de tales documentos. Las copias simples serán aceptadas, estén o no certificadas por notarios, funcionarios o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones y tendrán el mismo valor que los documentos originales para el cumplimiento de los requisitos correspondientes a la tramitación de procedimientos administrativos seguidos ante cualquier entidad.

Sólo se exigirán copias autenticadas por fedatarios institucionales en los casos en que sea razonablemente indispensable.

41.1.2. Traducciones simples, con la indicación y suscripción de quien oficie de traductor debidamente identificado, en lugar de traducciones oficiales.

41.1.3. Las expresiones escritas del administrado contenida en declaraciones con carácter jurado mediante las cuales afirman su situación o estado favorable en relación con los requisitos que solicita la entidad, en reemplazo de certificaciones oficiales sobre las condiciones especiales del propio administrado, tales como antecedentes policiales, certificados de buena conducta, de domicilio, de supervivencia, de orfandad, de viudez, de pérdida de documentos, entre otros.

41.1.4. Instrumentos privados, boletas notariales o copias simples de las escrituras públicas, en vez de instrumentos públicos de cualquier naturaleza, o testimonios notariales, respectivamente

41.1.5. Constancias originales suscritas por profesionales independientes debidamente identificados en reemplazo de certificaciones oficiales acerca de las condiciones especiales del administrado o de sus intereses cuya apreciación requiera especiales actitudes técnicas o profesionales para reconocerlas, tales como certificados de salud o planos arquitectónicos, entre otros. Se tratará de profesionales colegiados sólo cuando la norma que regula los requisitos del procedimiento así lo exija.

41.1.6. Copias fotostáticas de formatos oficiales o una reproducción particular de ellos elaborada por el administrador respetando integralmente la estructura de los definidos por la autoridad, en sustitución de los formularios oficiales aprobados por la propia entidad para el suministro de datos.

Además, en el artículo 40 de dicha ley se enumeran, en detalle, los documentos e información que la Administración no puede solicitar a los administrados:

40.1.1. Aquella que la entidad solicitante posea o deba poseer en virtud de algún trámite realizado anteriormente por el administrado en cualquiera de sus dependencias, o por haber sido fiscalizado por ellas, durante cinco (5) años anteriores inmediatos, siempre que los datos no hubieren sufrido variación ni haya vencido la vigencia del documento entregado. Para acreditarlo, basta que el administrado exhiba la copia del cargo donde conste dicha presentación, debidamente sellado y fechado por la entidad ante la cual hubiese sido suministrada.

40.1.2. Aquella que haya sido expedida por la misma entidad o por otras entidades públicas del sector, en cuyo caso corresponde recabarlas a la propia entidad a solicitud del administrado.

40.1.3. Presentación de más de dos ejemplares de un mismo documento ante la entidad, salvo que sea necesario notificar a otros tantos interesados.

40.1.4. Fotografías, salvo para obtener documentos de identidad, pasaporte o licencia o autorizaciones de índole personal o por razones de seguridad nacional. Los administrados tendrán libertad de escoger la empresa en la cual sean obtenidas las fotografías, con excepción de los casos de digitalización de imágenes.

40.1.5. Documentos de identidad personal distintos a la Libreta Electoral o Documento Nacional de Identidad. Asimismo, sólo se exigirá para los ciudadanos extranjeros carnet de extranjería o pasaporte según corresponda.

40.1.6. Recabar sellos de la propia entidad, que deben ser acopiados por la autoridad a cargo del expediente.

40.1.7. Documentos o copias nuevas, cuando sean presentadas otras, no obstante haber sido producidos para otra finalidad, salvo que sean ilegibles.

40.1.8. Constancia de pago realizado ante la propia entidad por algún trámite, en cuyo caso el administrado sólo queda obligado a informar en su escrito el día de pago y el número de constancia de pago, correspondiendo a la administración la verificación inmediata.”

Por su parte, la Ley de Panamá específicamente regula el caso de la “prueba de facsímil y las copias,” respecto de la cual “la entidad pública respectiva debe asegurarse de su autenticidad, confrontándolas con su original en un periodo razonable después de su recepción, o por cualquier otro medio que considere apropiado” (art. 140).

Por último, en cuanto a la prueba de exhibición o inspección judicial de documentos, debe señalarse que de acuerdo con el artículo 165 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela, no se puede ordenar la exhibición o inspección judiciales de los documentos, archivos y registros administrativos de los órganos y entes de la Administración Pública, sino por los órganos a los cuales la ley atribuye específicamente tal función.

Sin embargo, señala la norma que puede acordarse judicialmente la copia, exhibición o inspección de determinado documento, expediente, libro o registro administrativo y se debe ejecutar la providencia, a menos que el órgano superior respectivo hubiera resuelto con anterioridad otorgarle al documento, libro, expediente o registro la clasificación como secreto o confidencial, de conformidad con la Constitución y la ley que regule la materia de clasificación de contenido confidencial o secreto (art. 165).

4. *La evacuación de las pruebas y participación de los interesados*

En cuanto a la evacuación de las pruebas, las leyes de Honduras, Uruguay y Costa Rica establecen normas específicas. Por ejemplo, la Ley de Honduras establece normas sobre testigos, que permite a la Administración la posibilidad de interrogarlos libremente (art. 70), sobre experticia (art. 71) y sobre inspección *in situ* (art. 73).

Por su parte, la Ley de Uruguay también contiene normas específicas sobre la prueba de testigos, y cómo evacuarla (art. 72); sobre la designación de peritos en los casos de experticia (art. 73); sobre a quién corresponden los gastos del diligenciamiento de la prueba (art. 74), los cuales, por supuesto, corresponden a quien la promueva. Si es la Administración la que promueve la experticia, ésta debe correr con los gastos, o si es el particular quien la promovió, le corresponde a éste. Esta Ley establece detalles sobre los gastos que corren a cargo de la Administración o de las partes que soliciten la evacuación.

En sentido similar, sobre los gastos de las actuaciones probatorias, el artículo 178 de la Ley peruana, dispone que en el caso de que la actuación de pruebas propuestas por el administrado importe la realización de gastos que no deba soportar racionalmente la entidad, ésta podrá exigir el depósito anticipado de tales costos, con cargo a la liquidación final que el instructor debe practicar documentalmente al administrado, una vez realizada la probanza.

La Ley de Brasil, como ya se señaló, establece el principio de la economía en materia de prueba, en el sentido de que, si el procedimiento requiere de instrucción, las actuaciones que se exijan de los interesados deben realizarse del modo que sea menos oneroso para ellos (art. 29,2).

Un aspecto que queda siempre en situación de tensión es el relativo a las exigencias probatorias en relación con la reserva de los archivos de la Administración. El derecho a probar, el derecho a la información y el derecho a la defensa del interesado tiene que privar frente a la idea atávica del secreto y la reserva de los archivos oficiales.

Por otra parte, si bien la carga de la prueba y su conducción es básicamente un asunto de la Administración, lo que es evidente, sea o no expresado en las leyes, es que los administrados tienen derecho a participar en el procedimiento de evacuación de pruebas o, como lo dice el Decreto de Uruguay, los interesados tienen derecho a controlar las pruebas y su evacuación. Así se establece expresamente en el artículo 71 del Decreto:

“Artículo 71. Las partes tienen derecho a controlar la producción de la prueba; a tal efecto, la Administración les comunicará con antelación suficiente el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba y les hará saber que podrán concurrir asistidos por técnicos.”

En el caso de la Ley mexicana se exige que el órgano administrativo notifique a los interesados, con una anticipación de tres días, el inicio de las actuaciones necesarias para el desahogo de las pruebas que hayan sido admitidas (art. 52). Es el principio que recoge el Código de Ecuador, con el nombre de “principio de contradicción” al disponer que:

“la prueba aportada por la administración pública únicamente tendrá valor, si la persona interesada ha tenido la oportunidad de contradecirla en el procedimiento administrativo. Para este propósito la práctica de las diligencias dispuestas por la administración pública será notificada a la persona interesada a fin de que ejerza su derecho de defensa” (art. 196).

Sin embargo, una prescripción de este tipo que obligue a la Administración a notificar con anterioridad al interesado para que éste sepa cuándo se inicia la evacuación, no está en las otras leyes. Esto, por supuesto, garantiza no sólo la participación del interesado sino sus derechos en el procedimiento de manera de no verse sorprendido, por ejemplo, con una experticia o con otra prueba cuya evacuación la haga la Administración, por ejemplo, a su manera.

Debe mencionarse, por otra parte, que en relación con la participación en el procedimiento, la ley de Chile prevé la posibilidad de que la Administración, cuando la naturaleza de éste lo requiera, puede ordenar un período de información pública, convocando mediante anuncio en el Diario Oficial, a fin de que cualquier persona pueda examinar el procedimiento.

Precisa la Ley, sin embargo, que la actuación en el trámite de información pública no otorga, por sí misma, la condición de interesado (art. 39).

Deben destacarse, por otra parte, las disposiciones de la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999, que se refieren al tema de las pruebas bajo el ángulo del principio de la buena fe del interesado. En tal sentido se señala con carácter general que los órganos y entes de la Administración Pública no exigirán a los administrados pruebas distintas o adicionales a aquellas expresamente señaladas por Ley (art. 12); agregando que:

“Artículo 13. Los órganos y entes de la Administración Pública se abstendrán de exigir algún tipo de prueba para hechos que no hayan sido controvertidos, pues mientras no se demuestre lo contrario, se presume cierta la información declarada o proporcionada por el ciudadano en su solicitud o reclamación.”

5. *La licitud de los medios de prueba y el rechazo de pruebas*

Por supuesto, en relación con las pruebas en el procedimiento administrativo también es aplicable el principio de que no se pueden aceptar como pruebas, las que hubiesen sido obtenidas ilícitamente. Lo señala la Constitución de Venezuela, en artículo 49, 1: “Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso”; y en materia de procedimientos administrativos, es norma expresa de la Ley de Brasil así “São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 30).

Por otra parte, en muchas de las leyes de procedimiento administrativo, como lo prevé la Ley de Chile, se autoriza a la Administración para poder rechazar las propuestas por los interesados “cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias,” lo que debe hacerse mediante resolución motivada (art. 35). En igual sentido se regula en la Ley de Bolivia (art. 47.IV) y en la Ley de El Salvador (art. 106).

6. *La presunción de veracidad*

La Ley del Perú, con gran acierto, también consagra el principio de la presunción de veracidad en relación las pruebas aportadas por los administrados, al establecerlo como uno de los principios del procedimiento administrativo (artículo IV 1,7, Título Preliminar), así:

“Principio de presunción de veracidad. En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formuladas por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.”

7. *La apreciación de las pruebas*

La Administración, para decidir, debe apreciar libremente y en su conjunto el resultado de las pruebas, de acuerdo con la sana crítica. Este es el principio que recoge en la Ley de Honduras (art. 74), en la Ley de Bolivia (art. 47), en la Ley de Panamá (art. 145), y en la Ley de El Salvador (art. 106).

En todo caso, para los efectos de la apreciación final de las pruebas, la Ley de Honduras establece el principio de la audiencia a los interesados, para tal fin. Así se dispone en el artículo 75:

“Artículo 75. Transcurrido el término probatorio ...de oficio se dará vista de las actuaciones a los interesados para que dentro del plazo común de diez días, aleguen sobre todo lo actuado y sobre el valor y alcance de las pruebas producidas.”

IV. EL PRINCIPIO DE LA OBJETIVIDAD

El tercer principio del procedimiento administrativo implícito en el antes mencionado principio de la oficialidad es el principio de la objetividad el cual también se encuentra regulado en las leyes de procedimiento administrativo. Así lo expresa claramente la Ley 9.784 de Brasil, al señalar que en los procedimientos administrativos, entre otros criterios debe ser observado “el de la objetividad en la atención del interés público” (art. 2,III).

1. *La satisfacción del interés general y las políticas públicas*

La objetividad apunta en el procedimiento administrativo, en primer lugar, a la satisfacción del interés general, sin discriminaciones y sin inclinar la balanza a favor de un particular, es decir, sin violar el principio de la igualdad.

La Administración, en efecto, debe servir a los intereses generales con objetividad; aun cuando para ello no necesariamente debe considerarse neutra. No debe olvidarse que la Administración es una organización instrumental de la acción política del Estado y del gobierno, por ello, tiene subordinación a una determinada orientación política.

Esto implica, entonces, que la objetividad en la consecución de los intereses generales está siempre vinculada a la orientación política del gobierno, no pudiendo la Administración estar al margen de la misma. De ello deriva que la objetividad en el procedimiento no es absoluta, sino relativa, pues la Administración está vinculada al gobierno, y actúa dentro de la política formulada por éste.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la actividad de la Administración al satisfacer las necesidades colectivas también está al servicio de los particulares, y esto debe cumplirlo con objetividad; como lo establece el artículo 35 de la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999:

“Artículo 35. La actividad de los órganos y entes de la Administración Pública debe esta dirigida a servir eficientemente a los particulares, mediante la plena satisfacción de las necesidades colectivas. En tal sentido, el funcionario público es, ante todo, un servidor público”.

En todo caso, el principio de la objetividad está garantizado frente a los administrados por el principio de la imparcialidad y las normas de inhibición.

2. *El principio de imparcialidad*

El principio de oficialidad que permite a la Administración iniciar y conducir el procedimiento, impone la necesidad de garantizar los derechos de los

Administrados, frente a la actuación de los funcionarios, de lo que deriva el principio de la imparcialidad, derivado del principio de igualdad y no discriminación de los administrados. Conforme a este principio, la Administración, en el curso del procedimiento y al decidirlo, no debe tomar partido, ni inclinar la balanza o beneficiar ilegítimamente a una parte en perjuicio de otra, sino que debe tomar su decisión únicamente conforme al ordenamiento jurídico y con la finalidad de interés general que la motiva.

Este principio se ha establecido en la Ley de Bolivia en el sentido de que “las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados”(art. 4,f); y se encuentra regulado el Artículo 30 de la Ley venezolana, cuando exige a la Administración tratar en igual forma a todos los particulares y no puede establecer ningún tipo de discriminación respecto de ellos, ni parcializarse por ninguna posición y debe mantener siempre una posición imparcial. El principio también está recogido en el Código colombiano, como principio general, en una enumeración que hace en el artículo 3:

“Artículo 3. En virtud del principio de imparcialidad las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos.”

También lo establece, como principio del procedimiento administrativo, el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Perú, así:

“1.5 Principio de imparcialidad. Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándole tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.”

En igual sentido se regula el principio en la Ley de Chile (art. 11), en el Código de Ecuador (art. 19), en la Ley de Bolivia (art. 4.f) y en la Ley de la República Dominicana (art. 3.11), en la cual se precisa que:

“El personal al servicio de la Administración Pública deberá abstenerse de toda actuación arbitraria o que ocasione trato preferente por cualquier motivo y actuar en función del servicio objetivo al interés general, prohibiéndose la participación de dicho personal en cualquier asunto en el que él mismo, o personas o familiares próximos, tengan cualquier tipo de intereses o pueda existir conflicto de intereses” (art. 3.11).

Adicionalmente a la exigencia de igualdad de tratamiento a los administrados; en la norma colombiana antes indicada está presente la idea del orden, en el sentido de que debe respetarse el orden en que éstos actúen ante los órganos administrativos. Es la idea del “orden riguroso” en los trámites que también se establece en todas las otras leyes como la de Venezuela, y la de Chile (art. 7), por ejemplo, como antes se indicó.

La Ley 19.880 de Chile también recoge el principio así:

“*Artículo 11. Principio de imparcialidad. La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.*”

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.”

3. *Las inhibiciones y abstenciones y las recusaciones de funcionarios*

La consecuencia de la previsión general del principio de la objetividad e imparcialidad en materia administrativa es que el funcionario tiene la obligación de inhibirse de conocer de los asuntos en los cuales pueda estar afectada su imparcialidad.

Esto, en general, se establece en todas las leyes de procedimiento administrativo, como una obligación del funcionario de inhibirse o de abstenerse (se usan las dos expresiones) del conocimiento del asunto cuando esté incurso en alguna causal que comprometa su imparcialidad.

Normalmente, las leyes prevén estas causales de inhibición y recusación y no remiten en forma supletoria a las que se regulan en el Código de Procedimiento Civil, salvo la Ley argentina (art. 6) y el Código colombiano (art. 30).

En todas las leyes se establece, además de la obligación de inhibirse, la posibilidad de recusación; esto, salvo en el caso de Venezuela, lo cual fue excluido al momento de discutirse la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pensando que, si se contemplaba la recusación, materialmente se paralizarían todos los procedimientos administrativos. El contraste ha sido que en muchos casos resulta difícil poder apartar a un funcionario del trámite de un procedimiento, a pesar de que está parcializado, o que tiene una actitud hostil hacia el interesado. Sólo habría medios indirectos, pues en virtud de que la decisión que le ordene separarse a un funcionario del conocimiento de un asunto le corresponde al superior jerárquico, un mecanismo real de solicitud de inhibición puede plantearse indirectamente ante el superior, como si se tratase de una forma de recusación.

Ahora bien, en general, lo que se regula expresamente en todas las leyes, como lo tiene establecido el artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, siguiendo la orientación del artículo 20 de la Ley española de Procedimiento Administrativo de 1957, ya derogada, es la obligación de inhibirse o abstenerse que tiene todo funcionario cuando esté en duda su imparcialidad como consecuencia de esta obligación es que surge la posibilidad de recusación por parte de los interesados.

En términos generales, este deber de abstención se produce en los casos siguientes:

1. Cuando el funcionario tenga interés en el procedimiento, el cual puede ser personal o bien de su cónyuge o de algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Esta es una causal general para que el funcionario deba inhibirse o para que pueda ser recusado. Se trata de la aplicación concreta, en materia administrativa, del principio *nemo iudex in causa sua* conforme al cual, el funcionario público no debe intervenir en los procedimientos en los cuales tenga interés. (art. 15, Ley de Honduras; art. 18, Ley de Brasil; art. 21, Ley de México, I, II, III; art. 88,3, Ley del Perú; art. 12.1 y 12.2, Ley de Chile; art. 10.II, Ley de Bolivia; art. 51.1, Ley de El Salvador; art. 118, Ley de Panamá; art. 86.1, Código de Ecuador).

2. Otra causal es la que se refiere a la amistad íntima o enemistad manifiesta del funcionario con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en el procedimiento (art. 20, Ley de Brasil; art. 15, Ley de Honduras; art. 21, IV de la Ley mexicana; art. 88,4, Ley del Perú; art. 12.3, Ley de Chile; art. 51.3, Ley de El Salvador; art. 118, Ley de Panamá; art. 86.4, Código de Ecuador). En algunos casos esa vinculación se presume, como se regula en el Código de Colombia, que contiene una causal muy vinculada al hecho político colombiano y es que el funcionario haya sido parte de las listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado (art. 30.1), ya que se presume que, al haber estado en la misma lista, se origina un vínculo que debe provocar la inhibición o a la recusación.

3. Otra de las causales es, por ejemplo, haber intervenido como testigo o perito en el expediente de cuya resolución se trate, o si como funcionario hubiere manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudiera prejuzgar sobre la resolución del asunto, o tratándose de un recurso administrativo, hubiere resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna (art. 18,III Ley de Brasil; art. 15, de la Ley de Honduras; art. 21, V, Ley mexicana; art. 88,2, Ley del Perú; art. 12.4, Ley de Chile; art. 51.4, Ley de El Salvador; art. 86.4, Código de Ecuador).

4. Por último, otra causal se da cuando el funcionario hubiere tenido una relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los directamente interesados en el asunto (art. 21, VI, Ley mexicana; art. 88,5, Ley del Perú; art.

12.5, Ley de Chile; art. 51.5, Ley de El Salvador). En este campo, por ejemplo, el Código de Colombia agrega como causal que el funcionario haya sido recomendado por el interesado para llegar al cargo que ocupa o cuando lo haya designado como referencia con el mismo fin (art. 30,2).

En todos estos casos y de acuerdo a todas las leyes mencionadas, como se dijo, el funcionario público tiene el deber de inhibirse, abstenerse o excusarse. A tal efecto, los interesados pueden solicitar al superior jerárquico que decida la inhibición de los funcionarios inferiores en los casos en los cuales están incurso en las situaciones antes mencionadas. Esta solicitud, en Venezuela, no es una recusación formal, sino es en realidad, una petición que formula el interesado respectivo ante el superior jerárquico, y que también éste último puede plantear de oficio (art. 30, Ley de Venezuela; art. 30, Código de Colombia; art. 32, Reglamento de la Comunidad Andina; art. 19, Ley de Brasil; art. 89,2, Ley del Perú; art. 52, Ley de El Salvador; art. 87, Código de Ecuador), para resolver si procede o no la inhibición. Por supuesto, siendo una petición formalmente regulada que se puede dirigir al superior jerárquico, el objetivo es que éste decidida si procede la inhibición del funcionario que lleva el procedimiento, acto que en sí mismo podría ser impugnado. La Ley de Honduras, sin embargo, excluye recurso alguno contra tal decisión (art. 18), al igual que la Ley del Perú (art. 93).

Si la inhibición procediere, el superior jerárquico debe entonces indicar cuál funcionario debe conocer el asunto (art. 6, Ley de Argentina; arts. 37 y 38, Ley de Venezuela; art. 236, Ley de Costa Rica).

Por otra parte, si el superior jerárquico decide que no procede la inhibición, entonces puede abrirse la vía contencioso administrativa y el interesado puede formular de nuevo su planteamiento en sede judicial como garantía del derecho a la defensa.

En definitiva, lo que se quiere resaltar es que la abstención, la inhibición, la excusa o la suspensión, según se denomina en los diversos ordenamientos jurídicos, es una obligación del funcionario pero, a su vez, la recusación es un derecho que se le da a los interesados en todas estas leyes, salvo en el caso de la Ley venezolana, para lograr la inhibición de los funcionarios que estén incurso en algunas de las causales señaladas, estableciendo un procedimiento sumario que ha de ser resuelto por el superior jerárquico.

Por otra parte, las leyes de procedimiento varían en cuanto a los efectos de la actuación del funcionario incurso en una causal de inhibición: la Ley General de Costa Rica establece el principio de la invalidez (art. 237.3.b); y, en general, la no abstención en los casos en que proceda da lugar a responsabilidad del funcionario (art. 237.1 Ley de Costa Rica; art. 19, Ley de Brasil; art. 17, Ley de Honduras; art. 91, Ley del Perú).

4. *La presunción de licitud o inocencia*

También vinculado al principio de la objetividad está el de la presunción de licitud, particularmente importante en los procedimientos sancionatorios, como derecho fundamental de las personas. La regulación de la presunción de licitud, como presunción de inocencia, se encuentra en la Ley de Uruguay cuando habla del procedimiento disciplinario de funcionarios como un procedimiento especial, así:

“Artículo 170. El funcionario público sometido a un procedimiento disciplinario tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad; y se presumirá su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad por resolución firme dictada con la garantía del debido proceso” (Convención Americana de Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, art. 8 numerales 2 y 11).

En los procedimientos sancionatorios, la Ley peruana define la “presunción de licitud”, estableciendo que las entidades “deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario” (art. 230,9).

Lo que interesa destacar en relación al principio de objetividad, es que el principio de la presunción de licitud debe ser un principio fundamental dentro de la actuación de la Administración, el cual no siempre se respeta, en el sentido de que exista presunción de que el derecho reclamado por el particular es justo. Frente a ello se desarrolla el llamado principio *favor pro accione* o posición favorable al accionante, el cual debería ser un principio fundamental en materia de procedimiento, sin embargo, no siempre lo es.

Casi siempre lo que le toca a un administrado es enfrentarse a una Administración que, en principio, piensa que no tiene la razón y que considera que sería inadecuado darle la razón a quien la pide, situación que conduce a que casi siempre el funcionario busque rechazar las peticiones de los particulares.

5. *El principio de la buena fe del interesado*

Entre las nuevas tendencias del derecho administrativo, aún cuando sólo encuentran regulaciones aisladas en las leyes de procedimiento administrativo, está el principio de la buena fe, como elemento fundamental que debe estar a la base de las relaciones jurídicas entre la Administración Pública y los administrados, que precisamente formaliza el procedimiento administrativo.

El principio de la buena fe, por supuesto, en esta perspectiva debe regir tanto para el administrado como para la Administración, como lo indica la Ley del Perú (art. IV, 1.8), de manera que, entre los deberes del interesado, conforme a la Ley de Brasil, está “el proceder con lealtad, urbanidad y buena fe,” no actuar de modo temerario y “exponer los hechos conforme a la verdad” (art. 4).

Dicho principio lo consagró el artículo 83 de la Constitución de Colombia, que postula que las actuaciones de las partes y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe; y lo recoge en general, la Ley de Uruguay, así:

“Artículo 6°. Las partes, sus representantes y abogados patrocinantes, los funcionarios públicos y, en general, todos los partícipes del procedimiento ajustarán su conducta al respeto mutuo y a la lealtad y buena fe.”

En el Código de Ecuador se formuló en la siguiente forma:

“Art. 17.- Principio de buena fe. Se presume que los servidores públicos y las personas mantienen un comportamiento legal y adecuado en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

Por su lado, en la Ley de Bolivia, en su artículo 4, se expresa así:

“Principio de buena fe: En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos; orientarán el procedimiento administrativo.”

En la Ley de El Salvador, el principio se regula de la siguiente manera:

“Art. 3.9. Buena fe: todos los participantes en el procedimiento deben ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una persona correcta, la cual se presume respecto de todos los intervinientes.”

Y en la Ley de la República Dominicana, el principio se expresa así:

“Artículo 3.14. Principio de buena fe: en cuya virtud las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento legal de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.”

El principio, por lo demás, se encuentra detalladamente regulado en la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999, reformada en 2008 (arts. 9 a 20), donde se regula la “presunción de buena fe del ciudadano,” de manera que la Administración, en todas sus actuaciones, “debe tener como cierta la declaración del administrado” (art. 9). Este principio lo recoge expresamente, también, la Ley del Perú, (art. IV, 1.7; art. 42).

La presunción de buena fe, por otra parte, en el procedimiento administrativo se también se manifiesta como presunción de licitud, vinculado a derecho del administrado a la presunción de inocencia, tal como se manifiesta en la Ley de Uruguay cuando habla del procedimiento disciplinario de funcionarios como un procedimiento especial, así:

“Artículo 170. El funcionario público sometido a un procedimiento disciplinario tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad; y se presumirá su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad por resolución firme dictada con la garantía del debido proceso” (Convención Americana de Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica,” art. 8 numerales 2 y 11).

Pero en general, en los procedimientos sancionatorios, la Ley peruana define la “presunción de licitud,” estableciendo que las entidades “deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario” (art. 230,9), lo que implica la presunción de que el derecho reclamado por el administrado es justo. Ello ha conducido, también, al principio *favor pro accione* o posición favorable al accionante, el cual debería ser un principio fundamental en materia de procedimiento.

En la reforma del Código de Colombia de 2011, también se incorporó el principio de la buena fe, respondiendo al enunciado general del artículo 83 de la Constitución de 1991, en el sentido de que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

En esta orientación el artículo 3.4 del Código colombiano dispone que en virtud del principio de la buena fe, “las autoridades y los particulares deben presumir el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.”

Además, en la misma orientación se inserta el *principio de la moralidad*, introducido en la reforma del Código colombiano de 2011, en virtud del cual, conforme se indica en el artículo 3.5, “todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas;” principio que también se encuentra expresamente mencionado en la Ley del Brasil y en la Ley de Panamá; y en la Ley de Chile, como principio de probidad.

El principio se regula en el artículo 21 de Código de Ecuador, como “*principio de ética y probidad*,” en el sentido de que:

“Los servidores públicos, así como las personas que se relacionan con las administraciones públicas, actuarán con rectitud, lealtad y honestidad. En las administraciones públicas se promoverá la misión de servicio, probidad, honradez, integridad, imparcialidad, buena fe, confianza mutua, solidaridad, transparencia, dedicación al trabajo, en el marco de los más altos estándares profesionales; el respeto a las personas, la diligencia y la primacía del interés general, sobre el particular.”

Y en la Ley de la República Dominicana, se lo denomina “principio de ética” conforme al cual “todo el personal al servicio de la Administración Pública, así como las personas en general han de actuar con rectitud, lealtad y honestidad” (art. 3.21)

En desarrollo del principio de la presunción de buena fe del ciudadano, por otra parte, esa Ley establece que los trámites administrativos deben mejorarse o rediseñarse para lograr el objetivo propuesto en la generalidad de los casos y no para cubrir las posibles excepciones al comportamiento normal del ciudadano. En consecuencia, en todas las actuaciones que se realicen ante la Administración Pública, se debe tener como cierta la declaración del administrado, salvo prueba en contrario (art. 9). Este es el principio de la presunción de veracidad que establece la Ley del Perú (art. IV, 1,7 y art. 42), y al cual antes nos hemos referido.

Por otra parte, en la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela también se exige a los órganos y entes de la Administración Pública, en sus respectivas áreas de competencia, que realicen un inventario de los documentos y requisitos cuya exigencia pueda suprimirse de conformidad con la presunción de buena fe, aceptando en sustitución de los mismos las declaraciones juradas hechas por el interesado o un representante con carta poder (art. 10).

Además, y salvo los casos establecidos expresamente por Ley, el artículo 11 de la Ley dispone que no será indispensable la comparencia personal del interesado para realizar tramitaciones ante la Administración Pública, debiéndose exigir la presentación de carta poder a la persona que actúe en su representación.

Adicionalmente, y para el control administrativo del respeto del principio de la presunción de buena fe, la misma Ley establece que los trámites administrativos deben estar acompañados de un idóneo mecanismo de control posterior, así como de sanciones aplicadas con rigor a quienes violen la confianza dispensada por la Administración Pública (art. 18).

El principio de la buena fe también se recoge en la Ley del Perú, al regular el “principio de la conducta procedimental” (art. IV, Título Preliminar), así:

“1.8 Principio de conducta procedimental. La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.”

De allí que el principio de lealtad también derive del principio de la buena fe, lo que implica que las partes en el procedimiento no deben ocultar hechos o documentos que les interesen mutuamente, lo que a la vez ha implicado el

desarrollo del derecho de acceso a la información en materia administrativa y la reducción de las áreas de confidencialidad en los documentos administrativos, tan importantes en décadas pasadas.

El respeto mutuo que deriva del principio de la buena fe y de la lealtad, por otra parte, comienzan a ser el canal para que la construcción del principio de la confianza legítima, que debe existir como base de la relación jurídica entre la Administración y los administrados, particularmente cuando las actuaciones reiteradas de los funcionarios y de los órganos de la Administración Pública, hacen nacer expectativas jurídicas legítimas en cabeza de los aquellos que la propia Administración debe respetar y que han de ser apreciadas por el juez.

De este principio surge, además, el principio de la seguridad jurídica en sus variadas manifestaciones (el principio de la predictibilidad, la proscripción de la *reformatio in pejus*, el principio *non bis in idem*, la presunción de inocencia, y el principio de la irretroactividad) y el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos que, una vez dictados, también por cuestiones de seguridad jurídica, deben mantenerse, salvo los casos de nulidad absoluta.

VI. EL PRINCIPIO DEL CONTROL PROCEDIMENTAL POSTERIOR

Así como la Administración, conforme al principio de oficialidad, tiene a su cargo la conducción del procedimiento en todas sus etapas, también tiene, al final, el privilegio del ejercicio del control sobre las actuaciones cumplidas tanto por los funcionarios como por los administrados. La Ley del Perú define este principio con precisión en el artículo IV, Título Preliminar, así:

“1.16. Principio de privilegio de controles posteriores. La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso de que la información presentada no sea veraz.”

El mismo principio se regula en la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela, al establecer en sus artículos 19 y 20, las siguientes reglas:

“Artículo 19. A los efectos de este Decreto-Ley, el control posterior comprende el seguimiento y verificación que realiza la Administración Pública a las declaraciones formuladas por el interesado o su representante y está orientado a identificar y corregir posibles desviaciones, abusos o fraudes. Este control se debe ejecutar en forma permanente, sin que implique la paralización de la tramitación del expediente respectivo ni gasto alguno para el ciudadano.

Las autoridades encargadas de la prestación de los servicios serán responsables de asegurar las acciones de fiscalización posterior.

Artículo 20. En el diseño del control posterior, se deberá hacer empleo racional de los recursos humanos, materiales y presupuestarios de los que actualmente disponga la Administración Pública. El Estado propenderá la dotación de la infraestructura y los medios necesarios para un efectivo control posterior.”

En sentido similar, el Código Administrativo de Ecuador, dispone lo siguiente:

“Art. 20.- Principio de control. Los órganos que conforman el sector público y entidades públicas competentes velarán por el respeto del principio de juridicidad, sin que esta actividad implique afectación o menoscabo en el ejercicio de las competencias asignadas a los órganos y entidades a cargo de los asuntos sometidos a control.

Los órganos y entidades públicas, con competencias de control, no podrán sustituir a aquellos sometidos a dicho control, en el ejercicio de las competencias a su cargo. Las personas participarán en el control de la actividad administrativa a través de los mecanismos previstos.”

SÉPTIMA PARTE

EL PRINCIPIO DE CELERIDAD

I. LA FORMULACIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO

El cuarto de los principios derivados del principio de oficialidad y que también se ha formulado en forma expresa en las leyes de procedimiento administrativo, es el principio de la celeridad.

En efecto, si el procedimiento es un asunto de la Administración, es decir, si la Administración es la responsable del procedimiento, el principio consecuencial establecido en garantía de los particulares es que debe ser desarrollado con la mayor rapidez y celeridad posible. Como lo establece la Ley peruana en el art. IV del Título Preliminar:

“1.9 Principio de celeridad. Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.”

Este principio también encuentra una definición precisa en el Código colombiano y en el Reglamento de la Secretaría de la Comunidad Andina, que copia todas las definiciones que trae el artículo 3 del Código colombiano, así:

“Artículo 3. En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario.”

En sentido similar se regula el “principio de celeridad” en las Leyes de la República Dominicana (art. 3.19), de El Salvador (art. 3.5) y de Chile (art. 7), identificándose en general el principio, con el principio de la impulsión de oficio y el principio de la sencillez o simplificación, lo que se repitió, aun cuando con distinta redacción en la reforma del Código de 2011, donde el principio de la celeridad se definió indicándose que en virtud del mismo:

“Las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.”

La Ley del Perú, por su parte, en relación con este mismo principio de celeridad, dispuso en el artículo IV, 1.9 del Título Preliminar, como obligación para quienes participan en el procedimiento, el que deben ajustar su actuación de tal modo que:

“Se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.”

La Ley de Bolivia, al referirse a la celeridad, enunció el principio conjuntamente con los de economía, y simplicidad, exigiendo que los procedimientos administrativos “se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias. (art. 4.f)

En otras legislaciones también se enuncia, como es el caso por ejemplo, de la Ley General de Costa Rica:

“Artículo 225.1. El órgano deberá conducir el procedimiento con la intención de lograr un máximo de celeridad y eficiencia, dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado.

2. Serán responsables la Administración y el servidor por cualquier retardo grave e injustificado.

Artículo 269.1. La actuación administrativa se realizará con arreglo a normas de economía, simplicidad, celeridad y eficiencia.

2. Las autoridades superiores de cada centro o dependencia velarán, respecto de sus subordinados, por el cabal cumplimiento de este precepto, que servirá también de criterio interpretativo en la aplicación de las normas de procedimiento.”

Adicionalmente, el artículo 148 de la Ley del Perú establece con precisión, diversas reglas generales para asegurar la celeridad en el procedimiento (además de las relativas a la celeridad en la recepción de peticiones, art. 118), así:

“1. En el impulso y tramitación de casos de una misma naturaleza, se sigue rigurosamente el orden de ingreso, y se resuelven conforme lo vaya permitiendo su estado, dando cuenta al superior de los motivos de demora en el cumplimiento de los plazos de ley, que no puedan ser removidos de oficio.

2. En una sola decisión se dispondrá el cumplimiento de todos los trámites necesarios que por su naturaleza corresponda, siempre y cuando no se encuentren entre sí sucesivamente subordinados en su cumplimiento, y se concentrarán en un mismo acto todas las diligencias y actuaciones de pruebas posibles, procurando que el desarrollo del procedimiento se realice en el menor número de actos procesales.

3. Al solicitar trámites a ser efectuados por otras autoridades o los administrados, debe consignarse con fecha cierta el término final para su cumplimiento, así como el apercibimiento, de estar previsto en la normativa.

4. En ningún caso podrá afectarse la tramitación de los expedientes o la atención del servicio por la ausencia, ocasional o no, de cualquier autoridad. Las autoridades que por razones de licencia, vacaciones u otros motivos temporales o permanentes se alejen de su centro de trabajo, entregarán a quien lo sustituya o al superior jerárquico, los documentos y expedientes a su cargo, con conocimiento de los administrados.

5. Cuando sea idéntica la motivación de varias resoluciones, se podrán usar medios de producción en serie, siempre que no lesione las garantías jurídicas de los administrados; sin embargo, se considerará cada uno como acto independiente.

6. La autoridad competente, para impulsar el procedimiento, puede encomendar a algún subordinado inmediato la realización de diligencias específicas de impulso, o solicitar la colaboración de otra autoridad para su realización. En los órganos colegiados, dicha acción debe recaer en uno de sus miembros.

7. En ningún caso la autoridad podrá alegar deficiencias del administrado no advertidas a la presentación de la solicitud, como fundamento para denegar su pretensión.”

En sentido similar, la Ley 19880 de Chile dispone sobre el principio de celeridad, lo siguiente:

“Artículo 7°. Principio de celeridad. El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites.

Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión.

En el despacho de los expedientes originados en una solicitud o en el ejercicio de un derecho se guardará el orden riguroso de ingreso en asuntos de similar naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia.”

II. EL PRINCIPIO DE LA SIMPLICIDAD

En cuanto al principio de la simplicidad, este lo define la Ley del Perú, entre los principios del procedimiento administrativo (art. IV, Título Preliminar), así:

“1.13 Principio de simplicidad. Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir. “

Indica, además la Ley del Perú, que en todo caso, los procedimientos administrativos se deben desarrollar “de oficio, de modo sencillo y eficaz, sin reconocer formas determinadas, fases procesales, momentos procedimentales rígidos para realizar determinadas actuaciones o responder a precedencia entre ellas”, (art. 144).

La Ley venezolana sobre Simplificación de Trámites Administrativos, de 1999, por su parte, establece sobre este mismo principio, que:

“Artículo 21. El diseño de los trámites administrativos debe realizarse de manera que los mismos sean claros, sencillos ágiles, racionales, pertinentes, útiles y de fácil entendimiento para los particulares, a fin de mejorar las relaciones de éstos con la administración, haciendo eficaz y eficiente la actividad de la misma.”

Además, la mencionada Ley, al desarrollar el principio de “la simplicidad, transparencia, celeridad y eficacia de la actividad de la Administración” señala que cuando un derecho o una actividad hayan sido regulados de manera general, la Administración no puede exigir requisitos adicionales, no contemplados en dicha regulación (art. 22). Con carácter general, además se dispone que la Administración no puede exigir para trámite alguno, la presentación de copias certificadas actualizadas de partidas de nacimiento, matrimonio o defunción, así como de cualquier otro documento público, salvo los casos expresamente establecidos por Ley (art. 29). Adicionalmente, se dispone que los órganos y entes de la Administración Pública se deben abstener de exigir copias certificadas de la partida de nacimiento como requisito para el cumplimiento de una determinada tramitación, cuando sea presentada la cédula de identidad (art. 30).

Por otra parte, se dispone que no se exigirá la presentación de copias certificadas o fotocopias de documentos que la Administración tenga en su poder, o de los que tenga la posibilidad legal de acceder, en virtud del principio de colaboración que debe imperar entre los órganos de la Administración Pública, en sus relaciones interorgánicas y con las demás ramas del Poder Público (art. 23).

Además, en aras de la simplicidad, la Ley agrega a las siguientes políticas que deben desarrollar los entes públicos:

“Artículo 25. Mediante el establecimiento de reglas claras y sencillas de fácil cumplimiento para el ciudadano, que permitan la corresponsabilidad en el gasto público y eliminen la excesiva documentación, los órganos y entes sujetos a la aplicación de este Decreto-Ley, eliminarán las autorizaciones innecesarias, solicitudes excesivas de información de detalle y, en general, la exigencia de trámites que entorpezcan la actividad administrativa, salvo los casos expresamente establecidos en la Ley.”

Por último, el artículo 26 de la Ley dispone en particular, que los órganos y entes de la Administración Pública deberán identificar y disponer la supresión de los requisitos y permisos no previstos en la Ley, que limiten o entorpezcan el libre ejercicio de la actividad económica o la iniciativa privada.

III. LOS FORMULARIOS Y LA TRAMITACIÓN EN SERIE

La celeridad y simplificación administrativa han dado origen en casi todas las leyes de procedimiento administrativo a previsiones sobre racionalización y

reforma administrativa en el funcionamiento de la Administración, tendientes a prever formularios que deban elaborarse para agilizar los procedimientos; regulaciones sobre decisiones que deben adoptarse en serie, por medios mecánicos sin requisitos manuales (el sello, por ejemplo) y que, incluso, puedan ser emitidas con firmas troqueladas impresas de manera de agilizar el procedimiento.

En la Ley Orgánica de Venezuela (arts. 32 y 35) y en el Decreto de Uruguay (arts. 39-48), se detallan este tipo de normas sobre racionalización administrativa de los trámites. En particular, el artículo 39 de esta última Ley dispone:

“Artículo 39. Los procedimientos de trabajo deberán ser diseñados y revisados con arreglo a las reglas de racionalización administrativa. En los procedimientos administrativos reiterativos se procurará el uso de formularios. Su diseño, así como el trámite al que pertenecen, deberán ser aprobados por el jerarca correspondiente para su puesta en práctica, previa determinación de la necesidad de su existencia, de la evaluación de la relación costo-beneficio, de la congruencia de los datos que el formulario contiene en relación al procedimiento al que sirve, de su vinculación con otros formularios en uso y de la evaluación del diseño, formato y calidad propuestos para su confección.”

La Ley peruana, por su parte, señala que las entidades deben disponer el empleo de formularios de libre reproducción y distribución gratuita, mediante los cuales los administrados, o algún servidor a su pedido, completando datos o marcando alternativas planteadas proporcionan la información usual que estima suficiente, sin necesidad de otro documento de presentación (art. 154,1). Dichos formularios también son utilizados cuando las autoridades deben resolver una serie numerosa de expedientes homogéneos, así como para las actuaciones y resoluciones recurrentes, que sean autorizadas previamente (art. 154,2).

Regulaciones similares se establecen en la Ley de Panamá (art. 38) y en el Código de Ecuador (art. 136)

IV. LOS PLAZOS Y TÉRMINOS

1. La obligatoriedad

Otro aspecto que se regula detalladamente en las leyes de procedimiento, derivado del principio de la celeridad, es el relativo a los plazos y términos. En primer lugar, está su carácter obligatorio, por lo que todas las leyes traen el enunciado de que los plazos y términos son obligatorios tanto para la Administración como para los particulares.

La Ley de Venezuela, por ejemplo, dice:

“Artículo 41. Los términos o plazos establecidos en ésta y en otras leyes relativas a la materia objeto de la presente, obligan por igual, y sin necesidad de apremio, tanto a las autoridades y funcionarios competentes para el despacho de los asuntos, como a los particulares interesados en los mismos.”

Con idéntico texto se regula el tema en la Ley de Uruguay (art. 110); y en el mismo sentido se regula en la Ley del Perú (art. 131), en la Ley Argentina (art. 1,11) en la Ley de Honduras (art. 42), en la Ley de El Salvador (art. 80), en la Ley de Chile (art. 23), en el Código de Ecuador (art. 158), en la Ley de Bolivia (art. 21.I), y en la Ley de la republica Dominicana (art. 20) insistiéndose en general el postulado de que los plazos “serán obligatorios para los interesados y para la Administración”.

El incumplimiento de estos términos y plazos por parte de las autoridades y funcionarios competentes genera responsabilidad administrativa de los mismos (art. 116, Ley de Uruguay; art. 143, Ley del Perú).

2. *Los plazos para decidir*

La mayoría de las leyes establece, además, principios en relación a los plazos para decidir, lo que da origen a la figura del silencio administrativo.

Por ejemplo, en Venezuela, el principio es que si se trata de un procedimiento que no requiere sustanciación el plazo para decidir que tiene la Administración es de 20 días (art. 5); pero, si es un procedimiento que requiere de sustanciación el plazo para decidir es de hasta cuatro meses, prorrogables por dos meses más (arts. 60 y 61). En los otros ordenamientos los plazos varían: 9 meses en el caso de El Salvador (art. 89); 6 meses en el caso de Chile (art. 27); 4 meses en el caso de México (art. 17); 2 meses, en el caso de Costa Rica (art. 261); un mes en el caso de Ecuador (art. 230); y en Honduras 60 días (art. 84, b); en Brasil 30 días (art. 49); en Perú 30 días (art. 142); 20 a 30 días, en el caso de Uruguay (arts. 106-109); en el caso colombiano de 10 a 15 días.

En otros casos, como en la Ley de la Republica Dominicana lo que se prevé es el principio general de que:

“La normativa reguladora de cada procedimiento administrativo establecerá un plazo razonable para su tramitación, que podrá ser prorrogado o reducido en función de la complejidad, las cargas de trabajo, la urgencia u otras circunstancias que deberán motivarse adecuadamente. El incumplimiento injustificado de los plazos o las dilaciones procedimentales indebidas generarán el derecho a ser indemnizado por los daños causados, pudiendo repercutirse tales indemnizaciones sobre los responsables de la tramitación” (art. 20).

3. *La forma de cómputo de los plazos y las prórrogas*

Otras normas que también se encuentran en todas las leyes sobre procedimiento administrativo, son las que regulan la forma de cómputo de los plazos, particularmente en cuanto a los establecidos por días, los cuales, como lo indican la Ley de la República Dominicana (art. 20.I), la Ley de Chile (art. 25) y la Ley de El Salvador (art. 82), se comenzarán a computar siempre a partir del día siguiente a aquél en que tenga lugar la publicación o notificación del acto que los comunique.

En la Ley venezolana se establece expresamente el principio, que está en todas las demás leyes, de que los lapsos por días se computan por días hábiles administrativos (art. 42 Ley de Venezuela); lo que significa, como lo precisa el Código de Ecuador (art. 159) y la Ley de Chile (art. 25) que se excluyen del cómputo de términos los días sábados, domingos y los declarados feriados o festivos.

La referencia a día hábiles se establece también expresamente, en la Ley de Honduras (art. 46); en la Ley Argentina (art. 1 d) y e); en la Ley mexicana (arts. 28-32); en la Ley de Uruguay (arts. 112-114); en la Ley del Perú (art. 134,1); en la Ley de Costa Rica (arts. 256-258), en la Ley de Bolivia (art. 20.1), en el Código de Ecuador (art. 158), en la Ley de Chile (art. 21.II y 23) y en la Ley de Brasil (art. 23). En Colombia también se establecen días hábiles, aun cuando ello no se regula en el Código expresamente.

La única de las leyes que no se refiere a días hábiles, curiosamente, es el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Comunidad Andina donde los días se entienden por días calendario, salvo que se los califique expresamente como hábiles (arts. 30 y 31), es decir, establece el principio contrario, quizás porque en las Administraciones nacionales, los “días hábiles” resultan de la exclusión en el cómputo de los días feriados, los días sábado o domingo y días de fiestas nacionales, o sea, días no laborables oficialmente.

Normalmente la Administración debe publicar anualmente una lista, en la cual se deben señalar cuáles son los días no laborables, los días de fiestas nacionales, sábados y domingos. Así lo señala, por ejemplo, el artículo 137 de la Ley del Perú. En Venezuela, incluso, se publica una Resolución del Ministerio del Interior al inicio de cada año donde se indica con antelación cuáles son los días feriados, los días de fiestas nacionales y si éstas caen en días de semana, cuales son los no laborables, todo, a los efectos del cómputo de los lapsos.

Los plazos, en general, pueden prorrogarse, de oficio o a petición de los interesados. Así se establece, por ejemplo, en las leyes de Chile (art. 26) y de El Salvador (art. 83). En tal sentido, se destaca la regulación de la Ley de Honduras, de carácter general sobre la materia, que dispone:

“Artículo 44. La Administración, salvo precepto expreso en contrario, podrá conceder a petición de los interesados una prórroga de los plazos establecidos que no exceda de la mitad de los mismos, cuando concurran las circunstancias siguientes: que se pida antes de expirar el plazo; que se alegue justa causa; y, que no se perjudique a terceros. No se concederá más de una prórroga del plazo respectivo. Contra la providencia que concede o deniegue la prórroga no será admisible recurso alguno. “

En las Leyes de Brasil (art. 49) y de El Salvador (art. 83) se exige que el acto que acuerde la prórroga siempre debe ser motivado. En la legislación del Perú, en cambio, se regula el principio contrario, de la improrrogabilidad de los plazos, cuando están “fijados por norma expresa” (art. 136,1).

Sin embargo, también se establece la posibilidad de que la autoridad competente pueda otorgar prórroga a los plazos establecidos para la actuación de pruebas o para la emisión de informes o dictámenes, cuando así lo soliciten antes de su vencimiento, los administrados o los funcionarios, respectivamente. Esta prórroga es concedida por una única vez mediante decisión expresa, siempre que el plazo no haya sido perjudicado por causa imputable a quien la solicita y siempre que aquella no afecte derechos de terceros (art. 136,2,3).

En el caso de la Ley de El Salvador se dispone que la prórroga que se otorgue no puede exceder la mitad del tiempo establecido (art. 83).

4. *El principio no suspensivo del procedimiento y sus excepciones*

Otra norma que se encuentra en casi todas las leyes de procedimientos administrativos, como principio general en relación con los plazos y términos, es la que establece que los plazos y, consecuentemente, el procedimiento, “no se suspenden” (art. 67 Ley de Brasil).

A este respecto dice la Ley mexicana:

“Artículo 47. Las cuestiones incidentales que se susciten durante el procedimiento no suspenderán la tramitación del mismo, incluyendo la recusación, en la inteligencia que, de existir un procedimiento incidental de recusación, éste deberá resolverse antes de dictarse resolución definitiva o en la misma resolución. “

Como principio, también se establece, por ejemplo, en la Ley de Venezuela (art. 56), que la omisión de informes administrativos a tiempo tampoco suspende la tramitación del procedimiento.

Debe destacarse, sin embargo, que excepcionalmente, en la Ley de Costa Rica se prevé la posibilidad para suspender los plazos de oficio o a petición de parte, cuando exista causa de fuerza mayor, (arts. 259 y 263). En igual sentido se establece en la ley de Chile (art. 27).

5. *La abreviación de lapsos y la celeridad en caso de urgencia o necesidad*

Por otra parte, en cuanto al adelantamiento de los plazos, en la legislación del Perú se lo regula, así:

“Artículo 141. Adelantamiento de plazos. La autoridad a cargo de la instrucción del procedimiento mediante decisión irrecurrible puede reducir los plazos o anticipar los términos, dirigidos a la administración, atendiendo razones de oportunidad o conveniencia del caso. “

Por su parte, en la Ley General de Costa Rica también se destaca una norma que permite abreviar los lapsos, por “razones de necesidad o conveniencia evidentes” y así poder tomarse, en caso de urgencia, decisiones finales sin que se cumpla todo el lapso establecido. Se trata de la única legislación que permite ambos aspectos: suspender y abreviar los lapsos.

El artículo 322 de la Ley de Costa Rica, en efecto, establece lo siguiente:

“1. Si razones de necesidad o conveniencia evidentes exigen que el procedimiento sea decidido antes de estar listo para el acto final, el órgano director podrá adoptar una decisión provisional, de oficio o a instancia de parte, advirtiéndolo expresamente.

2. Dicha resolución podrá ser impugnada y ejecutada por sí misma, esto último previa garantía de daños y perjuicios si lo exigen la Administración o la contraparte.

3. La resolución provisional tendrá que ser sustituida por la final, sea ésta revocatoria o confirmatoria.

4. La resolución provisional no interrumpirá ni prorrogará los términos para dictar el acto final. “

Además, la misma Ley General establece que en casos de urgencia y para evitar daños graves a las personas o daños irreparables a las cosas, puede prescindirse de una o de todas las formalidades del procedimiento e, incluso, crearse un procedimiento sustitutivo especial (art. 226).

OCTAVA PARTE

EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO

I. LA PRIMACÍA DEL PRINCIPIO

El procedimiento administrativo, a pesar de la informalidad, debe garantizar la situación jurídica de los administrados, conforme a las reglas del debido proceso o debido procedimiento, las cuales tienen primacía ante los demás principios.

La expresión “debido proceso” puede decirse que comenzó a tomar cuerpo, en sus inicios, en Argentina y Uruguay por la traducción del término *due process*; por ello, la expresión “debido proceso” estaba acuñada inicialmente sólo en las leyes de Argentina y de Uruguay. Por ejemplo, en la ley uruguaya se establece que,

“Artículo 5. Los interesados en el procedimiento administrativo gozarán de todos los derechos y garantías inherentes al debido proceso de conformidad con lo establecido por la Constitución de la República, las leyes y las normas de Derecho Internacional aprobadas por la República.”

Estos derechos implican un procedimiento de duración razonable que resuelva sus pretensiones.

En esta forma, el principio del debido proceso es una expresión legal. De la misma manera sucede en Argentina, cuya Ley lo califica como el “derecho de los interesados al debido proceso adjetivo” (art. 1.f).

El principio se enuncia expresamente en la Ley de la República Dominicana como “principio de debido proceso,” así:

“Las actuaciones administrativas se realizarán de acuerdo con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y las leyes, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción” (art. 3.22)

Este es, por otra parte, el primero de los principios enunciados en la reforma del Código de Colombia, el cual sustituye el más estrecho de la “contradicción” que estaba en el Código de 1984, recogiénose en el Código lo que ya era una garantía constitucional consagrada en la Constitución de 1991, donde se indica que, además de a los procesos judiciales, se aplica a los procedimientos administrativos. Así lo previó expresamente el artículo 49 de la Constitución de Colombia, al indicar que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas,” lo que en su momento constituyó una novedad importante, que luego se recogió en la Constitución venezolana de 1999.

Es en esta orientación que el Código colombiano, en la reforma de 2010, enuncia el principio del debido proceso en relación con el procedimiento administrativo, indicándose en el artículo 3.1, que en virtud del mismo “las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.”

Agrega además el Código, especialmente que “en materia administrativa sancionatoria,” además se deben observar, “los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones (*nulla poena sine lege*), de presunción de inocencia, de *no reformatio in pejus* y *non bis in idem*,” destacándose de esta enumeración la importante formalización legal que significa, respecto del principio de la *no*

reformateo in pejus, cuyo fundamento ha sido en todos los países, básicamente, de carácter jurisprudencial. Sin duda, es una previsión única en el derecho comparado.

En general, en otras legislaciones latinoamericanas se habla del derecho a la defensa. Como textualmente lo indica la Ley General de Costa Rica:

“El derecho de defensa deberá ser ejercido por el administrado en forma razonable. La Administración podrá excepcionalmente limitar su intervención a lo prudentemente necesario y, en caso extremo exigirle el patrocinio o representación de un abogado, sin llegar a la supresión de los derechos de audiencia y defensa antes consagrados, fuera del caso de urgencia previsto por el artículo 219” (art. 220).

En Venezuela, la Constitución incluye al derecho a la defensa, dentro de la garantía del debido proceso (art. 49), tanto en los procedimientos judiciales como en los procedimientos administrativos; al contrario de la mayoría de las Constituciones que regulan el derecho a la defensa básicamente en el área judicial, es decir, en la misma norma donde se regula el derecho de acceso a la justicia.

Ahora bien, este principio del debido procedimiento puede analizarse estudiando los siguientes principios fundamentales: en *primer lugar*, el principio del contradictorio; en *segundo lugar*, el derecho a la defensa en el procedimiento administrativo, en concreto; en *tercer lugar*, el principio de la gratuidad; en *cuarto lugar*, el principio de la motivación de los actos administrativos, que es parte del tema del régimen de los actos administrativos pero su enfoque, en las leyes, lo configura más como un mecanismo de garantía del derecho a la defensa, que de la pura racionalización administrativa; en *quinto lugar*, el principio de la confianza legítima, que empieza a tomar cuerpo en las leyes de procedimiento administrativo conforme a la doctrina europea y, *por último*, el tema de la garantía de la tutela judicial efectiva y su relación con el principio del agotamiento de la vía administrativa, tema clásico en las regulaciones del contencioso administrativo y del procedimiento administrativo.

II. EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO

La primera de las garantías del debido proceso o debido procedimiento deriva del principio del contradictorio que también rige en el procedimiento administrativo, que no es más que la necesaria confrontación de criterios que debe existir antes de que la Administración decida, entre la Administración y los administrados e, incluso, en muchos casos, entre varios administrados.

Por supuesto, el procedimiento administrativo ya no es sólo un procedimiento que se refiere a una relación jurídica entre la Administración y un particular, como era la fórmula clásica de realización de la actuación de la

Administración, unilateralmente, en relación a un particular. Al contrario, cada vez con más frecuencia los conflictos que van a resolverse en un procedimiento administrativo son de carácter inter privado o inter interesados, en los cuales la Administración, muchas veces actúa como un árbitro (ya no sólo como juez y parte). Por ejemplo, la oposición a un registro en el campo de la propiedad industrial; o una denuncia en relación a prácticas contrarias a la competencia, en definitiva, originan conflictos entre partes interesadas, en los cuales la Administración decide de acuerdo a la legalidad, si la actuación privada está o no ajustada a la norma en cuestión que la rige. En estos casos, en definitiva, lo importante es destacar que se trata de un conflicto entre particulares. Por eso adquiere tanta importancia el principio del contradictorio, lo que ha llevado, incluso, a la Ley peruana a regular como procedimiento especial, el denominado “procedimiento trilateral”, definido como “el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración” (art. 219,1).

En todo caso, como lo declara expresamente el Código colombiano “en virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales. (art. 3).

Habría que agregarle a esta norma, que además de poder controvertir las decisiones de la Administración, los particulares también pueden controvertir las posiciones que otros particulares puedan tener en el conflicto que se desarrolla ante la Administración.

Por tanto, el contradictorio es el principio que permite a cualquier particular interesado intervenir en el procedimiento como contraparte del iniciador, como coadyuvante del interesado que lo inicia e, incluso, como coadyuvante de la propia Administración, cuando se trate de un procedimiento en el cual la Administración está enfrentada al propio particular. Es por ello que cuando los derechos o intereses de los particulares puedan resultar afectados por el acto administrativo, la contradicción es la garantía del derecho a la defensa.

III. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE, DE LEALTAD Y DEL RESPETO MUTUO

Entre las nuevas tendencias del derecho administrativo, que sólo encuentran regulaciones aisladas en las leyes, está el ya mencionado principio de la buena fe, el cual se encuentra también previsto en la Ley de Uruguay, así:

“Artículo 6º. Las partes, sus representantes y abogados patrocinantes, los funcionarios públicos y, en general, todos los partícipes del procedimiento ajustarán su conducta al respeto mutuo y a la lealtad y buena fe.”

El principio, ya analizado, está detalladamente regulado en la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999 (arts. 9 a 20),

que regula la “presunción de buena fe” de manera que la Administración, en todas sus actuaciones, “debe tener como cierta la declaración del administrado” (art. 9). Este principio lo recoge expresamente, también, la Ley del Perú, (art. IV, 1.7; art. 42).

Estas normas, sin embargo, son excepcionales en el derecho positivo.

En todo caso, el principio de la buena fe debe regir tanto para el particular como para la Administración, (art. IV, 1.8 de la Ley del Perú) de manera que entre los deberes del interesado, conforme a la Ley de Brasil, esta “el proceder con lealtad, urbanidad y buena fe”, no actuar de modo temerario y “exponer los hechos conforme a la verdad” (art. 4).

La lealtad, exige, por tanto, el hecho de no ocultar, ni de una parte ni de otra, hechos o documentos que interesen al procedimiento. Este respeto mutuo responde a ese principio que comienza a construirse como el de la “confianza legítima”.

De lo anterior derivan también el principio de que las faltas y errores del funcionario y de la Administración en el curso del procedimiento administrativo, no pueden imputarse al interesado.

IV. LA PRESUNCIÓN DE LICITUD O DE INOCENCIA

La confianza legítima y la buena fe, por otra parte, como ya se ha señalado, exigen en materia administrativa el respeto al principio de la presunción de licitud o de inocencia; o como lo dice la Constitución de Venezuela de 1999, que “toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario” (art. 49,7).

Lamentablemente, sin embargo, no es infrecuente en la práctica administrativa en nuestros países, encontrar la actitud del funcionario enmarcada en el principio contrario: la presunción de que el ciudadano está en situación de ilicitud, de que actúa de mala fe, en perjuicio de la Administración y de los intereses generales.

V. EL DERECHO A LA DEFENSA

1. La garantía de la defensa

Entre las motivaciones centrales del proceso de codificación del procedimiento administrativo en América Latina, sin duda está el garantizar efectivamente el derecho a la defensa, el cual, con razón, ha sido considerado “tan viejo como el mundo” y, por tanto, inherente a la persona humana.

Su formulación jurisprudencial histórica se la sitúa en el famoso *Caso Dr. Bentley's*, decidido en 1723 por una Corte inglesa, en el cual el Juez Fortescue, al referirse al mismo como un principio de *natural justice*, señaló:

“The objection for want of notice can never be got over. The laws of God and men both give the party an opportunity to make his defence, if he has any. I remember to have heard it observed an occasion, that even God himself did not pass sentence upon Adam before he was called upon to make his defence, “Adam (says God) where are thou? Hast thou not eaten of the tree whereof I commanded thee that thou shuldest not eat?. And the same question was put to Eve also.” (Dr. Bentley's case: The King v. The Chancellor, Ec., of Cambridge (1723), Stra. 557. Vid. Las referencias en Cooper v. The Board of Works for Wandsworth District (1863), 14. C.B. (n.s.) 180, en S. H. Bailey, C. A. Cross y J. F. Garner, Cases and materials in Administrative Law, London, 1977, pp. 348-351).

En dicha decisión se resolvió que el *Chancellor* de la Universidad de Cambridge, Dr. Bentley, no podía haber sido desprovisto de sus títulos o grados académicos, sin habersele informado previamente de los cargos formulados en su contra y sin habersele dado la oportunidad de responderlos. De ahí surgió la formulación judicial del principio del derecho a la defensa en el derecho inglés, como uno de los principios de *natural justice*, tan viejo como el mundo.

En el mundo contemporáneo, muchas Constituciones consagran el derecho a la defensa como un derecho constitucional. En este sentido, el artículo 49,1, de la Constitución de Venezuela de 1999 establece que:

“La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley. “

Por otra parte, de acuerdo a jurisprudencia reiterada de la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela (en Sala Político Administrativa), este derecho de defensa “constituye una garantía inherente a la persona humana y es, en consecuencia, aplicable en cualquier clase de procedimientos que puedan derivar en una condena” (Sentencia de 23 de octubre de 1986, *Revista de Derecho Público*, núm. 28, Caracas, 1986, pp. 88-89).

Pero aún en ausencia de tales declaraciones, tradicionalmente se lo ha garantizado no sólo en la vía jurisdiccional, sino ante la Administración. Por ello, incluso, en el artículo 49,1 de la Constitución de Venezuela se indica que “el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas”.

Ahora bien, en materia de procedimiento administrativo, el derecho a la defensa ha tenido múltiples desarrollos de manera que, incluso, se habla de “los derechos de la defensa”, cuyos principios han sido objeto de una amplia regulación en las leyes de procedimiento administrativo de América Latina.

De eso se trata la estructuración de un procedimiento administrativo: por una parte, garantizar la eficacia de la actividad administrativa; pero por la otra, garantizar los derechos de los particulares. De allí todo el conjunto de normas que traen las leyes de procedimiento administrativo referentes al derecho que tiene todo particular a ser oído, de hacerse parte, de poder promover pruebas, de tener acceso al expediente, de ser informado. Se trata en definitiva del derecho de ejercer todos los medios para su defensa. Como lo precisa el artículo 161 de la Ley del Perú:

“161.1. Los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver.

161.2. En los procedimientos administrativos sancionadores, o en caso de actos de gravamen para el administrado, se dicta resolución sólo habiéndole otorgado un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las correspondientes pruebas de descargo. “

En materia administrativa, con razón, el derecho a la defensa se ha considerado no sólo como una exigencia del principio de justicia, sino también del principio de eficacia “porque asegura un mejor conocimiento de los hechos, contribuye a mejorar la Administración y garantiza una decisión más justa” (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Venezuela) de 15 de mayo de 1986, *Revista de Derecho Público*, núm. 26, Caracas, 1986, p. 110).

Como lo ha expresado la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela:

“El derecho a la defensa debe ser considerado no sólo como la oportunidad para el ciudadano encausado o presunto infractor de hacer oír sus alegatos, sino como el derecho de exigir del Estado el cumplimiento previo a la imposición de toda sanción, de un conjunto de actos o procedimientos destinados a permitirle conocer con precisión los hechos que se le imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente alegatos en su descargo y promover y evacuar pruebas que obren en su favor. Esta perspectiva del derecho a la defensa es equiparable a lo que en otros Estados de Derecho ha sido llamado como el principio del debido proceso.” (Sentencia de 17 de noviembre de 1983, Sala Político-Administrativa, *Revista de Derecho Público*, núm. 16, Caracas, 1983, p. 151).

Todo esto configura, en términos generales, el debido procedimiento adjetivo o el derecho a la defensa, cuyo desarrollo en la legislación tiene varios aspectos fundamentales:

2. *El derecho a ser notificado (el régimen de las notificaciones)*

Con anterioridad se ha tratado el tema de las notificaciones como elemento para el inicio de los efectos del acto administrativo. Sin embargo, en este caso, se trata de las notificaciones en el curso del procedimiento. En esta forma, la Ley General de Costa Rica señala que:

“Todo acto de procedimiento que afecte derechos o intereses de las partes o de un tercero, deberá ser debidamente comunicado al afectado, de conformidad con esta Ley” (art. 239).

La Ley de Brasil también dispone que:

“Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.”

Por tanto, cada vez que haya un acto de procedimiento que pueda afectar derechos de los particulares, la Administración debe notificárselos (art. 104,2, Ley del Perú).

Por supuesto, la primera manifestación de este derecho se plantea al iniciarse el procedimiento, sea de oficio o a instancia de parte. Como lo regula el Código colombiano:

“Cuando de una petición o de los registros que lleve una autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos... En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición” (art. 14).

En la Ley de Uruguay, se insiste en el mismo derecho así:

“Si de la petición resulta que la decisión puede afectar derechos o intereses de otras personas, se les notificará lo actuado a efectos de que intervengan en el procedimiento, declarando lo que les corresponda. En caso de comparecer deben hacerlo en la misma forma que el peticionario y tendrán los mismos derechos que este” (art. 10).

En esta materia hay extensas regulaciones en algunas leyes como, por ejemplo, en la Ley General de Costa Rica, en la que se encuentra un gran número de artículos que con gran detalle regulan la forma de comunicación de los actos del procedimiento, la forma de las citaciones o la forma de las notificaciones (art. 239 a 254).

Por tanto, el tema de la notificación no sólo es regulado como exigencia del comienzo de la eficacia de los actos administrativos, sino como garantía de que toda actuación que en el curso del procedimiento pueda causar un gravamen irreparable o que pueda afectar en alguna forma a los interesados, debe informárseles.

Por tanto, decisiones para dar audiencia a los interesados o sobre la apertura o evacuación de pruebas, conforme a la Ley de Uruguay (art. 91), deben ser notificadas a los interesados.

De lo anterior resulta, en consecuencia, que cada vez que en el curso de un procedimiento administrativo surjan nuevos elementos que deben ser objeto de la decisión, porque por el principio de la globalidad de la decisión debe considerarse todo lo que surja en el procedimiento, y estos hechos no estén en la petición original, deben ser notificados al particular o particulares interesados, así sea de oficio por la Administración, a los efectos de que puedan argumentar y ejercer su derecho a la defensa.

La Ley mexicana expresamente se refiere a esta situación de nuevos hechos que surjan del expediente y que, por lo tanto, deben ser notificados al particular así:

“Artículo 96. Cuando hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos que no obren en el expediente original derivado del acto impugnado, se pondrá de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a cinco días ni superior a diez, formulen sus alegatos y presenten los documentos que estime procedentes.

No se tomarán en cuenta en la resolución del recurso, hechos, documentos o alegatos del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos durante el procedimiento administrativo no lo haya hecho. “

3. *El derecho de acceso al expediente*

El tema del expediente administrativo, que ya se ha analizado, no se limita sólo al principio de la unidad del expediente, el cual exige que haya un sólo cuerpo de documentos que lo conforme; sino también incide en el derecho de los interesados de examinar, en cualquier estado y grado del procedimiento, dicho expediente administrativo.

Así lo establecen expresamente todas las leyes: la Ley General de Costa Rica (arts. 217, 272-274); la Ley venezolana (art. 59); la Ley de Uruguay (arts. 12 y 79); el Código de Colombia (art. 29); la Ley mexicana (arts. 33 y 34) y el Reglamento de la Comunidad Andina (art. 19).

Se trata, por tanto, de una regulación constante en las leyes de procedimiento administrativo de América Latina que implica el derecho a examinar el expediente en el estado en que se encuentre, el derecho a obtener copias del mismo, el derecho a leerlo y consultarlo; e, incluso, en el caso de Uruguay, el derecho del interesado de retirar el expediente de la Oficina para su estudio, siempre que el retiro no represente un obstáculo para el trámite normal del procedimiento (art. 79). Por supuesto, el retiro del expediente se hace bajo la responsabilidad del abogado patrocinante, de manera que no podrá hacerlo el interesado directamente sino a través de su representante y sólo por un lapso de días que no debe exceder de dos (art. 79). De todas formas, se trata de una regulación excepcional.

Queda a salvo, en todo caso, el tema de los documentos confidenciales o secretos, ya analizado.

4. *El derecho de audiencia*

Además del derecho a ser notificado, a hacerse parte y a tener acceso al expediente administrativo, la manifestación más importante del derecho a la defensa es el derecho a ser oído, a cuyo efecto la Administración, antes de decidir un asunto que pueda afectar derechos o intereses de un administrado, debe darle audiencia.

Es el principio conocido como *audi alteram partem*, que en materia administrativa significa la obligación para la Administración de oír previamente a los interesados.

Por ello, el artículo 35 del Código colombiano exige que la decisión se adopte sólo “habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones”.

El principio, incluso, en cuanto a las actuaciones administrativas, tiene rango constitucional en Venezuela al establecerse, dentro de las garantías del debido proceso, que:

“Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente... quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete” (art. 49,3).

El principio general en la materia lo enuncia la Ley argentina al regular el derecho de los interesados al debido proceso adjetivo y establecer, como parte del mismo, “el derecho a ser oído”, es decir, la posibilidad de “exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos” (art. 1.f.1).

Ahora bien, algunas legislaciones regulan la oportunidad para que se verifique esta audiencia al interesado. En el caso de la vieja Ley española de Procedimiento Administrativo de 1957 se prescribía que el acto de audiencia debía tener lugar una vez instruidos los expedientes e inmediatamente antes de redactarse la propuesta de resolución. A tal efecto, debían ponerse de manifiesto los expedientes a los interesados para que, en un plazo no inferior de diez días ni superior a quince, alegasen y presentasen los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes (art. 91,1).

Es decir, conforme a este principio, que se recoge en la Ley de Uruguay, la audiencia al interesado viene a ser el acto final del procedimiento. Es decir, cuando ya está lista la sustanciación del procedimiento y se acopió toda la información en el expediente, la Administración, antes de tomar la decisión definitiva, le debe dar audiencia al particular, para que, fundamentándose en toda la información recopilada, pueda formular sus alegatos.

Así lo dispone el artículo 34 de dicha Ley de Uruguay:

“Terminada la instrucción o vencido el término de la misma, cuando de los antecedentes resulte que pueda recaer una decisión contraria a la petición formulada, o se hubiere deducido oposición, deberá darse vista por el término de diez días a la persona o personas a quienes el procedimiento se refiera.”

En el caso de la Ley de Venezuela, en cambio, la audiencia del interesado se prevé formalmente que debe realizarse al inicio del procedimiento, inmediatamente después de su apertura, lo cual evidentemente es inconveniente, pues el expediente aún no ha sido instruido. En realidad, la audiencia de los interesados para que tenga sentido el ejercicio de su derecho a ser oído, debe producirse una vez que la instrucción del asunto ha terminado y todos los documentos relativos al mismo están en el expediente. Sin embargo, dicha Ley establece que ordenada la apertura del procedimiento, se debe notificar a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos puedan resultar afectados, concediéndoles un plazo de 10 días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones (art. 48).

En todo caso, esto no significa por supuesto, que por el principio del derecho a la participación y la intervención de los particulares en cualquier estado y grado del procedimiento, al final del mismo no puedan los interesados formular sus alegatos finales, como si se tratara de una audiencia final. Sin embargo, en la

Ley esto no está previsto expresamente, prescribiéndose una oportunidad inicial para esa audiencia. Pero en este caso no existe el carácter preclusivo de los lapsos; por tanto, el interesado debe formular sus alegatos en los diez días siguientes a la notificación de la apertura del procedimiento, pero el hecho de que no los alegue en ese momento no significa que no pueda alegarlos posteriormente. Simplemente se trata una formalidad que se entiende que no tiene consecuencias en caso de no cumplirse con el lapso establecido.

Por otra parte, hemos señalado que, conforme a lo establecido en la Ley argentina, la Administración debe decidir todos los asuntos que surjan en el expediente, por lo que si algunos de esos asuntos no alegados por las partes son considerados de oficio por la Administración, deben ser decididos previa audiencia del interesado (art. 7.c). El mismo principio podría señalarse en el caso de las legislaciones que prevén la audiencia del interesado al inicio del procedimiento: si en el curso de la instrucción del expediente, surgen otros elementos no alegados por el interesado pero que afecten sus derechos o intereses, la Administración debe comunicárselos antes de decidir, para asegurarle su derecho a la defensa.

La audiencia del interesado puede ser un acto oral y privado como lo establece la Ley General de Costa Rica (arts. 218 y 309), en cuyo caso, el derecho a la defensa se debe ejercer por el administrado en forma razonable, pudiendo la Administración limitar la intervención del interesado a lo “prudentemente necesario” (art. 220).

En todo caso, la audiencia del interesado debe materializarse en una defensa en forma escrita, a los efectos de que se incorpore al expediente. El acto de la audiencia al interesado, por supuesto, debe realizarse en presencia de la autoridad que debe decidir el asunto, y el interesado puede estar asistido de abogado, como manifestación del derecho de todo interesado de escoger los medios de su defensa (art. 220 de la Ley General de Costa Rica).

La Ley argentina, además, en caso de representación del interesado por quienes no sean abogados, exige la asistencia obligatoria de un abogado en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas (art. 1.f.1).

Ahora bien, es evidente que la audiencia del interesado no es una exigencia que deba cumplirse formalmente en todo tipo de procedimiento. En la tipología de procedimientos que hemos mencionado, que distingue entre procedimientos declarativos, ablatorios, concesorios y autorizatorios, por supuesto, la audiencia formal de los interesados se impone en los procedimientos ablatorios cuya consecuencia es la eliminación o restricción de los derechos de los afectados. En tal sentido, la jurisprudencia contencioso administrativa en Venezuela ha formulado el siguiente criterio respecto de un tipo de los procedimientos ablatorios, es decir, los sancionatorios:

“La audiencia del interesado, como actuación procedimental, es necesaria y esencial en los procedimientos denominados sancionatorios, por cuanto en estos casos la Administración impone, mediante la audiencia del interesado, formalmente al administrado de la existencia de un procedimiento en su contra que tiene como causa una presunta actuación ilícita de éste y de que de establecer su veracidad le acarrearía una sanción. Ahora bien, en los procedimientos autorizatorios por el contrario, el impulso procesal lo tiene el administrado; la Administración va a resolver una petición, una exigencia del particular, por lo cual, no se hace necesario la audiencia del interesado.

En estos procedimientos no se afecta con su omisión, el derecho a la defensa, por cuanto el procedimiento ordinariamente se inicia a instancia del interesado, y el pronunciamiento tendrá, en caso de ser favorable, un contenido beneficioso para el administrado.” (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa, (Venezuela), de 7 de julio de 1988, *Revista de Derecho Público*, núm. 35, Caracas, 1988, p. 91).

Sin embargo, como se ha señalado, aún en los supuestos de procedimientos autorizatorios, si, por ejemplo, en el curso de los mismos surge alguna oposición de parte de otros interesados, en esos supuestos la Administración debe asegurar el derecho a la defensa, dándole audiencia al interesado solicitante.

Así se regula expresamente en el art. 34 del Decreto N° 640 de Uruguay, al disponerse que:

“Terminada la instrucción o vencido el término de la misma, cuando de los antecedentes resulte que pueda recaer una decisión contraria a la petición formulada, o se hubiere deducido oposición, deberá darse vista por el término de diez días a la persona o personas a quienes el procedimiento se refiera.”

En todo caso, en los procedimientos sancionatorios es donde el trámite de audiencia al interesado es más riguroso. Se destaca, así, la exigencia de la vieja Ley española de que en dichos procedimientos debía formularse un “pliego de cargos” en el que se debían exponer los hechos imputados, el cual debía ser notificado a los interesados para que en un plazo de 8 días pudiera contestarlos (art. 136).

Con posterioridad, contestado el pliego de cargos o transcurrido el plazo para hacerlo, el funcionario instructor debía formular una propuesta de resolución que debía notificarse a los interesados, para que éstos, en un plazo de 8 días, puedan alegar cuanto consideren conveniente a su defensa (art. 137).

El mismo principio lo regula expresamente el Decreto N° 640 de Uruguay en los procedimientos administrativos seguidos de oficio, “con motivo de la aplicación de sanciones o de la imposición de un perjuicio a determinado administrado”, en cuyo caso no debe dictarse resolución sin previa audiencia al interesado para que pueda articular su defensa (art. 40).

De la misma manera se regula en la Ley Federal de México:

“Artículo 56. Concluida la tramitación del procedimiento administrativo y antes de dictar resolución se pondrán las actuaciones a disposición de los interesados, para que en su caso, formulen alegatos, los que serán tomados en cuenta por el órgano competente al dictar resolución.

Los interesados, en un plazo no inferior a cinco días ni superior a diez, podrán presentar por escrito sus alegatos.

Si antes del vencimiento del plazo los interesados manifestaran su decisión de no presentar alegatos, se tendrá por concluido el trámite. “

En la Ley del Perú, al regularse los caracteres del procedimiento sancionador, se indican los siguientes:

“234. 3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo; la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

234.4. Otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 162.2 del Artículo 162°, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación.”

5. *El derecho a formular alegaciones y a probar*

El derecho a la audiencia trae, como consecuencia, no sólo el derecho a formular los alegatos en cualquier momento del procedimiento, sino el de presentar pruebas. Tal como la establece la Ley General de Costa Rica, en su artículo 309:

“El procedimiento ordinario se tramitará mediante una comparecencia oral y privada, ante la Administración, en la cual se admitirá y recibirá toda la prueba y alegatos de las partes que fueren pertinentes.”

Incluso, en el Código colombiano se establece el derecho a presentar pruebas “sin requisitos ni términos especiales” (art. 34), es decir, sin que haya algún formalismo de términos.

Lo importante en el derecho a formular alegaciones y pruebas, es que si la Administración, que es básicamente la que tiene la carga de la prueba, presenta pruebas, está obligada a notificar a los particulares a los efectos de que estos puedan formular sus alegatos. Así lo establece expresamente la Ley argentina indicando, como parte del derecho al debido proceso, *el derecho a ofrecer y producir pruebas*, lo que consiste en el derecho de ofrecer prueba y que ella se produzca si fuere pertinente, debiendo la Administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos, todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes pueden presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio (art. 1,f,2). Por tanto, existe la obligación de notificar a los interesados, de cualquier actuación de la propia Administración que pueda incidir en la decisión del procedimiento.

VI. EL PRINCIPIO DE LA GRATUIDAD DEL PROCEDIMIENTO (LAS TASAS Y COSTAS)

Otro aspecto del debido proceso es el principio de la gratuidad, el cual, como principio, se encuentra consagrado en la Ley de Chile, así:

“Artículo 6°. Principio de gratuidad. En el procedimiento administrativo, las actuaciones que deban practicar los órganos de la Administración del Estado serán gratuitas para los interesados, salvo disposición legal en contrario.

En igual sentido se regula en la Ley de Bolivia (art. 4.o); y en otro sentido, también se regula en la Ley General de Costa Rica, así:

En el procedimiento administrativo no habrá lugar a la imposición de costas a favor o en contra de la Administración ni del interesado” (art. 328).

En consecuencia, en el campo del procedimiento administrativo no hay nada parecido al tema de las costas procesales; lo que precisa también, expresamente la Ley del Perú (art. 47,2).

Otro tema es el de los “costos” procesales, por ejemplo, de copias de los documentos que contenga el expediente administrativo o de cualquier documento que se quiera obtener durante el procedimiento. Estos si son a cargo del interesado, si él los causa. Esto lo establece así, el artículo 24 del Código colombiano:

“17. La expedición de copias dará lugar al pago de las mismas cuando la cantidad solicitada lo justifique. El pago se hará a la tesorería de la entidad o en estampillas de timbre nacional que se anularán, conforme a la tarifa que adopte el funcionario encargado de autorizar la expedición.

En ningún caso el precio fijado podrá exceder al costo de la reproducción.

18. Si en la respectiva oficina no se pudieren reproducir los documentos o la tarifa señalada fuere elevada a juicio del peticionario, el jefe de aquella indicará el sitio en el cual un empleado de la oficina sacará las copias a que hubiere lugar. En este caso, los gastos serán cubiertos en su totalidad por el particular.”

En sentido similar, el artículo 47,1 de la Ley peruana regula el tema de los gastos administrativos reembolsables, disponiendo que sólo se producen “cuando una ley expresamente lo autoriza”, definiéndolos así:

“Son gastos administrativos aquellos ocasionados por actuaciones específicas solicitados por el administrado dentro del procedimiento. Se solicita una vez iniciado el procedimiento administrativo y es de cargo del administrado que haya solicitado la actuación o de todos los administrados, si el asunto fuera de interés común; teniendo derecho a constatar y, en su caso, a observar, el sustento de los gastos a rembolsar.”

Aparte está el tema de las tasas que se puedan cobrar en relación a la actuación de la Administración, proveniente de las leyes de impuestos de timbres fiscales, ya mencionado anteriormente.

El principio rige en Venezuela, donde la Ley de Timbre Fiscal establece, con criterio fiscalista, la necesidad de inutilizar estampillas o papel sellado (que ha sido transferido a los Estados) en los trámites administrativos, con lo que se podría conducir a lesionar el derecho a la defensa, cuando se trate de actuaciones que puedan afectar a un particular en un procedimiento, sobre todo en materia de permisos y autorizaciones.

NOVENA PARTE

PRINCIPIOS SOBRE LA TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

I. LA OBLIGACIÓN DE TERMINAR EL PROCEDIMIENTO

El procedimiento administrativo se desarrolla siempre con una finalidad determinada, estando la Administración obligada a concluirlo o terminarlo.

Es lo que la Ley de Chile denomina “principio conclusivo” al indicar que:

“Todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad” (art. 8).

Principio que la ley chilena complementa con el “principio de inexcusabilidad” según el cual, “Administración estará obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación” (art. 14).

En sentido similar en la Ley de El Salvador dispone que “la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación,” afirmando que “el procedimiento administrativo deberá concluirse por acto o resolución final” en el plazo legalmente establecido (art. 89).

En sentido similar, el Código de Ecuador dispone que sobre la “obligación de decidir” que “El órgano competente resolverá el procedimiento mediante acto administrativo,” no pudiendo la Administración “abstenerse de resolver con la excusa de la falta u oscuridad de la ley” (art. 202); principio que reafirma la Ley de El Salvador al disponer que:

“No podrá la Administración abstenerse de resolver un asunto de su competencia con el pretexto de vacío u oscuridad en las disposiciones legales aplicables o en las cuestiones que se susciten en el procedimiento” (art. 112).

La consecuencia de lo anterior es que cualquiera que sea la forma de terminación del procedimiento administrativo, siempre debe haber una decisión de la Administración. Tal como lo reitera la Ley de Chile,

“En los casos de prescripción, renuncia del derecho, abandono del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento, la RESOLUCIÓN consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables” (art. 14).

Por ello, antes de precisar los principios de la terminación normal del procedimiento mediante un acto administrativo decisorio, nos referiremos a las otras formas de terminación del procedimiento administrativo regulados en las leyes de América Latina.

II. LAS DIVERSAS FORMAS DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

En efecto, a pesar de la obligación de la Administración de terminar el procedimiento mediante una decisión, las leyes de procedimiento administrativo en general regulan, además, otras formas de terminación del mismo, que por supuesto también requieren de una decisión, aun cuando no resolutive.

Por ejemplo, así se dispone en la Ley de El Salvador:

“Art. 111. El procedimiento administrativo podrá terminar por resolución expresa de la autoridad administrativa competente, por silencio administrativo positivo o negativo, desistimiento, renuncia o declaración de caducidad.”

En igual sentido, en Chile, la Ley dispone:

“Artículo 40. Conclusión del procedimiento. Pondrán término al procedimiento la resolución final, el DESISTIMIENTO, la declaración de abandono y la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el ordenamiento jurídico. También producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevinientes. La resolución que se dicte deberá ser fundada en todo caso.”

Normas con previsiones similares también se incluyen en la Ley de Bolivia, agregándose otros supuestos como “la extinción del derecho,” y “la imposibilidad material de continuar el procedimiento por causas sobrevinientes” (art. 51); en la Ley de la República Dominicana que agrega el supuesto de “celebración de un convenio, acuerdo o pacto, en los casos previstos por las normas sectoriales “ (art 28); y en la Ley de Panamá, en la cual se agregan los supuestos de “la transacción” y el allanamiento a la pretensión” (art. 153).

Muy didácticamente, el artículo 201 del Código de Ecuador, resume el tema indicando sobre la “terminación del procedimiento administrativo”, que el mismo termina por:

“1. El acto administrativo. 2. El silencio administrativo. 3. El desistimiento. 4. El abandono. 5. La caducidad del procedimiento o de la potestad pública. 6. La imposibilidad material DE continuarlo por causas imprevistas. 7. La terminación convencional.”

III. PRINCIPIOS SOBRE LA DECISIÓN DEL PROCEDIMIENTO

De acuerdo con lo que establece la Ley de Bolivia, el principio en materia de procedimiento administrativo es que los mismos “deberán necesariamente concluir con la emisión de una resolución administrativa que declare la aceptación o rechazo total o parcial de la pretensión del administrado,” sin perjuicio de lo que se establezca en materia de efectos del silencio administrativo; en la cual “la Administración Pública no podrá dejar de resolver el asunto sometido a su conocimiento aduciendo falta, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables”(Art. 152). En igual sentido se regula en la Ley de Chile (art. 41).

1. Principio de la globalidad de la decisión

Como lo indica el artículo 41 de la Ley de Chile “la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados,” es decir, conforme a la Ley de Panamá, “todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquéllas otras derivadas del expediente, que sean indispensables para emitir una decisión legalmente apropiada” (art. 154). En el mismo sentido,

la Ley de la República Dominicana exige que la resolución “debe dar respuesta congruente y razonada a todas las cuestiones planteadas en el mismo” (art. 28); y la Ley de El Salvador exige que “la resolución decidirá todas las cuestiones de hecho y de derecho que resulten del expediente, aunque no hayan sido planteadas por los interesados” (art. 112).

Ello implica que todos los asuntos planteados en el procedimiento administrativo deben ser objeto de una decisión y no de múltiples; de ahí la obligación que tiene la Administración de decidir al término del procedimiento, todas las cuestiones planteadas tanto por las partes como de oficio.

Por tanto, como lo expresa la Ley de Chile, “cuando en la elaboración de la resolución final se adviertan cuestiones conexas, ellas serán puestas en conocimiento de los interesados, quienes dispondrán de un plazo de quince días para formular las alegaciones que estimen pertinentes y aportar, en su caso, medios de prueba” (art. 41).

Este principio también está vinculado a la celeridad y está expresamente establecido, por ejemplo, en la Ley venezolana, que señala:

“Artículo 62. El acto administrativo que decida el asunto resolverá todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación.”

En sentido similar se establece en la Ley de Honduras (art. 83). En México el acto debe también decidir expresamente “todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por la ley” (art. 3, XVI). La Ley de Costa Rica contempla igualmente, que en el acto que pone fin al procedimiento deben resolverse “todas las cuestiones surgidas durante el curso del procedimiento” (art. 227,1). En el caso del Código colombiano, se prevé asimismo que deben resolverse “todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite” (artículo 35).

En consecuencia, puede haber planteamientos que pueden formularse desde el inicio del trámite (petición) y, además, puede haber planteamientos que surjan durante el trámite, formulados tanto de oficio como a petición de parte, lo que implica que puede haber nuevos elementos que surjan durante el procedimiento, dado los principios de flexibilidad y antiformalismo. En estos casos, la decisión debe abarcar todos esos planteamientos.

Sin embargo, debe señalarse que como consecuencia del principio del debido proceso, todos los asuntos antes referidos, que no hubieren sido formulados o propuestos por los interesados, para que puedan ser considerados en la decisión final, deben haberles sido notificados y debe haberseles asegurado audiencia previa. Así lo establece expresamente la Ley argentina (art. 7,c) para garantizar el derecho a la defensa y el derecho a que se oiga al particular sobre esos asuntos. Por ello, la legislación argentina consagra, como derecho de los

administrados, el derecho “a una decisión fundada”, como parte del derecho al “debido proceso adjetivo” (art. 1,f,3), garantizándoseles que si surge un nuevo asunto que plantea la Administración y que va a ser objeto de resolución, debe dárseles la oportunidad a los interesados de oponerse o contradecir dicho planteamiento.

Un aspecto que debe señalarse, y que solo está regulado en la Ley de Honduras (art. 75), es la necesidad de que concluido el procedimiento, antes de que se adopte formalmente la decisión, debe entregársele al particular el proyecto de decisión en una audiencia final, para garantizar el derecho a la participación, y el derecho a la defensa. Lamentablemente esto no está regulado, en general, en América Latina, y normalmente el proyecto de decisión permanece bien guardado y secreto antes de que se publique, de manera que siempre es una sorpresa para el interesado.

Por tanto, la audiencia del interesado que, en algunos países, es al inicio del procedimiento, debería ocurrir al final del mismo, de manera que se pueda, en ella, discutir sobre todo lo que ya está en el expediente o sobre lo que esté como proyecto de decisión, antes de que la Administración la adopte finalmente.

2. *El principio de la confianza legítima en la decisión del procedimiento*

Otro principio del procedimiento administrativo en relación con la decisión del mismo que comienza a encontrar regulaciones específicas, es el “principio de la confianza legítima,” originado en la doctrina alemana y que deriva también de las normas de la Unión Europea, y que en algunas leyes se ha expresado, como en la Ley de la República Dominicana, exigiéndose que “la actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia Administración en el pasado “ (art. 3.15). En el Código de Ecuador, también se recogió en principio de la confianza legítima vinculado a la seguridad jurídica, al preverse que:

“Las administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad. La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado. La aplicación del principio de confianza legítima no impide que las administraciones puedan cambiar, de forma motivada, la política o el criterio que emplearán en el futuro.

Los derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada” (art. 22).

Una aproximación al principio de la confianza legítima está también en el llamado “principio de la coherencia,” que también se regula en la Ley de República Dominicana (art. 3.13) y en la Ley de El Salvador (art. 3.7), al expresar que:

“Las actuaciones administrativas serán congruentes con la práctica y los antecedentes administrativos salvo que por las razones que se expliciten por escrito sea pertinente en algún caso apartarse de ellos.”

Dicho principio tiene varias implicaciones: la decisión debe ser adoptada conforme a la verdad material que tiene que buscar la Administración. También aquí surge el principio de la seguridad jurídica en sus variadas manifestaciones y el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos que, una vez dictados, también por cuestiones de seguridad jurídica, deben mantenerse, salvo los casos de nulidad absoluta.

3. *La decisión conforme a la verdad material*

El primer principio que deriva de la confianza legítima es el principio de la verdad real o verdad material de los hechos como objetivo del procedimiento, a cuya consecución está obligada la Administración para tomar la decisión. Como lo formuló la Ley de El Salvador:

“Art. 3.8. Verdad material: las actuaciones de la autoridad administrativa deberán ajustarse a la verdad material que resulte de los hechos, aun cuando no hayan sido alegados ni se deriven de pruebas propuestas por los interesados.”

Por eso, la Administración tiene siempre la carga de la prueba, lo cual está expresamente establecido en las leyes de Costa Rica (art. 297), Uruguay (art. 4), Perú (art. 162,1) y Venezuela (art. 69).

La Ley de Uruguay, por ejemplo, dice:

“*Artículo 4º.* La Administración está obligada a ajustarse a la verdad material de los hechos, sin que la obliguen los acuerdos entre los interesados acerca de tales hechos ni la exima de investigarlos, conocerlos y ajustarse a ellos, la circunstancia de no haber sido alegados o probados por las partes.”

En el caso de la Ley peruana, como se ha dicho, el principio también se erige como un principio del procedimiento administrativo, en el artículo IV, Título Preliminar:

“1.11. Principio de verdad material. En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.”

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

4. *El principio de la seguridad jurídica*

También están vinculados al principio de la confianza legítima, otra sería de principios vinculados a la seguridad jurídica en las relaciones entre la Administración y los particulares, entre ellos, el principio de la predictibilidad, la proscripción de la *reformatio in pejus*, el principio *non bis in idem*, la presunción de inocencia, y el principio de la irretroactividad.

Como lo formuló la Ley de la República Dominicana:

“Artículo 3.8. Principio de seguridad jurídica, de previsibilidad y certeza normativa: Por los cuales la Administración se somete al derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas y criterios administrativos”.

5. *El principio de la predictibilidad*

El procedimiento administrativo debe desarrollarse conforme a reglas preestablecidas y conocidas por los administrados, de manera que no haya sorpresas en cuanto a la conducta de la Administración. Todas las fases del procedimiento deben, por tanto, ser predecibles; de allí el principio de la predictibilidad, definido por la ley peruana en el artículo IV del Título Preliminar, así:

“1.15. Principio de predictibilidad. La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá. “

6. *El principio de la proporcionalidad*

Uno de los principios que ha tenido mayor desarrollo legislativo en las leyes de procedimiento administrativo en los últimos lustros ha sido el principio de la proporcionalidad de las decisiones administrativas, particularmente entre los medios y fines de las mismas.

La consagración más extensa de este principio en las leyes de procedimiento administrativo, la encontramos en el artículo 3.9 de la Ley de la República Dominicana, al disponer que:

“Las decisiones de la Administración, cuando resulten restrictivas de derechos o supongan un efecto negativo para las personas, habrán de observar el principio de proporcionalidad, de acuerdo con el cual los límites o restricciones habrán de ser aptos, coherentes y útiles para alcanzar el fin de interés general que se persiga en cada caso; deberán ser necesarios, por no hallarse un medio alternativo menos restrictivo y con igual grado de eficacia en la consecución de la finalidad pública que pretenda obtenerse; y, finalmente, habrán de ser proporcionados en sentido estricto, por generar mayores beneficios para el interés general y los intereses y derechos de los ciudadanos, que perjuicios sobre el derecho o libertad afectado por la medida restrictiva.”

La consagración del principio también se destaca en el Artículo 16 del Código de Ecuador, que establece:

“Art. 16.- Principio de *proporcionalidad*. Las decisiones administrativas se adecúan al fin previsto en el ordenamiento jurídico y se adoptan en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses. No se limitará el ejercicio de los derechos de las personas a través de la imposición de cargas o gravámenes que resulten desmedidos, en relación con el objetivo previsto en el ordenamiento jurídico.”

Por su parte, la Ley de El Salvador dispone sobre esto lo siguiente:

“Art. 3.2. Proporcionalidad: las actuaciones administrativas deben ser cualitativamente aptas e idóneas para alcanzar los fines previstos, restringidas en su intensidad a lo que resulte necesario para alcanzar tales fines y limitadas respecto a las personas cuyos derechos sea indispensable afectar para conseguirlos. En este supuesto, deberá escogerse la alternativa que resulte menos gravosa para las personas y, en todo caso, el sacrificio de estas debe guardar una relación razonable con la importancia del interés general que se trata de salvaguardar.”

En el mismo sentido, el artículo 4.p) de la Ley de Bolivia sobre este “principio de proporcionalidad” dispone que “La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.”

7. *La proscripción de la reformatio in pejus*

Por otra parte, el carácter inquisitivo y contradictorio del procedimiento administrativo y, por tanto, la obligación que tiene la Administración de decidir todas las cuestiones que surjan en el mismo, sea de oficio o formuladas por

quienes intervengan en él y no sólo lo formulado en un recurso, plantea el problema de determinar si la *reformatio in pejus* es o no admisible en la decisión de los recursos administrativos. El problema no se plantea, realmente, sino en el procedimiento de revisión de los actos administrativos, y no en los procedimientos constitutivos. Por ello, en la legislación peruana se especifica expresamente, que en los procedimientos administrativos iniciados a petición de parte interesada, la resolución debe ser congruente con las peticiones formuladas por éste, “sin que en caso alguno “pueda agravar su situacional inicial” (art. 187,2). En igual sentido, en la Ley de El Salvador, se precisa que “en ningún caso, la resolución final podrá agravar o perjudicar la situación inicial del administrado a cuya instancia se hubiera iniciado el procedimiento” (art. 112).

En efecto, en el campo procesal judicial puede decirse que rige el principio de la prohibición de la *reformatio in pejus*, lo que significa que el Tribunal *ad quem*, al decidir, no puede modificar el fallo del inferior en perjuicio del propio apelante si la contraparte a su vez no apeló la sentencia del *a quo*. Ese principio, por supuesto, es una consecuencia del carácter dispositivo del proceso civil, que no se da en los mismos términos en el procedimiento administrativo, dado su carácter inquisitivo.

Por tanto, en general se puede señalar, ante todo, que la prohibición de la *reformatio in pejus* no se plantea como principio, en los casos en los cuales el recurso administrativo se funda en motivos de legalidad o en los casos en los cuales, con motivo del ejercicio de un recurso por razones de mérito, surgen, de oficio, cuestiones de ilegalidad. La Ley General de Costa Rica, por ello, prescribe que “el recurso podrá ser resuelto aún en perjuicio del recurrente cuanto se trate de nulidad absoluta” (art. 351,2).

En realidad, sea cual sea la naturaleza del vicio, la competencia de la autoridad revisora del acto administrativo, cuando están en juego cuestiones de ilegalidad, es de ejercicio obligatorio, de manera que incluso puede revocar el acto administrativo basándose en otras razones de ilegalidad distintas a las alegadas por el interesado.

En el mismo sentido, la decisión basada en cuestiones de legalidad puede, incluso, conducir a la Administración a modificar el acto recurrido para adaptarlo a la legalidad. En tal modificación, la situación del recurrente podría resultar agravada si, por ejemplo, la Administración encuentra que la multa impuesta debió ser superior a la establecida en el acto recurrido, dadas las circunstancias agravantes precisadas con motivo del recurso. En sentido contrario a la *reformatio in pejus*, sin embargo, se pronunció la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en una sentencia en materia hacendaria de 17 de abril de 1980 (*Revista de Derecho Público*, núm. 2, Caracas, 1980, p. 113).

Sin embargo, en los casos en los cuales surjan nuevos elementos de ilegalidad distintos a los alegados por las partes, el principio del respeto al

derecho a la defensa exige que el funcionario notifique a los interesados de tal circunstancia, para que expongan sus alegatos con anterioridad a la adopción de la decisión, tal como lo garantizaba la Ley española de Procedimiento Administrativo (art. 119). En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Venezuela), sin embargo, en virtud de no estar prevista expresamente esta audiencia previa al interesado como lo consagraba la Ley española, se ha considerado que la autoridad administrativa no está obligada a notificar a los interesados, lo que encontramos altamente inconveniente. (Vid. sentencia de la Sala Política- Administrativa de 9 de febrero de 1989, *Revista de Derecho Público*, núm. 37, Caracas, 1989, p. 83. Vid. además, de la misma Corte, sentencia de 16 de octubre de 1986, *Revista de Derecho Público*, N° 28, Caracas, 1986, p. 97; y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 18 de abril de 1985, *Revista de Derecho Público*, N° 22, Caracas, 1985, p. 164).

Cuando las cuestiones debatidas en el recurso administrativo sean cuestiones de mérito o conveniencia, el tema de la *reformatio in pejus* se plantea con más interés. En general se estima que en esos supuestos, la revocación del acto administrativo sólo puede ocurrir con el acuerdo del recurrente, y su modificación no puede hacerse sino a favor del mismo. Sin embargo, en presencia de normas legales como las de la Ley Orgánica de Venezuela, conforme a la cual, el órgano administrativo “debe resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso, aunque no hayan sido alegadas por los interesados” (art. 89), es decir, que surjan de oficio; podría admitirse la *reformatio in pejus*, siempre que se respete el derecho a la defensa y se notifiquen al interesado, previamente a la decisión, las nuevas cuestiones surgidas para que formule sus alegatos.

Sin embargo, derivado del principio de la confianza legítima, en la doctrina europea comienza a imponerse el criterio de que, por ejemplo, si la Administración impuso una sanción, con motivo del ejercicio de un recurso no es correcto que pueda agravarse la situación del particular. Por ello, la previsión de la Ley General de Costa Rica que reduce la *reformatio in pejus* a los casos de nulidad absoluta (art. 351), lo que está en la lógica de tal nulidad, ya que si el acto es absolutamente nulo hay que eliminarlo del ámbito jurídico, aún cuando esto agrave la situación del particular.

8. *El principio non bis in idem*

Como parte de los principios del debido procedimiento, de la seguridad jurídica y de la confianza legítima, en el procedimiento administrativo rige también el principio del *non bis in idem* que, a la vez, es un principio de rango constitucional.

La Constitución de Venezuela de 1999 establece, por ejemplo, dentro de las garantías del debido proceso, que “ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente” (art. 49, ord. 7).

El principio, entonces, de aplicación también en las actuaciones administrativas, impide la aplicación de dos sanciones que afecten la situación del particular con base en los mismos hechos. En tal sentido, la Ley del Perú, al enumerar los principios de la potestad sancionadora, identifica el *non bis in idem*, indicando que “no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento” (art. 230,10).

9. *El principio de la irretroactividad*

Otro principio derivado de la seguridad jurídica es el principio de la irretroactividad de los actos administrativos. Como se ha señalado, el comienzo de los efectos de los actos administrativos se sitúa en el momento en el que se hacen del conocimiento de los interesados, sea mediante su publicación o mediante su notificación. La consecuencia de ello es que de acuerdo al principio y garantía constitucional de la irretroactividad de la ley, extensible a todas las actividades públicas, no es posible admitir la retroactividad de los efectos de los actos administrativos. Es decir, el principio general en esta materia es que los actos administrativos solo pueden producir efectos hacia el futuro, siendo inconstitucional e ilegal la aplicación de un acto administrativo hacia el pasado; principio que no sólo se aplica a los actos reglamentarios sino también a los actos de efectos particulares.

Como se ha expresado en la Ley de Chile:

“Artículo 52. *Retroactividad*. Los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros.”

El principio también se recoge en el Código Administrativo de Ecuador, así:

“Art. 30.- *Principio de irretroactividad*. Los hechos que constituyan infracción administrativa serán sancionados de conformidad con lo previsto en las disposiciones vigentes en el momento de producirse.

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.”

Igual principio está declarado en la Ley de República Dominicana (art. 13), en la Ley de El Salvador (art. 2) y en el Código de Ecuador (art. 102).

En América Latina, por tanto, este el principio de la irretroactividad de los actos administrativos, aparte de tener fundamento constitucional y haber sido

aplicado por la jurisprudencia como principio general, como se ha visto, también se ha recogido respecto de los actos administrativos en las leyes de procedimiento administrativo, aplicándose tanto a los de carácter reglamentario como a los efectos particulares.

Así se reitera, por ejemplo, en la Ley General de Costa Rica, al prescribir que “el acto administrativo producirá efectos en contra del administrado únicamente para el futuro” (142,1).

Indirectamente, además, el principio se establece en la Ley venezolana al regularse la posibilidad, para la Administración, de poder modificar los criterios establecidos por sus órganos, pero agregando que “la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores salvo que fueren más favorables a los administrados” (art. 11); principio que ha sido aplicado por la jurisprudencia de la Corte Primero de lo Contencioso Administrativo (sentencia de 19 de marzo de 1987, *Revista de Derecho Público*, N° 30, Caracas, 1987, pp. 111-112). En igual sentido se ha regulado en la Ley del Perú (art. VI, Título Preliminar).

Ahora bien, en la legislación latinoamericana, el principio de la no retroactividad de los actos administrativos tiene diversas excepciones.

En *primer lugar*, en general se admite la retroactividad de los actos administrativos cuando produzcan efectos favorables a los interesados. Como lo dice la Ley argentina:

“Artículo 13. El acto administrativo podrá tener efectos retroactivos -siempre que no se lesionen derechos adquiridos- cuando se dictare en sustitución de otro revocado o cuando favoreciere al administrado”.

Sin embargo, en estos casos es indispensable que los supuestos de los motivos del acto hubieran tenido existencia a la fecha a la cual se retrotraiga la eficacia del acto y que éste no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas (art. 142,2 de la Ley General de Costa Rica; art. 17,1, Ley del Perú).

En *segundo lugar*, también se establece en la citada Ley argentina (art. 13), que los actos administrativos tendrán efectos retroactivos siempre que no lesionen derechos adquiridos, cuando se dicten en sustitución de otro acto anulado, sea por la Administración o por decisión judicial. Como lo establece también la Ley General de Costa Rica:

El acto administrativo tendrá efectos retroactivos en contra del administrado cuando se dicte para anular actos absolutamente nulos que favorezcan a éste; o para consolidar, haciéndolos válidos y eficaces, actos que lo desfavorezcan (art. 143).

10. *El valor de los precedentes y los cambios de criterios administrativos*

Por razones de seguridad jurídica, la Administración debe ser coherente en sus decisiones, por lo cual, en general, debe respetar los criterios establecidos en decisiones precedentes. Incluso, el artículo VI,1 de la Ley del Perú le da valor de precedente a los actos administrativos, en la siguiente forma:

“1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.”

Pero hemos señalado, además, que la Administración puede cambiar de criterios en sus decisiones, para lo cual, conforme a las Ley General de Costa Rica (art. 136), los actos administrativos mediante los cuales la autoridad se separe de un criterio seguido en actuaciones precedentes, debe ser necesariamente motivado. De esta norma deriva, por tanto, indirectamente, que la Administración puede cambiar de criterio en la decisión de determinados asuntos, no estando sujeta por los precedentes en forma indefinida.

El mismo principio lo recoge la Ley del Perú (art. VI, Título Preliminar, 2) y la Ley venezolana agregando, como antes se dijo, que “la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores” (art. 11), con lo cual se refuerza el principio de la irretroactividad, como garantía del administrado frente a la Administración, de manera que los cambios de criterio que pueda adoptar no pueden estar destinados sólo para el tratamiento de un caso específico. De lo contrario, ello implicaría una aplicación retroactiva de la nueva interpretación, y la única forma de aceptarla retroactivamente sería cuando el nuevo criterio sea más favorable para el administrado (art. VI, Título Preliminar, 2, Ley del Perú).

La norma venezolana dice así:

“Artículo 11. Los criterios establecidos por los distintos órganos de la Administración Pública podrán ser modificados, pero la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados. En todo caso, la modificación de los criterios no dará derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes.”

IV. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Otra regulación que se encuentra en todas las leyes y que deriva también del principio de celeridad, es la relativa al silencio administrativo y sus efectos, a pesar de la obligación que siempre tiene la Administración de decidir en un plazo determinado.

1. *La obligación de decidir y los efectos de su incumplimiento*

En efecto, objetivo final de todo procedimiento administrativo es la producción de un acto administrativo, es decir, la adopción de una decisión por parte de la Administración. A tal efecto, iniciado un procedimiento administrativo, particularmente a instancia de parte o cuando en él tengan interés los administrados, la Administración está obligada a decidir. En otras palabras, la Administración no es libre de decidir, constituyendo esta obligación, la contrapartida del derecho de petición que también conlleva el derecho a obtener oportuna respuesta.

Conforme a ello, iniciado un procedimiento administrativo producto o no del ejercicio de un derecho de petición, la Administración está obligada a desarrollarlo de oficio y, en definitiva, a adoptar la decisión correspondiente. Por supuesto, si se trata de un procedimiento iniciado mediante el ejercicio del derecho de petición, éste conlleva también el derecho a obtener oportuna respuesta. Por eso la Ley de Venezuela exige de las autoridades administrativas, el que “deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieran para no hacerlo” (art. 2); y la Ley de Bolivia exige que “la Administración Pública está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación” (art. 17.1).

La Ley del Perú reafirma esta obligación de decidir que tienen los funcionarios, incluso, cuando exista deficiencia de las fuentes, al disponer que las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia aquéllas, debiendo, en tales casos, acudir a los principios del procedimiento administrativo previstos en la Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad (art. VIII).

Sin embargo, es bien conocida la actitud tradicional de la Administración, en muchos casos, de simplemente no decidir determinados asuntos, lo que exigió del legislador, en regulaciones aisladas, el establecer un efecto generalmente negativo o de rechazo al silencio de la Administración en un lapso determinado, configurándose una decisión implícita susceptible de recurso ante el contencioso-administrativo. Este régimen legislativo llevó a la jurisprudencia a identificar al silencio administrativo como un principio general del procedimiento con el objeto de garantizar la situación de los administrados frente a la inacción administrativa, otorgándole efectos jurídicos generalmente negativos.

Conforme a este principio del silencio de la Administración, cuando ésta tiene legalmente prescrito un lapso para decidir, aquél debe ser considerado como equivalente a una decisión implícita de rechazo o de aceptación, a los efectos de permitir al administrado acudir a la vía contencioso-administrativa. Tal principio

lo regula expresamente, por ejemplo, la Ley del Perú, al establecer ambos tipos de silencio administrativo y los tipos de procedimientos se producen (arts. 33 y 34).

En todo caso, puede decirse que uno de los aspectos de mayor interés en la codificación del procedimiento administrativo en América Latina ha sido, precisamente, el establecimiento de reglas generales tendientes a garantizar la situación de los administrados frente al silencio de la Administración, entre las cuales están tanto el principio del silencio negativo como del silencio positivo, y la posibilidad de acudir a la vía contencioso-administrativa contra la carencia de la Administración.

En estos casos, la Administración está obligada a decidir, pues el silencio se establece en beneficio del particular para poder recurrir, lo que no exime a la Administración de su obligación de decidir. De manera que el principio general es que el funcionario de la Administración sigue obligado a tomar una decisión, quedando comprometida su responsabilidad por la demora en que incurra. Así lo regulan expresamente las legislaciones (art. 4º, Ley de Venezuela; art. 239, Ley de Costa Rica; y art. 48, Ley de Brasil).

En todo caso, lo importante de las regulaciones legislativas relativas al silencio negativo, es que el principio de la decisión tácita se establece en beneficio exclusivo de los administrados como garantía a sus derechos de protección, por lo cual, el recurrir contra el acto tácito no es una carga impuesta a los interesados, los cuales en todo caso pueden esperar la decisión expresa.

La situación general de estos principios los resume la Ley del Perú, al regular expresamente los efectos del silencio administrativo, así: en cuanto a los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo, estos quedan automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido, la entidad no hubiera comunicado al administrado el pronunciamiento (art. 188,1). En estos casos, el silencio administrativo tiene para todos los efectos el carácter de resolución que pone fin al procedimiento, sin perjuicio de la potestad de nulidad de oficio (art. 188,2).

En cuanto al silencio administrativo negativo, éste tiene por efecto habilitar al administrado para la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes (art. 188,3). Sin embargo, en estos casos, aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos (art. 188,4).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el silencio no es un acto, ni debe considerarse como tal, salvo que la ley disponga lo contrario. Como lo señala la Ley de Costa Rica, el silencio de la administración “no podrá expresar su voluntad salvo ley que disponga lo contrario” (art. 139).

En consecuencia, si hay un derecho a oportuna respuesta, la garantía del derecho es darle efectos al silencio, pero la obligación de responder sigue estando en manos de la Administración.

2. *El silencio administrativo negativo*

El principio general y tradicional de los efectos del silencio de la Administración en los procedimientos administrativos, puede decirse que ha sido el silencio negativo. Así se consagra en casi todas las legislaciones: de Costa Rica (art. 241); de Uruguay; de México (art. 17); de Argentina (art. 10); de Colombia (art. 40), Bolivia (art. 17.2) y de Venezuela. En la Ley de Chile, se estableció el silencio negativo específicamente en los casos en los cuales la solicitud “afecte el patrimonio fiscal” o cuando “la Administración actúe de oficio, cuando deba pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos o cuando se ejercite por parte de alguna persona el derecho de petición” (art. 65).

La Ley del Perú también lo regula, estableciendo los siguientes casos en los cuales opera el silencio negativo:

“34.1.1. Cuando la solicitud verse sobre asuntos de interés público, incidiendo en la salud, medio ambiente, recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación.

34.1.2. Cuando cuestionen otros actos administrativos anteriores, salvo los recursos en el caso del numeral 2 del artículo anterior.

34.1.3. Cuando sean procedimientos trilaterales y los que generen obligación de dar o hacer a cargo del Estado.

34.1.4. Los procedimientos de inscripción registral.

34.1.5. Aquellos a los que, en virtud de la ley expresa, sea aplicable esta modalidad de silencio administrativo. “

En todo caso, un ejemplo de su formulación más general está en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Venezuela, que prescribe que:

“Artículo 4°. En los casos en que un órgano de la Administración Pública no resolviera un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerará que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario. Esta disposición no releva a los órganos administrativos, ni a sus personeros, de las responsabilidades que le sean imputables por la omisión o la demora.”

En general, pueden distinguirse tres supuestos diferentes de casos de silencio tácito denegatorio:

1) En *primer lugar*, el silencio respecto de la decisión de solicitudes o peticiones que, conforme al Código de Colombia, “transcurrido el plazo de dos meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa” (art. 40). En otras legislaciones, como en la Ley de Panamá (art. 156), al principio antes indicado se agrega la necesidad de que el interesado ponga en mora a la Administración, conforme a lo cual, sólo después de denunciada la mora es que se puede considerar desestimada la petición, al efecto de deducir, frente a la denegación presunta, el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición. Este principio de la puesta en mora a la Administración, como condición para que se produzca decisión presunta derivada del silencio de la Administración, también se establece en la legislación argentina (art. 10).

2) En *segundo lugar*, el silencio tácito denegatorio también se produce por el transcurso del tiempo en los procedimientos que se inician de oficio y que, por tanto, no resultan del ejercicio del derecho de petición. El transcurso del tiempo permitiría el ejercicio del recurso respectivo siempre que, por supuesto, el acto tácito negativo lesione intereses personales, legítimos y directos. Por ejemplo, si un inmueble amenaza ruina y la Administración no resuelve el procedimiento iniciado de oficio para ordenar o no su demolición, los vecinos interesados podrían intentar los recursos respectivos.

3) En *tercer lugar*, este silencio puede producirse en materia de ejercicio de recursos administrativos, en el sentido de que si no son resueltos por la Administración en los lapsos prescritos, se presume que la Administración los ha declarado sin lugar, procediendo, entonces, la posibilidad de ejercer, según los casos, el recurso administrativo subsiguiente o el recurso contencioso-administrativo (art. 215, Ley del Perú).

En esta materia, debe mencionarse la Ley de El Salvador, en la cual luego de establecerse el principio del silencio positivo en los procedimientos iniciados a instancia del interesado, se precisa, sin embargo, que:

“Sin embargo, el silencio tendrá efecto negativo o desestimatorio en los siguientes casos:

1. Cuando el supuesto constitutivo se origine exclusivamente del derecho constitucional de petición, sin que exista regulación infraconstitucional alguna relativa al supuesto constitutivo de la petición.
2. Cuando la solicitud tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros, facultades relativas al dominio público o al servicio público.
3. Cuando se trate de peticiones dirigidas a la impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando se hubiere interpuesto recurso de

apelación contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud, se producirán los efectos positivos del silencio si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.

4. Siempre que una norma con rango de ley así lo establezca.

La producción de los efectos positivos del silencio administrativo tiene la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento, con todas sus consecuencias” (art. 113).

3. *El silencio administrativo positivo*

El principio general en materia de silencio administrativo con efectos positivos, y salvo el caso de la legislación de Costa Rica y del Perú, es que debe ser establecido por ley especial, en cada caso. Así lo regula expresamente el Código de Colombia (art. 41), la Ley de Bolivia (art. 17.V), el Código de Ecuador (art. 207), la Ley de Argentina (art. 10), y en la Ley de Chile exigiéndose en este último caso al interesado en la necesidad de poner previamente en mora a la Administración (art. 64).

En otros países, como Venezuela, aún sin previsión en la ley de procedimientos administrativos, en leyes especiales como las relativas a la ordenación del territorio y a la ordenación urbanística, se regula la figura del silencio positivo en materia de autorizaciones, aprobaciones y permisos. En el caso de Panamá, el principio establecido en la Ley que regula los procedimientos administrativos es que “El silencio se entenderá positivo, sin denuncia de mora, cuando así se establezca por disposición expresa” (art. 157).

En contraste con el régimen del silencio positivo establecido sólo en leyes especiales, el artículo 33 de la Ley del Perú dispone en general los siguientes casos en los cuales se produce el silencio positivo:

“1. Solicitudes cuya estimación habilite para el ejercicio de derechos preexistentes, salvo que mediante ella se transfiera facultades de la administración pública o que habilite para realizar actividades que se agoten instantáneamente en su ejercicio.

2. Recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo.

3. Procedimientos en los cuales la trascendencia de la decisión final no puede repercutir directamente en administrados distintos del peticionario, mediante la limitación, perjuicio o afectación a sus intereses o derecho legítimos.

4. Todos los otros procedimientos a instancia de parte no sujetos al silencio negativo taxativo contemplado en el artículo siguiente, salvo los procedimientos de petición graciable y de consulta que se rigen por su regulación específica. “

En igual sentido, en la Ley de El Salvador se establece el principio general del silencio positivo en los procedimientos iniciados a instancia de parte interesada, estableciéndose lo siguiente:

“Art. 113. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio del pronunciamiento que la Administración debe efectuar, conforme a las disposiciones de esta ley, el vencimiento del plazo máximo, sin haberse notificado resolución expresa, producirá el efecto positivo, de modo que el interesado ha de entender estimada su petición.”

Por su parte, la Ley General de Costa Rica, en forma excepcional en el derecho comparado, consagra con carácter general la figura del silencio administrativo positivo en los casos de procedimientos autorizatorios.

Estas otras legislaciones (Perú, Honduras y Costa Rica) se establece el silencio positivo como norma general cuando se trata de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en ejercicio de funciones de fiscalización y tutela. En este último sentido, el artículo 330 de la Ley General de Costa Rica, en efecto, establece que:

“1. El silencio de la Administración se entenderá positivo cuando así se establezca expresamente o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela.

2. También se entenderá positivo el silencio cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones.”

En definitiva, esta norma establece dos supuestos de silencio administrativo positivo: en primer lugar, en las relaciones inter orgánicas (internas) de la Administración, cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que, con motivo del ejercicio de funciones de fiscalización y tutela, pongan en relación los órganos superiores con los inferiores dentro de una misma estructura jerárquica o en relación de descentralización funcional. Asimismo, se regula en la Ley de Honduras (art. 29).

Pero, a pesar de que la Ley de Costa Rica no lo precise, debe entenderse que la figura del silencio positivo no puede darse, por ejemplo, respecto de las funciones de fiscalización y control que órganos constitucionales, como la Contraloría General de la República, realizan respecto de los órganos de la Administración Central o Descentralizada.

El segundo supuesto del silencio administrativo positivo consagrado en forma general se refiere a los casos de solicitudes de permisos, licencias y

autorizaciones, es decir, a los procedimientos autorizatorios, en los cuales, precisamente, las leyes especiales en otros países generalmente los regulan. Este principio es muy similar al previsto en la ley especial que rige en Venezuela para las autorizaciones sobre la ocupación del suelo o en materia de urbanismo.

Pero, en el caso del Perú y de Costa Rica, se trata de un principio general muy novedoso ya que no es frecuente que las legislaciones establezcan este principio general del silencio positivo en materia de uno de los procedimientos generales fundamentales administrativos, como lo es el procedimiento autorizatorio para la obtención de licencias, permisos y autorizaciones de la Administración. Como lo ha regulado el Código de Ecuador:

“En los procedimientos que hayan sido iniciados a solicitud de la persona interesada, para obtener autorizaciones administrativas expresamente previstas en el ordenamiento jurídico, transcurrido el plazo determinado para concluir el procedimiento administrativo sin que las administraciones públicas hayan dictado y notificado la resolución expresa, se entiende aprobada la solicitud de la persona interesada” (art. 209).

La Ley de Costa Rica no regula, sin embargo, la forma práctica de eficacia del acto tácito positivo, lo cual sí se precisa en el Código de Colombia, al prescribir que “la persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de la petición, junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto”. En esta forma, la escritura y sus copias producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así (art. 42).

En todo caso, tratándose de un acto administrativo tácito declarativo de derechos a favor de los interesados, el acto administrativo producto del silencio positivo es un acto irrevocable por la Administración (art. 331,2, Ley de Costa Rica). El art. 41, del Código de Colombia, en cambio, establece diversos supuestos de revocación.

Sobre dichos actos administrativos producto del silencio administrativo, la Ley de Chile dispone que “tendrán los mismos efectos que aquéllos que culminaren con una resolución expresa de la Administración, desde la fecha de la certificación respectiva” (art. 66); y la Ley de El Salvador, estableció el principio general de que:

“se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Estos actos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que esta se haya producido y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba, incluida la certificación

acreditativa del silencio producido, que pudiera solicitarse al órgano competente para resolver. Solicitada la certificación, esta deberá emitirse en el plazo máximo de quince días.

La certificación a que se refiere el inciso anterior deberá ser extendida con las formalidades legales correspondientes” (art. 113).

El Código de Ecuador, por otra parte, estableció expresamente en su artículo 207 que:

“Para que se produzca el silencio administrativo, el acto administrativo presunto que surja de la petición, no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad prescritas por este Código.

El acto administrativo presunto que resulte del silencio, será considerado como título de ejecución en la vía judicial.”

V. LA GARANTÍA CONTRA LA CARENCIA ADMINISTRATIVA

La ficción jurídica que deriva tanto del silencio negativo como del silencio positivo, sin duda, se han establecido en el ordenamiento jurídico como garantía de los derechos de los administrados para que, transcurrido un tiempo de inacción, puedan ejercer su derecho a la defensa mediante la interposición de los recursos administrativos o contencioso administrativos correspondientes.

Pero por supuesto, los efectos legales del silencio administrativo no eliminan la obligación de la Administración de decidir. Sin embargo, la decisión que se adopte conforme se reguló expresamente en la Ley de El Salvador, está condicionada. El artículo 113 de dicha Ley, a tal efecto estableció que:

“La obligación de dictar resolución expresa en los plazos establecidos en esta ley, se sujetará al siguiente régimen:

a) En los casos de silencio administrativo positivo, la resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse en el mismo sentido del efecto producido a consecuencia del silencio, sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales sobre revocación, declaración de nulidad y lesividad.

b) Tratándose de silencio administrativo negativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración, sin vinculación alguna al sentido de los efectos producidos por el silencio.”

En sentido similar se reguló en el Código Administrativo de Ecuador (art. 210).

En todo caso, a falta de acto expreso, la garantía contra el silencio de la Administración al no resolver un recurso consiste en asegurar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia contenciosa administrativa.

Sin embargo, la garantía del silencio negativo, cuando se trata de una solicitud o de una petición en materia de procedimientos autorizatorios, puede considerarse como una garantía muy relativa pues, en la práctica, los administrados no obtienen ninguna garantía a sus derechos con el hecho de que se considere que el silencio de la Administración produce tácitamente el rechazo a su solicitud. Por ejemplo, si se solicita una autorización y la Administración no responde, lo que interesa es la obtención del permiso y el interesado no obtiene nada con que se presuma que se ha negado su petición. Además, esta presunción de negativa de la petición, que es un acto tácito denegatorio, que carece de motivos y de motivación sería materialmente irrecurrible, pues no habría “vicios” que alegar, razón por la cual no habría garantía efectiva del derecho del administrado frente al silencio administrativo respecto de las peticiones.

En realidad, en los casos de abstención o negativa de la Administración a decidir, la verdadera garantía jurídica del administrado está en poder exigir al juez que obligue a la Administración a decidir, mediante el ejercicio de un recurso contencioso administrativo, no contra un acto que no existe, sino contra la carencia de la Administración. Esta posibilidad, por ejemplo, nunca se ha aceptado por el sistema contencioso administrativo francés, que requiere la existencia de un acto expreso o tácito para que puedan intentarse los recursos jurisdiccionales. Sin embargo, al inicio de la aplicación del Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA), y con motivo de la competencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, se creyó encontrar en el artículo 35 del Tratado de la CECA un recurso contra la carencia, precisamente, contra la abstención o negativa de las Altas Autoridades de la Comunidad en adoptar determinadas decisiones; pero ello no prosperó definitivamente, imponiéndose la tradición francesa.

Este problema plantea la necesidad de buscar alternativas de garantías en materia del silencio en el caso de peticiones, es decir, del trámite del procedimiento constitutivo del acto que no están reguladas en las leyes de procedimiento administrativo. La regulación general, en materia de silencio negativo, ha estado, sin duda, básicamente en el procedimiento de impugnación del acto administrativo cuando se permite acudir a la vía contencioso-administrativa.

En este sentido, debe destacarse que, en el sistema venezolano de las acciones contencioso-administrativas, se han planteado vías para obtener garantías frente a las conductas omisivas de la Administración, a través del recurso por abstención o negativa (recurso contra la carencia), expresamente establecido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela desde hace décadas, y que le atribuye competencia a los tribunales contencioso-administrativos para:

“Conocer de la abstención o negativa de los funcionarios nacionales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas” (art. 42 ord. 23, y, en el mismo sentido, art. 182 ord. 1 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, Venezuela).

Como lo ha precisado la jurisprudencia contencioso-administrativa:

“El recurso de abstención se inscribe dentro del género de las acciones contencioso-administrativas, cuya característica común es la de permitir el control de la legalidad y la de restablecer los intereses legítimos violados. De modo que es perfectamente posible revisar la legalidad en un procedimiento de un recurso de abstención, cuya finalidad no es la nulidad de actuación alguna, sino de calificar de legítima o no, una omisión tácita o expresa de la Administración en actuar, para que, de resultar ilegal, el Tribunal supla tal abstención o negativa, proveyendo el acto o el trámite omitido o negado... En conclusión, que el recurso de abstención, llamado de carencia, puede intentarse contra una negativa expresa o presunta (inactividad) de la Administración a cumplir un acto. Lo determinante es, pues, que el fin de la pretensión sea la de lograr por la intervención del Tribunal Contencioso-Administrativo el cumplimiento del acto que la Administración ha dicho que no cumple, o que simplemente se abstiene de cumplir, siempre y cuando el recurrente tenga derecho a ello, y exista la norma que contemple el deber de la Administración de (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 28 de octubre de 1987, *Revista de Derecho Público*, núm. 32, Caracas, 1987, p. 118).

El recurso contencioso-administrativo en carencia, en esta forma completa el cuadro de las garantías de los administrados ante la negativa expresa o tácita (inacción) de la Administración a decidir un asunto, cuando la sola presunción de decisión tácita denegatoria o positiva, no satisfaga los derechos o intereses de los administrados.

Este recurso tiene cierta equivalencia con la acción de cumplimiento regulada en la Constitución de Colombia, (art. 87) y desarrollada en la Ley 393 (1997), que regula esta acción, la cual procede “contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de una ley o acto administrativo”.

Pero, en general, tanto la regulación venezolana, mediante la acción en carencia contra las omisiones administrativas, o la acción de cumplimiento colombiana, que consagra la garantía frente a la omisión en el procedimiento constitutivo, son de carácter excepcional. Con ellas, en todo caso, se busca que al particular en el procedimiento constitutivo, por ejemplo, le otorguen una autorización, y no que se presuma que no se la van a dar y no poder accionar para

que se la concedan. La acción por omisión tiene por objeto permitir al particular acudir ante el juez para que éste ordene que le concedan lo que pide, si verdaderamente el particular tiene derecho a ello y reúne los requisitos. En su defecto, la acción tiene por objeto que el juez sustituya a la Administración, lo que sucede con la acción en carencia, mediante la cual el juez contencioso-administrativo, en definitiva, otorga lo que la Administración no le concede al particular. Es decir, se trata de una acción muy efectiva, y lo más probable es que la evolución de la acción de cumplimiento en Colombia llegue a la misma solución.

En todo caso, en este supuesto no se trata de una acción de tutela que, en el caso de Venezuela, sería un amparo contra la omisión, que presenta el problema de que debe fundamentarse en la violación de derechos constitucionales.

VI. SOBRE EL DESISTIMIENTO, LA RENUNCIA Y EL ABANDONA DEL PROCEDIMIENTO

En cuanto al derecho de los interesados de desistir de sus peticiones o de renunciar a su derecho ante la Administración, el mismo se recoge en todas las leyes. Por ejemplo, en la de Honduras se dispone que en cualquier momento la parte interesada puede desistir de su petición, lo cual deberá formular por escrito ante el órgano competente para resolver (art. 76).

En sentido similar se establece en el Código colombiano (art. 8), en la ley de Brasil (art. 51), en la Ley mexicana (art. 57) en la de Venezuela (art. 63), en la Ley de Chile (art. 42); en la Ley de Bolivia (art. 42); en la Ley de El Salvador (art. 115); en la Ley de Panamá (art. 159); en el Código de Ecuador (art. 211); agregando dichas leyes y la de Costa Rica, también, el derecho de los interesados en renunciar a su derecho (art. 337); o a los “derechos disponibles” como lo indica la Ley de Brasil (art. 51).

En algunos casos se prevén regulaciones bastante extensas, como en Uruguay (arts. 86-90) donde se exige que la Administración acepte el desistimiento, similar a la homologación procesal en los desistimientos judiciales, en la siguiente forma:

“Artículo 88. La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia y declarará concluido el procedimiento, salvo lo previsto en el artículo 86, o que se hubieren presentado en el mismo, terceros interesados que insten a su continuación, en el plazo de diez días a contar de la vista que del desistimiento otorgará la Administración.

Si la cuestión en trámite fuese de interés general, la Administración seguirá el procedimiento de oficio. “

De esta norma, implícitamente se infiere que la Administración podría, en algunos supuestos, negar el desistimiento. Y esto se hace evidente en el segundo párrafo, cuando indica que una vez desistido el procedimiento la Administración puede, de oficio, abrirlo en cualquier momento. Pero lo que no puede hacer la Administración, es no aceptar el desistimiento o renuncia que haga una persona de su petición.

La posibilidad de que la Administración continúe el procedimiento a pesar del desistimiento o de la renuncia cuando esté envuelto una cuestión de interés general se acepta expresamente en el Código Colombiano, el cual exige una resolución motivada (art. 8), y en las Leyes de Costa Rica (art. 339,3), de Honduras (art. 77), de Venezuela (art. 66), de Brasil (art. 51,2), de Chile (art. 44), de El Salvador (art. 115, 116).

En todo caso, el desistimiento sólo afecta a los interesados que lo formulen (art. 338 Ley de Costa Rica), sin que esta renuncia o desistimiento pueda lesionar el derecho de otros interesados en el procedimiento. Este principio, cuando hay pluralidad de interesados, se recoge también en las leyes de Venezuela (art. 63) y de Honduras (art. 78).

En la última de las leyes de procedimientos administrativos, que es la del Perú, se recogen todos estos principios del desistimiento del procedimiento administrativo, en forma detallada, de la siguiente manera:

Artículo 189. Desistimiento del procedimiento o de la pretensión

“189.1. El desistimiento del procedimiento importará la culminación del mismo, pero no impedirá que posteriormente vuelva a plantearse igual pretensión en otro procedimiento.

189.2. El desistimiento de la pretensión impedirá promover otro procedimiento por el mismo objeto y causa.

189.3. El desistimiento sólo afectará a quienes lo hubieren formulado.

189.4. El desistimiento podrá hacerse por cualquier medio que permita su constancia y señalando su contenido y alcance. Debe señalarse expresamente si se trata de un desistimiento de la pretensión o del procedimiento. Si no se precisa, se considera que se trata de un desistimiento del procedimiento.

189.5. El desistimiento se podrá realizar en cualquier momento antes de que se notifique la resolución final en la instancia.

189.6. La autoridad aceptará de plano el desistimiento y declarará concluido el procedimiento, salvo que, habiéndose apersonado en el mismo tercero interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento.

La autoridad podrá continuar de oficio el procedimiento si del análisis de los hechos considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento entrañase interés general. En ese caso, la autoridad podrá limitar los efectos del desistimiento, el interesado y continuará el procedimiento.”

El Código de Ecuador regula también el “abandono” del procedimiento, cuando la persona interesada deje de impulsarlo por dos meses, a excepción de los casos en que las administraciones públicas tengan pronunciamientos pendientes o por el estado del procedimiento no sea necesario el impulso de la persona interesada (art. 212).

VII. EL PRINCIPIO DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA POR CONCILIACIÓN

En muchos casos, los procedimientos administrativos se desarrollan originándose una controversia entre interesados con intereses o derechos contrapuestos, en los cuales se plantea un conflicto entre partes, que la Administración debe resolver. Son los denominados “procedimientos trilaterales” en la Ley del Perú, que se regulan como uno de los procedimientos especiales (art. 219).

Entre las normas de esta ley relativas a dicho procedimiento, se destaca la obligación que se impone a la Administración de “favorecer y facilitar la solución conciliada de la controversia” (art. 221.2), regulándose la figura de la siguiente manera:

Artículo 228. Conciliación o transacción extrajudicial

“228.1. En los casos en los que la Ley lo permita y antes de que se notifique la resolución final, la autoridad podrá aprobar acuerdos, pactos, convenios o contratos de los administrados que importen una transacción extrajudicial o conciliación, con el alcance, requisitos, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos poner fin al procedimiento administrativo y dejar sin efecto las resoluciones que se hubieren dictado en el procedimiento. El acuerdo podrá ser recogido en una resolución administrativa.

228.2. Los citados instrumentos deberán constar por escrito y establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes y el plazo de vigencia.

228.3. Al aprobar los acuerdos a que se refiere el numeral 228.1, la autoridad podrá continuar el procedimiento de oficio si del análisis de los hechos considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento entrañase interés general.”

Esta regulación es excepcional en la legislación de América Latina, pues en general, las Leyes de procedimiento no regulan la conciliación como forma de solución de controversias ante la Administración en los procedimientos administrativos.

VIII. EL PRINCIPIO DE LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO

Como se ha analizado, todo procedimiento administrativo tiene una finalidad específica que debe cumplirse conforme al principio del informalismo, a los efectos de la producción de los resultados establecidos en la norma. Sin embargo, el procedimiento no puede permanecer abierto indefinidamente, por lo que en los casos en los cuales el particular interesado debe cumplir determinadas actuaciones, de manera que, si no las cumple, rige el principio de la caducidad del procedimiento.

Este principio se recoge en algunas leyes de procedimiento administrativo, como la Ley de Honduras la cual prescribe, en general, que:

Transcurrido un plazo o la prórroga otorgada en tiempo, quedará caducado el derecho y perdido irrevocablemente el trámite o recurso que hubiere dejado de utilizarse, sin necesidad de apremio, haciéndose constar de oficio el transcurso del término y continuándose el procedimiento respectivo” (art. 49).

En la Ley argentina, por otra parte, se establece que “transcurridos sesenta (60) días desde que un trámite se paralice por causa imputable al administrado, el órgano competente le notificará que, si transcurrieren otros treinta (30) días de inactividad, se declarará de oficio la caducidad de los procedimientos, archivándose el expediente” (art. 1.e). Se garantiza, en estas normas, la necesidad de que previo a la declaración de la caducidad, la Administración debe poner en mora al particular.

En todo caso, operada la caducidad, el interesado podría formular nuevamente sus pretensiones en un nuevo expediente, por lo que la caducidad regulada es sólo del procedimiento y no del derecho o de la acción. Por ello, la Ley General de en Costa Rica regula que “la caducidad del procedimiento no producirá por sí sola la caducidad o prescripción de las acciones del particular” (art. 341).

Así en la Ley General de Costa Rica también se regula la caducidad del procedimiento, que se produce cuando “se paralizare por más de seis meses en virtud de causa imputable al interesado que lo ha promovido” y siempre que la abstención de actuación por parte del interesado no tenga su causa en el hecho de haberse operado el silencio positivo o negativo o cuando el expediente se encuentre listo para la resolución final (art. 340).

En cuanto a Honduras, la Ley también prescribe que se declarara la caducidad de la instancia cuando por causa imputable al interesado se hubiere paralizado un procedimiento promovido por éste durante treinta días, salvo que el asunto pueda afectar el interés general y así lo decida la autoridad administrativa (art. 80 y 77). Con este mismo lapso, se regula la institución en la Ley peruana, calificándosela de “abandono del procedimiento” (art. 191).

En el caso de la Ley de El Salvador, cuando se produzca la paralización la Administración debe requerir al interesado “que en el plazo de diez días realice el trámite correspondiente,” advirtiéndole que, “transcurridos treinta días desde el vencimiento concedido para atender el requerimiento, se declarará la caducidad” (art. 117).

Sin embargo, se precisa en el artículo 81 de la Ley de Honduras que no procederá la declaración de la caducidad de la instancia, en los casos siguientes:

“a) Cuando no constare en el expediente que el interesado fue debidamente requerido para la aportación de documento o cumplimiento del trámite legalmente indispensable para la continuación del procedimiento, con apercibimiento de que, de no cumplirlo dentro del plazo de quince días, se declarará la caducidad de la instancia.

b) Cuando el interesado cumpliera el trámite o requisito o justificare las causas que se lo impidan, antes de producirse la declaración de la caducidad de la instancia, aunque hubiere transcurrido el plazo legal para acordarla.”

La Ley reitera el principio de que la declaración de la caducidad de la instancia no impide que el interesado pueda ejercer sus pretensiones en un nuevo procedimiento, pero la instancia caducada, no interrumpe el plazo de prescripción (art. 82).

DÉCIMA PARTE

LOS PRINCIPIOS SOBRE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

I. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. *El régimen de los actos administrativos*

La codificación del procedimiento administrativo en América Latina, como se ha señalado, no sólo tiene por objeto regular los aspectos procesales de los trámites y actuaciones realizados por la Administración para la producción de sus actos, sino que ha incidido, materialmente, sobre el régimen mismo de los actos administrativos, regulando sus elementos o requisitos, el proceso de su elaboración, su forma o presentación, su eficacia, su ejecución y su impugnación en vía administrativa. Incluso, algunas leyes definen el acto administrativo,

establecen sus clasificaciones y, por supuesto, regulan el tema de las nulidades con gran detalle. Realmente, por tanto, bajo el nombre de leyes de procedimiento administrativo se han dictado leyes reguladoras de la actividad administrativa y, en particular, de los actos administrativos.

Para sólo destacar un ejemplo, el artículo 120 de la Ley General de Costa Rica, formula la siguiente clasificación de los actos administrativos: externos e internos, según que vayan destinados o no al administrado; y en concretos y generales, según que vayan destinados o no a un sujeto identificado. El acto concreto está sometido, en todo caso, al general y el interno al externo (art. 120).

Es decir, que lo que realmente regulan estas leyes es el régimen de los actos administrativos dictados por los órganos de la Administración Pública Nacional, Central o Descentralizada (Ley General de Costa Rica, art. 1.21; Ley de Argentina, art. 1); extendiéndose su aplicación, en algunos casos, a los órganos nacionales con autonomía funcional, comprendiendo estos últimos, órganos de rango constitucional que no están integrados a los tres órganos clásicos del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) pero que cumplen funciones administrativas: Contralorías Generales, Ministerio Público, Consejo Superior de la Magistratura, etc. (Ley de Venezuela, art. 1; Código de Colombia, art. 1), los cuales incluso, en la nueva Constitución de Venezuela de 1999, aparecen calificados como órganos del Poder Público (art. 136).

Además, en general, en los Estados con forma federal las leyes nacionales no se aplican a los actos administrativos de los Municipios o de las entidades político-territoriales (Estados o Provincias en los Estados Federales), aún cuando en algunos casos tienen aplicación supletoria respecto de las mismas (Ley de Venezuela, art. 1).

Por supuesto, tratándose de leyes relativas a los actos administrativos, es evidente que dado su ámbito orgánico de aplicación, relativo a los órganos del Poder Ejecutivo (Administración Pública) y otros órganos administrativos de rango constitucional, en general quedarían fuera de la regulación de dichas leyes, el régimen de los actos administrativos en sentido material dictados por los órganos del Poder Legislativo y del Poder Judicial en ejercicio de funciones administrativas, así como el de los actos administrativos dictados por entidades privadas pero en ejercicio de prerrogativas del Poder Público.

La Ley del Perú (art. I, Título Preliminar) y el Código de Colombia (arts. 1 y 82), sin embargo, en este último supuesto, someten a sus prescripciones, a los actos administrativos de las entidades privadas cuando cumplan funciones administrativas.

La impugnación en vía contencioso-administrativa, sin embargo, como lo establece el Código colombiano, es posible respecto de todos los actos administrativos, tanto los “expedidos en cualquiera de las ramas del Poder Público” como los emanados de “las entidades privadas cuando cumplan funciones públicas” (art. 128.1).

En definitiva, todas estas leyes hacen un especial énfasis sobre el acto administrativo o, como dice la Ley de Honduras, “los actos de la Administración sujetos al derecho administrativo” (art. 22), de manera que cuando se las analiza globalmente, el tema del acto administrativo es el común denominador que generalmente se considera.

2. *La definición del acto administrativo*

Algunas leyes, incluso, como se ha dicho, definen el acto administrativo. Como lo hace la Ley de Uruguay:

“Artículo 120. Acto administrativo es toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos.”

Se acoge, de esta manera, una definición de “acto administrativo”, desde el punto de vista orgánico, referido a la Administración; criterio que se sigue igualmente en la Ley de Chile (art. 3), en la Ley de Bolivia (art. 27) y en la Ley de El Salvador (art. 21).

Igualmente, en Venezuela, la Ley Orgánica dispone:

“Artículo 7. Se entiende por acto administrativo, a los fines de esta Ley, toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la Administración Pública.”

Estas definiciones orgánicas en nuestro criterio son totalmente inconvenientes, pues conducen a disponer que las leyes se aplican sólo a la Administración Pública como organización que ejerce el Poder Ejecutivo.

En contraste, podría señalarse el Código Colombiano que si bien no define al acto administrativo, da pie para identificar una definición funcional del mismo vinculada al ejercicio de la función administrativa. En este sentido se identifica como acto administrativo a cualquier manifestación de voluntad para producir efectos jurídicos, que se dicte en ejercicio de la función administrativa, por cualquier órgano del Estado e, incluso, por los particulares (arts. 1 y 82). En sentido similar, en la Ley de la República Dominicana se incluye el siguiente “Concepto Acto Administrativo”:

“Acto administrativo es toda declaración unilateral de voluntad, juicio o conocimiento realizada en ejercicio de función administrativa por una Administración Pública, o por cualquier otro órgano u ente público que produce efectos jurídicos directos, individuales e inmediatos frente a terceros” (art. 8)

Un criterio similar se sigue en la Ley de Panamá (art. 201) y en el Código de Ecuador (art. 98).

En nuestro criterio, ésta es la definición más conveniente. A la misma conclusión se ha llegado, por supuesto, en países como Venezuela, mediante su elaboración doctrinal o jurisprudencial, al determinar la existencia de actos administrativos emanados de particulares, de los órganos legislativos, y de los tribunales cuando ejercen función administrativa.

Por ello, si se trata de definir al acto administrativo, más conveniente resultaría la definición de la ley peruana, que establece en su artículo 1º, que son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

En cambio, la misma norma dispone que no son actos administrativos los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios y los comportamientos y actividades materiales de las entidades.

3. *Los requisitos de los actos administrativos*

Los actos administrativos, tal como lo precisa el Código colombiano, están configurados por “las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia” (art. 83), lo que lo distingue de los hechos administrativos; y su validez depende de “que se conformen sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario público” (art. 128, Ley General Costa Rica).

En la precisión de esta conformidad con el ordenamiento jurídico, es decir, en su conformidad con la legalidad, por supuesto, juegan un papel fundamental los elementos de los actos administrativos, tanto de fondo como de forma, los cuales se encuentran regulados en las diversas leyes de procedimiento administrativo. Éstos incluso se enumeran, muy didácticamente en algunas Leyes como la de El Salvador, en la cual se establece que:

“Art. 22. Sin perjuicio de lo que se establezca en leyes especiales, en la producción de los actos administrativos, deben observarse los siguientes requisitos: a). Competencia e investidura del órgano competente. b) Presupuesto de hecho. c) Causa. d) Fin. e) Motivación. f) Procedimiento, y, g) Forma de expresión.”

En sentido similar, se expresa el artículo 99 del Código de Ecuador; en el artículo 201.1 de la Ley de Panamá; y el artículo 28 de la Ley de Bolivia en el cual se enumeraron los siguientes: “elementos esenciales del acto administrativo:”

“a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente;

b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;

c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible.;

d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;

e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y,

f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico.”

II. LOS REQUISITOS DE FONDO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En *primer lugar*, están los elementos de fondo de los actos administrativos o requisitos de validez que se refieren, en general, a la competencia, a la manifestación de voluntad, a la base legal, a la causa o presupuestos de hecho y de derecho, a la finalidad y al objeto de los actos administrativos, respecto de los cuales el derecho positivo ha venido precisando aspectos que, anteriormente, sólo la jurisprudencia y la doctrina habían definido.

1. *Los principios relativos a la competencia*

El primer requisito o elemento de fondo de los actos administrativos, como lo afirman expresamente la Ley de Argentina (art. 7.a) y la Ley de El Salvador (art. 9), es que deben “ser dictados por autoridad competente; agregando la Ley de Honduras, que ello debe ocurrir “respetando los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico” (art. 24). La competencia, así, es uno de los elementos esenciales de todo acto administrativo, entendiendo por tal competencia la aptitud legal de los órganos administrativos para dictar un acto administrativo. Por tanto, como lo declara la Ley de Panamá, “ninguna autoridad podrá celebrar o emitir un acto para el cual carezca de competencia de acuerdo con la ley o los reglamentos” (art. 36).

La competencia, entonces, es la primera condición de validez de los actos administrativos, los cuales deben ser dictados por la autoridad, órgano o funcionario público designado a los efectos de su emisión.

Este principio fundamental está expresamente establecido en las leyes. Por ejemplo, la Ley de México dispone entre los elementos y requisitos del acto administrativo, el que deben:

“Ser expedidos por órgano competente, a través de servidor público, y en caso de que dicho órgano fuere colegiado, reúna las formalidades de la ley o decreto para emitirlo”. (art. 3,I)

De ello deriva que el tema de la competencia no es un tema sólo de principios sino de rango legal. Así se insiste en la Ley de Costa Rica, que establece, que:

“Artículo 129. El acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia.”

La Ley del Perú, en el artículo 3,1, relativo a los “requisitos de validez de los actos administrativos” también se refiere a la competencia, así:

“1. Competencia. Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.”

A. La competencia expresa y la no presunción de competencia

El primer principio relativo a la competencia en materia administrativa, es que la misma no se presume; por el contrario, debe emanar de una norma expresa que la atribuya al órgano, es decir, como lo indica el artículo 5.1 de la Ley de Bolivia, debe “derivar o resultar expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias;” o como lo afirmó la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, “debe emerger del texto expreso de una regla de derecho, ya sea la Constitución, la Ley, el Reglamento o la Ordenanza”, por lo que “a falta de disposición expresa, la autoridad carece de cualidad para efectuar el acto” (Sentencia de 28 de enero de 1968, Gaceta Oficial, núm. 27.367 de 13 de febrero de 1964 y sentencia de 11 de agosto de 1965, Gaceta Oficial, núm. 27.845 de 22 de septiembre de 1965). Este principio respecto de la competencia, en todo caso, contrasta con el de la capacidad en el derecho privado, la cual se presume, siendo la incapacidad la excepción. En el ámbito del derecho público, al contrario, la competencia requiere texto expreso, y así se regula, además, textualmente en las leyes de procedimiento administrativo.

Como lo ha señalado antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela:

“La competencia es, ciertamente, la medida de la potestad atribuida por la Ley a cada órgano, de modo que no habrá competencia ni, desde luego, actuación administrativa válida, si no hay previamente el señalamiento, por

norma legal expresa, de la atribución que se reconoce al órgano y de los límites que la condicionan. En este mismo orden de ideas, al ser la competencia resultado de una declaración normativa, el ejercicio de atribuciones en defecto de dicha declaración implica, por una parte, una acción administrativa de facto y, por la otra, una extralimitación de atribuciones o, la más grave, usurpación de funciones” (Sentencia de la Sala Político Administrativa, *Revista de Derecho Público*, N° 43, Caracas, 1990, p. 65).

Este principio lo reafirma la Ley argentina al establecer expresamente que:

“La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las Leyes y de los Reglamentos dictados en su consecuencia.” (art. 3).

La Ley del Perú también puntualiza sobre la fuente de competencia administrativa, que tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan (art. 61,1); y el artículo 65 del Código de Ecuador, precisó, además, que “La competencia es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado. (Art. 65).

En este campo, según la jurisprudencia venezolana:

“El principio de la legalidad se presenta con toda su rigidez, ordenándole al órgano que haga sólo aquello para lo cual está facultado, bien por norma expresa o bien por un margen de libre apreciación que ha de acordarle igualmente una disposición expresa” (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 16 de diciembre de 1982 en *Revista de Derecho Público*, núm. 13, Caracas, 1982, p. 118).

Al hablar de la competencia se puede también hacer referencia al tema de los denominados “poderes implícitos” y que se refieren, básicamente, a la potestad reglamentaria atribuida a los Ministros derivada de su carácter de superior jerárquico, obligados a tomar todas las medidas necesarias para el buen funcionamiento de la Administración. Como lo precisa el artículo 66 del Código de Ecuador: “Si alguna disposición atribuye competencia a una administración pública, sin especificar el órgano que la ejercerá, corresponde a la máxima autoridad de esa administración pública determinarlo.”

Una norma similar está en la Ley de El Salvador (art. 42)

También pueden considerarse como poderes implícitos, los que derivan del principio del “paralelismo de las competencias”, según el cual, a falta de

disposiciones expresas que determinen la autoridad competente, por ejemplo, para remover un funcionario, ese poder corresponde, de pleno derecho, a la autoridad investida del poder de nominación.

De ello resulta que un principio fundamental de interpretación de la competencia es el principio jerárquico, del cual precisamente, derivan estos poderes implícitos, como el nombramiento o remoción de funcionarios inferiores, la potestad reglamentaria, y la potestad de dictar instrucciones.

Pero la presunción de la competencia en la organización administrativa también puede referirse al inferior jerárquico, como lo dispone la ley peruana, en los casos de competencia desconcentrada en el sentido de que cuando una norma atribuya a una entidad alguna competencia o facultad sin especificar qué órgano a su interior debe ejercerla, debe entenderse que corresponde “al órgano de inferior jerarquía de función más similar vinculada a ella en razón de la materia y de territorio”, y, en caso de existir varios órganos posibles, al superior jerárquico común (art. 62,1).

Particularmente, conforme a la misma Ley compete a estos órganos resolver los asuntos que consistan en la simple confrontación de hechos con normas expresas o asuntos tales como: certificaciones, inscripciones, remisiones al archivo, notificaciones, expedición de copias certificadas de documentos, comunicaciones o la devolución de documentos. Además, cada entidad es competente para realizar tareas materiales internas necesarias para el eficiente cumplimiento de su misión y objetivos (art. 63,2,3).

En todo caso, en relación con el principio de que la competencia tiene que derivar de texto expreso, la determinación del mismo depende de la organización política o administrativa de cada Estado. En unos casos, el texto expreso que define la competencia es el texto constitucional. En materia de competencias político-territoriales, por ejemplo, en un Estado Federal, como Argentina, Brasil, México y Venezuela, evidentemente que es la Constitución la que define los principios relativos a la distribución de competencias entre el nivel nacional, el estatal (provincial) y el municipal, de manera que, en esta asignación de competencias, las normas atributivas de las mismas son de rango constitucional. Cualquier extralimitación en el ejercicio de las competencias respectivas entre los tres niveles de descentralización política, por tanto, constituiría una usurpación de funciones y un vicio de inconstitucionalidad.

Además, para la determinación la norma atributiva de competencia, el otro principio fundamental en la materia es el de la reserva legal, en el sentido de que en todo supuesto en que la regulación de una materia esté reservada al legislador, sólo la *ley formal* puede atribuir competencia para dictar actos administrativos, sin que pueda hacerlo el reglamento, el cual sólo debe limitarse a desarrollar lo que se establezca en las leyes.

Esto es evidente en las materias reservadas a la ley, por lo que sólo una ley puede establecer las competencias sancionatorias, tributarias y que impliquen limitación a los derechos y garantías de las personas. También puede haber reserva constitucional, en el sentido de que determinadas distribuciones de la competencia deben estar en el propio texto constitucional.

Estos principios de la necesidad de texto expreso y de la reserva legal aparecen consagrados en las leyes de procedimientos administrativos. Un ejemplo de ello está en la Ley de Costa Rica, al establecer que “la competencia será regulada por ley, siempre que contenga la atribución de potestades de imperio” (art. 59,1).

“Además, en dicha Ley se detalla cómo se limita la competencia por razón del territorio, del tiempo, de la materia y del grado; y también por la naturaleza de la función que corresponda a un órgano dentro del procedimiento administrativo en que participa” (art. 60,1 y 2).

En definitiva, no sólo se trata de consideraciones doctrinales las que definen la competencia, sino que ella se regula en los textos legales, estableciéndose también sus limitaciones.

B. *La competencia obligatoria y la sanción de nulidad*

La consecuencia fundamental de la atribución de competencia a los órganos administrativos por ley es que el ejercicio de la misma no es potestativo para la Administración, sino que el principio general es que la competencia es de ejercicio obligatorio, no constituyendo una facultad del funcionario, salvo que así esté establecido por ley, como una potestad discrecional.

Esto lo puntualiza el artículo 3 de la Ley argentina al establecer que el ejercicio de la competencia:

“Constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas; la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario.”

Por ello, la Ley de Honduras dispone que “la competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan atribuida por Ley” (art. 3); lo que también declara la Ley de Bolivia (art. 5.II), la Ley de El Salvador (art. 42), y el Código de Ecuador (art. 68). Sobre ello, la Ley de Costa Rica agrega que, además de ser obligatoria, es irrenunciable, es intransmisible y es imprescriptible y “sólo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercerla” (art. 66). El mismo principio lo recoge la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela, al precisar que la competencia es irrenunciable, indelegable, improrrogable y no

puede ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos (art. 26). En consecuencia, toda actividad realizada por un órgano manifiestamente incompetente o usurpada por quien carece de autoridad pública es nula y sus efectos se tendrán por inexistentes (art. 26).

La mayor precisión en esta materia está en el artículo 63 de la Ley del Perú, que dispone el carácter inalienable de la competencia administrativa, con estas normas:

“63.1. Es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple la renuncia a la titularidad, o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo.

63.2. Sólo por ley mediante mandato judicial expreso, en un caso concreto, puede ser exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa.

63.3. La demora o negligencia en el ejercicio de la competencia o su no ejercicio cuando ello corresponda, constituye falta disciplinaria imputable a la autoridad respectiva.”

En consecuencia, conforme al artículo 65 de la misma Ley peruana el ejercicio de la competencia es una obligación directa del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o avocación, según lo previsto en la Ley. Por tanto, el encargo de gestión, la delegación de firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia (art. 65,1,2).

En todo caso, conforme a la misma Ley peruana, la competencia de las entidades consagradas en la Constitución no puede ser cambiada, alterada o modificada (art. 65,3).

C. *La desviación de la competencia*

La consecuencia del principio de que la competencia es improrrogable, es decir, que es de ejercicio obligatorio, es que el funcionario no puede deshacerse de ella, a menos que la delegación o la avocación estuvieren expresamente autorizadas.

Así lo expresa la Ley 9.784 de Brasil, al establecer que la competencia es “irrenunciable”, y se ejerce por los órganos administrativos a los que le fue atribuida como propia, salvo los casos de delegación y avocación legalmente admitidos (art. 11).

Por tanto, el principio en los casos de competencias legalmente previstas es que toda desviación de la misma por delegación o avocación debe ser autorizada expresamente por la ley; teniendo, además, carácter temporal (art. 70, Ley del Perú).

a. *La avocación*

En materia de avocación, el principio tradicional del derecho administrativo ha sido que la autoridad administrativa superior no puede libremente sustituirse en las autoridades subordinadas en el ejercicio de su poder de decisión, salvo disposición expresa de la Ley, como se establece en la Ley de El Salvador (art. 45).

Por ello, en la Ley de Brasil se establece que sólo de manera excepcional y por motivos relevantes debidamente justificados se podrá admitir la avocación temporal de competencias atribuidas a los órganos jerárquicamente inferiores (art. 15). Hasta cierto punto, este es el principio que recoge la Ley de Honduras, al señalar que:

“Artículo 6. Salvo disposición legal en contrario, el órgano superior no podrá avocarse en el conocimiento de asuntos atribuidos por la Ley a la competencia exclusiva de un órgano inferior.”

En sentido similar la ley peruana dispone, en el Artículo 69 relativo a la avocación de competencia, que:

“69.1. Con carácter general, la ley puede considerar casos excepcionales de avocación de conocimiento, por parte de los superiores, en razón de la materia, o de la particular estructura de cada entidad.

69.2. La entidad delegante podrá avocarse al conocimiento y decisión de cualquier asunto concreto que corresponda decidir a otra, en virtud de delegación.”

Sin embargo, en la Ley argentina en materia de avocación se establece el principio contrario, en el sentido de que “la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario” (art. 3).

En sentido similar se regula en la Ley de Bolivia (art. 9) y en el Código de Ecuador (art. 73).

En esta misma orientación de permisividad general del avocamiento, el artículo 41 de la LOAP autoriza al Presidente de la República, al Vicepresidente Ejecutivo, a los Ministros, a los Viceministros, a los Gobernadores, a los Alcaldes, y a los superiores jerárquicos de los órganos y entes de la Administración Pública, para poder avocarse al conocimiento y resolución de un

asunto cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos jerárquicamente subordinados, cuando razones de índole técnica, económica, social, jurídica o de interés público lo hagan pertinente.

La avocación comprende las actividades materiales y las decisiones que correspondan al ejercicio de las atribuciones aplicables al caso, de conformidad con las formalidades que determinen la LOAP y el Reglamento respectivo.

El mismo artículo 41 de la LOAP dispone que, en todo caso, la avocación se debe realizar mediante acuerdo motivado que debe ser notificado a los interesados en el procedimiento, si fuere el caso, con anterioridad al acto administrativo definitivo que se dicte.

Contra el acuerdo de avocación no opera recurso, aunque podrá impugnarse en el recurso que, en su caso, se interponga contra el acto administrativo definitivo que se dicte (art. 41).

b. *La asignación genérica de competencia y su desviación*

En realidad, puede considerarse que ni la avocación ni la delegación requieren texto expreso en los casos en los cuales la atribución legal de competencia se asigne, no a un órgano determinado, como a un Ministro, directamente, sino a la organización específica, es decir, “al Ministerio” como un todo. En estos casos, conforme al tema de los poderes implícitos, la competencia se presume atribuida al superior jerárquico (el Ministro) (Ley General de Costa Rica, arts. 62 y 70), y éste normalmente, la distribuye entre los distintos órganos que conforman el Ministerio, por vía de reglamento.

Por ello, la Ley de Honduras dispone que el superior jerárquico:

“Podrá delegar el ejercicio de sus funciones para asuntos concretos, siempre que la competencia sea atribuida genéricamente al Ramo de la Administración de que forman parte el superior y el inferior (art. 4).”

y conforme a la Ley de Costa Rica:

“La distribución interna de competencia, así como la creación de servicios sin potestades de imperio, se podrá hacer por reglamento autónomo, pero el mismo estará subordinado a cualquier Ley futura sobre la materia” (art. 59.2).

En estos supuestos, además de ser el reglamento de organización la fuente de la competencia de los distintos órganos; habiendo sido el Ministro el que distribuye la competencia, se presume que tiene el poder genérico de avocación, en el mismo sentido que tiene el ejercicio de las competencias derivadas de la propia jerarquía administrativa, tales como revisar las decisiones del inferior;

dirigir con carácter general la actividad de los inferiores mediante instrucciones y circulares; y delegar el ejercicio de competencias que se atribuya en los inferiores.

Un caso particular en esta materia lo consagra la Ley de Brasil (art. 17), donde se establece que en los supuestos en que no exista una competencia legal específica, el procedimiento administrativo deberá ser iniciado por ante la autoridad de menor grado jerárquico para decidir. Por lo tanto, en este caso, como ya se señaló respecto del Perú (art. 62), las atribuciones generales de competencia no las asume el superior jerárquico sino el inferior.

En todo caso, el principio del ejercicio obligatorio de la competencia sólo se ve desviado cuando exista la posibilidad de delegación de la misma hacia el inferior jerárquico, o cuando haya la posibilidad de avocación de la competencia por parte del superior jerárquico. Estas son las dos formas clásicas de desviación de la competencia, que encuentran regulación incluso con gran detalle en algunas leyes. La Ley de Costa Rica, incluso, destina uno de sus capítulos a regular: “De la Distribución y de los Cambios de la Competencia”, con una Sección Primera sobre la “Desconcentración”; y una Sección Segunda sobre “Cambios de Competencia en General”, donde establece que las competencias pueden ser transferidas por “a) Delegación; b) Avocación; c) Sustitución del titular o de un acto; d) Subrogación; y e) Suplencia.” (art. 84). Y luego destina las Secciones subsiguientes de manera específica, con varios artículos, para analizar cada una de estas figuras, en el sentido de regular cuándo se producen y qué requisitos requieren.

c. *La delegación*

Particular referencia debe hacerse a la delegación, como posibilidad que tiene el superior jerárquico de desviar el ejercicio de la competencia que le ha sido asignada por ley, en un órgano inferior, para lo cual se requiere texto expreso que la autorice. La Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, en esta materia, ha positivizado los principios que pueden ser considerados como fundamentales en la materia así (arts. 89 y 90):

- “a) La delegación deberá ser publicada en el Diario Oficial;
- b) La delegación podrá ser revocada en cualquier momento por el órgano delegante.
- c) No podrán delegarse potestades delegadas, es decir, no se permite la subdelegación.
- d) No podrá hacerse una delegación total ni tampoco de las competencias esenciales del órgano, que le dan nombre o que justifican su existencia.

e) No podrá hacerse delegación sino en órganos o funcionarios que sean inferiores dentro de una misma organización, y entre órganos de la misma clase, por razón de la materia, del territorio y de la naturaleza de la función.

f) El órgano colegiado no puede delegar sus funciones”

Principios similares están recogidos en la Ley de Brasil (art. 14), en la Ley de El Salvador (art. 43), en el Código de Ecuador (art. 69), y en la Ley de Bolivia (art. 7). La Ley del Perú, también los recoge con precisión, en el Artículo 67 dedicado a la delegación de competencia:

“67.1. Las entidades pueden delegar el ejercicio de competencia conferida a sus órganos en otras entidades cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente.

67.2. Son indelegables las atribuciones esenciales del órgano que justifican su existencia, las atribuciones para emitir normas generales, para resolver recursos administrativos en los órganos que hayan dictado los actos objeto de recurso, y las atribuciones a su vez recibidas en delegación.

67.3. Mientras dure la delegación, no podrá el delegante ejercer la competencia que hubiese delegado, salvo los supuestos en que la ley permite la avocación.

67.4. Los actos administrativos emitidos por delegación indican expresamente esta circunstancia y son considerados emitidos por la entidad delegante.

67.5. La delegación se extingue: a) Por revocación o avocación; b) Por el cumplimiento del plazo o la condición previstos en el acto de delegación.”

Además, debe destacarse el principio de que en los actos administrativos adoptados por delegación, debe hacerse constar expresamente esta circunstancia, como lo precisan la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela (art. 18,7), la Ley 9.784 de Brasil (art. 14,3º) y la Ley de Honduras (art. 5). Esta última, además, recoge el principio general de que “la responsabilidad que se derive de la emisión de los actos será imputable al órgano delegado” (art. 5).

En algunas leyes, y siguiendo los principios generales en esta materia, se precisan las materias que no pueden ser objeto de delegación, como lo indica la Ley de Brasil (art. 13) respecto de:

“I. a edição de atos de carácter normativo;

II. a decisão de recursos administrativos;

III. as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.”

El artículo 72 del Código de Ecuador, estableció, igualmente, la prohibición de la delegación en los siguientes casos:

- “1. Las competencias reservadas por el ordenamiento jurídico a una entidad u órgano administrativo específico.
2. Las competencias que, a su vez se ejerzan por delegación, salvo autorización expresa del órgano titular de la competencia.
3. La adopción de disposiciones de carácter general.
4. La resolución de reclamos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de dicho reclamo.

En ningún caso, el objeto de la delegación de gestión puede referirse a prestaciones en los contratos públicos, cuando se la instrumenta con respecto a una contraprestación dinerada.”

En materia de delegación deben destacarse las previsiones de la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela, de octubre de 2001, la cual distingue tres tipos de delegación: la inter orgánica, la subjetiva y la de gestión.

En cuanto a la delegación interorgánica, el artículo 34 autoriza al Presidente de la República, al Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros, los Viceministros, los Gobernadores, los Alcaldes y los superiores jerárquicos de los órganos y entes de la Administración Pública para delegar las atribuciones que les estén otorgadas por ley a los órganos o funcionarios inmediatamente inferiores bajo su dependencia, de conformidad con las formalidades que determine la LOAP y su Reglamento (art. 34).

Los funcionarios del órgano al cual se haya delegado una atribución serán responsables por su ejecución (art. 37).

Los actos administrativos derivados del ejercicio de las atribuciones delegadas, a los efectos de los recursos correspondientes, se tendrán como dictados por la autoridad delegante (art. 37).

En cuanto a la delegación intersubjetiva, el artículo 33, por otra parte, denomina así el acto mediante el cual la Administración Pública Nacional, la de los Estados, la de los Distritos metropolitanos y la de los Municipios deleguen las competencias que les estén otorgadas por ley a sus respectivos entes descentralizados funcionalmente, de conformidad con las formalidades que determine la presente Ley y su reglamento (art. 33).

La delegación intersubjetiva, en los términos establecidos por la LOAP, transfiere la responsabilidad por su ejercicio al ente delegado. Los funcionarios o funcionarias del ente delegado encargados del ejercicio de la competencia delegada serán responsables personalmente por su ejecución, sin perjuicio de la responsabilidad personal del funcionario o de los funcionarios que integren los órganos encargados de su ejecución en dicho ente (art. 36)

En cuanto a la delegación de gestión y de firma, el artículo 38 de la LOAP autoriza al Presidente de la República, al Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros, los Viceministros, los Gobernadores, los Alcaldes y las autoridades de superior jerarquía de la República, de los Estados, de los Distritos metropolitanos, de los Municipios y de los entes de la Administración Pública, para delegar la gestión, total o parcial de determinadas atribuciones a los órganos bajo su dependencia, así como la firma de documentos en funcionarios o funcionarias adscritos a los mismos, de conformidad con las formalidades previstas en la LOAP y su Reglamento (art. 38). La encomienda de gestión también se ha regulado en la Ley de El Salvador, en cuyo artículo 49 se dispone:

“Art. 49. Por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos, los órganos administrativos podrán encomendar a otros órganos, aunque no pertenezcan a la misma institución, la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios.

La encomienda de gestión no supone la cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, de modo que será responsabilidad del órgano encomendante dictar cuantos actos o resoluciones sean necesarias, para dar soporte jurídico a la actividad material encomendada.”

Conforme al artículo 38 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela, en ningún caso procede la delegación de firmas en los supuestos de actos administrativos de carácter sancionatorio ni en los casos en los cuales no procede la delegación inter orgánica a intersubjetiva previstos en el artículo 35 de la LOAP.

En todo caso, los actos administrativos que se firmen por delegación de gestión indicarán esta circunstancia y señalarán la identificación del órgano delegante (art. 42).

El acto contentivo de la delegación cualquiera sea su tipo, intersubjetiva o interorgánica, y de la delegación de gestión, debe ser motivado, identificar los órganos o entes entre los que se transfiera el ejercicio de la competencia o la gestión administrativa y determinar la fecha de inicio de su vigencia.

En los casos de delegación, en que no se determine la fecha de inicio de su vigencia, se entiende que ésta comienza desde su publicación en la Gaceta Oficial de la República o el medio de divulgación oficial del Estado, del Distrito metropolitano o del Municipio correspondiente (art. 42).

Conforme al artículo 35 de la LOAP y sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución o en leyes especiales, la delegación intersubjetiva o interorgánica no procede en los siguientes casos:

“1. Cuando se trate de la adopción de disposiciones de carácter normativo.

2. Cuando se trate de la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso.

3. Cuando se trate de competencias o atribuciones ejercidas por delegación.

4. En aquellas materias que así se determinen por norma con rango de ley.”

Las delegaciones intersubjetivas y su revocación deben publicarse en la Gaceta Oficial de la Administración Pública correspondiente (art. 35). Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación deben indicar expresamente esta circunstancia y se consideran dictadas por el órgano delegante (art. 35). La delegación será revocable en cualquier momento por el órgano que la haya conferido (art. 35).

Debe mencionarse igualmente la previsión del artículo 74 del Código de Ecuador, que regula por vía excepcional la delegación de actividades a entes privado. Dicha norma, en efecto establece:

“Cuando sea necesario, en forma excepcional y motivada, para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas con mayoría pública, el Estado o sus instituciones podrán delegar a sujetos de derecho privado, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos, sin perjuicio de las normas previstas en la ley respectiva del sector.

La delegación de actividades económicas que no correspondan a servicios públicos o sectores estratégicos, esto es, aquellas que no se encuentren reservadas constitucional o legalmente al Estado, no está sujeta al criterio de excepcionalidad previsto en el inciso precedente, sino a los criterios de eficiencia y eficacia administrativas.”

d. *La desconcentración*

Además de la delegación y la avocación, la desconcentración y la descentralización también constituyen formas de desviación de la competencia, que requieren texto expreso.

La desconcentración, que está definida con precisión en la Ley de Nicaragua (art. 40) y el Código de Ecuador (at. 84), es una desviación permanente de la competencia, que se produce cuando es la ley la que directamente atribuye la competencia específica a un órgano inferior, por ejemplo, de un Ministerio. Se trata de una desviación que se dirige a un órgano y no a un funcionario, atribuyéndose al órgano inferior en una relación de jerarquía, la resolución de asuntos, poniendo fin a la vía administrativa y rompiendo el principio jerárquico. Materialmente, por ello, la desconcentración es una ruptura permanente del principio jerárquico que debe estar contenida en una ley.

Por supuesto, cuando hay una ruptura del principio jerárquico por causa de una disposición de ley, es decir, cuando hay desconcentración, no procedería el avocamiento por parte del funcionario de superior jerarquía. En otras palabras, el funcionario superior jerárquico, cuando haya desconcentración de competencia legalmente establecida, no podría asumir por vía de avocamiento la competencia que ha sido atribuida por ley al funcionario inferior.

Es el caso, por ejemplo, en Venezuela, de las Comisiones u órganos permanentes de la Administración Pública como por ejemplo, la Superintendencia de Protección y Promoción de la Libre Competencia, la Comisión Nacional de Valores y la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, y demás administraciones independientes, las cuales, si bien en principio están integradas a la organización de un Ministerio, sin embargo, sus decisiones o resoluciones agotan la vía administrativa, en el sentido que por ley tienen la competencia para decidir, sin que tales decisiones puedan ser revisadas en vía jerárquica por el Ministro de adscripción; ya que éste no podría avocarse al conocimiento de las materias que les conciernen a estas Administraciones.

Incluso, en la Ley sobre Protección del Niño y del Adolescente de 1998 de Venezuela se crea la Comisión Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente, como entidad autónoma respecto de todos los órganos del Poder Público, incluso del Poder Ejecutivo, lo que realmente no tiene sentido pues ello sólo la Constitución podría disponerlo.

La Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, incluso, precisa que habría desconcentración mínima, “cuando el superior no pueda avocar competencias del inferior, ni revisar o sustituir la conducta del inferior, de oficio o a instancia de parte” (art. 83,2); y habría desconcentración, máxima “cuando el inferior esté sustraído además a órdenes, instrucciones o circulares del superior”. (art. 83,3).

e. *La descentralización*

La descentralización, que también es otra forma de desviación de la competencia requiere así mismo, de ley expresa y normalmente debe ser hecha mediante ley. Se trata, tal como se ha definido en la Ley de Nicaragua (art. 4^o) y en el Código de Ecuador (art. 83), de una desviación de la competencia cuando la misma se atribuye a un órgano con personalidad jurídica propia, distinta del que descentraliza.

Se trata de la denominada *descentralización funcional* que requiere la creación, por ley, por ejemplo, de un instituto autónomo o un establecimiento público con personalidad jurídica propia.

Por ello, la Constitución venezolana, por ejemplo, establece como principio que los institutos autónomos sólo pueden crearse por ley (art. 142); exigiendo

que una ley nacional establezca “las condiciones para la creación de entidades descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan” (art. 300).

Conforme a estas normas constitucionales, la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela de 2001, establece detalladamente el régimen general de la organización de la administración pública descentralizada tanto nacional, como estatal y municipal.

Conforme se ha dicho, la descentralización administrativa funcional tiene por objeto la creación de personas jurídicas a las cuales se transfiere la titularidad de determinadas competencias y la responsabilidad de ejecutarlas (arts. 29 y 32 LOAP), pudiendo realizarse esta descentralización funcional mediante la creación de personas jurídicas con forma de derecho público o con forma de derecho privado.

En la LOAP sólo se regula una de las formas jurídicas de derecho público para la descentralización administrativa funcional constituida por la figura del instituto autónomo, el cual se define en el artículo 95 de la LOAP, como una persona jurídica de derecho público de naturaleza fundacional, creado por ley nacional, estatal u ordenanza municipal conforme a las disposiciones de esta Ley, dotado de patrimonio propio e independiente de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios, según sea el caso, con las competencias o actividades determinadas en la ley que lo cree.

Sin embargo, las formas jurídicas de derecho público estatales no se agotan en los institutos autónomos, pues también los establecimientos públicos corporativos, como las universidades nacionales y aquellas personas jurídicas de derecho público específicas, como el Banco Central de Venezuela (establecimientos públicos asociativos), son formas jurídicas de derecho público estatales para la descentralización funcional.

La creación de los institutos autónomos, como se dijo, sólo puede realizarse mediante ley conforme lo establece el artículo 142 de la Constitución, a cuyo efecto, el artículo 96 de la LOAP dispone que la ley nacional, estatal u ordenanza que cree un instituto autónomo debe contener:

- “1. El señalamiento preciso de su finalidad, competencias y actividades a su cargo.
2. La descripción de la integración de su patrimonio y de sus fuentes ordinarias de ingresos.
3. Su estructura organizativa interna a nivel superior, con indicación de sus unidades administrativas y señalamiento de su jerarquía y atribuciones.

4. Los mecanismos particulares de control de tutela que ejercerá el órgano de adscripción.

5. Los demás requisitos que exija la presente Ley.”

En cuanto a las formas jurídicas de derecho privado de la Administración Pública descentralizada funcionalmente, la LOAP regula a las sociedades mercantiles del Estado, a las fundaciones del Estado y a las asociaciones civiles del Estado. En particular, el artículo 100 de la LOAP define a las empresas del Estado como las sociedades mercantiles en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente regulados en la Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al 50% del capital social. La Ley Orgánica, en consecuencia, autoriza a la República, a los Estados, a los municipios, a los distritos metropolitanos, para constituir sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, incluso como únicos accionistas (art. 103).

En todo caso, la creación de las empresas del Estado debe ser autorizada respectivamente por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, los gobernadores y los alcaldes según corresponda, mediante decreto o resolución de conformidad con la ley (art. 101). Estas empresas del Estado pueden constituirse con un único accionista, estableciéndose así, en el artículo 104 de la LOAP, la excepción al régimen del contrato de sociedad que establece el Código de Comercio para la constitución de sociedades mercantiles. Las empresas del Estado adquieren la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en el registro mercantil correspondiente a su domicilio, donde se debe archivar un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la Gaceta Oficial de la República o del medio de publicación oficial correspondiente donde aparezca publicado el decreto que autorice su creación (art. 101).

Pero además de la descentralización funcional debe también destacarse la *descentralización política*, que se produce al transferirse competencias de una entidad política territorial a otra en un Estado descentralizado. Por ejemplo, en la Federación venezolana se dispone que la Asamblea Nacional podrá atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin promover la descentralización (art. 157); competencia que se ejerció con la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencia de los órganos del Poder Público de 1989.

Esta desviación de la competencia, de rango constitucional, porque se refiere a las competencias asignadas al Poder Nacional en la Constitución (art. 156), cuando se produce, origina una modificación de la Constitución por lo que la ley respectiva adquiere rango constitucional. En la Constitución Venezolana, además, se define el proceso de descentralización política como una política nacional, para profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales (art. 158).

D. *El carácter de orden público*

Por último, en relación con la competencia como requisito de los actos administrativos, debe mencionarse el vicio de incompetencia que resulta de la violación de los principios anteriores relativos a la competencia, legalmente prescritos.

Hay leyes que prevén este principio expresamente, como la Ley de Costa Rica, en la cual se establece que, en vía administrativa, “la incompetencia será declarable de oficio en cualquier momento por el órgano que dictó el acto, por el superior jerárquico o, a instancia de parte, por la autoridad de contralor” (art. 67,1). En igual sentido se regula en la Ley de Honduras (art. 7).

Por ello, el vicio de incompetencia se considera siempre como un vicio de orden público, de manera que la Ley de Argentina en su artículo 14,6 considera que:

“El acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable... cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas. “

La Ley de Honduras, en cambio, sólo califica el vicio como de la nulidad absoluta cuando se trate de incompetencia “absoluta” (art. 34,a), y la Ley de Venezuela, cuando se trate de “incompetencia manifiesta” (art. 19.4) la cual, como lo señaló la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela:

“Puede ser alegada en cualquier estado y grado de la causa, inclusive en alzada y acarrea la posibilidad para el juez de pronunciar la dicha nulidad absoluta, aún de oficio” (*Vid.* Sentencia de la Sala Político Administrativa de 26 de marzo de 1984, ratificada en sentencia de 5 de diciembre de 1985).

Además, la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 9 de diciembre de 1985, *Revista de Derecho Público*, núm. 25, Caracas, 1986, pp. 144 y 108).

La importancia procesal de este vicio alegado en vía contencioso-administrativa, además, radica en que invierte la carga de la prueba que normalmente corresponde al recurrente, por la presunción de legalidad de los actos administrativos. Así lo tiene decidido la jurisprudencia venezolana al sentar el principio de que cuando el recurrente alega la incompetencia del funcionario, se invierte la carga de la prueba y es entonces a la Administración a quien le corresponde probar la competencia (*Vid.* Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 9 de diciembre de 1985, *idem*, p. 108).

Por otra parte, el Código colombiano trae una norma (art. 33) preventiva para el caso de la incompetencia y es aquella disposición que obliga al funcionario incompetente a informar al peticionante de su imposibilidad de resolver la petición por no ser el competente para ello:

“Si el funcionario a quien se dirige la petición, o ante quien se cumple el deber legal de solicitar que inicie la actuación administrativa, no es el competente, deberá informarlo en el acto al interesado, si éste actúa verbalmente; o dentro del término de diez (10) días, a partir de la recepción si obró por escrito; en este último caso el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término, al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en diez (10) días.”

Una regulación similar está en la Ley de Honduras (art. 7).

En esta Ley se establecen, además, los pasos a seguir cuando un órgano administrativo entienda que es el competente para el conocimiento de un asunto que se tramite ante cualquier inferior, en cuyo caso, debe pedirle “las razones que ha tenido para conocer el asunto”, con fundamento en lo cual el superior resolverá lo procedente en un lapso de tres días (art. 8). También se regula la situación inversa, cuando un órgano estime que le corresponde el conocimiento de un asunto que se tramite ante un superior, en cuyo caso se limitará a exponerle las razones, para que el superior sea el que resuelva (art. 9).

E. *Los conflictos de competencia*

El requisito de la competencia también incide en el problema de la resolución de los conflictos de competencia que se puedan suscitar entre los órganos administrativos.

De nuevo en esta materia está presente el principio jerárquico, como se señaló respecto de la Ley de Honduras, ya que se le atribuye al superior jerárquico la resolución de los conflictos de competencia.

Así, la Ley de Costa Rica establece el principio general en el sentido de que los conflictos de competencia entre órganos del Poder Ejecutivo o de un mismo ente deben ser siempre resueltos, en vía administrativa, y no pueden ser llevados en ningún caso a los Tribunales; y como principio, dispone que los:

“Conflictos administrativos entre órganos del Poder Ejecutivo o de un mismo ente, se resolverán por el superior jerárquico común de los órganos en conflicto” (art. 71)

Lo interesante de la regulación establecida en la Ley de Costa Rica es la prohibición que consagra de que los conflictos interadministrativos se lleven a los tribunales y, por ello, la obligación de que los mismos se resuelvan en vía administrativa.

La Ley de Costa Rica, además, hace una distinción entre los conflictos de competencia que pueden presentarse dentro de un mismo ministerio (arts. 73 a 75); los conflictos de competencia entre distintos ministerios (arts. 76 y 77); los conflictos de competencia entre el Estado y otros entes, o entre éstos (arts. 78 a 80); y, los conflictos de competencia planteados por el interesado (arts. 81 y 82); en fin, contempla toda una gama de posibilidades de conflictos.

Esta ley es un caso único de regulación detallada del tema de los conflictos de competencia, con el principio básico de que los mismos deben resolverse en vía administrativa. Esto es muy válido sobre todo en los Estados Unitarios, como Costa Rica, donde aún en el supuesto de conflictos entre el Presidente y entidades descentralizadas o entre ministros y entidades descentralizadas, es el Presidente de la República el que debe resolver el conflicto.

De igual manera, este principio de la resolución administrativa de los conflictos entre ministerios o entre entidades administrativas o autárquicas (como se les llama en Argentina), es decir, el principio de que estos conflictos debe resolverlos el Ejecutivo está consagrado también en la Ley argentina (arts. 4 y 5) y en la Ley de Honduras (art. 10). El tema de los conflictos de competencia también se encuentra expresamente regulado en las Leyes de Bolivia (art. 44), de El Salvador (art. 50), y en el Código de Ecuador (art. 85)

En Venezuela, la Ley Orgánica de la Administración Pública regula la solución de los conflictos de atribuciones, estableciendo que cuando el órgano que esté conociendo de un asunto se considere incompetente debe remitir las actuaciones al que estime con competencia en la materia. Si este último órgano se considera a su vez incompetente, el asunto debe ser resuelto por el órgano superior jerárquico común a ambos (art. 44).

Los interesados pueden solicitar a los órganos que estén instruyendo el procedimiento que declinen el conocimiento del asunto en favor del órgano competente. Del mismo modo, pueden solicitar a este último que requiera la declinatoria del órgano que esté conociendo del asunto (art. 44).

Los conflictos antes mencionados sólo pueden suscitarse entre unidades administrativas integrantes del mismo órgano o ente y con respecto a asuntos sobre los cuales no haya recaído decisión administrativa definitiva o finalizado el procedimiento administrativo (art. 44).

Debe destacarse, por otra parte, la disposición de la Ley de Honduras que permite la adopción de medidas provisionales durante la solución de los conflictos de competencia, así:

“Artículo 13. Cuando hubiere peligro de grave e irreparable daño mientras el conflicto está pendiente de decisión, el órgano que está conociendo del asunto deberá adoptar de oficio o a petición de parte interesada las medidas provisionales que estime procedentes, dando inmediata comunicación a los demás y, en su caso, a los interesados”.

Ahora bien, en cuanto a la regulación en Estados federales o descentralizados como es el caso de Argentina, la ley nacional sólo se refiere a los conflictos entre las autoridades del Poder nacional, mas no regula los conflictos interterritoriales. La razón principal es que se trata de un Estado federal donde el Poder nacional es distinto al Poder de las provincias o el Poder municipal. Es el mismo caso de Venezuela, donde hay una trilogía de distribución vertical del poder público.

En esos casos de conflictos entre los Poderes nacional, estatal y municipal evidentemente que no son de carácter interadministrativo, son interterritoriales, de carácter político y la solución debe corresponder a los órganos de control constitucional. En Venezuela es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien tiene atribuida formalmente la competencia para resolver las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público (art. 336, ord. 9).

Pero incluso, tratándose de conflictos entre entidades territoriales en el Estado federal venezolano, en relación con competencias administrativas, la Constitución de Venezuela requiere que sean resueltos por la jurisdicción contencioso administrativa.

Así el artículo 266, ordinal 4 atribuye al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, competencia para:

“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.”

Por último, debe destacarse la regulación del artículo 64 de la Ley peruana que norma el conflicto de competencias entre la autoridad administrativa y la autoridad judicial, en la siguiente forma:

“64.1. Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.

64.2. Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio.

La resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersone al proceso.”

2. *Los principios relativos a la manifestación de la voluntad*

El segundo de los requisitos fundamentales o condiciones de validez de los actos administrativos lo constituye la manifestación de voluntad, la cual deriva de la propia definición del acto. Un acto administrativo simplemente no existe si no hay una manifestación de voluntad emanada de un órgano administrativo.

Esta manifestación, por supuesto, en principio debe ser expresa (art. 8, Ley Argentina), y no presunta. Sin embargo, en la Ley de Honduras se establece que:

“Artículo 28. En los casos previstos por la Ley, el comportamiento de la Administración Pública, que sea unívoco e incompatible con una voluntad distinta, producirá los mismos efectos de una resolución expresa.”

Por otra parte, esta manifestación de voluntad de la Administración que constituye el acto administrativo es para producir efectos jurídicos, y ello es precisamente lo que lo distingue de los hechos administrativos, que también son acaecimientos que producen efectos jurídicos, pero que no son producto de una manifestación de voluntad. En este sentido, el artículo 83 del Código Colombiano define los hechos administrativos como:

“Los acontecimientos y las omisiones capaces de producir efectos jurídicos, pero en cuya realización no influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia.”

La manifestación de voluntad es, entonces, una exigencia para que exista el acto administrativo; la cual tiene que haber sido emitida libremente por el órgano administrativo competente. El principio lo establece el artículo 130 de la Ley General de Costa Rica al prescribir que:

“El acto deberá aparecer objetivamente como una manifestación de voluntad libre y consciente, dirigida a producir el efecto jurídico deseado para el fin querido por el ordenamiento.”

La consecuencia, por supuesto, es que los vicios del consentimiento provenientes del derecho civil, también se aplican a la manifestación de voluntad en el acto administrativo, pudiendo resultar viciado cuando sean el producto de un error, de una actividad dolosa o de la violencia.

La violencia o la intimidación, por ejemplo, cuando se ejercen sobre el funcionario para forzar la emisión de un acto administrativo, por supuesto que lo vician de nulidad absoluta. En consecuencia, todo acto producto de la violencia, de requisición directa o indirecta de la fuerza o producto de la reunión de individuos en actitud subversiva, como lo decía la Constitución Venezolana de 1961 (art. 120), debe ser declarado nulo de nulidad absoluta.

En cuanto al error como vicio de la manifestación de voluntad, éste se produce cuando la voluntad real de la Administración es radicalmente distinta a la formalmente declarada. Por ejemplo, cuando se nombra a una persona para una función pública, distinta a la que se quiere nombrar, por homonimia.

En este caso, en realidad, puede decirse que no habría error de derecho o de hecho que constituyen vicios en la base legal o en los motivos de hecho de los actos administrativos, sino más propiamente error en la manifestación de voluntad de la Administración.

También puede producirse el vicio de dolo en la manifestación de voluntad de la Administración, cuando el acto es producto de maquinaciones dolosas del administrado o del funcionario que lo dicta. Esto puede darse en procedimientos iniciados a solicitud de parte interesada, en los cuales esta tiene la carga de la prueba de los presupuestos del acto y para ello suministra informaciones o documentos falsos; también se produce este vicio por actuaciones del funcionario, cuando son contrarias a la buena fe (lo que puede conllevar, además, una desviación de poder), o cuando tenga por existentes, para adoptar su decisión, hechos o antecedentes que son inexistentes o falsos.

Estos vicios en la manifestación de voluntad en los actos administrativos que, en general, acarrearán la nulidad absoluta de los mismos, han sido resumidos por el artículo 14,1 de la Ley de Argentina, al establecer que se producen:

“Cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por error esencial; dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; violencias físicas o moral ejercida sobre el agente; o por simulación.”

En la Ley de Costa Rica se establece un enunciado similar (art. 130); al igual que en la Ley de México al disponer, como elemento o requisito del acto, el que debe “ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo, o sobre el fin del acto”; y además, que debe “ser expedido sin que medie dolo o violencia en su emisión” (art. 3). En cuanto al error manifiesto, el artículo 95 de dicha Ley lo identifica como un motivo para que la Administración deje sin efectos el acto administrativo.

De lo anterior resulta, en todo caso, que no solo es a través de la construcción derivada del Código Civil que se pueden elaborar las condiciones

de validez de la manifestación de voluntad en los actos administrativos, sino que este principio comienza a ser consagrado expresamente en leyes en el campo del derecho administrativo.

3. *Los principios relativos a la base legal*

El requisito de la base legal se refiere al fundamento de derecho, a la causa jurídica o al motivo de derecho de los actos administrativos. Por ello, la Ley de Honduras dispone que los actos deberán sustentarse “en el derecho aplicable” (art. 25).

En efecto, la base legal de los actos administrativos es su fundamento de derecho, es decir, las normas legales o reglamentarias que autorizan la actuación del funcionario. En otras palabras, es el “motivo de derecho” del acto administrativo, que autoriza la decisión concreta que contiene. Esta base o fundamento legal constituye, junto con los presupuestos de hecho, uno de los elementos que deben exteriorizarse formalmente en la motivación del acto administrativo (Ley de Venezuela, arts. 9 y 18.5).

Ahora bien, para que un acto administrativo sea válido y produzca efectos no sólo tiene que tener un fundamento legal, que debe efectivamente existir al momento de dictarse el acto (no antes o después), sino que debe ser el que efectivamente autoriza la actuación, es decir, debe además ser exacto.

La existencia y la exactitud de la base legal son, así, un requisito o elemento de validez del acto administrativo, de manera que su inexistencia, por ejemplo, cuando la base legal no existe, haya sido derogada o aún no ha sido promulgada, produce su nulidad; al igual que su inexactitud, derivada del hecho de que el funcionario se atribuya una base legal que en ningún caso puede fundamentar su acto.

Como lo tiene precisado la jurisprudencia francesa desde hace años: en primer lugar, la base legal debe ser exacta, de manera que si la Administración funda su decisión en un texto cuando debió fundarlo en otro distinto, el acto está viciado; y en segundo lugar, la base legal debe existir, de manera que si aún no existe y, por ejemplo, se aplica prematuramente una ley que aún no ha entrado en vigencia; o ya no existe, porque, por ejemplo, el texto está derogado o cesó en aplicación, el acto administrativo también está viciado.

La antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela en sentencia de 17-03-90, sobre el primer aspecto señalado resolvió lo siguiente:

“Los actos de efectos particulares como requisito de forma deben contener en su mismo texto cuál es la base legal aplicable en criterio de la Administración; sin embargo, a pesar de haberse cumplido con ese requisito, puede suceder que el acto carezca de base legal, ya que las

normas invocadas por la Administración no atribuyen la competencia alegada y al analizarse el resto del ordenamiento jurídico se determina que dicho órgano no tiene esa competencia, es decir, un acto administrativo de efectos particulares puede establecer perfectamente los presupuestos de derecho, con lo cual se cumple con el requisito formal de la motivación, pero si las normas señaladas ni ninguna otra confieren competencia para dictar el acto administrativo, dicho acto carecerá de base legal y, en consecuencia, será susceptible de anulación” (Sentencia de la Sala Político Administrativa, *Revista de Derecho Público*, N° 42, Caracas, 1990, págs. 104 y 105).

Debe agregarse, además, a los vicios en la base legal de los actos administrativos, los casos de ilegalidad o inconstitucionalidad de la misma, es decir, por ejemplo, cuando el acto administrativo se fundamenta en un reglamento viciado en sí mismo de ilegalidad, y que es anulado por el órgano judicial. La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, que regula el proceso contencioso-administrativo, por ejemplo, permite el ejercicio del recurso de anulación contra un acto administrativo de efectos particulares cuando se alega la ilegalidad o inconstitucionalidad del acto general que le sirve de fundamento (art. 132), lo que configura este supuesto de vicio de la base legal, por ilegalidad de la misma.

También está vinculada a la base legal o los motivos de derecho del acto administrativo, la correcta y adecuada interpretación y alcance que el autor del acto debe darle a su fundamento legal.

Por tanto, aún cuando la base legal exista, sea exacta y legal, el acto administrativo podría estar viciado en la misma, por error de derecho, es decir, por el errado alcance o sentido que se atribuye a la norma legal que autoriza la actuación, o en palabras de la jurisprudencia venezolana, “cuando el órgano que emite el acto interpreta erradamente determinada norma jurídica, es decir, la aplica mal” (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 26 de mayo de 1983, p. 142, *Revista de Derecho Público*, núm. 15, Caracas, 1983, p. 142), lo que no es otra cosa que una falsa interpretación de la Ley.

Este vicio de la base legal de los actos administrativos, denominado “error de derecho” también lo ha calificado la jurisprudencia venezolana como un vicio “de falso supuesto” el cual:

“Puede referirse indistintamente al error de hecho o al error de derecho de la Administración, es decir, a la falsa, inexacta o incompleta apreciación por parte de la Administración del elemento causa del acto integralmente considerada” (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 12 de abril de 1988, *Revista de Derecho Público*, núm. 34, Caracas, 1988, pp. 92-94).

4. *Los principios relativos a los presupuestos de hecho*

El presupuesto de hecho de los actos administrativos constituye sus motivos de hecho, que son parte esencial de su causa, la cual está configurada no sólo por la base legal o fundamentos de derecho del acto, antes señalados, sino por sus presupuestos de hecho.

En cuanto a su previsión expresa en las leyes, su consagración está en la Ley argentina, según la cual, constituye un requisito esencial del acto administrativo el que “deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable” (art. 7,b). Este principio también se recoge, textualmente, en el artículo 25 de la Ley de Honduras.

Ahora bien, en cuanto a los presupuestos de hecho de los actos administrativos, ante todo, y para que éstos se emitan, el funcionario está obligado a determinarlos con precisión; determinación que en esa etapa de la actuación no comportaría ningún elemento de apreciación ni juicio sobre los mismos, sino de simple constatación de los hechos que constituyen el presupuesto fáctico del acto.

En esta determinación la Administración debe siempre comprobar los hechos de manera de constatar que sean ciertos y no falsos; y debe calificarlos correctamente para adoptar su decisión conforme a la base legal y atribución de competencia que tiene.

De lo anterior deriva, ante todo, que los hechos también deben existir, ser exactos y estar debidamente comprobados por la Administración. Esto entra dentro del área del control que ejerce el juez contencioso administrativo y que se refiere, además del control de error de derecho, al control del error manifiesto de apreciación, a la desviación de poder y al control de la existencia y exactitud material de los hechos.

Por lo tanto, los actos administrativos están viciados cuando se fundan en hechos inexistentes, por ejemplo, si se sanciona a un funcionario por falta no cometida, o si se fundan en hechos inexactos, que no hayan sido comprobados por la Administración.

Como lo ha establecido la jurisprudencia venezolana: toda decisión administrativa debe estar “determinada por la comprobación previa de las circunstancias de hecho previstas en la norma, claramente estatuidas para obligar a la Administración a someter sus actos, en cada caso, al precepto jurídico preexistente”, por lo que en un caso concreto, al no existir prueba alguna de los hechos que motivan una decisión, ésta resulta “manifiestamente infundada” y por tanto viciada de nulidad “por haberse fundado en hechos no comprobados” (Sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela en Sala Político-Administrativa, de 22 de mayo de 1963, Gaceta Forense, núm. 40, 1963, p. 237).

Los hechos que motivan un acto administrativo, por tanto, primero, deben existir realmente y ser exactos o como lo dice la Ley de Costa Rica, que el motivo debe “existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto” (art. 133).

Segundo, los hechos deben estar debidamente comprobados, y si bien le corresponde básicamente a la Administración la carga de dicha prueba, ello no excluye el derecho y a veces la obligación de los administrados a aportar las pruebas. La Administración, por tanto, no puede dar por probados los hechos con sus solos elementos administrativos, sino que debe tomar en cuenta las pruebas del expediente administrativo en su globalidad, estando obligada a decidir, siempre, “conforme a lo probado en el expediente” (Sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela en Sala Político-Administrativa, de 8 de junio de 1964, en *Gaceta Forense*, núm. 44, 1964, pp. 119-121).

Por ello, otra de las áreas de control del juez contencioso administrativo es el que se refiere al control del error manifiesto de apreciación de los hechos, como límite al ejercicio del poder discrecional, para frenar la arbitrariedad en la comprobación de los hechos, cuando esta se realiza más allá de los límites de la razonabilidad.

Este vicio en la comprobación de los presupuestos de hecho ha sido también calificado por la jurisprudencia venezolana, como vicio de “falso supuesto”, el cual consiste en la falsedad de los supuestos o motivos en que se basó el funcionario que dictó el acto; considerándose que para que pueda invalidarse una decisión por falso supuesto, “es necesario que resulten totalmente falsos el o los supuestos que sirvieron de fundamento a lo decidido”, excluyéndose la anulación sólo cuando algunos de los hechos fueron falsos, pero no así el resto de los que motivaron el acto administrativo (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 7 de noviembre de 1985 en *Revista de Derecho Público*, núm. 24, Caracas, 1985, p. 125).

En igual sentido, sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela en Sala Político-Administrativa, de 7 de noviembre de 1988, *Revista de Derecho Público*, núm. 34, Caracas, 1988, p. 94).

Pero además de que los hechos existan y sean debida y racionalmente comprobados, el autor del acto administrativo debe realizar una segunda operación, y es “adecuarlos al supuesto legal” (Sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, de 3 de julio de 1961, *Gaceta Forense*, núm. 33, 1961, p. 20); es decir, lo que se denomina la calificación jurídica de los hechos conforme a lo cual el funcionario debe verificar si los hechos son de naturaleza tal que justifiquen legalmente la decisión, lo cual también es controlable por el juez contencioso-administrativo. Este control también concierne a la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, que no constituyen discrecionalidad.

Por tanto, en relación a los presupuestos de hecho de los actos administrativos como elementos de validez, estos deben existir, ser exactos, estar debidamente comprobados; pruebas conforme a las cuales la Administración debe decidir, calificando los hechos conforme a lo prescrito en el fundamento legal del acto. Consecuencialmente, todo acto administrativo dictado con base en hechos inexactos, falsos, no comprobados o apreciados erradamente está viciado de ilegalidad.

En particular, en esta operación de calificación jurídica de los hechos, la antigua Corte Federal de Venezuela, en 1957 consideró como exceso de poder los supuestos en los cuales un funcionario, sin violar precepto legal alguno, hace uso indebido del poder que le es atribuido, porque tergiversar o altere la verdad de los presupuestos de hecho (Sentencia de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, núm. 17, 1957, pp. 132-137). El vicio, también calificado de “falso supuesto”, se produce cuando hay:

“Una mala apreciación de los elementos materiales existentes en el procedimiento administrativo, de modo que se haga producir a la decisión, efectos diferentes a los que hubiera producido si dicha apreciación hubiera sido hecha correctamente” (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de noviembre de 1986, *Revista de Derecho Público*, núm. 28, Caracas, 1986, p. 91).

En definitiva, como lo afirma la jurisprudencia venezolana:

“La correcta apreciación de los hechos que fundamentan las decisiones administrativas constituyen un factor esencial para la legalidad y corrección de las mismas, y consecuentemente, un medio adecuado para poder verificar su control judicial con miras al mantenimiento de tales fines” (Sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, de 9 de junio de 1988, *Revista de Derecho Público*, núm. 35, Caracas, 1988, p. 97).

En esa misma decisión, la Corte agregó:

“Constituye ilegalidad el que los órganos administrativos apliquen las facultades que ejercen, a supuestos distintos de los expresamente previstos por las normas, o que distorsionen la real ocurrencia de los hechos o el debido alcance de las disposiciones legales, para tratar de lograr determinados efectos sobre la base de realidades distintas a las existentes o a las acreditadas en el respectivo expediente administrativo, concreción del procedimiento destinado a la correcta creación del acto.”

En la Ley de Costa Rica, por su parte, incluso se exige que la causa tenga proporción con el contenido del acto, haciendo referencia el artículo 133, al tema de la proporcionalidad así:

“1. El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto.

2. Cuando no esté regulado deberá ser proporcionado al contenido y cuando esté regulado en forma imprecisa deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento.”

En fin, todo lo referente a la determinación, a la constatación y a la comprobación de los hechos, a todo el tema probatorio, y a la calificación de los hechos para emitir el acto, gira en torno a este requisito de la causa, los presupuestos de hecho o los motivos del acto administrativo.

5. *Los principios relativos al objeto*

Otro de los elementos del acto administrativo, como de todo acto jurídico, es el objeto o contenido, es decir, el efecto práctico que se pretende con el mismo. Por ejemplo, el nombramiento de un funcionario, el decomiso de un bien, la demolición de un inmueble o el otorgamiento de un permiso.

Como lo ha señalado la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela en sentencia de su Sala Político Administrativa de 13-8-91:

“Uno de los elementos de todo acto administrativo es su contenido. Y se entiende por contenido del acto administrativo... el efecto práctico que el sujeto emisor se propone lograr a través de su acción, y el cual puede ser positivo o negativo, en el sentido de que mediante el acto se puede aceptar o negar una solicitud o se puede disponer que se realice algún hecho o acto o puede negarse tal realización. Constituyen requisitos para la validez del “contenido de un acto administrativo” que éste sea determinado o determinable, posible y lícito; en forma tal, que la imposibilidad física de dar cumplimiento el acto administrativo, constituye un vicio que determine su nulidad absoluta, pues, la presunción de legitimidad que aparece el acto administrativo no puede prevalecer contra la lógica y, por eso, el ordinal 3° del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sanciona con la nulidad absoluta a los actos cuyo contenido sean de imposible o ilegal ejecución (*Revista de Derecho Público*, N° 47, Caracas, 1991, p. 111).

Este elemento del acto administrativo se encuentra consagrado en las leyes de procedimiento administrativo, las cuales recogen los principios que derivan del ámbito del derecho civil pero que la jurisprudencia administrativa ha venido adoptando, y de allí su consagración en estas leyes.

Por eso, el principio general de que el objeto del acto administrativo tiene que ser determinado o determinable, debe ser posible y tiene que ser lícito. Así lo expresa, por ejemplo, la Ley de Costa Rica:

“1. El contenido deberá de ser lícito, posible, claro y preciso y abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo, aunque no hayan sido debatidas por las partes interesadas.

2. Deberá ser, además, proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo, cuando ambos se hallen regulados” (art. 132).

La Ley de Honduras exige en el mismo sentido, que el objeto de los actos administrativos “debe ser lícito, cierto y físicamente posible” (art. 24); e igualmente la Ley de Panamá (art. 201.1), siguiendo así, el texto de la Ley argentina que establece lo siguiente:

“El objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible; debe decidir todas las peticiones formuladas, pero puede involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos” (art. 7,c).

En la Ley mexicana, a su vez, se establece el mismo principio, al exigirse que el acto administrativo debe:

“Tener objeto que pueda ser materia del mismo; determinado o determinable; preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, y previsto por la Ley.” (art. 3,II).

La Ley peruana, en todo caso, es bien detallada al regular el objeto o contenido de los actos administrativos, así:

“5.1 El objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad.

5.2 En ningún caso será admisible un objeto o contenido prohibido por el orden normativo, ni incompatible con la situación de hecho prevista en las normas; ni impreciso, oscuro o imposible de realizar.

5.3 No podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes; ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto.

5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por éstos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que otorgue posibilidad de exponer su posición al administrado y, en su caso, aporten las pruebas a su favor.”

La consecuencia de estas exigencias legales respecto del objeto es que un acto administrativo cuyo contenido sea indeterminado, de imposible ejecución, ilegal en sí mismo o de ilegal ejecución, no puede ser válido y estaría viciado. Así, la Ley venezolana indica que los actos administrativos están viciados de nulidad absoluta, “cuando su contenido sea de imposible o de ilegal ejecución” (art. 19.3); o como lo dice la Ley de Honduras, “aquellos cuyo objeto sea imposible o configure un delito” (art. 34, ord. b). Por ejemplo, el nombramiento como funcionario de una persona fallecida o un decreto de expropiación de unos inmuebles que ya han sido expropiados. (*Vid.* Sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela en Sala Político-Administrativa, de 8 de enero de 1970, Caso Nelson C.A., *Gaceta Oficial*, núm. 29.122, de 16 de enero de 1970).

6. *Los principios relativos a la finalidad de la actividad administrativa*

La actividad administrativa en el Estado de Derecho está condicionada por la ley, siempre, a la obtención de determinados resultados. Por ello el artículo 131,2 de la Ley de Costa Rica prescribe que “los fines principales del acto serán fijados por el ordenamiento.” El mismo enunciado está en la Ley de Panamá (art. 201.1).

Estos fines, por tanto, determinados en el ordenamiento jurídico, implican que un acto administrativo será válido, como también lo señala la Ley General de Costa Rica, sólo cuando “se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario que lo dicta” (art. 128).

Es en este sentido que la Ley peruana define el requisito de la finalidad de los actos administrativos así:

“3.3 Finalidad Pública. Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aún encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la Ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.”

Ahora bien, en relación con la finalidad del acto administrativo se puede hacer una distinción entre el fin genérico de la acción administrativa y la finalidad específica del acto. Estos fines de la actividad administrativa pueden ser específicos, teniendo en cuenta la particular actuación de la Administración, o en todo caso, son los fines genéricos “de servicio público o que informan la función administrativa” (Sentencia de la antigua Corte Federal de Venezuela de 28 de septiembre de 1954, *Gaceta Forense*, núm. 5, 1954, pp. 217-218).

Sobre el tema del fin genérico puede ubicarse una norma contenida en el Código colombiano que se refiere a la finalidad en general de la actuación de la Administración, que debe regir todo el procedimiento administrativo, pero que se aplica también, en particular, al acto administrativo, al establecer expresamente en su artículo 2 que:

“Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la Ley”.

Esta es la finalidad general de todo procedimiento administrativo y de todo acto administrativo, por lo que aún cuando el ordenamiento jurídico no establezca un fin específico a la acción administrativa concreta, el funcionario no tiene discrecionalidad respecto de los fines, sino que siempre está sometido a la consecución de los fines genéricos de servicio público que, como lo establece expresamente la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, “el juez deberá determinarlos con vista de los otros elementos del acto y del resto del ordenamiento” (art. 131.2).

Pero aparte de la finalidad general, el acto administrativo debe tener, a su vez, un fin específico. Cada acto administrativo debe emitirse para la consecución de un fin que debe estar establecido en la ley. Es por ello que la consecuencia de la necesaria obtención de determinados resultados por la Administración, como lo ha indicado la jurisprudencia venezolana, es que:

“La Administración Pública no puede procurar resultados distintos de los perseguidos por el legislador, aún cuando aquéllos respondan a la más estricta licitud y moralidad pues lo que se busca es el logro de determinado fin, que no puede ser desviado por ningún motivo, así sea plausible éste” (Sentencia de la antigua Corte Federal de Venezuela de 28 de septiembre de 1954, *Gaceta Forense*, núm. 5, 1954, pp. 217-218).

En la Ley argentina, el mismo artículo que se ha analizado sobre los requisitos del acto administrativo, establece sobre el tema de la finalidad, que debe:

“Cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad” (art. 7.f).

En el caso mexicano se establece que, entre los elementos y requisitos del acto, el mismo debe “cumplir con la finalidad de interés público regulado por las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos” (art. 3,III).

En cuanto a la Ley de Honduras, ésta indica que “la finalidad de los actos será aquella que resulte de las normas que le atribuyen potestades al órgano emisor” (art. 27).

En consecuencia, como lo establece expresamente la Ley General de Costa Rica, “la persecución de un fin distinto del principal, con detrimento de éste, será desviación de poder” (art. 131.3).

Se utiliza así, en esta Ley, la terminología acuñada en Francia para identificar el vicio en la finalidad del acto administrativo, y que sanciona de ilegalidad tanto los casos en los cuales el acto administrativo sea extraño al interés general, como los casos en los cuales, aún adoptados en interés general, los fines que motivan la actuación no sean los que justifican el otorgamiento de los poderes de actuar al funcionario específico.

A diferencia del sistema francés, sin embargo, donde el vicio es pura creación jurisprudencial, en América Latina se lo ha consagrado legislativamente e, incluso, en algunos casos, en las Constituciones como sucede en la Constitución de Venezuela, la cual, al definir el objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa indica, entre otros, el de “anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder” (art. 259). Una norma con igual redacción estaba consagrada en la Constitución de 1961, y con base a ella la jurisprudencia venezolana ya se había ocupado de precisar la existencia de este vicio de desviación de poder, así:

“Hay desviación de poder cuando el acto aún siendo formal y sustancialmente acorde con la Ley, sin embargo, no lo es desde el punto de vista teleológico por cuanto la Administración, al dictarlo, no persigue con ello el fin a cuyo logro le fue acordada la facultad para hacerlo, sino un fin distinto que es por sí mismo contrario a derecho. A través de este vicio la jurisprudencia que lo concibió y posteriormente la doctrina que delineó sus modalidades y finalmente, la norma expresa que lo consagra, tienden a establecer un control sobre la intención de la Administración, algo que va más allá del simple examen de la apariencia del acto, para permitir que se escudriñe en los motivos reales y concretos que tuvo su autor. La desviación de poder, para que se tipifique no requiere ni siquiera que el fin distinto perseguido por el proveimiento sea contrario a la ley, basta con que sea contrario al objetivo que con el acto específico que se dicta se trata de conseguir” (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 14 de junio de 1982, Revista de Derecho Público, núm.

11, Caracas, 1982, p. 134. *Vid.* también, sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela de 15 de noviembre de 1982, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, Caracas, 1982, pp. 134-135).

Por ello, por ejemplo, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de Venezuela, anuló un acto administrativo disciplinario, porque el mismo:

“No fue la limpia aplicación de un procedimiento disciplinario, sino que encubrió una venganza de las autoridades, circunstancias éstas constitutivas de desviación de poder, figura que el art. 206 de la Constitución (de 1961) sanciona como un vicio capaz de acarrear la nulidad del acto (sentencia de 13-8-86, *Revista de Derecho Público*, núm. 28, Caracas, 1986, p. 92).

En definitiva, ha exigido la misma Corte Primera en Venezuela, que para que:

“El vicio de desviación de poder se tipifique es necesario que un acto aparentemente válido en cuanto a su forma y contenido persiga sin embargo un objetivo torcido, desviado, distinto al que tuvo en miras el legislador cuando le otorgó al órgano facultad de actuar. De allí que, no puede alegarse válidamente tal vicio si no se demuestra que el objetivo del acto no fue el querido por el legislador sino una razón oculta, de distinta naturaleza a la prevista en la norma legal. Es necesario demostrar desde el punto de vista valorativo que el objetivo fue “desviado”, esto es, “torcido”, destinado a una meta diferente a la que se propuso la norma” (*Revista de Derecho Público*, N° 13, Caracas, 1983, p. 121).

III. LOS REQUISITOS DE FORMA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Los requisitos de forma de los actos administrativos, denominados también de legalidad externa, están configurados tanto por las formalidades necesarias para la producción de los mismos, como por los elementos formales de la exteriorización de los actos, en particular, la forma escrita y la motivación. Se pueden distinguir, por tanto, las formalidades de los actos administrativos, constituidas por las diversas operaciones que condicionan la emisión y la entrada en vigor del acto; de las formas, que son las menciones del escrito que traducen las diversas condiciones de regularidad del acto, particularmente, la motivación o la exteriorización de motivos.

1. *Las formalidades y la sujeción al procedimiento*

El primero de estos requisitos es la necesaria sujeción del acto al procedimiento. Tal como lo expresa la Ley argentina, antes de la emisión del acto administrativo “deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico” (art. 7.d).

En sentido similar, se establece en el art. 24 de la Ley de Honduras y en el artículo 3,5 de la Ley peruana. Asimismo, el art. 129 de la Ley General de Costa Rica establece que el acto administrativo deberá dictarse “previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto”.

En este sentido, el procedimiento se identifica con las formalidades que deben cumplirse previamente a la adopción del acto. Por ello, en la Ley Federal de México se encuentra un postulado igual, al indicar entre los elementos y requisitos del acto administrativo, el “ser expedido sujetándose a las disposiciones relativas al procedimiento administrativo previstas en la ley” (art. 3,VII).

Ahora bien, siempre deben de considerarse como sustanciales las formalidades establecidas para garantizar los derechos de los administrados, como por ejemplo, las que prescriben la audiencia de los mismos, como información previa a una decisión o para asegurar el derecho a la defensa (*audi alteram parte*).

En este sentido, precisamente, en la Ley de Costa Rica se distinguen las formalidades sustanciales y otras que no son sustanciales, considerándose como “sustanciales o esenciales todas las formalidades relativas a las garantías de los administrados”, y entre éstas, aquellas cuya omisión “causare indefensión” (art. 223).

Además, también deben considerarse como esenciales las formalidades cuyo incumplimiento podría cambiar el sentido de la decisión. De allí que, por ejemplo, cualquier incumplimiento de una forma que origine indefensión sería una violación a una forma sustancial. Por ello la precisión que hace la Ley General de Costa Rica sobre formalidades sustanciales al entender como tal aquéllas “cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes” (art. 223.2”).

Como se ha señalado, con frecuencia, los textos legales exigen en el curso del procedimiento la intervención previa y obligatoria de órganos consultivos, cuya opinión puede ser vinculante o no vinculante para el órgano que dicta el acto. En las leyes de Costa Rica y Argentina, además, se regula como esencial la opinión jurídica previa.

En efecto, en la Ley General de Costa Rica se establece que es necesario para que un acto administrativo agote la vía administrativa y sea definitivo en vía administrativa “que el órgano que lo emita consulte previamente al Asesor Jurídico de la correspondiente administración” (art. 356,1).

En la de Argentina se considera como:

“Esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos” (art. 7.d).

En estos casos, por supuesto, no se prevé el carácter vinculante del dictamen jurídico. Es decir, según estas leyes, los órganos de opinión jurídica deben ser obligatoriamente consultados, pero como una consulta obligatoria no vinculante.

En otros casos, la formalidad sustancial consiste en exigir, para la emisión de un acto administrativo por un órgano, la formulación de una propuesta de parte de otro órgano administrativo. Esta proposición puede consistir solamente en dejar la iniciativa de la decisión al órgano proponente, o puede consistir en una proposición llamada imperativa, de manera que la intervención del órgano proponente tiene por efecto esencial, limitar el poder de decisión del órgano que toma la decisión. Es el caso generalizado de los concursos para la nominación de funcionarios, cuya evaluación y proposición corresponde a un jurado o comisión calificadora que es la que luego propone el nombramiento a la autoridad decisora, sin que ésta pueda variar en forma alguna la propuesta.

En todo caso, y salvo determinación expresa de la ley, el órgano administrativo al cual corresponda tomar una decisión tiene libertad de consultar a otras autoridades u organismos, como lo señala la Ley de Venezuela, y solicitar los “informes, documentos o antecedentes que estime convenientes para la mejor resolución del asunto” (art. 54). Sin embargo, la omisión de los informes y antecedentes no suspende la tramitación, salvo disposición expresa en contrario, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el funcionario por la omisión o demora (art. 56).

2. *La forma escrita*

No sólo el principio de escrituradad es general al procedimiento administrativo, sino que también se aplica al acto administrativo, el cual, en principio, debe ser escrito y llevarse a documento. Por ello, conforme a la Ley de Uruguay “la forma es el modo o manera de documentarse y dar a conocer la voluntad administrativa” (art. 27).

Conforme a ello, casi todas las leyes exigen expresamente la forma escrita de los actos administrativos, como las de Costa Rica (art. 134), del Perú (art. 4,1), de Uruguay (art. 27), de Argentina (art. 8), de México, de El Salvador (art 24), de Panamá (art. 69) y de Brasil (art. 22,1), las cuales expresamente establecen que “el acto se manifestará por escrito”, pero permitiendo, en general, otras formas cuando la naturaleza o las circunstancias lo exijan, como la forma verbal.

La Ley de Honduras, dispone también como principio que:

“Artículo 23. Los actos se producirán por escrito, indicando la autoridad que los emite y su fecha, salvo que la Ley, las circunstancias o la naturaleza del acto exijan o permitan una forma distinta”.

De allí resulta que el acto administrativo debe ser escrito, pudiendo, sin embargo, ser mecánico o verbal, siempre que con la decisión no se afecten los derechos o intereses de los administrados.

En todo caso, debe destacarse lo regulado en la Ley de Uruguay sobre la posibilidad de forma verbal del acto administrativo, solo “si mediare urgencia o imposibilidad de hecho” en cuyo caso, siempre, con posterioridad, debe “documentarse por escrito el acto en la primera oportunidad posterior en que sea posible” para así dejar constancia por escrito de lo que se ha decidido (art. 28).

3. *El contenido formal y la firma*

El principio sobre la forma de los actos administrativos está resumido en el artículo 8 de la Ley de Argentina, que establece que:

“El acto administrativo se manifestará expresamente y por escrito; indicará el lugar y fecha en que se lo dicta y contendrá la firma de la autoridad que lo emite; sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieren podrá utilizarse una forma distinta.”

Una formulación similar está en el artículo 4,2 de la Ley del Perú, y en el artículo 134 de la Ley General de Costa Rica al exigir que el acto administrativo se exprese por escrito, indicando “el órgano agente, el derecho aplicable, la disposición, la fecha y la firma, mencionando el cargo del suscriptor”.

El artículo 18 de la Ley venezolana, en este sentido, expresa más detalladamente este requisito, al indicar que todo acto administrativo deberá contener:

“1. Nombre del Ministerio u organismo a que pertenece el órgano que emite el acto; 2. Nombre del órgano que emite el acto; 3. Lugar y fecha donde el acto es dictado; 4. Nombre de la persona u órgano a quien va dirigido; 5. Expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes; 6. La decisión respectiva, si fuere el caso; 7. Nombre del funcionario o funcionarios que los suscriben, con indicación de la titularidad con que actúen, e indicación expresa, en caso de actuar por delegación, del número y fecha del acto de delegación que confirió la competencia. 8. El sello de la oficina.”

La norma agrega, además, que el original del respectivo instrumento contendrá la firma autógrafa del o de los funcionarios que lo suscriban; previendo

que en el caso de aquellos actos cuya frecuencia lo justifique, se podrá disponer mediante decreto, que la firma de los funcionarios sea estampada por medios mecánicos que ofrezcan garantías de seguridad.

En igual sentido se regula en la Ley del Perú:

“4.4. Cuando deban emitirse varios actos administrativos de la misma naturaleza, podrá ser empleada firma mecánica o integrarse en un solo documento bajo una misma motivación, siempre que se individualice a los administrados sobre los que recae los efectos del acto. Para todos los efectos subsiguientes, los actos administrativos serán considerados como actos diferentes.”

Esta exigencia final de la firma, por supuesto, se complementa con la necesaria firma en los casos de refrendo ministerial, lo que en general es de rango constitucional.

Debe destacarse, dentro de las exigencias de forma de los actos administrativos, el requerimiento de la Ley venezolana de que deben contener la expresión sucinta de los fundamentos legales pertinentes (art. 18.5). Es lo que se denomina en el derecho francés, el sistema de “visas” del acto administrativo, que exige, entre otros aspectos, la expresión formal de la base legal del acto, es decir, de las normas legales o reglamentarias que autorizan su emisión.

La Ley de México, a su vez, también formula toda una enumeración de aquello que debe contener un acto administrativo. En el artículo 3° se precisan los aspectos siguientes: acto escrito; firma autógrafa de la autoridad que lo expida; mención del órgano del cual emana; ser expedido sin que medie error respecto a la identificación del expediente; lugar y fecha de emisión; contenido de la decisión; y mención de los recursos que procedan.

Un caso que debe destacarse por el detalle que contiene, es el artículo 124 de la Ley de Uruguay, donde no sólo se enumera qué debe contener el acto, sino que se detalla cómo debe conformarse el acto, con una parte expositiva y una dispositiva.

En cuanto a la parte expositiva, la norma precisa que debe contener:

“1) Un “Visto”. La finalidad del “Visto” es situar la cuestión que va a ser objeto del acto;

2) Uno o varios “Resultandos” puestos a continuación del “Visto”, en los que se deben exponer los hechos que constituyan los antecedentes del acto administrativo de que se trate. Los decretos y ordenanzas pueden prescindir de los “Resultandos”;

3) Uno o varios “Considerandos”, en los que se desarrollan los fundamentos de derecho, las doctrinas aplicables, las razones de mérito y la finalidad perseguida;

4) Un “Atento”, en el que se citan o se hace referencia a las reglas de derecho y a las opiniones o asesoramientos recabados en que el acto se fundamenta.”

En todo caso, cuando no existe ninguna cuestión de hecho ni se plantea ningún problema de derecho la norma permite que pueda prescindirse de los “Resultandos” y de los “Considerandos” y consistir la parte expositiva en un “Visto” y un “Atento”.

En cuanto a la parte dispositiva, el mismo artículo 124 de la Ley de Uruguay señala que debe ir numerada en las resoluciones y articulada en los Decretos y Ordenanzas, con la siguiente precisión:

“El acápite de la parte dispositiva debe mencionar al órgano que adopta el acto administrativo, a lo que seguirá un “Decreta” o un “Resuelve”, si el acto es dictado por el Poder Ejecutivo, y un “Dispone” o un “Resuelve” si el acto es dictado por un Ministerio.

No se admitirá en la parte expositiva ninguna otra expresión que las citadas precedentemente.”

El Reglamento de la Comunidad Andina sigue la orientación de la legislación de Venezuela antes indicada, en cuanto al detalle del contenido escrito de las resoluciones (art. 7).

4. *La motivación de los actos administrativos*

Por último, entre los requisitos de forma de los actos administrativos está la motivación, calificada en la Ley de Honduras como obligatoria, exigiendo que se expresen suscintamente tanto los hechos antecedentes en los cuales se sustenta el acto y que le sirven de causa, como el derecho aplicable. Solo se excluyen de esta obligación, los actos que sean manifestación de opiniones o de conocimiento técnico (art. 25 y 26).

Lo mismo se precisa en el Código de Ecuador (art. 100); y en la Ley venezolana, al exigir que el acto administrativo contenga “expresión suscinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes” (art. 18, 5º). En igual sentido, la Ley del Perú (art. 3,4).

La motivación de los actos administrativos, por tanto, como requisito de forma, consiste en la necesaria expresión formal en el texto de los mismos, de sus motivos, tanto los que son de derecho, incluso los que configuran la base legal, como los motivos de hecho que provocan la actuación administrativa (supuestos de hecho).

Además, la motivación es una garantía al ejercicio del derecho a la defensa de los interesados, particularmente ante decisiones que restrinjan el ejercicio de las libertades públicas; las medidas de policía; las medidas sancionatorias; los actos relativos a autorizaciones cuando establecen condiciones restrictivas o imponen sujeciones; las que retiren o abroguen una decisión creadora de determinados derechos; las que priven un derecho o establezcan la caducidad; las que opongan una prescripción; o las que rechacen una ventaja cuya atribución constituya un derecho para las personas que reúnen las condiciones legales para su obtención.

En fin, las decisiones administrativas que impliquen una lesión a los derechos individuales o una restricción a la esfera jurídica de los administrados requieren ser motivados.

Inicialmente fue la jurisprudencia la que fue construyendo el principio de la motivación de los actos administrativos, pero luego han sido las leyes de procedimientos administrativos los que lo han consolidado. Por ejemplo, la Ley General de Costa Rica, en su artículo 136, establece que serán motivados con mención, sucinta al menos, de sus fundamentos:

“a. Los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos; b. Los que resuelvan recursos; c. Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos; d. Los de suspensión de actos que hayan sido objeto del recurso; e. Los reglamentos y actos discrecionales de alcance general; y f. Los que deban serlo en virtud de ley.”

La misma norma exige que la motivación podrá consistir en la referencia explícita o inequívoca a los motivos de la petición del administrado, o bien a propuestas, dictámenes o resoluciones previas que hayan determinado realmente la adopción del acto, a condición de que se acompañe su copia.

Una disposición similar, enunciativa de los casos en los que es necesaria la motivación de los actos administrativos la tiene, igualmente, la Ley de Bolivia (art. 30), en la Ley de El Salvador, en la cual se agrega a los actos que “revoquen o modifiquen actos anteriores,” o “se dicten en ejercicio de una potestad discrecional;” (art. 23): y en la Ley de Panamá respecto de los actos administrativos “que afecten derechos subjetivos; los que resuelvan recursos; los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes de idéntica naturaleza o del dictamen de organismos consultivos” (art. 155); y la Ley de Brasil, expresando que:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I. neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II. imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III. Decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV. dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V. decidam recursos administrativos; VI. decorram de reexame de ofício; VII. deixem de aplicar jurisprudencia firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII. importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.”

En estos casos, conforme al mismo artículo:

“§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito. “

Por otro lado, en otros países rige el principio general de que todo acto administrativo debe ser motivado, sin necesidad de precisar lista alguna. Este es el caso de Venezuela, donde la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone:

“Los actos administrativos de carácter particular deberán ser motivados, excepto los de simple trámite, o salvo disposición expresa de la Ley. A tal efecto, deberán hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto” (art. 9).

En igual sentido se expresa el Código de Ecuador (art. 23), la Ley de Panamá (art. 201.1) La Ley de México exige que todo acto administrativo deberá estar “fundado y motivado” (art. 3). Igualmente, la Ley de Argentina que dispone que los actos administrativos:

“Deberán ser motivados, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir al acto, consignando, además, los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho vigente” (art. 7,e)

El mismo principio lo establece la Ley de Uruguay:

“Artículo 123. Todo acto administrativo deberá ser motivado, explicándose las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan. No son admisibles fórmulas generales de fundamentación, sino que deberá hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada. “

La idea de la prohibición de las “fórmulas generales de fundamentación” es un tema que se ha exigido siempre en la jurisprudencia, pero aquí se encuentra una norma expresa al respecto.

En esta forma, la motivación de los actos administrativos constituye una exigencia del derecho a la defensa, con fundamento expreso en los textos legales. Por ello, en la del Perú se la regula, en detalle, en su artículo 6 en la forma siguiente:

“6.1. La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2. Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituya parte integrante del respectivo acto.

6.3. No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto. “

La norma concluye indicando que no precisan motivación los siguientes actos: las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento; cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros; y cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única (art. 6.4).

Otras leyes más recientes, a pesar de que sobre la motivación solo consagren que se exige en general, como es el caso de la Ley de República Dominicana (art. 9.II), en la misma se ha incorporado una norma novedosa sobre el *principio de la racionalidad* vinculado a la motivación, en la siguiente forma:

“Artículo 3.4. Principio de racionalidad: Que se extiende especialmente a la motivación y argumentación que debe servir de base a la entera actuación administrativa.

La Administración debe actuar siempre a través de buenas decisiones administrativas que valoren objetivamente todos los intereses en juego de acuerdo con la buena gobernanza democrática.”

IV. EL PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE LA LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD

Si el principio de la eficacia en el procedimiento administrativo tiende a asegurar la obtención de un determinado resultado y que el acto pueda surtir efectos dentro de la finalidad perseguida; el principio de la presunción de la legalidad y legitimidad persigue afianzar la posibilidad de que el acto surta efectos y que se presuma válido, legítimo y legal una vez que se ha perfeccionado y se ha dictado, para que así pueda cumplirse la finalidad del procedimiento.

La presunción de legalidad y legitimidad, por tanto, origina la presunción de validez y con ella la eficacia del acto. Como lo indica la Ley de Honduras:

“Artículo 30. Se presume la legitimidad de los actos administrativos.

La Administración tiene potestad de ejecutarlos a través de sus órganos competentes, previo apercibimiento.”

Por su parte, el artículo 9 de la Ley del Perú formula el principio de la “presunción de validez”, indicando que “todo acto administrativo se considera valido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda;” y la Ley de Bolivia, indicando sobre el “principio de legalidad y presunción de legitimidad” que:

“las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario” (art. 4.g)

y que:

“Los actos de la Administración Pública sujetos a esta Ley se presumen válidos y producen efectos desde la fecha de su notificación o publicación” (art. 32.I).

Sobre el mismo principio la Ley de Chile una disposición es más completa, al indicar:

“Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional” (art. 3).

1. *La validez y la eficacia*

La validez de un acto administrativo consiste en su conformidad con el ordenamiento jurídico, consecuencia del respeto a la legalidad o del sometimiento a las exigencias del derecho. Por ello, el artículo 8 de la Ley del Perú señala sobre la “validez del acto administrativo” que “es válido el acto administrativo dictado conforme al ordenamiento jurídico” En el mismo sentido sobre la “presunción de validez” se declara en la Ley de la República Dominicana (art. 10).

La eficacia, por su parte, consiste en la producción de efectos del acto administrativo o en la aplicación del acto a sus destinatarios para que surta efectos respecto a ellos.

En esta forma, el acto válido puede ser o no eficaz, dependiendo de las condiciones de eficacia que se regulen en los ordenamientos. Por ejemplo, cuando se haya dictado un acto válido pero que no se ha notificado, el mismo no puede surtir sus efectos; no es eficaz, pero es válido. A la vez, el acto puede ser inválido por no estar acorde con el ordenamiento jurídico, pero puede producir efectos mientras no sea formalmente declarado nulo por la autoridad competente para ello.

A este respecto la Ley General de Costa Rica dispone que:

“Será válido el acto administrativo que se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario que lo dicta” (art. 128).

Esto implica que la adecuación al ordenamiento jurídico (al principio de la legalidad) condiciona la validez, precisamente, a través del cumplimiento de los requisitos que para ello se regulan en las leyes de procedimientos administrativos.

Por otra parte, el acto válido, en principio, surte efectos hasta tanto no sea declarada la invalidez del mismo por la autoridad competente. Así lo dice, por ejemplo, expresamente la Ley Federal mexicana:

“Artículo 8. El acto administrativo será válido hasta tanto su invalidez no haya sido declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según sea el caso.”

En síntesis, el acto administrativo, una vez dictado, es válido y, en principio, produce efectos. Dicha validez perdura como consecuencia del principio de la eficacia hasta que el acto no sea revocado o declarado nulo por la autoridad administrativa o judicial o, simplemente, hasta que el acto se extinga normal o naturalmente sin que tenga que ser anulado o revocado por autoridad alguna.

2. *Los requisitos de eficacia*

Como se ha dicho, el acto administrativo válido o conforme con el ordenamiento jurídico, en principio, produce efectos, pero éstos pueden estar sometidos a variadas condiciones que deban cumplirse a los efectos de que el mismo pueda producir sus consecuencias jurídicas y que deben cumplirse, sea en la propia Administración o respecto de destinatarios del acto.

A. *Los requisitos en la Administración: la aprobación y la autorización*

En primer lugar, se destacan aquellos requisitos de eficacia que deben cumplirse en el seno de la propia Administración y que, en general, se configuran como autorizaciones y aprobaciones.

En efecto, con frecuencia las leyes exigen que para que un acto administrativo surta efectos tiene que ser autorizado previamente por otro órgano administrativo, o tiene que ser aprobado por otra entidad pública. Incluso, en muchos casos, tratándose de algunos actos del Ejecutivo, se requiere de autorizaciones previas o aprobaciones posteriores de los órganos legislativos. En todo caso, se trata del régimen de las aprobaciones y autorizaciones como condición de eficacia de los actos administrativos.

Esto encuentra regulación expresa en muchas leyes. Por ejemplo, en el caso mexicano, la Ley Federal de Procedimientos Administrativos, establece:

“Artículo 10. Si el acto administrativo requiere aprobación de órganos o autoridades distintos del que lo emita, de conformidad a las disposiciones legales aplicables, no tendrá eficacia sino hasta en tanto aquélla se produzca.”

En igual sentido se establece la Ley de la República Dominicana (art. 27), y en la Ley de Honduras al disponer su artículo 31 que “los actos sujetos a aprobación no producirán sus efectos en tanto la misma no se haya ejercido”.

Normalmente, por supuesto, la aprobación es un acto posterior al acto sujeto a aprobación, el cual sólo puede comenzar a surtir efectos cuando ella se produzca. En cambio, la autorización es una condición previa a la propia emisión del acto autorizado.

En el caso de la Ley General de Costa Rica, también se regula en forma expresa la aplicación de dicho requisito de autorización, que debe ser previa, como condición de eficacia. Así, el artículo 145 de la Ley General establece:

“Artículo 145. 1. Los efectos del acto administrativo podrán estar sujetos a requisitos de eficacia, fijados por el mismo acto o por el ordenamiento.

2. Los requisitos de eficacia producirán efecto retroactivo a la fecha del acto administrativo, salvo disposición expresa en contrario del ordenamiento.

3. Cuando el acto requiera autorización de otro órgano la misma deberá ser previa.

4. Cuando el acto requiera aprobación de otro órgano, mientras ésta no se haya dado, aquél no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse.”

B. *Los requisitos en relación con los destinatarios: la publicación y la notificación*

Pero en relación con los destinatarios del acto administrativo, los requisitos de eficacia se rigen por el principio del conocimiento (principio de publicidad) por parte de los interesados, para que el acto tenga eficacia.

Por ejemplo, la Ley argentina señala sobre la “eficacia del acto” que:

“Artículo 11. Para que el acto administrativo de alcance particular adquiera eficacia debe ser objeto de notificación al interesado y el de alcance general, de publicación.”

Por tanto, en general, el comienzo de los efectos de los actos administrativo regulados en las leyes de procedimientos administrativos, está vinculado a la notificación o la publicación de los mismos; constituyendo una obligación de la Administración practicar la notificación de los actos de efectos individuales (art. 18, Ley del Perú; art. 45, Ley de Chile; art. 97, Ley de El Salvador; Ley de Panamá, art. 89; Código de Ecuador, art. 164) o efectuar la publicación (art. 18, Ley del Perú; art. 34, Ley de Bolivia; art. 48, Ley de Chile; art. 103, Ley de El Salvador).

Sin embargo, a pesar de que la notificación y la publicación sean requisitos de eficacia, los administrados podrían, antes de cumplirse con estos requisitos, pedir el cumplimiento de estos actos si tienen conocimiento de los mismos y no causan perjuicios a terceros (art. 11 de la Ley de Argentina). En esta forma, en ausencia de notificación o publicación, puede haber un cumplimiento voluntario sobre todo en el caso de los actos de efectos particulares.

En igual sentido, en la Ley Federal mexicana en su artículo 9, se regula el principio de que se exceptúa del requisito de notificación, en los casos de:

“El acto administrativo por el cual se otorgue un beneficio al particular, caso en el cual su cumplimiento será exigible por éste al órgano administrativo que lo emitió desde la fecha en que se dictó o aquélla que tenga señalada para iniciar su vigencia; así como los casos en virtud de los

cuales se realicen actos de inspección, investigación o vigilancia conforme a las disposiciones de ésta u otras leyes, los cuales son exigibles a partir de la fecha en que la Administración Pública Federal los efectúe”.

En igual sentido, si bien la Ley peruana requiere la “notificación legalmente realizada” para que se produzca la eficacia del acto administrativo (art. 16.1), precisa sin embargo que:

“Artículo 16.2. El acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto”.

De manera excepcional, sobre la notificación, la exigencia de la misma no se formula en general, sino que se limita a una serie de actos administrativos. Es el caso de la Ley de Panamá, en la cual además de detallarse extensamente los requisitos y condiciones de la notificación (arts. 90-99), en su artículo 91 se dispone que:

“Sólo se notificarán personalmente: 1. La resolución en que se ordene el traslado de toda petición, se ordene la corrección de la petición y, en general, la primera resolución que se dicte en todo proceso; 2. La resolución en que se cite a una persona para que rinda declaración de parte, para reconocer un documento, para rendir testimonio y aquélla en que se admita demanda de reconvencción; 3. La resolución en que se ponga en conocimiento de una parte el desistimiento del proceso de la contraria, y la pronunciada en casos de ilegitimidad de personería, a la parte mal representada o a su representante legítimo; 4. La primera resolución que se dicte en un proceso que ha estado paralizado por un mes o más; 5. La que decida una instancia; 6. Las demás que expresamente ordene la ley.”

Salvo esta excepción, puede decirse que en general, todas las leyes se recogen los mismos principios sobre la notificación de los actos administrativos de efectos particulares. En el caso de Costa Rica, de nuevo se destaca que la Ley General dedica un Capítulo entero al tema “Sobre la eficacia” de los actos administrativos, que inicia con el artículo 140, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 140. El acto administrativo producirá su efecto después de comunicado al administrado, excepto si le concede únicamente derechos, en cuyo caso lo producirán desde que se adopte. “

Una norma similar está en la Ley de El Salvador (art. 26), y en la Ley de la República Dominicana (art. 12).

Conforme a esto y en beneficio del particular, si el acto administrativo es, por ejemplo, consecuencia de una petición de un derecho, la declaración o la concesión del derecho por la Administración aún sin notificación formal del acto, produce efectos si su contenido es sólo el otorgamiento del derecho a quien lo pide. Esto, para que la exigencia de la notificación no se convierta en una limitación a que el acto administrativo pueda comenzar a surtir efectos de inmediato, en el caso de actos que sólo otorgan derechos.

Adicionalmente, la Ley General de Costa Rica precisa en su artículo 334, que “es requisito de eficacia del acto administrativo su debida comunicación al administrado, para que sea oponible a éste”. Además, en su artículo 141, señala expresamente que “la debida comunicación será el punto de partida para los términos de impugnación del acto administrativo”; es decir, la notificación de los actos de efectos individuales como condición para el inicio de sus efectos, coincide con el momento en el cual se inician los términos para los lapsos de impugnación de los actos administrativos.

Por su parte, la Ley Federal mexicana con toda precisión, establece que “el acto administrativo será válido, eficaz y exigible a partir de que surta efectos la notificación legalmente efectuada...” (art. 9). En sentido similar se establece en el Código de Ecuador (art. 101).

Por supuesto, la notificación es indispensable para que el acto de efectos particulares surta efectos, salvo, como lo dice la Ley de Honduras, “respecto de las personas para las que no fuese exigible la notificación personal”, en cuyo caso la publicación producirá los efectos de la notificación (art. 33). Por ello, la Ley de la República Dominicana aclara que:

“Artículo 11.I. La publicación de los actos podrá sustituir a la notificación cuando el acto tenga por destinatarios a una pluralidad indeterminada de personas o en los casos de procedimientos de concurrencia competitiva, indicándose en este último caso el medio válido para la publicación.”

Por supuesto, en general, la notificación no es necesaria respecto de los actos administrativos de efectos generales, los cuales comienzan sus efectos precisamente a partir de la publicación de los mismos. La distinción la recoge la Ley Orgánica de Venezuela, previéndose que la publicación es un requisito de eficacia no sólo de los actos normativos, que son los que normalmente aparecen publicados en el *Diario* o *Gaceta Oficial*, sino para los actos generales de efectos particulares, porque en definitiva se dirigen a un número determinable de sujetos (art. 72). En la legislación peruana, en los casos de actos que tengan varios destinatarios, el principio es que deben ser notificados personalmente a todos (art. 22).

En efecto, respecto al tema de la publicación, el principio es que el acto administrativo de efectos generales debe publicarse, sobre todo el de carácter normativo, o el que sea de carácter general no normativo cuando afecte a un número determinable de personas. Dicha publicación debe efectuarse en el *Diario* o *Gaceta Oficial* cuando se trate de actos administrativos nacionales; si se trata de actos administrativos dictados por entidades territoriales descentralizadas, si existen dichas *Gacetas Oficiales* en la entidad, deberá hacerse la publicación estableciéndose sustitutivamente, como lo desarrolla el Código colombiano, la posibilidad de la publicación en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones (art. 46).

Es de interés destacar, sobre la publicación de los actos administrativos, la previsión de la Ley de Chile sobre “autenticación” al disponer que:

“Los actos publicados en el Diario Oficial se tendrán como auténticos y oficialmente notificados, obligando desde esa fecha a su íntegro y cabal cumplimiento, salvo que se establecieren reglas diferentes sobre la fecha en que haya de entrar en vigencia” (art. 49).

En cuanto a las notificaciones de los actos administrativos hay principios comunes que puedan identificarse en casi todas las leyes:

En *primer lugar*, el principio de la notificación personal al interesado o al apoderado o al representante legal, mediante acto escrito, oficio, telegrama, carta o cualquier otro medio. Esto se encuentra expresamente establecido en el Código colombiano (art. 44), en la Ley Orgánica de Venezuela (art. 73), en la Ley General de Costa Rica (art. 243), en la Ley de Panamá (art. 98), y en la Ley de Honduras (arts. 87 y 88).

La Ley de El Salvador autoriza “las notificaciones por correo postal, público o privado, con acuse de recibo” (art. 98.1), y la Ley peruana agrega “correo electrónico” o “cualquier otro medio que permita comprobar fehacientemente su acuse de recibo y quien lo recibe, siempre que el empleo de cualquiera de estos medios hubiese sido solicitado expresamente por el administrado” (art. 20,1,2).

En *segundo lugar*, la precisión del lugar de la notificación, es decir, dónde deben hacerse las notificaciones, que puede ser en el domicilio o residencia del interesado o en el lugar que estos hayan señalado como “domicilio procesal”, similar al que puede indicarse conforme a los Códigos de Procedimiento Civil.

En *tercer lugar*, la recepción de la notificación debe ser personal, pero las leyes, en general, permiten que esta notificación pueda hacerse a la persona que se encuentre en el domicilio o la residencia. Es el caso de Venezuela, donde para agilizar los efectos del acto, si la persona destinataria no está en ese lugar, puede dejarse la notificación del acto con quien lo reciba, siempre que sea el domicilio o la residencia de la persona (art. 75).

En igual forma se establece en la Ley peruana (art. 21,4), en la Ley de Bolivia (art. 33.IV), y en la Ley de Chile (art. 46). Esto, para distanciar el principio de la notificación de los actos administrativos de los principios de la citación procesal contenidos en las normas del procedimiento civil, que son mucho más rigurosos.

En todo caso, cuando se desconozca el domicilio o la residencia del destinatario, las leyes de procedimiento administrativo establecen mecanismos alternativos de fijación de edictos en el Despacho del órgano administrativo (art. 45 del Código colombiano; art. 88 Ley de Honduras) o de publicación del acto (art. 22.1.2 de la Ley del Perú) o del edicto (art. 35 de la Ley Federal mexicana, art. 76, Ley Orgánica de Venezuela). En estos casos, el emplazamiento se debe publicar en un periódico, igual que el emplazamiento en el proceso judicial.

En el caso colombiano, la institución del edicto colocado en lugar público puede considerarse de eficacia relativa, por lo que hay que destacar la importancia de la regulación en el caso venezolano, donde la notificación no procede por edicto colocado en una oficina pública, sino que es obligatorio publicarlo en un diario de mayor circulación (art. 76). En el caso de México se exige la publicación en el Diario Oficial y en un periódico de mayor circulación (art. 37).

Un aspecto importante a destacar es que si bien la publicación es una forma de suplir la ausencia de notificación personal, lo que no puede la Administración es recurrir libremente a la publicación sustituyendo la exigencia de notificación personal (Ley del Perú, art. 20.2).

Es decir, si el acto administrativo es de efectos particulares y tiene destinatarios, tiene que haber notificación personal y no puede la Administración pretender que, con el hecho de publicarlo en la Gaceta Oficial, la cual además muy poca gente lee, pueda presumirse que se notificó el acto. Por tanto, como principio, la publicación no puede sustituir la exigencia de la notificación personal.

En *cuarto lugar*, la precisión del contenido de la notificación. En todas las legislaciones se sigue el principio de la legislación española, según el cual la notificación debe contener el texto íntegro del acto administrativo que se notifica, con la indicación de los recursos que proceden contra el mismo. Es el caso particularmente de la Ley venezolana (art. 73), del Código colombiano (arts. 44 y 47), de la Ley de Honduras (art. 89) de la Ley General de Costa Rica (art. 245), de la Ley peruana (art. 24), de la Ley de El Salvador (art. 104).

Por otra parte, si la propia Administración se equivoca en la indicación al particular de cuál es el recurso que tiene que interponer y el particular usa erradamente el recurso indicado, expresamente se señala en la Ley venezolana que el tiempo que pueda transcurrir no se cuenta a los efectos de la caducidad, cuando se corrija la introducción del recurso (art. 77). Por tanto, el error en que

pueda inducir la Administración al particular, no lo afecta en el sentido de que pueda llegarse a considerar que habrían caducado los recursos. En forma general esta situación se regula en la Ley peruana, no sólo en relación con los recursos, sino con cualquier acto procedimental, así:

“24.2. Si en base a información errónea, contenida en la notificación, el administrado practica algún acto procedimental que sea rechazado por la entidad, el tiempo transcurrido no será tomado en cuenta para determinar el vencimiento de los plazos que correspondan.”

La indicación sobre el necesario contenido de los actos administrativos la traen expresamente todas las legislaciones, particularmente en forma expresa en los casos de Venezuela (art. 74), Perú (arts. 26 y 27) y Colombia (art. 48), al regular las notificaciones defectuosas. En consecuencia, si la notificación no contiene todos los elementos establecidos, no produce efectos y no comienzan a correr para el particular los lapsos de impugnación; salvo a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el notificado o se interponga el recurso procedente, como lo indica la Ley de Honduras (art. 91).

Por último, debe destacarse la regulación detallada de la legislación mexicana sobre la posibilidad de que el particular interesado, aún sin notificación, pueda darse por notificado, conocer voluntariamente el acto y ejercer los recursos de impugnación ante la Administración (art. 41).

La regulación deriva de la discusión sobre si la Administración puede presumir que el particular conocía el acto y si por esa vía, puede alegar la caducidad, por ejemplo, de su impugnación. En principio, dicha presunción no debe darse, salvo que haya manifestación concreta de alguna actuación del particular ante la Administración (art. 27.2, Ley del Perú).

Pero como principio, la Administración no puede alegar la caducidad de los recursos con fundamento en que “presume” que el particular conocía el acto, salvo que el particular se haya dado por notificado formalmente ante la Administración o haya dado por conocido el acto formalmente y lo haya impugnado ante los órganos jurisdiccionales.

Por tanto, si el particular actúa en el procedimiento y se da por notificado, aun cuando no haya sido notificado personalmente, la Administración sí puede estimar que tuvo conocimiento del acto desde el momento en que ha actuado y que su recurso feneció o caducó si no lo ha ejercido en el tiempo establecido. Es lo que en la Ley de Chile se denomina “notificación tácita” indicando que:

“Aun cuando no hubiere sido practicada notificación alguna, o la que existiere fuere viciada, se entenderá el acto debidamente notificado si el interesado a quien afectare hiciera cualquier gestión en el procedimiento, con posterioridad al acto, que suponga necesariamente su conocimiento, sin haber reclamado previamente de su falta o nulidad” (art. 47).

Lo mismo ocurre en los casos de “notificaciones defectuosas,” respecto de las cuales la Ley de El Salvador dispone como principio que:

“Art 102. La notificación realizada por un medio inadecuado o de forma defectuosa será nula, salvo que el interesado se dé por enterado oportunamente del contenido del acto de que se trate, de forma expresa o tácita, ante el órgano correspondiente, con lo cual se entendería que ha quedado subsanado el defecto. “

En general, por ello, incluso, el artículo 19 de la Ley peruana expresamente “dispensa de notificación” en los siguientes casos:

“19.1. La autoridad queda dispensada de notificar formalmente a los administrados cualquier acto que haya sido emitido en su presencia, siempre que exista acta de esta actuación procedimental donde conste la asistencia del administrado.

19.2. También queda dispensada de notificar si el administrado tomara conocimiento del acto respectivo mediante su acceso directo y espontáneo al expediente, recabando su copia, dejando constancia de esta situación en el expediente.”

C. *La condición y el término en los actos administrativos*

Los actos administrativos, como todo acto jurídico, pueden tener supeditado el inicio de sus efectos o la duración de los mismos, a condición o término. Sin embargo, en el derecho administrativo, la materia requiere texto expreso por lo que, en ningún caso la Administración puede someter la eficacia de sus actos, discrecionalmente, a estas modalidades.

La regulación de la materia en las leyes de procedimientos administrativos, sin embargo, es excepcional. La disposición más precisa está en la Ley peruana, en cuyo artículo 2, se regulan las modalidades del acto administrativo, así:

“2.1. Cuando una ley lo autorice, la autoridad, mediante decisión expresa, puede someter el acto administrativo a condición, término o modo, siempre que dichos elementos incorporables al acto, sean compatibles con el ordenamiento legal, o cuando se trate de asegurar con ellos el cumplimiento del fin público que persigue el acto.

2.2 Una modalidad accesorio no puede ser aplicada contra el fin perseguido por el acto administrativo.”

De resto se puede mencionar la Ley Federal mexicana, donde está una previsión expresa de que el acto administrativo puede estar sometido a condición o término, pero regulado en una forma indirecta cuando precisa las formas de

extinción del acto administrativo. En tal sentido, el artículo 11 señala que el acto se extingue de pleno derecho cuando la formación del acto está sometida a una condición o término suspensivo y éste no se realiza, o cuando está sometido al acaecimiento de una condición resolutoria, en cuyo caso se extingue. Es decir, es una regulación indirecta de la condición y el término, por vía de la previsión de la extinción del acto.

Por tanto, puede decirse que, salvo en la Ley del Perú, el principio positivo de que el acto administrativo puede estar sometido a condición o término no se encuentra regulado en forma expresa en las leyes de procedimientos administrativos. Ello confirma la conclusión de que la condición o término en relación a los efectos de los actos administrativos, sólo puede existir por texto expreso lo que, en definitiva, es una limitación a la potestad discrecional.

3. *La firmeza de los actos administrativos*

La firmeza del acto administrativo se produce cuando el mismo es totalmente irrevisable, es decir, cuando no puede ser impugnado por los particulares y no pueda ser revocado por la Administración. Este principio de la firmeza justifica que el acto pueda ser totalmente ejecutado, y que haya que cumplirlo necesariamente. Por ello, la Ley General de Costa Rica señala al respecto que “la Administración deberá dar cumplimiento a los actos administrativos firmes...” (art. 228); y la Ley de Panamá dispone que:

“Las órdenes y demás actos administrativos en firme, del Gobierno Central o de las entidades descentralizadas de carácter individual, tienen fuerza obligatoria inmediata, y serán aplicados mientras sus efectos no sean suspendidos, no se declaren contrarios a la Constitución Política, a la ley o a los reglamentos generales por los tribunales competentes” (art. 46)

Incluso, algunas legislaciones vinculan la eficacia del acto con la firmeza, como ocurre con la Ley de Honduras que establece que “los actos de la Administración de carácter particular adquieren eficacia al ser firmes” (art. 31).

Ahora bien, la definición precisa de la firmeza de los actos administrativos normalmente no se encuentra en textos legales expresos. En general, como se dijo, está vinculada al concepto de la inimpugnabilidad del acto administrativo; aquél que ya no es recurrible. En tal sentido, la única de las leyes que trae una definición de la firmeza es el Código colombiano que precisa en su artículo 62 que los actos administrativos quedarán firmes:

“1) Cuando contra ellos no proceda ningún recurso; 2) Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido; 3) Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos; 4) Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos. “

Este mismo principio es el que se aplica en todos los demás países, aún cuando en la legislación no se incluya una definición expresa.

4. *La suspensión de efectos de los actos administrativos*

Los actos administrativos, como se ha dicho, por la presunción de legitimidad y veracidad que tienen, al ser notificados comienzan a surtir efectos y pueden ser ejecutados, de manera que como principio, el ejercicio de recursos contra los mismos no suspende sus efectos. Este es el principio general en las leyes de procedimientos administrativos, de América Latina.

Por ello, el régimen de Colombia puede considerarse excepcional, al establecer el principio contrario, de los efectos suspensivos de los recursos, consagrado en el artículo 55 del Código, que establece que “los recursos se concederán en el efecto suspensivo...”. Por supuesto, este régimen excepcional, en el balance entre interés general y el interés particular, está más en favor de la garantía de los derechos de los particulares.

En general, el resto de las leyes de América Latina establecen el principio contrario, que es el clásico, de los efectos no suspensivos de los recursos. Así, por ejemplo, el artículo 87 de la Ley Orgánica venezolana establece que “la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario”, como, precisamente, la prevista en el Código Orgánico Tributario para los actos administrativos de naturaleza tributaria.

En igual sentido, la Ley General de Costa Rica establece en general, que “los recursos administrativos no tendrán efecto suspensivo de la ejecución” (art. 148); y la Ley peruana precisa que:

“la interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado” (art. 216,1).

En cuanto a los recursos contencioso-administrativos, en general, también tienen los mismos efectos no suspensivos, pero teniendo el juez contencioso-administrativo amplísimos poderes cautelares de suspensión.

Por otra parte, como se dijo, siempre existe la posibilidad de que intentada una reclamación, un recurso o una solicitud, la Administración puede decidir la suspensión de efectos de los actos impugnados. En algunos casos, en leyes como la de Venezuela, por ejemplo, se limita la posibilidad de suspensión de efectos para los casos en los cuales se formule un alegato de nulidad absoluta o cuando el acto si se ejecuta se estime que pueda causar gravamen o perjuicio irreparable. En estos casos, la Administración puede suspender los efectos del acto (art. 87 de la Ley venezolana).

Esto es paralelo a lo que podría llamarse la suspensión de facto, que es la común: dictado un acto administrativo y recurrido el mismo, aún cuando formalmente el recurso no tenga efectos suspensivos, no es común ver a la Administración ejecutándolo, sobre todo cuando puede afectar el patrimonio del particular cuando, por ejemplo, pueda implicar una demolición o una multa. Por otra parte, es muy difícil ver a la Administración cobrando una multa cuando hay un recurso pendiente, produciéndose de hecho la suspensión.

En todo caso, en la legislación de Costa Rica se establece el mismo principio del carácter no suspensivo de los recursos administrativos, admitiéndose, sin embargo, la posibilidad para la Administración, de poder “suspender la ejecución cuando la misma puede causar perjuicios graves o de imposible o difícil reparación” (art. 148).

En la Ley argentina, el mismo principio está consagrado así:

“Artículo 12. La Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta.”

Una norma idéntica está consagrada en la Ley de Honduras (art. 30). La Ley peruana, por su parte, destina al tema la siguiente normativa desarrollada con todo detalle:

“216.2. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien compete resolver el recurso podrá suspender de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

216.3. La decisión de la suspensión se adoptará previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido.

216.4. Al disponerse la suspensión podrán adoptarse las medidas que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o los derechos de terceros y la eficacia de la resolución impugnada.

216.5. La suspensión se mantendrá durante el trámite del recurso administrativo o el correspondiente proceso contencioso-administrativo, salvo que la autoridad administrativa o judicial disponga lo contrario si se modifican las condiciones bajo las cuales se decidió. “

Debe destacarse, sin embargo, que esta potestad de la Administración de suspender los efectos de los actos administrativos impugnados encuentra una restricción extrema en la ley venezolana, al exigir obligatoriamente que el órgano respectivo requiera del interesado la constitución de caución suficiente, haciendo responsable al funcionario de la insuficiencia de la caución (art. 87).

5. *La extinción natural del acto administrativo*

Otro tema vinculado a la presunción de validez y legitimidad y al cumplimiento de los efectos del acto administrativo, como lo señala la Ley Federal mexicana, es que el acto produce sus efectos como acto válido, hasta tanto sea declarada su invalidez por una decisión administrativa o judicial, según que se revoque o se anule (art. 8).

Sin embargo, esto hay que contrastarlo con los mecanismos de extinción natural de los actos administrativos, es decir, que sin que haya una revocación o una anulación, el acto puede extinguirse por diversas razones: porque se agotó su objeto; porque se extinguió su finalidad; porque se extingue su plazo, en caso de tenerlo; porque se produce el término extintivo o la condición resolutoria.

También se produce la extinción natural del acto, cuando se trata de un acto que sólo beneficia a un particular y éste puede renunciar al derecho que le otorga. También constituye una forma de extinción natural del acto, el denominado decaimiento, cuando lo que se extingue es el presupuesto de hecho o el presupuesto de derecho del acto, y al desaparecer uno de estos elementos esenciales, el acto decae.

Todos estos medios de extinción natural se enumeran en la Ley Federal mexicana así:

“Artículo 11. El acto administrativo de carácter individual se extingue de pleno derecho, por las siguientes causas: I. Cumplimiento de su finalidad; II. Expiración del plazo; III. Cuando la formación del acto administrativo esté sujeto a una condición o término suspensivo y éste no se realiza dentro del plazo señalado en el propio acto; IV. Acaecimiento de una condición resolutoria; V. Renuncia del interesado, cuando el acto hubiere sido dictado en exclusivo beneficio de éste y no sea en perjuicio del interés público; y VI. Por revocación, cuando así lo exija el interés público, de acuerdo con la ley de la materia.”

En sentido similar, el Código de Ecuador indica que:

Art. 103. Causas de extinción del acto administrativo. El acto administrativo se extingue por: 1. Razones de legitimidad, cuando se declara su nulidad. 2. Revocatoria, en los casos previstos en este Código 3. Cumplimiento, cuando se trata de un acto administrativo cuyos efectos se agotan. 4. Caducidad, cuando se verifica la condición resolutoria o se cumple el plazo previsto en el mismo acto administrativo o su régimen específico. 5. Ejecución de los derechos o cumplimiento de las obligaciones que se deriven de él, de conformidad con la ley, si no se ha previsto un régimen específico.”

Otra forma de extinción regulada especialmente en la Ley argentina es la caducidad del acto administrativo cuando el interesado no cumple las condiciones fijadas en el mismo (art. 21), lo que es un principio general del derecho administrativo. La Ley exige, sin embargo, la previa constitución en mora del particular y la concesión de un plazo suplementario razonable para el cumplimiento (art. 21).

6. *La prescripción de los actos administrativos sancionatorios*

Otro tema en relación con la extinción de los actos administrativos en los procedimientos administrativos que regulan las leyes en América Latina, es el que se refiere a la prescripción de las sanciones administrativas.

En la Ley Federal mexicana, por ejemplo, se prevé que “la facultad de la autoridad para imponer sanciones administrativas prescribe en 5 años” (art. 79). En el Código colombiano también se regula la prescripción, aun cuando se la califica como “caducidad”, al disponer su artículo 38 que:

“Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones, caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas.”

En sentido similar, el Decreto uruguayo regula la prescripción de las faltas administrativas, en un lapso de 8 años, previendo que la prescripción “se suspende por la resolución que disponga una investigación administrativa o la instrucción de un sumario por la falta administrativa en cuestión” (art. 172).

En la Ley del Perú, no sólo se regula detalladamente el procedimiento sancionatorio en general, sino que también con gran precisión, el artículo 231 regula el tema de la prescripción, así:

“233.1. La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio de los plazos para la prescripción de las demás responsabilidades que la infracción pudiera ameritar. En caso de no estar determinado, prescribirá en cinco años computados a partir de la fecha en que se cometió la infracción o desde que cesó, si fuera una acción continuada.

233.2 . El plazo de prescripción sólo se interrumpe con la iniciación del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo si el expediente se mantuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al administrado.

233.3 . Los administrados plantean la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos, debiendo en caso de estimarla fundada, disponer el inicio de las acciones de responsabilidad para dilucidar las causas de la inacción administrativa.”

En la Ley Orgánica venezolana, no se regula con carácter general la prescripción de las sanciones administrativas, existiendo sólo normas específicas en ordenamientos especiales. Por ejemplo, la prevista en el art. 117, Parágrafo Único de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987, dispone que:

“Las acciones contra las infracciones de la presente ley prescribirán a los 5 años a contar de la fecha de la infracción, a menos que la prescripción fuese interrumpida por actuaciones de la autoridad administrativa urbanística o municipal correspondiente.”

En cambio, lo que sí regula la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela es la prescripción respecto de “las acciones provenientes de los actos administrativos creadores de obligaciones a cargo de los administrados,” lo cual se produce “en el término de cinco años (art. 70). Agrega la Ley Orgánica que:

“Artículo 71. Cuando el interesado se oponga a la ejecución de un acto administrativo alegando la prescripción, la autoridad administrativa a la que corresponda el conocimiento del asunto procederá, en el término de treinta (30) días, a verificar el tiempo transcurrido y las interrupciones y suspensiones habidas, si fuere el caso, y a decidir lo pertinente.”

V. EL PRINCIPIO DE LA IRREVOCABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Otro de los principios que también es parte fundamental del régimen de los actos administrativos, es el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos o de la no revisión de los mismos, una vez que éstos han sido dictados, salvo en los casos autorizados por la ley.

1. *La revisión de oficio de los actos administrativos*

En efecto, el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos encuentra una excepción general en todos aquellos casos en los cuales la Administración puede revisarlos, de oficio, por estar autorizada legalmente.

En tal sentido, el procedimiento administrativo, en general, puede decirse que se desarrolla en dos fases: en *primer lugar*, el procedimiento constitutivo de los actos administrativos, tendiente a la formación y emisión de los mismos; y, en *segundo lugar*, el procedimiento de revisión de los actos administrativos que se desarrolla una vez que estos se dictan, y que tiene por objeto ratificarlos, corregirlos, reformarlos o modificarlos, revocarlos o anularlos.

Este procedimiento de revisión puede iniciarse de oficio o a instancia de parte, en este último caso mediante el ejercicio por los interesados, de los recursos administrativos de reconsideración, jerárquico o de revisión, o mediante la petición de que se declare su nulidad absoluta.

La revisión de oficio de los actos administrativos está establecida en las leyes de procedimiento administrativo y si bien la Administración puede iniciarlos *motu proprio*, puede haber también requerimientos de los interesados, es decir, instancia de parte.

El *primer* supuesto de revisión de oficio de los actos administrativos se refiere a la posibilidad que tiene la Administración, siempre, de modificar los que son de efectos generales, es decir, los actos normativos o reglamentarios. Estos pueden ser reformados o derogados, dadas las características de generalidad e impersonalidad de las situaciones jurídicas que regulan.

Por supuesto, estas modificaciones pueden también ser solicitadas por los interesados, en virtud “del derecho de petición en interés general” como lo califica el Código colombiano (arts. 5 a 8).

En estos casos, se destaca la garantía que tienen los ciudadanos de ser oídos antes de la modificación mediante el sistema de audiencias y consultas públicas que regulan algunas leyes.

En *segundo lugar*, como se ha visto, las leyes de procedimiento administrativo prevén la posibilidad para la Administración, en cualquier momento, de corregir o rectificar los errores materiales, de hecho, de cálculo, o aritméticos en que se hubiere incurrido en la configuración de los actos administrativos (por ejemplo, art. 157, Ley General de Costa Rica; art. 201, Ley del Perú; art. 73, Código de Colombia; art. 84, Ley de Venezuela). Los interesados, por supuesto, también pueden solicitar esta revisión de los actos administrativos.

A tal efecto, algunas leyes como la de Chile, prevén expresamente la posibilidad para la Administración que hubiere dictado una decisión que ponga término a un procedimiento, de poder “de oficio o a petición del interesado, aclarar los puntos dudosos u oscuros y rectificar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hechos que aparecieren de manifiesto en el acto administrativo” (art. 62). En igual sentido se regula en el Código de Ecuador (art. 133).

En *tercer lugar*, los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales o directos a favor de particulares, pueden ser revocados en cualquier momento por la Administración, sea por la misma autoridad que los dictó o por el superior jerárquico (por ejemplo art. 82 Ley de Venezuela; art. 18 Ley de Argentina). Esta decisión también puede adoptarse de oficio o a petición de parte.

En *cuarto lugar*, la Administración puede “de oficio o a instancia de parte”, reconocer o declarar la nulidad absoluta de los actos administrativos, en los casos enumerados en las leyes de procedimiento administrativo. Así se establece expresamente, por ejemplo, en las legislaciones de Venezuela (art. 83) de Argentina (art. 17), de Costa Rica (art. 174) y de Honduras (art. 119). En todo caso, si el acto administrativo ha sido confirmado por sentencia judicial contencioso-administrativa, en ningún caso es revisable por la Administración (art. 205,1).

Es de destacar, además, que el hecho de que las leyes mencionadas permitan expresamente iniciar a instancia de parte este procedimiento de revisión de los actos administrativos en los casos de vicios de nulidad absoluta, pone de manifiesto la existencia efectiva de un “recurso administrativo” específico, cuyo objetivo es el pedir la declaración de nulidad absoluta de un acto administrativo conforme a los casos taxativamente enumerados en las leyes, pero con la especialísima característica de que la petición puede formularse en cualquier momento, sin que exista lapso de caducidad o prescripción alguno, excepto en la legislación de Brasil (5 años) y del Perú (1 año). Esto conlleva consecuencias importantes, en cuanto a la posterior recurribilidad de los actos administrativos nulos, de nulidad absoluta, en vía judicial.

En efecto, si en cualquier momento se puede requerir de la Administración que reconozca y declare la nulidad absoluta de los actos administrativos, aun cuando estos estén firmes, ello significa que la instancia del interesado abre siempre la posibilidad de emisión de un nuevo acto administrativo que declare o no la nulidad absoluta, contra el cual puede, en definitiva, ejercerse los recursos jurisdiccionales contencioso-administrativos que procedan. Por ello, en consecuencia, ante actos administrativos viciados de nulidad absoluta, siempre será posible obtener una revisión judicial de los mismos.

Por último, en *quinto lugar*, debe señalarse que aún en los casos en los que se admite la revisión de oficio de los actos administrativos, si el ejercicio de tal potestad produce efectos inequitativos o lesiona derechos de interesados, la misma no debe ejercerse. Como lo señala la Ley de Honduras:

“Artículo 125: Las potestades de anulación, revocación y modificación de oficio no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones; por el tiempo transcurrido u otras circunstancias, su ejercicio resultase contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes”.

2. *El acto administrativo firme y la cosa juzgada administrativa*

La firmeza de los actos administrativos se produce cuando los mismos son irrecurribles o inimpugnables por los interesados. Como lo indica el artículo 212 de la Ley del Perú:

“Artículo 212. Acto Firme. Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.”

Por su parte, el acto administrativo definitivo es el que pone fin o resuelve un asunto, y eso lo distingue del acto de trámite. La firmeza, en cambio, tiene que ver con la inmodificabilidad del acto administrativo, con las excepciones antes señaladas de revisión de oficio o particularmente a petición de parte.

Ahora bien, si el acto administrativo firme crea derechos a favor de particulares, se dice que crea cosa juzgada administrativa, lo que lo hace irrevocable por la Administración, al punto de que una de las causales de nulidad absoluta de los actos administrativos, como se ha dicho, por ejemplo, en la Ley venezolana, es “cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares” (art. 19,2).

3. *El principio de intangibilidad de los actos administrativos: los límites a la revocación y los derechos adquiridos*

Puede decirse que una consecuencia del principio de la irretroactividad de los actos administrativos es el principio general de que los derechos o situaciones jurídicas subjetivas adquiridos o declarados por actos administrativos individuales, no pueden ser eliminados posteriormente por otros actos administrativos. Es el principio general de la intangibilidad de las situaciones jurídicas nacidas de actos individuales, o de la irrevocabilidad de los actos administrativos de efectos particulares creadores de derechos a favor de los administrados; principio que ha tenido consagración legal expresa en las leyes de procedimiento administrativo de América Latina.

La fórmula de la Ley argentina puede considerarse que resume, en general, la posición del derecho administrativo latinoamericano, al prescribir que:

“El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado” (art. 18).

Una variante de esta formulación está en la Ley del Perú, la cual prescribe que “los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia” (art. 203,1).

De estas fórmulas derivan varias consecuencias:

En *primer lugar*, el principio de la intangibilidad de las situaciones jurídicas derivadas de un acto administrativo sólo se aplica a los actos creadores de derecho a favor de particulares, por lo que los actos administrativos que no creen derechos a favor de particulares pueden ser revocados en cualquier momento. Como lo establece la Ley venezolana:

“Los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico” (art. 82).

El mismo principio lo recoge el Reglamento de la Comunidad Andina (art. 34).

En *segundo lugar*, el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos creadores de derecho, por supuesto, sólo se aplica a los actos administrativos válidos y regulares, capaces de dicha creación, por lo que, si el acto está viciado de nulidad absoluta, no puede crear dichos derechos y es esencialmente revocable (art. 83 Ley venezolana).

En *tercer lugar*, el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos creadores de derechos a favor de particulares, se considera que tiene completa aplicabilidad a partir del momento en el cual el acto administrativo quede firme, es decir, a partir del momento en que su legalidad no pueda ser cuestionada directamente ante el juez administrativo. En consecuencia, el acto creador de derechos a favor de particulares, en principio, podría ser revocado por razones de legalidad dentro del lapso de caducidad previsto para la interposición del recurso de anulación; o como lo señala la Ley de Honduras, “cuando infrinja manifiestamente la ley, siempre que no aparezca firme y con sentido” (art. 121).

En *cuarto lugar*, el principio de la irrevocabilidad rige en tanto en cuanto el particular que deriva derechos del acto administrativo no consienta su revocación, tal como lo regula el Código de Colombia (art. 73).

Por último, y en cuanto a los principios relativos a la irrevocabilidad de los actos administrativos regulares y firmes creadores de derecho a favor de los particulares, debe señalarse que las legislaciones latinoamericanas admiten como excepción, los casos en los cuales la revocación esté acompañada de una indemnización.

Así lo establece expresamente la Ley argentina (art. 18), la Ley del Perú (art. 205) y la Ley General de Costa Rica (art. 155), la cual establece que, si el acto revocatorio no contiene el reconocimiento y el cálculo de la indemnización completa de los daños y perjuicios causados, el acto revocatorio estaría viciado de nulidad absoluta (art. 155.1). En Honduras, la ley expresamente señala que la revocación de un acto administrativo sólo dará lugar a indemnización cuando la misma esté prevista expresamente en la Ley (art. 123).

En Venezuela, en cambio, frente al establecimiento del principio general de la nulidad absoluta el acto revocatorio de uno precedente creador de derecho a favor de particulares (art. 19,2), podría argumentarse que tal nulidad no se produciría, si la revocación estuviese acompañada de la indemnización correspondiente, por la eliminación del derecho, por supuesto, con suficiente motivación conforme al interés público.

Por tanto, aún cuando el acto cree derechos a favor de particulares, podría ser revocado por la Administración mediando indemnización, porque nunca se podría impedir a la Administración, en último término, hacer prevalecer el interés general sobre el interés particular. Así como la Administración puede expropiar cualquier bien o derecho, ello, también podría aplicarse analógicamente en este caso.

La regulación, en Venezuela, lo que busca es proteger a los particulares contra la arbitrariedad de la Administración de revocar discrecionalmente sus actos administrativos, pero no debe interpretarse en el sentido de impedir a la

Administración la posibilidad de revocación del acto creador de derechos, pues indemnizando al particular se sustituiría su derecho adquirido por el acto anterior, con un título distinto.

En cuanto a las excepciones al principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos, debe destacarse las previsiones de la Ley del Perú, al establecer en el artículo 203, que excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

“2.1. Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

2.2. Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

2.3. Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros. “

En estos casos, dispone el artículo 203,3 que esta revocación sólo puede ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor.

VI. EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE LESIVIDAD

Frente al principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos creadores o declarativos de derechos a favor de los particulares, en las leyes más recientes de procedimiento administrativo de América Latina, siguiendo la orientación de la legislación española, se ha regulado el llamado procedimiento de “declaración de lesividad.”

En este sentido, en la Ley de El Salvador, en esta materia de “declaración de lesividad de los actos favorables que adolecen de nulidad relativa,” en su artículo 120, establece que la Administración Pública, en el lapso de cuatro años desde la fecha en que se dictó el acto, puede impugnar, a través de la vía contencioso-administrativa, bien a iniciativa propia o bien a instancia de interesado, los actos favorables que adolezcan de un vicio de nulidad relativa. Para ello, dispone la Ley:

“Antes de plantear la pretensión, será necesario que el superior jerárquico del órgano que dictó el acto haya declarado que este es lesivo para el interés público. En el caso de no contar con superior jerárquico, el acuerdo será emitido por el mismo funcionario que emitió el acto.

Antes de adoptar el acuerdo de lesividad, se dará audiencia a quienes tengan un interés legítimo respecto al acto. El plazo de esta audiencia no podrá ser inferior a quince días.”

En la misma línea de regulación expresa de la “declaración de lesividad de actos favorables,” el artículo 45 de la Ley de República Dominicana dispone lo siguiente:

“Los órganos administrativos podrán declarar, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados nulos o anulables, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Párrafo I. Si el vicio del acto determinara su nulidad, el proceso de lesividad puede iniciarse en cualquier momento, siempre y cuando no se haya producido prescripción de acciones, o si por cualquier circunstancia su activación contraría la equidad, la buena fe o la confianza legítima.

Párrafo II. Si el vicio fuera de anulabilidad, el proceso de lesividad debe iniciarse antes de transcurrido un año desde el dictado del acto.

Párrafo III. La Administración podrá inadmitir motivadamente las solicitudes de inicio del proceso de lesividad cuando carezcan manifiestamente de fundamento, sean contrarias a la buena fe o a la confianza legítima.”

Una regulación sobre el tema de la declaratoria de lesividad, o “revocatoria de los actos favorables” se encuentra en el Código de Ecuador (art. 115).

DÉCIMA PRIMERA PARTE

PRINCIPIOS SOBRE LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

I. EL PRINCIPIO EJECUTIVO

La consecuencia de la presunción de legalidad y de legitimidad del acto administrativo es el principio de la ejecutividad, es decir, la posibilidad de que el mismo, sin que exista una declaración judicial, pueda ser ejecutado, precisamente por el carácter ejecutivo que tiene.

En otras palabras, se trata de la posibilidad no sólo de que los actos de la Administración se consideren ejecutivos y se obvie el proceso de cognición para que el derecho esté declarado; sino, para que, también en estos casos, se obvie el proceso de ejecución y la Administración pueda ejecutar sus propios actos, por

sí misma, e incluso, en forma forzosa, sin necesidad de acudir a los tribunales, con facultad, incluso de ser necesario, como principio general, de recurrir a la fuerza pública.

Para ello, por supuesto, tiene que haberse adoptado una decisión que ponga término al procedimiento. Como lo indica la Ley de Panamá:

“las entidades públicas no iniciarán ninguna actuación material que afecte derechos o intereses legítimos de los particulares, sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirve de fundamento jurídico. Quien ordene un acto de ejecución material, estará en la obligación, a solicitud de parte, de poner en conocimiento del afectado el acto que autorice la correspondiente actuación administrativa” (art. 48).

En igual sentido se regula en el artículo 50 de la Ley de Chile, en el artículo 54 de la Ley de Bolivia, y en el artículo 30 de la Ley de El Salvador.

Es decir, se insiste, las leyes exigen que para que la Administración inicie actuaciones materiales que menoscaben, limiten o perturben el ejercicio del derecho de los particulares, previamente debe haberse adoptado la decisión que les sirva de fundamento (art. 78 Ley de Venezuela). De allí que se obligue a los órganos que ordenen actos de ejecución material, comunicar por escrito al interesado el acto administrativo que autorice la actuación administrativa, o publicarlo, que es cuando comienzan a producir efectos (art. 51, Ley de Chile).

Por lo demás, como lo indica la Ley de El Salvador, el principio es que sólo procede la ejecución de los actos válidos y eficaces no procediendo respecto de “aquellos que, por carecer de algún elemento esencial, deban considerarse inexistentes. La ejecución en estas circunstancias producirá responsabilidad para quien la haya ordenado o ejecutado” (art. 31). Por supuesto tampoco procede la ejecución de los actos cuyos efectos han sido suspendidos por la propia autoridad administrativa o por la autoridad judicial (art. 29, Ley República Dominicana)

De lo anterior deriva el principio de que toda la actuación material que no esté precedida de un acto administrativo válido y eficaz, puede considerarse como una vía de hecho.

Ahora sobre el principio de la ejecutoriedad, el mismo se establece, en el artículo 51 de la Ley de Chile al disponer que:

“Los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.”

En la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica también se define la ejecutoriedad como la potestad de la Administración:

“De ejecutar por sí, sin recurrir a los tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que pudiera resultar” (art. 146.1).

En el mismo sentido, la Ley de Bolivia dispone que “las resoluciones definitivas de la Administración Pública, una vez notificadas, serán ejecutivas,” (art. 55 1); que “la Administración Pública ejecutará por sí misma sus propios actos administrativos conforme a reglamentación especial establecida para cada sistema de organización administrativa aplicable a los órganos de la Administración Pública” (art. 155.III); y que la Administración Pública podrá proceder a su ejecución forzosa por medio de los órganos competentes en cada caso” (art. 55.1);

El principio, en todo caso, se encuentra expresado en las leyes, como en la Ley argentina que establece:

“Artículo 12. El acto administrativo goza de presunción de legitimidad: su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios -a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario.”

En igual sentido se regula en la Ley de Honduras, donde se establece que al presumirse la legitimidad de los actos administrativos “la Administración tiene potestad de ejecutarlos a través de sus órganos competentes, previo apercibimiento” (art. 30). En la Ley peruana se dispone que “los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley” (art. 192).

El Código colombiano, sin embargo, define, tanto el principio de la ejecutividad como el de la ejecutoriedad del acto administrativo derivado de la presunción de legitimidad: condiciones que expresamente reconoce el Código colombiano como característica de los actos administrativos, al destacar el “carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos” (art. 64), distinguiendo claramente entre ejecutividad y ejecutoriedad.

La ejecutividad, por tanto, es el carácter ejecutivo de los actos de la Administración, lo que implica la sustitución de lo que en vía judicial ordinaria sería el proceso de cognición ante un juez para la declaración del derecho que se pretende. En el derecho administrativo se considera que el acto administrativo dictado es, en sí mismo, el derecho declarado con fuerza de título

ejecutivo, sin que la Administración tenga necesidad de acudir ante el juez para que declare el derecho. El principio de ejecutividad o principio de la “*décision exécutoire*” del derecho francés, está así regulado en las leyes de América Latina, aun cuando no siempre en forma expresa.

En todo caso, la ejecutividad del acto administrativo está relacionada con la eficacia: si el acto deja de ser eficaz pierde su carácter de ejecutivo. Así se regula en la Ley del Perú (aún cuando calificando la ejecutividad como ejecutoriedad), cuyo artículo 193 regula la pérdida de efectividad y ejecutoriedad del acto administrativo, en los siguientes casos:

“193.1.1. Por suspensión provisional conforme a ley,

193.1.2. Cuando transcurrido cinco años de adquirida firmeza, la administración no ha iniciado los actos que le competen para ejecutarlos.

193.1.3. Cuando se cumpla la condición resolutive a que estaban sujetos de acuerdo a ley.”

De lo anterior resulta, en todo caso que una vez dictado el acto administrativo, por su carácter ejecutivo, la Administración puede proceder a su ejecución, siempre que la misma pueda hacerse en vía administrativa.

Esto conduce, en realidad, al otro principio, el de la ejecutoriedad, es decir, la posibilidad que tiene la Administración de ejecutar los actos administrativos por sí misma, en los casos en los cuales la ley o la naturaleza del acto no exijan ejecución judicial. En efecto, muchos actos administrativos requieren de ejecución judicial, sobre todo aquéllos que, por ejemplo, impliquen efectos sobre el patrimonio de las personas. En Venezuela, este tipo de actos requieren de ejecución judicial; por ejemplo, para el cobro de una multa o de un impuesto, la Administración tiene que recurrir a la vía judicial para la ejecución, no existiendo mecanismos de apremio por parte la Administración, directamente, sobre el patrimonio del particular.

Sin embargo, es evidente que en muchos casos la legislación establece expresamente supuestos en los cuales la ejecución del acto administrativo requiere de intervención judicial. Sin embargo, si la ejecución judicial no está expresamente prevista, el principio es el de la posibilidad para la Administración de ejecutar sus propias decisiones.

Así está prescrito, como principio, en la Ley de El Salvador (art. 31); y en la Ley Orgánica de Venezuela, al establecer que:

“La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la Administración, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial” (art. 79).

II. LOS MEDIOS DE EJECUCIÓN Y LA EJECUCIÓN FORZOSA

Sobre los medios de ejecución de los actos administrativos, la Ley de Honduras, por ejemplo, establece que:

Artículo 93. Las resoluciones de los órganos de la Administración Pública se ejecutarán por los medios siguientes: a. Ejecución forzada sobre el patrimonio mediante el procedimiento de apremio; b. Ejecución subsidiaria; y, c. Cumplimiento forzoso.”

En sentido similar se establece en la Ley de la República Dominicana (art. 29) y en el Código de Ecuador (art. 237). Estas normas, en realidad, lo que se regulan es uno de los medios de ejecución, que es la ejecución forzosa de los actos administrativos por la propia Administración. Esto procede, conforme lo indica el artículo 194 de la Ley del Perú, en los siguientes casos:

- “1. Que se trate de una obligación de dar, hacer o no hacer, establecida a favor de la entidad.
2. Que la prestación sea determinada por escrito de modo claro e íntegro.
3. Que tal obligación derive del ejercicio de una atribución de imperio de la entidad o provenga de una relación de derecho público sostenida con la entidad.
4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.
5. Que no se trate de acto administrativo que la Constitución o la ley exijan la intervención del Poder Judicial para su ejecución.”

Sin embargo, en ausencia de una enumeración precisa como la anterior, el problema que se plantea al analizar la ejecución forzosa es el de determinar cuándo puede la Administración ejecutar sus actos o cuándo debe para ello acudir a la autoridad judicial.

En el caso de Venezuela, como se dijo, se establece que la ejecución forzosa “será realizada de oficio por la Administración, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial” (art. 79). Con ello se establece la excepción al principio de la ejecución forzosa por la propia Administración, debiendo ésta acudir a la autoridad judicial para que ésta ejecute el acto administrativo. Sin embargo, esa excepción se convierte muchas veces en la regla porque siempre que se trata de afectar el patrimonio de las personas, por ejemplo, resulta necesario que se realice a través de la vía judicial.

En la legislación venezolana no hay norma alguna que permita a la Administración ejercer apremio formal sobre el patrimonio de un particular, como sucede por ejemplo, en Costa Rica, para ejecutar sus actos administrativos.

En todo caso, es frecuente que leyes latinoamericanas establezcan diversos supuestos de ejecución forzosa de los actos administrativos exigiéndose que, en forma previa, se conmine o intime al interesado a la ejecución voluntaria, es decir, que haya una puesta en mora con carácter previo (art. 150,1 Ley General de Costa Rica).

En el caso de Venezuela, la norma que regula los medios de ejecución forzosa de los actos por la Administración cuando ella proceda, indica que se llevará a cabo conforme a las normas siguientes:

“1. Cuando se trate de actos susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, se procederá a la ejecución, bien por la administración o por la persona que ésta designe, a costa del obligado.

2. Cuando se trate de actos de ejecución personal y el obligado se resistiere a cumplirlos, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía y, en el caso de que persista en el incumplimiento, será sancionado con nuevas multas iguales o mayores a las que ya se le hubieren aplicado, concediéndole un plazo razonable, a juicio de la administración, para que cumpla lo ordenado. Cada multa podrá tener un monto de hasta diez mil bolívares (Bs. 10.000,00), salvo que otra ley establezca una mayor, caso en el cual se aplicará ésta.”

Igual principio está establecido en el Código colombiano, al señalar que “cuando un acto administrativo imponga una obligación a un particular y éste se resistiere a cumplirla, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía, concediéndole plazos razonables para que cumpla lo ordenado” (art. 65).

No hay, sin embargo, en este Código la previsión del apoderamiento directo sobre el patrimonio. De las normas de procedimiento administrativo vigentes en América Latina, puede decirse que sólo está previsto este principio, con carácter general, en el caso de la Ley General de Costa Rica, que establece como medios de la ejecución administrativa los siguientes:

“a) Ejecución forzada mediante apremio sobre el patrimonio del administrado, cuando se trate de un crédito líquido de la Administración, todo con aplicación de las normas pertinentes del Código de Procedimientos Civiles sobre embargo y remate, con la salvedad de que el título ejecutivo podrá ser la certificación del acto constitutivo del crédito expedida por el órgano competente para ordenar la ejecución” (art. 149).

En el caso de la Ley peruana, su artículo 196 precisa los siguientes medios de ejecución forzosa de los actos administrativos, que se adoptarán “respetando siempre el principio de razonabilidad”: ejecución coactiva; ejecución subsidiaria; multa coercitiva y compulsión sobre las personas

En particular, en cuanto a las multas, el artículo 199 de dicha Ley dispone que cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que éstas determinen, la entidad puede, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por períodos suficientes para cumplir lo ordenado, en los siguientes supuestos: a) actos personalísimos en que no proceda la compulsión sobre la persona del obligado; b) actos en que, procediendo la compulsión, la Administración no la estimara conveniente; y c) actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona.

Ahora bien, entre los diversos supuestos de ejecución forzosa previstos en las Leyes de América Latina, los cuales en general “únicamente proceden cuando el destinatario del acto administrativo no cumpla voluntariamente con la obligación derivada del mismo” (art. 235, Código Ecuador), pueden establecerse los siguientes principios:

En *primer lugar*, en cuanto a la ejecución por constreñimiento sobre el patrimonio mediante multas, como se ha dicho, si se trata de actos de ejecución personalísima y el obligado se resiste a cumplirlo, la Administración le puede imponer multas sucesivas por los montos legalmente prescritos (art. 32.1 Ley de El Salvador).

Mientras permanezca en rebeldía y, en caso de que persista en el incumplimiento, se le pueden imponer nuevas multas iguales o mayores a las que se le hubieren aplicado, concediéndosele un plazo razonable para que cumpla lo ordenado (art 80,2, Ley de Venezuela).

Sin embargo, en definitiva, el cobro efectivo de la multa se hace por vía judicial y para ello el título ejecutivo respectivo es el acto de imposición de la multa. Es decir, este acto goza de ejecutividad (tiene “mérito ejecutivo”, art. 68, Código de Colombia art. 68; o es “título de ejecución,” art. 32.a Ley de El Salvador), pero el cobro efectivo tiene que hacerse por la vía judicial. Es, en definitiva, el sistema de ejecución de los actos administrativos apoyado por sanciones.

Otras legislaciones como en Ecuador, el Código Administrativo prevé la ejecución de actos administrativos sobre el patrimonio cuando “la persona ejecutada debe satisfacer una determinada cantidad de dinero,” regulando en el mismo Código Administrativo el procedimiento de ejecución (art. 236), agregando el supuesto de ejecución mediante multas y clausura de establecimientos disponiendo lo siguiente:

“Art. 240.- Multa compulsoria y clausura de establecimientos. La administración pública puede imponer multas compulsorias, así como clausurar establecimientos, a efecto de exigir el cumplimiento del acto administrativo.

Estas multas se aplicarán de forma proporcional y progresiva hasta lograr el cumplimiento efectivo del acto administrativo.

Ni las multas compulsorias ni la clausura podrán considerarse como sustitución del acto administrativo por ejecutarse.

La multa compulsoria es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas.”

Debe destacarse, por otra parte, que en otras legislaciones se prevé expresamente el principio de la ejecución forzosa de los actos administrativos que impongan a los administrados una obligación personalísima de no hacer o soportar, mediante compulsión directa sobre las personas en los casos en que la ley expresamente lo autorice, y siempre con la garantía del debido respeto a la dignidad de la persona humana y a los derechos y garantías constitucionales (art. 200, Ley del Perú).

La Ley de Honduras, en particular, regula el denominado cumplimiento forzoso en estos casos, estableciendo que siempre que la Ley lo autorice “cuando la obligación sea personalísima, de dar, de hacer o de tolerar o no hacer se procederá al cumplimiento forzoso” (art. 109). En estos casos de cumplimiento forzoso “la Administración obtendrá el concurso de la fuerza pública, utilizando la coacción dentro de los límites legales. En estos casos, la Administración también podrá decomisar bienes y clausurar establecimientos” (art. 110).

Por otra parte, si la obligación personalísima consistiera en un hacer, y no se realizase la prestación, el obligado debe resarcir los daños y perjuicios, a cuya liquidación y exacción se puede proceder en vía administrativa (art. 149.1.c Ley de Costa Rica; art. 111 Ley de Honduras). En el Perú, en cambio, los daños y perjuicios, en este caso, deben regularse en vía judicial (art. 200).

En *segundo lugar*, cuando se trate de actos que por no ser personalísimos, son susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, la Ley Orgánica de Venezuela (art. 80,1), la Ley General de Costa Rica (art. 149,1,c), la Ley de Honduras (art. 107), y el Código de Colombia (art. 65), autorizan a la Administración a proceder a la ejecución, bien por sus propios órganos o por la persona que designe, a costa del obligado. Es la denominada “ejecución subsidiaria” que se regula también en la Ley del Perú, (art. 198); distinta a la “ejecución sustitutiva” a la que se refiere la Ley de El Salvador (art. 32.b, y el Código de Ecuador (art. 239), cuando se trate de obligaciones que puedan ser cumplidas por un tercero en lugar del obligado.

En *tercer lugar*, deben destacarse los supuestos de ejecución de obligaciones de dar cantidades de dinero, respecto de los cuales las leyes de Honduras (art. 94) y de Costa Rica (art. 149,1,a) prevén la ejecución forzosa en vía administrativa mediante apremio sobre el patrimonio, exigiéndose, sin embargo, la necesaria intervención de un juez para autorizar la entrada en el domicilio de los deudores y excluyéndose expresamente la posibilidad del ejercicio de interdictos contra las actuaciones de la Administración.

En Colombia también se establece esta ejecución forzosa en materia impositiva, autorizándose a cobrar directamente los montos debidos e, incluso, a proceder forzosamente. Esto, en Venezuela y en las otras leyes, no está establecido de la misma manera. En el caso venezolano el cobro de impuestos sólo se puede hacer por vía judicial.

Por último, debe destacarse que, en todo caso de ejecución forzosa de los actos administrativos, como lo exigen expresamente las Leyes de la República Dominicana (art. 29.II) y el Código de Ecuador (art. 236), “deberán respetarse los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, optando en todo caso por el medio menos gravoso que sirva para cumplir” las resoluciones o actos administrativos. Por ello, dada la garantía constitucional de la protección del hogar doméstico, el Código de Ecuador precisa que “si para la ejecución del acto administrativo es necesario entrar en el domicilio del afectado, las administraciones públicas deben obtener el consentimiento del mismo o la autorización judicial” (art. 236).

DÉCIMA SEGUNDA PARTE

PRINCIPIOS SOBRE LOS VICIOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LAS NULIDADES

I. LA CONSECUENCIA DE LA ILEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: EL RÉGIMEN DE LAS NULIDADES

La precisión, en todas las leyes de procedimiento administrativos, de los requisitos de validez de los actos, es decir, de los requisitos de fondo (la competencia, manifestación de voluntad, base legal, causa, objeto, finalidad) y de los requisitos de forma (formalidades, forma, motivación), conduce a que en las propias leyes se haya establecido el régimen de las nulidades, es decir, se hayan regulado las consecuencias de las violaciones de estos requisitos. En esta forma, todo lo que se refiere a la teoría de las nulidades en el derecho administrativo, es decir, a la teoría de las consecuencias de la ilegalidad, por violación de los requisitos de legalidad o de fondo, está regulado expresamente en las legislaciones.

En efecto, como lo señala la Ley General de Costa Rica:

“La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico, constituirá un vicio de éste” (art. 158.1).

Sin embargo, no todo vicio afecta la validez de los actos administrativos, o en otros términos, no todas las falta o defectos en los elementos o requisitos de los actos administrativos, producen la nulidad de los mismos. La invalidez y, consecuentemente, la posibilidad de anular los actos administrativos sólo se produce cuando el acto administrativo tenga una “inconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico” (art. 158 Ley General de Costa Rica). En otros términos, las infracciones insustanciales no invalidan los actos administrativos ni conducen a que se declare su nulidad, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario (art. 158.5 Ley General de Costa Rica). En este sentido, el art. 16 de la Ley de Argentina establece que:

“La invalidez de una cláusula accidental o accesorio de un acto administrativo no importará la nulidad de éste, siempre que fuere separable y no afectare la esencia del acto emitido.”

II. LA NULIDAD ABSOLUTA Y LA NULIDAD RELATIVA

Ahora bien, una de las consecuencias más importantes del proceso de codificación del derecho administrativo y de la regulación legislativa de los elementos del acto administrativo en América Latina, es la previsión expresa del régimen de las nulidades de los mismos, y, particularmente, el establecimiento, por ley, de los casos de nulidad absoluta y sus consecuencias.

Como se ha dicho, la invalidez del acto administrativo no tiene siempre la misma gravedad de origen ni los mismos efectos, ya que puede manifestarse como resultado de un vicio de nulidad absoluta o de nulidad relativa, según la gravedad de la violación cometida. El problema de la teoría de las nulidades de los actos administrativos radica, entonces, precisamente en determinar cuándo el vicio del acto administrativo acarrea la nulidad absoluta del mismo, y cuándo ello no ocurre, resultando sólo un vicio de nulidad relativa o anulabilidad, pues los efectos de uno u otro vicio en el mundo del derecho son totalmente distintos.

En este sentido se pueden distinguir dos grandes sistemas para la determinación de los vicios derivados del incumplimiento de los requisitos de fondo y de forma, y las consecuencias que se derivan de cada uno de ellos.

1. *La nulidad absoluta vinculada a los vicios sustanciales*

Un primer sistema prescribe, en general, que la violación de los requisitos de fondo (o los requisitos constitutivos de los actos), cuando, por ejemplo, faltan totalmente, produce la nulidad absoluta.

La Ley General de Costa Rica, al respecto, establece que “habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente” (art. 166).

El otro supuesto que también está establecido en la Ley General de Costa Rica tiene que ver con la definición de los elementos sustanciales. Esto conduce a la discusión de qué es y qué no es un elemento sustancial, para poder definir la frontera entre nulidad absoluta y nulidad relativa respecto de lo cual, la Ley General de Costa Rica señala que:

“Habrá nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta” (art. 167).

Conforme a estas normas, entre los vicios de nulidad absoluta estarían, por ejemplo, la incompetencia manifiesta y la ausencia de objeto o de base legal o de la propia manifestación de voluntad.

En todo caso, este primer supuesto identificatorio de la nulidad absoluta, basado en la ausencia de los elementos del acto o en solo su imperfección deja, en la práctica, muy imprecisa la frontera entre los dos tipos de vicios de los actos administrativos, con lo que su determinación sería casuística.

En el caso de la Ley Federal de México, puede decirse que sigue la misma orientación de la Ley General de Costa Rica, declarando materialmente la nulidad de los actos cuando haya “omisión o irregularidad de los elementos y requisitos exigidos” para su validez (art. 5), los cuales también se enumeran, como en la Ley argentina, detalladamente.

Por lo tanto, en la aplicación de la ley también se abre allí la discusión del tema sobre la frontera entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa, el cual, en definitiva, es el tema central del régimen de las nulidades en derecho comparado.

2. *La nulidad absoluta como numerus clausus*

El segundo sistema para determinar la nulidad absoluta se inspira en la Ley española de 1957, y se caracteriza por la enumeración expresa, en la Ley, de los casos precisos que originan dicha nulidad absoluta, es decir, de los casos en los cuales los vicios la producen.

De ello resulta que no todo incumplimiento o violación de los requisitos de fondo origina nulidad absoluta, sino sólo algunos que están expresamente determinados, como *numerus clausus* en la ley.

Por ejemplo, en el caso español, tradicionalmente se consideraban como nulidades de pleno derecho, los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente, es decir, no sólo cuando había incompetencia, sino que ésta debía

ser manifiesta; o, cuando el objeto o contenido del acto fuere imposible o constituyera delito; o cuando fuese dictado con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido (art. 47.1 Ley de España de 1957). Se trataba, en resumen, de vicios graves en la competencia, del vicio en el objeto del acto y de vicios en las formalidades sustanciales. La vieja Ley española de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, además, agregaba a estos vicios de nulidad absoluta, los casos de violación de la reserva legal y de respeto a la jerarquía de los actos (arts. 23 a 28 y art. 47.2).

Ahora bien, este sistema ha encontrado cabida en las leyes latinoamericanas.

Por ejemplo, el artículo 34 de la Ley de Honduras establece que sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, el acto administrativo es nulo, en los siguientes casos:

- a) Los dictados por órgano absolutamente incompetente;
- b) Aquéllos cuyo objeto sea imposible o configure un delito;
- c) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido;
- d) Los que se emitan infringiendo las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados;
- e) Los de carácter general que infrinjan los límites señalados a la potestad reglamentaria.”

En Venezuela, también se sigue el sistema del *numerus clausus* en los vicios de nulidad, al disponer el artículo 19 de la Ley Orgánica que “los actos de la Administración son absolutamente nulos” en los siguientes casos:

- “1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
- 2. Cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de la Ley.
- 3. Cuando su contenido sea de imposible o ilegal ejecución, y;
- 4. Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.”

En igual sentido está establecido en la Ley de Panamá (art. 52), en la Ley de Bolivia donde se habla de “nulidad de pleno derecho” (art. 35), al igual que lo hace la Ley de República Dominicana, la cual incorpora en la enumeración los actos dictados “carentes de motivación cuando sea el resultado del ejercicio de potestades discrecionales” (art. 14); y el Código de Ecuador, que agrega entre

otros, al acto que “resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código” (art. 105.6).

En la misma línea se destaca la Ley del Perú, cuyo artículo 10 al regular las causales de nulidad, establece que son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

“1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14º.

3. Los actos expresos o lo que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición

4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma. “

Más recientemente, el listado de vicios de nulidad absoluta o de pleno derecho se ha completado en la Ley de El Salvador, en cuyo artículo 36 se indica que incurren en los mismos, cuando:

“a) Sean dictados por autoridad manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

b) Se dicten prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido; se utilice uno distinto al fijado por la ley, o se adopten en ausencia de fases esenciales del procedimiento previsto o de aquellas que garantizan el derecho a la defensa de los interesados.

c) Se adopten prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

d) Tengan un contenido imposible, ya sea porque exista una imposibilidad material de cumplimiento o porque la ejecución del acto exija de los particulares, actuaciones que resulten irreconciliables entre sí.

e) Sean constitutivos de infracciones penales o se dicten como consecuencia de estas.

f) Sean contrarios al ordenamiento jurídico por que se adquieren derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Sean dictados con el propósito de eludir el cumplimiento de una sentencia de la jurisdicción contencioso administrativo.

h) Así lo determine expresamente una ley especial.”

Sin embargo, es de destacar que de estas enumeraciones quedarían fuera otras violaciones que también podrían constituir vicios de nulidad absoluta, como el error manifiesto en el acto. Si, por ejemplo, se le otorgó un indulto a una persona que no debía ser indultada de haberse sabido quien era. En ese caso habría un error de hecho, por lo que el acto sería nulo de nulidad absoluta.

Ahora bien, siguiendo la enumeración de la Ley venezolana, se podría identificar un primer supuesto general de nulidad absoluta que se refiere a tal vicio, *cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal*. Esto exige que la Constitución o la Ley, expresamente, en forma específica, determinen la consecuencia de la nulidad por la violación de una norma, lo que está expresamente previsto, por ejemplo, respecto de los actos que violen los derechos y garantías constitucionales y los actos dictados en usurpación de funciones (art. 25 y 138 de la Constitución de Venezuela).

En *segundo lugar*, agrega la legislación venezolana como vicio de nulidad absoluta, los casos de actos administrativos revocatorios de actos precedentes de carácter irrevocable, es decir, actos que hayan creado derechos a favor de particulares (art. 19.2).

En *tercer lugar*, está el vicio en el objeto cuando sea de imposible o ilegal ejecución (art. 19,3).

En *cuarto lugar*, está el vicio de incompetencia manifiesta (art. 19,4), sobre el cual la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en una sentencia de 19-10-98, estableció el siguiente criterio:

“Inherente a la validez de todo acto administrativo es que emana de una autoridad administrativa competente, es decir, que tenga la potestad para dictarlo en razón de que se encuentre facultada legalmente para ello. La competencia implica el poder legal de realizar un acto jurídico y, respecto de la Administración -cuando actúa en el campo jurídico público-, únicamente existe cuando la ley expresamente la otorga,

En cuanto al vicio de incompetencia básicamente pueden distinguirse tres tipos de irregularidades: la llamada usurpación de autoridad, la usurpación de funciones y la extralimitación de funciones.

La usurpación de autoridad ocurre cuando un acto es dictado por quien carece en absoluto de investidura pública. Este vicio se encuentra sancionado con la nulidad absoluta del acto, conforme a lo dispuesto en el artículo 119 de la Constitución Nacional.

La usurpación de funciones comprende la situación en la que determinado órgano administrativo con investidura pública ejerce funciones igualmente públicas atribuidas a otro Poder del Estado.

Finalmente, la extralimitación de funciones consiste fundamentalmente en la realización por parte de la autoridad administrativa de un acto para el cual no tiene competencia legal expresa.

Todo acto dictado por una autoridad incompetente se encuentra viciado. Ahora bien, el vicio de incompetencia de que adolezca no apareja necesariamente la nulidad absoluta del acto, ya que conforme a lo dispuesto en el ordinal 4° del artículo 19 puesto, es necesario que la incompetencia sea manifiesta. Así si la incompetencia es “manifiesta vale decir notoria y patente, de modo que, sin particulares para dictarlo, o que se pueda determinar que el ente que la dictó no estaba facultado para ello, la nulidad será absoluta (ordinal 4° del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos). Si la incompetencia no es manifiesta la nulidad será relativa (artículo 20, *ejusdem*).

En resumen, puede decirse que la usurpación de autoridad determina la nulidad absoluta del acto, conforme a lo previsto en el artículo 119 de la Constitución Nacional; ahora bien, la usurpación de funciones y la extralimitación de funciones, como de ostentabilidad como se presente el vicio de incompetencia” (Sentencia de la Sala Político Administrativa, *Revista de Derecho Público*, N° 40, Caracas, 1989, p. 85 y 86).

En *quinto lugar*, está el vicio de ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente prescrito (art. 19,4), sobre el cual la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de Venezuela, estableció lo siguiente:

“Fuera de este caso, los vicios en el procedimiento son de nulidad relativa, respecto de los cuales no existen en nuestro ordenamiento jurídico reglas generales que regulen su incidencia en la anulación de los actos administrativos, habiendo sido la propia jurisprudencia la que ha ido estableciendo los criterios para la valorización de este tipo de vicio.

Por este respecto la posición dominante de esta Corte y de la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal es considerar que cuando la ley no declara expresamente nulo el acto por falta de un determinado trámite, sino que esta es anulable, la apreciación de su defecto entraña nulidad, depende de la importancia que revista el trámite o la forma incumplida, el derecho que afecta, que produzca indefensión o que prive de algún elemento esencial de conocimiento que incida en el fondo o contenido de las actuaciones administrativas, desnaturalizándolas es su esencia. Esto en infracción de las mismas sólo adquiere relieve cuando su existencia, como antes lo anotamos, ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantía, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando evidentemente su sentido en perjuicio del administrado y aun de la propia

Administración. En consecuencia, su inobservancia es irrelevante cuando, de todas maneras, se logra la finalidad que el legislador persigue al exigir la forma o el trámite incumplido” (Sentencia de 29-9-87, *Revista de Derecho Público*, N° 32, Caracas, 1987, p. 81 y 82).

El sistema del *numerus clausus*, también se sigue en el Reglamento de la Secretaría de la Comunidad Andina, al establecer su artículo 12 que las Resoluciones y los actos de la Secretaría General serán nulos de pleno derecho en los siguientes casos:

- “a) Cuando contravengan el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;
- b) Cuando su contenido sea de imposible o de ilegal ejecución; y,
- c) Cuando hubiesen sido dictados por personas incompetentes o con prescindencia de normas esenciales del procedimiento.”

Conforme a esta normativa, estimamos que el primer caso, que origina nulidad absoluta de los actos *cuando contravengan el ordenamiento jurídico de la Comunidad*, constituye, sin duda, una regulación muy general para una nulidad de pleno derecho, porque hasta un vicio de forma podría originar nulidad absoluta.

El tercer supuesto hace contraste con lo que contempla la legislación de Venezuela, que se refiere a la incompetencia manifiesta, por lo que no toda incompetencia origina nulidad absoluta sino anulabilidad, en el caso de que no sea manifiesta.

En el caso argentino, la Ley es aún mucho más amplia en la precisión de los casos de vicios de nulidad absoluta, al señalar su artículo 14 que el acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable, en los siguientes casos:

- “a) Cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por error esencial; dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; violencia física o moral ejercida sobre el agente; o por simulación absoluta;
- b) Cuando fuere emitido mediante incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas; falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados; o por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado”.

Se destaca en la enumeración de esta Ley, el vicio de nulidad absoluta por la *falta de causa, por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocado*. Ésta, como se dijo, por ejemplo, no está en la enumeración de vicios de la Ley

venezolana, pero evidentemente que constituye un vicio de nulidad absoluta, porque si la causa del acto es falsa o no existe, es decir, es falso el hecho o el derecho invocado, por supuesto que el acto debe estar viciado de nulidad absoluta.

Por ello, en la Ley de Panamá, entre los vicios que originan la “nulidad de oficio de una resolución en firme en la que se reconozcan o declaren derechos a favor de terceros,” está el que se origina “cuando el beneficiario de ella haya incurrido en declaraciones o haya aportado pruebas falsas para obtenerla” (art. 62.2).

3. *La nulidad relativa*

Ahora bien, la consecuencia de la enumeración de los casos de nulidad absoluta, es la indicación residual legislativa de que cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico, es decir, cualquier otro vicio de los actos administrativos que no llegue a producir la nulidad absoluta, o como lo dice la Ley argentina, cualquier irregularidad u omisión que no llegue a impedir la existencia de algunos de los elementos esenciales del acto, solamente los harán anulables, es decir, viciados de nulidad relativa (art. 2 Ley de Venezuela; art. 15 Ley de Argentina; art. 36, Ley de Bolivia; art. 37, Ley de El Salvador; Ley de Panamá, art. 53; art. 14, Ley de República Dominicana).

De lo anterior resulta, por tanto, que en general, en las legislaciones de América Latina, los vicios en los elementos de fondo de los actos administrativos cuando son graves y manifiestos, como la incompetencia manifiesta; vicios en la manifestación de voluntad; violación de la Constitución o violación grave de las leyes; inexistencia de los presupuestos de hecho; y ausencia absoluta y total del procedimiento legalmente prescrito, producen la nulidad absoluta de los mismos. De lo contrario, conducen a vicios de nulidad relativa o anulabilidad, incluyendo los casos de desviación de poder y de violación a los límites de la discrecionalidad (art. 160 Ley General de Costa Rica).

Así se establece expresamente en la Ley de Honduras, al indicar:

“*Artículo 35.* Son anulables los actos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso el exceso y la desviación del poder.

En el exceso de poder se comprende la alteración de los hechos, la falta de conexión lógica entre la motivación y la parte dispositiva del acto, la contradicción no justificada del acto con otro anteriormente dictado y cualquier otro vicio inherente al objeto o contenido del acto.”

Es de destacar, sin embargo, en materia de vicios de forma, que si bien la ausencia absoluta y total del procedimiento legalmente prescrito es la que

conduce a la nulidad absoluta, la jurisprudencia en algunos países ha admitido que las violaciones de las formalidades sustanciales, como las que están destinadas a proteger los derechos de los administrados, se han asimilado a la nulidad absoluta (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Venezuela) de 26 de junio de 1986, *Revista de Derecho Público*, núm. 27, 1986, p. 101).

Esto está regulado en forma expresa en la Ley de Honduras, así:

“*Artículo 36.* El defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados.”

Por tanto, los vicios de forma, en principio, conducen a la anulabilidad de los actos administrativos, salvo que afecten los requisitos formales indispensables para alcanzar el fin del acto, en cuyo caso la irregularidad ni siquiera conduce a la invalidez. Se trata, en definitiva, respecto de los vicios de forma, de la distinción elaborada por la jurisprudencia francesa en cuanto a violación de formalidades sustanciales o no sustanciales, considerándose como sustanciales, como se dijo, aquellas establecidas para proteger a los administrados o cuyo incumplimiento podría modificar la decisión del fondo.

Solo faltaría por indicar los efectos del incumplimiento de los lapsos para la adopción de los actos administrativos. La Ley de Honduras regula la materia indicando que:

“*Artículo 37.* Las actuaciones administrativas realizadas fuera del tiempo establecido sólo implicarán la anulación del acto, si así lo impusieran la naturaleza del término o plazo, y la responsabilidad del funcionario causante de la demora si a ello hubiere lugar.”

III. LAS IRREGULARIDADES DEL ACTO

Pero aparte de los vicios de los actos administrativos que puedan dar lugar a nulidad absoluta o relativa, pueden haber otra serie de irregularidades que pueden ser de carácter procedimental, en cuyo caso rige el principio del *conservatio acti*, es decir, que no son irregularidades de tal naturaleza que puedan afectar al acto y que no producen su nulidad. Es el caso, por ejemplo, de irregularidades en cláusulas accesorias que son separables del acto y que, por ello, no lo afectan ni dan origen a su nulidad. Esto, por lo general, se aplica a los vicios o a las irregularidades de forma en el procedimiento, siempre que se cumpla el fin del acto y el del procedimiento, lográndose el objetivo legalmente establecido (art. 16, Ley argentina, art. 7, Ley de Uruguay, art. 36, Ley de Honduras), y no se lesionen derechos de los particulares.

En estos casos, por más que el acto adolezca de alguna irregularidad (falta de sello, falta de firma, etc.), no tendría sentido plantear su revocación en vía administrativa o su anulación en vía judicial.

IV. LOS EFECTOS DE LAS NULIDADES

La declaratoria de nulidad de los actos administrativos origina una serie de situaciones y consecuencias jurídicas, las cuales resume la Ley de México al indicar en su artículo 5º, lo siguiente:

“El acto administrativo que se declare jurídicamente nulo será inválido; no se presumirá legítimo ni ejecutable; será subsanable, sin perjuicio de que pueda expedirse un nuevo acto. Los particulares no tendrán obligación de cumplirlo y los servidores públicos deberán hacer constar su oposición a ejecutar el acto, fundando y motivando tal negativa. La declaración de nulidad producirá efectos retroactivos.

En caso de que el acto se hubiera consumado, o bien, sea imposible de hecho o de derecho retrotraer sus efectos, sólo dará lugar a la responsabilidad del servidor público que la hubiere emitido u ordenado”.

Ahora bien, en esta materia y en términos generales, de las diversas leyes del procedimiento administrativo, resulta lo siguiente:

En *primer lugar*, el acto administrativo viciado de nulidad absoluta no puede presumirse legítimo, por lo que la Administración no puede ordenar su ejecución. Es más, una vez declarado nulo, los funcionarios deben oponerse a su ejecución (art. 12.2, Ley del Perú). En cambio, si el vicio es de nulidad relativa rige el principio de la presunción de legitimidad del acto administrativo mientras lo contrario no sea declarado en vía judicial (art. 7 Ley mexicana). También como lo indica la Ley peruana, los administrados no están obligados al cumplimiento de un acto administrativo declarado nulo (art. 12.2).

Además, la ejecución de los actos administrativos viciados de nulidad absoluta compromete la responsabilidad de los funcionarios ejecutores (arts. 169, 170 y 176, Ley General de Costa Rica; art. 12,3, Ley del Perú). En Venezuela, por ello, si se alega un vicio de nulidad absoluta al ejercerse un recurso administrativo, la Administración puede suspender la ejecución del acto (art. 87, Ley de Venezuela).

En *segundo lugar*, la nulidad absoluta es un vicio que afecta la totalidad del acto y no puede ser convalidado, por lo que el principio de la *conservatio actis* no rige para los casos de nulidad absoluta. La Ley de Honduras, sin embargo, indica, como principio, que la invalidez de una parte del acto no se comunicará a los demás, excepto en el caso de que estas dependan de aquéllas o resulte que, sin la parte viciada, el acto no habría sido dictado (art. 38). En igual sentido se regula en la Ley del Perú, así:

“13.2 La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales, no obstante, el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario.”

En cambio, en general, la nulidad relativa puede afectar parcialmente un acto administrativo y en todo caso, puede ser convalidada (arts. 172 y 187, Ley General de Costa Rica; arts. 21 y 81, Ley de Venezuela).

El tema se regula expresamente en la Ley de Bolivia, en cuyo artículo 38, sobre “efectos de la nulidad o anulabilidad,” se dispone que:

“I. La nulidad o anulabilidad de un acto administrativo, no implicará la nulidad o anulabilidad de los sucesivos en el procedimiento, siempre que sean independientes del primero.

II. La nulidad o anulabilidad de una parte del acto administrativo no implicará la de las demás partes del mismo acto que sean independientes de aquélla.”

En *tercer lugar*, la nulidad absoluta de los actos administrativos puede ser declarada por la Administración, en cualquier momento, es decir, los actos viciados de nulidad absoluta pueden siempre ser revocados de oficio por la Administración. Un ejemplo de esta previsión lo encontramos en la Ley de Chile (art. 53), en el Código de Ecuador (art. 108) y en la Ley de El Salvador (art. 118), en la cual, además, se regula un procedimiento detallado para la revisión de oficio (art. 119). En la Ley venezolana, sobre esto, se dispone:

“Artículo 83. La administración podrá en cualquier momento, de oficio o a solicitud de particulares, reconocer la nulidad absoluta de los actos dictados por ella.”

En este supuesto podría hablarse de la existencia de un recurso administrativo sin plazo alguno de caducidad, para solicitar de la Administración el reconocimiento de la nulidad absoluta de sus actos (art. 81, Ley de Venezuela).

Sin embargo, en la Ley de Brasil el derecho de la Administración de anular actos administrativos de los cuales deriven efectos favorables para sus destinatarios decae a los cinco años, salvo comprobada mala fe (art. 54).

En la Ley del Perú también se establece en este sentido que:

“202.3. La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.

202.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.”

Por otra parte, los actos administrativos creadores de derechos a favor de particulares así estén viciados de nulidad relativa, son irrevocables por la propia Administración (arts. 173 y 174, Ley General de Costa Rica; arts. 17 y 18, Ley de Argentina; arts. 19.2 y 81, Ley de Venezuela), al punto de que la Ley venezolana vicia de nulidad absoluta la revocación de un acto que cree derechos a favor de particulares, aunque adolezca de un vicio de nulidad relativa. Es el principio de la violación de la cosa juzgada cuando no hay vicio de nulidad absoluta.

En *cuarto lugar*, la anulación de un acto administrativo viciado de nulidad absoluta, en principio, produce efectos *ex tunc*, es decir, tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha del acto; el cual se entiende como nunca dictado (art. 171, Ley General de Costa Rica; art. 12,1, Ley del Perú; Código de Ecuador, art. 107). En cambio, en principio, la anulación de un acto administrativo nulo relativamente produce efectos *ex nunc*, es decir, sólo para el futuro, excepto cuando el efecto retroactivo sea necesario para evitar daños al destinatario del acto administrativo, a terceros o al interés público (art. 178, Ley General de Costa Rica).

Por otra parte, dada la naturaleza del vicio de nulidad absoluta, como lo establece el Código de Ecuador, “las personas no están obligadas al cumplimiento de un acto administrativo declarado nulo,” y “Los servidores públicos deben oponerse a la ejecución del acto nulo, motivando su negativa” (art. 108).

En *quinto lugar*, en ciertos supuestos, la nulidad absoluta de los actos administrativos permite que se pueda solicitar su nulidad en vía jurisdiccional, en cualquier tiempo, como por ejemplo en los casos de violación de derechos y garantías constitucionales (art. 5º, Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, Venezuela), en cuyo caso no habría lapso de caducidad para intentar el recurso contencioso administrativo de anulación.

En cambio, el recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos particulares, cuando se fundamente en vicios de nulidad relativa, debe intentarse en un lapso de tiempo determinado (por ejemplo, 6 meses), sin perjuicio de que con posterioridad pueda oponerse siempre la ilegalidad como excepción (art. 136, Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, Venezuela).

En *sexto lugar*, tratándose de vicios de nulidad absoluta, los mismos pueden ser apreciados de oficio por el juez contencioso-administrativo en el curso

de un proceso. En cambio, en los casos de vicios de nulidad relativa, tienen que ser alegados por el recurrente para que puedan ser apreciados por el juez contencioso-administrativo (art. 87, Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, Venezuela).

En *séptimo lugar*, como ya se ha analizado al estudiar el principio de la eficacia, algunas de leyes regulan expresamente los supuestos de convalidación, saneamiento y conversión de los actos administrativos cuando adolezcan de algunos de los vicios de nulidad relativa. En tal sentido, por ejemplo, lo regula la Ley argentina calificándose el procedimiento como “ratificación” (art. 19,1). Pero la convalidación se excluye en los casos de vicios de nulidad absoluta como expresamente se indica, por ejemplo, en la Ley de El Salvador (art. 36) y en el Código de Ecuador (art. 105)

En *octavo lugar*, otra consecuencia de la nulidad es la responsabilidad del funcionario: si el acto es nulo de nulidad absoluta no puede considerarse ni ejecutivo ni ejecutorio ni se presume legítimo, por lo que su ejecución por el funcionario origina responsabilidad. Esta responsabilidad incluso, está consagrada a nivel constitucional en aquellos casos de actos violatorios de derechos constitucionales (art. 25 Constitución de Venezuela). Por supuesto, esa nulidad absoluta tiene que constatarse, en estos casos, al revocarse el acto en vía administrativa o al anularse en vía judicial.

V. LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS NULOS

Como se ha dicho, el acto nulo de nulidad absoluta puede ser revocado por la Administración en cualquier momento. Así lo establece, entre otras, antes mencionadas, la Ley venezolana (art. 83); la Ley argentina (art. 17); la Ley General de Costa Rica (art. 183,1); y la Ley del Perú (art. 202,1).

La Ley de Brasil establece un término de 5 años para que la Administración pueda ejercer esta potestad (art. 54); término que la Ley del Perú fija en 2 años (art. 202,4).

En el caso de Colombia, el Código dedica un título completo a la revocación de los actos administrativos, con diversas causales indicadas en el artículo 69, así:

“Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

- 1) Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley;
- 2) Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él;
- 3) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.”

De esta norma surgen aspectos que deben precisarse. La “oposición manifiesta” a la Constitución debe consistir, por supuesto, en una oposición burda, grosera; pero la “oposición” a la ley abre un gran campo para que pueda haber infinidad de causas, lo que impediría que pudiera construirse totalmente el régimen de la nulidad absoluta. El segundo supuesto muestra una cláusula que podría originar gran discrecionalidad, por la presencia de conceptos jurídicos indeterminados como el “interés público”; y la tercera y última causal también plantea un espectro muy amplio de posibilidades.

Otra norma que trae el Código Colombiano (art. 71) con respecto al tema de la revocación, establece que:

“La revocación podrá cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se hayan acudido a los tribunales contencioso administrativos, siempre que en este último caso no se haya dictado acto admisorio de la demanda.”

En contraste con esta norma, como dijimos anteriormente, según la legislación de Venezuela, la potestad revocatoria que tiene la Administración respecto de los actos nulos de nulidad absoluta, no se pierde por el hecho de que se haya intentado un recurso y este esté en proceso de decisión. Si el acto es nulo de nulidad absoluta y no ha creado derechos en favor de los administrados, la Administración puede corregir su error y no es necesario que se sujete a un proceso para eventualmente llegar al mismo resultado, que es la extinción del acto.

Por lo tanto, según la legislación venezolana, el único límite a la potestad revocatoria de la Administración es que el acto haya creado o declarado derechos en favor del o los administrados. En Chile, la Ley de procedimientos enumera, además, otros supuestos en los cuales la revocación no es procedente, indicando los siguientes:

- a) Cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente;
- b) Cuando la ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos; o
- c) Cuando, por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sean dejados sin efecto. “

Por otra parte, en las legislaciones de México y Argentina, se establece el principio de que el acto considerado anulable es considerado válido y, por tanto, gozará de presunción de legitimidad y ejecutividad (art. 7 Ley Federal de México) hasta tanto no sea debidamente anulado en sede judicial (art. 15 Ley de Argentina).

Debe mencionarse por último la regulación que se establece en la Ley de la República Dominicana en relación con lo que se denominan los “actos desfavorables,” disponiéndose que

“Los órganos administrativos podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria a la igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.”

En igual sentido se regula en la Ley de El Salvador (art. 121).

VI. RESPONSABILIDAD POR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ILEGALES

Un principio general en el tema de la responsabilidad administrativa es el de la responsabilidad de la Administración y del funcionario, por lo actos administrativos ilegales. En la Ley de Costa Rica se encuentra expresamente consagrada esta responsabilidad del funcionario, cuando dicte actos ilegales, así:

“Artículo 200. 1. Siempre que se declare la invalidez de actos administrativos, la autoridad que la resuelva deberá pronunciarse expresamente sobre si la ilegalidad era manifiesta o ...

2. En caso afirmativo, deberá iniciar de oficio el procedimiento que corresponda para deducir las responsabilidades consiguientes.

Artículo 201. La Administración será solidariamente responsable con su servidor ante terceros por los daños que éste cause en las condiciones señaladas por esta ley.”

En la Ley del Perú se establece que la resolución que declare la nulidad de un acto administrativo debe, además, disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido (art. 11,3). La declaración de nulidad de un acto administrativo aclara la misma Ley peruana, sin embargo, no presupone necesariamente derecho a indemnización (art. 238,2).

El tema se ha regulado detalladamente en la Ley de El Salvador, incluyéndose la siguiente norma sobre “derecho a la indemnización:”

“Art. 55. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por la Administración Pública de la lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que esta sea a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración Pública.

La responsabilidad del Estado es de carácter institucional y predominantemente objetiva, salvo las reglas especiales aplicables, cuando se trata de violación a derechos constitucionales.

No serán indemnizables los daños producidos al particular cuando este tenga el deber legal de soportarlos, ni cuando tales daños se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar, según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento en el que se han producido.

La anulación en vía administrativa o judicial de los actos o disposiciones administrativas no supone, por sí misma, derecho a la indemnización.”

DÉCIMA TERCERA PARTE

EL PRINCIPIO DEL CONTROL INTERNO: EL DERECHO A RECURSOS

I. EL DERECHO A RECURRIR

La garantía por excelencia del derecho a la defensa es el derecho de los interesados a impugnar o atacar, en sede administrativa, los actos administrativos emanados como resultado del procedimiento administrativo. Ello permite el ejercicio, por la Administración, del control interno sobre sus actos administrativos. Es lo que la Ley de Chile denomina el “principio de impugnabilidad” al declarar que “todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos” regulados en la Ley (art. 15)

Puede decirse que la regulación de este derecho a recurso fue, quizás, el primer cuerpo normativo del derecho de la defensa en materia administrativa; por eso, las regulaciones sobre el procedimiento administrativo en América Latina comenzaron por leyes relativas a recursos administrativos en general. Ese fue el caso, por ejemplo, de la Ley argentina sobre recursos jerárquicos de los años cuarenta. Por ello, el tema de los recursos ha sido una parte esencial de la codificación del procedimiento administrativo.

Si en el procedimiento administrativo se distingue, en general, el procedimiento constitutivo del procedimiento de impugnación del acto administrativo; el régimen de los recursos corresponde precisamente a esta segunda parte del procedimiento, es decir, al procedimiento de impugnación de los actos administrativos. Por eso, su régimen constituye una parte medular de todo el procedimiento administrativo y está influido por todos los principios anteriormente analizados que están en todas las leyes de procedimientos administrativos.

Para garantizar ese derecho a recurrir, las leyes de procedimiento administrativo regulan aspectos de los actos recurribles, en una variada forma. Por ejemplo, la Ley de Bolivia dispone que son recurribles “toda clase de resolución de carácter definitivo (que pongan fin a una actuación administrativa)

o actos que tengan carácter equivalente” (art. 56.I), así como los “actos de carácter preparatorio o de mero trámite” cuando “e trate de actos que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión” art. 57); la Ley de la república Dominicana se refiere a la impugnabilidad de “los actos administrativos que pongan fin a un procedimiento, imposibiliten su continuación, produzcan indefensión, lesionen derechos subjetivos o produzcan daños irreparables (art. 47); y la Ley de El salvador, precisa que son “actos recurribles en la vía administrativa los actos definitivos como los de trámite.” Éstos últimos, sin embargo, solo pueden impugnarse “de manera autónoma de los actos definitivos cuando pongan fin al procedimiento haciendo imposible su continuación, decidan anticipadamente el asunto de que se trate o cuando produzcan indefensión o un daño irreparable” (art. 123).

Por supuesto, para ejercer este derecho a recurrir respecto de los actos administrativos se exige, siempre, por una parte, como se ha dicho, un acto administrativo previo, de manera que no hay derecho a recurso si no hay acto previo; y, por otra parte, se necesita una decisión motivada, ya que poco se lograría al pretender ejercer un recurso gubernativo sin una decisión motivada, es decir, sin motivos respecto de los cuales se pueda reaccionar o cuestionar.

De ahí la duda sobre la efectividad de la figura del silencio administrativo respecto de las peticiones, que deriva del hecho de que no habiendo acto administrativo, se presume negada una petición por el hecho del silencio administrativo. En definitiva, nada logra el administrado con recurrir contra un acto administrativo presuntamente negado, si no tiene argumentos que alegar porque no hay motivos contra los cuales pueda formular una defensa. En esos casos, el objetivo del interesado, cuando formula una petición de, por ejemplo, una autorización o un permiso, es la obtención de una respuesta positiva de la Administración, por lo que la presunción de un acto negativo no le garantiza nada. Por eso, realmente, la garantía frente al silencio administrativo en el procedimiento constitutivo del acto administrativo es la acción en carencia o la acción de cumplimiento o, en su caso, si hay violación de derechos constitucionales, la tutela o el amparo contra la omisión para la obtención de una decisión positiva, que es, en definitiva, lo que busca el administrado.

Por tanto, como ya hemos señalado, el ejercicio del derecho a la defensa está íntimamente vinculado al derecho a la motivación de los actos administrativos (art. 1º, f.3, Ley de Argentina; art. 18.5, Ley de Venezuela), condición indispensable para que pueda tener efectividad. Como lo ha señalado la jurisprudencia contencioso administrativa venezolana:

“El derecho a la defensa en el procedimiento administrativo está íntimamente vinculado al derecho a la motivación, porque el conocimiento oportuno de los motivos de la acción administrativa es lo que puede determinar la eficacia y acierto de las decisiones que se dicten, su correcta

adecuación al derecho objetivo y el debido equilibrio entre los intereses públicos y particulares involucrados en la decisión, e iniciativa de los interesados. Basta, por lo tanto, con que el acto administrativo no esté debidamente motivado, para que se considere que tácitamente ha existido indefensión de los particulares que han podido oponerse a la decisión, antes de que ésta llegue a afectar sus intereses legítimos, personales y directos, y de allí la necesidad de hacer referencia también a las razones que han sido alegadas entre los requisitos de la motivación” (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 14 de marzo de 1988, *Revista de Derecho Público*, N° 34, Caracas, 1988, p. 86).

Sin motivación de los actos administrativos, por tanto, no habría posibilidad real de ejercer el derecho a la defensa mediante el ejercicio de recursos contra los mismos, es decir, el derecho a recurrir sería nugatorio.

Otro elemento de base respecto del derecho a recurrir, es el que deriva de la formalidad de la notificación del acto, que debe contener el texto íntegro del mismo y, por supuesto, la información sobre los recursos administrativos de los cuales dispone el interesado para poder ejercer su derecho a la defensa, ya sea para dar inicio al procedimiento de revisión o bien para interponer el recurso gubernativo de impugnación de los actos administrativos, y los lapsos de los que dispone para ejercerlos.

En este sentido, por ejemplo, el Código de Colombia establece el derecho de los interesados a ejercer los recursos administrativos que consagra el ordenamiento jurídico, exigiendo que se indique expresamente, en el texto de la notificación o publicación del acto administrativo:

“Los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trate, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo” (art. 47).

En igual sentido se regula en la Ley venezolana (arts. 73 y 74).

Por último, el derecho a recurrir como medio de defensa contra los actos administrativos, exige la previsión formal de medios de recursos administrativos, es decir, de los que puedan formularse ante la propia Administración. Ello conduce a estudiar el régimen de los recursos administrativos como parte del procedimiento de impugnación de los actos administrativos.

II. LOS DIVERSOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Las leyes de procedimiento administrativo de América Latina regulan diversos tipos de recursos gubernativos o administrativos, como vías formales de petición puestas a disposición de los interesados para solicitar la revisión de los actos administrativos en sede administrativa.

La terminología varía de una ley a la otra, por lo que convencionalmente proponemos la clasificación general en tres clases de recursos: el de reconsideración, el jerárquico y el de revisión. Pero antes de analizar cada uno de estos recursos, debemos referirnos a las diversas clasificaciones legales.

1. *Clasificación general*

En primer lugar, puede distinguirse una clasificación general de los recursos administrativos, diferenciando los que serían recursos ordinarios, de los que serían *recursos extraordinarios*.

Como lo regula con precisión la Ley General de Costa Rica:

“Artículo 343. Los recursos serán ordinarios o extraordinarios. Serán ordinarios el de revocatoria o reposición y el de apelación. Será extraordinario el de revisión.”

En el caso colombiano, por ejemplo, el Código establece un régimen propio del *recurso ordinario* y no regula especialmente algún *recurso extraordinario* de carácter administrativo, como el llamado “recurso de revisión” que sí se encuentra en las demás leyes.

Ahora bien, entre los *recursos ordinarios* que consagran las leyes de procedimiento administrativo latinoamericanas, están los siguientes:

En primer lugar, el *recurso de reconsideración* (Ley venezolana), que también regula la Ley peruana, la Ley de Panamá, en la Ley de la República Dominicana y en la Ley de El Salvador; y que se denomina *recurso de reposición* en la Ley de Honduras, en la Ley de Chile y en el Código colombiano; o *recurso de revocatoria* según la Ley General de Costa Rica, y la Ley de Bolivia (Solo en Nicaragua este recurso se denomina “recurso de revisión”). Se trata del recurso que se ejerce ante la propia autoridad que dictó el acto, para la reconsideración de la decisión, su revocatoria o la reposición del procedimiento para dictar una nueva decisión.

En segundo lugar, el *recurso jerárquico*, clásicamente conocido con esa denominación en casi todas las legislaciones, pero que en Perú, en Honduras, en El Salvador, en Panamá, Nicaragua, Ecuador y en Colombia se denomina *recurso de apelación*. En general, sin embargo, en todas las leyes administrativas se ha superado o rechazado el término de “apelación” para reducirlo a la vía judicial y distinguirlo, así, del recurso jerárquico en sede administrativa. A su vez, en el caso de México, se conoce este recurso como “recurso de revisión”. En todo caso, se trata del recurso que se ejerce ante la autoridad jerárquica superior a la que dictó el acto.

Pero además de los recursos ordinarios, en las leyes de procedimiento administrativo se distingue el *recurso de revisión*, que es un *recurso extraordinario*, porque tiene la característica de que se ejerce contra actos administrativos firmes. En cambio, los ordinarios se ejercen contra actos recurribles que, por ello, no han adquirido firmeza. Por esta razón, este recurso de revisión no encuentra regulación en el Código colombiano, el cual sólo establece recursos contra actos administrativos que no sean firmes.

El recurso de revisión, por su carácter extraordinario, requiere de una serie de causales específicas referidas, por ejemplo, a la necesidad de hechos sobrevenidos surgidos con posterioridad a la emisión del acto, y que permiten acudir ante el superior jerárquico para pedir su revisión. El superior jerárquico es, entonces, el llamado a determinar, por ejemplo, si después de emitido el acto se ha dictado una sentencia; se han modificado los presupuestos de hecho del acto administrativo o estos han desaparecido; o han aparecido documentos que no se conocían con anterioridad; es decir, este recurso extraordinario requiere de causales específicas para su procedencia.

2. *El recurso de reconsideración*

El primero de los recursos administrativos es el llamado recurso de reconsideración, de reposición, de revocatoria o de revocación, como vía formal de petición puesta a disposición de los administrados para solicitar de la misma autoridad que adoptó una decisión, que la reconsidere, revise, modifique o revoque.

Se trata del recurso administrativo más común y generalizado, cuya característica fundamental es que pone en funcionamiento el principio de la autotutela de la Administración, porque es el recurso que permite acudir ante “el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque”, como lo dice el Código colombiano (art. 50 CPAC). Por ello, este recurso procede siempre, cualquiera que sea la jerarquía del funcionario que adopte la decisión.

La característica básica del recurso es que se ejerce ante el propio órgano que dictó la decisión. Así está regulado en todas las leyes, pero con terminologías y lapsos de interposición distintos. En el Perú, además, la ley requiere que se sustente “en nueva prueba” (art. 208).

Incluso, en el caso de Venezuela, se distingue el recurso de reconsideración según que el acto impugnado agote o no la vía administrativa. Si el acto no agota la vía administrativa, el recurso de reconsideración debe intentarse como paso previo al recurso jerárquico o de apelación (art. 94). Esta es una disposición excepcional entre el conjunto de leyes latinoamericanas, porque en todas las otras no se establece este carácter de agotamiento previo del recurso de reconsideración

para acudir al recurso jerárquico. Por ello, la Ley del Perú dispone que “este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación” (art. 208).

Por otra parte, si el acto administrativo agota la vía administrativa, aun cuando quede abierta la vía contencioso-administrativa, sin embargo, el particular puede ejercer, antes de ir a la vía judicial, el recurso de reconsideración ante la autoridad que agote la vía administrativa, es decir, ante el superior jerárquico en concreto. De igual manera, este recurso está consagrado, en estos términos, en la Ley de Uruguay (art. 142) y en el Reglamento de la Secretaría de la Comunidad Andina (arts. 37 y 44).

3. *El recurso jerárquico*

El otro recurso administrativo de carácter ordinario es el recurso jerárquico, llamado también “recurso de apelación” en Colombia, Perú y Honduras y “recurso de alzada” en Costa Rica. Se trata del recurso que se intenta ante el superior jerárquico de la organización a la cual pertenece el autor del acto administrativo atacado, a los efectos de obtener su aclaratoria, revisión o revocación. En algunos países, como en el Perú, la Ley exige que el recurso se intente por ante la misma autoridad que expidió el acto para que lo eleve ante el superior jerárquico, y además, que “se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho” (art. 209).

En todo caso, con este recurso se ponen en marcha los poderes de dirección, revisión y control del superior jerárquico, y las propias relaciones de jerarquía entre los órganos administrativos.

Por tanto, para que proceda el recurso jerárquico tiene que existir relación jerárquica, y si el principio de la jerarquía no tiene vigencia como consecuencia de desviaciones formales de la competencia, no puede intentarse el recurso jerárquico.

Por eso, este recurso no procede cuando ha habido un proceso de descentralización o desconcentración administrativa, los cuales tienen por efecto poner fin a la vía administrativa en determinados niveles de la organización administrativa, distintos al del superior jerárquico. Esto sucede, por ejemplo, en las relaciones entre la Administración descentralizada con los órganos de la Administración central, por lo que en principio este recurso se excluye en los casos de relaciones interorgánicas de tutela. Por ello, en el Código colombiano se excluye la apelación o el recurso jerárquico contra las:

“Decisiones de los ministros, jefes de departamento administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica” (art. 50).

La excepción a este principio, que es el general, se encuentra en la regulación, muy inconveniente por lo demás, de Venezuela, la cual, respecto de los institutos autónomos, que son órganos descentralizados, sin embargo, previó la necesidad de un recurso jerárquico, que no es propiamente jerárquico, sino que es un recurso de alzada, “ante el respectivo Ministro de adscripción” (art. 96).

Con esta norma de la Ley Orgánica, por tanto, se hace interminable el camino para acceder a la justicia y se distorsiona la desviación de la competencia que se ha producido, precisamente con motivo de la descentralización funcional. Esta es una regulación que no tiene antecedentes en el derecho comparado, y viola, incluso, el principio de la doble instancia.

Por último, debe agregarse que normalmente el recurso jerárquico intentado ante el superior jerárquico de la organización, tiene como resultado poner fin a la vía administrativa, por lo que al decidirse o no en un lapso de tiempo, deja abierta la vía contencioso-administrativa.

4. *El recurso de revisión*

El recurso administrativo que puede considerarse como de carácter extraordinario, es el denominado recurso de revisión, el cual, a pesar de que se intenta ante el superior jerárquico, se distingue del recurso jerárquico, en primer lugar, porque se intenta contra un acto firme, es decir, contra un acto que ya es irrecurrible, porque ya fue objeto, o lo pudo haber sido, de los recursos administrativos ordinarios. Como consecuencia de ello, en segundo lugar, este recurso de revisión se distingue del recurso jerárquico porque sólo puede intentarse con fundamento en unas causales que las leyes prevén, como es el caso de Costa Rica, Argentina, Honduras, Chile, El Salvador, Panamá, Ecuador y Venezuela. En el caso del Perú, sin embargo, el recurso de revisión, aún cuando también es de carácter extraordinario, lo que lo caracteriza es que lo decide una tercera instancia de competencia nacional, si las dos instancias anteriores fueron resueltas por autoridades que no son de competencia nacional (art. 210).

Por ejemplo, en la Ley venezolana (art. 84) este recurso de revisión contra los actos administrativos firmes puede intentarse ante el Ministro respectivo, en los siguientes casos:

- “1. Cuando hubieren aparecido pruebas esenciales para la resolución del asunto, no disponibles para la época de la tramitación del expediente.
2. Cuando en la resolución hubieren influido, en forma decisiva, documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial definitivamente firme.
3. Cuando la resolución hubiere sido adoptada por cohecho, violencia, soborno u otra manifestación fraudulenta y ello hubiere quedado establecido en sentencia judicial, definitivamente firme.”

Es decir, en la base de estas causales están hechos o actos sobrevenidos que de haberse conocido en su momento, hubieren cambiado radicalmente las circunstancias o los elementos de hecho y de derecho que dieron origen al acto.

En el mismo sentido, el artículo 22 de la Ley argentina señala que puede disponerse en sede administrativa la revisión de un acto firme:

“a) Cuando resultaren contradicciones en la parte dispositiva, háyase pedido o no su aclaración;

b) Cuando después de dictado se recobraren o descubrieren documentos decisivos cuya existencia se ignoraba o no se pudieron presentar como prueba por fuerza mayor o por obra de tercero;

c) Cuando hubiere sido dictado basándose en documentos cuya declaración de falsedad se desconocía o se hubiere declarado después de emanado el acto;

d) Cuando hubiere sido dictado mediando cohecho, prevaricato, violencia o cualquier otra maquinación fraudulenta o grave irregularidad comprobada.”

En el mismo sentido se expresa la Ley General de Costa Rica (art. 353), donde se establece que podrá interponerse recurso de revisión ante el jerarca de la respectiva Administración contra aquellos actos finales firmes en que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

“a) Cuando al dictarlos se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho que aparezca de los propios documentos incorporados al expediente;

b) Cuando aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse la resolución o de imposible aportación entonces al expediente;

c) Cuando en el acto hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme anterior o posterior del acto, siempre que, en el primer caso, el interesado desconociera la declaración de falsedad; y

d) Cuando el acto se hubiera dictado como consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial.”

Por su parte, en la Ley de Honduras se establece (art. 141), que contra las resoluciones firmes puede interponerse recurso extraordinario de revisión cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

“a) Que el acto se hubiese dictado con evidente y manifiesto error de hecho, que afecte a la cuestión de fondo, siempre que dicho error resulte plenamente demostrado de los documentos incorporados al expediente;

b) Que después de adoptada la resolución aparezcan documentos decisivos ignorados por fuerza mayor al dictarse la resolución o de imposible aportación entonces al expediente;

c) Que la resolución hubiera recaído en virtud de documento que al tiempo de adoptarse aquélla ignorase alguno de los interesados haber sido reconocido y declarado falso en sentencia judicial firme, o cuya falsedad se reconociese o declarase después;

ch) Que habiéndose adoptado la resolución en virtud de prueba testifical fuesen los testigos condenados en sentencia judicial firme por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvió a aquélla de fundamento; y,

d) Que la resolución se hubiese dictado con prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, y se haya declarado así por sentencia judicial firme.”

En todos estos casos se trata de un recurso para que la Administración pueda revisar actos firmes y, por tanto, inimpugnables por la vía de los recursos ordinarios.

III. EL OBJETO DE LOS RECURSOS

En general, el objeto de los recursos administrativos lo constituye un acto administrativo definitivo de efectos particulares. Por ello, el Código de Colombia excluye el recurso respecto de los actos de carácter general (art. 49); aún cuando, al contrario, la Ley de Uruguay excepcionalmente permite el ejercicio de un recurso contra una norma de carácter general (art. 166). Igual se establece en la Ley de Honduras (art. 129).

En el caso de la Ley de Uruguay, expresamente el artículo 166 regula esto en la forma siguiente:

“*Artículo 166.* La resolución que haga lugar al recurso interpuesto contra una norma de carácter general implicará la derogación, reforma o anulación de dicha norma según los casos. Sus efectos serán generales y, en los casos de anulación o derogación o reforma por razones de legitimidad serán además con efectos retroactivos (“*ex tunc*”), sin perjuicio de que subsistan:

a. los actos firmes y estables dictados en aplicación de la norma impugnada; y

b. los derechos adquiridos directamente al verificarse el supuesto de hecho previsto en dicha norma sin necesidad de acto de ejecución alguno que no resulten incompatibles con el derecho del recurrente.

En todos los casos previstos en este artículo, la resolución del recurso deberá publicarse en el “Diario Oficial.”

Por otra parte, en principio, los recursos proceden contra los actos administrativos definitivos, es decir, conforme al Código de Colombia, aquéllos “que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto” (art. 50).

Excepcionalmente, sin embargo, se admite la posibilidad de impugnar, por vía de recurso, a los actos de trámite, siempre que imposibiliten continuar el procedimiento, causen indefensión o prejuzguen como definitivo. En estos casos, como lo regula la Ley venezolana, se abre la posibilidad de la impugnación de estos actos de trámite (art. 85). En sentido similar se regula en el Código de Colombia (art. 49) y en la Ley del Perú (art. 206,2).

Por lo tanto, el objeto de los recursos ordinarios es, en principio, el acto definitivo y que no sea firme por no haberse vencido los lapsos previstos para su impugnación.

Por otra parte, el recurso jerárquico sólo puede intentarse contra un acto que no agote la vía administrativa; y en algunos casos, como en la legislación de Venezuela, el objeto de un recurso jerárquico sólo puede ser un acto administrativo que resuelva un recurso de reconsideración previamente intentado (art. 95).

Además, debe mencionarse que, en general, las leyes de procedimiento administrativo de América Latina admiten el ejercicio de los recursos administrativos contra los actos administrativos tácitos denegatorios que resulten del silencio administrativo.

Por último, debe destacarse el artículo 345 de la Ley General de Costa Rica, el cual precisa cuáles son los actos administrativos que pueden ser objeto de recursos ordinarios:

“1. En el procedimiento ordinario cabrán los recursos ordinarios únicamente contra el acto que lo inicie, contra el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba y contra el acto final.

2. La revocatoria contra el acto final del jerarca se regirá por las reglas de la reposición de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

3. Se considerará como final también el acto de tramitación que suspenda indefinidamente o haga imposible la continuación del procedimiento.”

IV. LOS MOTIVOS DE LOS RECURSOS

En cuanto a los motivos de los recursos administrativos, puede decirse que, en general, y con la excepción del régimen del Perú, existe un régimen común, salvo en el caso del recurso de revisión que está condicionado a determinados motivos expresamente establecidos.

En efecto, los recursos ordinarios proceden cuando se alega cualquier infracción del ordenamiento jurídico, es decir, cualquier motivo de ilegalidad, y también, por supuesto, cualquier motivo de mérito, es decir, de oportunidad y conveniencia que el particular pueda alegar ante la Administración. En el caso de la Ley de Panamá, se usa la siguiente fórmula: “Los recursos podrán fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluyendo la desviación de poder” (art. 162). En el Perú, sin embargo, deben existir nuevas pruebas para sustentar estos recursos (arts. 208 y 209).

Los recursos administrativos, por tanto, no sólo son vías de revisión gubernativa fundamentadas en razones de ilegalidad, sino que pueden ser intentados por motivos de oportunidad y conveniencia. Así lo establece la Ley General de Costa Rica: “por motivos de legalidad o de oportunidad” (art. 342) y la Ley de Brasil: “por razones de legalidad o de mérito” (art. 56). Aclara, por ejemplo, el Reglamento de la Comunidad Andina, que los recursos proceden contra los actos “por estar viciados en sus requisitos de fondo o de forma, e incluso por desviación de poder” (art. 39).

En Uruguay, los recursos de anulación se deben fundamentar en que el acto impugnado es contrario a una regla de derecho o implica desviación, abuso o exceso de poder (art. 151). En el caso de la Ley de Honduras, también se precisa el motivo de los recursos así:

“Artículo 130. Los recursos de apelación y reposición podrán fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso el exceso de poder y la desviación de poder; y, cuando las resoluciones fueren dictadas en ejercicio de potestades discrecionales, en razones vinculadas a la oportunidad o conveniencia del acto impugnado.”

La Ley del Perú, por su parte, dispone que los recursos administrativos pueden intentarse contra los actos administrativos que se supone violan, desconocen o lesionan un derecho o interés legítimo (art. 206,1).

Otro tema vinculado al de los motivos de los recursos, es el de la oportunidad para formular la fundamentación de los mismos. En el procedimiento administrativo, por el principio de la informalidad o flexibilidad consagrado expresamente en algunos países, como en Uruguay, la Ley permite que la fundamentación del recurso, que constituye un derecho del recurrente, pueda cumplirse con posterioridad a su presentación (art. 155). En esta forma no se

exige que en el propio texto del recurso se incluya toda su fundamentación, como al contrario sucede en Venezuela y Colombia, donde el propio texto del recurso debe contener toda la fundamentación, al punto de que puede considerarse como una causal de inadmisibilidad y de rechazo, el que el texto del recurso no contenga todos los elementos que exija la Ley, entre ellos la fundamentación. (arts. 49 y 86 de la Ley de Venezuela).

V. LA INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS Y SU INADMISIBILIDAD

Lo primero que debe señalarse respecto de la interposición de los recursos administrativos, es lo referente a la identificación del acto objeto de los mismos y que, en principio, deben contener los motivos de reclamo, salvo que la Ley permita su fundamentación posterior.

Además, las leyes de procedimiento administrativo establecen otra serie de elementos que inciden sobre la admisibilidad de los recursos como medios formales de impugnación de los actos administrativos, y que normalmente se refieren a la legitimación, al principio de la participación de los interesados, a las formalidades, al lapso de interposición y a la decisión de los recursos.

1. *La legitimación activa y la intervención de los interesados*

En cuanto a legitimación, puede señalarse que invariablemente el principio general es que la legitimación activa está reservada a los interesados, es decir, a quienes tengan interés personal, legítimo y directo en el acto que se impugna (art. 85, Ley de Venezuela; art. 52, Código de Colombia; art. 127, Ley de Uruguay; art. 129, Ley de Honduras).

Este interés personal, legítimo y directo puede derivar de un derecho subjetivo, del hecho de ser destinatario del acto o de estar en una especial situación de hecho que hace que surja el interés en relación a ese acto administrativo concreto.

Por ello, la Ley uruguaya establece expresamente que:

“Artículo 152. Podrán interponer recursos administrativos, los peticionarios y las personas que se consideren directamente lesionadas en sus derechos o intereses por el acto administrativo impugnado.”

La Ley de Brasil, además, precisa la legitimación para intentar los recursos, abriéndola a los representantes de intereses colectivos y difusos, así:

“Art. 58. Têm legitimidade para interpor recurso administrativo:

- I. os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo;
- II. aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida;
- III. as organizações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;
- IV. os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos.”

Se destaca, por otra parte, el supuesto del recurso de revisión que en el caso de la Ley de Honduras, se permite que sea interpuesto por el Procurador General de la República “en interés de la legalidad de la actividad administrativa” (art. 145).

En cuanto a la intervención de los interesados en el procedimiento, la Ley uruguaya establece claramente el principio general en esta materia, así:

“Artículo 153. Cuando los recursos se interpusieren contra un acto administrativo declarativo o constitutivo de una situación jurídica subjetiva, se dará intervención en los procedimientos al interesado en que el acto impugnado se mantenga.

En el caso de comparecer deberá hacerlo en la misma forma que el recurrente y tendrá los mismos derechos que éste.”

2. *El plazo de interposición y su inicio*

En casi todas las leyes, y con gran variación numérica, se regulan los términos de interposición de los recursos, en lapsos que van desde 3 días, por ejemplo, en Costa Rica (art. 346), hasta 15 días en el caso de Venezuela (art. 94 y 95).

De acuerdo con la regulación concreta que cada país establece, se trata de un lapso de caducidad que se inicia con la notificación del acto administrativo, cuando comienza la etapa de revisión del acto impugnado. Por supuesto, aun sin notificación, el particular puede, en cualquier momento, recurrir el acto dándose por notificado. Inclusive, así lo regula la expresamente Ley de Uruguay, al indicar que:

“Si el acto no ha sido notificado personalmente ni publicado en el Diario Oficial, según corresponda, el interesado podrá recurrirlo en cualquier momento” (art. 142,2).

Por tanto, este puede considerarse como un principio general que aun cuando no haya habido notificación, el interesado puede darse por notificado e impugnar el acto a través de los recursos que proceden, de manera que no es necesaria o indispensable la notificación directa para poder intentar el recurso.

Sin embargo, en la misma Ley de Uruguay se establece una garantía para el interesado, en estos casos de ausencia de notificación del acto, al expresar que:

“En ningún caso el conocimiento informal del acto lesivo por parte del interesado suple a la notificación personal o a la publicación en el “Diario Oficial”, según corresponda, por lo que no hace correr el cómputo del plazo para recurrir. No obstante, el interesado, si lo estimare del caso, podrá ejercitar sus defensas jurídicas dándose por notificado” (art. 143).

La Ley argentina, por su parte, regula los casos de peticiones fuera de lapso, una vez caducados los recursos, así:

“Una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos se perderá el derecho para articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el superior, salvo que éste resolviera lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales, se entienda que medió abandono voluntario del derecho” (art. 1.e.6).

Por otra parte, la Ley argentina también regula el principio de que aún cuando los recursos hubiesen sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente por error excusable, sin embargo, su interposición no interrumpe el curso de los plazos (art. 1.e.7).

3. *El escrito de interposición*

En la mayoría de los textos legales se establecen los requisitos formales de la interposición de recursos, exigiendo que deben intentarse por escrito, con las mismas indicaciones requeridas para las solicitudes o peticiones. (art. 86, Ley de Venezuela; art. 52, Código de Colombia; art. 125, Ley de El Salvador). Ninguna de las leyes de procedimiento administrativo permite la interposición verbal de un recurso gubernativo, pues las leyes siempre hablan del escrito del recurso.

En muchos casos los recursos deben cumplir las mismas condiciones de las peticiones que, en particular, se detallan en la legislación: se exige, así, la identificación del acto administrativo recurrido, del órgano ante el cual se dirige, del recurrente, y la expresión de los motivos o fundamentos del recurso.

Así se indica, por ejemplo, en la legislación de México (art. 86) y de Uruguay (art. 154) donde, incluso, se señala que cualquiera que sea la forma documental, siempre tiene que cumplirse una serie de requisitos, así:

“Artículo 154. Cualquiera sea la forma documental utilizada para la interposición de los recursos (escrito en papel simple, formulario o impreso, telegrama colacionado certificado con aviso de entrega, télex, fax, o cualquier otro medio idóneo), siempre deberá constar claramente el nombre y domicilio del recurrente y su voluntad de recurrir traducida en la manifestación de cuáles son los recursos que se interponen y la designación del acto administrativo que impugna.”

En todo caso, entre los requisitos formales está la motivación del recurso, al punto de que como sucede en Brasil (art. 60), en Venezuela (art. 86) y en Colombia (art. 53), si no se llenan esos requisitos debe haber una decisión motivada de inadmisibilidad del recurso.

En esta materia, por tanto, varía el principio de la colaboración que rige respecto de las peticiones, y que exige a la Administración colaborar con el interesado a los efectos de advertirle los errores de su petición para que los corrija.

En materia de recursos, en cambio, la regulación es mucho más formalista, de manera que, si no se presenta el recurso conforme a los requisitos exigidos, no se le devuelve al particular para que lo corrija, si no que se lo declara inadmisibile. Por tanto, en esta materia no rige el principio de la colaboración sino, al contrario, se establece la declaratoria de inadmisibilidad del recurso, mediante resolución motivada.

En cuanto al principio *solve et repete*, debe señalarse que aún cuando algunas leyes lo consagran, exigiéndose que con el recurso se “acredite el pago o el cumplimiento de lo que el recurrente reconoce deber” (art. 52 del Código colombiano), en general no tiene vigencia por las razones de inconstitucionalidad que anteriormente se han expuesto.

4. *La interposición conjunta y subsidiaria*

En algunas legislaciones se admite la posibilidad de interposición conjunta o subsidiaria de recursos; un ejemplo de esto se encuentra en la legislación de Uruguay (art. 164), conforme a la cual se puede intentar el recurso de reconsideración y, subsidiariamente, el jerárquico, de la manera siguiente:

“Artículo 164. En los casos en que se hayan interpuesto en forma conjunta y subsidiaria los recursos de revocación y jerárquico, o de revocación y de anulación, o de revocación, jerárquico y de anulación, el

recurrente podrá presentarse ante los órganos competentes para resolver los recursos subsidiarios a efectos de urgir la resolución de los recursos en trámite, a medida que se vayan operando las correspondientes confirmaciones fictas del acto impugnado.

Recibido el petitorio, el órgano referido requerirá, sin más trámite, al órgano que dictó la resolución recurrida, o, en su caso, al órgano competente para decidir el recurso subsidiario siguiente al de revocación...”

Este principio también está establecido en el Código colombiano indicándose que el recurso jerárquico puede interponerse directamente o en subsidio del de reposición (art. 51).

En cambio, debe indicarse que un principio como ese no puede aplicarse en el sistema venezolano, porque en el mismo se exige que el recurso jerárquico sólo puede intentarse cuando se niegue el de reconsideración, por lo que nunca se pueden interponer ambos al mismo momento. Sólo una vez dictada la decisión del recurso de reconsideración es que se podría intentar el recurso jerárquico.

5. *La autoridad competente*

La autoridad competente para conocer del recurso de reconsideración o de reposición es la misma autoridad que dictó el acto. Por tanto, el recurso se debe intentar directamente ante esa autoridad.

En el caso del recurso jerárquico, hay dos posibilidades para interponerlo: por una parte, se puede intentar ante el inferior para ante el superior, como sucede en el Perú; o como sucede en el caso de la legislación venezolana, se puede intentar directamente ante el superior, es decir, no se acude ante el órgano que dictó el acto recurrido sino que se acude directamente ante el superior jerárquico, para que adopte la decisión.

Esto ocurre, igualmente, en los sistemas donde existe el recurso de revisión, que es extraordinario, en cuyo caso también se interpone directamente ante el superior jerárquico para que conozca del recurso, sin necesidad de interponerlo ante el inferior.

La regulación positiva de esta materia, sin embargo, varía en la Ley General de Costa Rica, en la cual la interposición de los recursos ordinarios debe efectuarse ante el órgano director del procedimiento, de manera que cuando se trate de la apelación, aquél se limitará a emplazar a las partes ante el superior y remitirá el expediente sin admitir ni rechazar el recurso, acompañando un informe sobre las razones del recurso (art. 349).

En el caso de Uruguay, la Ley regula esta materia de la manera siguiente:

“*Artículo 160.* Tratándose de actos administrativos dictados por el Poder Ejecutivo, actuando en acuerdo, el recurso de revocación podrá presentarse ante el Ministerio actuante, de ser varios el que figure en primer término, o bien ante la Secretaría de la Presidencia de la República. En este último caso, previo registro de su entrada será remitido al Ministerio que corresponda, donde se sustanciará y someterá, oportunamente, al acuerdo del Poder Ejecutivo, con el proyecto de resolución respectivo.

Si el acto administrativo hubiese sido dictado por el Consejo de Ministros, el recurso de revocación se presentará ante la Secretaría de la Presidencia de la República, la que procederá en la forma señalada por el respectivo Reglamento del Consejo de Ministros. “

Por otra parte, en materia de actos dictados en delegación de atribuciones, el artículo 161 de la Ley de Uruguay establece que los recursos podrán presentarse indistintamente ante el órgano delegante o ante el órgano delegado. En este último caso, el órgano delegado lo sustanciará y someterá oportunamente al órgano delegante con el proyecto de resolución respectivo.

VI. LOS EFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS

1. Los efectos suspensivos y no suspensivos

Otro aspecto fundamental derivado de la interposición de los recursos es el de los efectos que produce, que pueden ser suspensivos o no suspensivos.

Puede decirse que el principio general en todo el ordenamiento jurídico comparado, es el de los efectos no suspensivos de los recursos administrativos; siendo la legislación colombiana una excepción, al establecer, en general, el principio contrario de que los recursos se concederán con efectos suspensivos (art. 55).

La regla general en América Latina, por tanto, sigue el clásico principio de ejecutoriedad del acto administrativo, que implica que el acto puede ejecutarse a pesar de la impugnación, por lo que los recursos no tienen efectos suspensivos.

En la Ley venezolana, en esta forma, expresamente se señala lo siguiente:

“*Artículo 87:* La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario.”

La excepción es, por tanto, el carácter suspensivo de los recursos contra los actos administrativos, previéndose con carácter general, en Venezuela, sin embargo, los efectos suspensivos de los recursos sólo en materia tributaria.

Ello está regulado en el Código Orgánico Tributario, donde se establece que la interposición de los mismos sí tiene efectos suspensivos.

Ahora bien, ante el principio general de los efectos no suspensivos de la ejecución de los actos administrativos con motivo del ejercicio de los recursos administrativos, como antes se ha señalado, las leyes de procedimiento administrativo han establecido la posibilidad de que la autoridad administrativa pueda, de oficio o a petición de parte, suspender los efectos de los actos recurridos, cuando estime que la ejecución pudiere causar gravamen irreparable (art. 61, Ley de Brasil).

También en Venezuela y en Uruguay se establece, además, que cuando se intente un recurso fundamentado en la nulidad absoluta del acto recurrido, la autoridad puede suspender los efectos del mismo, incluso con la previsión de que puede exigir una fianza o caución, con la finalidad de responder por los daños que pueda causar la suspensión de efectos del acto impugnado.

Así lo establece el único aparte del mismo artículo 87 de la Ley Orgánica de Venezuela, anteriormente citado:

“El órgano ante el cual se recurra podrá, de oficio o a petición de parte, acordar la suspensión de los efectos del acto recurrido en el caso de que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la nulidad absoluta del acto. En estos casos, el órgano respectivo deberá exigir la constitución previa de la caución que consideren suficiente. El funcionario será responsable por la insuficiencia de la caución aceptada.”

Esta posibilidad de suspensión de los efectos de los actos por daños graves o por perturbaciones graves, también se prevé en la legislación de Uruguay (art. 150).

En otros países, como en México, la Ley Federal le da efectos suspensivos a la interposición de los recursos, en forma similar al caso colombiano, pero sometido a las siguientes condiciones establecidas expresamente en el artículo 87 de la misma:

- I. Lo solicite expresamente el recurrente;
- II. Sea procedente el recurso;
- III. No se siga perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público;
- IV. No se ocasionen daños o perjuicios a terceros a menos que se garanticen éstos para el caso de no obtener resolución favorable; y

V. Tratándose de multas, el recurrente garantice el crédito fiscal en cualesquiera de las formas previstas en el Código Fiscal de la Federación.

La autoridad deberá acordar, en su caso, la suspensión o la denegación de la suspensión dentro de los cinco días siguientes a su interposición, en cuyo defecto se entenderá otorgada la suspensión.”

Por tanto, en el caso mexicano, puede decirse que la suspensión de efectos no es automática, es decir, no es *ex lege*; hay que solicitarla y hay que fundamentarla debidamente.

Además, debe señalarse que en esta regulación se condiciona la suspensión al afianzamiento, con lo cual, de nuevo aparece el fantasma del *solve et repete*, no ya pagando antes del reclamo, sino a través del otorgamiento de cauciones suficientes para garantizar, antes de reclamar o simplemente para reclamar. Las mismas cuestiones de inconstitucionalidad que anteriormente se han expuesto, también afectarían esta exigencia.

2. *Los efectos preclusivos*

Otro tema vinculado con la interposición de los recursos es el del carácter preclusivo o no de la misma respecto a la vía judicial.

En la Ley venezolana, por ejemplo, se establece el principio general de que si se hace uso de los recursos administrativos o gubernativos, es decir, una vez interpuesto un recurso de reconsideración o jerárquico, el interesado no puede acudir a la vía judicial contencioso administrativa mientras no se decida el recurso en sede administrativa o transcurra en su totalidad el lapso prescrito para la decisión (art. 92). En consecuencia, si se opta por la vía administrativa hay que esperar que la Administración decida, para luego acudir a la vía judicial contencioso administrativa o, en su caso, hacer valer el principio del silencio negativo.

El mismo principio se recoge expresamente en la Ley de El Salvador (art. 124) y en el Reglamento de la Comunidad Andina, en el sentido de que interpuesto un recurso, el interesado no podrá impugnar el mismo acto ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mientras no se produzca la Resolución respectiva o no se venza el plazo que tenga la Secretaría General para resolver (art. 43).

Este principio se sigue igualmente en Colombia, en el sentido de que si se acude a la vía gubernativa hay que esperar que se resuelva el recurso gubernativo antes de acudir al contencioso administrativo.

En cambio, en el caso mexicano, se encuentra una disposición que abre alternativas, en el sentido de que “el recurrente podrá esperar la resolución expresa o impugnar en cualquier tiempo la presunta confirmación del acto impugnado” (art. 94).

Es decir, incluso antes de que transcurra el lapso de decisión se puede acudir ante el juez, por lo que en este caso la interposición del recurso no tendría efectos preclusivos.

VII. LA TRAMITACIÓN DE LOS RECURSOS

Sobre la tramitación de los recursos, las legislaciones recogen todos los principios que hemos señalado para la fase del procedimiento constitutivo del acto administrativo. Hay, sin embargo, disposiciones específicas que deben destacarse.

1. *La autoridad competente*

En principio, la autoridad competente para tramitar los recursos es la que debe decidirlos. Sin embargo, en el caso de Uruguay, la autoridad competente para tramitarlos es la que tiene a su cargo la sustanciación y, por ello “podrá disponer su acumulación y resolver en una sola decisión...” (art. 162), todos los recursos que se intenten contra un acto así sean intentados por diversos particulares. Se destaca en esta disposición el principio de la acumulación de actos para que haya mayor celeridad en la resolución del procedimiento.

2. *Las pruebas*

Siendo los recursos administrativos vías formales para impugnar los actos administrativos, es evidente que en el procedimiento administrativo que se desarrolla para su resolución, la Administración debe asegurar el derecho de defensa de los interesados. Es por ello que interpuesto un recurso contra un acto administrativo que reconozca un derecho, debe asegurarse la intervención en el procedimiento a los interesados en que se mantenga el acto, a cuyo efecto debe notificárseles a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes. (art. 62, Ley de Brasil; art. 128, Ley de Uruguay).

Los principios sobre las pruebas son los mismos tanto en el procedimiento de revisión de los actos administrativos como los que están establecidos en el procedimiento constitutivo de los mismos, antes analizados.

Sin embargo, por supuesto, en este caso, tratándose del ejercicio de recursos, hay una mayor carga de la prueba para el recurrente, ya que si el recurrente es quien impugna el acto, le corresponde probar sus alegaciones lo que, por supuesto, no exime a la Administración de su potestad de probar (art. 134 de la Ley de Honduras).

Por ejemplo, en el Reglamento de la Comunidad Andina se establece que:

“Artículo 40. Salvo que un acto sea impugnado por razones de incompetencia de la Secretaría General, o por lo previsto en decisiones sobre temas especiales, al interesado recurrente corresponde probar los vicios que en su opinión afectan al acto recurrido.”

Es de destacar en esta reglamentación de la Comunidad Andina, el reconocimiento del principio de la inversión de la carga de la prueba cuando se trate de alegatos de vicios de incompetencia, en cuyo caso, es la Administración la que debe probar su competencia.

Por otra parte, en el Código colombiano se encuentra una clara regulación del tema de las pruebas en el procedimiento administrativo relativo a los recursos administrativos, precisándose su oportunidad, los medios de prueba que se admiten y el término o lapso dentro del cual deberán ser promovidas. En efecto, en cuanto a los recursos de reposición y de apelación, el Código dispone que siempre debe resolverse de plano, a no ser que al interponer el de apelación se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio (art. 57).

En el procedimiento administrativo de impugnación, al igual que en el procedimiento constitutivo, son admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil (art. 57), siendo los gastos que ocasione la práctica de una prueba a cargo de quien la pide y si son varios o si se decretan de oficio, se deben distribuir en cuotas por igual entre todos los interesados (art. 57)

3. *El término de instrucción y la responsabilidad administrativa*

En el trámite de los recursos, esto es, en el procedimiento administrativo de impugnación, al igual que en el trámite del procedimiento constitutivo del acto administrativo, también se establecen lapsos de instrucción durante el cual debe ser resuelto; lapsos que varían en cada legislación. Por ejemplo, en la Ley de Uruguay, la Administración tiene 30 días para decidir (art. 146); y en la Ley Orgánica de Venezuela, se establece un lapso de 90 días para la resolución del recurso de reconsideración y del jerárquico, contados a partir de su presentación (art. 91).

En todo caso, como siempre existe un lapso dentro del cual debe decidirse, se aplican también, en consecuencia, todos los principios relativos a la responsabilidad del funcionario por retardo u omisión antes mencionados, y que pueden dar origen a responsabilidad administrativa. Por ello, la Ley de Uruguay dispone que se considerará falta grave el retardo u omisión de las providencias del trámite o de la omisión de los informes, diligencias o asesoramientos ordenados (art. 163).

4. *El desistimiento de los recursos*

Las diversas leyes de procedimiento administrativo también regulan la figura del desistimiento de los recursos, como es el caso de la Ley del Perú (art. 190) y del Código de Colombia; este último establece que:

“Artículo 54. El recurrente podrá desistir de los recursos, directamente o mediante apoderado expresamente autorizado para ello.”

VII. LA DECISIÓN DE LOS RECURSOS

1. *El órgano competente*

La competencia para decidir los recursos administrativos corresponde a la autoridad competente para tramitarlos o a la autoridad competente ante la cual se interponga el recurso. Si se trata de un recurso de reconsideración, se debe interponer ante la misma autoridad que dictó el acto, a la cual corresponde decidir; si se trata de un recurso jerárquico o de apelación, es al superior jerárquico a quien le corresponde decidir.

La decisión de los recursos administrativos, por otra parte, corresponde al órgano respectivo conforme a sus propias competencias. Por ello, conforme a la Ley de Honduras:

“Artículo 136. No se podrán resolver por delegación, recursos de apelación o revisión contra actos dictados por el propio órgano a quien se ha conferido las facultades delegadas.”

En otro sentido, la Ley venezolana dispone en esta materia que “ningún órgano podrá resolver, por delegación, los recursos intentados contra sus propias decisiones” (art. 88).

En consecuencia, si se intenta un recurso de alzada o de apelación contra un acto que dictó un funcionario inferior de un Ministerio, por ejemplo, el cual, en principio, debe ser resuelto por el Ministro, no podría admitirse que el Ministro delegue la competencia para decidir los recursos en el propio funcionario que dictó el acto. De lo contrario, el recurso jerárquico se convertiría en un recurso de reconsideración o de reposición.

2. *El plazo para decidir y el silencio administrativo negativo*

En cuanto a los aspectos procedimentales, las leyes de procedimiento administrativo de América Latina, en general, establecen lapsos para que la Administración decida los recursos administrativos, consagrando, en general, el principio del silencio administrativo negativo (art. 60, Código de Colombia; art.

352, Ley General de Costa Rica; art. 91, 94 y 95 Ley de Venezuela; art. 215, Ley del Perú; art. 121, Ley de Uruguay), en caso de no decidirse el recurso en el lapso prescrito.

Por tanto, en materia de recursos administrativos, el silencio administrativo negativo es el principio general, ya que el silencio administrativo positivo, como principio, se establece sólo en materia de peticiones.

En el caso de los recursos gubernativos, por tanto, vencido el lapso que tiene la Administración para decidir sin que se hubiese producido decisión alguna, se entenderá como rechazado el recurso, sin que ello exima a la autoridad administrativa de su obligación de decidir, ni de la responsabilidad por el retraso.

Así lo establece la Ley de Uruguay, al disponer:

“Artículo 145. Toda autoridad administrativa está obligada a resolver los recursos administrativos que se interpongan contra sus decisiones, previo los trámites que correspondan para la debida instrucción del asunto, dentro del término de ciento veinte días a contar de la fecha de cumplimiento del último acto que ordene la ley o el reglamento aplicable.

Si no lo hiciere, se entenderá rechazado el recurso administrativo. En ningún caso el vencimiento de los plazos respectivos exime al órgano competente para resolver el recurso de que se trate de su obligación de dictar resolución sobre el mismo. “

Por tanto, siempre existe la posibilidad de que la propia Administración resuelva el recurso, a pesar de que se haya producido el rechazo. Sin embargo, se puede plantear la discusión de si una vez intentado el recurso contencioso administrativo contra el silencio presunto, la Administración pierde o no la potestad de decidir.

En el caso de Colombia, puede decirse que, si se perdería, porque ya estaría el juez contencioso administrativo conociendo del caso; en Venezuela, en cambio, no hay norma alguna que regule este supuesto. Sin embargo, hemos sostenido el criterio de que, si la Administración dicta un acto, y se recurre contra éste, pero la decisión nunca se dicta, sino que se produce el silencio negativo; al intentarse la acción contenciosa administrativa, cuyo objeto será anular el acto, es decir, hacer desaparecer el acto, durante el juicio la Administración puede reconocer el vicio y revocar el acto administrativo. No tendría sentido la tutela judicial efectiva si se obligara al administrado a seguir un juicio cuando se puede lograr el mismo objetivo con el reconocimiento por parte de la Administración del vicio que afecta el acto que dictó. No hay razón alguna para que esto no se haga así, manteniéndose el principio de la tutela judicial efectiva.

3. *El contenido y la globalidad de la decisión*

La fase final del procedimiento de impugnación es la decisión del recurso, respecto de la cual, la Ley venezolana establece que:

“Artículo 89. El órgano administrativo deberá resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo de recurso, aunque no hayan sido alegados por los interesados.”

Aparte de los supuestos de decisión tácita denegatoria producto del silencio administrativo negativo, la decisión de los recursos debe ser expresa, y en ella la Administración está obligada a resolver “todas las cuestiones planteadas por los interesados y cuáles se deriven del expediente” (art. 135 de la Ley de Honduras). En igual sentido se establece en el Reglamento de la Comunidad Andina (art. 42); en la Ley del Perú (art. 217), y en la Ley de México (art. 92).

Aquí, de nuevo, se plantea la necesidad de garantizar el derecho a la defensa, pues puede haber procedimientos de recursos donde haya sólo alegatos de las partes, o pueden plantearse, en los mismos, asuntos que no hayan sido alegados por éstas.

Estos asuntos que no hubiesen sido alegados al inicio del recurso, según señala la Ley venezolana, pueden y deben ser decididos, pero no se garantiza expresamente a las partes el derecho a ser oídas. Esto, en cambio, está regulado expresamente en casi todas las legislaciones. Por ejemplo, en Argentina, antes de decidirse el recurso, la Administración tiene que dar al interesado la oportunidad para que formule sus alegatos sobre los nuevos motivos de impugnación o sobre los otros asuntos que se hayan podido presentar en el transcurso de la tramitación del recurso.

La decisión, por tanto, debe resolver todas las cuestiones de legalidad o conveniencia aducidas por el recurrente y los interesados o que surjan en el curso del procedimiento, y como resultado de ello, el órgano competente para decidir, como lo establece la Ley venezolana, podrá:

“Confirmar, modificar o revocar el acto impugnado, así como ordenar la reposición en caso de vicios en el procedimiento, sin perjuicio de la facultad de la administración para convalidar los actos anulables” (art. 90 LOPA).

Esta enumeración del contenido variado de las decisiones la repiten casi todas las leyes: la de Honduras (art. 135); la de Brasil (art. 64); la de México (arts. 88 a 93), la de Uruguay (arts. 165 y 167); la de Costa Rica (art. 351); el Código de Colombia (art. 59); y el Reglamento de la Comunidad Andina (art.

42). Así se expresa, por lo demás, en la Ley de Bolivia, cuando indica que los recursos administrativos “serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso, desestimando el recurso si éste estuviese interpuesto fuera de término, no cumplierse las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables o si no cumplierse el requisito de legitimación establecido en la ley” (art. 61).

En esta materia, también se plantea el tema de la *reformatio in pejus*, es decir, si dictado un acto administrativo y el particular lo recurre, es o no posible que el superior en su decisión empeore la situación del recurrente en sede administrativa, ya que, si bien en vía judicial la proscripción de la *reformatio in pejus* es una garantía, no está así establecido en vía administrativa. Por tanto, puede ocurrir que, en sede administrativa, una vez dictado un acto o impuesta una multa por una violación ambiental o urbanística, por ejemplo, el funcionario superior pueda constatar que la infracción es más grave de lo que había sido apreciado por el funcionario inferior y que no corresponde, por tanto, la multa impuesta sino otra de mayor cuantía, y eso podría conducir a que se desmejore la condición del recurrente.

El trámite del recurso es un procedimiento que se lleva a cabo en vía administrativa con motivo de la impugnación del acto administrativo. Por tanto, el procedimiento administrativo, en definitiva, no termina con la constitución del acto, pues luego debe iniciarse otra fase que es la de impugnación. En ambas, la Administración debe procurar determinar la verdad de los hechos y aplicar los presupuestos de derecho que se corresponden a esos hechos. Si el funcionario que dictó el acto original se equivocó, en la revisión en vía jerárquica el funcionario superior puede aplicar la medida que sea legalmente adecuada, aún cuando desmejore la condición del particular, distinguiéndose así el procedimiento administrativo del procedimiento judicial, donde sí esta proscrita la *reformatio in peius*.

En todo caso, el artículo 351 de la Ley de Costa Rica es claro al consagrar el principio de la *reformatio in pejus* en sede administrativa, aún cuando en relación con el vicio de nulidad absoluta así:

“1. Al decidirse el recurso de apelación, se debe resolver sobre su admisibilidad y, de ser admisible, se confirmará, modificará o revocará el acto impugnado. En todo caso:

2. El recurso podrá ser resuelto aun en perjuicio del recurrente cuando se trate de nulidad absoluta.”

El principio contrario en materia sancionatoria, y siguiendo los principios ya señalados de la confianza legítima, lo establece la Ley de Brasil, al prescribir que “de la revisión de un procedimiento no puede resultar el agravamiento de la sanción” (art. 65).

4. *La notificación de la decisión*

Por último, en cuanto a la notificación de la decisión de los recursos administrativos, también en esta materia rigen los principios que hemos señalado sobre la notificación de los actos administrativos a los fines del inicio de sus efectos, y a los fines del inicio de los lapsos de impugnación que corresponden contra el acto que resuelva un recurso administrativo o gubernativo, en particular, ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

DÉCIMA CUARTA PARTE

EL PRINCIPIO DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

I. EL PRINCIPIO DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA PARA ACCEDER A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Un principio general en materia de procedimiento administrativo y del contencioso-administrativo, que en muchos casos se convierte en un obstáculo al acceso a la justicia administrativa, es el de la necesidad de que se agote la vía administrativa antes de que se pueda plantear la revisión judicial del acto administrativo, quedando como un privilegio de la Administración el poder de decir la última palabra sobre el asunto, y que antes de que se lleve el acto a la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la Administración pueda pronunciarse sobre su impugnación.

En efecto, en general, en América Latina se exige como condición de admisibilidad de los recursos contencioso-administrativos, el agotamiento previo de la vía administrativa, lo que en muchos casos exige el ejercicio previo de recursos administrativos. Así, por ejemplo, la Ley de Bolivia dispone en su artículo 69 que, la vía administrativa quedará agotada en los casos siguientes:

- a) Cuando se trate de resoluciones que resuelvan los recursos jerárquicos interpuestos;
- b) Cuando se trate de actos administrativos contra los cuales no proceda ningún recurso en vía administrativa conforme a lo dispuesto en esta o en otras leyes;
- c) Cuando se trate de resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una ley establezca lo contrario; y,
- d) Cuando se trate de resoluciones distintas de las señaladas en los literales anteriores, siempre que una ley así lo establezca.”

En igual sentido se regula en la Ley del Perú (art. 218,1). Se trata de un privilegio de la Administración, de poder revisar sus actos administrativos, antes de que se sometan a control judicial.

Ahora bien, el agotamiento de la vía administrativa puede ocurrir sin que se intente recurso administrativo alguno, lo que sucede en los casos de actos dictados por el superior jerárquico, un Ministro por ejemplo, o por órganos desconcentrados cuyas decisiones agoten la vía administrativa y no sean susceptibles de recurso jerárquico. De resto, si se trata de un acto administrativo dictado por un funcionario de inferior jerarquía en una organización administrativa, el interesado, antes de acudir a la vía contencioso-administrativa debe agotar los recursos administrativos, es decir, en el caso de Venezuela, debería interponer el recurso de reconsideración y luego, el jerárquico.

La Ley Orgánica de Venezuela, en estos casos, en efecto, establece que:

“La vía administrativa quedará abierta cuando interpuestos los recursos que ponen fin a la vía administrativa, éstos hayan sido decididos en sentido distinto al solicitado, o no se haya producido decisión en los plazos correspondientes” (art. 93).

Este principio del agotamiento de la vía administrativa, como paso previo para acudir a la vía contencioso administrativa, por tanto, puede decirse que es general en América Latina, y consagrado expresamente en las legislaciones de Costa Rica (art. 356), Colombia (art. 63 y 135), Bolivia (art. 70), El Salvador (art. 131), Panamá (art. 200), y Argentina (art. 23), las cuales si bien prevén el sistema de recursos administrativos, en muchos casos admiten la impugnación contencioso-administrativa de actos administrativos que *per se* agoten la vía jerárquica, sin que sea necesario intentar un recurso administrativo previo.

Se destaca en este sentido, la norma del artículo 218 de la Ley del Perú, que considera como “actos que agotan la vía administrativa” los siguientes:

“a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recursos de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa; o

b) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica; o

c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el Artículo 210º de la presente Ley; o

- d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los Artículos 202° y 203° de esta Ley; o
- e) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales.”

II. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS COMO OBSTÁCULO PROCESAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Por supuesto, el principio del necesario agotamiento de la vía administrativa, como privilegio procesal de la administración para que el interesado pueda acudir a la vía judicial contencioso-administrativa, se puede convertir en un obstáculo procesal que lesione la garantía constitucional de acceso a la justicia. Por ello, incluso, algunas leyes de procedimientos administrativos, como la mexicana, establecen el ejercicio de recursos administrativos como una opción del interesado y no como una obligación, disponiendo lo siguiente:

“*Artículo 83:* Los interesados afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, podrán interponer recurso de revisión o intentar las vías judiciales correspondientes.”

En igual sentido se reguló en la Ley de la República Dominicana, en el artículo 51, al declarar que

“Los recursos administrativos tendrán carácter optativo para las personas, quienes, a su opción, podrán interponerlos o acudir directamente a la vía contenciosa administrativa. La elección de la vía jurisdiccional hará perder la administrativa, pero la interposición del recurso administrativo no impedirá desistir del mismo en cualquier estado a fin de promover la vía contenciosa, ni impedirá que se interponga el recurso contencioso administrativo una vez resuelto el recurso administrativo o transcurrido el plazo para decidir.”

Por su interés, debe destacarse que a esta misma conclusión se llegó en Venezuela vía interpretación jurisprudencial con una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de Venezuela, de 24 de mayo de 2000, en la cual dicho Tribunal consideró contrario a la garantía del acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva, el establecimiento de recursos o peticiones previas para agotar la vía administrativa antes de poder acudir a la vía judicial. Aún cuando posteriormente la Corte cambió de criterio (sentencia de 26-4-01), aquella sentencia debe comentarse.

En efecto, la Corte Primera realizó una interpretación integral, concordada y progresiva de varios artículos de la Constitución de 1999 (arts. 2, 3, 25, 257 y 259) utilizando como criterio lo expuesto en la Exposición de Motivos, donde la

Corte consideró que podría observarse claramente “la voluntad del constituyente de eliminar cualquier obstáculo para el acceso a la jurisdicción y específicamente lo relativo al agotamiento de la vía administrativa”, en referencia a lo cual dicha Exposición señaló que:

Con el objeto de hacer efectiva la tutela judicial de los administrados y garantizar su derecho de libre acceso a la justicia, la ley orgánica deberá eliminar la carga que tienen los administrados de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso contencioso administrativo de nulidad, lo cual debe quedar como una opción a elección del interesado, pero no como un requisito de cumplimiento obligatorio.

De igual manera consideró la Corte Primera que el artículo 26 de la Constitución plantea el deber del Estado de garantizar a los ciudadanos el acceso a los órganos de la administración de justicia, obligación que constituye parte fundamental de la República, como Estado democrático, social, de derecho y esencialmente de justicia consagrado por la Constitución.

De ello, dedujo lo siguiente:

“Los recursos contenciosos administrativos son los instrumentos utilizados para poner en marcha la jurisdicción contencioso administrativa, provocando así el examen de la actividad realizada por la Administración, con el objeto de obtener un pronunciamiento expreso sobre su legalidad; ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 26 de nuestra Carta Magna, dicho pronunciamiento debe ser obtenido de forma expedita y con prontitud, lo cual se ve afectado por la obligatoriedad de interponer un recurso administrativo tras otro o de agotar previamente la gestión conciliatoria, antes de alcanzar la jurisdicción.

De otra parte, la oportunidad que dan estos requisitos a la Administración para corregir su ilegal actividad se contraponen con la necesidad de una tutela jurisdiccional inmediata; afectándose además el principio de que todo acto administrativo que viole o menoscabe los derechos y garantías consagradas constitucionalmente es nulo de nulidad absoluta, pues para ello habría que esperar la revisión del acto por parte de la Administración.

Asimismo, la aplicación reiterada de los mencionados requisitos ha demostrado, que rara vez la Administración modifica su criterio o corrige su conducta, pues generalmente ésta se abstiene de emitir pronunciamiento alguno y cuando lo hace, el jerarca siempre se basa en el acto que revisa, por lo que generalmente ratifica oportuna y extemporáneamente el mismo.

Por otra parte, cuando es efectivo el agotamiento de la vía administrativa, se obtiene un proveimiento de la máxima autoridad del ente que se trate, y en la mayoría de los casos, tal posición corresponde a los Ministros, en razón de lo cual, sólo correspondería a la Sala Político Administrativa del

Tribunal Supremo de Justicia, el conocimiento de casi todos los recursos incoados, congestionándose así la tarea jurisdiccional de nuestro Máximo Tribunal.

También conviene señalar que el artículo 139 de la vigente Constitución, establece 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”, en virtud de lo cual, los funcionarios que emitan actos ilegales o inconstitucionales, serían responsables por los daños y perjuicios producto de su ilegal actividad, sin embargo, el agotamiento de la vía administrativa trae como consecuencia que esta responsabilidad se diluya, pues el transcurso del tiempo entre la emisión del acto y la declaratoria de nulidad del mismo, haría difícil la ubicación precisa del funcionario responsable, y además en el caso de actos ratificados en sede administrativa se plantearía la duda de si lo correcto sería sancionar al máximo jerarca y al emisor directo del acto o únicamente al autor originario del acto lesivo.

En conclusión, en atención a los anteriores razonamientos y a la interpretación concordada y progresiva del preámbulo y de los artículos 2, 3, 25, 26, 257 y 259 de la Constitución vigente, considera esta Corte que el agotamiento de la vía administrativa y la realización de la gestión conciliatoria, no deberían constituir formalidades esenciales, ya que el objetivo del recurso contencioso administrativo es retar la legalidad del acto actual, que causa gravamen al particular, restableciéndole prontamente los derechos que le fueron vulnerados, sin que el administrado tenga que ser sometido a la espera y a la expectativa de que la Administración en ejercicio de su potestad de autotutela corrija su errónea actividad.”

Con fundamento en las anteriores consideraciones, concluyó la Corte Primera su sentencia, ejerciendo el control difuso de la constitucionalidad de las leyes conforme lo autoriza tanto la Constitución (art. 334) como el Código de Procedimiento Civil (art. 20), acordó la desaplicación al caso concreto de las normas que regulan el agotamiento de la vía administrativa como condición previa de acceso a la justicia contencioso-administrativa (artículos 92 y 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, artículo 124, ordinal 2º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y párrafo único del artículo 15 de la Ley de Carrera Administrativa), por considerar que las mismas menoscaban derechos y garantías constitucionales y con la finalidad, por tanto:

“De flexibilizar los formalismos que impiden el acceso de los particulares a la tutela judicial efectiva y a la justicia material, y con miras a la extensión del alcance de la jurisdicción contencioso administrativa en su función de garante de los derechos individuales de los administrados frente las actuaciones del Poder Público.”

Concluyó la Corte Primera, sin embargo, aclarando lo siguiente:

“Ahora bien, no obstante considerar esta Corte que el agotamiento de la vía administrativa y de la gestión conciliatoria no es necesario para acudir a la vía contencioso administrativa, ello no es óbice para que el particular que se considere afectado en virtud de un acto administrativo, decida agotar previamente la vía administrativa o realizar la gestión conciliatoria antes de acudir a la jurisdicción contenciosa en materia funcionarial, pues el derecho del particular a accionar en la sede de su preferencia debe ser respetado, así como también debe respetarse la potestad de autotutela que detenta la Administración y en ejercicio de la cual ésta puede revisar y corregir por sí misma sus actuaciones administrativas.”

III. EL PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA

La garantía del debido procedimiento que se aplica al ámbito de las actuaciones administrativas, como lo establece el artículo 49 de la Constitución de Venezuela, impone, en todo caso, un límite a la cadena de revisiones en vía administrativa, que debe conducir a limitarla a una doble instancia.

Por ello el principio del Código de Colombia es que para agotar la vía administrativa sólo es obligatorio interponer el recurso de apelación (jerárquico) (art. 63); estableciendo la Ley General de Costa Rica que “en el procedimiento administrativo habrá en todos los casos una única instancia de alzada, cualquiera que fuere la procedencia del acto recurrido” (art. 350,1).

En cambio, es totalmente contraria a este principio de la doble instancia la previsión de la Ley venezolana, por ejemplo, en los recursos contra los actos administrativos de los institutos autónomos para agotar la vía administrativa, que exige primero el agotamiento de la vía administrativa mediante recurso jerárquico ante la máxima autoridad del instituto autónomo, y luego, el ejercicio de otro recurso jerárquico ante el Ministro de adscripción, lo que es un atentado a la tutela judicial efectiva y a la garantía de acceso a la justicia.

Debe destacarse, por último, que la Ley de Brasil, establece que los recursos administrativos se tramitarán en un máximo de tres (3) instancias (art. 57).

IV. LA PROSCRIPCIÓN DEL *SOLVE ET REPETE*

En general, puede decirse que, siguiendo otra tradición de privilegios de la Administración, uno de los principios clásicos del procedimiento administrativo y contencioso-administrativo, ha sido el denominado *solve et repete* (paga y después reclama) que, en los casos de imposición de multas o liquidación de impuestos, por el principio de no suspensión de efectos de los actos administrativos, constituye una restricción al acceso a la justicia.

El principio lo recoge la Ley de Honduras al disponer:

“Artículo 132: Para darle trámite a un recurso interpuesto contra una resolución dictada en ocasión de la Ley del Impuesto sobre la Renta, será requisito indispensable que el interesado acredite haber enterado en la Tesorería General de la República o cualquier otro órgano competente, la cantidad que él hubiere reconocido deber al Estado en la declaración que provoca el ajuste o reparo que impugna o acredite debidamente documentado, el compromiso del pago respectivo.”

Este principio, sin embargo, ha tenido una evolución de mitigación que debe destacarse. En *primer lugar*, por la previsión de casos en los cuales el ejercicio de un recurso tiene efectos suspensivos respecto de los actos recurridos, como lo prevé en materia impositiva el Código Orgánico Tributario venezolano. En *segundo lugar*, por el proceso progresivo de prevalencia del principio de la tutela judicial efectiva que ha conducido a considerar inconstitucional el principio del *solve et repete* tanto en España como en Italia.

El principio lo recogía el Código de Colombia al señalar que el recurrente debía “acreditar el pago o el cumplimiento de lo que el recurrente reconoce deber” (art. 52.5); pero la norma fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional.

Ahora bien, el principio tradicional del *solve et repete* dentro de las condiciones de admisibilidad de las acciones contencioso administrativas de anulación, está consagrado en el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela que establece lo siguiente:

“Cuando la ley exija como condición para admitir algún recurso contra el acto, que el interesado pague o afiance el pago de una cantidad líquida, deberá presentarse también constancia de que se ha dado cumplimiento a dicho requisito a menos que la misma ya haya sido agregada al expediente administrativo, en cuyo caso así se hará constar en la solicitud.”

La consecuencia de ello es que, si dichos documentos no se presentan, el juez debía declarar inadmisibile el recurso, conforme a lo establecido en el artículo 84, ordinal 5° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Este requisito de admisibilidad, como se ha dicho, se ha desarrollado como un privilegio de la Administración, el cual progresivamente ha sido cuestionado en todas partes. Así, el Tribunal Constitucional italiano, en 1973, lo declaró inconstitucional, y en España, después de promulgada la Constitución de 1978 que garantiza el derecho a obtener tutela efectiva de los jueces en el ejercicio de derechos e intereses legítimos, se ha zanjado definitivamente la colisión que con dicho derecho se planteaba por la exigencia del pago o afianzamiento previo, lo cual ya, en 1983, fue considerado inconstitucional.

El problema también se ha planteado en Venezuela, con la consideración del principio como inconstitucional, por significar una violación al derecho a la defensa que garantiza la Constitución, al imponer una limitación intolerable al acceso a la justicia y al derecho a la tutela judicial frente a la Administración. Y así, después de dos sentencias de la antigua Corte Suprema en Corte Plena en las cuales la Corte no anuló las normas legales que preveían el principio de *solve et repete*, conforme a los alegatos de que eran inconstitucionales desestimándolos por razones intertemporales de vigencia de las normas impugnadas (V. sentencia de 15-10-85 y de 26-10-88, *Revista de Derecho Público* N° 25, 1985, pp. 149 y 150 y N° 37, 1988, pp. 99-102); la Sala Político Administrativa de la anterior Corte Suprema, en sentencia de 14-10-90, resolvió definitivamente el asunto, y por vía de control difuso de la constitucionalidad, consideró inconstitucional, por violación del derecho a la defensa previsto en el Texto Fundamental, la exigencia legal del *solve et repete* y, en consecuencia, aplicó preferentemente la Constitución, inaplicando la norma legal que lo consagraba, que en el caso concreto, era el artículo 137 de la Ley Orgánica de Aduana.

En dicha sentencia, en efecto, la antigua Corte Suprema señaló lo siguiente:

“Que el artículo 68 de la Carta Magna postula, con ejemplar criterio de amplitud, el derecho universal a la defensa, cuando confiere rango constitucional al acceso sin limitaciones económicas, de los justiciables ante los órganos de la administración judicial para lograr la tutela de sus derechos e intereses, garantía fundamental que -en criterio de la Sala- se vería afectada, de aplicarse cualquier norma que pretendiera limitarla o desvirtuarla en su propia esencia. Los términos de la norma de rango superior son, sin lugar a dudas, contundentes: “Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia, para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidas por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes”. Y añade, en párrafo separado: “la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso”.

En tales circunstancias, observa la Sala la inmotivada restricción (derivada del principio *solvé et repete*), constituiría una declaración del legislador que debe ser desatendida por el juez, vista su inconstitucionalidad.

En vista de ello, la Sala acudió a los poderes de control difuso de la constitucionalidad que calificó como un principio general del derecho recogido, por lo demás, en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, y formalmente reconoció:

“La preferente aplicación del artículo 68 de la Constitución sobre los artículos 1347 de la Ley Orgánica de Aduanas y 462 de su Reglamento; textos -legal y reglamento- que en cuanto condicionan económicamente el

acceso de los particulares al poder Judicial, constituye una violación flagrante del derecho a la defensa, garantizado por la transcrita norma constitucional. En virtud de lo cual, se abstiene la Sala de aplicar los señalados artículos al caso de autos, y así lo declara igualmente” (V., en *Revista de Derecho Público*, N° 44, 1990, pp. 162 a 165).

En esta forma, la antigua Corte Suprema de Justicia declaró que consideraba como inconstitucionalidad la exigencia del requisito del *solve et repete* como condición de admisibilidad del recurso de nulidad y aplicando preferentemente la Constitución, se abstuvo de aplicar las normas legales y reglamentarias que en el caso concreto la preveían.

La decisión de la Corte tiene una importancia fundamental y se inserta en la consideración del contencioso como un medio de tutela judicial de los derechos e intereses particulares frente a la Administración; y si bien, los efectos de la sentencia sólo son *inter partes* y no *erga omnes* -en virtud de que no se dictó como consecuencia de una acción de inconstitucionalidad-, su valor de precedente es incuestionable y definitivo en el campo contencioso-administrativo, razón por la cual su doctrina es invocada para la inaplicabilidad de las normas legales que regulan el principio *solve et repete*, por violar el derecho constitucional a la defensa.

V. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PREVIO A LAS DEMANDAS CONTRA EL ESTADO

Un último aspecto que debe destacarse en la consideración del derecho a la tutela judicial efectiva es la regulación tradicional, también como privilegio de la Administración, de un procedimiento administrativo previo a las demandas judiciales que puedan intentarse contra la Administración.

En tal sentido, y dejando aparte el contencioso-administrativo, la Ley argentina dispone que:

“El Estado Nacional no podrá ser demandado judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio que corresponda.

El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por el Poder Ejecutivo” (art. 30).

La Ley argentina prevé un plazo para la decisión del reclamo, vencido el cual sin que hubiese decisión, el reclamante tiene abierta la vía judicial (art. 31).

Este procedimiento previo a las demandas contra la República ha sido tradicional en Venezuela, establecido en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; y se encuentra también detalladamente regulado en la Ley de Honduras (art. 146 y ss.).

LIBRO QUINTO:

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO

Publicado en el libro: Fernando López Ramón y Julián Valero Torrijos (Coordinadores), 20 años de la Ley de lo Contencioso administrativo. Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Murcia, 8-9 de febrero de 2019, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2019, pp. 573-632. Publicado igualmente como *La justicia administrativa en América Latina*, Ediciones Olejnik, Buenos Aires, Madrid 2019, 132 pp.; y como Estudio preliminar al libro: *Leyes de lo Contencioso Administrativo en América Latina. Con un estudio preliminar sobre la justicia administrativa en el derecho comparado latinoamericano*, Colección Derecho Público Iberoamericano No. 7, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas / New York, 2019, 568 pp.

NOTA DEL AUTOR

En toda América Latina, particularmente durante el siglo pasado y conforme fue avanzando en todos los países la consolidación del Estado de derecho, se fue estableciendo progresivamente un sistema de Justicia Administrativa, es decir, un sistema de control judicial de la actividad de la Administración Pública, a cargo de los tribunales integrados dentro del Poder Judicial.

En Argentina y Brasil, el control judicial de la actividad de la Administración Pública se ejerce por los tribunales en general, como sistema difuso, de acuerdo con los principios que tuvieron su inspiración en el sistema judicial norteamericano; en todos los otros países, excepto en Chile donde también todos los tribunales ordinarios controlan a la Administración, el control judicial de la actividad administrativa se ha encomendado a la Corte Suprema, o a tribunales especializados que conforman la llamada Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Es el caso de los siguientes países, donde además, se han dictado leyes especiales sobre el contencioso administrativo: Colombia (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de 2011); Costa Rica (Código Procesal Contencioso-Administrativo de 2008); Ecuador (Código Orgánico General de Procesos de 2015: Disposiciones sobre procedimiento contencioso administrativo); El Salvador (Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2017); Guatemala (Ley de lo contencioso administrativo de 1996); Honduras (Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1.987); México (Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo de 2005); Nicaragua (Ley de regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo de 2000; Panamá (Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso administrativa de 1945, 1946, 2000); Paraguay (Ley que establece el procedimiento para lo contencioso administrativo de 1935); Perú (Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo de 2009); República Dominicana (Ley que instituye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1947); Uruguay (Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de 1987); y Venezuela (Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010).

El texto de todas esas leyes lo he publicado recientemente en un libro (Allan R. Brewer-Carías, *Leyes de lo Contencioso Administrativo en América Latina*, Colección de Derecho Público Iberoamericano No. 7, Editorial jurídica venezolana, 2019), el cual precedí de un “Estudio preliminar sobre la Justicia Administrativa en el derecho comparado latinoamericano,” que es precisamente el texto que conforma este libro, y que redacté especialmente para ser presentado como Ponencia base de mi exposición en el XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo “20 Años de la Nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo,” que se desarrolló en la Universidad de Murcia, entre el 8 y 9 de febrero de 2019.

Hasta ahora, puede decirse que el tema de la Justicia Contencioso Administrativa no había sido objeto de un estudio de derecho administrativo comparado, dejando a salvo el estudio pionero, pero parcial del tema, de mi apreciado amigo el profesor Juan Carlos Cassagne (“La Justicia Administrativa en Iberoamérica,” en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2005, pp. 3-32; y en *Revista Juris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia*, No. 9, oct. 2005).

Hasta ahora, en realidad solo habían aparecido sobre el tema de lo contencioso administrativo en América Latina, dos importantes libros pero con estudios de diversos autores sobre el régimen legal en uno de los países: *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014; y *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del

Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, 2 Tomos).

Faltaba entonces un estudio de derecho comparado que analizara globalmente el régimen en todos los países, siendo ese vacío el que hemos intentado llenar con este estudio, que se publica por la prestigiosa editorial Ediciones Olejnik.

New York, enero de 2019

INTRODUCCIÓN

Un Estado de derecho, en el cual impera el principio de limitación al poder con órganos dispuestos con base en el principio de la separación de poderes, existe efectivamente cuando todas las actuaciones de los mismos se encuentran sometidas al ordenamiento jurídico en su conjunto, es decir, no sólo a la Constitución y las leyes, sino a los reglamentos y normas dictados por las autoridades competentes; y además, cuando se hayan establecido las necesarias garantías judiciales para asegurar dicha sumisión de los órganos del Estado al derecho; todo lo cual en general se ha definido en sentido amplio como el “principio de legalidad.”

Por ello, ese progresivo sometimiento de la Administración Pública a la legalidad en los países latinoamericanos, en un proceso sin duda desarrollado con todos los altibajos imaginables por las recurrentes rupturas de la estabilidad constitucional, en definitiva, originó el progresivo establecimiento de mecanismos judiciales de control de la actividad de la misma, producto de iniciativas constitucionales que se remontan básicamente a comienzos del siglo pasado. Para ello, en algunos países, por la influencia del derecho norteamericano, como Argentina y Brasil, desde el siglo XIX los jueces en general al ser titulares del control judicial de las leyes y de las actuaciones de los órganos del Estado, pudieron ejercer el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos de la Administración Pública en forma similar, como justicia difusa, como ha existido en los Estados Unidos de América.

En otros países, en cambio, como manifestación de justicia concentrada, se la fue asignando al máximo órgano judicial del país, la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, como fue el caso de Venezuela, competencias para juzgar a la Administración. Así fue, primero, desde 1830, para “conocer de las controversias que resulten de los contratos o negociaciones que celebre el Poder Ejecutivo por sí solo o por medio de agentes” (Art. 145, Constitución de 1830), y segundo, a partir de la Constitución de 1925, para “declarar la nulidad de los decretos o reglamentos que dictare el Poder Ejecutivo para la ejecución de las leyes cuando alteren su espíritu, razón o propósito de ellas” (art. 120). Ello progresivamente se transformó en una competencia para “declarar la nulidad de los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho e incluso por

desviación de poder” (Constitución de 1961),¹ en una redacción que se inspiró en la Constitución de Uruguay que asigna al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, competencia privativa para anular los actos administrativos “contrarios a una regla de Derecho o con desviación de poder” (art. 309 ss.)

En Uruguay, así, y antes en Colombia, por ejemplo, la aproximación de justicia concentrada adquirió la importante característica de la especialización, al crearse una Jurisdicción contencioso administrativa dentro del orden judicial. En el caso de Colombia, en efecto, en 1913 se creó el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y de los tribunales seccionales de la contencioso administrativo para conocer de los procesos contra la Administración Pública; y luego, a partir del año siguiente, en 1914, se asignaron las funciones del primero al Consejo de Estado que como institución aun cuando sin competencias jurisdiccionales, venía funcionando desde 1830.² Así, el Consejo de Estado, desde 1914 ha actuado entonces como órgano jurisdiccional especializado para controlar la actividad de la Administración Pública, diferente a la justicia ordinaria, pero integrado en el universo del Poder Judicial, como una más de las altas Cortes de Justicia, además de la Corte Suprema de Justicia de la Corte Constitucional.³

Por ello puede decirse que en casi todos los países de América Latina al estructurarse un sistema de control judicial de legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos y demás actuaciones de la Administración, atribuido inicialmente a las Cortes Supremas y luego progresivamente a Tribunales Contencioso Administrativos, configurados como Jurisdicción Contencioso Administrativa, en casi todos los países con excepción de Argentina, se han configurado en paralelo otros dos sistemas judiciales de control concentrado de la conformidad de los actos estatales con el derecho, que son por una parte, el sistema de control judicial de la constitucionalidad de las leyes y todos los demás actos estatales dictados de ejecución directa de la Constitución, atribuido al

¹ V., Allan R. Brewer-Carías, *Tratado de derecho Administrativo*, Tomo VI, *La Jurisdicción contencioso administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 2013, pp. 15 ss.

² V., Allan R. Brewer-Carías, “La creación del Consejo de Estado por Simón Bolívar en 1817, al proceder como Jefe Supremo a la reconstitución del Estado de Venezuela, y su reformulación, por el mismo Bolívar en 1828, al asumir el Poder Supremo en la República de Colombia,” Conferencia en el XXIII Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Encuentro Bicentenario, con ocasión del Bicentenario de la creación del Consejo de Estado, Consejo de Estado, Bogotá, 1º de noviembre de 2017.

³ V., Libardo Rodríguez Rodríguez, “Las características fundamentales de la jurisdicción de contencioso administrativo en Colombia,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 529-560; Jaime Orlando Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2017, pp. 843 ss.

origen también a las Cortes Supremas y en las últimas décadas a Tribunales o Cortes Constitucionales, configurados como Jurisdicción Constitucional; y por la otra, el sistema de control de casación respecto de la legalidad de los actos judiciales, atribuido en general a las Cortes Supremas de Justicia, como tribunales de casación.

Estas tres Jurisdicciones, con sus peculiaridades en cada caso, puede decirse que en términos generales se encuentran establecidas en la actualidad en casi todos los países del mundo contemporáneo, siendo lo importante a destacar en relación con la América Latina, que el criterio seguido en las Constituciones para distinguir, en particular, la Jurisdicción Constitucional de la Jurisdicción contencioso administrativa, no son los motivos de control, según sea de inconstitucionalidad o de ilegalidad, como solo sucede en Panamá; sino en el objeto de control, es decir, en los actos sujetos a control en cada caso como sucede en general en el derecho comparado.⁴ Un ejemplo preciso es el caso de Venezuela, donde la distinción entre dichas Jurisdicciones, en efecto, no se establece por el motivo de control (inconstitucionalidad o ilegalidad),⁵ sino por el objeto controlado, por lo cual allí la Jurisdicción Constitucional tiene por objeto conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se intenten contra las leyes y demás actos de rango legal o ejecución directa e inmediata de la Constitución; correspondiendo en cambio, a la Jurisdicción Contencioso Administrativa conocer de las acciones de nulidad sea por inconstitucionalidad o ilegalidad, contra los reglamentos y demás actos administrativos, que son

⁴ V., Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional. Procesos y procedimientos constitucionales*, Porrúa México, 2007; *Derecho Procesal Constitucional. Instrumentos para la Justicia Constitucional*, Tercera edición ampliada: Colección Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Monteávila, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

⁵ En tal sentido, la Sala Constitucional, en la sentencia N° 194 de 4 de abril de 2000 ratificó lo que había decidido en sentencia de 27 de enero de 2000 (Caso Milagros Gómez y otros), así: “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. Así las cosas, la normativa constitucional aludida imposibilita una eventual interpretación que tienda a identificar las competencias de la Sala Constitucional con los vicios de inconstitucionalidad que se imputen a otros actos o con las actuaciones de determinados funcionarios u órganos del Poder Público.” De lo anterior, la Sala concluyó precisando su propia competencia así: “la Sala Constitucional, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, conoce de los recursos de nulidad interpuestos contra los actos realizados en ejecución directa de la Constitución o que tengan forma de ley. De allí que, en el caso de autos, al tratarse el reglamento impugnado de un acto de rango sub-legal, esta Sala Constitucional carece de competencia para controlar su conformidad a Derecho, ya que tal competencia corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así se decide”. V., en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

siempre de rango sub legal.⁶ En ese contexto, igualmente la Jurisdicción de Casación, conoce de los recursos de casación que se intenten tanto por inconstitucionalidad o ilegalidad contra las sentencias judiciales.

En contraste con esa tendencia general, sin embargo, como se indicó, el sistema panameño de garantías relativo a la conformidad con el derecho de los actos estatales, se presenta entonces como una disidencia en el derecho comparado, pues al configurarse la Jurisdicción Constitucional con el monopolio para conocer de la inconstitucionalidad de todos los actos estatales (leyes, actos administrativos y sentencias), la Jurisdicción contencioso administrativa se establece para conocer sólo de la ilegalidad de los actos administrativos; y la Jurisdicción de Casación quedó también para conocer sólo del control de la ilegalidad de las sentencias casadas.

Ahora bien, en cuanto a la Jurisdicción contencioso-administrativa que es a la cual queremos referirnos en esta aproximación comparativa,⁷ su caracterización en América Latina puede hacerse analizando las diversas tendencias de su evolución y configuración, en los siguientes aspectos: en primer lugar, la tendencia a la especialización, lo que ha implicado su constitucionalización y codificación; en segundo lugar, la configuración de la misma como un sistema de justicia administrativa, a través de la progresiva ampliación de los procesos contencioso administrativos para garantizar la tutela judicial efectiva frente a la Administración, de la progresiva ampliación del concepto de Administración Pública y de la actuación administrativa, a los efectos de garantizar la tutela judicial efectiva, así como del reforzamiento del derecho constitucional de acceso a la justicia y la progresiva flexibilización de las tradicionales condiciones de legitimidad y de agotamiento de la vía

⁶ En tal sentido se resolvió en la sentencia de la Sala Constitucional N° 6 de 27 de enero de 2000 (*V.*, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 213.) lo que se ratificó expresamente por la misma Sala, en sentencia N° 194 de 04 de abril de 2000, indicándose “La Constitución vigente distingue claramente la jurisdicción constitucional de la contencioso administrativa, delimitando el alcance de ambas competencias en atención al objeto de impugnación, es decir, al rango de los actos objeto de control y no a los motivos por los cuales se impugnan.” *V.*, en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

⁷ En general, en la literatura hispanoamericana de derecho administrativo, escasean los estudios de derecho comparado sobre lo contencioso administrativo. La excepción general, en España, son los estudios desarrollados por mi querido amigo de tantos años, Jesús González Pérez, en particular, el trabajo incorporado como capítulo primero del Título sobre Derecho comparado de su obra: *Derecho procesal administrativo de los pueblos hispánicos*, y su libro *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Editorial Temis, Bogotá 1985; y en América Latina, el trabajo de mí también querido amigo de tantos años, Juan Carlos Cassagne, “La Justicia Administrativa en Iberoamérica,” en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2005, pp. 3-32; y en *Revista Juris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia*, N° 9, oct. 2005, pp. 91-103.

administrativa para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa; en tercer lugar, la evolución del proceso contencioso administrativo contra los actos administrativos, y la ampliación de las pretensiones de condena y amparo, mediante la tendencia hacia la universalidad del control contencioso administrativo de todos los actos administrativos; en cuarto lugar, el desarrollo de otros procesos contencioso administrativos, dando lugar progresivamente a los procesos contencioso administrativos de las demandas de condena y reparación, de los contratos públicos; contra las vías de hecho y las actuaciones materiales de la Administración, de los servicios públicos, de los conflictos interadministrativos y de la interpretación de leyes; y en quinto y sexto lugar, los avances en las medidas cautelares y ejecución de sentencias en los procesos contencioso administrativos.

PRIMERA PARTE:

HACIA LA ESPECIALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

La primera tendencia que permite identificar a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en América Latina, es la de su especialización manifestada en la creación de tribunales específicos que la conforman, de manera que salvo en países que recibieron desde comienzos del siglo XIX influencias directas del sistema judicial norteamericano de *judicial review*, como Argentina y Brasil, en los cuales las competencias contencioso administrativas se atribuyen a tribunales de la jurisdicción ordinaria, en los demás, salvo el caso disidente de Chile, donde también conocen de la materia contencioso administrativa los tribunales ordinarios, la competencia contencioso administrativa se especializó sea atribuyéndosela a la Corte Suprema, sea creando tribunales especializados para el control de la actividad de la Administración.

Esta especialización orgánica, además, dio origen a la constitucionalización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y a la codificación de la legislación especial sobre la materia, que son las otras características derivadas de la especialización del contencioso administrativo.

I. LA ESPECIALIZACIÓN ORGÁNICA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

La tendencia hacia la especialización orgánica de la Jurisdicción contencioso administrativa en América Hispana, en todo caso, puede decirse como cuestión de principio que se aparta del sistema francés que como es bien sabido nació de una peculiar interpretación del principio de la separación de poderes condicionada por la desconfianza en los jueces que tuvo su origen en los días de la Revolución francesa. De esta peculiaridad histórica derivó la

prohibición para los jueces de poder controlar la Administración y sus actos, todo lo cual condujo al sometimiento de la Administración a unos órganos jurisdiccionales separados del Poder Judicial, en particular del Consejo de Estado, y con ello, al propio desarrollo del derecho administrativo en Francia que tanto influyó en todos los países latinos; influencia que, sin embargo, no comprendió el sistema jurisdiccional administrativo separado del judicial que se desarrolló en Francia.

En América Latina, en todos los países, incluyendo Colombia a pesar de su específica organización de la jurisdicción contencioso administrativa en torno al Consejo de Estado, impera el principio de la judicialización de la Jurisdicción contencioso administrativa,⁸ quedando claro como lo han reconocido los propios autores franceses, que una “jurisdicción administrativa” separada de la “jurisdicción judicial,” no es condición necesaria para la existencia misma del derecho administrativo.⁹

Puede decirse, por tanto, que la tendencia en la configuración de la Jurisdicción Contencioso Administrativa entonces se ha caracterizado en América Latina por seguir el proceso universal de creación progresiva de órganos judiciales especializados para conocer de los procesos contra la Administración, dentro del ámbito del Poder Judicial, despojándose así progresivamente a los tribunales de la jurisdicción ordinaria de dichas competencias aun cuando persisten ciertas excepciones en las cuales la justicia administrativa se imparte por los tribunales ordinarios.

Por supuesto, en ningún caso se pueden considerar en América Latina a los llamados “tribunales administrativos” creados en el seno de la Administración Pública para resolver aspectos específicos en el mundo regulador,¹⁰ como se han

⁸ Véanse las apreciaciones sobre ello de Juan Carlos Cassagne, “La Justicia Administrativa en Iberoamérica,” en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2005, pp. 3-32; y en revista *Juris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia*, N° 9, oct. 2005, pp. 91-103. No estamos de acuerdo, por tanto, con la apreciación de Jorge Fernández Ruiz en su “Presentación” al libro de Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, donde indicó en forma general que “la justicia contenciosa administrativa se imparte a través de órganos jurisdiccionales que no dependen del Poder Judicial,” p. 13.

⁹ *V.*, Jean Rivero, *Droit Administratif*, Précis Dalloz, París, 1962, p. 118.

¹⁰ *V.*, por ejemplo, el trabajo de Pedro José Jorge Coviello, “La jurisdicción primaria (Primary Jurisdiction),” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 37 ss.

desarrollado por ejemplo en Chile¹¹ y en Argentina, en este último caso siguiendo incluso el modelo norteamericano,¹² pero que bajo ninguna circunstancia se pueden considerar como formando parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Se trata de órganos de la Administración Pública, que, si bien cumplen funciones jurisdiccionales, en definitiva, emiten actos administrativos, los cuales son en definitiva los que son revisables ante los órganos judiciales que imparten la justicia administrativa. Por ello, hasta cierto punto, el desarrollo contemporáneo de estos llamados “tribunales administrativos,” lo que implica es que se trata de una instancia administrativa que debe agotarse, antes de que las decisiones de la Administración se sometan a control judicial por los órganos de la Jurisdicción contencioso administrativa.¹³

1. *Las excepciones: La justicia administrativa atribuida a los tribunales ordinarios*

La excepción fundamental, como se dijo, la constituyen Argentina y Brasil, que desde el siglo XIX fueron los que mayor influencia recibieron del sistema judicial norteamericano. En Brasil rige el sistema judicial de jurisdicción única inspirada el sistema de los Estados Unidos,¹⁴ por lo que no se ha desarrollado ninguna especialización jurisdiccional en materia contencioso administrativa.¹⁵

¹¹ Es el caso de los llamados “tribunales especiales,” no integrados en el Poder Judicial, que toman decisiones que agotan la vía administrativa y son impugnables ante las Cortes de Apelaciones. V., “Claudio Moraga Klenner, “Evolución de la justicia administrativa en Chile,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA*, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 482.

¹² V., por ejemplo, Pedro José Jorge Perrino, “La influencia de la jurisprudencia y doctrina norteamericanas en materia de tribunales administrativo en la República Argentina y sus consecuencias sobre el contencioso administrativo,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA*, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 60- 82. V., además, las apreciaciones sobre ello de Juan Carlos Cassagne, “La Justicia Administrativa en Iberoamérica,” en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2005, pp. 5, 13, 17 y 29.

¹³ V., Juan Carlos Cassagne, “La Justicia Administrativa en Iberoamérica,” en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2005, p. 18.

¹⁴ V., Romeu Felipe Bacellar Filho, “A jurisdição administrativa no direito comparado: confrontações entre o sistema francês e o brasileiro,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 90.

¹⁵ *Idem.* p. 85.

En Argentina, también, en principio son los jueces ordinarios los competentes en la materia,¹⁶ como también lo son para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, de manera que como lo ha destacado Juan Carlos Cassagne y destacó Miriam Ivanega:

“Siempre que exista un caso o una causa judicial, todos los jueces, de todos los fueros e instancias (incluyendo integrantes del Poder Judicial Nacional, provinciales y locales), pueden y deben ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, decretos reglamentarios, actos administrativos, en estos casos con efectos *erga omnes*.”¹⁷

Ello ha llevado incluso a que en la doctrina del derecho administrativo no se estudie con la importancia que existe en todos los demás países, el contencioso administrativo, llegando Agustín Gordillo, por ejemplo, a criticar que se hable de “contencioso administrativo” considerando la materia más bien como “derecho procesal administrativo” fuera del derecho administrativo y en el ámbito del derecho procesal.¹⁸

Sin embargo, esa apreciación general puede decirse que ha comenzado a cambiar, particularmente a partir de la reforma constitucional de 1994, al suprimirse la competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia en materia contencioso administrativa (art. 166 y 215), estableciéndose que los casos originados por la actuación u omisión de las Provincias, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, realizada en ejercicio de funciones administrativas deben ser juzgados por los tribunales competentes de lo contencioso administrativo de acuerdo al procedimiento establecido por ley,¹⁹

¹⁶ V., Miriam Mabel Ivanega, “Cuestiones acerca del control judicial de la Administración en la República Argentina,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 16, 17/18.

¹⁷ V., Juan Carlos Cassagne, “El sistema judicialista argentino,” en *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Título I, Capítulo Tercero, La Ley, Buenos Aires 2007, p. 49-72; y en “La Justicia Administrativa en Iberoamérica,” en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2005, p. 26; y Miriam Ivanega, “Cuestiones acerca del control judicial de la Administración en la República Argentina,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 17-18.

¹⁸ V., Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Tomo 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires 2014, pp. XIII-6 y ss.

¹⁹ V., Pablo Esteban Perrino, “La tutela judicial efectiva y la reforma del régimen de la justicia contencioso administrativa en la provincia de Buenos Aires,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 209.

habiéndose con ello establecido en las Constituciones de las provincias tribunales especializados contencioso administrativos.

Otro país en el cual solo se ha originado un principio de especialización algo confuso es en Chile, donde son los tribunales ordinarios los competentes en la materia, careciendo el país de una Jurisdicción contencioso administrativa con competencia general.²⁰

Se observa, sin embargo, que desde 1925 en la Constitución se hizo referencia a que la ley podía crear tribunales administrativos, lo que nunca ocurrió, razón por la cual la Corte Suprema incluso siempre declaró la incompetencia de los tribunales ordinarios para conocer nulidad de los actos de la Administración.

Con posterioridad hubo una evolución jurisprudencial, particularmente a partir de los años setenta²¹ mediante la cual el tribunal supremo admitió la competencia de los tribunales ordinarios para declarar la nulidad de los actos administrativos; lo cual fue al poco tiempo cambiado en los años ochenta, volviéndose a la incompetencia judicial para juzgar sobre los actos de la Administración.²²

A partir de la reforma constitucional de 1989 se eliminó la mencionada referencia que se estableció en 1925 sobre la creación de los tribunales administrativos, y en su lugar lo que se previó en la Constitución (art. 38), fue que “los tribunales que determine la ley” serían los que debían conocer de las reclamaciones presentadas por los particulares contra actos lesivos de la Administración del Estado,” desarrollando de ello, la doctrina, la asignación de una competencia general y residual a los tribunales ordinarios de justicia para conocer de esta materia.

Se observa, por otra parte, que mediante ley se han establecido los llamados “tribunales especiales” con competencia para conocer de asuntos específicos, incluso ejerciendo la función jurisdiccional, pero que no son parte del poder judicial.

²⁰ V., Gladys Camacho Céspedes, “La resolución de conflictos jurídico-administrativos en Chile: la problemática coexistencia de recursos y jurisdicciones especiales,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 321.

²¹ V., Juan Carlos Ferrada Bórquez, “La Justicia Administrativa En El Derecho Chileno,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 149. 152.

²² *Idem*, pp. 149. 152, 153.

Entre dichos Tribunales especiales que están fuera del Poder Judicial, se destacan: el Tribunal de Contratación Pública (Ley N° 19886 sobre bases de contratos de suministro) y los Tribunales Tributarios y Aduaneros (Ley N° 20322 que perfecciona la Jurisdicción Tributaria), el Tribunal de Propiedad Industrial (DFL 3/2006 del Ministerio de Economía, que fija texto de la Ley de Propiedad Industrial) y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (DFL N° 1/2005 del Ministerio de Economía, que fija texto del Decreto Ley N° 211, Ley Antimonopolios).²³

Dichos Tribunales, sin embargo, no pueden considerarse parte de alguna jurisdicción contencioso administrativa, y más bien son los vehículos para agotar la vía administrativa en las materias específicas, pudiendo sus decisiones ser impugnadas ante las Cortes de Apelaciones.²⁴

Por eso, en general, la competencia en materia contencioso administrativa la ejercen los tribunales ordinarios, sea por expresa disposición de la ley, en casos específicos y casuísticos;²⁵ o en los casos en los cuales no hay leyes que

²³ *Idem*, pp. 155, 156; y Gladys Camacho Céspedes, “La resolución de conflictos jurídico-administrativos en Chile: la problemática coexistencia de recursos y jurisdicciones especiales,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 327 ss.

²⁴ *V.*, Claudio Moraga Klenner, “Evolución de la justicia administrativa en Chile,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 482.

²⁵ Por ejemplo, en los procedimientos de reclamación por pérdida de nacionalidad (art. 12 de la Constitución Política de la República), impugnación de sanciones administrativas que imponga el Consejo Nacional de Televisión (art. 34 de la Ley N° 18838), impugnación de las multas que aplique a un particular la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (art. 19 de la Ley N° 18410), reclamación por acuerdos ilegales de un Gobierno Regional (art. 108 de la Ley N° 19175), impugnación de rechazo a solicitud de inscripción en registro de iglesias y confesiones religiosas (art. 11 de la Ley N° 19638), impugnación de resolución administrativa de Consejo para la Transparencia (art. 24 de la Ley N° 20285), Recurso de Protección (art. 20 de la Constitución Política de la República), Recurso de Amparo Económico (art. único de la Ley N° 18971), impugnación de acto administrativo de suspensión o cancelación de servicio de transporte público de pasajeros (art. 3° de la Ley N° 18696), rechazo a solicitud de inscripción o anotación de vehículo motorizado en el Servicio del Registro Civil (art. 43 de la Ley N° 18290), impugnación del rechazo del reconocimiento de la calidad de indígena (art. 3° de la Ley N° 19253) y impugnación de acto administrativo de rechazo de autorización para celebrar espectáculos deportivos, entre muchos otros casos. En todos ellos es el legislador el que dispone expresamente la competencia de los tribunales ordinarios para impugnar el acto administrativo específico, disponiendo al efecto el tribunal ordinario específico competente. *V.*, Juan Carlos Ferrada Bórquez, “La justicia administrativa en el derecho chileno,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en*

determinen cuál es el tribunal ordinario competente, mediante la denominada “acción de derecho público” ejercida específicamente ante los Jueces de letras civiles.²⁶

2. *La Justicia Administrativa atribuida a un solo órgano judicial: la Corte Suprema de Justicia o un Tribunal Contencioso Administrativo*

Dejando aparte la situación de Brasil, Argentina y Chile la primera tendencia hacia la especialización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que se observa en América Latina se ha producido mediante la asignación de la competencia judicial, al más alto tribunal del país, específicamente las Cortes Supremas de Justicia, o a un Tribunal Contencioso Administrativo singular.

En cuanto a la atribución de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a un solo tribunal superior, por su antigüedad mencionamos el caso de Paraguay, donde la Ley N° 1462 de 1935 le atribuyó al entonces Superior Tribunal de Justicia la competencia en única instancia para conocer del recurso contencioso administrativo (art. 1) contra las resoluciones administrativas (art. 3). A partir de la reforma constitucional de 1940, dicha competencia fue atribuida igualmente en única instancia al Tribunal de Cuentas, al cual también se le conoce como Tribunal Contencioso Administrativo.²⁷

Igualmente, es el caso mencionado de Panamá donde si bien es cierto que sin duda por influencia de Colombia en 1941 se creó un Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Ley 135 de 1943, luego reformada por la Ley N° 33 de 1946), a partir de la reforma constitucional de 1956 la competencia contencioso administrativa fue asignada a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Ello, por supuesto, en el caso de Panamá, ha originado problemas de acumulación de casos, agravado por el hecho de que la referida Sala no sólo conoce de lo contencioso administrativo sino también de recursos en materia de casación laboral respecto de las resoluciones judiciales dictadas en asuntos obrero patronales del sector privado (art. 97.13 y 99 del Código Judicial, Ley N° 29 de 1984).²⁸

Iberoamérica (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 169.

²⁶ *Idem.*, p. 163.

²⁷ *V.*, “Tribunal de Cuentas,” en la página de la Corte Suprema de Justicia, Paraguay (consultada 25/12/2018), en <https://www.pj.gov.py/contenido/137-tribunal-de-cuentas/137>.

²⁸ *V.*, Javier Ernesto Sheffer Tuñón, “Un camino posible en pos de la reforma del contencioso administrativo en Panamá,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 401.

En todo caso, a partir de la reforma de 1956, y con la atribución exclusiva a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de la competencia en materia contencioso administrativa, se produjo lo que en general se ha denominado como “la judicialización del contencioso administrativo,”²⁹ pasándose de una jurisdicción contencioso administrativa desconcentrada a una jurisdicción concentrada en la Corte Suprema.

En Guatemala, la competencia en materia Contencioso Administrativa está asignada también a un solo órgano judicial, pero en este caso, un Tribunal Superior de lo Contencioso administrativo, que tiene dos Salas, la Administrativa y Tributaria.³⁰

En Bolivia, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Procedimiento Administrativo le atribuyeron competencia directamente a la Corte Suprema de Justicia (Tribunal Supremo de Justicia) para ejercer el control judicial de la Administración por la vía contencioso administrativa. Posteriormente, el Tribunal Constitucional mediante sentencia y para asegurar el acceso a la justicia, estableció en una decisión de 2006, que la competencia en los casos de impugnaciones contra actos municipales debía ser ejercida por los Tribunales Departamentales de Justicia; lo que luego fue recogido en la Ley 620 Transitoria de los Procesos Contencioso Administrativos.³¹

En República Dominicana, conforme al artículo 164 de la Constitución, “la Jurisdicción Contencioso Administrativa esté integrada por tribunales superiores administrativos y tribunales contencioso administrativos de primera instancia. Los tribunales superiores podrán dividirse en salas y sus decisiones son susceptibles de ser recurribles en casación.”

Debe mencionarse que desde la Ley N° 1494, que instituyó la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1947, solo reguló un Tribunal Superior Administrativo como jurisdicción para conocer y decidir, en la primera y última instancia, las cuestiones relativas al contencioso administrativo; lo que fue ratificado en 2007 con la Ley N° 13-07 que dispuso que “las competencias del Tribunal Superior Administrativo atribuidas en la Ley N° 1494, de 1947, y en otras leyes, así como las del Tribunal Contencioso Administrativo de lo Monetario y Financiero, serían ejercidas por el Tribunal Contencioso Tributario instituido en la Ley 11-92, de 1992.

²⁹ *Idem*, p. 401.

³⁰ V., Hugo H. Calderón M., “El proceso contencioso administrativo en Guatemala,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 265.

³¹ V., José Mario Serrate Paz, “Contencioso administrativo en Bolivia,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 67 ss.

Este Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario conforme a la Disposición Transitoria sexta de la Constitución ha pasado de nuevo a ser el Tribunal Superior Administrativo que la Constitución creó. Sin embargo, se ha considerado que la Suprema Corte de Justicia, en su Tercera Sala o Sala de Tierras, Laboral, Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo también ejerce competencias en materia contencioso administrativa, a través del recurso de casación

La Ley 13-07 de 2007, por otra parte, previó que en materia contencioso administrativo municipal, el Juzgado de Primera Instancia en sus atribuciones civiles, con la excepción de los del Distrito Nacional y la Provincia de Santo Domingo, son los tribunales competentes para conocer, en instancia única, y conforme al procedimiento contencioso tributario, de las controversias de naturaleza contenciosa administrativa que surjan entre las personas y los Municipios.

Por último, en Uruguay, la competencia en la materia contencioso administrativa está asignada en la Constitución al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (arts. 307 y 308), al cual se le asigna competencia privativa para anular los actos administrativos “contrarios a una regla de Derecho o con desviación de poder” (art. 309 ss.) (competencia de anulación), con posibilidad de que mediante ley se puedan crear “órganos inferiores dentro de la jurisdicción contencioso administrativa” (art. 320). En paralelo, sin embargo, en lo que Delpiazzo ha denominado como “sistema de competencias diferenciadas” los tribunales ordinarios del Poder Judicial, ejercen las competencias en “el contencioso de reparación, el contencioso interadministrativo basado en la Constitución, el contencioso represivo y el contencioso de amparo.”³²

3. *La justicia administrativa asignada a una Jurisdicción Contencioso Administrativa integrada por la Corte Suprema de Justicia en la cúspide y otros tribunales inferiores Contencioso Administrativo*

En contraste con los países donde la justicia constitucional se asigna a los tribunales ordinarios o a un solo órgano judicial, sea el Tribunal Supremo o un Tribunal Contencioso Administrativo, en los otros países hispano americanos se ha desarrollado el concepto de Jurisdicción Constitucional integrando un conjunto de tribunales especializados para ejercer el control de las actividades y omisiones de la Administración Pública, con la Corte Suprema en la cúspide; siempre, por supuesto, en el marco general del Poder Judicial, bajo el principio de la Justicia Administrativa como sistema “judicialista”.

³² V., Carlos E. Delpiazzo, “Régimen contencioso administrativo uruguayo,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 441.

Es el caso de Costa Rica, donde se organizó la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda ejercida por los siguientes órganos: a) Los juzgados de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda; b) Los tribunales de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda; c) El Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda; y d) La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

En el caso de Venezuela, después de haber estado concentrada la Justicia Administrativa en la Corte Suprema de Justicia, desde 1830 (contencioso de los contratos) y luego desde 1925 (contencioso de los actos administrativos), con la constitucionalización del contencioso administrativo a partir de la Constitución de 1961 (art. 206), y la previsión en la norma de que la ley podía establecer tribunales contencioso administrativos, mediante la sanción de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976,³³ se establecieron tres niveles de competencia judicial contencioso administrativa (Sala Político Administrativa de la Corte Suprema, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y Tribunales Superiores Contencioso Administrativos), garantizándose en general el principio de la doble instancia.

Ese proceso se completó con la sanción de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010,³⁴ en la cual se establecieron cuatro niveles de tribunales contencioso administrativos, según la jerarquía de los actos controlados, siempre garantizándose el principio de la doble instancia, disponiéndose entonces en su artículo 11, los siguientes órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: 1. La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia; 2. Los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 3. Los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y 4. Los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.³⁵

En el Perú, de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, (Decreto Supremo N° 013-2008-JUS) de 2008, se establecen como principio general de la

³³ V., la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia del 30 de julio de 1976 (LOCSJ) en Gaceta Oficial N° 1.893, Extraordinaria del 30-07-76. V., sobre dicha Ley: Allan R. Brewer-Carías y Josefina Calcaño de Temeltas, *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994.

³⁴ V., en Gaceta Oficial N° 39.447 de 16 de junio de 2010. V., los comentarios a la Ley Orgánica en Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010.

³⁵ V., Allan R. Brewer-Carías, “El contencioso administrativo en Venezuela,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 466.

organización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que la competencia territorial para conocer el proceso contencioso administrativo en primera instancia, corresponde al Juez en lo contencioso administrativo del lugar del domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación materia de la demanda o el silencio administrativo (art. 12); y en cuanto a la competencia funcional para conocer el proceso contencioso administrativo en primera instancia, corresponde al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo. En estos casos, “cuando el objeto de la demanda verse sobre una actuación del Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, Tribunal Fiscal, Tribunal del INDECOPI, Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, Consejo de Minería, Tribunal Registral, Tribunal de Servicio Civil y los denominados Tribunales de Organismos Reguladores,” se le atribuye competencia en primera instancia, a la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva. En este caso, la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en apelación y la Sala Constitucional y Social en casación, si fuera el caso (Art. 11). En todo caso en los lugares donde no exista Juez o Sala especializada en lo Contencioso Administrativo, es competente el Juez en lo Civil o el Juez Mixto en su caso, o la Sala Civil correspondiente (reforma por Ley N° 29364, de 2009).³⁶

En El Salvador, siguiendo esta misma orientación, mediante el Decreto Legislativo N° 760 de 28 de agosto de 2017 (con vigencia el 31 de enero de 2018) contentivo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se pasó de una Jurisdicción Contencioso Administrativa centralizada, conformada por un solo órgano que era la Sala de lo Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia,³⁷ a una Jurisdicción Contencioso Administrativa conformada por una pluralidad de órganos, que comprenden, además de la Sala de lo Contencioso Administrativa en la cúspide de la Jurisdicción, a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, y a las Cámaras de lo Contencioso Administrativo, cada nivel con su respectiva competencia (arts. 1, 12 y 13).

En Nicaragua, igualmente conforme a la Ley del Poder Judicial (art. 3) y a la ley de la Jurisdicción contencioso administrativa (art. 19), se organizan como

³⁶ V., Jorge Danós Ordoñez, “El proceso contencioso administrativo y el proceso de amparo como instrumentos de protección de las personas frente a la actuación administrativa en el régimen jurídico peruano,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, pp. 856 ss.

³⁷ V., Henry Alexander Mejía, “La jurisdicción contenciosa administrativa en El Salvador,” en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo*. Centroamérica y México, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, p. 29.

“órganos jurisdiccionales de lo Contencioso-Administrativo los siguientes: 1. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. 2. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo que se crean en los Tribunales de Apelaciones y que estarán integrados por tres miembros propietarios y dos suplentes.”

En Honduras, conforme al artículo 7 de la Ley N° 189-87 de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la misma es ejercida por los Juzgados de Letras de lo Contencioso Administrativo, que actuarán como Juzgado de primera o única instancia, y las Cortes de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, que actuarán como tribunal de segunda instancia, todo conforme lo organice la Corte Suprema de Justicia, la cual actuará como tribunal de casación en la materia.³⁸

En el Perú, de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, (Decreto Supremo N° 013-2008-JUS) de 2008, se establecen como principio general de la organización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que la competencia territorial para conocer el proceso contencioso administrativo en primera instancia, corresponde al Juez en lo contencioso administrativo del lugar del domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación materia de la demanda o el silencio administrativo (art. 12); y en cuanto a la competencia funcional para conocer el proceso contencioso administrativo en primera instancia, corresponde al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo. En estos casos, “cuando el objeto de la demanda verse sobre una actuación del Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, Tribunal Fiscal, Tribunal del INDECOPI, Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, Consejo de Minería, Tribunal Registral, Tribunal de Servicio Civil y los denominados Tribunales de Organismos Reguladores,” se le atribuye competencia en primera instancia, a la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva. En este caso, la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en apelación y la Sala Constitucional y Social en casación, si fuera el caso (Art. 11). En todo caso en los lugares donde no exista Juez o Sala especializada en lo Contencioso Administrativo, es competente el Juez en lo Civil o el Juez Mixto en su caso, o la Sala Civil correspondiente (reforma por Ley N° 29364, de 2009).³⁹

³⁸ V., Edmundo Orellana, “La jurisdicción contenciosa administrativa en Honduras,” en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, p. 78.

³⁹ V., Jorge Danós Ordoñez, “El proceso contencioso administrativo y el proceso de amparo como instrumentos de protección de las personas frente a la actuación administrativa en el

Por último, en Ecuador, conforme al Código Orgánico de la Función Judicial (Registro Oficial N° 544 de fecha 09 de marzo de 2009), la Jurisdicción Contencioso Administrativa se estructuró, por una parte, en torno a Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia como la Sala de lo Contencioso Tributario, con competencia para conocer de los recursos de casación en materia tributaria incluida la aduanera, y de las acciones de impugnación de reglamentos, ordenanzas, resoluciones y otras normas de carácter general de rango inferior a la Ley (art. 183); y por la otra, al atribuirse competencia en la materia de justicia constitucional a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en los distritos que determine el Consejo de la Judicatura, al cual compete fijar el número de salas, la sede y espacio territorial en que ejerzan su competencia (art. 216 ss.).

4. *La justicia administrativa asignada a una Jurisdicción Contencioso Administrativa integrada separadamente del orden judicial ordinario*

El ejemplo más destacado y de mayor tradición de la organización de la Justicia Constitucional en un orden judicial separado de la Corte Suprema de Justicia, es el caso de Colombia, con la asignación al Consejo de Estado de las competencias contencioso administrativas

El Consejo de Estado en efecto, fue creado y recreado por Simón Bolívar, primero en Venezuela en 1817, como órgano con ciertas potestades legislativas en la reconstitución del Estado venezolano; y segundo, en Colombia en 1828, como órgano consultivo del Poder Ejecutivo, lo cual se ratificó en 1830. La institución, si bien desapareció del constitucionalismo colombiano a partir de la Constitución de 1853, ello fue sólo por cuarenta años, habiendo sido recreado en 1886, con el cambio fundamental de habersele atribuido a la institución, además de sus funciones consultivas, algunas funciones jurisdiccionales en materia de justicia administrativa, que lo comenzaron a convertir en la institución singular que es, en el constitucionalismo latinoamericano. Después de un breve periodo de desaparición de una década (1905-1914), desde 1914 el Consejo de Estado ha funcionado con todo éxito en Colombia en la conducción de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De acuerdo con el artículo 106 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia (Ley 1437 de 2011, Diario Oficial N° 47.956 de 18 de enero de 2011), “la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está integrada por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los juzgados administrativos,” concibiendo el artículo 107 al

régimen jurídico peruano,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, pp. 856 ss.

Consejo de Estado como “el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno.” El Consejo de Estado, en materia contencioso administrativa, cuenta con la “Sala Plena de lo Contencioso Administrativo” y cinco Secciones que ejercen separadamente las funciones que de conformidad con su especialidad y cantidad de trabajo le asigne la dicha Sala Plena (art. 110).⁴⁰

También integran la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, los Tribunales Administrativos creados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el cumplimiento de las funciones que determine la ley procesal, en cada distrito judicial administrativo (art. 122); y los juzgados administrativos, que también se deben establecer por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de conformidad con las necesidades de la administración de justicia, para cumplir las funciones que prevea la ley procesal en cada circuito o municipio (art. 124).

En México, la Jurisdicción Contencioso Administrativa también está configurada a nivel federal por un conjunto de Tribunales establecidos en forma especializada dentro del Poder Judicial, con el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en la cúspide, integrado por la Sala Superior y las Salas regionales, que son “el corazón de la jurisdicción.”⁴¹

Por otra parte, tratándose de un Estado Federal, la Constitución mexicana dispuso en su artículo 116.IV, que en las Constituciones y leyes de los Estados de la Federación podían instituir tribunales contencioso administrativos con plena autonomía para dirimir las controversias entre la Administración Pública Estatal y los particulares, habiéndose en efecto creado en muchos Estados, como por ejemplo en el Estado de Michoacán, un Tribunal de Justicia

⁴⁰ V., Augusto Hernández Becerra, “El sistema colombiano de justicia contencioso administrativa,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 450-452.

⁴¹ V., Luis José Béjar Rivera, “La justicia administrativa francesa y mexicana. un análisis comparativo,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 302, 312; Gustavo Arturo Esquivel Vázquez, “El derecho contencioso administrativo en México,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 332; Manuel Luciano Hallivis Pelayo, “Evolución y perspectivas del contencioso administrativo en México,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 427.

Administrativa. Igualmente, por ejemplo, en el Estado de Guanajuato se estableció un Tribunal de lo contencioso Administrativo. En este último Estado, además, ya que conforme al artículo 116.V de la Constitución Federal, las leyes de los Estados pueden establecer tribunales contencioso administrativos para conocer de las demandas contra los Municipios, la Constitución del Estado dispuso en su artículo 117, que la justicia administrativa en los municipios del Estado se imparte por un Juzgado Administrativo regional como órgano jurisdiccional administrativo de control de legalidad.⁴²

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Una de las consecuencias inmediatas de la especialización orgánica del contencioso administrativo en los países hispanoamericanos, ha sido, sin duda, el proceso de constitucionalización de la jurisdicción,⁴³ mediante la incorporación en el texto mismo de las Constituciones de previsiones respecto de la justicia constitucional.

Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Uruguay que contiene una Sección XVII sobre “De lo Contencioso Administrativo”, y que organiza en cinco Capítulos la composición e integración del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (arts. 307 y 308), haciendo referencia a su competencia privativa para anular los actos administrativos “contrarios a una regla de Derecho o con desviación de poder” (art. 309 ss.).

En el caso de Panamá, el artículo 206.2 de la Constitución regula los principios de la justicia administrativa para controlar “los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas

⁴² V., Jorge Fernández Ruíz, “Actualidad y perspectivas del contencioso administrativo en México,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 418; José Iván Sánchez Aldana Morales, “El contencioso administrativo en México en el ámbito local,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 589.

⁴³ V., Allan R. Brewer-Carías, “La constitucionalización de la Jurisdicción contencioso administrativo en Venezuela. Formalidades y frustración,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 288 ss.

autónomas o semiautónomas,” atribuyéndole a la Corte Suprema de Justicia en su Sala Tercera, la competencia para anular, con audiencia del Procurador de la Administración, “los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.”

A tal efecto, la misma norma regula las vías de acceso a la Jurisdicción contencioso-administrativa, ante la cual pueden acudir en contra de los actos administrativos de efectos particulares “las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate”; y en cuanto a los actos de efectos generales, “en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país.”

En Costa Rica, el artículo 49 de la Constitución incorporado en la reforma de 1963, dispuso que quedaba establecida “la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público,” agregando que “la desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativo,” debiendo la ley proteger “al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.”

En Venezuela, el proceso de constitucionalización de la competencia en materia contencioso administrativa para controlar los actos administrativos que comenzó a partir de la Constitución de 1925, cuando se atribuyó a la Corte Suprema de Justicia en forma concentrada competencia en materia de demandas de nulidad contra los actos administrativos y de cuestiones derivadas de contratos del Estado, se perfeccionó con la Constitución de 1961, al incluirse el muy importante artículo 206, cuyo texto se recogió ampliado, en el artículo 259 de la Constitución de 1999, en el cual se dispone que:

“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”.

Sobre esta norma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia de 23 de abril de 2010, al declarar la constitucionalidad del

carácter Orgánico de la Ley, ha dicho que, con la misma, que es sustancialmente la misma de la Constitución de 1961 (Art. 206):

“se terminó de desmontar la concepción puramente objetiva o revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, para acoger una visión de corte utilitarista y subjetiva, que no se limita a la fiscalización abstracta y objetiva de la legalidad de los actos administrativos formales, sino que se extiende a todos los aspectos de la actuación administrativa, como una manifestación del sometimiento a la juridicidad de la actuación del Estado y de la salvaguarda de las situaciones jurídicas de los particulares frente a dicha actuación.”⁴⁴

En la norma del artículo 259 de la Constitución se sigue la misma tradición, al asignarse competencia en materia contencioso administrativa a unos tribunales que se integran en el Poder Judicial, pero ratificándose el principio de la pluralidad orgánica, en el sentido de que no sólo el Tribunal Supremo de Justicia tiene competencia en la materia, sino los demás tribunales que determine la Ley. Con ello, como lo dijo la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de octubre de 1970 al comentar la norma similar del artículo 206 de la Constitución de 1961, se buscó:

“Sobre todo, resolver, de una vez, en nuestro país, mediante un precepto constitucional, la polémica que ha dividido a tratadistas y legisladores, tanto en Europa como en América, acerca de la conveniencia de que sean órganos independientes del Poder Judicial los que conozcan de las cuestiones que se susciten entre los particulares y la Administración con motivo de la actividad propia de ésta, en sus diversos niveles.

Como se indica en la Exposición de Motivos de la Constitución, ésta “consagra el sistema justicialista de la jurisdicción contencioso administrativa”, apartándose del sistema francés y reafirmando la tendencia tradicionalmente predominante en la legislación nacional, de atribuir el control jurisdiccional de la legalidad de los actos de la Administración a los órganos del Poder Judicial.”⁴⁵

⁴⁴ V., la sentencia en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/290-23410-2010-10-0008.html>.

⁴⁵ V., la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 15 de diciembre de 1970 en Gaceta Forense, N° 70, 1970, pp. 179-185 y en Gaceta Oficial, N° 29.434 de 6-2-71, pp. 219-984/5.

Por su parte, en el Perú, el artículo 148 de la Constitución establece el principio de que “las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.”

En Guatemala la Constitución regula al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, asignándole la función “de controlar de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas” (art. 221).

En Colombia, la Constitución de 1991, al regular la “Rama Judicial” (Título CVII), destina el Capítulo III a la “Jurisdicción Contencioso Administrativa,” con normas relativas al Consejo de Estado y a sus competencias generales (art. 236-238).

III. LA CODIFICACIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La consecuencia directa de la especialización de la Jurisdicción contencioso administrativa en Hispano América, ha sido la adopción de Leyes especializadas para regular los tribunales contencioso administrativos y los procesos contencioso administrativos, que en general se encuentran en casi todos los países.

La excepción, por supuesto, es en Brasil, Argentina y Chile, donde la competencia para conocer de los asuntos de la Justicia administrativa está a cargo de los jueces ordinarios, rigiéndose el proceso por las normas generales del procedimiento.

En Argentina, sin embargo, aparte de algunas previsiones de la Ley de Procedimientos Administrativos en materia de “impugnación judicial de los actos administrativos” (Título IV, arts. 23 ss.), conforme a sus competencias constitucionales, muchas Provincias han dictado Códigos en materia Contencioso Administrativo, para regular los procesos contra las actuaciones provinciales, como es el caso, por ejemplo, del Código Contencioso de la provincia de Buenos Aires.⁴⁶

Otro caso de excepción por la ausencia de una Ley específica sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a pesar de que la misma existe, es

⁴⁶ V., Pablo Esteban Perrino, “La tutela judicial efectiva y la reforma del régimen de la justicia contencioso administrativa en la provincia de Buenos Aires,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, 209-227.

Ecuador, donde la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que estuvo vigente desde 1968, fue derogada por el Código Orgánico General de Procesos (Registro Oficial Suplemento, 506 de 22 de mayo del 2015), en el cual se regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, quedando incorporadas en el mismo, las disposiciones relativas al procedimiento contencioso administrativo.

En Bolivia, por otra parte, aparte de la previsión de la Ley de Procedimiento Administrativo que dispone que el control judicial por la vía administrativa debe ser realizado directamente por la Corte Suprema de Justicia, hoy Tribunal Supremo de Justicia; y de Ley Transitoria para la tramitación de los procesos contencioso y contencioso administrativo (Ley N° 620 de 29 de Diciembre de 2014) sobre los órganos judiciales de la Jurisdicción, la norma fundamental en la materia sigue estando en el Código de procedimiento Civil, que dispone que:

“Artículo 778: El proceso contencioso administrativo procederá en los casos en que hubiere oposición entre el interés público y el privado y cuando la persona que creyere lesionado o perjudicado su derecho privado hubiere ocurrido previamente ante el Poder Ejecutivo reclamando expresamente del acto administrativo y agotando ante ese Poder todos los recursos de revisión, modificación o revocatoria de la resolución que le hubiere afectado”.

Ahora, fuera de estas excepciones, en todos los otros países se han dictado Leyes especiales relativas a la Justicia Administrativa, como también ocurrió antes en España,⁴⁷ como ha ocurrido en:

Colombia: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo (Ley N° 1437 DE 2011 (enero 18) Diario Oficial N° 47.956 de 18 de enero de 2011, Libro segundo.

Costa Rica: Código Procesal Contencioso-Administrativo (Ley N° 8508 de 24 de abril de 2006, con vigencia 1° de enero de 2008).

Ecuador: Código Orgánico General de Procesos (Registro Oficial Suplemento, 506 de 22 de mayo del 2015 (Disposiciones sobre procedimiento contencioso administrativo)

El Salvador: Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Decreto Legislativo N° 760 de 28 de agosto de 2017, de 1 de noviembre de 2017, vigencia el 31 de enero de 2018).

Guatemala: Ley de lo Contencioso-Administrativo (Decreto N° 119-96).

⁴⁷ Como también es el caso de España con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Texto consolidado 2017).

Honduras: Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo de 20 de noviembre de 1987, que entró en vigencia el 1º de julio de 1.988. Gaceta Oficial N° 25416 de 31 de diciembre de 1987.

México: Ley Federal de Procedimiento Contencioso-Administrativo 2005.

Nicaragua: Ley N° 350, Ley de regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, 18 de mayo de 2000. (Anulada parcialmente mediante sentencia N° 40 de la Corte Suprema de Justicia).⁴⁸

Panamá: Ley N° 135 de 1943 Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, reformada sustancialmente por la Ley N° 33 de 1946 y reformada por Ley 38 de 2000.

Paraguay: Ley N° 1462 de 1935, que establece el procedimiento para lo Contencioso-Administrativo. (18 de julio de 1935).

Perú: Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso-Administrativo 2009 (Decreto Supremo 013-2008-JUS).

República Dominicana: Ley N°. 1494, que instituye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (G.O. N° 6673, del 9 de agosto de 1947).

Uruguay: Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo (decreto ley N° 15.869 22 de junio de 1987 (reformó decreto ley N° 15.524 de 9 de enero de 1984).

Venezuela: Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (2010).

Argentina, Brasil y Bolivia carecen de leyes o códigos con regulaciones generales o nacionales sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativo o sobre los procesos contencioso administrativos.⁴⁹

⁴⁸ *V.*, sobre dicha impugnación de la Ley N° 350 y la sentencia dictada, lo expuesto en Karlos Navarro, “La jurisdicción contenciosa administrativa en Nicaragua,” en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, Derecho procesal contencioso administrativo. Centroamérica y México, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, p. 105 ss.

⁴⁹ En Bolivia solo existe una Ley 620 Transitoria de los Procesos Contencioso Administrativos, sin contenido normativo esencial.

SEGUNDA PARTE

HACIA LA CONFIGURACIÓN DEL CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO COMO UN SISTEMA DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

I. LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DE LOS PROCESOS CONTEN- CIOSO ADMINISTRATIVOS PARA GARANTIZAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN

La segunda tendencia en el desarrollo de la Justicia Administrativa en América Latina, ha sido la de su progresiva transformación, al pasar de estar a cargo de una jurisdicción concebida inicialmente solo para juzgar la legalidad de los actos administrativos, a ser una Jurisdicción universal resultado de la “universalidad de la jurisdicción,”⁵⁰ que tiene a su cargo asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos e intereses legítimos o colectivos de las personas frente a cualquier “comportamiento ilícito”⁵¹ en las actuaciones de la Administración Pública, cualquiera que sea la forma de su actuación o de su omisión,⁵² en procesos judiciales que dejaron de ser objetivos y están caracterizados por su subjetividad.

Como se resumió en la Exposición de Motivos del Texto Único refundido de la Ley peruana que regula el proceso Contencioso Administrativo, éste se configura en la actualidad como un proceso “de carácter subjetivo de modo que el juez no se limita a efectuar un mero control de legalidad de los actos administrativos, sino que asume que su rol es la protección y la satisfacción de

⁵⁰ V., Javier Barnes, “Las transformaciones del derecho administrativo contemporáneo. Algunas consecuencias sobre el control judicial de la acción administrativa,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 30.

⁵¹ Como se expresó respecto de la reforma de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998 en España, por José Luis Meilán Gil y Marta García Pérez, “Una visión actual de la justicia administrativa en España,” en *La jurisdicción contencioso-administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 213, 216.

⁵² V., Juan Carlos Cassagne, “El principio de la tutela judicial efectiva,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 44.

los derechos e intereses de los demandantes afectados por la actuación administrativa;”⁵³ a cuyo efecto en el artículo 1 del Texto Único se precisa que:

Artículo 1. Finalidad La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.⁵⁴

Ello también lo destacó Ernesto Jinesta al comentar la reforma en Costa Rica con la adopción en 2006 del Código Procesal Contencioso Administrativo, indicando que el mismo:

“supone un giro copernicano respecto de la justicia administrativa concebida y regulada en la ahora derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1966, la cual establecía un proceso contencioso administrativo revisor u objetivo o meramente anulatorio que se enfocaba en la fiscalización de la actividad formal de las administraciones públicas, esto es, los actos administrativos manifestados por escrito previo procedimiento.

El nuevo Código del 2006 establece una jurisdicción predominantemente subjetiva, plenaria y universal que pretende controlar todas las formas de manifestación de la función o conducta administrativa, tanto la actividad formal, como las actuaciones materiales, las omisiones formales y materiales, en sus diversas y heterogéneas expresiones, y, en general, las relaciones jurídico-administrativas y cualquier conducta sujeta al Derecho Administrativo -aunque provengan de un sujeto de Derecho privado-.”⁵⁵

⁵³ V., Víctor Sebastián Baca Oneto, “Las pretensiones como objeto del proceso contencioso administrativo en el derecho peruano,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, p. 647.

⁵⁴ *Idem.*, p. Tomo II, 644.

⁵⁵ V., en Ernesto Jinesta Lobo, “El proceso contencioso-administrativo en Costa Rica, en *La jurisdicción contencioso-administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 123. V., igualmente Ernesto Jinesta Lobo, “La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Costa Rica,” en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Meda, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, pp. 166 ss.

Por ello, en Costa Rica, en resumen, de acuerdo con el nuevo Código, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, “tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa,” estando por tanto sujeto a control judicial contencioso administrativo, con cualquier “conducta administrativa” (art. 1.1), “cualquier infracción, por acción u omisión del ordenamiento jurídico” (artículo 1.2); “las conductas o relaciones regidas por el Derecho público, aunque provengan de personas privadas o sean estas sus partes,” es decir, la conducta de los sujetos del Derecho privado que ejercen transitoriamente potestades o competencias públicas deben residenciarse ante la justicia administrativa (art. 2.e); en fin “Las relaciones sujetas al ordenamiento jurídico-administrativo, así como a su existencia, inexistencia o contenido” (inciso a), “Las actuaciones materiales” (inciso d), las “conductas omisivas” (inciso e) y “Cualquier otra conducta sujeta al Derecho administrativo” (inciso f).”

La misma tendencia se aprecia en El Salvador respecto de la reforma de la Ley del contencioso administrativo de 2017,⁵⁶ la cual amplió en consecuencia las posibles pretensiones que pueden ejercerse ante la Jurisdicción para, con ello, transformar la jurisdicción contencioso administrativa en una efectiva garantía de defensa de los derechos de los ciudadanos y el buen funcionamiento de la Administración Pública. Es decir, de un contencioso administrativo de anulación de ciertos actos administrativos emanados de determinados órganos del Estado, por razones de ilegalidad o contrariedad al derecho, se pasó a un contencioso administrativo que además de pretensiones de anulación ahora incluye otras pretensiones de condena que puedan esgrimirse ante los jueces para a lograr la tutela judicial efectiva frente a la Administración Pública.

Igualmente, en Nicaragua, donde la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa indica sobre el “ámbito de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo,” que la misma conoce de “las pretensiones que los interesados presenten en la correspondiente demanda en relación con los actos, resoluciones, disposiciones generales, omisiones, situaciones y simples vías de hecho de la

⁵⁶ V., Decreto Legislativo N° 81 de fecha 14 de noviembre de 1978 en el Diario Oficial N° 236, Tomo 261, de fecha 19 de diciembre de 1978. V., sobre el régimen jurídico regulado en la Ley anterior, en Henry Alexander Mejía, “La Jurisdicción Contenciosa Administrativa en El Salvador,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 177 ss.; y en Henry Alexander Mejía, “La jurisdicción contenciosa administrativa en El Salvador,” en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, pp. 25 ss.

Administración Pública” (art. 14). De ello, Miguel Ángel Sendín expresó que “en primer lugar, ya no se considera que el proceso tenga por objeto exclusivo, como ocurría conforme al dogma revisor, el examen de la legalidad objetiva de esa actividad jurídica previa (acto o disposición administrativa); sino que se convierte en un mecanismo de tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos.

Esto implica, por un lado, que constituye un mecanismo de defensa de esos derechos e intereses y no, por tanto, un simple mecanismo de la revisión del acto o disposición, y; por otro, que opera ya no sólo contra una actividad jurídica previa dictada en el marco de un procedimiento, sino contra toda actuación administrativa, o incluso la omisión de ésta, capaz de lesionar esos derechos e intereses, incluyendo así la actividad material y las vías de hecho dentro de su ámbito objetivo.”⁵⁷

En Honduras, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1988, la concibe como la “encargada de conocer las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos, de carácter particular o general, de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo” (art. 1).

En esta misma orientación, en Venezuela, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010, ha establecido un elenco de recursos y acciones que se han puesto a disposición de los particulares y de toda persona interesada, que les permiten acceder a la justicia administrativa, lo que implica que además del recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o de efectos particulares, o contra los actos administrativos generales o individuales, con o sin pretensión patrimonial o de amparo constitucional, está el recurso por abstención o negativa de los funcionarios públicos a actuar conforme a las obligaciones legales que tienen; el recurso de interpretación; el conjunto de demandas contra los entes públicos de orden patrimonial o no patrimonial, incluyendo las que tengan por motivo vías de hecho; las acciones para resolver los conflictos entre autoridades administrativas del Estado; y las acciones destinadas a reclamos respecto de la omisión, demora o prestación deficiente de los servicios públicos.

⁵⁷ V., Miguel Ángel Sendín y Karlos Navarro Medal, “La Jurisdicción contencioso administrativa en Nicaragua,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 367. V., igualmente sobre la regulación en Nicaragua, en Karlos Navarro, “La jurisdicción contenciosa administrativa en Nicaragua,” en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, pp. 103 ss.

En esta forma puede decirse que en relación con los particulares y los ciudadanos, la regulación de la Jurisdicción contencioso-administrativa en la Ley Orgánica venezolana de 2010, facilitando el control judicial de la actividad administrativa y en particular de los actos administrativos, viene a ser una manifestación específica del derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses frente a la Administración, en el sentido de lo establecido en el artículo 26 de la propia Constitución y de lo que se establecía en el artículo 18, primer párrafo de la derogada LOTSJ 2004. La consecuencia de ello es que entonces, la jurisdicción contencioso administrativa se configura constitucional y legalmente como un instrumento procesal para la protección de los administrados frente a la Administración, y no como un mecanismo de protección de la Administración frente a los particulares; ello a pesar de que en la Ley Orgánica de 2010 se atribuya a los órganos de la Jurisdicción competencia para conocer de las demandas que pueda intentar la Administración contra particulares, o de las demandas entre personas de derecho público (artículo 9,8), lo que convierte a la Jurisdicción en cierta forma, como el fuero de la Administración. Sin embargo, en el primer aspecto, del control de la Administración a instancia de los administrados, tratándose de una manifestación de un derecho fundamental a dicho control, en la relación que siempre debe existir entre privilegios estatales, por una parte, y derechos y libertades ciudadanas, por la otra, este último elemento es el que debe prevalecer.

Este derecho a la tutela judicial efectiva y la garantía del principio de legalidad implican por otra parte la asignación al juez contencioso-administrativo de amplísimos poderes de tutela, no sólo de la legalidad objetiva que debe siempre ser respetada por la Administración, sino de las diversas situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los particulares en relación a la Administración. De allí que el contencioso-administrativo, conforme al artículo 259 de la Constitución, no sea solamente un proceso a los actos administrativos, sino que está concebido como un sistema de justicia para la tutela de los derechos subjetivos y de los intereses de los administrados, incluyendo los derechos e intereses colectivos y difusos, donde por supuesto, se incluye también los derechos y libertades constitucionales. Por tanto, no se concibe el contencioso-administrativo sólo como un proceso de protección a la legalidad objetiva, sino 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; y los reclamos derivados de la prestación de servicios públicos.

Y todo ello, sin que el elemento esencial que caracteriza a la jurisdicción contencioso administrativa de ser el medio por excelencia para asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los particulares frente a la Administración, pueda verse relegado por el hecho de que también se atribuya a los órganos de la jurisdicción competencia para conocer de las demandas que la Administración puede intentar contra los particulares o de las demandas inter Administraciones, en las cuales por supuesto, el juez constitucional también debe asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos reclamados.

Esto implica entonces, que en el caso de Venezuela, la Justicia Administrativa, en la actualidad se dispensa por los tribunales competentes a partir de múltiples procesos contencioso administrativos, indicados en los artículos 23, 24, 25 y 26 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010, dando lugar a siete procesos contencioso administrativos,⁵⁸ que son: (i) el proceso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos;⁵⁹ (ii) el proceso contencioso administrativo contra las carencias administrativas; (iii) el proceso contencioso administrativo de las demandas patrimoniales;⁶⁰ (iv) el proceso contencioso administrativo de las

⁵⁸ V., los antecedentes a este desarrollo en Allan R. Brewer-Carías, “Los diversos tipos de acciones y recursos contencioso-administrativos en Venezuela”, en *Revista de Derecho Público*, Nº 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, pp. 5-30, y en Estado de Derecho y Control Judicial. (Justicia Constitucional, Contencioso-Administrativo y Amparo en Venezuela), (Prólogo de Luciano Parejo Alfonso), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1987, p. 243 ss. V., en defensa del recurso de plena jurisdicción, Henrique Iribarren M., “¿Existe en Venezuela un recurso autónomo de plena jurisdicción?” en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, Nº 1, Caracas, 1986, pp. 113-153. Por ejemplo, H. Rondón de Sansó, ha señalado que en su lugar, por ejemplo, podrían distinguirse ahora tres tipos de acciones contencioso-administrativas: acciones de impugnación de actos administrativos unilaterales o bilaterales, que conducen a la anulación de los mismos como consecuencia del control de legalidad; acciones de condena, de prestación o declarativas de condena, particularmente en materia de responsabilidad contractual y extracontractual y de restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, que conducen a decisiones del juez de dar, hacer o no hacer frente a la Administración; y acciones declarativas tendientes al reconocimiento o protección de un derecho subjetivo o a la interpretación de una situación jurídica o una norma; en “Medios de proceder por la vía contencioso-administrativa” en Antonio Moles Caubet y otros, *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas 1980, pp. 110-123.

⁵⁹ V., en general la obra colectiva, *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Vol. I y II, FUNEDA, Caracas, 2010 y 2011, respectivamente.

⁶⁰ V., Miguel Ángel Torrealba Sánchez, “Las demandas de contenido patrimonial en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,” en *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Vol. II, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 299-340.

demandas contra las vías de hecho;⁶¹ (v) el proceso contencioso administrativo en materia de prestación servicios públicos;⁶² (vi) el proceso contencioso administrativo para la resolución de las controversias administrativas; y (vii) el proceso contencioso administrativo de interpretación de las leyes.⁶³

En el caso de Panamá, conforme a la Ley N° 135 de 1943, la Ley N° 38 de 2000 y al Código Judicial, igualmente los procesos contencioso administrativos regulados son básicamente los siguientes: (i) el proceso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos; (ii) el proceso contencioso administrativo denominado de plena jurisdicción, contra actos de efectos particulares; (iii) el proceso de las demandas de plena jurisdicción e indemnización directa; (iii) el proceso de impugnación de actos administrativos dictados en función jurisdiccional en vía gubernativa; (iv) el proceso contencioso administrativo de protección de los derechos humanos; (v) el proceso contencioso administrativo de interpretación; (vi) y el proceso contencioso administrativo de apreciación de validez de los actos administrativos. El contencioso por la prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos se incluye, en Panamá, en las demandas para exigir responsabilidad patrimonial del Estado para reparar los daños causados a los particulares.

Todas estas previsiones, por lo demás, han tenido particular repercusión en cuanto a la legitimación activa para intentar las demandas contencioso administrativas, pudiendo hacerlo no sólo el titular de un derecho subjetivo sino el titular de un interés legítimo, siendo la lesión a éste igualmente resarcible o indemnizable. Por tanto, la tradicional idea de que el interés personal, legítimo y directo era sólo una situación jurídica procesal para impugnar actos administrativos, y de que la pretensión de condena sólo correspondía a los titulares de derechos subjetivos, puede decirse que con estas previsiones ha quedado superada, resultando por tanto que dentro de las situaciones jurídicas subjetivas sustantivas, además del tradicional derecho subjetivo también cabe ubicar los intereses legítimos, y éstos, al igual que aquéllos, pueden dar lugar a pretensiones de condena por responsabilidad y a su resarcimiento.

⁶¹ V., Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *La vía de hecho en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2011.

⁶² V., Jorge Kiriakidis, “Notas en torno al Procedimiento Breve en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,” *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Vol. II, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 167-193.

⁶³ V., Allan R. Brewer-Carías, “Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,” en Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 9-151. V., además, Allan R. Brewer-Carías, “Los diversos tipos de acciones y recursos contencioso-administrativos en Venezuela”, en *Revista de Derecho Público*, N° 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, pp. 6 ss.

En fin, la anterior es la tendencia predominante en América Latina, a pesar de que subsistan excepciones. Es el caso, por ejemplo, de Bolivia, donde las demandas contencioso administrativas siguen estando restringidas a peticiones contra los actos y resoluciones del Poder Ejecutivo, en un proceso que sigue siendo objetivo, de puro derecho y en el cual incluso no se plantea la promoción de pruebas.⁶⁴

En sentido similar está el caso de Chile, donde en el procedimiento contencioso administrativo, tiene primacía la llamada “acción de nulidad de derecho público” que se ejerce contra los actos administrativos.⁶⁵

En México, igualmente, el artículo 2 de la Ley federal de lo contencioso administrativo precisa que “el juicio contencioso administrativo federal, procede contra las resoluciones administrativas definitivas que establece la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Asimismo, procede dicho juicio contra los actos administrativos, Decretos y Acuerdos de carácter general, diversos a los Reglamentos, cuando sean autoaplicativos o cuando el interesado los controvierta en unión del primer acto de aplicación.

II. LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA, A LOS EFECTOS DE GARANTIZAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Otra tendencia en el contencioso administrativo como instrumento para garantizar la tutela judicial efectiva en la protección de los derechos e intereses de las personas, ha sido la ampliación del concepto de la Administración, a los efectos de abarcar no sólo las actuaciones de la clásica Administración Pública integrada en el Poder Ejecutivo, sino las emanadas de la Administración que se ubica en otras ramas del Poder Público, y e incluso las emanadas de particulares que en alguna forma ejerzan potestades administrativas.

Por ello, por ejemplo, el artículo 1.3, de la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Costa Rica precisa que a los fines de la misma:

⁶⁴ V., José Mario Serrate Paz, “Contencioso administrativo en Bolivia,” en *La jurisdicción contencioso-administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 71.

⁶⁵ V., Juan Carlos Ferrada Bórquez, “La Justicia Administrativa En El Derecho Chileno,” en *La jurisdicción contencioso-administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 170.

“se entenderá por Administración Pública: a) La Administración central; b) Los Poderes Legislativo, Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, cuando realicen funciones administrativas; c) La Administración descentralizada, institucional y territorial, y las demás entidades de Derecho público.”

En Honduras, el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entiende a sus efectos por “Administración Pública, a) El Poder Ejecutivo; y b) Las entidades estatales, entendiéndose por éstas las Municipalidades y las Instituciones Autónomas.”

Y en Nicaragua, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su artículo 2.2 define a la Administración pública, como:

“la que ejerce el Estado por medio de los órganos de la Administración del Poder Ejecutivo, de acuerdo con sus propias normativas; la Administración de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica y de las municipalidades; las instituciones gubernamentales autónomas o descentralizadas y las desconcentradas; las instituciones de creación constitucional y, en general, todas aquéllas que de acuerdo con sus normas reguladoras realicen actividades regidas por el ordenamiento jurídico administrativo y la doctrina jurídica y, en todo caso, cuando ejercieren potestades administrativas.”

La Ley de Nicaragua además, incluye expresamente en el ámbito de lo contencioso administrativo a los “reclamos que los administrados formulen en contra de las actuaciones de la Administración concedente, relativos a la fiscalización y control de las actividades de los concesionarios de los servicios públicos, siempre que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a ellos, así como en contra de las actuaciones de los propios concesionarios en cuanto implicaren el ejercicio de potestades administrativas” (art. 15. 4 LJ).⁶⁶

En el caso de Venezuela, el artículo 7 de la ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es incluso más detallado al indicar que están sujetos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

“1. Los órganos que componen la Administración Pública; 2. Los órganos que ejercen el Poder Público, en sus diferentes manifestaciones, en cualquier ámbito territorial o institucional; 3. Los institutos autónomos,

⁶⁶ V., Karlos Navarro, “La jurisdicción contenciosa administrativa en Nicaragua,” en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, p. 113.

corporaciones, fundaciones, sociedades, empresas, asociaciones y otras formas orgánicas o asociativas de derecho público o privado donde el Estado tenga participación decisiva; 4. Los consejos comunales y otras entidades o manifestaciones populares de planificación, control, ejecución de políticas y servicios públicos, cuando actúen en función administrativa; 5. Las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional; y 6. Cualquier sujeto distinto a los mencionados anteriormente, que dicte actos de autoridad o actúe en función administrativa.”

Con estas previsiones queda definitivamente fuera de toda duda que están sujetos a control contencioso administrativo las actuaciones y los actos administrativos emanados de órganos y entes que no forman parte de la Administración Pública Central y descentralizada, y que integran los otros Poderes Públicos, como por ejemplo los actos dictados en función administrativa de la Asamblea Nacional y sus servicios, el Consejo Supremo Electoral, la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República la Defensoría del Pueblo.⁶⁷

Como también se estableció expresamente en Nicaragua, en el artículo 15 de la ley relativo a la “extensión de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo,” indicando que la misma también conocerá de:

“Las demandas incoadas contra las normativas, actos, resoluciones, decisiones, omisiones y simples vías de hecho emitidas por la Contraloría General de la República, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, Fiscalía General de la República, Procuraduría General de Justicia, por la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras y la Superintendencia de Pensiones” (art. 15.3).

Por último, en el proceso de ampliación del ámbito de la Jurisdicción contencioso administrativa para asegurar la tutela judicial efectiva frente a la Administración, se destacan que se han venido incorporando en diferentes leyes, después del trabajo de la jurisprudencia,⁶⁸ destinadas a incluir también en las actuaciones sujetas a control, las realizadas por los particulares, que como lo indica la Ley Orgánica de Venezuela, cuando “dicten actos de autoridad o actúe en función administrativa” (art. 7.6).

⁶⁷ V., Allan R. Brewer-Carías, “Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,” en Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 9 ss.

⁶⁸ V., sobre el tema 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.

Así, también, por ejemplo, la ley peruana sujeta a control contencioso administrativo, a las “personas jurídicas bajo el régimen de derecho privado que presten servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado” (art. 15.7);⁶⁹ en Costa Rica, la Ley de la Jurisdicción, dispone que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda también conocerá de “las conductas o relaciones regidas por el Derecho público, aunque provengan de personas privadas o sean estas sus partes” (art. 2.e); y en El Salvador, la ley indica que la jurisdicción contencioso administrativa también será competente para “de las pretensiones derivadas de actuaciones u omisiones de los concesionarios de la Administración Pública” (arts. 1, 8).

En Colombia, el artículo 149 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al identificar la competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, indica que conocerá en única instancia, de la “nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden.”

III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCESO A LA JUSTICIA Y LA PROGRESIVA FLEXIBILIZACIÓN DE LAS TRADICIONALES CONDICIONES DE LEGITIMIDAD Y DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA PARA ACCEDER A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

El desarrollo y garantía que en los últimos años ha tenido el derecho constitucional de acceso a la justicia, consagrado en la mayoría de la Constituciones, ha tenido importantes repercusiones en el ámbito contencioso administrativo, que han terminado conduciendo al abandono o flexibilización progresivos de las tradicionales condiciones de admisibilidad de las acciones contencioso administrativas, en particular, las desarrolladas legislativamente en los casos de las acciones de nulidad contra los actos administrativos, y en particular, respecto de la legitimación activa y el agotamiento de la vía administrativa.

⁶⁹ V., en Víctor Sebastián Baca Oneto, “Las pretensiones como objeto del proceso contencioso administrativo en el derecho peruano,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, p. 645.

1. *Sobre la legitimación activa*

En efecto, respecto de la legitimación activa en materia de acciones de nulidad contra los actos administrativos, desde hace unos lustros, ya se encontraba una distinción en materia de acceso a la jurisdicción administrativa según el objeto del recurso de nulidad. Si se trataba de actos de efectos generales, disposiciones administrativas generales o reglamentos, como quiera llamárseles, la legitimación era la propia del simple interés a la legalidad, que permitía a cualquier ciudadano acceder a la jurisdicción. Se trataba, en definitiva, de una acción popular abierta a cualquier interesado para velar por la legalidad o constitucionalidad de los actos de efectos generales. Es el caso, por ejemplo, del Perú, donde el Texto Único de la Ley de lo contencioso administrativa le otorga legitimación a cualquier persona (art. 14). Igualmente es el caso de Colombia, donde la acción de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales se configura como una típica acción popular que puede intentarse por cualquier persona con el simple interés en la legalidad.⁷⁰ Ese sería también en el caso de Panamá, como lo precisa el artículo 22 de la Ley N° 135 de 1943, la acción popular puede ejercerse por “cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, en cualquier caso en que la Administración haya incurrido en injuria contra el derecho;” y como se establece en el artículo 137 del Código de procedimiento y Contencioso Administrativo de Colombia, al garantizar que “toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.”

Era también el caso de Venezuela, donde el simple interés en la legalidad había sido la condición tradicional exigida para impugnar los actos administrativos de efectos generales. Sin embargo, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la sala Político Administrativa destacó que “no puede confundirse la legitimación por simple interés legítimo que exige la nueva Constitución con la denominada acción popular. En esta última, en los casos en que la ley la acuerde, al particular deberá admitírsele la interposición del recurso con independencia de que pueda ostentar un derecho o interés lesionado. El fundamento de la acción popular es la voluntad del legislador, y sólo procede en los casos en que éste la admita.”⁷¹ Por tanto, de acuerdo con esta doctrina, al exigir a partir de 2010 el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la existencia de un “interés jurídico

⁷⁰ V., Consuelo Sarria Olcos, “Las acciones contencioso-administrativas en la legislación positiva colombiana,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 102.

⁷¹ V., sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, N° 873 de 13 de abril de 2000 (Caso: Banco FIVENEZ vs. Junta de Emergencia Financiera), en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, pp. 582-583.

actual” para recurrir, se abrió la posibilidad de que se niegue el carácter de acción popular que siempre tuvo la acción de impugnación de los actos administrativos de efectos generales.

Otros países, sin embargo, respecto de los actos administrativos de efectos generales, o disposiciones reglamentarias, como es el caso de Costa Rica, el artículo 2 del Código de Procedimiento Contencioso Administrativo, dispone que solo los podrán impugnar directamente “quienes ostenten, respecto de estas, algún interés legítimo, individual o colectivo, o algún derecho subjetivo, sin que se requiera acto de aplicación individual.” Igualmente, en Honduras, la impugnación de los actos administrativos de carácter general solo puede hacerse por “quienes estuvieren interés legítimo directo en ello” (art. 13.a, Ley)

En cuanto a la impugnación de los actos administrativos individuales o de efectos particulares, el principio general en las legislaciones latinoamericanas, en la mayoría de las legislaciones es que el impugnante debe tener un derecho subjetivo o interés personal, legítimo y directo para demandar la nulidad. Esa era también la tradición en Venezuela respecto de la legitimación activa para impugnar los actos administrativos de efectos particulares, la cual comenzó a ser cambiada por la jurisprudencia después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, considerando el Tribunal Supremo que dicha condición resultaba incompatible con los principios de acceso a la justicia que la misma estableció, al menos por lo que respecta a la exigencia de que el interés legitimador fuera personal y directo. El Tribunal consideró entonces suficiente con que el interés alegado fuera legítimo.⁷²

2. *Sobre la defensa de los intereses colectivos y difusos*

Otra de las tendencias en materia de ampliación de la legitimación activa en las acciones de nulidad ha sido la admisión expresa en las Constituciones y legislaciones de la legitimación activa amplia cuando se trata de la defensa de derechos e intereses colectivos y difusos, cuya tutela, por ejemplo, encontró regulación en Venezuela en el artículo 26 de la Constitución, y posteriormente en la Ley Orgánica de la Jurisdicción contencioso administrativa (“las demandas de protección de derechos e intereses colectivos y difusos”), reconociendo legitimación para actuar a las entidades representativas de intereses colectivos legalmente establecidas y reconocidas (intereses colectivos), y a quienes en determinadas circunstancias invoquen la protección de los intereses supra-individuales que conciernen a toda la colectividad (intereses difusos).

⁷² V., sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, N° 873 de 13 de abril de 2000 (Caso: Banco FIVENEZ vs. Junta de Emergencia Financiera), en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, pp. 582-583.

En estos casos de demandas en defensa de intereses colectivos o difusos, como en Costa Rica, la acción se regula como una acción popular (art. 10.1, Código de Procedimiento Contencioso Administrativo). En El Salvador, por otra parte, también se incorporó expresamente la legitimación activa en materia de impugnación de actos administrativos a favor de los representantes de intereses colectivos o difusos, y en particular de “las asociaciones, fundaciones, entidades y uniones afectadas que estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses colectivos” (art. 14.d, Ley de lo contencioso administrativo), y de las “entidades públicas con competencia en la materia y las asociaciones y fundaciones cuyo fin primordial sea la defensa de los intereses difusos, a quienes corresponderá exclusivamente la legitimación para demandar la defensa de tales intereses cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación” (art. 14.e). En Honduras, por su parte, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa otorga legitimación para impugnar directamente los actos de carácter general de la Administración Pública, a “cuantas personas jurídicas ostenten representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo, “siempre que el acto impugnado les afectare directamente” (art. 13.b) Igualmente, en Nicaragua, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo también otorga legitimación a las “entidades, corporaciones o instituciones de Derecho Público y cualquier otro organismo que ostentare la representación o defensa de los intereses de carácter general o corporativo, siempre y cuando la disposición impugnada los lesionare o afectare el interés general” (art. 27. 1 LJ).

3. *Sobre el tema del agotamiento de la vía administrativa*

La misma garantía de acceso a la justicia también ha repercutido en la flexibilización de la condición tradicional de agotamiento de la vía administrativa (que el acto impugnado haya causado estado), aun cuando sin la intensidad que se puede apreciar en relación con la legitimación activa, de manera que aún puede decirse que predomina el régimen tradicional.

Es el caso, aún en países como Argentina, donde los tribunales ordinarios son los competentes en materia de procesos administrativos, exigiéndose e todo caso la existencia de un acto previo.⁷³

En definitiva, como lo observó Miriam Ivanega, “la Administración no puede ser emplazada en juicio, si en forma previa no se ha producido una decisión

⁷³ V., Miriam Mabel Ivanega, “Cuestiones acerca del control judicial de la Administración en la República Argentina,” en *La jurisdicción contencioso-administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 18, 19.

previa y formal, emanada de la máxima instancia administrativa competente;⁷⁴ condición que si bien es la exigida a nivel federal, no lo es en las regulaciones provinciales sobre contencioso administrativo, como en la provincia de Buenos Aires.⁷⁵

En Bolivia, también se exige el agotamiento de la vía administrativa para acceder al contencioso administrativo,⁷⁶ rigiendo en los procesos lo establecido en el artículo 778 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

“El proceso contencioso administrativo procederá en los casos en que hubiere oposición entre el interés público y el privado y cuando la persona que creyere lesionado o perjudicado su derecho privado hubiere ocurrido previamente ante el Poder Ejecutivo reclamando expresamente del acto administrativo y agotando ante ese Poder todos los recursos de revisión, modificación o revocatoria de la resolución que le hubiere afectado.”

En el mismo sentido, la Ley 2341 de 23 de abril de 2002, precisó en su artículo 70 que “Una vez resuelto el recurso jerárquico, el interesado podrá acudir a la impugnación judicial por la vía del proceso contencioso administrativo ante la Corte Suprema de Justicia.”

En el Perú, el Texto Único sobre la ley del Contencioso Administrativo, en su artículo 20 en esta materia del “agotamiento de la vía administrativa” precisa, aún cuando previendo algunas excepciones art. 21) que “es requisito para la procedencia de la demanda, el agotamiento de la vía administrativa conforme a las reglas establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General o por normas especiales.”⁷⁷

En Guatemala se establece el principio general en el artículo 19 de la ley sobre contencioso administrativo que “para que el proceso contencioso administrativo pueda iniciarse se requiere que la resolución que lo origina no

⁷⁴ *Idem*, p. 19.

⁷⁵ *V.*, Juan Carlos Cassagne, “El principio de la tutela judicial efectiva,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 53, 54.

⁷⁶ *V.*, José Mario Serrate Paz, “Contencioso administrativo en Bolivia,” en *La jurisdicción contencioso-administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 71.

⁷⁷ *V.*, Jorge Danós Ordoñez, “El proceso contencioso administrativo y el proceso de amparo como instrumentos de protección de las personas frente a la actuación administrativa en el régimen jurídico peruano,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, p. 853

haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos;” y en El Salvador la ley sobre el contencioso administrativo, exige que para que los actos administrativos se puedan impugnar de manera autónoma tienen que poner fin al procedimiento administrativo haciendo imposible su continuación (art. 4), no pudiendo deducirse pretensiones derivadas de “actos respecto de los cuales no se hubiera agotado la vía administrativa, en los términos establecidos en la ley de procedimientos administrativos” (art. 11.b).

Igual exigencia se establece en la Ley sobre contencioso administrativa de Nicaragua, precisándose en el caso de los actos administrativos que para impugnarlos hayan agotado la vía administrativa, es decir, deben ser resoluciones o actos de trámite que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, de forma tal que pongan término a la vía administrativa o hicieran imposible continuar su tramitación (art. 35 LJ).⁷⁸ En Honduras, en esta materia, el artículo 28 de la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, igualmente dispone que “la acción será admisible en relación con los actos definitivos de la Administración Pública que no sean susceptibles de ulterior recurso en vía administrativa,” precisando además, el artículo 63.c de la misma Ley que “la falta de agotamiento de la vía administrativa” es una de las defensas que puede alegar la Administración demandada en el proceso contencioso administrativo.

Por último, también debe mencionarse en caso de Uruguay, donde la Constitución es la que exige el agotamiento de la vía administrativa mediante la interposición de los recursos administrativos correspondientes como requisito previo a la acción de nulidad (art. 317 ss.; lo que se ratifica en el artículo 4 de la Ley N° 15.869 de 1987 Orgánica del Tribunal de lo contencioso administrativo);⁷⁹ y el caso de Paraguay, donde la Ley N° 1462/1935 exige para que se pueda intentar el recurso de lo contencioso administrativo que “acusen estado y no haya por consiguiente recurso administrativo contra ella” (art. 3.a).

En Panamá, el tema está regulado en la Ley 38 de Procedimiento Administrativo de 2000, al disponer que se considera agotada la vía administrativa cuando “transcurra el plazo de dos meses sin que recaiga decisión alguna sobre cualquier solicitud que se dirija a un funcionario o autoridad, siempre que dicha solicitud, sea de las que origina actos recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa” (art. 200).

⁷⁸ V., Miguel Ángel Sendin y Karlos Navarro Medal, “La Jurisdicción contencioso administrativa en Nicaragua,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 368.

⁷⁹ V., Felipe Rotondo, “Aspectos organizativos de los contenciosos administrativos en el Uruguay. Sistema adoptado. Déficit y soluciones,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 567.

El principio, sin embargo, ha comenzado a ceder como consecuencia de los efectos garantistas del derecho constitucional de acceso a la justicia, de manera que por ejemplo, en Costa Rica, dicha condición se había eliminado por la jurisprudencia por reñir con el derecho a la tutela y acceso a la jurisdicción,⁸⁰ habiéndose entonces previsto en el artículo 31.1 del Código de procedimiento contencioso administrativo, como una posibilidad de orden facultativa (art. 31.1), a juicio del interesado. En el Ecuador también se eliminó la exigencia en el nuevo Código Orgánico de la Función Judicial, y en Chile, se ha considerado en general que no es necesario agotar vía administrativa para acceder a los tribunales a reclamar contra los actos administrativos, considerando Juan Carlos Ferrada, por ejemplo, contrarias al derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial garantizada en la Constitución, las exigencias Ley de Procedimiento Administrativo sobre el agotamiento de la vía administrativa para acceder a la tutela judicial.⁸¹

Por último, en el caso de Venezuela, luego de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo eliminó la condición de recurribilidad, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa nada estableció al respecto en materia de las acciones de nulidad de los actos administrativos.

Sin embargo, la Ley Orgánica de la Administración Pública sí reguló la materia estableciendo un opción facultativa para el interesado al regular como derecho de los administrados en sus relaciones con la Administración, el de “ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren procedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones y omisiones de la Administración Pública” (art. 7,10).⁸²

Ahora bien, en cuanto a las demandas contencioso administrativas con contenido patrimonial, en Venezuela la situación es otra ya que en esta materia sí se establece como causal de inadmisibilidad de las mismas, los casos en los cuales se produzca el incumplimiento del procedimiento administrativo previo a

⁸⁰ V., Juan Carlos Cassagne refiere al caso Fonseca Ledesma, de la Sala Constitucional de Costa Rica, 2006, en Juan Carlos Cassagne, “El principio de la tutela judicial efectiva,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, 58.

⁸¹ V., Juan Carlos Ferrada Bórquez, “La justicia administrativa en el derecho chileno,” en *La jurisdicción contencioso-administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 165, 166

⁸² V., Allan R. Brewer-Carías, “Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,” en Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 87-89.

las demandas contra la República, los estados, o contra los órganos o entes del Poder Público a los cuales la ley les atribuye tal prerrogativa (art. 35,3). En esos casos, es la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República la que es la que regula el referido procedimiento administrativo previo a las demandas patrimoniales, al disponer que “los funcionarios judiciales deben declarar inadmisibles las acciones o tercerías que se intente contra la República, sin que se acredite el cumplimiento de las formalidades del procedimiento administrativo previo” (art. 60).

Conforme a este procedimiento, quienes pretendan instaurar demandas de contenido patrimonial contra la República deben manifestarlo previamente por escrito al órgano al cual corresponda el asunto y exponer concretamente sus pretensiones en el caso (art. 54); teniendo el órgano respectivo la obligación de formar el expediente correspondiente, el cual debe remitir a la Procuraduría General de la República, para que la misma formule y remita su opinión jurídica, que tiene carácter vinculante, sobre la procedencia o no de la reclamación. Una vez que la decisión de la Administración se comunica al administrado éste debe manifestar ante la misma si acoge o no la decisión notificada, y solo en caso de desacuerdo, es que entonces queda facultado para acudir a la vía judicial contencioso administrativa (art. 58). Igualmente, al interesado puede acudir a la vía judicial contencioso administrativa, en caso de ausencia de oportuna respuesta, por parte de la Administración, dentro del lapso señalado (art. 59).

TERCERA PARTE

LA EVOLUCIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SU AMPLIACIÓN CON PRETENSIONES ADICIONALES DE CONDENA Y AMPARO

La consecuencia de la progresiva ampliación del contencioso administrativo para asegurar la tutela judicial efectiva frente a las actuaciones de la Administración, en líneas generales puede decirse que ha dado lugar en materia del proceso contencioso administrativo contra los actos administrativos, a dos tendencias: por una parte, la universalidad del control cuando se trata de actos administrativos cualquiera sea el motivo de ilegalidad o inconstitucionalidad, de manera que no pueden haber actos excluidos de control judicial; y por la otra la tendencia hacia la ampliación de las pretensiones que se pueden formular respecto de los actos administrativos que van más allá de las pretensiones que involucran la anulación de los actos administrativos.

I. LA TENDENCIA HACIA LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE TODOS LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. *Aspectos generales de la tendencia: control de todos los actos administrativos*

El primer aspecto de la tendencia contemporánea que debe destacarse en materia contencioso administrativa, cuando se trata de la impugnación de los actos administrativos, es el de la prevalencia del principio de la universalidad del control,⁸³ que implica que todos los actos administrativos quedan sometidos a control judicial, sin importar su autor, cualquiera sea su naturaleza, de efectos generales o de efectos particulares y cualquiera que sea el motivo de impugnación, su naturaleza, reglados o discrecionales.

Esta tendencia se aprecia en el régimen constitucional y legal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Venezuela, la cual, como manifestación del principio de legalidad, conforme al artículo 259 de la Constitución se ha establecido para controlar todos los actos administrativos, sin excepción, por motivos de contrariedad al derecho, es decir, sea cual sea el motivo de la misma: inconstitucionalidad o ilegalidad en sentido estricto. La Constitución no admite excepciones ni la Ley Orgánica las prevé, y como en su momento lo explicó la Exposición de Motivos de la Constitución de 1961, la fórmula “contrarios a derecho es una enunciación general que evita una enumeración que puede ser peligrosa al dejar fuera de control algunos actos administrativos”

Por tanto, de acuerdo con la intención de la Constitución, toda actuación administrativa y, en particular, los actos administrativos emanados de cualquier ente u órgano de la Administración Pública o de cualquier otra persona o entidad actuando en función administrativa, por cualquier motivo de contrariedad al derecho, puedan ser controlados por los Tribunales que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa. Ello implica que cualquier exclusión de control respecto de actos administrativos específicos sería inconstitucional.

Este principio implica, primero, que toda actividad administrativa o toda forma de acto administrativo queda sometido a control judicial contencioso

⁸³ Lo que significa que no hay ni puede haber actos excluidos de control. V., por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, “La universalidad del control contencioso administrativo” en *Libro de la Amistad en Homenaje a Enrique Pérez Olivares*, Caracas 1992, pp. 203-226, y en *Revista de Derecho Público*, N° 46, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1991, pp. 5-22; “El proceso constitucional de amparo en Venezuela: su universalidad y su ineffectividad en el régimen autoritario,” en *Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber Amicorum Néstor Pedro Sagüés*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima 2011.

administrativo, lo que se recoge expresamente en el artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010 al indicar bajo el acápite de “universalidad del control,” que son objeto de control por la misma, “la actividad administrativa” desplegada por todos los órganos y entes sujetos a control, “lo cual incluye actos de efectos generales y particulares, actuaciones bilaterales, vías de hecho, silencio administrativo, prestación de servicios públicos, omisión de cumplimiento de obligaciones y, en general, cualquier situación que pueda afectar los derechos o intereses públicos o privados.”

Por otro lado, en el caso de los actos administrativos, la Ley Orgánica no estableció nada sobre la necesidad de que los actos impugnables ante la Jurisdicción deban ser los de carácter definitivo, es decir, que pongan fin a un asunto, sin referencia a excluir de este control como lo desarrolló años atrás la jurisprudencia, a los actos de trámite, salvo que prejuzguen como definitivos, imposibiliten la continuación del procedimiento o causen gravamen irreparable.

Segundo, el principio implica que esa actividad administrativa o acto administrativo que está sometido a control puede emanar de cualquier ente y órgano de la Administración Pública, no sólo la que actúa en ejercicio del Poder Ejecutivo sino en ejercicio de cualquiera de los otros Poderes Públicos, o de cualquier entidad incluso no estatal que dicte actos de autoridad o actúe en función administrativa. De allí la ampliación legislativa de los órganos y entes que conforman la Administración, “sujetos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” (at. 7).

Tercero, la universalidad del control no sólo radica en que todos los actos administrativos cualquiera sea el órgano, ente o entidad que los dicte están sometidos a control judicial, sino que lo son por cualquier motivo de contrariedad al derecho, es decir, por razones de inconstitucionalidad como ilegalidad propiamente dicha. No tendría sentido constitucional alguno en Venezuela, por tanto, que se pretendiera limitar la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos a las solas cuestiones de ilegalidad, buscando por ejemplo concentrar en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia las cuestiones de inconstitucionalidad de los actos administrativos. Ello ni resulta del Texto Constitucional ni fue la intención de los proyectistas, ya que la reserva de competencia en la materia al Tribunal Supremo de Justicia, sólo tiene una connotación orgánica en el sentido de que a ésta compete “declarar la nulidad de los actos administrativos del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente”, cualquiera sea el motivo de contrariedad al derecho (inconstitucionalidad o ilegalidad), correspondiendo a los demás tribunales determinados en la Ley Orgánica, declarar la nulidad de los demás actos administrativos que no emanen de órganos del Ejecutivo Nacional, sea cual sea el motivo de contrariedad al derecho (inconstitucionalidad o ilegalidad).

Por tanto, hubiera sido contrario a la Constitución limitar la competencia de dichos demás Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa (distintos al Tribunal Supremo de Justicia) a las solas cuestiones de ilegalidad en sentido estricto.⁸⁴

Y cuarto, el principio también implica que están sometidos a control contencioso administrativo no solo los actos administrativos reglados, sino los actos discrecionales, los cuales están sometidos a límites. Como resulta de las clásicas regulaciones establecidas en la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, la Administración Pública no puede dictar actos contrarios “a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia” (art. 15.2.16), declarando que “el acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias de cada caso” (art. 160).⁸⁵

La única excepción en este último principio está en la Ley 1462/1935 de Paraguay, cuyos artículos 2 y 3.b disponen que solo puede intentarse el recurso de lo contencioso administrativo contra las resoluciones de la administración cuando éstas “procedan del uso de sus facultades regladas,” quedando excluidos así los actos administrativos discrecionales.

2. *El necesario deslinde de los actos administrativos respecto de los “actos de gobierno”*

Otra de las tendencias derivadas de la universalidad del control en el ámbito del contencioso administrativo se refiere a la progresiva reducción o eliminación de los llamados “actos políticos” como supuestos “actos administrativos” excluidos de control contencioso administrativo.

⁸⁴ En tal sentido, la Sala Constitucional, en la sentencia N° 194 de 4 de abril de 2000 ratificó lo que había decidido en sentencia de 27 de enero de 2000 (Caso Milagros Gómez y otros), así: “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. Así las cosas, la normativa constitucional aludida imposibilita una eventual interpretación que tienda a identificar las competencias de la Sala Constitucional con los vicios de inconstitucionalidad que se imputen a otros actos o con las actuaciones de determinados funcionarios u órganos del Poder Público.” *V.*, en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

⁸⁵ *V.*, Ernesto Jinesta Lobo, “El proceso contencioso-administrativo en Costa Rica, en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 126.

En general, debe recordarse que en el derecho comparado tanto europeo como latinoamericano, particularmente en el desarrollado en la primera mitad del siglo pasado, se fue configurando progresivamente la teoría de los actos de gobierno (acte de gouvernement) o de los actos políticos (atto politico o atto di potere politico) para identificar una serie de actos estatales que en muchos casos erradamente se consideraban como “actos administrativos” no justiciables, es decir, no sometidos a control judicial contencioso administrativo. Esto fue así, particularmente respecto del control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que era la única que existía en ausencia de los contemporáneos sistemas de control de la constitucionalidad. Con ello se buscaba, por tanto, identificar una serie de actos estatales, a veces y erradamente considerados como actos administrativos, que escapaban al control de la jurisdicción contencioso administrativa.⁸⁶

En esa forma, en Francia, principalmente por la ausencia de control judicial alguno de la constitucionalidad de los actos del Estado -lo que sin duda ha cambiado desde la creación del Consejo Constitucional y después de las reformas constitucionales de 2009-, y el poder limitado que había sido conferido a los tribunales administrativos, la jurisprudencia, en varias etapas, permitió a la doctrina ir identificando unos actes de gouvernement que escapaban del control jurisdiccional en la jurisdicción contencioso-administrativa. La doctrina en la materia fue producto de una creación casuística de la jurisprudencia, difícil de construir doctrinalmente⁸⁷ basada en el criterio del móvil político que movía a la autoridad respectiva a dictarlos, el cual por su imprecisión fue rápidamente abandonado, conduciendo en cambio a la elaboración de una “lista” de actos del Poder Ejecutivo en sus relaciones con otros Poderes Públicos, principalmente con el Legislador, que escapaban a todo control jurisdiccional.⁸⁸

De acuerdo con ello, la “lista” de los actos de gobierno se redujo a los actos del Ejecutivo en sus relaciones con el Parlamento y en sus relaciones

⁸⁶ Para un estudio comparativo de la doctrina del acto de gobierno, en su concepción más tradicional, V., Julio A. Prat, “Contribución al estudio del acto de gobierno,” en *Revista de la Facultad de Derecho y 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. V., en general sobre el tema, 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., por ejemplo, los artículos de Chapus, “L'acte de gouvernement, monstre ou victime,” en *Cronique Dalloz*, rec. 15-1-1958, p. 2; Virally “L'introuvable acte de gouvernement,” en *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, Paris 1952, p. 317.

⁸⁸ V., R. Capitant, “De la nature des actes de governments,” en *Etudes Juridiques offertes a Julliot de la Morandiere*, Paris 1964, pp. 99 ss.

internacionales; a ciertos actos ejecutivos derivados del ejercicio del poder de gracia; y a determinados actos ejecutivos de orden excepcional (urgencia, emergencia, estado de sitio) con sus secuelas en materia de orden público.

La misma tendencia se siguió en Italia con la noción del acto político, pero con la gran diferencia de que en este caso fue en la Ley que estableció el Consejo de Estado a fines del siglo XIX, donde al regular la jurisdicción contencioso-administrativa, se excluyó de recurso por exceso de poder a los actos emanados del gobierno en el ejercicio del poder político los cuales, por tanto, adquirirían una configuración distinta de los actos administrativos. Ello también condujo a la elaboración de una lista, que incluyó como tales actos políticos, a los actos 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 y exterior, con lo que se buscó dejarlos inmunes frente a una eventual acción de los particulares que pudiera paralizar sus efectos.⁸⁹

En la misma orientación del sistema italiano, en Portugal la doctrina del acto político también tuvo su origen en el derecho positivo, en Ley Orgánica del Supremo Tribunal Administrativo de 1956 donde se consideró explícitamente como no susceptibles de recurso contencioso administrativo de anulación a “los actos de gobierno de contenido esencialmente político.”⁹⁰

Igualmente, en España la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, en un esfuerzo mayor de precisión de esta noción, excluyó a los “actos políticos” de la jurisdicción contencioso-administrativa, enumerando dichos “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;”⁹¹ noción que se eliminó totalmente en la reforma de la Ley de 1998.⁹²

⁸⁹ V., en particular Enrico Guicciardi, “L'Atto político,” en *Archivio di diritto pubblico*, Vol. II, Padua 1937, pp. 265 a 486; Guglielmo Roehrsen, “L'atto di Potere Político e la Sua Sindicalidad in sede Giudiziaria,” en *Rivista de diritto público*, Vol. I, 1936, pp. 557 a 588; y el completo estudio de Cheli, *Atto político e funzione d'indirizzo político*, Milán 1961.

⁹⁰ V., Alfonso Rodríguez Queiro, “Actos de Governo e contencioso de anulação,” en *Estudios en Homenaje al Profesor López Rodó*, Madrid 1972, Vol. II, pp. 101 y ss.

⁹¹ V., Aurelio Guaita, “Los actos políticos o de gobierno en el derecho español,” en *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, N° 4, 1955, pp. 74 ss.; L. Sánchez Agesta, “Concepto jurídico de acto político,” en *Homenaje a Pérez Serrano*, Madrid 1959, Tomo I, pp. 183 ss.

⁹² En España si bien se conservó la mención al acto político en la Ley de 1956, ello desapareció en la ley de 1998. V., José Luis Meilán Gil y Marta García Pérez, “Una visión actual de la justicia administrativa en España”, en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 210, 217.

En cuanto al sistema germánico, el tema de los actos de gobierno también se planteó, al discutirse la cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, y excluirse de la misma los actos de naturaleza política que tuvieran por objeto la salvaguarda de la seguridad y la existencia misma del Estado.⁹³

En todos estos sistemas continentales, por tanto, la noción de acto de gobierno se presentó como un acto del Estado, que en realidad era sustancialmente distinto 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 fundamentalmente ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En la ausencia de sistema alguno de control de la constitucionalidad de las leyes, esta fue la esencia de la doctrina del acto de gobierno, la cual, por supuesto, desde las últimas décadas del siglo pasado fue objeto de críticas tendientes a reducir su inmunidad jurisdiccional,⁹⁴ particularmente por el desarrollo en todos los países europeos de la jurisdicción constitucional atribuida a Tribunales o Cortes Constitucionales.

Por tanto, después de la consolidación durante las últimas décadas del siglo pasado, tanto en Europa como en América Latina, de los sistemas que aplican el método concentrado de justicia constitucional, puede decirse que la importancia que tuvo la doctrina tradicional de los actos de gobierno fue progresivamente desapareciendo, pues si bien en general escapaban del control judicial contencioso administrativo por no ser actos administrativos, no escapan en general al control que ejercen las cortes o tribunales constitucionales, donde al contrario, impera el principio de que no existen actos excluidos de control.

Por ello, en Venezuela, por ejemplo, a pesar de alguna decisión aislada de la Corte Suprema renunciando al control de ciertos “actos políticos,” que abrió,

⁹³ V., Apelt, “L'acte de gouvernement en France et en Allemagne,” en *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Paris, p. 647 y ss.

⁹⁴ 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 ss.; Jacques Puisoye, “Pour une conception plus restrictive de la notion d'acte de gouvernement,” en *L'Actualité Juridique*, N° 4, 20-4-1965, pp. 211. Algunos visionarios, sin embargo, como Gastón Jèze afirmaban, 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 [...]” Vid. Gastón Jèze, *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*. Tomo I, Depalma, Buenos Aires 1948, 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*, No 112, Caracas 2007, pp. 601-606.

como lo dijimos hace décadas, innecesariamente “una brecha inadmisibile en el control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales,”⁹⁵ ello afortunadamente no tuvo mayores consecuencias doctrinales ni judiciales, cerrándose desde hace años por la propia jurisprudencia de la Corte Suprema.

Posteriormente, a pesar de la influencia que el derecho continental europeo tuvo en la conformación del derecho público y administrativo, esa doctrina de los actos de gobierno, en Venezuela no tuvo aplicación alguna, al configurarse el sistema de justicia constitucional como un sistema mixto o integral⁹⁶ con una amplitud considerable,⁹⁷ respecto de la cual ningún acto del Estado puede escapar del control jurisdiccional de la constitucionalidad y legalidad.

Ello no significa, sin embargo, que en Venezuela no se haya desarrollado una “noción de acto de gobierno” con el objeto de diferenciar entre los actos estatales, determinados actos del Ejecutivo diferenciados de los actos administrativos; pero ello no ha tenido por objeto construir una “doctrina del acto de gobierno” para excluir esos actos del control de la constitucionalidad que ejerce el Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional) como Jurisdicción Constitucional.

Al contrario, la noción de acto de gobierno, como actos del Ejecutivo dictados en ejecución directa de normas y atribuciones constitucionales, siguiendo, sin duda, los criterios de la vieja doctrina europea⁹⁸ a lo que condujo en Venezuela fue a identificar un tipo de acto estatal que, por ser dictado en ejecución directa de la Constitución, sólo puede ser controlado jurisdiccionalmente

⁹⁵ V., Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1977, p. 114.

⁹⁶ V., Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1995; “El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela”, en G. J. Bidart Campos y J. F. Palomino Manchego (Coordinadores), *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica, Libro Homenaje a Domingo García Belaúnde*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima 1997, pp. 483-560 y en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Medellín-Colombia 1996, pp. 163-246.

⁹⁷ V., Allan R. Brewer-Carías, *La justicia constitucional (Procesos y procedimientos constitucionales)*, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho procesal Constitucional, México 2007; *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000; “La justicia constitucional en la Constitución venezolana de 1999,” en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., Tomo III, Editorial Porrúa, México 2003, pp. 2091-2122.

⁹⁸ V., Carré de Malberg, *Contribution a la Théorie générale de l'Etat*, Vol. I, París 1920, pp. 523 y ss.; Duguit, *Manuel de Droit Constitutionnel*, París 1918, pp. 110 ss.

por razones de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 336.4 Constitución); lo que significa que la noción misma de acto de gobierno condicionada por un esquema formal de ejecución del derecho por grados, nada tiene que ver con una pretendida inmunidad jurisdiccional de los mismos.⁹⁹

De lo cual resulta que 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.

Es en ese mismo sentido que, en definitiva, en Colombia, donde también existe un sistema concentrado de control de constitucionalidad atribuido a la Corte Constitucional, el artículo 237 de la Constitución atribuye al Consejo de Estado, que ejerce las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, competencia para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional,¹⁰⁰; y que el artículo 97.7 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo en el mismo sentido, siguiendo también los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional, se establezca la competencia residual¹⁰¹ de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para conocer:

“7. De las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los Decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa.”¹⁰²

En sentido similar, en El Salvador, también se excluye de la competencia de la Jurisdicción contencioso administrativa los actos del Estado dictados en ejecución directa de la Constitución, como serían las leyes y demás actos de rango legal de la Asamblea Legislativa, y los actos de gobierno del Estado, cuyo control jurisdiccional corresponde a la Jurisdicción Constitucional.

⁹⁹ V., lo expresado en Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Caracas 1977, pp. 84 ss. y 108 ss.

¹⁰⁰ V., Consuelo Sarria Olcos, “Las acciones contencioso administrativas en la legislación positiva colombiana,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 109.

¹⁰¹ V., Jaime Orlando Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2017, p. 868.

¹⁰² *Idem*, p. 868.

Precisamente por esto último, en particular en relación con los actos del Presidente y Vicepresidente de la República, es que el artículo 14.a de la Ley atribuye competencia a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema solo respecto de sus actuaciones cumplidas en “el ejercicio de función administrativa,” lo que excluye del conocimiento de la Jurisdicción, de los actos de dichos funcionarios (decretos) dictados en ejecución directa de la Constitución, que son los que han de considerarse como actos de gobierno, respecto de los cuales solo la Sala de lo Constitucional puede conocer.

En Guatemala, donde también funciona una Corte de Constitucionalidad, la Ley de lo contencioso administrativo dispone en general que éste proceso es improcedente en los “asuntos referentes al orden político, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan” (art. 21.1); al igual que en Nicaragua, donde el artículo 17.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa indica que “quedan excluidos del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ... aquellos actos susceptibles del Recurso de Inconstitucionalidad, los referentes a las relaciones internacionales y a la defensa del territorio y la soberanía nacional; sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponderá a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

En Honduras, en la misma orientación el artículo 4.b de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que “no corresponderán” a la misma “las cuestiones que se susciten sobre los actos de relación entre los Poderes del Estado o con motivo de las relaciones internacionales, defensa del territorio nacional y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes cuya determinación si corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”

Por último, debe mencionarse el caso de Argentina, donde se excluye del ámbito de control judicial a las cuestiones políticas,¹⁰³ lo cual deriva de la influencia en el sistema de justicia argentino de los principios del judicial review norteamericano, donde siempre se han excluido de los poderes del juez el control sobre las llamadas *political questions*.¹⁰⁴ Aun cuando en esta materia nada se establece en la Constitución, de la jurisprudencia se la Suprema Corte se deduce

¹⁰³ V., Miriam Mabel Ivanega, “Cuestiones acerca del control judicial de la Administración en la República Argentina,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 16.

¹⁰⁴ V., Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of the Amparo Proceedings*, Cambridge University Press, New York, 2008, 432 pp. V., sobre las decisiones *Ware v. Hylton*, 3 Dallas, 199 (1796); *Chicago and Southern Air Lines v. Waterman Steamship Co.*, 333 US 103 (1948), y *Luther v. Borden* 48 U.S. (7 Howard), 1, (1849), en M. Glenn Abernathy and Barbara A. Perry, *Civil Liberties under the Constitution*, Sixth Edition, University of South Carolina Press, 1993, pp. 6-7.

que estas cuestiones políticas excluidas de control judicial están relacionadas precisamente con los “actos de gobierno” o “los actos políticos” dictados por los órganos del Estado de acuerdo con sus poderes directamente otorgados en la Constitución,¹⁰⁵ como por ejemplo podrían ser la declaración de guerra, la declaración de estado de sitio, la intervención federal de una Provincia, la declaración de “conveniencia pública” a los efectos expropiatorios; o la declaración de emergencia a los efectos de la aprobación de algunas impuestos directos; los actos concernientes a las relaciones exteriores; los actos de reconocimiento de nuevos Estados extranjeros, o los actos de expulsión de extranjeros.¹⁰⁶ Habría que agregar a esta “lista” por ejemplo, los actos emanados en ejecución expresa de la Ley de defensa nacional, que fueron excluidos expresamente por la ley de Amparo de ser cuestionados mediante la acción de amparo (art. 2.b).¹⁰⁷

Todos estos actos, en virtud de ser ejercidos en ejecución directa de la Constitución, y quedar excluidos del control judicial, han sido englobados bajo la denominación de “actos constitucionales.”¹⁰⁸

3. *La impugnación de los actos administrativos tanto de efectos generales (disposiciones generales) como de efectos particulares*

Cuando se afirma que todos los actos administrativos están sujetos al control judicial contencioso administrativo, ello implica que, como principio, corresponde a la Jurisdicción conocer de las acciones de nulidad sea que se trate de actos administrativos de efectos generales, es decir, normativos o reglamentarios, o de actos administrativos de efectos particulares.

¹⁰⁵ V., S. M. Losada, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, 1972, Vol. I, p. 343; J. R. Vanossi and P. E. Ubertone, “Control jurisdiccional de constitucionalidad,” en *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

¹⁰⁶ V., José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, La Ley, Buenos Aires, 1987, pp. 190 ss.; Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal Constitucional*, Vol. 3, “Acción de amparo,” Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 270 ss.; Alí Joaquín Salgado, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 23.

¹⁰⁷ V., en caso *Diario El Mundo c/ Gobierno nacional*, CNFed, Sala 1 ContAdm, 30 abril 1974, JA, 23-1974-195. V., *Los comentarios en Néstor Pedro Sagüés, Derecho procesal Constitucional*, Vol. 3, *Acción de amparo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 212–214.

¹⁰⁸ V., Juan Carlos Cassagne, *Curso de derecho administrativo*, Décima segunda edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, Tomo II, 534 ss.

Al contrario de lo que sucede en España, 109 la mayoría de las leyes sobre el contencioso administrativo en América Latina no distinguen entre disposiciones generales y actos administrativos, sino más bien se refieren a los actos administrativos de efectos generales o de efectos particulares, considerando sin duda a los reglamentos y disposiciones normativas emanadas de la Administración, como actos administrativos, todos sometidos a control contencioso administrativo.

Es excepcional, por tanto, que algunos países excluyan a los reglamentos del control ante la jurisdicción contencioso administrativa, como es el caso de México (art. 8.IX de la ley federal sobre lo contencioso administrativo); y como es el caso de Guatemala donde la Ley de lo contencioso administrativa declara expresamente improcedente la acción de nulidad contra “asuntos referentes a disposiciones de carácter general sobre salud e higiene públicas, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan.” (art. 21.2).

En otros países, como El Salvador lo que se dispone es que los reglamentos solo pueden ser objeto de la acción contencioso administrativa por razones por ilegalidad, pero porque el control de constitucionalidad sobre los mismos corresponde a la Jurisdicción Constitucional que ejerce la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Ésta, conforme a los artículos 174 y 183 de la Constitución solo tiene por objeto con “conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos,” agregando así en el objeto de control de constitucionalidad además de los actos dictados en ejecución directa de la Constitución (leyes y decretos), a los “reglamentos,” los cuales, si bien son actos administrativos de efectos generales, sin embargo, su impugnación por razones de inconstitucionalidad solo se puede formular ante la misma.

Igualmente, en Panamá, los reglamentos solo pueden ser impugnados ante la jurisdicción contencioso administrativo por razones de ilegalidad, en virtud de regularse directamente en el artículo 206 de la Constitución la competencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, como Jurisdicción constitucional, otorgándosele el monopolio del control de la constitucionalidad de todos los actos estatales, cualquiera que ellos sean. En consecuencia, a la Jurisdicción contencioso administrativa, atribuida a la Sala Tercera de la Corte Suprema, inevitablemente se la concibió para efectuar solo el control de la legalidad de la actuación de la Administración, estándole vedada pronunciarse sobre la constitucionalidad de la actuación administrativa, lo que solo puede hacer en exclusiva la Jurisdicción constitucional. Por ello, el artículo 206.2 de la Constitución especifica que la Jurisdicción contencioso administrativa solo puede “anular los actos acusados de ilegalidad,” quedándole vedado a la misma

¹⁰⁹ V., José Luis Meilán Gil y Marta García Pérez, “Una visión actual de la justicia administrativa en España”, en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 210, 222.

poder juzgar sobre la constitucionalidad de las actuaciones administrativas, lo que lamentablemente, en definitiva, aleja la Constitución del ciudadano y de la cotidianeidad del control.

En sentido similar, el artículo 27 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Nicaragua, el control contencioso administrativo se refiere a la “anulación los actos y disposiciones de la Administración Pública y la declaración de su ilegalidad,” precisándose en el artículo 36 que:

“Contra las disposiciones de carácter general que dictare la Administración Pública podrá ejercerse directamente la acción contencioso-administrativa ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sin necesidad de agotar la vía administrativa. Dicha Sala funcionará como Tribunal de única instancia. De la misma manera podrá procederse en contra de los actos que se produzcan por la aplicación de esas disposiciones, con fundamento de no ser conformes a derecho.

Si no se ejerciere directamente la acción contra la disposición general, o fuere desestimada la demanda que contra ella se hubiere presentado o incoado, siempre podrán impugnarse los actos de aplicación individual a que tal disposición de lugar, pero deberá agotarse previamente en este caso la vía administrativa.”

En sentido similar, en cuanto a la impugnación de los actos de efectos generales, en el artículo la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Honduras, se dispone que “los actos de carácter general o disposiciones que dictare la Administración Pública, podrán impugnarse directamente ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, una vez que hayan entrado en vigencia en vía administrativa,” atribuyendo expresamente el artículo 13.b de la Ley, como antes se dijo, a “las entidades estatales, las de Derecho Público y cuantas personas jurídicas ostenten representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo, cuando el juicio tuviere por objeto la impugnación directa de actos de carácter general de la Administración Pública, siempre que el acto impugnado les afectare directamente.”

4. *La impugnación de los actos administrativos cualquiera que sea el vicio de contrariedad al derecho (inconstitucionalidad o de ilegalidad)*

Otra de las obvias tendencias derivadas de la universalidad del control contencioso administrativo de los actos administrativos es que los jueces tienen competencia para anularlos cuando sean contrarios a derecho, sea por inconstitucionalidad o ilegalidad, incluso por desviación de poder.

Así lo dispuso por ejemplo, la Constitución del Uruguay al hacer referencia en la Sección XVII sobre “De lo Contencioso Administrativo,” a la

competencia privativa del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (arts. 307 y 308), para anular los actos administrativos “contrarios a una regla de Derecho o con desviación de poder” (art. 309 ss.); lo que a partir de 1961 se recogió en la Constitución de Venezuela, estableciendo la de 1999 la competencia de los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para anular los actos generales o individuales contrarios a derecho incluso por desviación de poder” (art. 295).

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por ello, al enumerar las competencias de la Jurisdicción, también indica la de conocer “las impugnaciones que se interpongan contra los actos administrativos de efectos generales o particulares contrarios a derecho, incluso por desviación de poder” (art. 9.1).

Esta amplitud se aprecia también en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo de Colombia, en cuyo artículo 84 se garantiza que toda persona puede solicitar por sí, o por medio de representante, la nulidad de los actos administrativos, lo cual procede:

“no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.”¹¹⁰

Esos vicios que se pueden denunciar en Colombia ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa como fundamento de la pretensión de anulación de los actos administrativos pueden ser por supuesto de ilegalidad e inconstitucionalidad, de manera que la Corte Constitucional puede decirse que no tiene el monopolio de conocer sobre la inconstitucionalidad de todos los actos del Estado.¹¹¹

En Honduras, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que la acción de nulidad de los actos administrativos de carácter particular y general se puede formular basada en la pretensión de “la declaración de no ser conformes a Derecho” (art. 33 Ley); aun cuando sin embargo, en otras normas reduce las pretensiones de las demandas de a la sola “la declaración de

¹¹⁰ V., Consuelo Sarria Olcos, “Las acciones contencioso administrativas en la legislación positiva colombiana,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 102.

¹¹¹ *Idem.*, p. 108. V., igualmente Jaime Orlando Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2017, pp. 847, 849, 863.

ilegalidad” (art. 13, 14 y 15); pero precisando que “los motivos de no ser conforme a Derecho en que funde su acción para pretender la declaración, comprenderá cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la falta de jurisdicción o competencia, el quebrantamiento de formalidades esenciales, el exceso de poder y la desviación de poder,” definiéndose en la propia norma de la Ley que “constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por la ley.”

En otros países, este ha sido expreso, al haberse establecido por ejemplo una Jurisdicción Constitucional concentrada para el control de constitucionalidad de los actos estatales, el control contencioso administrativo sobre los actos administrativos se ha limitado a las cuestiones de ilegalidad. Es el caso mencionado, por ejemplo, de Panamá, donde la Sección tercera de la Corte Suprema de Justicia solo controla la legalidad de los actos administrativos, quedando atribuida a la Sala Plena de la Corte, como Jurisdicción Constitucional, el control de constitucionalidad de los mismos.

En Costa Rica, igualmente, el artículo 49 de la Constitución incorporado en la reforma de 1963, dispuso que quedaba establecida “la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público,” agregando que “la desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativo,” debiendo la ley proteger “al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados,” precisándose en el Código Orgánico del procedimiento Contencioso Administrativo que “los motivos de ilegalidad comprenden cualquier infracción, por acción u omisión, al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.”

En Nicaragua, igualmente, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su artículo 14 se refiere al “examen de la legalidad de los actos y disposiciones generales de la Administración Pública” indicando que “comprenderá cualquier infracción del ordenamiento jurídico y de los principios generales del Derecho, incluso la falta de competencia, el quebrantamiento de las formalidades esenciales y la desviación de poder,” definiéndose incluso en el artículo 2 la “desviación de Poder,” como “Es el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los establecidos por el ordenamiento jurídico o que no concordaren con el logro del interés público y el bien común.”

En El Salvador, en los Considerandos del correspondiente decreto legislativo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2017, se hizo referencia al control de las actuaciones de la Administración Pública “que adolezcan de ilegalidad,” lo que en estricto derecho puede decirse que no se ajusta a la letra de la Constitución pues la misma no emplea en ninguna de sus normas la palabra “ilegalidad,” ni confina en ninguna de sus normas a la

Jurisdicción Contencioso Administrativa para juzgar sólo sobre cuestiones de “ilegalidad” de las actuaciones de la Administración; ni en consecuencia le atribuye a la Jurisdicción Constitucional competencia exclusiva para resolver sobre la inconstitucionalidad de absolutamente todos los actos del Estado incluyendo a los actos administrativo.

El artículo 172 de la Constitución, en efecto, se limita a indicar que una de las materias que compete juzgar a la Corte Suprema de Justicia es la “contencioso administrativa” en relación con los actos administrativos y otras actuaciones administrativas, sin hacer referencia a los posibles vicios (de ilegalidad o inconstitucionalidad) que puedan afectar a los mismos. Esta referencia en el artículo 172 de la Constitución se establece en el mismo sentido de la que se hace en la materia “constitucional” la cual conforme a la norma también compete juzgar a la Corte Suprema de Justicia, (art. 172), pero atribuyéndosela a la Sala de lo Constitucional de la misma, y limitada exclusivamente respecto de las “las leyes, decretos y reglamentos” (aparte de los procesos de amparo, el *habeas corpus*, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo”).

Ello significa, en nuestro criterio, que de acuerdo con el texto de la Constitución, la Sala de lo Constitucional no tiene el monopolio de controlar las cuestiones de constitucionalidad respecto de cualquier otro acto del Estado, sino solo de las cuestiones de inconstitucionalidad referidas a las “leyes, decretos y reglamentos,” razón por la cual, conforme a la Constitución todas las otras cuestiones de inconstitucionalidad respecto de otros actos de la Administración tendría que quedar incluidas dentro de la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa al juzgar las actuaciones de la Administración.

En todo caso, la limitación que deriva del sistema de El Salvador, de reservar el juzgamiento de los reglamentos al control de la Jurisdicción Constitucional y excluirlo del conocimiento de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativo, también se sigue, como hemos visto en Guatemala respecto de ciertas disposiciones generales.

Por último, se destaca el caso de México, donde también, el artículo 51 de la Ley federal sobre el contencioso administrativo al referirse a la impugnación de los actos administrativos se limita a mencionar vicios de ilegalidad, al disponer que se debe declarar “que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:”

“I. Incompetencia del funcionario que la haya dictado, ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución. II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, siempre que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso. III. Vicios del procedimiento siempre que afecten las defensas del particular y

trasciendan al sentido de la resolución impugnada. IV. Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas, en cuanto al fondo del asunto. V. Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.”

II. LOS DIVERSOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. *El contencioso administrativo de anulación de los actos administrativos*

En primer lugar, está el proceso contra los actos administrativos, regulado en todas las legislaciones de los países de América Hispana, y que sin duda sigue siendo el corazón del sistema contencioso administrativo.

Así se regula en todas las leyes de la materia.

Así, por ejemplo, como se ha indicado, en Honduras, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa comienza en su artículo 1º, declarando que la misma es la “encargada de conocer las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos, de carácter particular o general, de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo.”

En Colombia el artículo 84 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, dispone que toda persona puede solicitar por sí, o por medio de representante, la nulidad de los actos administrativos; la cual procede “no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.”¹¹²

En Uruguay, el Tribunal de lo contencioso administrativo conoce, en instancia única, de las demandas de nulidad contra actos administrativos, quedando por tanto “excluidos los actos legislativos y jurisdiccionales.”¹¹³ Sobre

¹¹² V., Consuelo Sarria Olcos, “Las acciones contencioso administrativas en la legislación positiva colombiana,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 102.

¹¹³ V., Carlos E. Delpiazzo, “Régimen contencioso administrativo uruguayo,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 443-444.

ello, el decreto ley N° 15.524 precisa que se consideran objeto de acción de nulidad “los actos administrativos unilaterales, convencionales o de toda otra naturaleza” (art. 23, lit. a), “los que sean separables de los contratos” (art. 23, lit. b) y “los que se hayan dictado durante la vigencia de la relación estatutaria que vincula al órgano estatal con el funcionario público” (art. 23, lit. c), sean de efectos particulares o generales (según surge del art. 25).¹¹⁴

En el Perú, el artículo 4 del Texto Único de la Ley del contencioso administrativo al referirse a las “actuaciones administrativas impugnables,” además de indicar que “procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas,” especifica entre ellas, “los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa,” “el silencio administrativo,” donde se pueden incluir los actos administrativos tácitos o presuntos derivados del mismo.¹¹⁵ Consecuentemente, el artículo 5.1 de la ley al referirse a las pretensiones que pueden plantearse en el proceso contencioso administrativo, identifica las que tienen por objeto de obtener “la declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos,” y el “reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.”

En Guatemala, la ley reguladora del contencioso administrativo precisa que el proceso contencioso administrativo procede “en caso de contienda por actos y resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado” (art. 1).

En Venezuela, el artículo 9 de la Ley Orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa al enumerar las competencias de la Jurisdicción, indica aquellas para conocer de:

“1. Las impugnaciones que se interpongan contra los actos administrativos de efectos generales o particulares contrarios a derecho, incluso por desviación de poder.”

En Costa Rica, el artículo 42 del Código Contencioso Administrativo al indicar que “el demandante podrá formular cuantas pretensiones sean necesarias, conforme al objeto del proceso,” destaca, entre otras pretensiones, la de poder solicitar:

¹¹⁴ *Idem.*, pp. 443-444.

¹¹⁵ V., Víctor Sebastián Baca Oneto, “Las pretensiones como objeto del proceso contencioso administrativo en el derecho peruano,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, pp. 648 ss.

a) La declaración de disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o las actuaciones conexas; b) La anulación total o parcial de la conducta administrativa.¹¹⁶

En la República Dominicana, el artículo 165.2 de la Constitución, al precisar las atribuciones de los tribunales superiores administrativos, identifica, la de:

“2) Conocer de los recursos contenciosos contra los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares, si éstos no son conocidos por los tribunales contencioso administrativos de primera instancia.”

En cuanto a El Salvador, el artículo 3.a de la ley de lo contencioso administrativo, indica que en la jurisdicción contencioso administrativa se pueden deducir pretensiones relativas a las actuaciones y omisiones administrativas, en particular, los “actos administrativos,” lo que precisa el artículo 4 al reiterar que “podrán deducirse pretensiones derivadas de actos administrativos expresos, tácitos y presuntos,” con la aclaratoria adicional que:

“Procederá la impugnación tanto de los actos definitivos como de los de trámite. Los actos de trámite podrán impugnarse de manera autónoma de los actos definitivos cuando pongan fin al procedimiento haciendo imposible su continuación, decidan anticipadamente el asunto de que se trate o cuando produzcan indefensión o un daño irreparable.”

La Ley de El Salvador es reiterativa en la materia de manera que en su artículo 10.a, al identificar las pretensiones que pueden deducirse ante la jurisdicción contencioso administrativa, indica “La declaración de ilegalidad del acto que se impugne, y en consecuencia su anulación,” en cuyo caso, conforme al artículo 58 de la Ley, el juez puede declarar “en su caso, la ilegalidad total o parcial del acto impugnado y, en consecuencia, su anulación.”

En Nicaragua, el artículo 14 de la ley de lo contencioso administrativo, establece al definir el “ámbito de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo,” que la misma:

“a través de los tribunales competentes, conocerá de las pretensiones que los interesados presenten en la correspondiente demanda en relación con los actos, resoluciones, disposiciones generales. El examen de la legalidad

¹¹⁶ V., Ernesto Jinesta Lobo, “El proceso contencioso-administrativo en Costa Rica, en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 130.

de los actos y disposiciones generales de la Administración Pública comprenderá cualquier infracción del ordenamiento jurídico y de los principios generales del Derecho, incluso la falta de competencia.”

En el caso de Panamá, la Ley N° 135 de 1943 Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, reformada sustancialmente por la Ley N° 33 de 1954, enumera entre las competencias de la Sala Tercera de la Corte Suprema conforme al artículo 206.2 de la propia Constitución, la de:

“1. Controlar las resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas, y anular los actos administrativos que dicten acusados de ilegalidad, con competencia para estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.”

En Ecuador, de acuerdo con el artículo. 217.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, se establece la competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en los distritos correspondiente para:

“Conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales, ya en actos normativos inferiores a la ley, ya en actos o hechos administrativos, siempre que tales actos o hechos no tuvieren carácter tributario; 2. Supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos, y la potestad reglamentaria de la Administración no tributaria, como también las acciones judiciales que se incoen por su inactividad; 3. Conocer y resolver las impugnaciones que se propusieren en contra de los reglamentos, resoluciones y más actos normativos de rango inferior a la ley, en materia no tributaria, provenientes de las instituciones del Estado que integran el sector público.”

En México, el artículo 52.II y 52.IV de la Ley federal del procedimiento contencioso administrativo dispone que en la sentencia definitiva el juez competente puede “declarar la nulidad de la resolución impugnada,” pudiendo además declarar “la nulidad para el efecto de que se reponga el procedimiento o se emita nueva resolución,” e incluso “indicar los términos conforme a los cuales deberá dictar su resolución la autoridad administrativa.” Además, en el artículo 52.V”.c de la ley, el juez competente en materia contencioso administrativo puede “declarar la nulidad del acto o resolución administrativa de carácter general, caso en que cesarán los efectos de los actos de ejecución que afectan al demandante, inclusive el primer acto de aplicación que hubiese impugnado.”

Por último, en Chile, con fundamento directo en la Constitución (art. 6 y 7¹¹⁷), la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado la “acción de nulidad de derecho público” como un proceso administrativo general, que aun cuando no tiene desarrollo legislativo,¹¹⁸ ha servido para declarar, en ausencia de procedimientos especiales, la ineficacia de “los actos de los órganos del Estado que contravienen el ordenamiento jurídico chileno, y cuya tramitación se sujeta a las reglas del juicio ordinario civil, procedimiento de lato conocimiento.”¹¹⁹

Por último, debe mencionarse el caso de Paraguay, donde la Ley No. 1462/1935 sobre el procedimiento para lo contencioso administrativo se limita a indicar que la demanda contencioso administrativa puede deducirse por un particular o por una autoridad administrativa, contra las resoluciones administrativas” cuando “vulneren un derecho administrativo preestablecido a favor del demandante” (art. 3.d).

2. *El contencioso administrativo de anulación y las pretensiones de condena*

Pero una de las tendencias que se destaca del proceso contencioso administrativo contra los actos administrativos, es que ya en muchos países, la pretensión de anulación de los actos administrativos puede acompañarse de otras pretensiones procesales, sin necesidad de que se tengan que intentar acciones o recursos adicionales, por ejemplo, pretensiones de condena y pretensiones de amparo.

En Venezuela, por ejemplo, con la pretensión de anulación contra actos administrativos, también pueden formularse pretensiones de condena derivada

¹¹⁷ Artículo 6: “Los órganos del Estado deberán someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.” Artículo 7: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se le hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este art. es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

¹¹⁸ V., Eduardo Soto Kloss, “La nulidad de derecho público en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho Público*, N° 47-48, 1990, p. 11-25 y Fiamma Olivares, G., “Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva”, en *Revista de Derecho Público*, N° 49, 1991, p. 91-98.

¹¹⁹ V., Juan Carlos Ferrada Bórquez, “La justicia administrativa en el derecho chileno,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 170, 172, 174.

precisamente de esa anulación, y así la sentencia, además de anular el acto puede resolver condenar a la Administración al pago de sumas de dinero, y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad administrativa, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. En este campo, la pretensión de anulación, por tanto, también puede estar acompañada de una pretensión de condena.

Igualmente, en Colombia, el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo consagra expresamente esta acción de anulación y condena, al establecer lo siguiente:

“Artículo 85. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.”

Lo mismo ocurre en El Salvador a cuyo efecto, el artículo 9 de la Ley de lo contencioso administrativo, la cual al disponer que “la jurisdicción contencioso administrativa conocerá de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial, agrega que “tales reclamaciones también podrán plantearse en la misma demanda mediante la cual se deduzcan otras pretensiones derivadas de la impugnación de actuaciones u omisiones administrativas.” Es decir, en materia de impugnación de los actos administrativos, las pretensiones no se agotan con la sola pretensión de anulación, pudiendo el interesado acompañar su pretensión de anulación con reclamaciones por responsabilidad patrimonial tanto contra el funcionario o el concesionario en forma directa, como contra la Administración Pública directa o subsidiaria, en su caso (art. 3).

Por último, en México, de acuerdo con el artículo 52. V de la ley federal sobre el procedimiento contencioso administrativo, el juez competente puede “declarar la nulidad de la resolución impugnada y además: a) Reconocer al actor la existencia de un derecho subjetivo y condenar al cumplimiento de la obligación correlativa. b) Otorgar o restituir al actor en el goce de los derechos afectados. d) Reconocer la existencia de un derecho subjetivo y condenar al ente público federal al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.”

Por su parte en Honduras, los artículos 33 y 34 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa precisan que las pretensiones que puede deducir el demandante, además de ser “la declaración de no ser conforme a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos de carácter particular y general susceptibles de

impugnación,” también puede ser “el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuándo proceda.”¹²⁰ En estos casos, cuando “además de la declaración de ilegalidad o nulidad, se pretendiere el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su restablecimiento, la legitimación para accionar se reserva exclusivamente al “titular de un derecho subjetivo derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto impugnado” (Art. 14).

3. *El contencioso administrativo de anulación y las pretensiones de amparo*

En Venezuela, también, junto con la acción de nulidad contra los actos administrativos puede formularse una pretensión de amparo cuando se denuncia la violación de derechos constitucionales, en cuyo caso, para garantizar que el proceso en estos casos sea un medio procesal breve, sumario y efectivo, acorde con la protección constitucional, el párrafo único del artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo a los derechos y garantías Constitucionales, precisa que:

“Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aún después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la Ley; y no será necesario el agotamiento previo de la vía administrativa.”

Por tanto, un acto administrativo violatorio de un derecho o garantía constitucional, puede ser impugnado en vía contencioso-administrativa en cualquier tiempo, siempre que se acompañe al recurso de anulación una pretensión de amparo; y contra dicho acto sólo puede ejercerse la acción de amparo aún que hayan transcurrido más de seis meses de dictado (Art. 6, Ord. 4°) si se ejerce conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo de anulación. Así, cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo de anulación, no opera la causal de inadmisibilidad prevista en el ordinal 4° del artículo 6° de la Ley Orgánica de Amparo en casos de “consentimiento expreso” cuando hubieran transcurrido seis (6) meses después de la violación o la amenaza al derecho protegido.

¹²⁰ V., Edmundo Orellana, “La jurisdicción contenciosa administrativa en Honduras,” en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo*. Centroamérica y México, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, p. 86.

Por último, el otro elemento que debe destacarse respecto del proceso contencioso-administrativo de anulación y amparo se refiere a los poderes del juez. En este caso, de acuerdo a los artículos 259 y 25 de la Constitución, el juez contencioso-administrativo tiene “potestad para restablecer la situación jurídica infringida o en su caso, para disponer lo necesario para su restablecimiento. Esto significa que el juez del contencioso de anulación y amparo, una vez anulado el acto, puede directamente restablecer el derecho constitucional infringido y sustituirse a la Administración y además, adoptar mandamientos de hacer o de no hacer en relación con la Administración, para asegurar no sólo dicho restablecimiento, sino además, impedir la sucesiva vulneración del derecho o garantía constitucional por la Administración. Por supuesto, además, y de acuerdo a lo señalado anteriormente, en caso de proceder, y conforme a lo solicitado, el juez podría adoptar las decisiones de condena respecto de la Administración, por los daños y perjuicios que se pudieran haber causado al recurrente por el acto anulado.

En la misma orientación, en El Salvador, también se puede identificar el proceso contencioso administrativo de anulación de los actos administrativos conjuntamente con la pretensión de amparo constitucional por la violación por el acto impugnado de una garantía o derecho constitucional.

En efecto, si bien en El Salvador la Constitución garantiza el derecho de amparo por violación de los derechos que la misma declara y otorga, que en general debe formularse ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema (arts. 174; 182.1; 247); conforme a lo que se establece en el artículo 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales,¹²¹ la acción de amparo por violación de los derechos que otorga la Constitución que puede intentar cualquier persona contra cualquier acción u omisión de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus órganos descentralizados, en particular, contra los actos administrativos, no puede intentarse directamente ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sino que únicamente puede “incoarse cuando el acto contra el que se reclama no puede subsanarse dentro del respectivo procedimiento mediante otros recursos.”

Esto significa que la acción de amparo contra actos administrativos debe considerarse como una acción subsidiaria respecto de la acción contencioso administrativa de anulación, pues si la lesión al derecho constitucional de una persona la provoca un acto administrativo, el amparo al mismo tiene que implicar su anulación, de manera que el agraviado debe solicitar su nulidad ante el juez contencioso administrativo competente, antes de acudir a la Jurisdicción Constitucional.

¹²¹ V., Ley N° 2996, de 14/01/60, publicada en el Diario Oficial n° 15, Tomo 186, de 22 de enero de 1960.

Esto significa que el juez en el proceso contencioso administrativo de anulación y amparo, una vez anulado el acto administrativo impugnado, puede directamente restablecer el derecho constitucional infringido y, además, adoptar mandamientos de hacer o de no hacer en relación con la Administración Pública, para asegurar no sólo dicho restablecimiento, sino impedir la sucesiva vulneración del derecho o garantía constitucional por la Administración. Por supuesto, además, y de acuerdo a lo señalado anteriormente, en caso de proceder, y conforme a lo solicitado, el juez podría adoptar las decisiones de condena respecto de la Administración, por los daños y perjuicios que se pudieran haber causado al recurrente por el acto anulado.

4. *Las pretensiones de amparo constitucional contra los actos administrativos*

En la mayoría de los países, sin embargo, el amparo contra los actos administrativos se presenta como un proceso autónomo como el que existe en España, por ejemplo, en aplicación del “Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona,” regulado en el artículo 114.1 de la Ley reguladora del contencioso administrativo. Dicha norma, en efecto establece que el procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos, previsto en el artículo 53.2 de la Constitución española, se rige, en el orden contencioso administrativo, por lo dispuesto en el capítulo de dicha ley. En particular se precisa que se pueden hacer valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 31 (contra actos administrativos) y 32 (contra la inactividad de la Administración), “siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado.”

En el Perú, por ello, se regula el proceso de amparo para la tutela de los derechos de las personas frente a actuaciones administrativas;¹²² al igual que en Colombia se regula la acción de tutela para la protección de los derechos constitucionales fundamentales;¹²³ e igualmente para la protección derechos e intereses colectivos.¹²⁴

¹²² V., Jorge Danós Ordoñez, “El proceso contencioso administrativo y el proceso de amparo como instrumentos de protección de las personas frente a la actuación administrativa en el régimen jurídico peruano,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, p 865.

¹²³ V., igualmente Jaime Orlando Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2017, pp. 892 ss; 908 ss.

¹²⁴ *Idem*, p. 893.

Por otra parte, en Nicaragua, al atribuirse el conocimiento de la acción de amparo a la Jurisdicción Constitucional, el artículo 17.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, cuando identifica las materias excluidas del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se refiere a “lo referente a las violaciones o intentos de violación de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política que corresponde a la jurisdicción constitucional, a través del Recurso de Amparo.”

En Brasil, por supuesto, todas las acciones garantistas de los derechos fundamentales pueden ejercerse contra los actos administrativos ante los tribunales ordinarios, en particular las acciones habeas data, mandado de segurança colectivo, mandado de injunção, la ação popular y ação civil pública.¹²⁵ Igualmente en Uruguay procede intentar la acción de amparo contra actos administrativos lesivos ante tribunales ordinarios competentes.¹²⁶

En el caso de Chile se ha regulado el recurso de protección, como un proceso excepcional, de características sumarísimas y urgentes, que busca amparar de forma rápida y expedita a los particulares, frente a actos u omisiones que afecten sus derechos fundamentales. Sin embargo, en ausencia de una Jurisdicción contencioso administrativa, ha sido este proceso de protección el que ha jugado desde los años setenta, el rol de un verdadero contencioso administrativo general, ya que ha sido utilizado por los interesados afectados como un mecanismo rápido de impugnación de actos u omisiones ilegales o arbitrarias de los órganos de la Administración del Estado, solicitando indirectamente la anulación de los mismos.¹²⁷ Así, frente a actuaciones de un órgano de la Administración del Estado que un particular considere ilegales o arbitrarias, éste puede solicitar directamente a la Corte de Apelaciones respectiva

¹²⁵ V., Romeu Felipe Bacellar Filho, “A jurisdição administrativa no direito comparado: confrontações entre o sistema francês e o brasileiro,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 91.

¹²⁶ V., Carlos E. Delpiazzo, “Régimen contencioso administrativo uruguayo,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 441; Felipe Rotondo, “Aspectos organizativos de los contenciosos administrativos en el Uruguay. Sistema adoptado. Déficit y soluciones,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 564.

¹²⁷ V., sobre cómo el proceso de amparo urgente de derechos fundamentales ha derivado en un proceso contencioso administrativo, en Juan Carlos Ferrada Bórquez, “El Recurso de Protección como mecanismo de control contencioso administrativo”, en *La Justicia Administrativa*, 2005, pp. 129-164.

el amparo constitucional de sus derechos, consecuencia de lo cual, normalmente, llevará envuelto, si cabe, la nulidad del acto impugnado.¹²⁸

5. *El proceso contencioso administrativo de nulidad de los actos administrativos iniciado por la propia Administración: el proceso de lesividad*

Siendo el principio general en todas las legislaciones latinoamericanas de procedimientos administrativos, el de la irrevocabilidad de los actos administrativos creadores de derechos a favor de particulares, excepto en los casos de nulidad absoluta o de pleno derecho, en muchos sistemas contencioso administrativos se ha desarrollado, siguiendo la tradición española, el proceso contencioso administrativo contra los actos administrativos denominado de lesividad, en el cual la pretensión de nulidad es formulada por la propia Administración Pública emisora del acto impugnado.

Así se estableció, por ejemplo, desde 1935 en Paraguay, en la Ley No. 1462/1935 sobre el procedimiento para lo contencioso administrativo que permite que la demanda contencioso administrativa se pueda deducir por un particular “o por una autoridad administrativa” (art. 3).

En El Salvador, por ejemplo, la Ley sobre lo contencioso administrativo concede legitimación a la propia Administración Pública para “impugnar sus propios actos administrativos favorables que hubieren adquirido estado de firmeza” (art. 14.c), en cuyo caso, conforme al artículo 93 de la Ley, el órgano de la Administración Pública “autor de un acto favorable” para impugnarlo ante la jurisdicción contencioso administrativa, debe previamente adoptar una “declaración de lesividad para el interés público.”¹²⁹

Igualmente, en el Perú, el artículo 13 del Texto Único refundido de la ley sobre el contencioso administrativo, al referirse a la legitimación activa en los procesos de nulidad de los actos administrativos, dispone que

¹²⁸ V., Juan Carlos Ferrada Bórquez, “La justicia administrativa en el derecho chileno,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 170.

¹²⁹ V., Consuelo Sarria Olcos, “Las acciones contencioso administrativas en la legislación positiva colombiana,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 110; Jaime Orlando Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2017, p. 876.

“También tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos; previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquella produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa.”¹³⁰

En Colombia también se admite el proceso de lesividad, estando el mismo previsto en forma indirecta¹³¹ en el artículo 136.7 del Código de Procedimientos Administrativo y de lo Contencioso Administrativo cuando al regular la caducidad de las acciones, dispone que “Cuando una persona de derecho público demande su propio acto la caducidad será de dos años, contados a partir del día siguiente al de su expedición.”

Igualmente, la fundamentación legal del proceso de lesividad también se deriva de lo dispuesto por el artículo 149 del mismo Código Contencioso Administrativo, al prever que:

“Las entidades públicas y privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan...”¹³²

En sentido similar, en Guatemala, el artículo 20 de la ley sobre lo contencioso administrativo establece la posibilidad de que el proceso de nulidad sea planteado por la administración por sus actos o resoluciones, lo que exige previamente que dicho “acto o resolución haya sido declarado lesivo para los intereses del Estado, en Acuerdo Gubernativo emitido por el Presidente de la República en consejo de

¹³⁰ V., Juan Carlos Morón Urbina, “El proceso contencioso de lesividad: catorce años después de su incorporación en el derecho peruano,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, p 716 ss.

¹³¹ V., Consuelo Sarria Olcos, “Las acciones contencioso administrativas en la legislación positiva colombiana,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 113,114; Jaime Orlando Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2017, p. 883.

¹³² V., Consuelo Sarria Olcos, “Las acciones contencioso administrativas en la legislación positiva colombiana,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 113.

Ministros,” declaración que por lo demás, sólo puede hacerse dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o acto que la origina.

En Honduras, en artículo 15 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que la Administración Pública puede “pedir la ilegalidad o la anulación de un acto propio, firme y creador de algún derecho subjetivo, cuando el órgano superior de la jerarquía administrativa que lo dictó, haya declarado en resolución fundada, que es lesivo a los intereses públicos que ella representa,” y en cuanto a la impugnación de actos administrativos de carácter generales de la Administración Pública, el artículo 13.b, le atribuye legitimación para impugnarlos a “las entidades estatales, las de Derecho Público” “siempre que el acto impugnado les afectare directamente.”

En Ecuador, en el artículo 217.11 del Código Orgánico de la Función Judicial, al enumerar las atribuciones y deberes de los jueces de las salas de lo contencioso administrativo, les confiere competencia para conocer de las impugnaciones efectuadas por los titulares de la administración pública respecto de actos lesivos al interés público y que no puedan ser revocados por la propia administración;¹³³ disposición que sigue los principios que antes se habían establecido en el artículo 97 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, al disponer en su artículo 59, la posibilidad de que en el ámbito de la Función Ejecutiva, se proceda a la anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, previa la declaratoria de lesividad para el interés público y su impugnación entre el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, en el plazo de tres meses.

Incluso en Argentina, en ausencia de ley reguladora de alguna jurisdicción contencioso administrativa, ha sido la Suprema Corte en su jurisprudencia (Caso Pustelink, fallo 291:133) la que con fundamento en el artículo 100 Ley de procedimiento Administrativo ha dispuesto que “el acto administrativo regular, aun cuando traiga aparejado vicios de ilegitimidad, ostenta cierto grado de legalidad que lo hace estable y produce presunción de legitimidad; la Administración no puede revocarlo por sí y ante sí, sino que debe demandar judicialmente al efecto o revocar el acto por razones de mérito, oportunidad conveniencia.”¹³⁴

En Venezuela, a pesar de que no hay previsión alguna en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sobre el tema de la acción de lesividad, hemos sostenido que el recurso contencioso-administrativo de

¹³³ V., Lorena Vicuña Domínguez, *El Nuevo Procedimiento Contencioso Administrativo*, Tesis de doctorado, Universidad San Francisco de Quito (consultada en internet).

¹³⁴ V., Alejandro Pérez Hualde, “La acción de lesividad y los actos “inexistentes,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, p. 741.

anulación de los actos administrativos de efectos particulares, contrariamente a lo resuelto por la Corte Primera de la Contencioso-Administrativo,¹³⁵ también podría ser interpuesto por la propia Administración Pública, particularmente respecto de los actos administrativos dictados y que sean irrevocables en virtud de haber creado o declarado derechos a favor de particulares.

Como hemos mencionado, de acuerdo a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, los actos administrativos creadores o declarativos de derechos a favor de los particulares no pueden ser revocados, por la Administración Pública (art. 19.2 y 82),¹³⁶ sancionándose el acto revocatorio en esos casos, con la nulidad absoluta (art. 19. 2);¹³⁷ razón por la cual, dictado por la Administración un acto que sea irrevocable, la única vía que tendría para pretender la cesación de efectos de dicho acto, aparte de la expropiación de los derechos e intereses derivados del acto mediando justa indemnización, es a través de la interposición de un recurso contencioso de anulación del acto en cuestión, en cuyo caso, por supuesto, la Administración tendría la legitimación activa necesaria para ello.¹³⁸

CUARTA PARTE

EL DESARROLLO DE LOS OTROS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

I. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LAS DEMANDAS DE CONDENA Y REPARACIÓN

En segundo lugar, superada la estricta asociación del proceso contencioso administrativo con el proceso de anulación de los actos administrativos, como fue en sus orígenes, otro de los procesos fundamentales en el ámbito contencioso administrativo es el proceso de las demandas de condena contra la Administración en las cuales no se plantea la nulidad de actos administrativos, es decir, por ejemplo, conforme al artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Venezuela, las pretensiones de condena al pago de sumas de dinero y la reparación de daños y perjuicios originados por

¹³⁵ V., sentencia de 13 de octubre de 1988, Caso *Cememosa*, en *Revista de Derecho Público*, N° 36, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, pp. 106 ss.

¹³⁶ V., Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la revocación de los actos administrativos” en *Revista de Derecho Público*, N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 27-30.

¹³⁷ V., Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, p. 186.

¹³⁸ V., Allan R. Brewer-Carías, “Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,” en Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 134-135.

responsabilidad de la Administración, así como las demandas por la actuación material constitutiva de vías de hecho de la Administración (arts. 9; 23,4; 24,4;25,5). En particular, conforme a dicha norma, esas pretensiones son:

“4. Las pretensiones de condena al pago de sumas de dinero y la reparación de daños y perjuicios originados por responsabilidad contractual o extracontractual de los órganos que ejercen el Poder Público.

8. Las demandas que se ejerzan contra la República, los estados, los municipios, los institutos autónomos, entes públicos, empresas o cualquier otra forma de asociación, en las cuales la República, los estados, los municipios o cualquiera de las personas jurídicas antes mencionadas tengan participación decisiva.

9. Las demandas que ejerzan la República, los estados, los municipios, los institutos autónomos, entes públicos, empresas o cualquier otra forma de asociación, en la cual la República, los estados, los municipios o cualquiera de las personas jurídicas antes mencionadas tengan participación decisiva, si es de contenido administrativo.”

En efecto, la Constitución de Venezuela, como se ha dicho, en su artículo 259 también atribuye competencia a los tribunales contencioso-administrativos para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. Ello da origen a esta competencia de los tribunales contencioso administrativos en las cuales no entran a declarar o no la nulidad de un acto administrativo por contrariedad al derecho, sino en las que pueden conocer y decidir con plenitud, dentro de los límites de sus atribuciones, de todas las pretensiones que se intenten contra los entes públicos. La Constitución, en ese sentido, señala algunos supuestos de esta competencia cuando precisa en su artículo 259 sobre “la condena al pago de sumas de dinero, la reparación de daños y perjuicios, originados por la responsabilidad de la Administración; o el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

De acuerdo a esta norma, es indudable que se está en presencia de una competencia lo suficientemente amplia como para admitir cualquier tipo de pedimento frente a la Administración de parte de un particular lesionado, por supuesto en un derecho subjetivo.

En Colombia, en ese mismo sentido, el Código Contencioso Administrativo regula la acción de reparación directa,¹³⁹ estableciendo en su artículo 86, a tal

¹³⁹ V., Consuelo Sarria Olcos, “Las acciones contencioso administrativas en la legislación positiva colombiana,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 115 ss.; Jaime Orlando

efecto, que la persona interesada” podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.”

En este mismo sentido, en Uruguay, el equivalente sería el denominado “contencioso de reparación,” el cual conforme al artículo 1 de la Ley N° 15.881, corresponde conocer a los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, respecto de toda “la materia contencioso administrativa de reparación patrimonial, en que sea parte demandada una persona pública estatal.”

Ese contencioso de reparación, según la misma norma, comprende entre otros, el contencioso de reparación por daños causados por:

“a) Actos administrativos anulados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o respecto de los cuales el Tribunal haya reservado la acción de reparación; b) actos administrativos respecto a los cuales no proceda la acción anulatoria, que son los de gobierno (siempre que así los califique el propio Tribunal de lo Contencioso Administrativo);¹⁴⁰ c) hechos u omisiones de la Administración; d) actos administrativos revocados en vía administrativa por razón de legitimidad; y e) actos legislativos y jurisdiccionales.”¹⁴¹

En el Perú, en el artículo 5.2 y 5.5 del texto Único sobre la Ley de lo contencioso administrativo se especifica que en el proceso contencioso

Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2017, p. 877.

¹⁴⁰ V., Julio A. Prat, “Contribución al estudio del acto de gobierno”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año IX, N° 4, Montevideo pp. 815 ss.; Alberto Ramón Real, “El acto de gobierno”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, T. 57, pp. 214 ss.; Horacio Cassinelli Muñoz, “Los actos de gobierno y los artículos 147, 160, 303 y 309 de la Constitución,” en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, T. 67, pp. 241 ss.; Cristina Vázquez, “Actos políticos y de gobierno,” en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, (F.C.U., Montevideo, 1996), pp. 545 ss.; y Graciela Ruocco, “Acto político y acto de gobierno. Derecho nacional,” en *Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone*, Montevideo, 2000), pp. 435 ss.

¹⁴¹ V., Carlos E. Delpiazzo, “Régimen contencioso administrativo uruguayo”, en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 447; y “Las pretensiones contencioso administrativas en Uruguay,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, pp. 676 ss.

administrativo se pueden plantear pretensiones con el objeto de obtener “el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines,” así como “la indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238 de la Ley N° 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores.”

En Costa Rica, el contencioso de las demandas contra la Administración se encuentra también regulado en el artículo 42 del Código procesal Contencioso Administrativo, al enumerar dentro de las pretensiones que el demandante puede formular, conforme al objeto del proceso, las siguientes:

c) La modificación o, en su caso, la adaptación de la conducta administrativa; c) El reconocimiento, el restablecimiento o la declaración de alguna situación jurídica, así como la adopción de cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello; e) La declaración de la existencia, la inexistencia o el contenido de una relación sujeta al ordenamiento jurídico-administrativo; f) La fijación de los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa; g) Que se condene a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico; i) Que se ordene, a la Administración Pública, abstenerse de adoptar y ejecutar cualquier conducta que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona; ¹⁴² y J) la condena al pago de daños y perjuicios.” ¹⁴³

A lo anterior se agrega lo establecido en el artículo 2 del Código sobre la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda, para también conocer de “b) Las cuestiones de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y sus funcionarios; y f) Los procesos ordinarios en los que intervenga una empresa pública.”

En el contencioso de las demandas destacan, por supuesto las relativas a la responsabilidad patrimonial, sobre las cuales, por ejemplo, en Honduras, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa precisa que la misma conocerá de “las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y de las entidades estatales” (art. 3.b). En El Salvador, el artículo 3 de la ley dispone que “también podrán deducirse pretensiones relativas a la responsabilidad patrimonial

¹⁴² V., Ernesto Jinesta Lobo, “El proceso contencioso-administrativo en Costa Rica, en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 130.

¹⁴³ *Idem.*, p. 130.

directa del funcionario o del concesionario, así como la responsabilidad patrimonial directa o subsidiaria de la Administración Pública, en su caso:” regulándose además, en el artículo 9, que “la jurisdicción contencioso administrativa conocerá de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial en los términos establecidos en el artículo 3 de la presente ley. Tales reclamaciones también podrán plantearse en la misma demanda mediante la cual se deduzcan otras pretensiones derivadas de la impugnación de actuaciones u omisiones administrativas,” y en el artículo 10, sobre las pretensiones que pueden deducirse ante la jurisdicción contencioso administrativa:

“b). El reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas necesarias para su pleno restablecimiento;” y “e) La condena a la Administración Pública al cumplimiento de sus obligaciones en los términos precisos establecidos en el acto administrativo o disposición de carácter general, cuando se determine que ha incurrido en inactividad; f) La condena al pago de reclamaciones por responsabilidad patrimonial, para lo cual deberá señalarse el monto correspondiente en la demanda y acreditarse durante el proceso los elementos suficientes que permitan, al tribunal, fijar el importe de los mismos.”

Ello se complementa con la previsión del artículo 58 de la Ley, al disponerse entre los poderes del juez contencioso administrativo, la condena al órgano de la Administración Pública al cumplimiento de sus obligaciones en los términos precisos establecidos en el acto administrativo o disposición de carácter general, cuando se determine que ha incurrido en inactividad y la condena al pago de responsabilidad patrimonial en su caso; así como el poder de “reconocer total o parcial de la situación jurídica individualizada que se hubiere pretendido” pudiendo “adoptar las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de los derechos vulnerados o, de manera sustitutiva, la indemnización de daños y perjuicios.”

En Nicaragua, el artículo 15 de la ley de lo contencioso administrativo al regular la “extensión de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo,” dispone que conocerá también de:

“2. Las cuestiones que se suscitaren sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y de la Administración Pública por los daños y lesiones que sufrieren los particulares en sus bienes, derechos e intereses, como consecuencia de las actuaciones, omisiones o vías de hecho de sus funcionarios y empleados, sin importar cuál sea la naturaleza de la actividad o tipo de relación de que se deriven. Se exceptúan aquellas demandas civiles, mercantiles o laborales que por su naturaleza deben tramitarse ante la jurisdicción ordinaria;” y

5. Las acciones de responsabilidad civil y administrativa que se produjeran en contra de los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de las causas que podrían seguirse para determinar responsabilidades penales.”

En el caso de Panamá, la Ley N° 135 de 1943 Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, reformada sustancialmente por la Ley N° 33 de 1954, enumera dentro de las competencias derivadas del artículo 206.2 de la propia Constitución,¹⁴⁴ de la Sala Tercera de la Corte Suprema la de:

“4. Restablecer los derechos particulares violados por la Administración y condenar a la Administración por reparación por lesión de derechos subjetivos, lo que abre el enorme campo para el contencioso de la responsabilidad administrativa, contractual y extra contractual.”

Por último, se destaca la previsión del artículo 217 del Código Orgánico de la Rama Judicial, que atribuye a los jueces de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, competencia para:

“4. Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; inclusive las resoluciones de la Contraloría General del Estado, así como de las demás instituciones de control que establezcan responsabilidades en gestión económica en las instituciones sometidas al control o juzgamiento de tales entidades de control. Igualmente conocerán de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públicos y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado.”

II. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

A pesar de que se trata también de un contencioso de las demandas de condena contra la Administración, en la mayoría de las leyes de América Hispánica se identifica el contencioso administrativo de los contratos públicos, atribuyéndose competencia específica a los tribunales contencioso administrativos para conocer de todas las pretensiones sobre los mismos.

¹⁴⁴ Lo que se complementa con lo establecido en el artículo 97 del Código Judicial, y por la Ley No. 38 de 2000, que contiene el procedimiento administrativo general, y cuyo Libro primero prevé el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración.

En Venezuela así fue hasta la Ley Orgánica de 2010, que atribuye competencia a la jurisdicción contencioso administrativa no sólo conocer de las pretensiones de condena originadas por responsabilidad extracontractual de la Administración, sino también por responsabilidad contractual, sea cual fuere la naturaleza del contrato público específico (art. 9.3).

En contraste, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, que regulaba antes la materia, se establecía el contencioso de los contratos como un aspecto específico del contencioso de las demandas, al atribuirse a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo competencia para conocer de las “cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o los Municipios.” (Art. 5,25)

En todo caso, en la mayoría de los países de América Latina, aparte del contencioso de las demandas de condena, se sigue regulando específicamente el proceso contencioso administrativo de los contratos públicos.

Es el caso, por ejemplo, de Colombia,¹⁴⁵ a cuyo efecto el Código de procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo dispone en la materia que:

Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.”

También es el caso del Perú, donde el artículo 4.5 del Texto Único de la Ley del contencioso administrativo, al describir las actuaciones impugnables, e indicar que procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas, específica:

“5. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la

¹⁴⁵ V., Consuelo Sarria Olcos, “Las acciones contencioso administrativas en la legislación positiva colombiana,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 102, 118 ss.; Jaime Orlando Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2017, p. 884.

administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.”¹⁴⁶

En Guatemala, el artículo 19.2 de la Ley de lo contencioso administrativo establece que procede “el proceso contencioso administrativo: “en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas; en Costa Rica, el artículo 2^a del Código procesal Contencioso Administrativo dispone que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda también conocerá de “la materia de contratación administrativa, incluso los actos preparatorios con efecto propio, así como la adjudicación, interpretación, efectos y extinción, cualquiera que sea su naturaleza jurídica;” y en El Salvador la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone el artículo 3.b de, que “en la jurisdicción contencioso administrativa podrán deducirse pretensiones relativas a las actuaciones y omisiones administrativas” en materia de “contratos administrativos,” reiterando en el artículo 10.d que entre dichas pretensiones están “las relativas a las controversias suscitadas en relación con los contratos administrativos.” A ello, el artículo 5 de la misma ley agrega que:

“podrán ser objeto de impugnación los contratos administrativos, así como los actos referidos a su interpretación, ejecución y extinción. También serán impugnables los actos de preparación y adjudicación de todos los contratos celebrados por la Administración Pública.”

En Nicaragua, por su parte, el artículo 15.1 de la Ley sobre lo contencioso administrativo al tratar sobre la “extensión de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo,” precisa que la misma conocerá de:

“Los asuntos referentes a la preparación, adjudicación, cumplimiento, interpretación, validez, resolución y efectos de los contratos administrativos celebrados por la Administración Pública, especialmente cuando tuvieren por finalidad el interés público, la prestación de servicios públicos o la realización de obras públicas.”

En Honduras, conforme a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la misma también conocerá de “las cuestiones referentes al cumplimiento, interpretación, resolución, rescisión y efectos de los contratos regulados por la Ley de Contratación del Estado que hayan sido celebrados por

¹⁴⁶ V., Víctor Sebastián Baca Oneto, “Las pretensiones como objeto del proceso contencioso administrativo en el derecho peruano,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, p. 643 ss.

cualquiera de los Poderes del Estado, por las Municipalidades y por las Instituciones Autónomas, y todo lo relativo a los Contratos de Servicios Profesionales o Técnicos que celebren los Poderes del Estado,” (art. 3.a); e igualmente, de lo relativo al “cumplimiento, interpretación, resolución y efectos de los contratos” celebrados por “Entidades de Derecho Público, tales como Colegios Profesionales y Cámaras de Comercio e Industrias,” “cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie” (art. 3.ch).

III. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA LA CARENCIA, OMISIÓN O ABSTENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Otro de los procesos contencioso administrativos que en las últimas décadas se ha regulado en la mayoría de las leyes sobre la materia, ha sido el proceso contencioso administrativo contra la carencia, la omisión o la abstención de la Administración Pública.

Este proceso, por ejemplo, se estableció en Venezuela desde 1976 en la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (arts. 42,23, y 182,1) al atribuir a la Sala Político Administrativa de dicha Corte competencia para:

“Conocer de la abstención o la negativa del presidente de la República, del Vicepresidente Ejecutivo de la República, de los Ministros o Ministras, así como de las máximas autoridades de los demás órganos de rango constitucional, a cumplir los actos a que estén obligados por las leyes.”¹⁴⁷

La competencia general se encuentra regulada desde 2010 en los artículos 9.2, 23.3, 24.3 y 25.4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando al enumerar las competencias de todos los tribunales de la Jurisdicción, establece la referida a “la abstención o la negativa de las autoridades a producir un acto al cual estén obligados por la ley,” incluyendo los Consejos Comunales y otras entidades que ejerzan la función administrativa (arts. 9, 2 y 10).

En el Perú, el artículo 4.2 del Texto Único de la Ley del contencioso administrativo, al referirse a las “actuaciones administrativas impugnables,” además de indicar que “procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas,” especifica entre ellas, “la inercia y

¹⁴⁷ V., sobre esta norma en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, Allan R. Brewer-Carías, “La abstención, silencio y negativa de la Administración y su control” en *El Derecho Venezolano en 1982*, Ponencias al Congreso Internacional de Derecho Comparado, UCV, Caracas, 1982, pp. 603 ss.

cualquier otra omisión de la administración pública.¹⁴⁸“Por ello, en el artículo 5.4 de la ley, al regularse las pretensiones, dispone que en el proceso contencioso administrativo se pueden plantear pretensiones con el objeto de que “se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.”

En Nicaragua el artículo 14 de la Ley sobre lo contencioso administrativo, al regular el ámbito de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, establece que también debe conocer “de las pretensiones que los interesados presenten en la correspondiente demanda en relación con omisiones” de la Administración, indicándose además, en el artículo 15.3 de la ley, al regular la “extensión de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo ,” que la misma debe conocer, entre otras, pero específicamente, de las demandas contra las omisiones de “la Contraloría General de la República, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, Fiscalía General de la República, Procuraduría General de Justicia, por la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras y la Superintendencia de Pensiones.”

En Panamá, la Ley N° 135 de 1943 Orgánica de la Jurisdicción Contencioso administrativa, reformada sustancialmente por la Ley N° 33 de 1954, al enumerar la competencia de la sala Tercera de la Corte Suprema, que deriva del artículo 206.2 de la propia Constitución, identifica la competencia para:

“2. Controlar las omisiones en que incurran, en el ejercicio de sus funciones, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas”.

En El Salvador, siguiendo la orientación de la legislación española,¹⁴⁹ se reguló el llamado proceso contencioso administrativo contra “la inactividad de la Administración” (art. 3.d), entendiéndose que:

¹⁴⁸ V., Víctor Sebastián Baca Oneto, “Las pretensiones como objeto del proceso contencioso administrativo en el derecho peruano,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, pp. 643 ss.

¹⁴⁹ El Artículo 29.1 de la ley sobre lo contencioso administrativo de España dispone, en efecto, que “Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los

“la inactividad de la Administración Pública se generará cuando esta, sin causa legal, no ejecute total o parcialmente una obligación contenida en un acto administrativo o en una disposición de carácter general que no necesite de actos de ejecución para la producción de sus consecuencias jurídicas. Dicha obligación deberá ser concreta y determinada a favor de una o varias personas individualizadas o individualizables, y quienes tuvieran derecho a ella deben haber reclamado previamente su cumplimiento en los términos regulados en el artículo 88 de esta ley” (art. 6).

El artículo 3.4 de la Ley agrega, además, que ante la jurisdicción contencioso administrativa también pueden deducirse pretensiones relativas a las “omisiones de naturaleza administrativa de los concesionarios.”

En sentido similar en Nicaragua en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se ha regulado el denominado “recurso especial por retardación,” que conforme al artículo 37 de la misma procede “cuando la Administración Pública estuviere obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, ya fuere en virtud de una disposición general que no precisare de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo,” en cuyo caso los administrados pueden “reclamar a la Administración el cumplimiento de dicha obligación.” La norma agrega que

“si la Administración no diere cumplimiento a lo solicitado en un plazo de cuarenta y cinco días o no hubiere llegado a un acuerdo con los interesados, éstos podrán ejercer la acción contencioso-administrativa contra la inactividad administrativa demandando a la Administración el cumplimiento de sus obligaciones en los términos establecidos.”

La misma norma agrega que cuando la Administración no ejecutare sus resoluciones firmes, los interesados pueden “solicitar su ejecución y si ésta no se produjere en el plazo de treinta días desde que hubiere sido formulada la petición, aquellos podrán acudir a la vía contencioso administrativa para su pronta ejecución, sin perjuicio de las responsabilidades e indemnizaciones a que hubiere lugar: De la misma forma podrá procederse cuando haya retardación del procedimiento administrativo.”

Por último, debe mencionarse que, en Colombia, la defensa judicial frente al incumplimiento de la Administración respecto de sus deberes establecidos en leyes y actos administrativos, está garantizada mediante una acción constitucional, que es la acción de cumplimiento prevista en el artículo 87 de la Constitución que establece que:

interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.”

“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.”

La acción está regulada en la Ley 1473 de 2011, como lo señala Jaime Orlando Santofimio, “como una acción de carácter constitucional que comparte naturaleza de acción popular con elementos propios de las acciones individuales o particulares de competencia de las autoridades judiciales, de interpretación y aplicación excepcional y restrictiva, intemporal, de trámite preferencial para “exigir de las autoridades la realización del deber omitido.”¹⁵⁰

IV. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA LAS VÍAS DE HECHO Y LAS ACTUACIONES MATERIALES DE LA ADMINISTRACIÓN

Otra de las tendencias que pueden destacarse en relación con las regulaciones sobre lo contencioso administrativo en los países hispanoamericanos, abandonando la vinculación con el acto administrativo otrora único objeto de los recursos, ha sido la regulación del proceso contencioso administrativo contra las vías de hecho o las actuaciones materiales de la Administración, en cuyos casos, precisamente no está en juego un acto administrativo.

Así se ha regulado, por ejemplo, en el artículo 42.2.a del Código del Procedimiento Contencioso Administrativo de Costa Rica, al establecer que el “demandante podrá formular cuantas pretensiones sean necesarias, conforme al objeto del proceso,” pudiendo específicamente solicitar:

“h) La declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico de una actuación material, constitutiva de una vía de hecho, su cesación, así como la adopción, en su caso, de las demás medidas previstas en el inciso d) de este artículo.”¹⁵¹

En sentido similar, en el Perú, los artículos 4.3 y 4.4 del texto Único de la Ley sobre el contencioso administrativo, entre las “actuaciones impugnables,” al disponer que “procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas,” enumeran como impugnables en el proceso

¹⁵⁰ V., Jaime Orlando Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2017, pp. 896, 987.

¹⁵¹ V., Ernesto Jinesta Lobo, “El proceso contencioso-administrativo en Costa Rica, en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 130.

contencioso administrativo, tanto “la actuación material que no se sustenta en acto administrativo,” como “la actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico.”¹⁵² Por tanto, entre las pretensiones que pueden plantearse en el proceso contencioso administrativo, conforme al artículo 5.3 de la Ley están aquellas que tiene por objeto obtener “la declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.”

En Venezuela, igualmente en forma general el artículo 9.3 de la Ley Orgánica de 2010 al enumerar las competencias de la Jurisdicción, establece aquella para conocer de “las reclamaciones contra las vías de hecho atribuidas a los órganos del Poder Público.”

En El Salvador, igualmente, el artículo 3.d de la Ley sobre lo contencioso administrativo es clara en establecer que en la jurisdicción contencioso administrativa pueden deducirse pretensiones relativas a las actuaciones y omisiones administrativas respecto de la “actividad material de la Administración Pública constitutiva de vía de hecho;” precisando el artículo 7 de la ley que:

“Constituye vía de hecho la actuación material de la Administración Pública realizada sin respaldo en un acto administrativo previo, o en exceso del contenido de este.”

En esta materia, conforme con los artículos 10.c y 58 de la misma Ley, la pretensión que se en este caso se puede formular ante la jurisdicción contencioso administrativa tiene por objeto “la declaración de ilegalidad de la actuación material constitutiva de vía de hecho, la orden de cese de dicha actuación” y, en su caso, adoptar las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de los derechos vulnerados o, de manera sustitutiva, la indemnización de daños y perjuicios.

En Nicaragua el artículo 14 de la Ley sobre el contencioso administrativo, al definir el ámbito de la Jurisdicción, establece que puede conocer de las pretensiones que los interesados presenten en la correspondiente demanda en relación con situaciones y simples vías de hecho de la Administración Pública; agregando el artículo 15.3, al regular la “extensión de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo,” que la misma también conoce de las demandas incoadas contra las simples vías de hecho emitidas por “la Contraloría General

¹⁵² V., Víctor Sebastián Baca Oneto, “Las pretensiones como objeto del proceso contencioso administrativo en el derecho peruano,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, pp. 648 ss.

de la República, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, Fiscalía General de la República, Procuraduría General de Justicia, por la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras y la Superintendencia de Pensiones.”

La Ley nicaragüense precisa en su artículo 38, que en estos casos de vías de hecho, el interesado puede solicitar a la Administración el cese de la actuación, pudiendo el interesado si la solicitud no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a su presentación, acudir directamente a la jurisdicción contencioso administrativa “para que la actuación sea declarada contraria a derecho, se ordene el cese de dicha actuación y se adopten, en su caso, las medidas necesarias para restablecer la legalidad.”

V. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Otro de los procesos contencioso administrativos que comienza a encontrar regulación expresa es el que se refiere a los servicios públicos. Sobre ello, el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Venezuela de 2010, enumera entre las competencias de la misma:

“5. Los reclamos por la prestación de los servicios públicos y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por los prestadores de los mismos.”

Igualmente, en Nicaragua, al definir la “extensión de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo” el artículo 15.d de la Ley sobre el contencioso administrativo indica que también conocerá de:

“Los reclamos que los administrados formulen en contra de las actuaciones de la Administración concedente, relativos a la fiscalización y control de las actividades de los concesionarios de los servicios públicos, siempre que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a ellos, así como en contra de las actuaciones de los propios concesionarios en cuanto implicaren el ejercicio de potestades administrativas.”

En el caso de Panamá, igualmente, la Ley N° 135 de 1943 Orgánica de la Jurisdicción Contencioso administrativa reformada sustancialmente por la Ley N° 33 de 1954, conforme a las competencias definidas en el artículo 206.2 de la Constitución, para la Sala Tercera de la Corte Suprema, le asigna competencia para “controlar la prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos.”

Por último, en Ecuador, de acuerdo al Art. 217.8 del Código Orgánico de la Función Judicial, corresponde a los jueces de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo:

“Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.”

VI. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LOS CONFLICTOS INTERADMINISTRATIVOS

Otro de los procesos contencioso administrativos que se ha venido delineando en los últimos años ha sido el contencioso de los conflictos entre órganos de la Administración. En tal sentido, en Venezuela, respecto de los conflictos entre los órganos de las entidades territoriales, el artículo 9.7 de la Ley Orgánica de la jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010 incluye en las competencias de la Jurisdicción, la de conocer sobre:

“La resolución de 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.”

En la República Dominicana, por su parte, la Constitución de 2010 enumera en su artículo 165.3, entre las atribuciones de los tribunales superiores administrativos, la de:

“Conocer y resolver en primera instancia o en apelación, de conformidad con la ley, las acciones contencioso administrativas que nazcan de los conflictos surgidos entre la Administración Pública y sus funcionarios y empleados civiles.”

Por su parte, en Nicaragua, el artículo 15.6 de la Ley sobre lo contencioso administrativo, al precisar la “extensión de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo,” indica que la misma conocerá de:

“Los conflictos de carácter administrativo que surgieran entre los distintos organismos de la Administración Pública; los conflictos administrativos de carácter intermunicipal o interregional, o entre los municipios y las Regiones Autónomas, y los de éstos con la Administración Pública.”

A tal efecto, el artículo 35 de la Ley sobre el Poder Judicial, le asigna competencia a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, específicamente para:

“2. Conocer y resolver los conflictos administrativos surgidos entre los organismos de la Administración Pública y entre éstos y los particulares. 3. Conocer y resolver los conflictos que surjan entre las Regiones Autónomas o entre éstas y los organismos del Gobierno Central. 4. Conocer y resolver los conflictos que surjan entre los municipios, o entre éstos y los organismos de las Regiones Autónomas o del Gobierno Central. 5. Conocer las excusas por impuncias y recusaciones contra los miembros de la Sala.”

VII. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA INTERPRETACIÓN DE LEYES

Otro proceso contencioso administrativo que se ha regulado expresa y específicamente en algunas Leyes sobre el contencioso administrativo de América Latina, es el proceso contencioso administrativo de interpretación de leyes que por ejemplo, se ha regulado en el artículo 9.6 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo de Venezuela, al asignársele a los tribunales competencias para conocer de “la resolución de los recursos de interpretación de leyes de contenido administrativo.”

Este proceso, que en definitiva es un proceso de interpretación abstracta de leyes, se estableció inicialmente en forma específica en la Ley de Carrera Administrativa de 1970, y de resto solo mencionado incidentalmente.¹⁵³ En dicha Ley, en efecto, se consagró un recurso de interpretación ante el Tribunal de la Carrera Administrativa, en relación a las dudas que surgieran en cuanto a la aplicación e interpretación de dicha Ley y sus Reglamentos, aclarándose que el ejercicio de dicho recurso no podía ser motivo para la paralización de ninguna medida que las autoridades competentes puedan ordenar.¹⁵⁴

Mediante esta norma puede decirse que por primera vez se consagró expresamente en Venezuela la competencia de interpretación atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa, aun cuando en este caso, limitada al contencioso-funcionarial.

Posteriormente, en la mencionada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 se estableció en forma general la competencia del Supremo Tribunal para “conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales”, pero precisándose que ello procedía solo “en los casos previstos en la Ley” (Art. 42,24), con lo cual dicha competencia quedaba sujeta a lo que se regulara expresamente en leyes específicas.

¹⁵³ V., Allan R. Brewer-Carías y Enrique Pérez Olivares. “El recurso contencioso-administrativo de interpretación en el sistema jurídico venezolano,” en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, N° 32, Caracas, 1965, pp. 103-126.

¹⁵⁴ Artículo 64 de la derogada Ley de Carrera Administrativa de 1970.

En la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 se produjo un cambio sustancial en la materia, habiendo quedado regulado el recurso de interpretación en el artículo 5.52, como una competencia general de todas las Salas del Tribunal Supremo, que fue lo que se recogió en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de 2010. En el artículo 31,5 de dicha Ley, en efecto, se especifica que corresponde a cada Sala con competencia afín con la materia debatida, la competencia para:

“Conocer de las demandas de interpretación acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso que disponga la ley para dirimir la situación de que se trate”.

Ahora conforme a la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010, la competencia de los tribunales contencioso administrativos específicamente se refiere a “la resolución de los recursos de interpretación de las leyes de contenido administrativo” (art. 9,5), competencia que por lo demás la Ley reservó a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo (art. 23,21) como el más alto tribunal de la Jurisdicción.

En otros países, sin embargo, se observa el desarrollo de un contencioso de interpretación, pero de los actos administrativos. Es el caso de Panamá, donde la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución de 3 de agosto de 1993, estableció que el proceso contencioso de interpretación es la vía jurídica adecuada para que la misma se pronuncie sobre “la recta interpretación de un acto administrativo, que constituye la base para decidir un negocio jurídico o que se ventila,” cuando se necesita “deslindar el sentido, el verdadero significado y alcance de ese acto administrativo.”¹⁵⁵

QUINTA PARTE

EL DESARROLLO DE LA POTESTAD CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MÁS ALLÁ DE LA SUSPENSIÓN DE EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Otra de las tendencias que se aprecia en el desarrollo del proceso contencioso administrativo en América Latina, igualmente para garantizar una tutela judicial efectiva de los administrados frente a la Administración, ha sido la

¹⁵⁵ V., Carlos Gasnell Acuña, “La jurisdicción contenciosa administrativa en Panamá,” en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo*. Centroamérica y México, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, p. 238.

progresiva ampliación del poder cautelar del juez, abriéndose así una amplia gama de medidas cautelares más allá de la clásica medida de suspensión de los efectos de los actos administrativos de efectos particulares impugnados.

En Venezuela, por ejemplo, después de años de desarrollo jurisprudencial en particular con motivo de las acciones de nulidad y amparo contra los actos administrativos, que con base en las previsiones generales establecidas en el Código de Procedimiento Civil en materia de medidas cautelares innominadas,¹⁵⁶ el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010 ha terminado por establecer un amplio poder cautelar del juez contencioso administrativo disponiendo que “está investido de las más amplias potestades cautelares,” quedando facultado, en consecuencia, para:

“dictar, aún de oficio, las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación fáctica concreta, imponiendo ordenes de hacer o no hacer a los particulares, así como a los órganos y entes de la Administración Pública, según el caso concreto, en protección y continuidad sobre la prestación de los servicios públicos y en su correcta actividad administrativa.”¹⁵⁷

En cuanto al procedimiento, la Ley Orgánica establece un procedimiento común para el caso de tramitación de medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos, el cual se debe aplicar en general, incluso en los casos de solicitudes de amparo cautelar que se formulen junto con las acciones de nulidad de actos administrativos (art. 103), indicándose que pueden solicitarse por las partes en cualquier estado y grado del procedimiento, pudiendo ser acordadas por el tribunal como las estime pertinentes:

“para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y de ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.” (art. 104).

A tal efecto, conforme a la Ley Orgánica, el tribunal cuenta con los más amplios poderes cautelares para proteger no sólo a los demandantes, sino como lo dice el artículo 104, “la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y

¹⁵⁶ V., Víctor Hernández Mendible, *La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*, Vadell Hermanos Editores, Valencia 1998.

¹⁵⁷ Alejandro Canónico, “La nueva regulación y tratamiento jurisprudencial sobre la tutela cautelar en el contencioso administrativo venezolano,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, pp. 793 y ss.

el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso.” En las causas de contenido patrimonial, la Ley Orgánica prescribe que el tribunal puede exigir garantías suficientes al solicitante. Al trámite de las medidas cautelares se le debe dar prioridad (art. 105); y en cuanto al trámite de la oposición a las mismas que formulen se debe aplicar lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil (art. 106).

Esta tendencia se aprecia igualmente en las previsiones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia, en el cual en los procesos contencioso administrativos se autoriza al Juez o Magistrado Ponente para decretar, en providencia motivada, “las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia” (art. 229), indicándose en el artículo 230, que dichas medidas cautelares “podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda,” enumerándose en la norma las siguientes medidas que podrían ser decretadas:

“1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente in dictará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.”¹⁵⁸

En Costa Rica, igualmente el artículo 19.1 del Código de procedimiento Contencioso Administrativo, establece una cláusula residual otorgándole al juez contencioso-administrativo un poder de cautela general, al indicar que podrá ordenar “las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la

¹⁵⁸ V., Jaime Orlando Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2017, pp. 914 ss.

sentencia,” con lo que su contenido es *numerus apertus*, pudiendo decretar provisionales positivas, anticipatorias o innovativas y no solo meramente conservativas,¹⁵⁹ específicamente, “cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida, y siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad” (art. 21).

Al efecto, el artículo 20 del Código dispone que “las medidas cautelares podrán contener la conservación del estado de cosas, o bien, efectos anticipativos o innovativos, mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial,” pudiendo el tribunal o el juez respectivo “imponerle, provisionalmente, a cualquiera de las partes del proceso, obligaciones de hacer, de no hacer o de dar.”

En todo caso, el Código le impone al Juez, para otorgar o denegar alguna medida cautelar, el deber de “considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros” (art. 22).

Igualmente, en el Perú, en el artículo 38 del Texto único refundido de la Ley de lo Contencioso Administrativo, se dispone el poder del juez de dictar medidas cautelares antes de iniciado un proceso o dentro de éste, “siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva,” siguiéndose en general las previsiones del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en la Ley,¹⁶⁰ siendo “especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar” (art. 41).

¹⁵⁹ V., Ernesto Jinesta Lobo, “El proceso contencioso-administrativo en Costa Rica, en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 128; y “medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, p. 926.

¹⁶⁰ V., Ramón Huapaya Tapia, “Criterios para la adopción de medidas cautelares en la normativa que regula el proceso contencioso administrativo en el per (En particular el requisito de ponderación entre la verosimilitud del derecho y el interés legítimo,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, pp. 910 ss.

Conforme al artículo 39 de la misma Ley, las medidas cautelares se deben dictar “en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:”

“1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.

2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.

3. Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.”

En la ley, en ésta forma se han incorporado los clásicos principios a ser analizados por el Juez para dictar las medidas cautelares: en primer lugar el *fumus boni iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenaza de violación del derecho alegado por el demandante; y en segundo lugar, el *periculum in mora*, con el objeto por ejemplo de preservarse la situación existente, ante el riesgo inminente de que pueda causarse un perjuicio irreparable en la definitiva si el acto se ejecuta.

Igualmente, en El Salvador, la Ley sobre lo contencioso administrativa de 2017 ha establecido en general, que las partes en los procesos contencioso administrativos, pueden “solicitar en cualquier estado del proceso, incluso en la fase de ejecución de la sentencia, la adopción de cuantas medidas fuere necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia” (art. 97).

Igualmente, en México, el artículo 24 de la Ley federal sobre el contencioso administrativo autoriza al juez en el juicio contencioso administrativo, adoptar “todas las medidas cautelares positivas necesarias para evitar que el litigio quede sin materia o se cause un daño irreparable al actor,” regulándose, además, específicamente la medida de suspensión de efectos al disponer la norma que:

“una vez iniciado el juicio contencioso administrativo, salvo en los casos en que se ocasione perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público, y con el fin de asegurar la eficacia de la sentencia, el Magistrado Instructor podrá decretar la suspensión de la ejecución del acto impugnado, a fin de mantener la situación de hecho existente en el estado en que se encuentra.”

La suspensión de efectos del acto recurrido, además, como lo indicó Gustavo Esquivel, debe proceder siempre “que no se trate de actos consumados irreparablemente; que causen al actor daños mayores de no concederse la suspensión y, que sin prejuzgar acerca del fondo de la cuestión planteada, se advierta claramente la ilegalidad manifiesta del acto administrativo controvertido, lo que se conoce como la apariencia del buen derecho.”¹⁶¹

Sin embargo, no en todos los países latinoamericanos se pueden apreciar avances en materia de medidas cautelares como los indicados, habiendo permanecido en muchos de ellos circunscritas las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo a la clásica suspensión de efectos del acto administrativo recurrido, partiendo del principio general también clásico de los efectos no suspensivos de los recursos o acciones contencioso administrativas.

Por ello, por ejemplo, en Guatemala el artículo 18 de la Ley de lo contencioso administrativo especifica que el recurso contra los actos administrativos carecer de efectos suspensivos, pudiendo sin embargo el juez, para casos concretos excepcionales, decidir lo contrario y suspender los efectos del acto recurrido.

En Argentina, la medida cautelar contencioso administrativa clásica es la suspensión de efectos del acto recurrido,¹⁶² al igual que en el Uruguay ¹⁶³ donde el artículo 30 del decreto ley N° 15.524 de 9 de enero de 1984, prevé que:

“en las acciones deducidas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte interesada y previa vista por el término de seis días a la persona jurídica estatal demandada, el Tribunal podrá disponer la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto

¹⁶¹ V., Gustavo Arturo Esquivel Vázquez, “El derecho contencioso administrativo en México,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 347.

¹⁶² Julio Pablo Comadira, “La suspensión judicial de efectos del acto administrativo en Argentina en la nueva Ley de medidas cautelares en las que el Estado es parte,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, pp. 822 ss.

¹⁶³ V., Carlos E. Delpiazzo, “Las pretensiones contencioso administrativas en Uruguay,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, pp. 681.

impugnado, si ésta fuere susceptible de causar un perjuicio grave, o de difícil reparación, o irreparable, en caso de dictarse ulteriormente un fallo anulatorio.”¹⁶⁴

Igualmente es el caso en Uruguay, donde solo se regula en la Ley No. 15.869 de 1987, que “el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a pedido de la parte actora, que deberá formularse con la demanda y previa sustanciación con un traslado por seis días a la parte demandada, podrá decretar la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto impugnado, siempre que la misma fuere susceptible de irrogar a la parte actora daños graves, cuyo alcance y entidad superen los que la suspensión pudiere ocasionar a la organización y funcionamiento del órgano involucrado” (art. 2).

En Nicaragua, en los artículos 62 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa también se reducen las medidas cautelares a la suspensión de efectos del acto recurrido, la cual puede acordarla el Tribunal, de oficio o a solicitud de parte interesada, sin que ello pueda significar pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto.

La norma autoriza al demandante para que en el escrito de demanda el actor pueda “solicitar la suspensión del acto o sus efectos de la resolución, disposición, omisión o simple vía de hecho que le agravia, expresando las razones que crea le asistan y su ofrecimiento de garantizar los eventuales perjuicios que dicha suspensión pueda causarle a la administración o a terceros.” En esos casos, la Sala respectiva del Tribunal competente debe acordar la suspensión del acto, “si a su juicio el interés público lo aconsejare, cuando concurrieren circunstancias que no contravengan al orden público ni causen perjuicios al interés general; que los daños y perjuicios que pudieren causársele al agraviado con la ejecución, a juicio del Tribunal no fueren susceptibles de reparación, o que el demandante otorgare la garantía suficiente y necesaria para reparar el daño o indemnizar los perjuicios que la suspensión solicitada pudiera causar a terceros, en caso de que la demanda fuere declarada sin lugar.”

La suspensión de efectos del acto recurrido también puede pronunciarse de oficio por el tribunal, en los siguientes casos enumerados en el artículo 63 de la ley:

“1) Cuando se tratase de algún acto que, de llegar a consumarse, haría materialmente improbable e imposible restituir al demandante el goce del derecho reclamado.

¹⁶⁴ V., Carlos E. Delpiazzo, “Régimen contencioso administrativo uruguayo, “en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 453.

2) Cuando fuere notoria o evidente la falta de competencia de la autoridad, funcionario o agente contra quien se interpusiere la demanda.

3) Cuando el acto fuere de aquellos que ninguna autoridad puede ejecutar legalmente. La suspensión a la que se refiere el presente artículo deberá ser declarada por la Sala respectiva del Tribunal competente, el cual deberá efectuar la respectiva notificación en un plazo de tres días hábiles por medio de cédula judicial o de cualquier medio o vía que contenga los elementos esenciales de la notificación y que dejare constancia por escrito para su cumplimiento inmediato.”

En Honduras, igualmente, la regulación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en la materia solo se refiere a la posibilidad de suspensión de los efectos del acto administrativo que el Tribunal puede decretar a solicitud del demandante (art. 120), en cualquier estado del proceso (art. 122), “cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil” (art. 121); pudiendo el Tribunal exigir “si pudiere resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero, caución suficiente para responder de los mismos” (art. 123).

En otros países, donde no existe regulación legal sobre los procesos contencioso administrativos, como es el caso en Chile, las medidas cautelares en los casos de demandas contra los actos administrativos se adoptan aplicando en forma supletoria las normas en la materia en el Código de Procedimiento Civil, sobre lo cual como lo apunta Ferradas, “la propia insuficiencia de las medidas cautelares típicas del procedimiento civil -en relación al proceso administrativo- ya han supuesto un desafío al otorgamiento de la medida cautelar ordinaria de la justicia administrativa, la suspensión del acto administrativo impugnado, en la medida que ésta no se encuentra expresamente reconocida en la normativa citada.

A ello se añade la renuencia de los jueces a conceder esta medida suspensiva, exigiendo altos estándares de probabilidad del daño patrimonial y de apariencia de buen derecho, lo que hace prácticamente imposible su procedencia.”¹⁶⁵

¹⁶⁵ V., Juan Carlos Ferrada Bórquez, “La justicia administrativa en el derecho chileno,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 173.

En Panamá, igualmente, la medida cautelar de suspensión de efectos de los actos administrativos impugnados, fue admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia desde 1991, desarrollándose en la doctrina de la Sala de lo Contencioso de la Corte Suprema para decretarla, la exigencia de que exista apariencia de buen derecho (*Fumus Bonis Iuris*) y de *Periculum in mora*.¹⁶⁶

SEXTA PARTE

ALGUNOS AVANCES EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

Uno de los aspectos tradicionales de los procesos contencioso administrativos, en los cuales la tutela judicial efectiva no ha tenido las garantías suficientes, es el de la ejecución de las sentencias dictadas por los Tribunales, la cual tradicionalmente ha sido una función ejecutiva y no judicial, no habiéndose otorgado siempre a los jueces los poderes necesarios para lograrlo, los cuales, además, han tenido como escollo, entre otros, el clásico privilegio de la inembargabilidad de los bienes del Estado.

Para captar la situación de la problemática en América Latina, podemos comenzar haciendo referencia a la más reciente de las leyes dictadas en materia contencioso administrativa, que es la Ley de la jurisdicción Contencioso Administrativa de El Salvador de 2018, en la cual se ha reglado el tema de la ejecución de las sentencias dictadas en contra del Estado, en la cual se asigna al órgano correspondiente de la Administración Pública la obligación de practicar las diligencias necesarias para el cumplimiento de la sentencia en el plazo que establezca el Tribunal, el cual no debe ser superior a 30 días (art. 63). El órgano de la Administración debe informar al Tribunal, al día siguiente del vencimiento del plazo establecido para la ejecución de la sentencia estimatoria, sobre “su cumplimiento exacto, so pena de la imposición de una multa diaria de acuerdo a lo establecido en el artículo 118 de la presente ley,” estimándose que la falta del referido informe supone la falta de cumplimiento de la sentencia (art. 65).

En todo caso, si en el plazo señalado para la ejecución de la sentencia, el órgano de la Administración Pública no ha rendido el informe de cumplimiento o no ha dado cumplimiento a la sentencia, el Tribunal debe requerir al superior jerárquico, si lo hubiere, para que la haga cumplir (art. 66), disponiendo la ley que “el incumplimiento de la sentencia dará lugar a responsabilidad patrimonial

¹⁶⁶ V., Carlos Gasnell Acuña, “La jurisdicción contenciosa administrativa en Panamá,” en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo*. Centroamérica y México, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, p. 218.

directa del funcionario o concesionario obligado al cumplimiento,” pudiendo además ser objeto de un proceso penal por desacato a cargo de la Fiscalía General de la República.

El artículo 67 de la ley, en todo caso de incumplimiento de las sentencias, establece las potestades del Tribunal para proceder a su ejecución forzosa, pudiendo:

“a. Ejecutarla a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y demás servidores del órgano de la Administración o del concesionario que hubiere sido condenado o, en su defecto, de otros órganos de la Administración Pública.

b. Adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias hasta lograr la eficacia del fallo, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo al órgano de la Administración Pública o al concesionario que hubiere sido condenado.”

En estos casos, dispone la misma norma, si el órgano de la Administración Pública realizaren “alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo, el Tribunal, a instancia de los interesados, procederá a restablecer la situación en los términos exigidos por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento.”

En los casos de sentencias condenatorias de la Administración al pago de cantidades líquidas el artículo 68 autoriza al Tribunal a que ordene “se libren y autoricen las órdenes de pago con cargo a las partidas de su presupuesto,” y solo si por razones financieras previamente calificadas por el Tribunal, no fuere posible cargar la orden de pago al presupuesto vigente, el funcionario respectivo está obligado a incluir en el presupuesto del año siguiente las asignaciones o partidas necesarias para el pago de lo ordenado en la sentencia. En este último caso, el cumplimiento de la sentencia debe ejecutarse dentro de los primeros noventa días del año fiscal correspondiente.

Otra de las legislaciones recientes dictadas en América Latina es el Código de procedimiento Contencioso Administrativo de Costa Rica, en el cual se establecieron disposiciones importantes en la materia, comenzando incluso con la creación de un cuerpo especializado de “jueces ejecutores,” encargados de la ejecución de las sentencias del Juzgado de lo Contencioso Administrativo, a los cuales se asignan “todos los poderes y deberes necesarios para su plena efectividad y eficacia,” pudiendo dictar o disponer “a solicitud de parte, las medidas adecuadas y necesarias para su pronta y debida ejecución”(art. 155), e incluso, “solicitar el auxilio de la Fuerza Pública para la ejecución plena e íntegra de las sentencias y demás resoluciones dictadas por el Tribunal de juicio, cuando contengan una obligación de hacer, de no hacer o de dar, y estas no sean cumplidas voluntariamente por la parte obligada” (art. 156).

De acuerdo con el artículo 159, los funcionarios que incumplan sin justa causa cualquiera de los requerimientos de los jueces ejecutores tendiente a la efectiva ejecución del fallo deben ser sancionados “con una multa de uno a cinco salarios base, de conformidad con el artículo 2 de la Ley N° 7337” cuyo cobro efectivo se hará mediante el trámite del proceso ejecutivo (art. 160). En todo caso, si después de impuestas las multas, persiste el incumplimiento de la Administración, el juez executor puede:

“a) Ejecutar la sentencia requiriendo la colaboración de las autoridades y los agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras administraciones públicas, conforme a los procedimientos administrativos establecidos en el ordenamiento jurídico.

b) Adoptar las medidas necesarias y adecuadas para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente a la conducta omitida, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración Pública condenada; todo conforme a los procedimientos administrativos establecidos en el ordenamiento jurídico.

c) Para todos los efectos legales, el juez o la autoridad pública requerida por él, se entenderá competente para realizar todas las conductas necesarias, con el objeto de lograr la debida y oportuna ejecución del fallo, todo a cargo del presupuesto de la Administración vencida. El propio juez executor podrá adoptar las medidas necesarias, a fin de allegar los fondos indispensables para la plena ejecución, conforme a las reglas y los procedimientos presupuestarios,” (161).

En los casos de sentencias que condenen a la Administración Pública al pago de una cantidad líquida, la misma, conforme se dispone en el artículo 166, debe acordarlo y verificarlo de inmediato, “si hay contenido económico suficiente y debidamente presupuestado,” para cuyo efecto, “la sentencia firme producirá, automáticamente, el compromiso presupuestario de los fondos pertinentes para el ejercicio fiscal en que se produzca la firmeza del fallo.” Para hacer cumplir el fallo, tratándose del Gobierno Central, el juez executor debe remitir la certificación de lo dispuesto en la sentencia al Departamento de Presupuesto Nacional, constituyendo dicha certificación “título suficiente y único para el pago respectivo.” Para tal efecto, el director del Departamento de Presupuesto Nacional está obligado a incluir, “en el presupuesto inmediato siguiente, el contenido presupuestario necesario para el debido cumplimiento de la sentencia, so pena de incurrir en responsabilidad civil, penal o disciplinaria; de no hacerlo así, el incumplimiento de la obligación anterior se presumirá falta grave de servicio” (art. 167).

En el caso de Honduras, es de interés destacar que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone, en el caso de condenas al pago de sumas de dinero contra la Administración, que si no se produce el cumplimiento voluntario

por el órgano que hubiese producido el acto impugnado (art. 95), transcurridos un lapso de un año sin que se asegurase el medio de pago mediante los trámites presupuestarios, entonces “el Juzgado, a petición de parte, ejecutará la sentencia procediendo de conformidad con los trámites del procedimiento de apremio” (art. 98); entendiéndose por tal “el embargo de bienes suficientes para hacer efectivas las obligaciones de dar, cuando éstas consistan en entregar determinadas cantidades de dinero”(art. 133). La Ley agrega además, una prohibición a la “la Secretaría de Estado en los Despachos de Planificación, Coordinación y Presupuesto” de presentar al Congreso Nacional “ningún Proyecto de Presupuesto o de reformas al Presupuesto vigente ni los órganos competentes emitirán dictámenes favorables sobre los Proyectos de Presupuesto o de reforma a los vigentes de las Instituciones Estatales, si en los mismos no se contemplan las partidas suficientes para el cumplimiento de las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo”(art. 99).¹⁶⁷

El Código de Costa Rica, además, contiene una novedosa regulación en relación con la ejecución forzosa contra la Administración mediante la medida de embargo, al enumerar en su artículo 169, los siguientes bienes del Estado, como “bienes embargables”:

“a) Los de dominio privado de la Administración Pública, que no se encuentren afectos a un fin público.

b) La participación accionaria o económica en empresas públicas o privadas, propiedad del ente público condenado, siempre que la totalidad de dichos embargos no supere un veinticinco por ciento del total participativo.

c) Los ingresos percibidos efectivamente por transferencias contenidas en la Ley de Presupuesto Nacional, en favor de la entidad pública condenada, siempre que no superen un veinticinco por ciento del total de la transferencia correspondiente a ese período presupuestario.”

Precisó además, el Código, como bienes inembargables, “los bienes de titularidad pública destinados al uso y aprovechamiento común,” o los “vinculados directamente con la prestación de servicios públicos en el campo de la salud, la educación o la seguridad y cualquier otro de naturaleza esencial,” al igual que “los bienes de dominio público custodiados o explotados por particulares bajo cualquier título o modalidad de gestión; sobre las cuentas corrientes y cuentas cliente de la Administración; sobre los fondos, valores o bienes que sean indispensables o insustituibles para el cumplimiento de fines o

¹⁶⁷ V., Edmundo Orellana, “La jurisdicción contenciosa administrativa en Honduras,” en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, p. 78.

servicios públicos; sobre recursos destinados por ley a una finalidad específica, al servicio de la deuda pública tanto de intereses como de amortización, al pago de servicios personales, a la atención de estados de necesidad y urgencia o destinados a dar efectividad al sufragio; tampoco los fondos para el pago de pensiones, las transferencias del fondo especial para la Educación Superior, ni los fondos públicos otorgados en garantía, aval o reserva dentro de un proceso judicial” (art. 171).

En contraste con las previsiones dictadas en estas leyes recientes, en otra también dictada en los últimos años, como es el caso de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Venezuela de 2010, las deficiencias y carencias tradicionales persisten. Dicha ley Orgánica, en efecto, en materia de ejecución de sentencias dictadas en los procesos contencioso administrativos, le asigna la competencia para ello al tribunal que haya conocido de la causa en primera instancia (art. 107), disponiéndose en el caso de demandas contra la República, como principio, el mecanismo de “ejecución voluntaria” por parte de la misma, conforme a las normas establecidas en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (art. 108).

Esta ley Orgánica, en efecto, cuando la República sea condenada en juicio, obliga al Tribunal encargado de ejecutar la sentencia a notificar al Procurador General de la República quien a su vez debe solicitar al órgano respectivo, que dentro del lapso de sesenta (60) días siguientes, informe al Tribunal sobre la forma y oportunidad de ejecución (art. 101). Si la persona interesada, en definitiva, no acepta la propuesta que se formule por la Administración interesada, la Ley Orgánica remite al Tribunal para que determinar la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, según los procedimientos siguientes:

1. Si se trata de cantidades de dinero, el Tribunal, a petición de la parte interesada, debe ordenar que se incluya el monto a pagar en la partida respectiva de los próximos dos ejercicios presupuestarios, a cuyo efecto debe enviar al Procurador o Procuradora General de la República copia certificada de la decisión, la cual debe ser remitida al órgano o ente correspondiente. El monto que se ordene pagar debe ser cargado a una partida presupuestaria no imputable a programas.

2. Si se trata de entrega de bienes, el Tribunal debe poner en posesión de los mismos a quien corresponda. Si tales bienes estuvieren afectados al uso público, a actividades de utilidad pública o a un servicio público, el Tribunal debe acordar la fijación del precio mediante avalúo realizado por tres peritos, nombrados uno por cada parte y el tercero de común acuerdo. En caso de desacuerdo, el tercer perito es nombrado por el Tribunal” (art. 109).

Ahora bien, si se vence el lapso para el cumplimiento voluntario, el tribunal, a instancia de parte, debe determinar la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, según las reglas siguientes establecidas en el artículo 110 de la misma ley Orgánica:

1. Cuando la condena hubiese recaído sobre cantidad líquida de dinero, el tribunal ordenará a la máxima autoridad administrativa de la parte condenada que incluya el monto a pagar en el presupuesto del año próximo y el siguiente, a menos que exista provisión de fondos en el presupuesto vigente. El monto anual de dicha partida no excederá del cinco por ciento (5%) de los ingresos ordinarios del ejecutado. Cuando la orden del tribunal no fuese cumplida o la partida prevista no fuese ejecutada, el tribunal, a petición de parte, ejecutará la sentencia conforme al procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de sentencias de condena sobre cantidades líquidas de dinero.

2. Cuando en la sentencia se hubiese ordenado la entrega de bienes, el tribunal la llevará a efecto. Si tales bienes estuvieren afectados al uso público, servicio público o actividad de utilidad pública, el tribunal acordará que el precio sea fijado mediante peritos, en la forma establecida por la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social. Fijado el precio, se procederá como si se tratase del pago de cantidades de dinero.

3. Cuando en la sentencia se hubiese condenado al cumplimiento de una obligación de hacer, el tribunal fijará un lapso de treinta días consecutivos para que la parte condenada cumpla. Si no fuese cumplida, el tribunal procederá a ejecutar la sentencia. A estos fines, se trasladará a la oficina correspondiente y requerirá su cumplimiento. Si a pesar de este requerimiento la obligación no fuese cumplida, el tribunal hará que la obligación se cumpla. Cuando por la naturaleza de la obligación, no fuere posible su ejecución en la misma forma como fue contraída, el tribunal podrá estimar su valor conforme a lo previsto en este artículo y proceder a su ejecución como si se tratase de cantidades de dinero.

4. Cuando en la sentencia se hubiese condenado a una obligación de no hacer, el tribunal ordenará el cumplimiento de dicha obligación.”

En todo caso, y en contraste con legislaciones como la de Costa Rica, en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de Venezuela, el artículo 89 es categórico al disponer que:

“Los bienes, rentas, derechos o acciones que formen parte del patrimonio de la República no están sujetos a embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales y, en general, a ninguna medida preventiva o ejecutiva.

Con disposiciones de esta naturaleza, como lo destacó Hernández-Mendible, el procedimiento de ejecución de sentencias en la nueva Ley Orgánica no significó progreso, considerando que:

“si en algo el legislador fue continuista y hasta regresivo fue en esta materia, al proceder a regular en absoluta contravención de la Constitución los modos de ejecución de las sentencias, en los que simplemente se limitó a inventariar los ineficaces medios procesales de ejecución que de manera dispersa y asistemática establecían las distintas leyes preexistentes y que se pretendió organizar al indicar en cinco artículos donde se encuentran regulados y cómo se van a aplicar en cada caso, pero sin aportar en absoluto un moderno y efectivo proceso de ejecución de sentencias contra los órganos y entes públicos.”¹⁶⁸

REFLEXIÓN FINAL

La justicia administrativa en América Latina, en todo caso, como puede apreciarse de la aproximación comparativa que hemos hecho sobre el régimen constitucional y legal sobre la jurisdicción contencioso administrativa y los procesos contencioso administrativos, es ante todo, una manifestación específica del Estado de derecho, como Estado sometido a control judicial.

Sin embargo, como en todas las instituciones del Estado de derecho, no basta para su existencia y efectividad que lo relativo al contencioso administrativo se haya consagrado en las Constituciones y en leyes especiales, sino que es necesario por sobre todo, que funcione en el marco de un sistema de separación de poderes, de manera que el Poder Judicial donde está inserta la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pueda controlar real y efectivamente las actuaciones de la Administración Pública, estando a cargo de jueces autónomos e independientes, ejerciendo sus funciones sin presiones por parte del Poder Ejecutivo, o más precisamente, de la Administración controlada.

Sin esta garantía, por más perfectas y prolijas que sean las previsiones sobre lo contencioso administrativo, no habrá posibilidad efectiva de controlar a la Administración Pública, y como muestra permítanme referirme al caso de Vene-

¹⁶⁸ V., Víctor Hernández-Mendible, “Los recursos de apelación, especial de juridicidad y la ejecución de sentencias en el proceso administrativo”, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Vol. I, FUNEDA, Caracas, 2010, pp. 121-166; Álvarez Chamosa, M. L., “Visión de la tutela judicial efectiva: Ejecución de las sentencias contra el Estado en Venezuela”, *Comunicación presentada en las VI Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano. La Reforma del Estado y las transformaciones del Derecho Administrativo*, en el Pazo de Mariñán, La Coruña, España, abril, 2013.

zuela, donde la progresiva instalación de un régimen autoritario ha convertido en letra muerta todas las previsiones constitucionales y legales sobre lo contencioso administrativo a las cuales nos hemos referido en este estudio.

Ello comenzó a evidenciarse abiertamente desde 2003 en un proceso contencioso administrativo de anulación y amparo, el último en el cual en alguna forma intervino indirectamente mediante la emisión de una opinión jurídica, que fue iniciado el 17 de julio de 2003, a solicitud de la Federación Médica Venezolana en contra los actos del Alcalde Metropolitano de Caracas, del Ministro de Salud y del Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas, que derivaron en la contratación indiscriminada de médicos extranjeros no licenciados para ejercer la medicina en el país; todo en violación de la Ley de Ejercicio de la Medicina, para atender el desarrollo de un importante programa asistencial de salud en los barrios de Caracas; proceso contencioso administrativo en el cual, al dictarse por la Corte una simple medida cautelar de suspensión de efectos de los actos impugnados, se produjo la lamentable destitución in limine e inmediata de los magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa que la dictaron.

La Federación Médica Venezolana, en efecto, en su demanda de nulidad, consideró que la actuación pública de las autoridades nacionales y municipales era discriminatoria y violatoria de los derechos de los médicos venezolanos (derecho al trabajo, entre otros) a ejercer su profesión médica, al permitir que médicos extranjeros no licenciados en Venezuela pudieran ejercerla sin cumplir con las condiciones establecidas en la Ley.

Por ello la Federación intentó la acción de nulidad y amparo, en representación de los derechos colectivos de los médicos venezolanos, solicitando su protección.¹⁶⁹ Un mes después, el 21 de agosto de 2003, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo dictó una medida cautelar de amparo considerando que había suficientes elementos en el caso que hacían presumir la violación del derecho a la igualdad ante la ley de los médicos venezolanos, ordenando la suspensión temporal del programa de contratación de médicos cubanos, ordenando al Colegio de Médicos del Distrito metropolitano sustituir los médicos cubanos ya contratados sin licencia por médicos venezolanos o médicos extranjeros con licencia, para ejercer la profesión en Venezuela.¹⁷⁰

La respuesta gubernamental a esta decisión preliminar de carácter cautelar, que tocaba un programa social muy sensible para el gobierno, como fue la

¹⁶⁹ V., Claudia Nikken, "El caso "Barrio Adentro": La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos," en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 5 ss.

¹⁷⁰ V., la decisión de 21 de agosto de 2003 en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 445 ss.

contratación masiva de médicos en ejecución de un Convenio de Cooperación con la República de Cuba, fue el anuncio público de los órganos sometidos a control, es decir, el Ministro de Salud, del Alcalde Metropolitano y del propio Presidente de la República en el sentido de que la medida cautelar dictada no iba a ser acatada en forma alguna;¹⁷¹ anuncios que fueron seguidos de varias decisiones gubernamentales:

Primero, fue la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ya controlada por el Poder Ejecutivo, la que adoptó una decisión de avocarse al caso decidido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, arrebatándole su jurisdicción y competencia contencioso administrativa, las cuales usurpó, procediendo a declarar la nulidad del amparo cautelar decidido por la Corte Primera.

Segundo, a ello siguió que un grupo de agentes de la policía política (DISIP) procedió a allanar la sede de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, después de detener a un escribiente o alguacil de la misma, por motivos fútiles.

Tercero, fue el presidente de la República quien, entre otras expresiones usadas, se refirió al Presidente de la Corte Primera como “un bandido,”¹⁷² iniciando un ataque frontal contra los jueces contencioso administrativos

Y cuarto, unas semanas después, fue la Comisión Especial Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, la cual sin fundamento legal alguno, destituyó a los cinco magistrados integrantes de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la cual fue abiertamente intervenida.¹⁷³

A pesar de la protesta de los Colegios de Abogados del país e incluso, de la Comisión Internacional de Juristas;¹⁷⁴ el hecho fue que la Corte Primera permaneció cerrada sin jueces por más de diez meses,¹⁷⁵ tiempo durante el cual, en Venezuela, simplemente no hubo justicia contencioso administrativa alguna a ese nivel.

¹⁷¹ El presidente de la República dijo: “Váyanse con su decisión no sé para donde, la cumplirán ustedes en su casa si quieren...”, en el programa de TV Aló Presidente, N° 161, 24 de Agosto de 2003.

¹⁷² Discurso público, 20 septiembre de 2003.

¹⁷³ V., la información en *El Nacional*, Caracas, Noviembre 5, 2003, p. A2. En la misma página el Presidente destituido de la Corte Primera dijo: “La justicia venezolana vive un momento tenebroso, pues el tribunal que constituye un último resquicio de esperanza ha sido clausurado”.

¹⁷⁴ V., en *El Nacional*, Caracas, Octubre 12, 2003, p. A-5; y *El Nacional*, Caracas, Noviembre 18, 2004, p. A-6.

¹⁷⁵ V., en *El Nacional*, Caracas, Octubre 24, 2003, p. A-2; y *El Nacional*, Caracas, Julio 16, 2004, p. A-6.

Esa fue la respuesta gubernamental a una decisión de amparo cautelar dictado por el juez contencioso administrativo competente respecto de un programa gubernamental sensible; respuesta que fue dada y ejecutada a través de órganos judiciales controlados políticamente.

Ello, por supuesto, lamentablemente significó, no sólo que los jueces que fueron luego nombrados para reemplazar a los destituidos comenzaron a entender claramente cómo es que debían comportarse en el futuro frente al Poder; degradándose definitivamente la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual posteriormente dejó de controlar a la Administración, conduciendo a los jueces de todos los niveles a abstenerse progresivamente a ejercer todo control contencioso administrativa de las acciones gubernamentales. Por ello, la Jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela, de raigambre y jerarquía constitucional, y larga tradición histórica, desde entonces, simplemente no existe en la práctica; solo en el papel de la Constitución y la Ley.

Y para que quedara clara la línea del gobierno en el caso, la demanda que intentaron los jueces contencioso administrativo destituidos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación a sus garantías constitucionales judiciales (al haber sido destituidos sin debido proceso), a pesar de que fue decidida a su favor por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en 2008, condenando al Estado,¹⁷⁶ de nada sirvió, sino para que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo mediante sentencia N° 1.939 de 12 de diciembre de 2008,¹⁷⁷ citando como precedente una sentencia del Tribunal

¹⁷⁶ *V.*, sentencia de la Corte Interamericana de 5 de agosto de 2008, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 182, en www.corteidh.or.cr *V.*, sobre esta sentencia los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,” en *Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Tomo 16 Año 2009, Lima 2009, pp. 17-48; en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 13, Madrid 2009, pp. 99-136; y en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coodinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integracao Juridica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701.

¹⁷⁷ *V.*, sentencia de la Sala Constitucional, sentencia N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>. *V.*, los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,” en *Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Tomo 16 Año 2009, Lima 2009, pp. 17-48; en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y

Superior Militar del Perú de 2002,¹⁷⁸ declarara que la sentencia del Tribunal internacional era simplemente “inejecutable” en Venezuela, exhortando además al Poder Ejecutivo, a que denunciara la Convención Americana de Derechos Humanos pues supuestamente la Corte Interamericana habría usurpado los poderes del Tribunal Supremo; exhortación que, lamentablemente, el Poder Ejecutivo cumplió cabal e inconstitucionalmente en 2012.

De todo lo cual resulta, que sin Estado de derecho y sin democracia, no puede desarrollarse cabalmente la Justicia Administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

ABERNATHY, M. Glenn y Perry, Barbara A: *Civil Liberties under the Constitution*, Sixth Edition, University of South Carolina Press, 1993.

ÁLVAREZ CHAMOSÁ, M. L., “Visión de la tutela judicial efectiva: Ejecución de las sentencias contra el Estado en Venezuela”, Comunicación presentada en las VI Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano. La Reforma del Estado y las transformaciones del Derecho Administrativo, en el Pazo de Mariñán, La Coruña, España, abril, 2013.

APELT, “L'acte de gouvernement en France et en Allemagne,” en *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Paris.

BACA ONETO, Víctor Sebastián: “Las pretensiones como objeto del proceso contencioso administrativo en el derecho peruano,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe: “A jurisdição administrativa no direito comparado: confrontações entre o sistema francês e o brasileiro,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

BARNES, Javier: “Las transformaciones del derecho administrativo contemporáneo. Algunas consecuencias sobre el control judicial de la acción administrativa,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA,

Constitucionales, N° 13, Madrid 2009, pp. 99-136; y en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coodinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integracao Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701.

¹⁷⁸ V., sobre ello, Sergio García Ramírez (Coord.), *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2001, p. 629.

San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I.

BÉJAR RIVERA, Luis José: “La justicia administrativa francesa y mexicana. un análisis comparativo,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Tratado de derecho Administrativo*, Tomo VI, *La Jurisdicción contencioso administrativa*, Editorial Cívitas, Madrid, 2013.

_____*Estado de Derecho y Control Judicial. Estado de Derecho y Control Judicial. (Justicia Constitucional, Contencioso-Administrativo y Amparo en Venezuela)*, (Prólogo de Luciano Parejo Alfonso), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1987.

_____*El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1977.

_____*El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1995.

_____*La justicia constitucional (Procesos y procedimientos constitucionales)*, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho procesal Constitucional, México 2007.

_____*El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

_____*El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 1982.

_____*El control de la Constitucionalidad de los actos estatales*, Caracas 1977.

_____*Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of the Amparo Proceedings*, Cambridge University Press, New York 2008.

_____*La Justicia Constitucional. Procesos y procedimientos constitucionales*, Porrúa México, 2007.

_____*Derecho Procesal Constitucional. Instrumentos para la Justicia Constitucional*, Tercera edición ampliada: Colección Centro de Estudios

de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Monteávila, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

_____ El contencioso administrativo en Venezuela,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 466

_____ “Los diversos tipos de acciones y recursos contencioso-administrativos en Venezuela”, en *Revista de Derecho Público*, N° 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986,

_____ “Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,” en Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 9-151.

_____ “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.

_____ “La universalidad del control contencioso administrativo” en *Libro de la Amistad en Homenaje a Enrique Pérez Olivares*, Caracas 1992, pp. 203-226, y en *Revista de Derecho Público*, N° 46, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1991, pp. 5-22.

_____ “El proceso constitucional de amparo en Venezuela: su universalidad y su ineffectividad en el régimen autoritario,” en *Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber Amicorum* Néstor Pedro Sagüés, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima 2011.

_____ “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.

_____ “El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela”, en G. J. Bidart Campos y J. F. Palomino Manchego (Coordinadores), *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica, Libro Homenaje a Domingo García Belaúnde*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima 1997, pp. 483-560 y en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Medellín-Colombia 1996, pp. 163-246.

_____ “La justicia constitucional en la Constitución venezolana de 1999,” en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., Tomo III, Editorial Porrúa, México 2003, pp. 2091-2122.

_____ “Comentarios sobre la revocación de los actos administrativos” en *Revista de Derecho Público*, N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 27-30.

_____ “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,” en *Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Tomo 16 Año 2009, Lima 2009, pp. 17-48; en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 13, Madrid 2009, pp. 99-136; y en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coodinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integracao Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701

_____ “La abstención, silencio y negativa de la Administración y su control” en *El Derecho Venezolano en 1982, Ponencias al Congreso Internacional de Derecho Comparado*, UCV, Caracas, 1982, pp. 603 ss.

_____ “La creación del Consejo de Estado por Simón Bolívar en 1817, al proceder como Jefe Supremo a la reconstitución del Estado de Venezuela, y su reformulación, por el mismo Bolívar en 1828, al asumir el Poder Supremo en la República de Colombia,” Conferencia en el XXIII Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Encuentro Bicentenario, con ocasión del Bicentenario de la creación del Consejo de Estado, Consejo de Estado, Bogotá, 1 de noviembre de 2017.

_____ “La constitucionalización de la Jurisdicción contencioso administrativo en Venezuela. Formalidades y frustración, en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*”, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 288 ss.

BREWER-CARÍAS, Allan R. y HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor: *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010.

BREWER-CARÍAS, Allan R. y CALCAÑO DE TEMELTAS, Josefina: *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994.

BREWER-CARIAS, Allan R. y PÉREZ OLIVARES, Enrique: “El recurso contencioso-administrativo de interpretación en el sistema jurídico venezolano,” en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, N° 32, Caracas, 1965, pp. 103-126.

CALDERÓN M., Hugo H.: “El proceso contencioso administrativo en Guatemala,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 265

CAMACHO CÉPEDA, Gladys: “La resolución de conflictos jurídico-administrativos en Chile: la problemática coexistencia de recursos y jurisdicciones especiales,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I.

CANÓNICO, Alejandro, “La nueva regulación y tratamiento jurisprudencial sobre la tutela cautelar en el contencioso administrativo venezolano,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, pp. 793 ss.

CAPITANT, R. “De la nature des actes de governments,” en *Etudes Juridiques offertes a Julliot de la Morandiere*, París 1964, pp. 99 ss.

CARRE DE MALBERG, *Contribution a la Théorie générale de l'Etat*, Vol. I, París 1920.

CARRO y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis: “La doctrina del acto político,” en *Revista de Administración Pública*, N° 53, Madrid 1967, pp. 73 a 130.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso de derecho administrativo*, Décima segunda edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, Tomo II, 534 ss.

_____. *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, La Ley, Buenos Aires 2007.

_____. “La Justicia Administrativa en Iberoamérica,” en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2005, pp. 3-32; y en *Revista Juris Dictio*, Revista del Colegio de Jurisprudencia, No. 9, oct. 2005.

_____. “El principio de la tutela judicial efectiva,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 44.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio: “Los actos de gobierno y los artículos 147, 160, 303 y 309 de la Constitución,” en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, T. 67, pp. 241 ss.

COMADIRA, Julio Pablo: “La suspensión judicial de efectos del acto administrativo en Argentina en la nueva Ley de medidas cautelares en las que el Estado es parte,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, pp. 822 ss.

COVIELLO, Pedro José Jorge: “La jurisdicción primaria (Primary Jurisdiction),” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

CHAPUS: “L'acte de gouvernement, monstre ou victime,” en *Cronique Dalloz*, rec. 15-1-1958, p. 2.

CHELI: *Atto político e funzione d'indirizzo político*, Milán 1961.

DANÓS ORDOÑEZ, Jorge: “El proceso contencioso administrativo y el proceso de amparo como instrumentos de protección de las personas frente a la actuación administrativa en el régimen jurídico peruano,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, pp. 856 ss.

DELPIAZZO, Carlos E.: “Régimen contencioso administrativo uruguayo,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 441.

_____ “Las pretensiones contencioso administrativas en Uruguay,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, pp. 676 ss.

DUGUIT, L.: *Manuel de Droit Constitutional*, París 1918.

ESQUIVEL VÁZQUEZ, Gustavo Arturo: “El derecho contencioso administrativo en México,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 332;

FIAMMA OLIVARES, G.: “Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva”, en *Revista de Derecho Público*, N° 49, 1991, p. 91-98.

FERNÁNDEZ RUÍZ, Jorge: “Actualidad y perspectivas del contencioso administrativo en México,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 418.

_____ “Presentación” al libro de Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo*. Centroamérica y México, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos: “El Recurso de Protección como mecanismo de control contencioso administrativo”, en *La Justicia Administrativa*, 2005, pp. 129-164.

_____ “La Justicia Administrativa en el derecho chileno,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 149, 152.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La lucha contra las inmunidades de poder (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Madrid 1979.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (Coord.), *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2001

GASNELL ACUÑA, Carlos, “La jurisdicción contenciosa administrativa en Panamá,” en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo*. Centroamérica y México, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, p. 238.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Editorial Temis, Bogotá 1985.

GORDILLO, Agustín: *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Tomo 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires 2014.

GUAITA, Aurelio: “Los actos políticos o de gobierno en el derecho español,” en *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, N° 4, 1955, pp. 74 ss.

GUICCIARDI, Enrico: “L'Atto político,” en *Archivio di diritto pubblico*, Vol. II, Padua 1937, pp. 265 a 486;

HALLIVIS PELAYO, Manuel Luciano: “Evolución y perspectivas del contencioso administrativo en México,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 427.

HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto: “El sistema colombiano de justicia contencioso administrativa,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 450-452.

HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor: *La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*, Vadell Hermanos Editores, Valencia 1998.

Hernández-Mendible, Víctor: “Los recursos de apelación, especial de jurisdicción y la ejecución de sentencias en el proceso administrativo”, en *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Vol. I, FUNEDA, Caracas, 2010, pp. 121-166;

HUAPAYA TAPIA, Ramón: “Criterios para la adopción de medidas cautelares en la normativa que regula el proceso contencioso administrativo en el per (En particular el requisito de ponderación entre la verosimilitud del derecho y el interés legítimo,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, pp. 910 ss.

IVANEGA, Miriam Mabel: “Cuestiones acerca del control judicial de la Administración en la República Argentina,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014,

IRIBARREN M., Enrique: “¿Existe en Venezuela un recurso autónomo de plena jurisdicción?” en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, N° 1, Caracas, 1986, pp. 113-153.

JÈZE, Gaston: *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*. Tomo I, Depalma, Buenos Aires 1948.

JINESTA LOBO, Ernesto: “El proceso contencioso-administrativo en Costa Rica,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 123.

“La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Costa Rica,” en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal,

Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo*. Centroamérica y México, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, pp. 166 ss.

_____. “Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, p. 926

KIRIAKIDIS, Jorge: “Notas en torno al Procedimiento Breve en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,” *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Vol. II, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 167-193.

LAZZARINI, José Luis: *El juicio de amparo*, La Ley, Buenos Aires, 1987.

LOSADA, S. M.: *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, 1972, Vol. I, p. 343.

MEILÁN GIL, José Luis y GARCÍA PÉREZ, Marta: “Una visión actual de la justicia administrativa en España,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

MEJÍA, Henry Alexander; ORELLANA, Edmundo; NAVARRO MEDAL, Karlos; JINESTA LOBO, Ernesto; y GASNELL ACUÑA, Carlos: *Derecho procesal contencioso administrativo*. Centroamérica y México, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018.

MEJÍA, Henry Alexander: “La Jurisdicción Contenciosa Administrativa en El Salvador,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

_____. “La jurisdicción contenciosa administrativa en El Salvador,” en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo*. Centroamérica y México, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, pp. 25 ss.

MOLES CAUBET, Antonio: *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Caracas, 1974.

MOLES CAUBET, Antonio y otros, *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas 1980.

MORAGA KLENNER, Claudio: “Evolución de la justicia administrativa en Chile,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 482.

MORÓN URBINA, Juan Carlos: “El proceso contencioso de lesividad: catorce años después de su incorporación en el derecho peruano,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, p. 716 y ss.

NAVARRO, Karlos: “La jurisdicción contenciosa administrativa en Nicaragua,” en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo*. Centroamérica y México, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, p. 105 ss.

NIKKEN, Claudia: “El caso “Barrio Adentro”: La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos,” en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 5 ss.

ORELLANA, Edmundo: “La jurisdicción contenciosa administrativa en Honduras,” en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo*. Centroamérica y México, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, p. 86.

PÉREZ HUALDE, Alejandro: “La acción de lesividad y los actos “inexistentes,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, p. 741.

PERRINO, Pablo Esteban: “La tutela judicial efectiva y la reforma del régimen de la justicia contencioso administrativa en la provincia de Buenos Aires,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I.

PERRINO, Pedro José Jorge: “La influencia de la jurisprudencia y doctrina norteamericanas en materia de tribunales administrativo en la República Argentina y sus consecuencias sobre el contencioso administrativo,” en

Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 60- 82.

PRAT, Julio A.: “Contribución al estudio del acto de gobierno,” en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año IX, N° 4. Montevideo 1958. pp. 815 - 871

PUISOYE, Jacques: “Pour une conception plus restrictive de la notion d'acte de gouvernement,” en *L'Actualité Juridique*, N° 4, 20-4-1965, pp. 211.

REAL, Alberto Ramón: “El acto de gobierno”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, T. 57, pp. 214 ss.

RIVERO, Jean: *Droit Administratif*, Précis Dalloz, París, 1962.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; García Pérez, Marta, (Coordinadores): *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime; VÁZQUEZ IRIZARRY, William; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen (Coordinadores): *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015.

RODRÍGUEZ QUEIRO, Alfonso: “Actos de Governo e contencioso de anulação,” en *Estudios en Homenaje al Profesor López Rodó*, Madrid 1972, Vol. II, pp. 101 y ss.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo: “Las características fundamentales de la jurisdicción de contencioso administrativo en Colombia,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 529-560.

ROEHRSEN, Guglielmo: “L'atto di Potere Político e la Sua Sindicalità in sede Giudiziaria,” en *Rivista de diritto público*, Vol. I, 1936, pp. 557 a 588.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, “Medios de proceder por la vía contencioso-administrativa” en A. Moles y otros, Antonio Moles Caubet y otros, *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas 1980, pp. 110-123.

ROTONDO, Felipe: “Aspectos organizativos de los contenciosos administrativos en el Uruguay. Sistema adoptado. Déficit y soluciones,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 567.

RUOCCO, Graciela: “Acto político y acto de gobierno. Derecho nacional,” en *Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone*, Montevideo, 2000), pp. 435 ss.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal Constitucional*, Vol. 3, “Acción de amparo,” Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988.

SÁNCHEZ AGESTA, L.: “Concepto jurídico de acto político,” en *Homenaje a Pérez Serrano*, Madrid 1959, Tomo I, pp. 183 ss.

SÁNCHEZ ALDANA MORALES, José Iván: “El contencioso administrativo en México en el ámbito local,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 589.

SANTOFIMIO, Jaime Orlando, *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2017.

SALGADO, Alí Joaquín: *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 1987.

SENDIN, Miguel Ángel y NAVARRO MEDAL, Karlos: “La Jurisdicción contencioso administrativa en Nicaragua,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 367.

SERRATE PAZ, José Mario: “Contencioso administrativo en Bolivia,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 67 ss.

SARRIA OLCOS, Consuelo: “Las acciones contencioso administrativas en la legislación positiva colombiana,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 102.

SHEFFER TUÑÓN, Javier Ernesto: “Un camino posible en pos de la reforma del contencioso administrativo en Panamá,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 401.

SOTO KLOSS, Eduardo: “La nulidad de derecho público en el derecho chileno,” en *Revista de Derecho Público*, N° 47-48, 1990, p. 11-25.

TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: “Las demandas de contenido patrimonial en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,” en *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Vol. II, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 299-340.

Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: *La vía de hecho en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2011.

VANOSI, J. R. y UBERTONE, P. E.: “Control jurisdiccional de constitucionalidad,” en *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

VAZQUEZ, Cristina: “Actos políticos y de gobierno,” en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, F.C.U., Montevideo, 1996), pp. 545 ss.

VICUÑA DOMÍNGUEZ, Lorena, “El Nuevo Procedimiento Contencioso Administrativo”, Tesis de doctorado, Universidad San Francisco de Quito (consultada en internet).

VIRALLY, “L'introuvable acte de gouvernement,” en *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, Paris 1952, p. 317.

LIBRO SEXTO:
**EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GLOBAL
ANTE INTERPOL**

(Prólogo de José Antonio Muci Borjas). Publicado por Editorial Investigaciones Jurídicas; San José Costa Rica 2015, 136 pp.; y por Editorial Olejnik (Tercera edición ampliada), Buenos Aires, Madrid 2020, 154 pp.

NOTA DEL AUTOR

La Organización Internacional de Policía Criminal, conocida como INTERPOL, es una organización estructurada en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, que agrupa a 194 países, con el objeto de “conseguir y desarrollar la más amplia asistencia recíproca de las autoridades de policía criminal de los Estados,” y “establecer y desarrollar instituciones que puedan contribuir a la prevención y a la represión de las infracciones de derecho común” en el mundo, como se indica en los artículos 1 y 2 de su Estatuto, todo “dentro del marco de las leyes de los diversos países y del respeto a la Declaración Universal de Derechos Humanos;” teniendo “rigurosamente prohibida toda actividad o intervención en cuestiones o asuntos de carácter político, militar, religioso o racial.”

Esas previsiones estatutarias explican, por sí solas, el objeto de este libro, que no es otro que estudiar los procedimientos administrativos globales desarrollados ante INTERPOL, incluso a iniciativa de los ciudadanos de los 194 Estados Miembros, que son propios de un derecho administrativo global que rige a una Administración global como es la INTERPOL, tendiente a garantizar, por una parte, que la utilización por los Estados miembros y la INTERPOL de los mecanismos de cooperación policial internacional y con la data acumulada en sus ficheros, se realice efectivamente, en un todo, dentro del marco de la legalidad, en este caso, de las leyes vigentes en los diversos países, de las normas que rigen la Organización y del respeto a la Declaración Universal de Derechos Humanos; y por la otra, garantizarles a los ciudadanos, igualmente, la debida protección

ante las pretensiones que pudieran tener las autoridades de los Estados miembros, para utilizar dicha Organización y dicha data para perseguirlos internacionalmente por delitos que no sean de derecho común, en particular, por delitos políticos, militares, religiosos y raciales que están fuera de la esfera de su competencia de la misma.

Esos procedimientos administrativos globales, sin embargo, a pesar de su importancia y de su regulación desde hace años en los Reglamentos de la INTERPOL, hasta hace poco eran bastante desconocidos por los ciudadanos e incluso para los estudiosos del derecho público, en primer lugar, porque se desarrollan fuera del ámbito de los Estados, es decir, fuera del régimen común del derecho administrativo que tiene siempre como punto de referencia a las Administraciones Públicas de los Estados y a los ordenamientos nacionales y, por tanto, fuera de las mismas, perteneciendo más bien al ámbito global, de un derecho administrativo y una Administración Pública que son a-estatales; y en segundo lugar, porque se refieren a temas policiales, generalmente con el objeto de cooperación en la persecución de criminales, por delitos comunes, materia que en general escapa al interés del derecho administrativo.

Por ello la materia de los procedimientos administrativos globales ante INTERPOL, no había sido estudiada por los administrativistas, incluso a pesar del interés que puede existir en ellos para los ciudadanos de los Estados miembros; habiéndome adentrado personalmente en su estudio, como sucede en todas las investigaciones que uno realiza en el mundo del derecho, motivado por la razón específica, de necesitar determinar cómo un ciudadano podía acudir ante INTERPOL, requiriendo protección contra las pretensiones de uno de sus Estados Miembros, de pretender utilizar los mecanismos de la cooperación internacional en materia criminal para extender una persecución política en su contra; y si el resultado de la pretensión podía terminar en una decisión de la Organización en contra de uno de sus Estados Miembros.

Como la persona interesada en el caso que motivó mi investigación, en definitiva fui yo mismo, ante la pretensión del Estado de Venezuela de requerir a la INTERPOL que me persiguiera internacionalmente atendiendo al requerimiento formulado por las autoridades del mismo en el año 2006, por un delito típicamente político -el cual además nunca cometí- como es el de "conspirar para cambiar violentamente la Constitución," por hechos que habían ocurrido cuatro años antes, en 2002; todo mi conocimiento de profesor e investigador en temas de derecho administrativo y de viejo litigante en materias contencioso administrativas, lo volqué en el esfuerzo de desentrañar, sistematizar y explicar los procedimientos administrativos globales desarrollados ante INTERPOL, y sus resultados; siendo ello por tanto el origen remoto de este libro.

Después de unos años de estar estudiando el tema para mi propia defensa, y de haber dado varias conferencias sobre el tema en diversos foros académicos,

incluso ante altos funcionarios de policía de países europeos, como lo explico en detalle en el Epílogo de este libro, una primera edición del mismo salió publicada en San José, Costa Rica, en 2015, por iniciativa del editor Eugenio Vargas, a través de la editorial Investigaciones Jurídicas, que fue reimpresa en una segunda edición por Editorial Jurídica Venezolana, con algunas ampliaciones.

Ahora aparece esta tercera edición publicada por Ediciones, Olejnik por iniciativa de su director, Francisco Olejnik, que es una edición ampliada y actualizada con las últimas reformas de los Estatutos, Reglamentos y Normas de INTERPOL, que se fueron adoptando desde 2016 hasta 2019, en las cuales precisamente los procedimientos administrativos globales ante la Organización fueron específicamente perfeccionados.

El texto ahora puede considerarse como una especie de “manual” relativo a los procedimientos administrativos desarrollados ante INTERPOL para asegurar que la Organización actúe en general conforme al ordenamiento que la rige, y para asegurar que, especialmente, la cooperación policial internacional se refiera exclusivamente a delitos comunes, y no se refiera a asuntos de carácter político, militar, religioso o racial, respecto de los cuales la INTERPOL tiene prohibición de intervenir.

New York, 4 de julio de 2019

PRIMERA PARTE

SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

El derecho administrativo, al igual que el derecho constitucional, es y ha sido siempre, ante todo, un derecho del Estado que está destinado a regular, a la vez, tanto a las instituciones públicas como a los ciudadanos en sus relaciones con ellas; es decir, tanto a la organización, funcionamiento y actuación de instituciones del Estado, en particular, de la Administración Pública, como al ejercicio de los derechos por parte de los administrados cuando entran en relación con esta.

Se trata, por tanto, de un *derecho estatal*,¹ es decir, de un derecho del Estado, en este caso, de una parte esencial del mismo como es la Administración Pública, tanto en su organización como en su funcionamiento, conformada por instituciones de carácter público que persiguen fines públicos y colectivos situados por encima de los intereses particulares.

¹ André Demichel, *Le Droit Administratif. Essai de réflexion théorique*, París, 1978, p. 14.

Además, el derecho administrativo regula las relaciones jurídicas que se establecen entre ella y los administrados;² garantizando, tanto el equilibrio que debe existir entre los poderes atribuidos a la Administración y los derechos de los particulares, como la sujeción de su actuación al derecho.

En esta perspectiva del derecho administrativo como derecho del Estado, el principio es que no habría Administración Pública sin Estado, ni derecho administrativo sin Administración del Estado. Esta ha sido la percepción del derecho administrativo que todos los que nos hemos ocupado de esta disciplina hemos aprendido y hemos enseñado durante décadas.

Ello, sin embargo, ha comenzado a cambiar en el mundo contemporáneo. El derecho administrativo ha comenzado a dejar de ser sólo un derecho exclusivamente del Estado o de los Estados nacionales y de sus Administraciones Públicas; y ha comenzado a ser, además, un derecho que regula a nuevas Administraciones Públicas globales que ya no son parte del Estado o de un Estado nacional en particular. El mundo de la globalización, por tanto, también ha impactado a nuestro derecho administrativo, por lo que ya es común encontrarnos con una serie de “Administraciones sin Estado”³ o de “órganos administrativos transnacionales”⁴ hacia las cuales se han desplazado muchas decisiones regulatorias que antes sólo correspondían a las instituciones de los Estados nacionales, y que han pasado a ser adoptadas a nivel global.

En este caso estamos en presencia de lo que se ha denominado como “derecho administrativo global,” distinto incluso al que a comienzos del siglo pasado se desarrolló en el marco de las “administraciones internacionales,” y que se conoció como “derecho administrativo internacional.” Este se manifestó, por una parte, en el régimen jurídico que surgió en el ámbito interno de las organizaciones internacionales, por ejemplo, para regular las relaciones laborales en el orden interno de las mismas; y por la otra, en la actividad desplegada por instituciones regulatorias internacionales, básicamente configuradas como “uniones” (p.e. la Unión Postal Universal), que se establecieron para canalizar la cooperación internacional entre las Administraciones Públicas Nacionales regulatorias o de prestación de determinados servicios públicos, como el servicio de correos, o como las telecomunicaciones, o la navegación internacional. En esas materias, las Administraciones Públicas nacionales siguieron teniendo el rol

² V., Allan R. Brewer-Carías, “El concepto de derecho administrativo en Venezuela”, *Revista de Administración Pública*, Nº 100-102, Vol. I, Madrid, 1983, p. 688. Publicado también en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1986, pp. 7 a 24.

³ V., Stefano Battini, *Amministrazioni senza Stato. Profili di Diritto Amministrativo Internazionale*, Giuffrè, Milan, 2003.

⁴ V., Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart, “El surgimiento del derecho administrativo global,” en *Res Publica Argentina*, Nº 2007-3, Buenos Aires, 2007, pp. 27 ss.

central, no teniendo las “Uniones” poderes regulatorios y decisorios propios, a pesar de que se trata de organizaciones que han desarrollado materias específicas e importantes de derecho administrativo internacional en la cooperación entre los Estados y en relación con el servicio civil internacional.⁵

Las Administraciones Públicas globales que se han venido configurando en nuestros días, en cambio, están sometidas a un derecho administrativo global, con poderes regulatorios y decisorios propios, ejercidos en el marco de un tratado o un acuerdo internacional conforme al cual, como lo han destacado Kingsbury, Krisch y Stewart, “regulan y administran amplios sectores de la vida económica y social a través de decisiones específicas y de regulación administrativa.”⁶

Estas Administraciones globales, inicialmente se fueron configurando en áreas que incidían en el campo de la gestión económica, al punto de que la palabra “globalización,” si se la busca en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, se la define como referida a los mercados que trascienden, rebasan o desbordan las fronteras estatales y a las empresas que extienden su actividad más allá del ámbito de los Estados para alcanzar dimensión mundial. Ese fue, por tanto, el campo inicial de desarrollo de las Administraciones globales, por ejemplo, en materia de comercio internacional (Organización Mundial de Comercio), o de control de las actividades de los bancos e instituciones financieras (Comité de Supervisión Bancaria de Basilea).

Sin embargo, más recientemente, el campo de las Administraciones globales se ha ido desplazando progresivamente hacia otras áreas de actividad más vinculadas con aspectos sustantivos del tradicional derecho administrativo, como la protección ambiental (Comité de Cumplimiento del Protocolo de Kyoto, Convención Marco de la ONU sobre Cambio Climático), la seguridad internacional, (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas), la energía nuclear, el control de armas químicas, la propiedad intelectual, y el régimen de las personas, como por ejemplo, el tratamiento de los refugiados (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados).

En este marco es que se puede también ubicar la Administración global para la cooperación en materia de policía administrativa, la cual por lo demás, incide en uno de los contenidos clásico del derecho administrativo, como es la policía, y que se conforma en el régimen de la Organización Internacional de Policía Criminal o INTERPOL.⁷

⁵ *Idem*, pp. 30-31.

⁶ *Idem*, p. 29.

⁷ La denominación oficial de INTERPOL es: ICPO-INTERPOL. Las siglas ICPO es por *Internacional Criminal Police Organization* e INTERPOL es la abreviación de *International Police*, escogida en 1946. Hasta 1956 se denominó *International Criminal Police Commission*.

Lo importante de estas Administraciones globales, como Administraciones sin Estado, es que no están sometidas al régimen del derecho administrativo de un Estado en particular, o de los Estados nacionales en general, teniendo su propio derecho administrativo global,⁸ es decir, su propio cuerpo de normas jurídicas de orden internacional que regulan tanto su organización, su funcionamiento y su actividad, como las relaciones que se establecen entre ellas y los sujetos pasivos del derecho administrativo global, que en este caso no sólo son los Estados nacionales, sino incluso, directamente, los individuos o ciudadanos de los mismos (administrados).

Es decir, estas Administraciones globales, conforme a los poderes que tienen conferidas en el marco regulatorio de su actividad, y que conforman las fuentes del derecho administrativo global, pueden adoptar decisiones que tienen efectos jurídicos directos respecto de las personas, a veces, sin intervención alguna de las Administraciones Públicas nacionales e, incluso, en contra de ellas, configurándose aquellos, entonces, como sujetos del derecho administrativo global en sus relaciones con la Administración global.

En esta forma, este derecho administrativo global se conforma por normas jurídicas internacionales o supranacionales que no tienen origen nacional ni responden a la tradicional idea de soberanía, de manera que sus efectos rebasan o desbordan los confines de los Estados. El mismo regula a Administraciones también globales, que no pertenecen a Estado alguno, pero que sin embargo, ejercen una autoridad que es reconocida por los Estados nacionales, en ejercicio de verdaderas potestades que tradicionalmente sólo se disciplinaban en el nivel nacional, configurándose en paralelo a las Administraciones de los Estados nacionales.⁹

⁸ V., Juan-Cruz Alli Aranguren, *Derecho Administrativo y Globalización*, Civitas, Madrid 2004; Sabino Cassese, *La Globalización Jurídica*, Instituto de Administración Pública, Madrid 2006; Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", in *Law and Contemporary Problems (The Emergence of Global Administrative Law)*, School of Law, Duke University, Vol. 68, N° 3 & 4, Summer/Autumn 2005, pp. 15 ss.

⁹ En definitiva se trata de Administraciones que están regidas por un derecho que no tiene origen estatal; que además, limitan o condicionan la actividad de las Administraciones de los Estados y que incluso regulan o disciplinan las relaciones que surgen entre las propias Administraciones de los Estados y los particulares por causa del ejercicio de potestades públicas. Además, las normas de este derecho administrativo global, reconocen a los particulares, ciudadanos de cualquier Estado nacional, la condición de sujetos de derecho en el plano internacional, con posibilidad de entrar en relación jurídica directa con la Administración global, con independencia de las Administraciones de los Estados. V., José Antonio Muci Borjas, *El derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

En estos casos, incluso esas Administraciones globales desarrollan su actividad a través de procedimientos administrativos globales, que permiten a los individuos poder petitionar directamente ante las mismas, y no a través de los Estados nacionales, e incluso en contra de los mismos, y a someter a revisión, también por dichas Administraciones globales, de actuaciones de las Administraciones nacionales; en las cuales, además, también se han previsto mecanismos internos de revisión de las propias actividades desplegadas por los mismos órganos de la Administración global.

Este derecho administrativo global tiene igualmente por función asegurar el equilibrio propio del derecho administrativo en una sociedad democrática sometida a la legalidad, que también en las mismas es necesario establecer, entre las potestades de la Administración global y los derechos de los sujetos pasivos con los cuales se relaciona, que son tanto las Administraciones de los Estados nacionales como los ciudadanos de esos Estados.

Este derecho administrativo global, en definitiva, es el que precisamente ha contribuido al desarrollo de las Administraciones globales, sin Estado, que actúan con la autoridad que les confiere un derecho administrativo que no es derecho estatal, y que además, condiciona los poderes tradicionales de los Estados y de sus Administraciones Públicas, las cuales con el desarrollo de aquellas, han quedado reducidas en ciertas áreas, originando en consecuencia, también, una reducción en el ámbito propio del derecho administrativo estatal o nacional.

SEGUNDA PARTE

LA INTERPOL COMO ADMINISTRACIÓN GLOBAL SOMETIDA A UN DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

I. LA COOPERACIÓN POLICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE DELITOS COMUNES

Una de las Administraciones globales que en el mundo contemporáneo ha venido adquiriendo importante connotación, tanto por la cooperación internacional que desarrolla con los Estados nacionales y sus Administraciones en materia de policía administrativa, como por la incidencia que tiene en relación con la libertad y los derechos de las personas, es la Organización Internacional de Policía Criminal, conocida como INTERPOL, a la cual está destinada en especial este estudio, como ejemplo de Administración Global.

Si bien la INTERPOL fue creada en Viena en 1923, tuvo sin embargo, su origen remoto en el Primer Congreso Internacional de Policía Criminal efectuada en Mónaco, en 1914, el cual congregó a funcionarios policiales y representantes de autoridades judiciales de 24 países, con el objeto de determinar las formas de

cooperar entre los Estados con miras a la resolución de casos criminales, en particular en lo que se refería a procedimientos de detención y extradición, las técnicas de identificación y el establecimiento de un registro policial centralizado internacional. La institución, por tanto, está celebrando su centenario.

En la actualidad, la INTERPOL agrupa a 190 países, y está regida por un detallado marco jurídico que conforma el derecho administrativo global de la misma, que tiene como fuente fundamental la normativa contenida en su Estatuto, que es el *Estatuto de la Organización de Policía Criminal- INTERPOL*, que fue adoptado en la 25ª Sesión de la Asamblea General de la Organización celebrada en Viena en Junio de 1956, el cual entró en vigencia el 13 de junio de 1956, y cuya última reforma es de 2017.

Dicho Estatuto contiene la definición de las metas y objetivos de INTERPOL, y establece su mandato consistente en garantizar la asistencia recíproca de todas las autoridades de policía criminal de los Estados nacionales miembros, para que puedan reprimir las infracciones de derecho común que puedan cometer los ciudadanos de cualquiera de los Estados miembros.

Dicha cooperación internacional la debe conseguir y desarrollar la Organización, en el marco de su Estatuto, y además, conforme se indica en el artículo 2ª del mismo, “dentro del marco de las leyes de los diferentes países y del respeto a la Declaración Universal de Derechos Humanos,”¹⁰ es decir, con sujeción a la propia normativa que la rige, conforme a las normas aplicables de derechos nacionales de los diversos países, y con estricto apego a las garantías de los derechos humanos adoptadas en el seno de las Naciones Unidas.

Ese compromiso de sujeción al derecho, que condiciona la actuación de Organización, es el que se tiene que reflejar no solo en la cooperación de la Organización con las cortes y tribunales internacionales que se han venido desarrollando en el seno de las Naciones Unidas, para el castigo de delitos de incidencia internacional, como por ejemplo los de lesa humanidad, sino fundamentalmente en el tratamiento de la información relativa a los datos de las personas, con el objeto de garantizar los derechos de las mismas.

Marco todo este de sujeción al derecho, que además exige de la Organización que su actuación se desarrolle en el marco de una estricta neutralidad, que se refleja en la prohibición establecida en el artículo 3 del propio

¹⁰ Conforme al Artículo 2, los fines de INTERPOL son: “a) Conseguir y desarrollar, dentro del marco de las leyes de los diferentes países y del respeto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la más amplia asistencia recíproca de las autoridades de policía criminal; b) Establecer y desarrollar todas las instituciones que puedan contribuir a la prevención y a la represión de las infracciones de derecho común.”

Estatuto,¹¹ al establecer la enfática declaración de que “está rigurosamente prohibida a la Organización toda actividad o intervención en cuestiones o asuntos de carácter político, militar, religioso o racial.”

Esas dos normas del Estatuto, las de los artículos 2 y 3, sin duda, conforman la columna vertebral de la actuación de la Organización, al punto que en la norma relativa al “propósito” del Reglamento de la Interpol sobre el Tratamiento de Datos de 2016, se indica que dicho propósito:

“es garantizar la eficacia y la calidad de la cooperación internacional entre las autoridades de policía criminal por conducto de INTERPOL, dentro del respeto a los derechos fundamentales de las personas objeto de tal cooperación, de conformidad con el artículo 2 del Estatuto de la Organización y con la Declaración Universal de Derechos Humanos a la que remite dicho artículo.”

Además del Estatuto, también conforman el marco jurídico de la Organización, en primer lugar, sus reglamentos de organización y funcionamiento como son el *Reglamento General*, los *Reglamentos Internos* de la Asamblea y del *Comité Ejecutivo*, y el *Reglamento financiero*; y en segundo lugar, los reglamentos que regulan la actividad de la INTERPOL, que son, primero, el *Reglamento sobre Tratamiento de Datos (RTD)* cuya última reforma es de 30 de junio de 2016, y que derogó los anteriores “Reglamento sobre el Tratamiento de Información para la Cooperación Policial Internacional,” “Reglamento de Aplicación del Reglamento sobre el Tratamiento de Información para la Cooperación Policial Internacional” y “Reglamento sobre el Acceso de las Organizaciones Intergubernamentales a la Red de Telecomunicaciones y a las Bases de Datos de INTERPOL;” y segundo, el *Estatuto de la Comisión de Control de Ficheros de Interpol (Estatuto CCF)* de 2016, que derogó el anterior “Reglamento sobre el Control de la Información y el Acceso a los Ficheros de Interpol” (RCI) de 2004, reformado en 2009.¹²

Por otra parte, también constituye una pieza clave en las fuentes del derecho administrativo global aplicable a INTERPOL, la normativa contenida en el *Acuerdo para el establecimiento de la Sede* de la Organización en Lyon, Francia, suscrito en 1984 entre la República Francesa e INTERPOL, en cuyo anexo figura el *Intercambio de Notas Oficiales*, mediante las cuales se creó el sistema de control de los ficheros de INTERPOL y se dispuso la creación de la

¹¹ “Artículo. 3. Está rigurosamente prohibida a la Organización toda actividad o intervención en cuestiones o asuntos de carácter político, militar, religioso o racial.”

¹² Estos documentos y todos los relativos a INTERPOL han sido consultados en la página web de la Organización: <http://www.interpol.int/es/>; y en particular en <https://www.interpol.int/es/Quienes-somos/Comision-de-Control-de-los-Ficheros-de-INTERPOL-CCF/Datos-y-derechos-de-las-personas>

muy importante Comisión de Control de los Ficheros de la Organización;¹³ y en las *Normas de Funcionamiento de la Comisión de Control de Ficheros de Interpol* de febrero de 2019 (Ref. CCF/107/d488)

El objeto fundamental de INTERPOL, tal como resulta de toda esa normativa, y como antes se comentó, es facilitar la cooperación internacional en materia policial a través de las fronteras de sus Estados miembros, y apoyar y asistir a todas las organizaciones, autoridades y servicios cuya misión sea prevenir o combatir internacionalmente el crimen, específicamente en relación con los *delitos comunes o infracciones de derecho común*, que son definidos de acuerdo con el artículo 1.1 del RTD, como “toda infracción penal, salvo aquellas que entran en el ámbito de aplicación del artículo 3 del Estatuto y aquellas para las que la Asamblea General haya establecido un régimen específico,” quedando por tanto fuera del ámbito de la actuación de la INTERPOL, todo lo relativo a los crímenes de carácter político, militar, religioso o racial.

La cooperación internacional que desarrolla la Organización está llamada a desarrollarse, por tanto, exclusivamente en materia de delitos comunes, estándole prohibida a la misma, como antes se mencionó, cualquier intervención o actividades en relación con delitos de carácter político, militar, religioso o racial, lo que implica esencialmente que los Estados Miembros de la Organización no pueden utilizar la cooperación internacional que facilita la Organización, para materializar persecuciones de carácter político, militar, religioso o racial, y solicitar de la misma que emita y ejecute órdenes de detención internacional contra sus nacionales por delitos que no sean de derecho común.

En el marco general antes mencionado, y precisamente por su objeto y finalidad vinculada a la actividad de cooperación policial, que tiene estrecha relación y afecta a las personas, ciudadanos de los países miembros, la misión de INTERPOL, conforme se declara en su Estatuto, ante todo se tiene que realizar dentro de un marco de estricta legalidad o sumisión a la Ley (principio de legalidad), tal y como lo reafirma el *Reglamento sobre Tratamiento de Datos*, al expresar que “la cooperación policial internacional por conducto de INTERPOL se llevará a cabo en el marco de las normas generales que rigen el funcionamiento de la Organización, en particular de su Estatuto” (art. 5.1).

¹³ El régimen de esta Comisión y el del sistema de control de ficheros de la Organización, se reguló inicialmente en 1982 en el *Reglamento relativo a la Cooperación Policial Internacional y al Control de los Ficheros de INTERPOL*, cuyo objetivo fundamental fue: “proteger contra cualquier abuso, las informaciones de policía tratadas y comunicadas en el seno del sistema de cooperación policial internacional establecido por la OIPC-INTERPOL, con vistas sobre todo a prevenir cualquier atentado contra los derechos de las personas” (artículo 1,2). Estos documentos y todos los relativos a INTERPOL han sido consultados en la página web de la Organización: <http://www.interpol.int/es/Acerca-de-INTERPOL/Documentaci%C3%B3n-jur%C3%ADdica>

Conforme a esas normas generales, por tanto, el marco de la legalidad aplicable a la INTERPOL, puede decirse que se constituye por un conjunto normativo integrado por cuatro instrumentos jurídicos precisamente determinados: en *primer lugar*, el marco que resulta de su propio ordenamiento jurídico, contentivo de su derecho administrativo global, que deriva de su propio Estatuto, de sus Reglamentos y del Acuerdo de Sede; en *segundo lugar*, el marco de la normativa general establecida a nivel internacional y en las legislaciones nacionales relativa a la prevención y a la represión de las “infracciones de derecho común,” que son todas aquellas infracciones penales distintas a las “de carácter político, militar, religioso o racial (art. 3, Estatuto) y “aquellas para las que la Asamblea General haya establecido un régimen específico;” en *tercer lugar*, el marco normativo derivado de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, y de su “espíritu,” lo que tiene particular importancia dado que la actividad de policía, siempre y esencialmente resulta en una restricción o limitación de los derechos de las personas;¹⁴ y en *cuarto lugar*, el marco que resulta de los “los límites de las leyes existentes en los diferentes países” (art. 2, Estatuto).

Es en este marco normativo en el cual se regulan las competencias y la prohibición fundamental de actuación de la INTERPOL concebida como organización internacional exclusivamente destinada a asistir y cooperar con las organizaciones de policía criminal de los Estados miembros y otras organizaciones internacionales, en el ámbito exclusivo de la materia de delitos comunes o infracciones de derecho común, con la prohibición esencial de intervenir en forma alguna en delitos de carácter político, militar, religioso y racial.

II. EL RÉGIMEN ORGANIZACIONAL INTERNACIONAL DE INTERPOL

Esta Organización internacional, en el contexto antes descrito, en consecuencia, se ha configurado jurídicamente como una Administración global, cuya actuación está básicamente regida por su propio Estatuto y por los Reglamentos dictados por su Asamblea General, sin consideración alguna de fronteras; no teniendo dicha normativa origen nacional o estatal, por lo cual no responde a la tradicional idea de soberanía, de manera que sus efectos rebasan o desbordan los confines de los Estados nacionales.

Por tanto, como tal Organización internacional o Administración global, INTERPOL no pertenece a Estado alguno, ni recibe instrucciones de los mismos.

¹⁴ V., por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el régimen jurídico de la actividad de policía administrativa,” en *Revista de Derecho Público*, N° 48, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1991, pp. 51-66.

Conforme a su Estatuto, tiene su propia organización, compuesta, de acuerdo con el artículo 5 del Estatuto, por la Asamblea General, el Comité Ejecutivo, la Secretaría General, las Oficinas Centrales Nacionales, los Asesores, y además, la Comisión de Control de Ficheros, como una Administración global desconcentrada con autonomía adicional dentro de la propia Administración global.

Entre dichos órganos, los que ejercen las funciones de Administración Global en el desarrollo de la actividad de la Organización y el control y vigilancia porque las actuaciones de la misma se realicen en el marco de la cooperación, sometida a las normas que la rigen y sólo en materia de delitos comunes y no en materia de delitos políticos, militares, religiosos o raciales son: por una parte, la Secretaría General y sus diversos Servicios, que constituyen los servicios permanentes de la misma (art. 25, Estatuto); y por la otra, la Comisión de Control de Ficheros (arts. 36 y 37, Estatuto), que es un “órgano independiente” que garantiza en particular que “el tratamiento por parte de INTERPOL de información de carácter personal cumple las normas estipuladas por la propia Organización en esta materia,” para, entre otros aspectos, proteger los derechos fundamentales de las personas nacionales de los Estados Miembros frente al uso de esa información, y que fue formalmente incorporada en la normativa del Estatuto a partir de 2008; y que a partir de 2017 fue objeto de regulación extendida en el *Estatuto de la Comisión de Control de Ficheros de Interpol*.

A tal efecto el Reglamento de INTERPOL sobre Tratamiento de Datos define los “datos de carácter personal” como “todos los datos relativos a una persona física identificada o susceptible de ser identificada por medios a los que se puede razonablemente recurrir” (Art 1.3).

La Secretaría General tiene entre otras atribuciones las de aplicar las decisiones de la Asamblea General y del Comité Ejecutivo; actuar como centro internacional de la lucha contra la delincuencia de derecho común; actuar como centro técnico y de información; tener a su cargo la administración general de la Organización; y mantener el enlace con las autoridades nacionales e internacionales, tramitando las cuestiones de investigaciones criminales por conducto de las Oficinas Centrales Nacionales (art. 26 Estatuto.)

III. LA INDEPENDENCIA DE INTERPOL COMO ADMINISTRACIÓN GLOBAL

Tratándose de una Administración Global, INTERPOL actúa conforme a su Estatuto y a las demás fuentes que conforman su ordenamiento jurídico global, sin sujeción a órdenes e instrucciones de los Estados nacionales.

Y precisamente por ello, a los efectos de asegurar su carácter de Administración global, el artículo 30 del Estatuto es enfático en establecer que

“en el ejercicio de sus funciones, el Secretario General y el personal a sus órdenes no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún Gobierno ni de ninguna autoridad ajena a la Organización y se abstendrán de toda acción que pueda perjudicar a su misión internacional.”

Para garantizar ese status, por su parte, cada uno de los Países Miembros de la Organización, conforme a la misma norma estatutaria, “se compromete a respetar el carácter exclusivamente internacional de las funciones del Secretario General y del personal, y a no influir sobre ellos en el desempeño de su cometido.”

A tal efecto, además, cada uno de los Estados Miembros de la Organización debe hacer “cuanto le sea posible para conceder al Secretario General y al personal de la organización, todas las facilidades necesarias para el ejercicio de sus funciones.”

Con fundamento todas estas normas del Estatuto y los Reglamentos de la Organización, la Secretaría General de INTERPOL, como Administración global en materia de cooperación policial internacional, está por tanto establecida en paralelo a las Administraciones policiales de los Estados Miembros, para así poder ejercer una autoridad propia de cooperación en la materia, que le ha sido reconocida por dichos Países Miembros, los cuales están obligados a respetarla, y la cual comporta el ejercicio de verdaderas potestades públicas, que tradicionalmente sólo se disciplinaban en el nivel nacional.

Esta obligación de los Estados Miembros y sus Administraciones Públicas de respetar las actuaciones de INTERPOL, sin duda, limitan o condicionan la actividad de las Administraciones policiales nacionales pues en cierta forma regulan o disciplinan las relaciones que surgen entre las dichas Administraciones policiales de los Estados y los ciudadanos de los mismos por causa del ejercicio de potestades públicas dentro de los propios Estados.

IV. LA COMISIÓN DE CONTROL DE FICHEROS

1. El origen de la Comisión de Control de Ficheros

Además de la organización que estaba tradicionalmente dispuesta en el Estatuto, y que como se dijo, inicialmente solo conformaban la Asamblea General, el Comité Ejecutivo, la Secretaría General, las Oficinas Centrales Nacionales y los Asesores, a partir de la reforma del Estatuto en 2008, se formalizó como parte de la organización de la INTERPOL, a la muy importante Comisión de Control de Ficheros, la cual, sin embargo, existía desde que se reguló la Sede de la Organización en Francia en 1984.

Desde esa fecha, en el acuerdo de Sede y luego, en el propio texto del Estatuto, dicha Comisión ha quedado configurada dentro de la propia Adminis-

tración global, como una Administración desconcentrada con autonomía adicional, que tiene por misión, como “órgano independiente” dentro de la Organización, la de vigilar y garantizar, en particular, el correcto tratamiento por parte de INTERPOL de la información de carácter personal que maneja la Organización, de manera que “cumpla las normas estipuladas por la propia Organización en esta materia,” en especial, la derivada del marco de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la prohibición de intervenir en materias de delitos que no sean infracciones de derecho común, para en definitiva asegurar la protección de los derechos fundamentales de las personas frente a la Organización y frente a los propios Estados Miembros en al uso o abuso de esa información o datos personales.

Esta Comisión de Control de Ficheros, como se dijo, hasta 2008 no estaba regulada en el Estatuto de la Organización, de manera que sus funciones de control y protección de los ficheros de la misma, para garantizar que el tratamiento de la información de carácter personal por parte de la INTERPOL se ajustase a las limitaciones respecto de la información policial y su reducción al campo de los delitos comunes previsto en el Estatuto; tuvo un origen muy particular y fue con motivo de la regularización del establecimiento de la sede de INTERPOL en Francia. Y fue precisamente con tal motivo, que puede decirse que en este caso se arraigó un derecho administrativo global, específicamente ante la necesidad de prever mecanismos de acceso a la información contenida en los archivos, para asegurar la protección de los derechos de los ciudadanos de los Estados miembros que pudieran verse afectados por ella, por ejemplo, por los requerimientos de las Oficinas Centrales Nacionales o por las informaciones contenidas en los archivos de INTERPOL, y que pudieran ser difundidas internacionalmente.

El motivo directo de la creación de la Comisión resultó de la resolución de las diferencias que fueron surgiendo entre la Organización y el Estado francés, con ocasión del establecimiento de la sede de INTERPOL en la ciudad de Lyon. Con tal motivo, el país sede quiso aplicar a los Archivos de la Organización, su propia y muy importante Ley nacional del 6 de enero de 1978 sobre la Informática y las Libertades, aplicable para la protección de los datos personales contenidos en los archivos del Estado francés.

Las autoridades administrativas del Estado sede, en efecto, por conducto de la *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* que había sido creada en virtud de dicha ley nacional, pretendieron aplicar dicha Ley en general en su territorio, y buscaron tener derecho de acceso a los datos personales de los archivos de INTERPOL. Frente a ello, INTERPOL sostuvo que dicha Ley no era aplicable a la información policial tratada por su Secretaría General, como Administración global que era, y ello, no sólo porque esa información no era de su propiedad, ya que provenía de los Países miembros de la Organización, siendo la Organización una mera depositaria de la misma; sino porque la aplicación de

la Ley francesa de 1978 a los ficheros de INTERPOL, podría perjudicar la cooperación policial internacional, ya que algunos Estados podrían preferir abstenerse de comunicar una información policial a INTERPOL, que pudiera ser divulgada a organismos franceses.

En definitiva, se trataba de deslindar la Administración global, sometida a su propio derecho administrativo global, de las Administraciones Públicas nacionales sometidas a los respectivos derechos administrativos nacionales, incluyendo la de la República francesa como país sede, y precisar que la Administración global no podía estar sometida al derecho administrativo de alguno de los Países miembros de la Organización, ni siquiera el del país sede. Y eso fue precisamente lo que resultó del intercambio de notas entre el Estado francés y la INTERPOL, que derivó en la creación de la Comisión de Control de Ficheros.

2. *El carácter de la Comisión, como órgano desconcentrado independiente en la Organización*

En efecto, de la resolución del conflicto internacional que se había planteado, lo que resultó fue la creación de la Comisión de Control de Ficheros de INTERPOL, con la tarea fundamental de asegurar que la actuación de la Organización se desarrollara en un todo en el marco del principio de legalidad que la rige, antes referido, y además, estuviese circunscrita a la cooperación internacional en materia de delitos comunes o infracciones de derecho común, lo que implicaba la prohibición rigurosa de intervenir en delitos que no fueran de dicha naturaleza, y en especial, en delitos políticos, militares, religiosos y raciales.

Como lo establece ahora el artículo 36 del Estatuto de la Organización, corresponde a la Comisión de Control de Ficheros, como órgano independiente, garantizar que el tratamiento por parte de INTERPOL de información de carácter personal cumpla las normas estipuladas por la propia Organización en esta materia. O como se establecía en el artículo 1.º del antiguo *Reglamento sobre Control de Información y acceso a los ficheros de Interpol*, la Comisión debe comprobar:

“que las normas y operaciones relativas al tratamiento de la información de carácter personal por parte de la Organización, y en especial los proyectos de creación de nuevos ficheros o nuevos medios de difusión de este tipo de información, cumplen la reglamentación de la propia Organización en este ámbito y no vulneran los derechos fundamentales de las personas, previstos en el artículo 2 del Estatuto de INTERPOL donde se menciona la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni los principios generales en materia de protección de datos.”

Si bien en el nuevo ECCF de 2017, ese párrafo se redujo a expresar que “el tratamiento por parte de la Organización de datos de carácter personal cumpla las normas de Interpol” (art. 3.1.a), en la expresión “normas de Interpol” están comprendidas las relativas a los derechos humanos garantizados internacionalmente.

En ese marco, la Comisión está encargada de asesorar a la Organización en todos los proyectos, operaciones, cuestiones de reglamentación o “cualesquiera otros asuntos que comporten el tratamiento de información [de datos] de carácter personal” (art. 3.1.b); y además, tiene la importante competencia no sólo de “examinar las solicitudes de acceso a los datos tratados en el Sistema de Información de Interpol,” como antes se regulaba, sino de examinar “las solicitudes para la su rectificación o eliminación, y tomar las decisiones al respecto” (art. 3.1.c).

Para asegurar el cumplimiento de sus funciones, en nuevo Estatuto de la CCF (art. 6) dispuso que la Comisión está compuesta por dos Cámaras: una Cámara de Supervisión y Asesoramiento a cargo de las funciones indicadas en el artículo 3.1 a y b; y una Cámara de Solicitudes, a cargo de la función indicada en el artículo 3.1 c del Estatuto CCF.

Conforme al artículo 8 del Estatuto CCF, dictado para asegurar que la Comisión actúe “*con total independencia* en el ejercicio de sus funciones” (art. 4),¹⁵ se dispuso que la Comisión de Control de Ficheros debe estar integrada por siete (7) miembros que son designados por un período de cinco años (art. 10.1), “entre personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones en el ámbito de su competencia” (art. 8.8).¹⁶

¹⁵ Al tomar posesión de sus cargos, los miembros de la Comisión como se indica en las Normas de Funcionamiento de la CCF de 1-2-2019, están obligados a declarar solemnemente lo siguiente: “Declaro solemnemente que ejerceré de forma honorable, con independencia e imparcialidad las funciones que me corresponden en calidad de miembro de la Comisión, y que guardaré secreto sobre cualquier material, información o deliberación.”

¹⁶ Dichos miembros “serán nacionales de un Estado miembro de INTERPOL, cada uno de nacionalidad distinta, y deberán dominar al menos una de las lenguas de trabajo de la Organización. En la medida de lo posible, los miembros de la Cámara de Solicitudes deberán representar los principales sistemas jurídicos del mundo. (art. 8.2). La Cámara de Supervisión y Asesoramiento estará integrada, además de por el Presidente de la Comisión, por “un miembro entendido en protección de datos y un miembro entendido en tratamiento electrónico de datos” (art. 8.3). Y la Cámara de Solicitudes estará integrada por cinco miembros: a) un jurista entendido en protección de datos; b) un jurista reconocido por su experiencia internacional en la esfera policial, y en particular en el ámbito de la cooperación policial internacional; c) un jurista entendido en derecho penal internacional; d) un jurista entendido en derechos humanos; e) un jurista que ejerza o haya ejercido altas funciones

El artículo 11 del Estatuto CCF, reitera no sólo que los miembros de la Comisión “ejercerán sus funciones a título personal” y por supuesto no en representación de algún Estado miembro,¹⁷ sino que actuarán “con independencia, no se dejarán someter a ninguna influencia externa, sea ésta directa o indirecta, así como tampoco solicitarán ni aceptarán instrucciones de ninguna persona, entidad o gobierno,” y “se abstendrán de toda acción o actividad susceptible de interferir en el ejercicio de sus funciones o disminuir la confianza en su independencia.”

Específicamente, el artículo 12.1 dispone que los miembros de la Comisión “no participarán en ningún caso en el que, por cualquier motivo, su imparcialidad pueda ponerse razonablemente en duda,”¹⁸ previéndose los casos en los cuales los miembros de la Comisión deben abstenerse de participar en el examen de casos si pudiera interpretarse que el mismo pueda provocar un conflicto de intereses que pueda poner en entredicho la independencia e imparcialidad del miembro.¹⁹

El Presidente de la Comisión tiene la obligación de velar “por la observancia de las normas relativas a *la independencia* de la Comisión y de sus

judiciales o fiscales y que preferiblemente tenga experiencia en cooperación judicial internacional” (art. 8.4).

- ¹⁷ En el artículo 1.1 de las Normas de Funcionamiento de la CCF de 1-2-2019, se precisa que “de conformidad con el artículo 11 (1 y 2) del Estatuto, los miembros de la Comisión ejercerán su función a título personal y no representarán ni a su administración nacional, ni a la OCN de su país, ni a su país, ni a ninguna otra entidad.”
- ¹⁸ En el artículo 1.2 de las Normas de Funcionamiento de la CCF de 1-2-2019, se dispone que “de conformidad con los artículos 4, 11 (3 y 4) y 12 del Estatuto, mientras dure su mandato los miembros de la Comisión no se dedicarán a actividad alguna que pueda considerarse incompatible con su independencia e imparcialidad, con arreglo a las presentes normas de funcionamiento. Tomarán todas las medidas adecuadas para garantizar el respeto de la independencia e imparcialidad tanto de sus propias funciones como de la Comisión. En particular, adoptarán todas las medidas necesarias para que no tengan, o no sean considerados por un observador razonable, como un conflicto de intereses.
- ¹⁹ En el artículo 2 de las Normas de Funcionamiento de la CCF se detallan los supuestos en los cuales los miembros no podrán participar en el examen de los casos, en particular: “a) si el miembro tiene un interés personal en el caso, por ejemplo por tener con una de las partes vínculos familiares (al ser cónyuge, padre/madre, u otro tipo de parentesco), personales, profesionales o de subordinación; b) si el miembro ya ha participado de alguna manera en este caso, sea como consultor, abogado o asesor de una parte o de otra persona que tenga algún interés en el asunto, como miembro de otro organismo nacional o internacional, o en el ejercicio de otras funciones; c) si el miembro ejerce alguna actividad política, administrativa, de índole profesional o cualquier otra actividad que sea incompatible con su independencia o imparcialidad; d) si el miembro es nacional del país que constituye la fuente de los datos impugnados por el solicitante; e) si, por cualesquiera otras razones, la independencia o imparcialidad del miembro pueden ser legítimamente cuestionadas.”

miembros” (art. 11.5). El artículo 11.4 por su parte se dirige a la Organización misma y a los Estados Miembros, disponiendo que se deben abstener “de toda acción que pudiera influir en los miembros de la Comisión y su secretaría o ser perjudicial para el desempeño de sus funciones.”²⁰

En cuanto a las reuniones de la Comisión, para evitar toda interferencia, se deben celebrar “a puerta cerrada,” de manera que los únicos facultados para reunirse permanentemente en el seno de la Comisión son sus miembros y su secretaría, pudiendo, sin embargo, la propia Comisión, invitar a un tercero cuya presencia juzgue necesaria para debatir un punto concreto del orden del día (art. 16.2).

De acuerdo con el mismo artículo 19 del Estatuto CCF, la Comisión a fin de desempeñar cabalmente sus funciones, “gozará de un derecho de acceso libre y sin reservas a todos los datos tratados en el Sistema de Información de INTERPOL, sean cuales fueren el lugar, la forma y el soporte del tratamiento.”

3. *El carácter confidencial de los ficheros y del trabajo de la Comisión*

De acuerdo con lo previsto en el artículo 20 del Estatuto CCF, no solo los expedientes de la Comisión “serán confidenciales,”²¹ sino que igualmente las solicitudes de acceso a los datos tratados en el Sistema de Información de INTERPOL o para su rectificación o eliminación (art. 3.c), y que se regulan en el capítulo 4 del Estatuto “serán tratadas confidencialmente por la Cámara de Solicitudes, y no serán registradas en el Sistema de Información de INTERPOL,”²² estando obligados los miembros de la Comisión, su secretaría y los expertos que hayan sido designados por la Comisión en aplicación del Estatuto a “tratar de manera confidencial toda la información que llegue a su

²⁰ En el artículo 1.3 de las Normas de Funcionamiento de la CCF de 1-2-2019, se precisa que “los miembros de la Comisión no podrán participar en las reuniones oficiales ni en las conferencias INTERPOL en calidad de delegados designados por sus países.” Solamente “si se cuenta con la aprobación previa del Presidente y/o una decisión de la Comisión aprobada por mayoría de los miembros presentes y votantes, podrán participar en esas reuniones como miembros de la Comisión y representantes de esta.”

²¹ El artículo 13 de las Normas de Funcionamiento de la CCF de 1-2-2019 además reitera el principio de que “1) El trabajo y los ficheros de la Comisión son confidenciales,” y que “Los ficheros y los informes de la Comisión son exclusivamente para su uso interno.” El artículo 20 de las mismas Normas dispone además que: “la información, el trabajo y los expedientes de la Comisión son confidenciales.”

²² No obstante, esta cámara podrá decidir: a) con objeto de estudiar las solicitudes, revelar información cuando lo estime necesario para el desempeño de sus funciones, teniendo en cuenta la exposición de los hechos y los derechos y libertades del solicitante; b) registrar una solicitud, o parte de ella, en el Sistema de Información de INTERPOL para actualizar o rectificar datos que ya figuren en el mismo.” (art. 20 Estatuto CCF).

conocimiento en el desempeño de sus funciones,”²³ quedando sometidos a esta obligación de confidencialidad una vez finalizado el ejercicio de sus funciones (art. 20.)

En particular en todos los casos de solicitudes formuladas de acceso a datos de los ficheros o para su rectificación o eliminación, el artículo 20 de las Normas de Funcionamiento de la CCF de 1 de febrero de 2019, dispuso que: “en el ejercicio de sus funciones, los miembros de la Comisión y la Secretaría de este órgano considerarán confidenciales toda la información, trabajo y expedientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de su desempeño en la Comisión o por su condición de miembros de esta,” debiendo tomar “todas las medidas oportunas para respetar la confidencialidad de las solicitudes que se presenten a la Comisión, y de los distintos elementos que las constituyan.” Adicionalmente se dispone que “cuando sea necesario, la Cámara de Solicitudes podrá adoptar procedimientos especiales de tratamiento para garantizar el cumplimiento de unos requisitos de confidencialidad específicos.”

4. *Los poderes de la Comisión de Control de Ficheros y las facilidades para su ejercicio*

A los efectos del cumplimiento de sus funciones de control, conforme se dispone en el artículo 3.2 del Estatuto CCF, la Comisión: a) dispondrá de pleno acceso al Sistema de Información de INTERPOL con arreglo al artículo 19 del Estatuto, el cual dispone “la Comisión gozará de un derecho de acceso libre y sin reservas a todos los datos tratados en el Sistema de Información de INTERPOL, sean cuales fueren el lugar, la forma y el soporte del tratamiento;” b) tendrá las competencias dispuestas en el artículo 26 del Estatuto²⁴ para llevar a cabo las

²³ El artículo 13.3 y 13.4 de las Normas de Funcionamiento de la CCF de 1-2-2019 reitera el principio de que “en el ejercicio de sus funciones, los miembros de la Comisión y su Secretaría considerarán confidenciales todos los documentos y la información que lleguen a su conocimiento como consecuencia de su desempeño en la Comisión o por su condición de miembros de ésta,” y que “los miembros de la Comisión y la Secretaría de este órgano tomarán todas las medidas adecuadas para garantizar la observancia de los requisitos de confidencialidad de la labor de la Comisión.”

²⁴ Dicha norma relativa a la Cámara de Supervisión y Asesoramiento dispone que: “De conformidad con el artículo 3 del presente Estatuto, la Cámara de Supervisión y Asesoramiento tendrá competencias para: 1) en el ejercicio de su capacidad de supervisión, llevar a cabo las verificaciones necesarias para garantizar que el tratamiento de los datos de carácter personal por parte de la Organización sea conforme con las normas de INTERPOL, y emitir decisiones vinculantes para la Organización sobre las medidas necesarias para subsanar todo incumplimiento de las normas de INTERPOL y recomendaciones sobre el modo de mejorar el tratamiento de los datos de carácter personal por parte de la Organización; 2) en el ejercicio de su capacidad de asesoramiento, emitir dictámenes sobre

verificaciones necesarias y para emitir tanto decisiones vinculantes para la Organización como dictámenes acerca del tratamiento de los datos de carácter personal en el Sistema de Información de INTERPOL; c) tendrá las competencias exclusivas dispuestas en el artículo 28 del presente Estatuto (relativo a la Cámara de Solicitudes) para examinar las solicitudes de acceso, rectificación o eliminación de datos tratados en el Sistema de Información de INTERPOL y tomar decisiones definitivas y vinculantes al respecto.”

Igualmente, conforme al artículo 21 del Estatuto CCF, para el cumplimiento de sus funciones, la Comisión puede consultar directamente a la Secretaría General, a las fuentes de los datos o a las demás entidades que dispongan de acceso al Sistema de Información de INTERPOL estipuladas en el Reglamento de INTERPOL sobre el Tratamiento de Datos, teniendo siempre “presentes las exigencias de confidencialidad y las restricciones aplicables” (art. 21.3).

En cuanto a las consultas a las autoridades o entidades nacionales las mismas se deben realizar a través de la Oficina Central Nacional del Miembro correspondiente; y en cuanto a las consultas a otros organismos internacionales o nacionales, entre ellos las agencias de protección de datos, las mismas deben ser sobre asuntos relacionados con sus funciones.

A los efectos de poder cumplir a cabalidad sus funciones, el Estatuto CCF dispone en su artículo 23 que la Secretaría General de INTERPOL le debe prestar a su debido tiempo todo el apoyo necesario a la Comisión, y en particular, debe poner a su disposición los locales y la infraestructura necesarias; debe transmitir, en cuanto las reciba, todas las solicitudes enviadas por la Cámara de Solicitudes (arts. 28 ss); debe comunicar toda la información que le solicite y que la Secretaría General tenga en su poder, así como la que disponga el Reglamento de INTERPOL sobre el Tratamiento de Datos; debe comunicar la información de otro tipo que sea pertinente y que le posibilite el desempeño de sus funciones; debe facilitar la celebración de sus reuniones; y debe “respetar y proteger su competencia y su independencia.”

5. *La Comisión a cargo de garantizar el derecho de petición de los ciudadanos de los países miembros y su derecho a obtener oportuna respuesta*

En esta forma, la Comisión a través de su Cámara de Solicitudes es la entidad encargada dentro de la Organización de garantizar el derecho de petición que tienen todas las personas de acceso a sus datos personales, y para controlar

todas las cuestiones contempladas en el Reglamento de INTERPOL sobre el Tratamiento de Datos y sobre todo otro asunto relativo al tratamiento de los datos de carácter personal, ya sea por propia iniciativa o a petición de la Secretaría General.

el tratamiento de los mismos en el seno de la misma, conforme a las normas del derecho administrativo global y a las normas nacionales aplicables, para pedir su rectificación o eliminación (art. 3.1.c); y además, es también la encargada de asegurar la *oportuna respuesta* a dichas peticiones o solicitudes, es decir del cumplimiento de la obligación de “responder a los solicitantes” que antes establecía el artículo 1.b del derogado Reglamento sobre el Control de la información y el Acceso a los ficheros de INTERPOL, y que ahora, conforme al nuevo Estatuto CCF, se establece con plazos precisos de cuatro (4) meses para decidir sobre las solicitudes de acceso a los datos (art. 40,1); y de nueve (9) meses para decidir sobre las solicitudes de rectificación o eliminación de datos.²⁵

Se trata, sin más, como se explica más adelante, del establecimiento a favor de los ciudadanos nacionales de todos los 194 Estados miembros, del derecho de petición y del derecho a obtener oportuna respuesta, regulado y garantizado en el derecho administrativo global, para asegurarles que la Organización actúe en el marco del mismo en materia de tratamiento de datos personales.

6. *Las decisiones de la Comisión y sus relaciones con la Secretaría General*

La Comisión, como se ha dicho, actúa a través de sus dos Cámaras: la Cámara de Supervisión y Asesoramiento, y la Cámara de Solicitudes.

En cuanto a la Cámara de Supervisión y Asesoramiento, el Estatuto CCF establece que de la misma pueden emanar “decisiones, dictámenes y recomendaciones” las cuales en todo caso deben presentarse por escrito y deben siempre estar motivadas (art. 27.1); las cuales deben ser comunicadas a la Secretaría General (art. 27.2), a los efectos de su aplicación lo antes posible, debiendo ésta informar a la Comisión sobre ello (art. 27.3).

La Secretaría General, además, debe procurar dar seguimiento lo más rápidamente posible a los dictámenes y las recomendaciones de la Cámara de Supervisión y Asesoramiento, y debe informar a la Comisión sobre su aplicación (art. 27.4).

Se prevé la posibilidad de que la Secretaría General discrepe con los dictámenes o las recomendaciones de la Cámara de Supervisión y Asesoramiento, en cuyo caso así lo debe informar a la Comisión lo antes posible, indicándole los motivos de su discrepancia. En tal caso, la Comisión puede informar de la discrepancia al Comité Ejecutivo de modo que éste pueda tomar las medidas que se impongan (art. 27.5).

²⁵ El artículo 40.3 del Estatuto CCF sin embargo, dispone que la Cámara de Solicitudes podrá decidir prolongar el plazo si las circunstancias de una solicitud determinada lo justifican. En ese caso, la prolongación debe ser razonable, se debe comunicar sin demora a la Secretaría General, a la fuente de los datos y al solicitante, y se debe además explicar la prórroga en la decisión.

Por lo que respecta a la Comisión de Solicitudes, como se ha dicho, conforme al artículo 3 del Estatuto CCF, le corresponde la competencia exclusiva para decidir sobre su competencia para tratar las solicitudes enviadas de conformidad con el Estatuto CFF; y para examinar las solicitudes de acceso, rectificación o eliminación de datos tratados en el Sistema de Información de INTERPOL y tomar decisiones al respecto (art. 28).

IV. INTERPOL Y SUS RELACIONES CON LOS CIUDADANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Dado que la actividad policial afecta a los ciudadanos nacionales de todos los Estados miembros, y dada la obligación que tiene la INTERPOL conforme a su Estatuto y a los Reglamentos de desarrollar su actividad global dentro del espíritu de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en vista de que la actividad de la Organización está reducida expresa y exclusivamente a la materia de delitos o infracciones de derecho común, el derecho administrativo global que le es aplicable a la misma, reconoce a los particulares, ciudadanos de cualquier Estado miembro, la condición de sujetos del derecho administrativo global en el plano internacional, con posibilidad de entrar en relación jurídica directa con la Secretaría General de INTERPOL y con la Comisión de Control de Ficheros, como integrantes de la Administración Global que son, con independencia de las Administraciones Públicas de los Estados nacionales o de las Oficinas Centrales Nacionales de los mismos e, incluso, en algunos casos, en confrontación con ellas.

En estos casos, la relación directa que se establece entre los ciudadanos nacionales de los Estados Miembros y la Organización, se regula expresamente en el propio ordenamiento interno de INTERPOL como derecho administrativo global, a través de la mencionada garantía del derecho de petición de los ciudadanos nacionales de cualquier Estado miembro que puedan resultar afectados por el tratamiento de datos de carácter personal manejada por la Organización en sus funciones de cooperación policial internacional, y que pueda ser realizado al margen del marco normativo de la INTERPOL; derecho de petición y de obtener oportuna respuesta que se puede ejercer por los nacionales de los Estados miembros directamente ante la Organización, con independencia de los Estados miembros y sus Administraciones Públicas.

Sobre ello, además, y por lo que se refiere a la Cámara de Solicitudes, el artículo 29 del Estatuto CCF, sobre “derechos de acceso, rectificación y eliminación de los datos,” dispone el derecho de todas las personas o entidades de “presentar directamente a la Comisión una solicitud de acceso, rectificación o eliminación de los datos tratados en el Sistema de Información de INTERPOL que les conciernan”(art. 29.1); quedando comprometidas tanto la Organización como sus Miembros “a respetar este derecho”(art. 29.2).

Por otra parte, el Estatuto CCF de 2016, a los efectos de asegurar este derecho, dispone adicionalmente que ninguna de las disposiciones del mismo “impedirá a las personas o entidades enviar a las autoridades competentes de las que dependa la fuente de los datos una solicitud por la que les requieran que tomen medidas respecto a los datos tratados por dicha fuente en el Sistema de Información de INTERPOL” (art. 28.2.a).

Igualmente, ninguna disposición del Estatuto “impedirá a la fuente de los datos rectificar o eliminar los datos que trate en el Sistema de Información de INTERPOL (art. 28.2.b), y a la Secretaría General bloquear, rectificar o eliminar, de conformidad con las normas de INTERPOL, datos tratados en el Sistema de Información de INTERPOL (art. 28.2.c).

Para garantizar el acceso de las personas a INTERPOL, y la posibilidad de la misma de decidir, en la normativa aplicable a la misma se ha regulado un procedimiento administrativo global, como se analiza más adelante, a los efectos de asegurar dicha protección de los derechos de los ciudadanos de cualquier Estado por parte de la Administración Global, por ejemplo, frente a las pretensiones de las Administraciones policiales nacionales de los Estados miembros de pretender usar a la INTERPOL en la persecución de sus nacionales por delitos de orden político, militar, religioso o racial, es decir, que no tengan el carácter de delitos de derecho común.

Ese procedimiento administrativo global se fue configurado inicialmente, por supuesto, en torno a la aplicación del artículo 3 del Estatuto de INTERPOL, particularmente frente a las pretensiones de las Administraciones policiales de los Estados Miembros de utilizar a la Organización para que actuase en la persecución de ciudadanos acusados de haber cometido por ejemplo, delitos políticos, militares, religiosos o raciales; y se ha venido consolidado globalmente, para el control general del tratamiento de la información de carácter personal conforme al ordenamiento que rige la actuación de la INTERPOL, es decir, para asegurar el respeto del principio de la legalidad por la Administración global.

El resultado de todo este desarrollo del derecho administrativo global de la INTERPOL es que en el marco del mismo se han configurado dos procedimientos administrativos fundamentales de carácter global. El primero, que podría considerarse como un procedimiento administrativo constitutivo, es decir, de formación de los actos, que es el tendiente a asegurar que el registro de información sobre personas en los ficheros de la Organización, que se efectúa fundamentalmente a solicitud de las Oficinas Centrales Nacionales de los Estados Miembros, se desarrolle cumpliendo la reglamentación de la propia Organización, de manera que no se vulneren los derechos fundamentales de las personas previstos en el artículo 2 del Estatuto de INTERPOL donde se hace referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos; ni se afecten los principios generales en materia de protección de datos.

Este procedimiento está básicamente regulado en el Reglamento de INTERPOL sobre Tratamiento de datos (RTD), cuya última reforma es de 2016.

El segundo procedimiento administrativo global antes mencionado, en cambio, que se puede considerar como el procedimiento administrativo de impugnación o más precisamente de revisión, es el dispuesto para asegurar la posibilidad de revisión de los registros de información ya efectuados en la Organización, con vistas a asegurar que hayan sido efectuados conforme al principio de legalidad y se puedan en consecuencia obtener su rectificación o eliminación. Este procedimiento está básicamente regulado en el Estatuto de la Comisión de Control de Ficheros de INTERPOL (Estatuto CCF), dictado en 2016, y que derogó el antiguo reglamento sobre el Control de la Información y el Acceso a los Ficheros de INTERPOL aprobado en la 73ª reunión de la Asamblea general en virtud de resolución AG-2004-r-08. cuya última reforma es de 2016.

Lo importante es que respecto de estos dos procedimientos administrativos globales, el ordenamiento de INTERPOL reconoce a los particulares, ciudadanos nacionales de cualquier Estado, la condición de sujetos de derecho administrativo en el plano internacional, para actuar ante INTERPOL en relación con los datos sobre sus personas, con la posibilidad de entrar en relación jurídica directa con la Secretaría General de INTERPOL y la Comisión de Control de Ficheros, como Administraciones globales que son, con independencia de las Administraciones Públicas de los Estados nacionales o de las Oficinas Centrales Nacionales de los mismos e, incluso, en algunos casos, en confrontación con ellas.

TERCERA PARTE

EL PRINCIPIO DE LA NEUTRALIDAD QUE RIGE EL SISTEMA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE POLICÍA A CARGO DE LA INTERPOL EXCLUSIVAMENTE EN MATERIA DE DELITOS DE DERECHO COMÚN

De acuerdo con el Estatuto de INTERPOL, y desde su creación, como se ha dicho, su actuación ha estado circunscrita a la cooperación internacional en materia de delitos comunes o infracciones de derecho común, lo que implica, conforme al derecho administrativo global que la rige, la prohibición rigurosa para INTERPOL de intervenir en delitos que no sean de dicha naturaleza, y en especial, en delitos políticos, militares, religiosos y raciales, tal como lo indica el artículo 3 del Estatuto.

En consecuencia, el contorno del régimen del tratamiento de datos y de la protección de la información de cooperación policial esencialmente contenida en los ficheros de la Organización, está en definitiva señalado por la referida limitación que se estableció desde 1946, al reducirse la acción de la INTERPOL,

conforme al artículo 2,b de su Estatuto, a la prevención y a la represión de las infracciones de derecho común, es decir, infracciones de derecho común; con lo que desde su creación, se configuró un marco normativo que es obligatorio no sólo para la Organización sino para todos los Estados Miembros, con el objeto de garantizar la neutralidad de la misma, aun cuando respetando la soberanía de los Estados.

En todo caso, esta limitación tan importante que constituye la esencia de la actuación de INTERPOL, al quedar limitada su actuación a la materia de los delitos de derecho común, ha impuesto a la Organización la necesidad de interpretar el artículo 3 del Estatuto, particularmente para enfrentar a las pretensiones de los Estados contrarias a la prohibición y así evitar que su cooperación internacional se vea mezclada con persecuciones políticas, religiosas, militares o raciales.

I. LA INFORMACIÓN POLICIAL, LA NEUTRALIDAD DE INTERPOL Y LAS INFRACCIONES DE DERECHO COMÚN

Las relaciones que se establecen entre la INTERPOL como Administración global, por una parte, y los Estados Miembros, sus organizaciones policiales, y los ciudadanos nacionales de dichos Estados miembros, por la otra, surgen ante todo con motivo del tratamiento de datos personales en materia de cooperación policial internacional por parte de INTERPOL; a cuyo efecto, el Reglamento sobre el Tratamiento de Datos (RTD), define la expresión “tratamiento” como “toda operación o conjunto de operaciones que se aplique a unos datos y que se haya efectuado mediante procedimientos automatizados o de otro tipo, tales como la recogida, el registro, la consulta, el envío, la utilización, la divulgación o la eliminación” (art. 1.5); y por “datos,” como “toda información, sea cual fuere su fuente, relativa a hechos constitutivos de *infracciones de derecho común*, a las investigaciones sobre dichos hechos, a la prevención, el enjuiciamiento de sus autores y la sanción de las citadas infracciones, a la desaparición de personas o la identificación de cadáveres” (art. 5.2); entre los cuales están los “datos de carácter personal” que como se indicó se definen como “todos los datos relativos a una persona física identificada o susceptible de ser identificada por medios a los que se pueda razonablemente recurrir” (art. 5.3).

Esta información o los datos que se acumulan y archivan en INTERPOL, conforme al principio de la neutralidad derivado del artículo 3 de Estatuto, debe estar limitada a infracciones de derecho común o a delitos comunes. Esa información, por su propia naturaleza, sin duda puede afectar los derechos de la personalidad, y en especial, la libertad personal y de circulación de los ciudadanos nacionales de los Estados miembros, lo que es particularmente grave si los datos enviados a INTERPOL por las Oficinas Centrales Nacionales rebasan dicho ámbito de dichos delitos de derecho común e invaden el campo de los delitos políticos, militares, religiosos y raciales.

En efecto, como antes se ha dicho, el objetivo fundamental de INTERPOL es asegurar la cooperación internacional en la prevención, la represión y el enjuiciamiento de las infracciones penales de derecho común contempladas en el artículo 2 del Estatuto de la Organización, a cuyo efecto mediante el Sistema de Información de la INTERPOL se genera una importante acumulación, intercambio y difusión de información o datos policiales, con el objeto de facilitar las investigaciones relacionadas con tales infracciones (arts. 1.4, y 4, del Reglamento de Interpol sobre Tratamiento de Datos). Esa información es la que precisamente debe tratarse en el marco del principio de neutralidad, es decir, sin rebasar los límites dispuestos en el artículo 3 del Estatuto; cuyos objetivos primarios, como lo indica la propia Organización, son: “asegurar la independencia y neutralidad de INTERPOL como organización internacional; reflejar la ley internacional de extradición, y proteger a las personas persecución.”

Por ello, “el artículo 3 se aplica a todas las actividades de INTERPOL y es particularmente pertinente en el procesamiento de información por los canales de la Organización, especialmente en la revisión y emisión de Noticias por INTERPOL y en la revisión de mensajes intercambiados directamente entre los Estados miembros.”²⁶

Como lo ha informado la propia Organización, dicha limitación establecida en el artículo 3 del Estatuto, además, no sólo se aplica a la Secretaría General de la INTERPOL sino también a los Estados Miembros, los *cuales deben inhibirse de requerir asistencia en los casos prohibidos por el artículo 3*, estando obligados a cumplir con el Estatuto cuando se integran a INTERPOL. La Organización, en consecuencia, debe:

“verificar que las solicitudes de las Oficinas Centrales Nacionales que circulen en la red de INTERPOL y que se almacenan en su base de datos, cumplan con el Estatuto. Este monitoreo significa que INTERPOL puede rehusarse a procesar cualquier solicitud o requerimiento con base en el artículo 3, aun cuando los Estados solos tienen los derechos de soberanía para determinar si una infracción es política (en el contexto de un procedimiento de extradición por ejemplo).”²⁷

Y fue precisamente para asegurar la legalidad del tratamiento de la información y de los datos, de manera de respetar el principio de neutralidad, que la Organización fue progresivamente construyendo su propia doctrina interpreta-

²⁶ V., en la página web de INTERPOL, en <http://www.interpol.int/es/About-INTERPOL/Legal-materials/Neutrality-Article-3-of-the-Constitution>.

²⁷ *Idem*.

tiva;²⁸ lo que desde el establecimiento de la Organización, ha implicado el desarrollo de una permanente labor de interpretación específicamente de la aplicación del artículo 3 del Estatuto, norma que ha permanecido siempre como “una previsión dinámica y viva en la práctica de INTERPOL.”²⁹

II. EL ARTÍCULO 3 DEL ESTATUTO Y LA NEUTRALIDAD DE INTERPOL: ALGUNOS ANTECEDENTES

Como se dijo, desde su creación en 1923, la actuación de la INTERPOL se circunscribió a la cooperación internacional en materia de delitos comunes, lo que a pesar de la ausencia de previsión estatutaria expresa, excluía a los delitos políticos. Ello marcó la postura neutral de la Organización, particularmente entre las dos Guerras Mundiales, al negarse sistemáticamente a intervenir en asuntos de tal naturaleza. Con ello, en todo caso, la Organización seguía la tendencia general desarrollada desde el siglo XIX en materia de extradición, que se excluía en relación con las infracciones de carácter político. Ello, por lo demás, contribuyó a que la Organización progresivamente fuera ganando influencia en materia de cooperación internacional y la consideración de las autoridades administrativas y judiciales de los Estados Miembros.

Esta laguna estatutaria, en todo caso, fue cubierta en 1948 al añadirse al final del primer párrafo del artículo 1 del Estatuto de la Organización una frase en la que se mencionaba la rigurosa exclusión de todos los asuntos que tuvieran un carácter político, religioso o racial. Dicho párrafo del artículo 1, en 1948, quedó redactado así:

Artículo 1: La CIPC tiene como finalidad garantizar y favorecer la más amplia asistencia oficial recíproca entre todas las autoridades de policía criminal, dentro del marco legal existente en cada uno de los países, así como crear y desarrollar todas las instituciones capaces de contribuir eficazmente a la prevención y a la represión de las infracciones de derecho común, excluyendo rigurosamente cualquier asunto que presente un carácter político, religioso o racial.

Esta norma se reformó en 1956, al redactarse el Estatuto de INTERPOL, al agregarse a la lista de exclusión, a los delitos de carácter “militar,” quedando

²⁸ A tal efecto, la Asamblea General de INTERPOL ha adoptado una serie de resoluciones interpretativas, las cuales se han acompañado de varios documentos emanados de la misma Organización titulados “*Historial del Artículo 3*” (GT-ART 3-2004.07); “*Marco de Interpretación del Artículo 3*” (GT-ART3-2004.10); y “*Procedimientos dispuestos por la Organización para vigilar la aplicación del Artículo 3*” (GT-ART3-2004.11), lo que pone de manifiesto la especial importancia que la Organización Internacional de Policía Criminal le confiere a este aspecto.

²⁹ *Idem.*

superadas las dudas que podían resultar de la forma inicial de redacción del Estatuto, quedando claro por tanto, que la prohibición estaba dirigida a la actividad de la Organización, en sí misma, de manera de impedirle intervenir en cuestiones o asuntos que revistieran carácter político, militar, religioso o racial, y además, impedir también expresamente que los Estados Miembros pretendieran utilizar a la Organización para perseguir en los casos prohibidos.

En todo caso, la limitación impuesta a INTERPOL de intervenir sólo en los casos de delitos de derecho común implicó la exclusión de su intervención en los casos de crímenes de guerra o de acciones terroristas.

Ello, por supuesto, contrariaba los principios más elementales del derecho internacional que se habían venido delineando en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, a la cual INTERPOL, como organización intergubernamental, sin embargo, no se consideraba sujeta; originándose importantes conflictos interpretativos, particularmente por el desarrollo, hacia la década de los cincuenta, de la práctica criminal del secuestro de aviones

Ello obligó a la Organización a comenzar a adoptar una interpretación del artículo 1º de su Estatuto, conforme a la cual se permitiera precisar, en cada caso, si efectivamente se trataba o no, en realidad, de una infracción de “derecho común” a pesar de que pudiera alegarse una motivación política o religiosa, y así permitir la intervención de la Organización.

Ello condujo, a que en la Asamblea de la Organización de 1951, se adoptara la Resolución AGN/20/RES/11, en la cual se introdujo el concepto o “*principio de predominio*,”³⁰ o de preponderancia, conforme a lo cual todos los hechos relevantes de una acción delictiva debían ser expresados a los efectos de determinar la naturaleza de la misma, de manera que lo que quedaban prohibidas eran las solicitudes de información, investigación, y arresto provisional en relación con las infracciones que tuvieran carácter predominantemente político, militar, racial o religioso; y en casos de delitos de ese tipo, si la predominancia en los hechos era de los delitos de derecho común, la Organización sí debía intervenir. En otros términos, si el caso tenía preponderantemente las

³⁰ El principio tuvo su origen en el Tratado de Extradición suizo de 1892, cuyo artículo 10 estableció que la extradición se debía conceder si el acto que la fundamentara constituía en esencia un delito común, incluso si la persona condenada invocaba motivos políticos. A estos efectos, para determinar el carácter “predominante” de derecho común de una infracción, el Tribunal Federal suizo esgrimió dos condiciones acumulativas que restringieron la definición de infracción política: primero, que el acto se cometiera en el marco de una lucha por el poder político y pudiera interpretarse como una tentativa de toma de poder; y segundo, que el acto no fuera desproporcionado con respecto al objetivo perseguido, sino que constituyera un medio realmente eficaz para lograr dicho objetivo. Este principio de preponderancia se desarrolló posteriormente en Europa en materia de delitos de terrorismo.

características de infracción de derecho común, el artículo 3 no se aplicaba, pero si el caso tenía preponderantemente las características de delito político, militar, religioso o racial, o era puro delito de este tipo, se debía aplicar el artículo, 3 lo que impedía cualquier cooperación internacional en la materia.³¹ Ello implicó, en todo caso, la necesidad de que la Organización comenzara a examinar, caso por caso, cada solicitud.

Sin embargo, la adopción de la teoría del predominio o preponderancia en la interpretación de la prohibición contenida en el artículo 3, sin embargo, al inicio no condujo a la modificación del criterio de la Organización de no intervenir en los casos de personas acusadas de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad; criterio que sin embargo fue abandonado en 1994, mediante Resolución de la Asamblea General AGN/63/RES/9, cuando se planteó el tema de cooperación con el Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia.

La teoría del predominio, por otra parte, también condujo a la restricción de la prohibición del artículo 3, al regularizarse la posibilidad de la Organización de intervenir en los casos de terrorismo contra la aviación civil internacional (Resoluciones de 1970 y 1973), haciéndose referencia a los convenios aprobados en el marco de la OACI. Hacia mediados de los años setenta esta postura se fue ampliando para abarcar otras infracciones terroristas ajenas al campo de la aviación civil, como homicidios, lesiones corporales, secuestros, toma de rehenes, incendios voluntarios o atentados con explosivos; tratando, sin embargo, de diferenciar los actos de terrorismo de los que resultaban de las luchas de liberación nacional, en los que la Organización no intervenía

En 1979, en la 48ª Asamblea General de la Organización celebrada en Nairobi, se aprobó una Resolución titulada “Actos de violencia cometidos por grupos organizados” que, “sin olvidar” el artículo 3 del Estatuto, estipulaba que la Asamblea General condenaba los actos de violencia cometidos por grupos organizados “alegando en algunos casos motivos ideológicos”.

Por otra parte, con motivo del reconocimiento de la INTERPOL por parte de las Naciones Unidas, en diciembre de 1982, como Organización intergubernamental, lo que se reafirmó al suscribirse el Acuerdo con Francia, en 1983, para establecer la Sede de la Organización en ese país; y reconocerse a la Organización como sujeto de derecho internacional, ello la obligó a adecuar sus prácticas a lo establecido en los numerosos convenios internacionales que para ese momento ya existían en materia de terrorismo.

Luego, en 1984 mediante las Resoluciones AGN/53/RES/6 y AGN/53/RES/7 adoptadas en la Reunión de su Asamblea General en Luxemburgo, se abandonó la antigua práctica de evitar cualquier implicación en asuntos que pudieran

³¹ V., en la página web de INTERPOL, en <http://www.interpol.int/es/About-INTERPOL/Legal-materials/Neutrality-Article-3-of-the-Constitution>.

revestir un carácter político en materia de actos de terrorismo, y al contrario, se afirmó en general el principio de que las Oficinas Criminales Nacionales y la Secretaría General podían cooperar sin reservas en la lucha contra el terrorismo, sin que ello significara violar el artículo 3 del Estatuto de la Organización, y siempre que el examen de cada caso pusiera de relieve el “predominio del derecho común” de la infracción.

Para la identificación, por otra parte, de los delitos políticos, en las Resoluciones se precisó tal concepto al establecerse una lista de las “infracciones políticas por su naturaleza,” dado que se reconocían como tales en todos los países miembros.

De todos estos antecedentes en la conformación del ámbito de actuación de la INTERPOL, estamos en presencia, entonces, de una Administración global regida por su propia normativa, que circunscribe su acción solamente a la cooperación en materia de delitos comunes, la cual conforma el núcleo esencial del derecho administrativo global que la rige, el cual no tiene origen nacional o estatal ni responde a la tradicional idea de soberanía, de manera que los efectos de su aplicación rebasan o desbordan los confines de los Estados.

III. CRITERIOS ESTABLECIDOS EN 1984 SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3, EN PARTICULAR RESPECTO DE LOS ACTOS DE TERRORISMO

1. Delitos políticos por su naturaleza y principio de la preponderancia

En las antes mencionadas Resoluciones AGN/53/RES/6 y AGN/53/RES/7 adoptadas por la Asamblea General de la Organización en 1984, se reafirmó la autonomía de la Administración global, aun cuando en el marco del respeto de la soberanía de los Estados, para la interpretación del artículo 3 de su Estatuto. Es decir, si bien los Estados Miembros, conforme a sus poderes soberanos tienen potestad para calificar el carácter político de las infracciones en sus respectivas legislaciones; ello no puede ser obstáculo para que la Organización vele por el respeto de su propio Estatuto. Ese derecho de la Organización de interpretar su propio Estatuto y sus reglamentos, sin embargo, no puede constituir una limitación a la posibilidad de que los Países miembros puedan adoptar una decisión opuesta a la de la Organización en materia de infracción política.

En todo caso, en la práctica, el mencionado principio de la preponderancia tiene repercusiones distintas según que sea el Estado Miembro el que envíe a la Organización una solicitud de cooperación, o sea que el mismo reciba tal solicitud de la Organización.

En el *primer caso*, si se trata del Estado que emite una información o una solicitud, la negativa de la Organización de dar curso a dicha información o solicitud sobre la base del artículo 3, no puede significar en modo alguno que la

Organización sea competente para decidir en lugar del Estado, si dicha infracción tiene o no carácter político. Lo que la Organización hace es responder a su propia normativa y conforme a ella a su propia lógica, que consiste en garantizar el respeto a su Estatuto y sus Reglamentos, es decir, observar la neutralidad más estricta. Por ello, los Estados miembros han definido a través de la Asamblea General, el marco analítico al cual debe ceñirse la Secretaría General de INTERPOL para garantizar el respeto del artículo 3 cuando existe un móvil político.

En todo caso, en los delitos considerados como de “naturaleza política,” entre los que por ejemplo se enunciaron a título enunciativo, la pertenencia a un movimiento disuelto, los delitos de opinión, los delitos de prensa, las injurias a las autoridades en ejercicio, los delitos contra la seguridad interior o exterior del Estado, la traición y el espionaje; la prohibición prevista en el artículo 3 opera automáticamente, y cuando la Secretaría General rechaza solicitudes de los Estados Miembros en estos casos, su decisión se funda en su propia normativa.

En los casos en que se estime necesario aplicar el principio de la preponderancia, conforme a la Resolución AGN/53/RES/7, en los casos en los cuales en las infracciones *predomina* el carácter político, militar, religioso o racial *sobre el elemento de derecho común* que pueden comportar, el examen previo, caso por caso, para determinar dicha predominancia (AGN/53/RES/7 punto 1.2 y 3), se debe hacer conforme a los siguientes tres principios:

Principio N° 1: La prohibición enunciada en el artículo 3 se extiende a las infracciones que presentan un carácter predominantemente político, militar, religioso o racial, aun cuando en el país requirente tales actos hayan sido tipificados como infracciones de derecho común (AGN/20/RES/14 y AGN/53/RES/7, punto 1,2).

Principio N° 2: La existencia de una motivación política, militar, religiosa o racial no implica por sí sola la aplicación del artículo 3. La existencia de un elemento de derecho común no basta para excluir la aplicación del artículo 3 (AGN/63/RAP/13 punto 4.1).

Principio N° 3: Corresponde a los Estados, en el ejercicio de su soberanía, determinar el carácter político, militar, religioso o racial de una infracción (AGN/53/RES/6).

En todo caso, conforme a este marco analítico, si bien la determinación del carácter político de la infracción es competencia de los Estados, corresponde sin embargo a la Organización, a los efectos de dar curso a la solicitud de información o rechazarla, apreciar el predominio de los elementos de derecho común exclusivamente sobre la base de los criterios esbozados en la Resolución AGN/53/RES/7.

En el segundo caso, si se trata del país receptor el que reciba una solicitud de cooperación enviada a través de INTERPOL, el mismo puede determinar su postura y adoptar las medidas necesarias en función de sus propios criterios, tanto desde el punto de vista policial como judicial. Como consecuencia de ello, se considera que el Estado no está vinculado por la decisión de la Secretaría General de tramitar una información en la que predomine el derecho común.

2. *El principio del predominio básicamente en materia represiva y no en materia preventiva en actos de terrorismo*

El segundo principio desarrollado con base en la Resolución AGN/53/RES/6, Punto II. 6 de la INTERPOL en materia de solicitudes de los Estados miembros a la Organización, es que la teoría del predominio se aplica según la naturaleza del acto de cooperación requerido, en el sentido de que si se trata de una solicitud de *prevención*, la Organización generalmente procede a efectuar “la difusión de información técnica, incluso si procede de asuntos con una motivación política;” en cambio, si se trata de un requerimiento en materia de *represión* de asuntos con móvil político, su tratamiento responde a las normas específicas de evaluación establecidas en la Organización.

Esta distinción también tuvo su origen en el tema de la condena de la comunidad internacional respecto de los actos de terrorismo y la necesidad de luchar contra el terrorismo (AGN/53/RES/6), lo que llevó a INTERPOL a distinguir las solicitudes enviadas por los países miembros, según que se produzcan antes de que verifiquen los hechos de terrorismo (preventivas) con la información que serviría para prevenir dichos actos (AGN/53/RES/7), o después de haberse perpetrado el acto terrorista (represivas).

En virtud de ello, los mensajes de alerta sobre los preparativos de actos de terrorismo, por ejemplo, en aeropuertos, se han intensificado, y si se trata de infracciones previstas en Convenios Internacionales relativos a actos de terrorismo (por ejemplo, contra la aviación civil, toma de rehenes, o contra las personas que gozan de protección internacional), la INTERPOL prácticamente no toma en cuenta la posible filiación política de los autores potenciales denunciados, con lo que ha abierto las puertas a la cooperación en estos ámbitos. La única condición establecida por la Organización es que la comunicación de información de esta naturaleza formulada por los Estados, “*no se fundamente exclusivamente en la pertenencia de los interesados a un movimiento político*” (AGN/53/RES/7, Punto II. 6), sino que se debe fundar también en otros datos que señalen la posibilidad de que el individuo haya participado en la preparación de un acto de toma de rehenes o de un acto contra la aviación civil.

Otro de los principios derivados de las Resoluciones de Luxemburgo en relación con el predominio del derecho común en un asunto, plantea la necesidad de tener en cuenta la existencia o no de vínculos entre los objetivos de los autores

y la víctima, para lo cual la Organización debe examinar el lugar donde se ha perpetrado el acto, la calidad de las víctimas y la gravedad de la infracción, siendo preponderante el análisis del lugar de ejecución de un acto de terrorismo. En ello, adquiere particular interés el tema de la perpetración de actos de terrorismo fuera de la llamada “zona de conflicto.”³²

IV. CRITERIOS ESTABLECIDOS EN 1994 EN PARTICULAR EN MATERIA DE COOPERACIÓN CON TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

Los principios para la aplicación del artículo 3 del Estatuto de INTERPOL, volvieron a ser modificados en la Resolución AGN/63/RES/9 adoptada en la Reunión de la Asamblea General en Roma de 1994, con motivo de la creación, mediante Resolución N° 827 del 25 de mayo de 1993 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, del Tribunal Internacional para juzgar a las personas sospechosas de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas a partir de 1991 en el territorio de la antigua Yugoslavia. Con ello se resolvió el tema de las relaciones entre el Tribunal y la INTERPOL, así como de la intervención de esta última en el tratamiento de los asuntos criminales examinados por el Tribunal.³³

En el caso del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, la Organización consideró necesario “definir su postura tanto en lo relativo a la cooperación con el Tribunal como en lo que atañe a la aplicación del artículo 3 del Estatuto de INTERPOL en los asuntos examinados por dicho Tribunal” (Resolución AGN/63/RAP/13,), con lo que se modificó la estricta posición que había mantenido anteriormente, aceptando la tendencia generalizada orientada a la “restricción progresiva de la aplicación de disposiciones excepcionales que prevén un tratamiento más favorable para los autores de infracciones de este tipo debido al contexto político del acto” (AGN/63/RAP/13, p. 5.).

En esta forma, mediante Resolución AGN/63/RES/9, que ratificó el informe AGN/63/RAP/13, no sólo se trató el tema de las infracciones

³² Se ha considerado “zona de conflicto”, a los países o regiones que se encuentran en una situación de conflicto que podría dar lugar a tentativas de imponer soluciones por medio de actos terroristas perpetrados en otro lugar. Se estableció en la Resolución que: “Cuando los autores de las infracciones tienen una motivación política, pero dichas acciones ya no tienen una relación directa con la vida política de los individuos o con la causa por la que luchan, los hechos cometidos ya no pueden considerarse al amparo del artículo 3. Esto sucede sobre todo cuando las acciones se cometen en terceros países situados fuera de la “zona de conflicto” y cuando constituyen una grave amenaza para la libertad, la vida o los bienes (Punto II. 3).

³³ Dicho problema de la utilización de las vías de comunicación de la INTERPOL por parte de este Tribunal se formuló en junio de 1993 en el marco del Consejo de Europa.

sancionadas por el Tribunal Penal Internacional, sino que se complementaron las modalidades generales de interpretación del artículo 3 contempladas en la Resolución AGN/53/RES/7, en la siguiente forma:

A. En primer lugar, se dispuso que la Organización estaba autorizada a tratar todos los asuntos examinados por el Tribunal (infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, violaciones de las leyes o costumbres de la guerra, genocidio, crímenes contra la humanidad) a condición de que el examen individual del asunto pusiera de relieve el predominio de los elementos de derecho común. Se trataba de la primera vez que la Organización abordaba asuntos de este tipo, los cuales desde 1946 se descartaban automáticamente.

En todo caso, en esta materia relativa a las violaciones al derecho internacional humanitario, desde 1994 la Organización ha reconocido sistemáticamente el predominio del derecho común al examinar los asuntos de forma individual. En tal orientación, otros convenios de cooperación han sido establecidos entre la INTERPOL y el Tribunal Penal Internacional, el Tribunal Penal internacional para Rwanda, el Tribunal Penal Internacional para Sierra Leone, y el Tribunal Especial para el Líbano.

B. En segundo lugar, se determinó el principio del valor del criterio geográfico, es decir, del lugar de comisión del acto con respecto a la “zona de conflicto,” colocándose al mismo nivel que los criterios de la calidad de las víctimas y la gravedad del acto. Se consideró que la situación geográfica no constituye el único criterio de apreciación, puesto que en estos casos entran en juego otros hechos cuya relevancia puede ser decisiva a la hora de determinar el elemento predominante, como el examen de la relación existente entre las víctimas de dichas infracciones y el eventual móvil político, y la gravedad de los actos incriminados, ya que en general, las víctimas de estas infracciones son personas que no participan o que han dejado de participar en el conflicto. (AGN/63/RAP/13, p. 8).

C. En tercer lugar, se estableció que las infracciones cometidas por los dirigentes políticos debían analizarse desde el ángulo del predominio del elemento político o de derecho común, al igual que las infracciones cometidas por otras personas. Se consideró que aunque el poder político debe ejercerse dentro de los límites establecidos por la ley, incluidos los de la legislación internacional, “hay que admitir que existen numerosos campos en los que el ejercicio de un poder político no puede sustentarse en formas jurídicas”. No obstante, los criterios de gravedad de la infracción, calidad de las víctimas y zona de conflicto sirven para determinar el predominio de derecho común o político en cada caso.

D. En cuarto lugar, en específico, la Resolución aportó varias precisiones sobre la noción de infracción “militar,” estableciéndose que “El hecho de que el autor de la infracción sea un militar no quiere decir que el acto sea de carácter

militar;” que “el reclutamiento forzoso de prisioneros o civiles en las fuerzas armadas enemigas (artículo 2(e) del Estatuto del Tribunal Internacional), que está relacionado con la constitución de fuerzas armadas y que, por tanto, no puede disociarse de los asuntos militares, puede considerarse como una infracción militar por naturaleza y autorizaría pues la aplicación del artículo 3 del Estatuto;” que “no son infracciones militares aquellos actos que se componen de elementos de una infracción de derecho común y de un elemento constituido por la inutilidad del acto desde el punto de vista militar;” que “todas las demás infracciones deben examinarse para establecer si predomina el elemento de derecho común o el elemento militar.”

Desde 1996 y partiendo de estos mismos principios de interpretación, la Secretaría General de INTERPOL también ha brindado su cooperación al Tribunal para Ruanda, tras el visto bueno acordado en la 63ª reunión de la Asamblea General (AGN/63/PV/5).

V. CRITERIOS GENERALES SOBRE LA PROHIBICIÓN A LA INTERPOL DE INTERVENIR EN MATERIA DE DELITOS POLÍTICOS, MILITARES, RELIGIOSOS O RACIALES

El tema de la interpretación del artículo 3 del Estatuto de INTERPOL, como puede apreciarse de la evolución antes analizada, constituye la médula de su actuación, y sobre ello, la Secretaría General además de pronunciarse de manera puntual y redactar fichas temáticas para difundir su postura oficial, en las Resoluciones interpretativas emitidas en 1951, 1984 y 1994 (GT-ART3-2004.10), ha establecido los siguientes criterios interpretativos en relación a lo que debe entenderse por delitos, cuestiones o asuntos de carácter político, militar, religioso o racial, en los que siempre se examina el tema de la predominancia o no del elemento de derecho común.

1. Infracciones de carácter político

En cuanto a las infracciones que, por su esencia misma, revisten un carácter político, como antes se ha dicho, los siguientes son los ejemplos citados en la Resolución de 1984: pertenencia a un movimiento disuelto; delitos de opinión; delitos de prensa; injurias a las autoridades en ejercicio; delitos contra la seguridad interior o exterior del Estado; traición, y espionaje. Se trata de una enumeración enunciativa, por lo que la Organización puede identificar otros delitos políticos conforme a sus propios criterios.

En cuanto al examen de la predominancia del elemento de derecho común en una infracción de carácter político, la situación se resume así:

a. El hecho de que el autor de una infracción sea una personalidad política no confiere automáticamente a dicha infracción un carácter político. Las infracciones cometidas por personalidades políticas, al igual que las cometidas por otras personas, deben examinarse desde el punto de vista de la predominancia del elemento político o de derecho común (AGN/63/ RAP/13, §5.2.1).

Las solicitudes relativas a violaciones graves del derecho humanitario cometidas por políticos no entran en el campo de aplicación de la prohibición prevista en el artículo 3, pues se considera que tales actos se cometen al margen del ejercicio normal del poder político (AGN/63 /RAP/13).

b. Para determinar la predominancia en cuestión, hay que examinar si existe o no una relación directa entre los actos perpetrados y la realidad política del país del interesado, o la causa que combate, o las víctimas ocasionadas. Ello se puede determinar mediante tres criterios: En primer lugar por el alejamiento geográfico del lugar de comisión de los actos respecto a la “zona de conflicto;”³⁴ en segundo lugar, por la gravedad de la infracción (atentados graves contra la libertad, la vida de las personas y los bienes);³⁵ y en tercer lugar, por la ausencia de vinculación entre la víctima y los fines perseguidos por los autores de la infracción, el país de la zona de conflicto y la situación política.³⁶

³⁴ La prohibición de intervenir se considera suspendida cuando se trata de actos cometidos fuera de la “zona de conflicto”, pero no se define el concepto de “zona de conflicto” (AGN/53/RES/7, punto II.3). Pese a la gran importancia que se le atribuía en la resolución de 1984, este criterio se relativizó considerablemente en 1994, en el caso de las violaciones del derecho internacional humanitario (que se producen por definición en una zona de conflicto), y se equiparó a los otros criterios (AGN/63/RAP/13, punto 5.2.1).

³⁵ Evaluación de la gravedad de la infracción, y especialmente del carácter violento de los actos (AGN/53/RES/7, punto II.3). Pertinencia casi sistemática de este criterio en el caso de las violaciones del derecho internacional humanitario (infracciones consideradas como crímenes por los convenios internacionales) (AGN/63/RAP/13, punto 5.2.1).

³⁶ INTERPOL insiste en la importancia de la existencia o no de vínculos entre los objetivos perseguidos por un acto terrorista y sus víctimas (AGN/53/RES/7, punto II.5), lo que refleja el punto de vista según el cual el terrorismo causa víctimas inocentes fuera de la “zona de conflicto”. En los casos en los que la víctima es un civil que no participa en el conflicto, no se aplica el artículo 3; si la víctima ya no participa en el conflicto, tampoco se aplica el artículo 3 (AGN/53/RES/7, punto II.5). Otros ejemplos de situaciones expuestas en la resolución AGN/53/RES/7 a las que, debido a los criterios propuestos, no se aplica el artículo 3, son: Asesinato de policías fuera de la zona de conflicto; toma de rehenes para obtener la liberación de cómplices; atentados contra civiles; secuestros de aviones; secuestro de personas.

2. *Infracciones de carácter militar*

En cuanto a las infracciones de carácter militar, entre aquellas que por esencia son de tal carácter, se han identificado: la deserción (Resolución AGN/53/RES/7); y el alistamiento forzado de prisioneros de guerra o de civiles en las fuerzas armadas enemigas, o constitución de fuerzas armadas (Informe AGN/63/RAP/13, punto 5.2.2).

En cuanto al examen de la predominancia del elemento de derecho común en una infracción de carácter militar (AGN/63/RAP/13, punto 5.2.2), la situación se resume así:

a. El hecho de que el autor de una infracción sea un militar no confiere automáticamente a dicha infracción un carácter militar. Por otro lado, está el criterio del carácter innecesario de los actos con respecto a las exigencias militares, a condición de que dichos actos comporten elementos propios de una infracción de derecho común (fundamento: ausencia de necesidad o utilidad desde un punto de vista militar), en cuyo caso el artículo 3 no se aplica.

b. Otros criterios para determinar la predominancia: Ausencia de vinculación entre la víctima y los fines perseguidos por los autores de la infracción, el país de la zona de conflicto y la situación política; gravedad de los actos y de los daños causados por los mismos.

3. *Infracciones de carácter religioso o racial*

En cuanto a las infracciones de carácter religioso o racial, la doctrina de INTERPOL contenida en la Resolución AGN/53/RES/7, ha identificado como casos en los que las infracciones por su esencia misma revisten tal carácter religioso o racial, la pertenencia a un movimiento disuelto o la práctica de una religión.

En las Resoluciones, sin embargo, no se han dado ejemplos de infracciones que por su esencia misma, revistan un carácter racial. En el informe AGN/63/RAP/13 sólo se establece una distinción entre etnia y raza, pero sin señalarse las implicaciones de la misma.

VI. CRITERIOS GENERALES PARA DETERMINAR LA LICITUD DE LA INTERVENCIÓN DE INTERPOL EN MATERIA DE SOLICITUDES DE NOTIFICACIÓN O ALERTA PARA LA BÚSQUEDA INTERNACIONAL

A los efectos de la aplicación del artículo 3 del Estatuto de INTERPOL, se han establecido en diversas Resoluciones de la Organización, una serie de

principios de procedimiento para determinar la licitud de la intervención de INTERPOL en materia de registro de datos o búsqueda internacional, con motivo de la aplicación del artículo 3 del Estatuto.³⁷

1. *Resolución AGN/20/RES/11 (1951) sobre las “Solicitudes de Búsqueda Internacional”*

La Resolución AGN/20/RES/11 (1951) sobre las “Solicitudes de Búsqueda Internacional” fue adoptada por la Comisión Internacional de Policía Criminal (CIPC), en la 20ª Reunión de su Asamblea General, celebrada en Lisboa del 10 al 15 de junio de 1951, en la cual se recomendó a sus miembros y a los Jefes de las Oficinas Centrales Nacionales:

“que velen por que no se transmitan en ningún momento a la Oficina Internacional o a las demás Oficinas Centrales Nacionales solicitudes de información o de búsqueda y, sobre todo, de detención preventiva que tengan por objeto infracciones de carácter predominantemente político, racial o religioso, aún cuando en el país solicitante los hechos fueran constitutivos de una infracción de derecho común.”

En tal virtud, la Asamblea General decidió, “con el fin de cumplir en todo lo posible con las disposiciones del artículo 1 del Estatuto, que en caso de duda sobre el carácter político, racial o religioso de una solicitud, se autorice al Jefe de la Oficina Internacional, de común acuerdo con el Secretario General de la CIPC,”

“a suspender la difusión de cualquier solicitud de información o de búsqueda procedente de una Oficina Central Nacional o de otra entidad policial solicitante, de modo que pueda pedir toda la información necesaria para apreciar la naturaleza exacta de los hechos y la situación real de los delincuentes.

La Asamblea General, además, decidió

“que la entidad policial que envíe una solicitud de información o de búsqueda al Jefe de la Oficina Internacional para su difusión a las Oficinas Centrales Nacionales, o a otra Oficina Nacional extranjera, será enteramente responsable de las consecuencias que pudieran derivarse del carácter político, racial o religioso de dicha solicitud.”

³⁷ V., el documento RESOLUCIONES SOBRE EL ARTÍCULO 3 (GT-ART3-2004.06).

La Asamblea General, finalmente, recomendó a los Estados miembros y a los jefes de las Oficinas Centrales Nacionales”:

“que velen también, en la medida de lo posible, por que las solicitudes que reciban de las autoridades policiales extranjeras no parezcan vulnerar los principios enunciados en los párrafos 1 y 2 de la presente resolución, y que, si fuera necesario, lo pongan inmediatamente en conocimiento de la Oficina Internacional sita en París, que se encargará de informar al Secretario General.”³⁸

2. *Resolución AGN/53/RES/7 (1984) sobre aplicación del Artículo 3 del Estatuto*

La Asamblea General de la OIPC-INTERPOL, en su 53ª reunión, celebrada en Luxemburgo del 4 al 11 de septiembre de 1984, adoptó la Resolución AGN/53/RES/7 (1984) “Aplicación del Artículo 3 del Estatuto,” mediante la cual con objeto de facilitar la interpretación de dicho artículo, recomendó que se difundieran a todos los servicios encargados de la prevención y de la represión de la delincuencia los siguientes principios indicados en la Resolución, y que tanto la Secretaría General como las Oficinas Centrales Nacionales, los apliquen:

A. *Procedimiento y Reglas*

En la Resolución, textualmente se indicaron los siguientes procedimientos y reglas:

1. De acuerdo con el Artículo 3 del Estatuto “está rigurosamente prohibida a la Organización toda actividad o intervención en cuestiones o asuntos de carácter político, militar, religioso o racial”.

2. Una resolución aprobada por la Asamblea General en 1951 aclara que la prohibición abarca también los delitos que exhiben un “carácter predominantemente político, religioso o racial, aún cuando en el país requirente, se hubiera asignado una calificación de derecho común a estos hechos”.

3. Resulta imposible establecer una definición más precisa de lo que se denomina asunto de carácter político, militar, religioso o racial. Cada caso deberá estudiarse por separado de acuerdo con su contexto.

4. En cuanto el Secretario General tenga conocimiento de un hecho al que pudiera corresponder la aplicación del Artículo 3, procederá a un

³⁸ AGN/20/RAP/14.

intercambio de opiniones con la OCN solicitante con miras a determinar si la aplicación del Artículo 3 corresponde al hecho.

5. En caso de mantener la solicitud de intervención, toda responsabilidad derivada del carácter asignado al asunto incumbe a la OCN. Al efectuarse la difusión, la Secretaría incluirá la más amplia información.

6. En caso de desacuerdo completo del Secretario General con una OCN en lo referente a la interpretación que merecen ciertos asuntos con relación al Artículo 3, la Secretaría puede negarse a cooperar.

7. Cuando una OCN, actuando por cuenta propia, ha infringido notoriamente las disposiciones del Artículo 3, el Secretario General se reserva el derecho de transmitir su propia postura a las demás OCN.

8. Si, con motivo de un intercambio bilateral entre las OCN, los puntos de vista en relación con la aplicación del Artículo 3 difiriesen, se pondrá imperativamente al corriente a la Secretaría General.

9. La negativa por parte de uno o de varios países a dar curso a las peticiones provenientes de una OCN o de la Secretaría General (por ejemplo una solicitud de extradición), no significa que la petición no sea procedente ni que deba aplicársele automáticamente el Artículo 3 del Estatuto. No obstante los rechazos de extradición serán comunicados a las demás OCN mediante un addendum a la difusión, en forma de indicación de puesta en libertad. Cuando una persona es objeto de una medida de detención con miras a su extradición, la solicitud de búsqueda sigue siendo válida salvo aviso contrario del país solicitante y hasta el momento en que se efectúe la extradición.

De estos procedimientos y reglas se reafirma, ante todo, el carácter de Administración Global de la INTERPOL, como organización Intergubernamental no sujeta a la voluntad de los Estados en la aplicación de su propio Estatuto y Reglamentos y, en especial del artículo 3, que prohíbe rigurosamente a la Organización toda actividad o intervención en cuestiones o asuntos de carácter político, militar, religioso o racial.

En particular, se establece que la prohibición también se extiende respecto de los delitos que exhiben un “carácter predominantemente político, religioso o racial aún cuando, en el país requirente, se hubiera asignado una calificación de derecho común a estos hechos;” para lo cual la Organización estudiará “cada caso “por separado de acuerdo con su contexto.”

A tal efecto, cuando el Secretario General reciba una solicitud en relación con un hecho al que pudiera corresponder la aplicación del Artículo 3, debe proceder a intercambiar opiniones con la Oficina Central Nacional solicitante con miras a determinar si la aplicación del Artículo 3 corresponde al hecho.

La Secretaría puede discrepar, pero en caso de mantener la solicitud de intervención, “toda responsabilidad derivada del carácter asignado al asunto incumbe a la Oficina Central Nacional” y al efectuar la difusión, la Secretaría debe incluir la más amplia información.

Pero en caso de “desacuerdo completo del Secretario General con una OCN en lo referente a la interpretación que merecen ciertos asuntos con relación al Artículo 3, la Secretaría puede negarse a cooperar.”

B. *Algunas posturas adoptadas en relación con casos concretos*

En el mismo texto de la Resolución, también textualmente, se indicaron las siguientes posturas en relación con casos concretos:

1. Algunos actos, que figuran como infracciones en los códigos penales nacionales son por su esencia delitos de carácter político, militar, religioso o racial, por ejemplo: pertenencia a un movimiento disuelto, delitos de opinión, delitos de prensa, injurias contra las autoridades, delitos contra la seguridad interior o exterior del Estado, desertión, traición, espionaje, las diligencias por infracción constituida por la práctica de una religión, proselitismo o propaganda para alguna religión o pertenencia a un grupo racial. Este tipo de actos entra en el campo de aplicación del Artículo 3.

2. El Artículo 3 también se aplica a los actos que pueden haber cometido personalidades políticas en el ejercicio del poder político, aún cuando estas personas sean sometidas a juicio tras la pérdida del poder y, eventualmente, su fuga al extranjero. Es preciso matizar en caso de que los delitos de derecho común fueran cometidos a título privado.

3. Cuando personas políticamente motivadas cometen delitos que carecen de vinculación con la vida política del país de los individuos o con la causa que combaten, podrá considerarse que los hechos no están cubiertos por la inmunidad establecida en el Artículo 3.

Esto resulta particularmente cierto cuando las acciones se cometen en otros países exteriores a la “zona de conflicto” y cuando se trata de acciones graves que atentan contra la libertad o la vida de las personas o contra los bienes.

Por ejemplo, cuando, a fin de obtener la libertad de un cómplice, se matan policías o se toman rehenes fuera de la zona de conflicto; y cuando se cometen atentados contra civiles -bombas en un banco, granada en un café, etc.- fuera de la zona de conflicto.

4. Tampoco se aplica el Artículo 3 a las acciones cometidas por individuos fuera de la zona de conflicto con miras a llamar la atención sobre una causa: secuestro de avión, toma de rehenes, secuestro de persona.

5. Un criterio general de evaluación consiste en que las víctimas no tengan vinculación inmediata o mediata con los fines perseguidos por los autores ni con los países de la zona de conflicto o la situación política en cuestión.

6. La apreciación de la situación con relación al Artículo 3 del Estatuto también debe tener en cuenta el tipo de acto de cooperación que pide la OCN solicitante. Si se trata de prevención nada se opone a la transmisión de informaciones técnicas, aunque se vinculen a asuntos con motivación política. Igualmente debe poderse intercambiar información sobre los autores potenciales de actos ilícitos contra la aviación civil o de tomas de rehenes, siempre que dicha información no se apoye únicamente en la pertenencia de los interesados a determinado movimiento político.

7. Los procedimientos administrativos globales que se desarrollan ante INTERPOL para el cumplimiento de sus fines y garantizar la aplicación del artículo 3 del Estatuto

A los efectos de garantizar la aplicación del artículo 3 del Estatuto de INTERPOL, de acuerdo con la Resolución GT-ART3-2004.1 se han establecido dos procedimientos básicos:

En primer lugar, el procedimiento administrativo que se desarrolla ante la Secretaría General y tiene por objeto efectuar con las debidas garantías el registro de alguna información o datos de carácter personal relativos a personas en materia de delitos comunes, o la publicación por la Organización de alguna notificación o alerta, el cual se inicia por iniciativa de las fuentes o por propia iniciativa de la Secretaría General, y se denominó como de “*vigilancia ordinaria*; y

En segundo lugar, el procedimiento administrativo que también se desarrolla ante la Secretaría General y tiene por objeto impedir el registro o efectuar una modificación del registro de alguna información relativa a personas por no ajustarse al Estatuto o Reglamentos, por ejemplo, por no referirse a delitos comunes, el cual se puede iniciar a petición de una Oficina Central Nacional, de una persona natural nacional de un País miembro de la Organización o de la Comisión de Control de los Ficheros, y que se denominó como de “*vigilancia excepcional*”.

En ambos casos, se trata de procedimientos administrativos globales, regidos por un derecho administrativo global, para asegurar que se registre información en la INTERPOL o se publiquen notificaciones solo en casos de delitos comunes, y garantizar la efectividad de la prohibición impuesta a INTERPOL de tener actuación en materia de los delitos políticos, militares, religiosos y raciales, conforme al artículo 3 del Estatuto de la Organización.

A continuación, en todo caso, analizaremos los diversos procedimientos administrativos globales que se derivan del Estatuto de INTERPOL y sus Reglamentos, es decir, los regulados en el procedimiento global de cooperación policial internacional.

CUARTA PARTE

LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS GLOBALES PARA EL REGISTRO DE DATOS Y PARA LA PUBLICACIÓN DE NOTIFICACIONES O DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN

El procedimiento global para el registro y difusión de información o de datos personales, llamado de “vigilancia ordinaria” es el que la Secretaría General debe aplicar por propia iniciativa, cuando reciben mensajes o informaciones de las Oficinas Centrales Nacionales, las cuales son objeto de examen (procedimiento definido inicialmente en la Resolución AGN/53/RES7) para la publicación de Notificaciones o Avisos, Noticias o Alertas, conforme se regula en el Reglamento de INTERPOL sobre Tratamiento de Datos de 2011, reformado en 2014 y 2016; y tiene por objeto general regular tanto las relaciones entre aquella y estas, como la actuación de los diversos servicios de la Secretaría General que intervienen en el mismo.

I. PRINCIPIOS GENERALES QUE DEBEN GUIAR LOS PROCEDIMIENTOS

Para el registro de datos o la publicación de notificaciones o Alerta y su difusión, en términos generales, como se analizará detenidamente más adelante, solo puede efectuarse cuando, “acumulativamente,” la misma (i) esté conforme al Estatuto y a las normas de la Organización aplicables al caso; (ii) responda a una de las finalidades dispuestas para el registro de datos o la notificación o alerta; (iii) sea pertinente y referirse a un asunto que presente un interés concreto para la policía a escala internacional; (iv) no perjudique los fines de la Organización, su imagen o sus intereses, ni la confidencialidad o la seguridad de la información y (v) sea efectuada por la fuente de la que proceda con arreglo a la legislación vigente en su país, y de conformidad con los convenios internacionales suscritos por ella y con el Estatuto de la Organización.

Por tanto, la Secretaría General sólo debe registrar datos y publicar notificaciones o Alertas cuando estas cumplan con todas esas condiciones; no pudiendo publicarse si las mismas violan el artículo 3 del Estatuto que prohíbe a la Organización intervenir en cualquier actividad de carácter político, militar, religioso o racial. Con base en ello, la Secretaría General siempre tiene el derecho de rehusarse a registrar datos o a publicar notificaciones o alertas que considere

que no se ajustan a las condiciones mencionadas, que sean inconveniente, o que considere riesgosas para la cooperación policial internacional, la organización, su personal o los Estados Miembros.

En particular, sobre las condiciones antes mencionadas, en más detalle, las mismas son las siguientes:

En *primer lugar*, que la solicitud de registro de datos y de publicación de notificaciones o alertas que se formule ante INTERPOL por alguna Oficina Central Nacional, debe siempre y necesariamente formularse *conforme al Estatuto y a las normas de la Organización* aplicables al caso.

Por tanto, si la solicitud formulada ante INTERPOL por una Oficina Central Nacional, por ejemplo, tiene por objeto la publicación de una notificación de detención o Alerta Roja, la misma al menos debe contener información precisa sobre las particularidades de la identificación de la persona, con detalles completos de identidad, nacionalidad, estado físico, descripción, fotografía, huellas dactilares y otros elementos relevantes de información sobre la persona como ocupación, idiomas, y número de documento de identidad.

Por otra parte, la solicitud de notificación debe contener la información necesaria sobre la orden judicial emitida, con indicación precisa del crimen o delito de derecho común que se imputa a la persona, las referencias a la ley nacional que fundamenta los cargos o la condena; la pena máxima que se ha impuesto o puede imponerse y, las referencias a la orden de detención o a la sentencia que impone la pena; así como los detalles sobre los países de los cuales el país requirente podría buscar la extradición del fugitivo.

En *segundo lugar*, la solicitud de registro de datos o la solicitud de publicación de notificaciones, debe necesariamente responder a una de las finalidades dispuestas en los Reglamentos de la Organización, vinculada a la cooperación internacional en materia de delitos comunes, es decir, debe tener por propósito algunas de las finalidades de cooperación en materia de policía internacional en materia de delitos comunes, o cualquier otro propósito legítimo, con el debido respeto de los derechos fundamentales de las personas de conformidad con el artículo 2 del Estatuto de la organización, y la Declaración Universal de Derechos Humanos a la cual remite el referido artículo.

En *tercer lugar*, la solicitud de registro de información o datos y de publicación de notificaciones o alertas que se formule ante INTERPOL debe ser pertinente y referirse a un asunto que presente un interés concreto para la policía a escala internacional, lo que implica la necesidad de que la solicitud que formule la Oficina Central Nacional ante INTERPOL debe ser motivada, a los efectos de fundamentar la pertinencia de la misma, es decir, la oportunidad o adecuación de la solicitud a las finalidades del registro de información antes mencionadas.

Esto implica que, en relación con las personas, la solicitud que se formule ante INTERPOL, además del interés local o nacional que pueda tener el Estado requirente en solicitar, por ejemplo, la detención de una persona, la solicitud debe tener un interés concreto o específico para la policía a escala internacional, debido, por ejemplo, al tipo de crimen cometido o a la peligrosidad del criminal, que amerite la movilización de la policía internacional. Ello implica, sin duda, que estando envueltos los derechos de las personas, la Organización puede evaluar la solicitud con criterios de proporcionalidad entre la limitación a la libertad personal y el objetivo público perseguido.

En *cuarto lugar*, la solicitud formulada ante INTERPOL no debe perjudicar los fines de la Organización, su imagen o sus intereses, ni la confidencialidad o la seguridad de la información o datos, es decir, la integridad y la confidencialidad de los datos proporcionados y tratados mediante el sistema de información policial. Ello también implica la necesidad de que la Organización evalúe si una solicitud de registro de información o datos, o de publicación de notificaciones o alertas, por ejemplo, por la desproporción entre los hechos que la motivan y el daño que se puede causar a los derechos de una persona, perjudica los fines de la organización, su imagen y sus intereses.

Y en *quinto lugar*, la solicitud de información, debe ser formulada ante INTERPOL por la fuente de la cual proceda, con arreglo a la legislación vigente en el Estado miembro, y de conformidad con los convenios internacionales suscritos por el mismo y con el Estatuto de la Organización. Esto significa, que la solicitud debe contener suficiente información en torno a la decisión judicial que puede estar, por ejemplo, a la base de la solicitud de publicación de una notificación o Alerta Roja, de manera que se pueda apreciar que fue publicada con sujeción a lo dispuesto en la legislación nacional, tanto sustantiva como adjetiva, de conformidad, además, con los convenios suscritos por el Estado, y con el propio Estatuto y Reglamentos de INTERPOL.

Estos requisitos de las solicitudes establecidos en el derecho administrativo global de la organización dan inicio a dos tipos de procedimiento administrativo constitutivos, uno para el registro de datos o información como parte de la cooperación internacional en materia policial relativa a delitos comunes; y otro para la publicación de notificaciones o alertas por parte de la Organización.

Estos procedimientos se ha denominado de “vigilancia ordinaria” conforme al cual la Secretaría General debe evaluar si están satisfechos en cuanto al cumplimiento de todas las condiciones para procesar la información, es decir, la Secretaría General tiene la obligación de comprobar que en todos esos casos se cumplan todas las condiciones para su registro, entre ellas, el respeto a lo previsto en el artículo 3 del Estatuto, es decir, que se trate de informaciones relativas a delitos comunes y que no se trate de cuestiones relativas a delitos políticos, militares, raciales y religiosos.

En ambos procedimientos constitutivos que se siguen ante la Secretaría General, tratándose de solicitudes de registro o publicación de notificaciones, los mismos siempre implican un intercambio de opiniones, por ejemplo, con la Oficina Central Nacional cuando la misma ha cursado la solicitud, y la verificación de que no tengan por objeto hechos que se refieran a delitos de carácter político, militar, religioso o racial que entren claramente en el ámbito de aplicación del artículo 3 del Estatuto. En todo caso, si al formularse la solicitud surgieren dudas sobre si el registro de datos solicitado o la publicación de la notificación solicitada se refieren efectivamente a materias relativas a delitos comunes o a materias prohibidas conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Estatuto, o sobre si no se cumplen los requisitos de la solicitud establecidos en el Reglamento la Secretaría General, la misma, por una parte, debe consultar con la fuente, y por la otra, debe someter el asunto al estudio de sus propios órganos, entre ellos el de asesoría jurídica.

En esos casos, además, la Secretaría General debe tomar las medidas de protección oportunas para prevenir cualquier daño directo o indirecto que la información pudiera causar a los países miembros, a la Organización o a su personal, con el debido respeto a los derechos fundamentales de las personas a quienes se refiera dicha información, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Estatuto de la Organización y con la Declaración Universal de Derechos Humanos. En consecuencia, si la información por ejemplo encuadra claramente en la categoría de delitos de carácter político, militar, religioso o racial debe rechazar la difusión,³⁹ y los datos deben destruirse o archiversse cuando no sea posible, sin que puedan ser divulgados.

En todo caso, en el curso de cualesquiera de los dos procedimientos administrativos globales constitutivos, las personas afectadas por los datos de carácter personal que se hayan solicitado registrar o respecto de las cuales se refiera la solicitud de publicación de una notificación o alerta, tienen derecho de intervenir mediante el ejercicio del derecho de petición y de acceso a la información que se les garantiza en los Reglamentos de INTERPOL, cuando se puedan considerar lesionados por las solicitudes, por ejemplo, del Estado miembro del cual son nacionales y que consideren contrarias a las previsiones del derecho administrativo global que regula a la Organización.

En este caso, se trataría de una petición de una persona para oponerse a que se registre un dato o se publique una notificación que hay requerido una Oficina Central Nacional de un Estado Miembro, por ejemplo, en violación de la

³⁹ En estos casos de expedientes rechazados, sin embargo, los mismos deben conservarse en físico (papel) y deben introducirse en una base de datos administrativos, con los siguientes elementos: nombre de la persona, Oficina Central Nacional solicitante, motivo de la denegación y fecha de la denegación. En esta forma, si un país envía una nueva información relativa a esa persona, se debe activar una alerta.

normativa de INTERPOL y que pueda lesionar sus derechos individuales; pudiendo formularse la petición con antelación a cualquier registro.

En todos esos casos de solicitud de registro de datos y de publicación de notificaciones, antes de que se efectúe el registro o se acuerde la publicación, en general intervienen los servicios diversos de la INTERPOL, particularmente si se trata de cuestiones o casos difíciles, por ejemplo, cuando haya habido alguna oposición al registro, o en los casos en los cuales haya dudas sobre si se trata de asuntos relativos a delitos políticos, militares, religiosos y raciales. En esos casos, en particular, el estudio del asunto debe pasar a la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General; lo que ocurre, en especial, en todos los casos, por ejemplo, de impugnaciones por parte de una Oficina Central Nacional de solicitudes presentadas por otra Oficina Central Nacional; en los casos específicos que tienen una especial repercusión política; en los casos novedosos para la Oficina de Asuntos Jurídicos y que pudieran requerir de un seguimiento particular; en los casos que se refieren a la pertenencia a una organización terrorista y que no estén fundados en delitos de derecho común; o a los casos en los cuales se formule una petición de oposición a la publicación o registro, antes de que se efectúe.

A continuación, analizaremos los dos procedimientos administrativos globales constitutivos, que se desarrollan conforme al reglamento RTD para el registro de datos y para la publicación de notificaciones o alertas.

II. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GLOBAL CONSTITUTIVO PARA EL REGISTRO DE DATOS POLICIALES RESPECTO DE LAS PERSONAS POR LA ADMINISTRACIÓN GLOBAL

1. *Legitimación para iniciar el proceso de tratamiento de datos, y la licitud, exactitud, transparencia y confidencialidad del mismo*

Conforme al RTD, las Oficinas Centrales Nacionales, las entidades nacionales y las entidades internacionales tienen legitimación suficiente para autorizar el tratamiento de datos en el Sistema de Información de INTERPOL (arts. 6.1, 8.1), lo cual deben hacer con una finalidad determinada de las establecidas en los Reglamentos, “con arreglo a la legislación aplicable a la Oficina Central Nacional, a la entidad nacional y a la entidad internacional,” y en todo caso, “respetando los derechos fundamentales de las personas objeto de la cooperación, de conformidad con el artículo 2 del Estatuto de la Organización y la Declaración Universal de Derechos Humanos a la que remite dicho artículo.”

En cuanto a la *licitud*, el artículo 11 del RTD dispone que el tratamiento de datos en el Sistema de Información de INTERPOL debe ser autorizado “con arreglo a la legislación aplicable a la Oficina Central Nacional, a la entidad

nacional y a la entidad internacional, y efectuarse respetando los derechos fundamentales de las personas objeto de la cooperación, de conformidad con el artículo 2 del Estatuto de la Organización y la Declaración Universal de Derechos Humanos a la que remite dicho artículo.”

A tal efecto, dichas Oficinas Centrales Nacionales, entidades nacionales y entidades internacionales tienen la obligación de “asegurar la licitud de la recogida e introducción de sus datos en el Sistema de Información de INTERPOL” (art. 11.2); y igualmente de “asegurar la licitud de la consulta de los datos registrados en el Sistema de Información de INTERPOL” (art. 11.3).

En todo caso, cuando la Oficina Central Nacional, la entidad nacional o la entidad internacional se dispongan a registrar datos sobre una persona objeto de cooperación policial internacional, deben necesariamente precisar la situación de esta, con arreglo a las diversas situaciones en la cual se pueda encontrar, que se identifican en el artículo 44 del RTD, así:

“a) Convicto: Persona que, por medio de una resolución judicial, ha sido declarada culpable de un *delito de derecho común*.

b) Acusado: Persona objeto de una acción penal por la presunta comisión de un *delito de derecho común*.

c) Sospechoso: Persona que, en el marco de una investigación policial, es considerada posible autora de un delito, pero que todavía no es objeto de una acción penal.

d) Antecedentes policiales: Persona que ya ha estado en contacto con los servicios encargados de la aplicación de la ley a causa de una condena penal anterior o de delitos anteriores de los cuales no ha sido absuelta.

e) Testigo: Persona no sospechosa que pudiera proporcionar información de interés para la investigación de un delito o la búsqueda de una persona desaparecida.

f) Víctima: Persona que ha sido objeto de un delito.

g) Desaparecido: Persona en paradero desconocido y registrada como desaparecida.

h) Persona no identificada: Persona viva, delincuente o no, a la que se desea identificar.

i) Cadáver por identificar: Persona muerta, delincuente o no, a la que se desea identificar.

j) Fallecido (identificado): Persona sobre la que figuran datos en las bases de datos policiales de INTERPOL tras la confirmación de su fallecimiento.

k) Posible peligro: Persona que puede constituir un peligro para la seguridad pública.

l) Objeto de sanciones impuestas por la ONU: Persona objeto de sanciones decididas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.”

En todos estos casos, los datos tratados en el Sistema de Información de INTERPOL, como lo exige el artículo 12 del RTD que regula la “*calidad*” de los mismos, deben ser “exactos, pertinentes, no excesivos con respecto a las finalidades del tratamiento y actuales, a fin de que puedan ser utilizados por parte de las Oficinas Centrales Nacionales, las entidades nacionales y las entidades internacionales.”

A tal efecto, estas entidades son las responsables de la calidad de sus datos en el Sistema de Información de INTERPOL (art. 12.2); correspondiendo a la Secretaría General, crear los mecanismos e instrumentos necesarios para garantizar en todo momento el respeto de dicha finalidad (art. 12.3). Como consecuencia, las Oficinas Centrales Nacionales, las entidades nacionales y las entidades internacionales están obligadas a “verificar la calidad de los datos, antes de proceder a su utilización” (art. 12.4), debiendo, a tal efecto, realizar verificaciones regulares para asegurarse “de que tales datos siguen siendo exactos y pertinentes.” (art. 63, RTD).

Corresponde en todo caso a la Secretaría General de INTERPOL, como se dispone en el artículo 24 del RTD, proceder al Registro de datos, así como a la actualización y la eliminación de información en las bases de datos policiales de la Organización, lo que debe hacer: a) en nombre de una fuente que no disponga de acceso al Sistema de Información de INTERPOL; b) por iniciativa propia, cuando se trate de datos que ella haya consultado directamente de fuentes públicas, o bien procedentes de particulares que se hayan puesto en contacto con la Secretaría General o las Oficinas Centrales Nacionales, o de datos resultantes de análisis de datos policiales efectuados por la Secretaría General (conforme al art. 47, RTD); c) a título excepcional, a petición y en nombre de una Oficina Central Nacional, una entidad nacional o una entidad internacional que dispongan de acceso directo al Sistema de Información de INTERPOL (art. 24 1, RTD).

En todo caso, la Secretaría General solo puede registrar información en nombre de las fuentes que no dispongan de acceso al Sistema de Información de INTERPOL, o por iniciativa propia, si previamente se han establecido procedimientos de actualización y eliminación de datos (art. 24.2).

Lo anterior sin perjuicio del derecho de la Secretaría General de registrar datos por su propia iniciativa, de fuentes distintas de las antes mencionadas, con finalidades tales como ayudar en una investigación policial, completar los datos ya registrados en el Sistema de Información de INTERPOL o en el contexto de los análisis de datos policiales que deba efectuar, siempre que conforme lo regula

el artículo 47, la Secretaría General se haya asegurado de que los datos son conformes con las condiciones generales para su registro dispuestas en el RTD, en particular por lo que toca al principio de *calidad* establecido en el artículo 12. En estos casos, la Secretaría General es considerada como la fuente de los datos, y es la que debe garantizar la evaluación y la actualización periódica de los mismos (arts. 46, 49, 50 y 51 RTD).

2. *Las finalidades del registro y tratamiento de datos en materia de cooperación internacional*

Las finalidades de la cooperación policial para las cuales se ha instituido el sistema de tratamiento de información de la INTERPOL, conforme al artículo 10.2 del RTD, y a las cuales deben adaptarse las Oficinas Centrales Nacionales y los órganos de INTERPOL, en relación con infracciones de derecho común y en el marco del respeto a los derechos fundamentales de las personas, conforme a los artículos 2 y 3 del Estatuto, son exclusivamente las siguientes:

- a) la búsqueda de personas con miras a su detención o a la limitación de sus desplazamientos;
- b) la localización de personas u objetos de interés para la policía;
- c) el suministro o la obtención de información sobre una investigación policial o sobre las actividades delictivas de una persona;
- d) la puesta sobre aviso en cuanto a una persona, un suceso, un objeto o un modus operandi relacionado con actividades delictivas;
- e) la identificación de personas o cadáveres;
- f) la realización de análisis de policía científica;
- g) la organización de controles de seguridad; y
- h) la determinación de peligros y tendencias de la delincuencia y la identificación de redes delictivas.

A tal efecto, las Oficinas Centrales Nacionales, las entidades nacionales y las entidades internacionales son las encargadas de determinar la finalidad del tratamiento de sus datos y deben proceder a la reevaluación regular de estos, en particular cada vez que se haya podido cumplir dicha finalidad (art. 10.3). Dichas entidades, en todo caso, deben respetar tales finalidades cuando utilicen los datos (art. 10.5, RTD), siendo excepcional la posibilidad de tratamiento de los datos por parte de las Oficinas Centrales Nacionales, las entidades nacionales y las entidades internacionales con otras finalidades enmarcadas en la cooperación policial internacional o con fines administrativos, lo cual solo está permitido si es conforme con los objetivos y actividades de la Organización y no es

incompatible con la finalidad inicial del tratamiento de los datos en el Sistema de Información de INTERPOL (art. 10.6, RTD).

Para asegurar el cumplimiento de la finalidad del tratamiento de datos, las Oficinas Centrales Nacionales, las entidades nacionales y las entidades internacionales se deben encargar de determinar dicha finalidad, y deben proceder a la reevaluación regular de la misma, en particular cada vez que se haya podido cumplir dicha finalidad. Por su parte, la Secretaría General debe crear los mecanismos e instrumentos necesarios para garantizar en todo momento el respeto de dicha finalidad (art. 10.3) asegurándose de que los datos policiales de la Organización sean conformes con el RTD, o para evitar un tratamiento no autorizado o erróneo de los datos contenidos en la base de datos (art. 125, RDT).

Debe mencionarse, por último, que los datos podrían ser tratados con cualquier otro “fin legítimo,” distinto de la cooperación policial internacional, como sería, de acuerdo con el artículo 132 del Reglamento, la defensa de los intereses de la Organización, de los Miembros o de su personal, especialmente en el marco de procedimientos litigiosos o pre-litigiosos, y de acuerdos extrajudiciales; la investigación y la publicación de carácter científico, histórico, estadístico o periodístico; y la elaboración de estadísticas.

3. *Límites y condiciones para el tratamiento de datos y de información*

En el marco de las finalidades antes indicadas, y de acuerdo con el artículo 26,b del Estatuto, la Secretaría General de INTERPOL es el “centro internacional de la lucha contra la delincuencia internacional de derecho común,” el cual tiene a su cargo el tratamiento de datos para la cooperación policial internacional, conforme a las previsiones del mencionado Reglamento de Interpol sobre Tratamiento de Datos (RTD); el cual reitera, que dicho tratamiento de información solo puede “efectuarse con una finalidad determinada, explícita y conforme con los objetivos y actividades de la Organización,” (art. 10.1 RTD), y además, con respeto al Estatuto de la Organización.

Para ello, el artículo 34 del RTD, precisa las siguientes condiciones generales de funcionamiento en cuanto a las modalidades del tratamiento de datos, que deben llevarse a cabo, como se ha dicho anteriormente “en el marco de las normas generales que rigen el funcionamiento de la Organización, en particular de su Estatuto,” (art. 5 RTD), lo que implica que de acuerdo a esta última norma:

“1. Antes de registrar cualesquiera datos en una base de datos policial, la Oficina Central Nacional, la entidad nacional o la entidad internacional deben asegurarse de la conformidad de dichos datos con el artículo 2 del Estatuto de la Organización, y en particular, si están autorizadas a efectuar ese registro dentro del marco de las leyes nacionales y los convenios

internacionales que se les aplican, y de los derechos fundamentales de las personas, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos a la que remite dicho artículo (art. 34.1, RTD).

2. Antes de registrar cualesquiera datos en una base de datos policial, la Oficina Central Nacional, la entidad nacional o la entidad internacional deben asegurar la conformidad de dichos datos con el artículo 3 del Estatuto de la Organización” (art. 34.2, RTD).

Para asegurarse del cumplimiento de estas condiciones, conforme al artículo 34.3 RTD, la Secretaría General debe elaborar y poner a disposición de las Oficinas Centrales Nacionales, las entidades nacionales y las entidades internacionales, un archivo de prácticas sobre la aplicación del artículo 3 del Estatuto, basándose en las directrices marcadas por la Asamblea General, los cambios que se produzcan en el ámbito del derecho internacional y otras circunstancias pertinentes, en particular sobre “a) el tipo de delito, concretamente los cargos y los hechos ocurridos; b) la situación de las personas; c) la identidad de la fuente de los datos; d) la postura manifestada por otra Oficina Central Nacional o por otra entidad internacional; e) las obligaciones impuestas por el derecho internacional; f) las repercusiones para la neutralidad de la Organización; y g) el contexto del caso.”

Por otra parte, los Estados Miembros de INTERPOL se deben esforzar “por intercambiar un máximo de información que presente un interés para la cooperación policial internacional, dentro del respeto a la neutralidad política, la independencia y al mandato de la Organización, a sus respectivas legislaciones nacionales y a los convenios internacionales de los que sean parte,” (art. 5.4 RTD), razón por la cual, “antes de registrar cualesquiera datos en una base de datos policial, la Oficina Central Nacional, la entidad nacional o la entidad internacional deberá asegurarse del interés que los datos presentan para la cooperación policial internacional” (art. 35, RTD).

El respeto de esta última condición de registro se debe evaluar teniendo en cuenta: a) las finalidades específicas de la cooperación policial internacional enunciadas en el artículo 10.2 del RTD, conforme se indica más adelante; y b) el carácter internacional de los datos y, en particular, en qué medida las Oficinas Centrales Nacionales, las entidades nacionales o las entidades internacionales distintas de la fuente podrán utilizarlos.

Una vez registrados los datos, siempre que sea necesario, y al menos una vez al año, la Secretaría General debe recordar a las Oficinas Centrales Nacionales y a las entidades internacionales sus funciones y responsabilidades en relación con los datos que tratan en el Sistema de Información de INTERPOL (art. 131.4).

Sobre el tratamiento de la información que maneja INTERPOL, el RTD define los siguientes términos que son los generalmente empleados:

La “*f fuente*” de la información o de los datos, se refiere a “toda Oficina Central Nacional que trate datos en el Sistema de Información de INTERPOL o a nombre de la cual se traten datos en dicho sistema y que, en última instancia, sea responsable de ellos; o toda entidad internacional o privada cuyos datos se traten en el citado Sistema de Información, siendo esta, en última instancia, la responsable de dichos datos” (art. 1.6).

La *Oficina Central Nacional*, es “todo organismo designado por un país para desempeñar las funciones de enlace previstas en el artículo 32 del Estatuto de la Organización”⁴⁰ (art. 1.7).

La “*Entidad internacional*,” es: “toda organización internacional, intergubernamental o no gubernamental, que desempeñe una función de interés público a escala internacional, que haya suscrito un acuerdo con la Organización en materia de intercambio de datos y a la que la Organización decida conceder un acceso directo o indirecto a parte del Sistema de Información de INTERPOL” (art. 1.9).

La “*solicitud de cooperación internacional*,” se refiere a “todo trámite efectuado a través del Sistema de Información de INTERPOL en virtud del cual una Oficina Central Nacional, una entidad internacional o la Secretaría General solicitan oficialmente la asistencia de uno o varios Miembros de la Organización, con miras a llevar a cabo una actuación específica conforme con los objetivos y actividades de la Organización” (art. 1.11 RTD).

“*Alerta internacional*,” es “todo trámite efectuado a través del Sistema de Información de INTERPOL en virtud del cual una Oficina Central Nacional, una entidad internacional o la Secretaría General avisan oficialmente a uno o varios Miembros de la Organización de peligros específicos que se ciernen sobre la seguridad pública, las personas o los bienes” (art. 1.12).

“*Notificación*” es “toda solicitud de cooperación internacional o toda alerta internacional publicadas por la Organización a petición de una Oficina Central Nacional o una entidad internacional, o por iniciativa de la Secretaría General, y dirigidas al conjunto de los Miembros de INTERPOL” (art. 1.13, RTD).

“*Difusión*” es “toda solicitud de cooperación internacional o toda alerta internacional procedentes de una Oficina Central Nacional o una entidad

⁴⁰ “Artículo 32: A fin de conseguir esta cooperación, cada país designará a un organismo que actuará en su territorio como Oficina Central Nacional. Este organismo se encargará de mantener el enlace: a) con los diversos servicios del país; b) con los organismos de otros países que actúen como Oficinas Centrales Nacionales; c) con la Secretaría General de la Organización.”

internacional, enviadas directamente a una o más Oficinas Centrales Nacionales o a una o más entidades internacionales y registradas simultáneamente en una base de datos policial de la Organización” (art. 1.14 RTD).

Y “*Mensaje*” es “toda solicitud de cooperación internacional, toda alerta internacional o todos los datos que una Oficina Central Nacional o que una entidad internacional dotada de competencias en materia de investigación y enjuiciamiento penal decide enviar directamente a una o más Oficinas Centrales Nacionales o a una o más entidades internacionales a través del Sistema de Información de INTERPOL pero que, salvo indicación contraria, prefiere no registrar simultáneamente en una base de datos policial de la Organización” (art. 1.15, RTD).

4. *Los principios de temporalidad, transparencia y confidencialidad del tratamiento de datos*

De acuerdo con el Reglamento de Tratamiento de Datos, el registro de los mismos está regido por los siguientes principios de temporalidad, transparencia y confidencialidad:

El *primer principio* que condiciona el tratamiento de la información policial, o de datos de las personas, es el de *temporalidad*, en el sentido de que los datos de carácter personal registrados en el sistema de tratamiento de información de INTERPOL sólo se pueden conservar en las bases de datos policiales de la Organización durante el tiempo necesario para cumplir la finalidad para la que fueron registrados. A tal efecto, el artículo 49 RTD dispone que los datos se deben registrar por un periodo inicial máximo de cinco años, contados a partir de la fecha de registro de los datos, a menos que las disposiciones contempladas en las leyes nacionales establezcan un plazo inferior o que se cumpla la finalidad prevista.

El *segundo principio* previsto en el artículo 13.1 RTD es el de la *transparencia*, que obliga a que el tratamiento de los datos en el Sistema de Información de INTERPOL deba siempre garantizar, en todo momento, a las Oficinas Centrales Nacionales, las entidades nacionales y las entidades internacionales el respeto de sus “derechos de tratamiento,” correspondiendo a la Secretaría General la responsabilidad de asegurar “la transparencia de los procesos de tratamiento de datos y del funcionamiento de las bases de datos de la Organización” (art. 13.2, RTD).

Finalmente, el *tercer principio* que condiciona el tratamiento de datos en el sistema de INTERPOL, es el de la *confidencialidad* de los datos, que debe determinarse “en función de los riesgos que su divulgación entrañe para las personas objeto de la cooperación, las fuentes de dichos datos y la Organización,” estableciéndose el principio de que “los datos solo deberán ser accesibles a las personas habilitadas para conocerlos” (art. 14, RTD)

5. *La actualización, evaluación, eliminación y conservación temporal de la información*

La información policial internacional almacenada en las bases de datos del sistema de cooperación de INTERPOL, y que se pueden difundir internacionalmente para el cumplimiento de sus funciones de cooperación, debe ser actualizada y sometida a evaluación periódica, y puede ser modificada, bloqueada o destruida o conservada temporalmente.

En *primer lugar*, en cuanto a la *actualización*, como lo precisa el artículo 46 del RTD, la Oficina Central Nacional respectiva que haya registrado los datos en el sistema está obligada a actualizarlos con regularidad, y eliminarlos cuando el registro de los datos haya alcanzado la finalidad que lo motivó. Dichos datos, en ese caso, solo se pueden actualizarse o conservarse en la base de datos policial de la Organización, si la Oficina Central Nacional, la entidad nacional o la entidad internacional que los registró, determina la existencia de una nueva finalidad para registrarlos y justifica este cambio de finalidad. En tal caso, la Oficina Central Nacional, la entidad nacional o la entidad internacional que actualice los datos, debe velar por el respeto de las condiciones para su registro, antes referidas.

Asimismo, la Oficina Central Nacional, la entidad nacional o la entidad internacional que registre datos puede en todo momento modificar en el registro, el periodo inicial de conservación de los datos; su grado de confidencialidad; las restricciones de acceso a los datos; las condiciones para su consulta; y las condiciones para su uso (at. 46.4, RTD)

En *segundo lugar*, en cuanto a la *evaluación periódica*, una vez haya vencido el plazo inicial de conservación de los datos la Oficina Central Nacional y con miras a evaluar de nuevo la finalidad de su tratamiento y su calidad, la entidad nacional o la entidad internacional que haya registrado los datos deberá examinar la necesidad de conservarlos y, si procede, comprobar que se siguen cumpliendo las condiciones necesarias para el registro.

En estos casos de vencimiento del plazo, conforme se regula en el artículo 50 RTD, la Secretaría General se debe poner en contacto con la Oficina Central Nacional, la entidad nacional o la entidad internacional que registró los datos, como muy tarde seis meses antes de que venza el plazo inicial de conservación, a fin de solicitarle que estudie la necesidad de conservarlos, a cuyo efecto el artículo 50.3 le exige a la Secretaría General que precise si los datos guardan relación con otros precedentes de la misma Oficina Central Nacional o de la misma entidad; si los datos se tratan en el marco de un proyecto de análisis; si los datos se refieren a un tipo de delito grave o a un ámbito delictivo concreto sobre el cual la Secretaría General aplica unas directrices específicas de conservación establecidas por la Asamblea General.

Si la Oficina Central Nacional, la entidad nacional o la entidad internacional concluyen que es necesario conservar los datos, deben entonces precisar los motivos que justifiquen esa conservación. En ese caso, el registro se debe prolongar por un nuevo periodo de un máximo de cinco años, a menos que las disposiciones contempladas en las leyes nacionales establezcan un plazo inferior o que se cumpla la finalidad prevista (art. 50.4).

Si la Oficina Central Nacional, la entidad nacional o la entidad internacional concluye que se ha alcanzado la finalidad del registro inicial de los datos, pero su conservación en las bases de datos policiales de la Organización sigue presentando un interés para la cooperación policial internacional, en particular si corresponde a uno de los tres casos enunciados anteriormente, se debe determinar una nueva finalidad para su registro y justificar el cambio de finalidad. En este caso, el registro de los datos se debe prolongar por un nuevo periodo de un máximo de cinco años, a menos que las disposiciones contempladas en las leyes nacionales establezcan un plazo inferior o que se cumpla la nueva finalidad prevista. En estos casos, la Oficina Central Nacional, la entidad nacional o la entidad internacional que decida conservar los datos está obligada a velar por que se sigan cumpliendo las condiciones para su registro.

En *tercer lugar*, en cuanto a la *eliminación* de datos, regulada en el artículo 51 RTD, si la Oficina Central Nacional, la entidad nacional o la entidad internacional deciden no conservar los datos, estos deben ser eliminados automáticamente. También se deben eliminar los datos automáticamente, como antes se dijo, si al vencer su plazo inicial de conservación, la Oficina Central Nacional, la entidad nacional o la entidad internacional no se ha pronunciado sobre la necesidad de conservarlos.

Ahora bien, una vez se ha alcanzado la finalidad para la cual se registraron los datos, la Oficina Central Nacional, la entidad nacional o la entidad internacional que procedió a su registro debe eliminarlos de la base de datos policial, a menos que decida establecer una nueva finalidad para su registro y justifique este cambio de finalidad (art. 51.3, RTD).

Por su parte, dispone el artículo 51.4 que “si la Secretaría General dispone de elementos pertinentes y concretos” que permitan considerar que se ha alcanzado la finalidad para la cual se registraron los datos o que estos ya no cumplen las condiciones mínimas para su registro, debe solicitar a la Oficina Central Nacional, la entidad nacional o la entidad internacional que los haya registrado que evalúe lo antes posible la necesidad de conservarlos. No indica la norma cómo puede llegar la secretaría a dicha conclusión, lo que sin duda puede ser por iniciativa propia por evaluación periódica del tratamiento de datos, o a requerimiento de la persona afectada, que siempre tiene derecho de acceso a la información como se indica más adelante.

En todo caso en el que la Secretaría General elimine los datos registrados por una Oficina Central Nacional, una entidad nacional o una entidad internacional relativos a una persona objeto de una solicitud de cooperación internacional o incluso de una alerta, debe informar a la Oficina Central Nacional o a la entidad internacional que los registró e indicará las razones de la operación realizada.

En estos casos de eliminación de datos de una base de datos de la Organización, también se debe eliminar cualquier copia de estos existente en el Sistema de Información de INTERPOL, a menos que se cuente con el consentimiento expreso de la Oficina Central Nacional, de la entidad nacional o de la entidad internacional que haya efectuado el registro inicial de dichos datos (art. 51.6).

Sin embargo, cuando la destrucción de datos resulte imposible por el coste y el volumen de trabajo que ello ocasione, la Secretaría General debe tomar las medidas apropiadas para hacerlos inutilizables, para impedir el acceso a ellos y su uso en una investigación policial, o para que conste claramente que a partir de ese momento dichos datos deben considerarse inexistentes; de todo lo cual debe informar a la Comisión de Control de los Ficheros (art. 51.7, RTD).

En *cuarto lugar*, sobre la *conservación temporal* de antecedentes policiales, el artículo 52 RTD establece que cuando una Oficina Central Nacional, una entidad nacional o una entidad internacional retire una alerta o una solicitud de cooperación internacional contra una persona convicta, acusada, sospechosa o potencialmente peligrosa, puede decidir, sin embargo, que se conserven temporalmente los datos relacionados con dicha persona con miras a informar sobre sus antecedentes policiales. Sin embargo, la conservación temporal de los antecedentes policiales está prohibida en el caso de personas registradas inicialmente como convictas, acusadas, sospechosas o potencialmente peligrosas que hayan dejado de estar encausadas por los hechos que justificaron el registro de los datos sobre ellas. En todo caso, la Oficina Central Nacional, la entidad nacional o la entidad internacional que conserve los datos con fines exclusivamente informativos se debe asegurar de que la conservación es lícita con arreglo a la legislación nacional; y la entidad internacional de que la conservación es lícita con arreglo a la normativa que le sea aplicable.

En estos casos de conservación, se debe precisar la finalidad de este registro, de tal manera que los datos no se puedan confundir con los relativos a personas objeto de una solicitud de cooperación internacional; y en todo caso, estos datos solo se pueden conservar por un periodo inicial máximo de diez años contados a partir del momento en el cual la Oficina Central Nacional, la entidad nacional o la entidad internacional indiquen que se ha alcanzado la finalidad inicial, a menos que las disposiciones contempladas en las leyes nacionales establezcan un periodo inferior. Una vez vencido dicho plazo los datos se deben eliminar automáticamente, a no ser que la Oficina Central Nacional, la entidad

nacional o la entidad internacional decidan conservarlos con fines orientativos de conformidad con el artículo 53 RTD.

De todo lo anterior resulta, por tanto, en resumen, que la Secretaría General puede modificar, bloquear o destruir la información contenida en los ficheros, lo que puede ocurrir a petición de la fuente de la información (por ejemplo, de una Oficina Criminal Nacional), o a iniciativa propia cuando tenga elementos pertinentes y concretos que lo justifiquen, incluso a petición de la persona interesada. En este caso, la Secretaría General después de comprobar si los datos reúnen las condiciones para su tratamiento; debe proceder a consultar a la fuente, por ejemplo, las Oficinas Centrales Nacionales a las que pudiera afectar la operación y debe en consecuencia tomar todas las medidas oportunas para determinar la posibilidad y la necesidad de proceder a la operación solicitada.

Con base en ello, es por tanto la Secretaría General, como Administración global y conforme a la misma norma del **RTD**, el órgano competente para modificar, bloquear o destruir una información, incluso por su propia iniciativa si dispone de datos pertinentes y concretos que permitan considerar que en caso de conservarse la información o mantenerse las condiciones para su acceso se podría dejar de respetar alguno de los criterios para el tratamiento de datos dispuestos en el Reglamento o en los textos a los que éste hace referencia, o que pudiera redundar en perjuicio de la cooperación policial internacional, la Organización, su personal o de los derechos fundamentales de la persona a quien se refiera dicha información, con arreglo al artículo 2 del Estatuto de la Organización.

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GLOBAL CONSTITUTIVO RESPECTO DE LAS NOTIFICACIONES O ALERTAS PUBLICADAS POR LA INTERPOL

1. Las solicitudes de publicación de Alertas o Notificaciones por parte de INTERPOL y la legitimación activa para ello

El tratamiento de datos por parte de INTERPOL, como se ha visto, tiene entre sus finalidades, de acuerdo con los artículos 10 y 44 del RTD: a) la búsqueda de personas condenadas o acusadas por delitos de derecho común con miras a su detención o a la limitación de sus desplazamientos; b) la localización de personas u objetos de interés para la policía; c) el suministro o la obtención de información sobre una investigación policial o sobre las actividades delictivas de una persona; d) la puesta sobre aviso en cuanto a una persona, un suceso, un objeto o un *modus operandi* relacionado con actividades delictivas; e) la identificación de personas o cadáveres; f) la realización de análisis de policía científica; g) la organización de controles de seguridad; y h) la determinación de peligros y tendencias de la delincuencia y la identificación de redes delictivas

Con tal motivo, y ajustándose a dichas finalidades, en la normativa que rige a la Organización se han establecido un *sistema de notificaciones o alertas (Notices)* de INTERPOL que consta de distintos tipos, que son publicadas con arreglo a las mismas antes indicadas finalidades específicas, y a tal efecto son clasificadas por un *sistema de colores*, a las que se agregar además otras notificaciones especiales publicadas en el marco de una cooperación concreta que no correspondan a ninguna de las finalidades antes indicadas (art. 73.1, RTD). El sistema de notificaciones solo puede ser creadas con aprobación de la Asamblea General, con previo dictamen de la Comisión de Control de los Ficheros si la notificación “incluye datos de carácter personal o vinculados a datos de este tipo” (art. 73.2 RTD).

La publicación de estas notificaciones o alertas las emite la Secretaría General de la Organización, a solicitud de las Oficinas Centrales Nacionales o las entidades internacionales, (art. 74.1, RTD), siendo por tanto dicha Secretaría General la encargada de publicar en nombre de la Organización, todas las notificaciones solicitadas por las mencionadas Oficinas Centrales Nacionales o las entidades internacionales.

Dichas solicitudes de publicación de notificaciones que formulen las Oficinas Centrales Nacionales o las entidades internacionales se deben presentar ante la Secretaría General en alguna de las lenguas de trabajo de la Organización, y en todo caso, conforme al artículo 76.2 del RTD, en las mismas las entidades solicitantes deben asegurarse de lo siguiente:

- “a) de la calidad y la licitud de los datos que proporciona para apoyar su solicitud;
- b) de las condiciones de publicación del tipo de notificación que solicita;
- c) del interés de los datos para la cooperación policial internacional; y
- d) de la conformidad de su solicitud con la normativa de INTERPOL, en particular con los artículos 2.1 y 3 del Estatuto de la Organización, y con las obligaciones que el derecho internacional le impone.”

2. *Los tipos de Notificaciones o Alertas publicadas por INTERPOL*

Las mencionadas notificaciones o alertas reguladas en el derecho administrativo global que rige a la INTERPOL, en particular en el Reglamento sobre el Tratamiento de Datos, que sirven para alertar a las policías de los Estados Miembros sobre fugitivos, sospechosos de terrorismo, criminales peligrosos, personas desaparecidas o amenazas armadas, en la actualidad se encuentran clasificadas en cinco tipos de Alerta, identificadas con los siguientes colores: rojo, azul, verde, amarillo, negro, morado y naranja.

Además, existe una Notificación sobre obras de arte robadas, y notificaciones especiales de la Organización y del Consejo de Seguridad, por ejemplo respecto de grupos de individuos que son objeto de sanciones por parte de Naciones Unidas, como Al Qaeda y el Talibán.

Las Notificaciones o Alertas son las siguientes:

La **Notificación o Alerta Roja**, que se puede publicar a petición de una Oficina Central Nacional o de una entidad internacional dotada de competencias en materia de investigación y enjuiciamiento penal, y que debe estar referida al ámbito general de las infracciones de derecho común, tienen por objeto “solicitar la localización de una persona buscada y su detención o limitación de desplazamientos con miras a su extradición, entrega o aplicación de otras medidas jurídicas similares (art. 82, RTD).

La **Notificación o Alerta Azul** se publica con miras a obtener información, localizar o identificar una persona que presente un interés para una investigación policial (art. 88, RTD).

La **Notificación o Alerta Verde** se publica para dar la alerta sobre las actividades delictivas de una persona (art. 89.1, RTD).

La **Notificación o Alerta Amarilla** se publica para localizar personas desaparecidas, o descubrir la identidad de personas incapaces de identificarse a sí mismas (Art. 90.1, RTD).

La **Notificación o Alerta Negra** se publica para identificar cadáveres (Art. 91.1, RTD).

La **Notificación o Alerta Morada** se publica para alertar sobre modus operandi, objetos, dispositivos o procedimientos de camuflaje utilizados por delincuentes; o para solicitar información sobre hechos delictivos para lograr su elucidación (Art. 92.1, RTD).

La **Notificación o Alerta Naranja** se publica para dar la alerta en relación con un acontecimiento, una persona, un objeto, un procedimiento o un modus operandi que suponga un peligro inminente para la seguridad pública y pueda ocasionar daños graves a personas o bienes (Art. 93.1, RTD).

La **Notificación o Alerta sobre obras de arte robadas** se publica con miras a localizar obras de arte u objetos de valor cultural que hayan sido robados, o identificarlos si se han descubierto en circunstancias sospechosas (Art. 94.1, RTD).

Finalmente están las **Notificaciones o Alertas Especiales de Interpol y el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas**, que se publican para informar a los Miembros de la Organización sobre una persona o entidad objeto de las sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad (art. 95.1).

Todas estas Notificaciones o Alertas son publicadas por la Secretaría General en la página web (*website*) de la INTERPOL, a requerimiento de las Oficinas Nacionales Centrales o de entidades internacionales, en todos los idiomas de trabajo de la Organización: Árabe, Inglés, Francés y Español.

3. *Las diversas condiciones generales que deben cumplirse para la emisión de notificaciones o alertas por parte de INTERPOL*

Para la emisión de cada tipo de notificaciones o alertas, en el derecho administrativo global de la INTERPOL se han establecido determinadas condiciones de publicación, que equivalen, como mínimo a las condiciones generales de registro exigidas para los datos personales en las bases de datos de la Organización (art. 73.3, RTD).

A tal efecto, al recibir cualquier solicitud de publicación de una notificación o alerta, la Secretaría General, conforme a lo exigido en el artículo 74.2, del RTD, entre otras obligaciones, tiene la de comprobar que toda solicitud de publicación de notificaciones se ajuste al Reglamento de Interpol de Tratamiento de Datos y proceder lo antes posible a la publicación de “toda solicitud que considere conforme.”

Además, la Secretaría General debe registrar simultáneamente en una base de datos de la Organización todas las notificaciones publicadas a fin de permitir su consulta directa a las Oficinas Centrales Nacionales, las entidades nacionales y las entidades internacionales en función de los derechos de acceso que se les haya concedido; y velar por que las notificaciones publicadas sigan cumpliendo las condiciones de publicación y sean objeto de una evaluación periódica por parte de las Oficinas Centrales Nacionales o las entidades internacionales que hayan solicitado su publicación art. 74.b y e).

Para esto último, la Secretaría General debe revisar periódicamente las notificaciones y consultar con las Oficinas Centrales Nacionales y a las entidades internacionales solicitantes, así como a otras Oficinas Centrales Nacionales.

Es decir, una vez recibida la solicitud de publicación de una notificación o alerta, corresponde a la Secretaría General comprobar que la misma se ajusta el Reglamento RTD y proceder lo antes posible a la publicación de toda solicitud que considere conforme (art. 74.2 RTD) Para ello, como se dijo, la Secretaría General debe realizar un estudio de la solicitud para examinar su conformidad con el RTD, debiéndose abstener conforme al artículo 77.2 RTD, de publicar una notificación en nombre de la Organización, cuando:

- a) Los datos proporcionados no cumplen las condiciones para la publicación de notificaciones.

b) La publicación de dicha notificación no presenta un interés para la cooperación policial internacional, lo cual debe examinarse teniendo en cuenta la posibilidad de que la solicitud pueda ser tratada por el conjunto de los Miembros de la Organización; o cuando,

c) La publicación de la notificación puede perjudicar la imagen o los intereses de la Organización.

Mientras la Secretaría General procede a efectuar la revisión mencionada de las solicitudes de publicación de notificaciones, las mismas deben registrarse temporalmente en una base de datos de la Organización, donde se debe añadir una mención adicional a dichas solicitudes para que al consultarlas, se reconozca que han sido registradas como tales y no puedan confundirse con las notificaciones ya publicadas (art. 77.3, RTD).

En los casos en los cuales la Secretaría estime que una solicitud de publicación de una notificación está incompleta, como se dispone en el artículo 78, la Oficina Central Nacional o la entidad internacional solicitante debe presentar, lo antes posible y tras haber consultado con la Secretaría General, todos los datos adicionales necesarios para la publicación de la notificación. Cuando los datos facilitados sean insuficientes para permitir la publicación de la notificación solicitada, cuando sea posible, la Secretaría General puede proponer a la Oficina Central Nacional o a la entidad internacional solicitante la publicación de otras notificaciones distintas a la solicitada, siempre y cuando los datos insuficientes suministrados correspondan a las finalidades y condiciones necesarias para publicar una notificación de otro tipo (art. 78.2, RTD).

Si se han cumplido con todos los requisitos establecidos en el Reglamento, conforme al artículo 79 RTD, la Secretaría General debe proceder a publicar las notificaciones solicitadas, las cuales están dirigidas a todas las Oficinas Centrales Nacionales según las modalidades siguientes:

a) la publicación de las notificaciones se debe comunicar a las Oficinas Centrales Nacionales el mismo día de su publicación;

b) las Oficinas Centrales Nacionales pueden consultar todas las notificaciones directamente en una base de datos policiales de la Organización, a condición de que se cumplan las medidas cautelares que la Secretaría General se deben adoptar, de acuerdo con el artículo 129 RTD, cuando haya duda con respecto al cumplimiento de las condiciones de tratamiento de los datos, a los efectos de “prevenir cualquier daño directo o indirecto que los datos pudieran causar a la Organización, su personal, sus países miembros, las Oficinas Centrales Nacionales, las entidades nacionales, las entidades internacionales *o las personas a quienes se refieran dichos datos.*”

A los efectos de la aplicación de las notificaciones, corresponde a las Oficinas Centrales Nacionales enviar a todas las autoridades nacionales pertinentes, lo antes posible y de conformidad con su legislación nacional, todos los datos facilitados en las notificaciones que reciban y toda actualización en relación con estas. También debe a Oficina Central Nacional enviar a la Oficina Central Nacional y a la entidad internacional solicitantes, así como a la Secretaría General, todos los datos disponibles sobre la persona o el asunto objeto de la notificación publicada, en particular cuando dichos datos permitan alcanzar la finalidad de la notificación; las entidades nacionales enviarán estos datos por conducto de la Oficina Central Nacional correspondiente; y a la Secretaría General, cualquier dato que pueda suscitar dudas en cuanto a la conformidad de una notificación con el Reglamento (art. 80.1).

En todo caso, corresponde a la Oficina Central Nacional o la entidad internacional que solicita la notificación, el velar por que los datos que haya facilitado en la notificación o en los que esta se base sigan siendo exactos y pertinentes; y el velar porque sus servicios envíen a la Secretaría General los datos que supongan una modificación del contenido de la notificación publicada, y evalúen si las modificaciones imponen la retirada de la notificación (Art. 80.2, RTD).

De acuerdo con todo lo analizado anteriormente, por tanto, la publicación de notificaciones o alertas formuladas ante INTERPOL, sólo puede efectuarse cuando las solicitudes “acumulativamente:”

- (i) se formulen conforme al Estatuto y a los reglamentos de INTERPOL, en particular conforme a lo previsto en el artículo 2.1 del Estatuto (“dentro del marco de las leyes de los diferentes países y del respeto a la Declaración Universal de Derechos Humanos;” y el artículo 3 del Estatuto (“Está rigurosamente prohibida a la Organización toda actividad o intervención en cuestiones o asuntos de carácter político, militar, religioso o racial”), y con las obligaciones que el derecho internacional le impone al solicitante;
- (ii) esté asegurada la calidad y licitud de los datos suministrados para apoyar la solicitud;
- (iii) responda a alguna de las finalidades dispuestas en el mencionado Reglamento;
- (iv) cumpla con las condiciones dispuestas para la publicación;
- (v) presente un interés para la cooperación policial internacional;
- (vi) no perjudique la imagen o los intereses de la Organización; y

(vi) sea efectuada por la fuente de la que proceda, con arreglo a la legislación vigente en su país, y de conformidad con los convenios internacionales suscritos por ella y con el Estatuto de la Organización.

4. *Condiciones especiales para las solicitudes de notificaciones por INTERPOL en los casos referidos a las personas*

Pero específicamente, además de las condiciones generales ya mencionadas, para que se pueda publicar una Notificación o Alerta específica, el Reglamento de Interpol sobre Tratamiento de Datos establece condiciones particulares para cada una de ellas.

En particular, respecto de las solicitudes de Notificaciones que afectan los derechos de las personas, como son las Notificaciones Roja, Azul y Verde, en el Reglamento se establecieron las siguientes condiciones específicas:

A. *Alerta o Notificación Roja*

a. *Condiciones mínimas*

En los casos de Alerta Roja, que es la referida al ámbito general de las infracciones de derecho común, y que tiene por objeto “solicitar la localización de una persona buscada y su detención o limitación de desplazamientos con miras a su extradición, entrega o aplicación de otras medidas jurídicas similares,” de acuerdo con lo previsto en el artículo 83.1 del Reglamento RTD, las siguientes son las condiciones mínimas que se deben cumplir para que se pueda ordenar su publicación, que son de carácter “cumulativo:”

En primer lugar, que “el acto en cuestión constituye un *delito grave de derecho común*,” de manera que *no se pueden publicar notificaciones rojas* por las siguientes categorías de delitos: “delitos que, en varios países miembros, susciten controversias debido a que están relacionados con normas culturales o de comportamiento;” “delitos relacionados con asuntos familiares o privados;” y “delitos derivados tanto de la infracción de leyes o normas de carácter administrativo como de litigios privados, a menos que la actuación delictiva esté encaminada a facilitar un delito grave o se sospeche que está conectada con la delincuencia organizada.” A estos efectos, la Secretaría General debe mantener actualizada y debe compartir con los países miembros una lista no exhaustiva de los delitos que entran en estas categorías, y la debe comunicar a las Oficinas Centrales Nacionales y a las entidades internacionales (art. 83.1.a.i).

De esta primera condición especial resulta, por ejemplo, que una Notificación o Alerta Roja no puede solicitarse ni debe publicarse cuando de lo que se trata es de requerir la comparecencia de una persona a un proceso penal, por ejemplo, en calidad de testigo, sino que tiene que tratarse de una persona

acusada, que esté procesada, o que haya sido condenada por un delito de derecho común que, además, ha de ser un delito “grave.”

En *segundo lugar*, en cuanto al *límite de pena*, el Reglamento establece que “si se busca a la persona para un proceso penal, el hecho por el que se la busca debe constituir un delito punible con una pena de privación de libertad máxima de al menos dos años, o con una pena más grave;” y “si se busca a la persona para el cumplimiento de una condena penal, la pena impuesta debe ser al menos de seis meses de privación de libertad, o bien le queda por cumplir una parte de la pena al menos de seis meses de privación de libertad.” (art. 3.1.a.ii)

Y, en *tercer lugar*, que “a solicitud presenta interés para la cooperación policial internacional.” (art. 83.1.a.iii)

La Secretaría General, sin embargo, puede decidir la publicación de una notificación roja aun cuando no se cumplan los dos primeros criterios antes enumerados, si previa consulta a la Oficina Central Nacional o la entidad internacional autorizada solicitantes, considera que la publicación de la notificación roja solicitada presenta una importancia particular para la cooperación policial internacional (art. 83.1.b, RTD).

Por otra parte, en caso de “múltiples delitos,” es decir, si la solicitud se refiere a varios delitos, la notificación roja puede publicarse para todos aquellos que cumplan la normativa de INTERPOL, a condición de que al menos uno de ellos cumpla los criterios anteriormente antes mencionados (Art. 83.1.c, RTD).

b. *Datos mínimos*

Por otra parte, en cuanto a los datos mínimos que deben suministrarse en las solicitudes de notificación por parte de la INTERPOL, se distinguen dos tipos de datos: los de identificación y los jurídicos.

En cuanto a los *datos de identificación*, las notificaciones rojas solo se pueden publicar cuando se hayan facilitado suficientes datos de identificación considerándose como tales, los comprendidos en al menos una de las dos combinaciones de datos siguientes: Por una parte, los apellidos, nombre, sexo, fecha de nacimiento (al menos el año), y uno de los siguientes elementos de identificación: la descripción física, o el perfil de ADN, o los datos contenidos en documentos de identidad, como por ejemplo, el pasaporte o la tarjeta nacional de identidad; y por la otra, una fotografía de buena calidad con algunos datos complementarios, como por ejemplo, otros nombres, el nombre del padre o de la madre, una descripción física más completa, el perfil de ADN, o las huellas dactilares (art. 83.2.a, RTD).

En cuanto a los *datos jurídicos*, de acuerdo con el artículo 83.2.b del RTD, sólo se pueden publicar notificaciones rojas, cuando se faciliten datos jurídicos suficientes, como los siguientes:

a) La exposición de los hechos, que debe incluir una descripción clara y sucinta de las actividades delictivas de la persona buscada, incluidos la fecha y el lugar de la presunta actuación delictiva;

b) La calificación del delito o de los delitos;

c) Las referencias de las disposiciones de la legislación penal que reprimen el delito, a cuyo efecto, siempre que sea posible, y de conformidad con las leyes nacionales o la reglamentación de la entidad internacional autorizada, la correspondiente la Oficina Central Nacional o la entidad internacional autorizada solicitantes deben facilitar el texto de las disposiciones de la legislación penal aplicables;

d) La pena máxima aplicable. Pena impuesta o resto de pena pendiente de cumplir; y

e) La referencia de una orden de detención válida o de una resolución judicial equivalente, en cuyo caso, siempre que sea posible, y de conformidad con las leyes nacionales o de las reglas de funcionamiento de la entidad internacional autorizada, la Oficina Central Nacional o la entidad internacional autorizada solicitante debe facilitar una copia de la orden de detención o de la resolución judicial (art. 83.2.b, RTD).

c. Garantías ofrecidas por las Oficinas Centrales Nacionales

En todo caso, de acuerdo con el artículo 84 del RTD, la Oficina Central Nacional o la entidad internacional solicitante, están obligadas a ofrecer garantías de que:

a) La autoridad que ha expedido la orden de detención o dictado la resolución judicial está facultada para ello; y

b) La solicitud de notificación roja se ha hecho en coordinación con las autoridades pertinentes responsables de las extradiciones, y se han dado garantías de que se solicitará la extradición tras la detención de la persona buscada, de conformidad con la legislación nacional o con los tratados bilaterales o multilaterales aplicables.

Para el caso de que la orden de detención no haya sido expedida por una autoridad judicial, la Oficina Central Nacional o la entidad internacional solicitante, están obligadas a ofrecer garantías de que la legislación del país solicitante o las reglas de funcionamiento de la entidad internacional autorizada estipulan un mecanismo de apelación contra la misma por ante una autoridad judicial (art. 84.3, RTD).

d. *Información adicional sobre la extradición*

De acuerdo con lo previsto en el artículo 85 del RTD, cuando lo considere útil y apropiado, la Oficina Central Nacional o la entidad internacional que ha solicitado la publicación de la notificación, debe facilitar a la Secretaría General los documentos adicionales que puedan facilitar los procedimientos de extradición o entrega. La Secretaría General tiene la facultad de guardarlos y remitirlos a los países interesados que los soliciten.

e. *Examen jurídico de la solicitud por la Secretaría General*

De acuerdo con el artículo 86 del RTD, la Secretaría General, cuando se formulen solicitudes de Notificación o Alerta Roja, debe llevar a cabo un examen jurídico de las mismas, antes de su publicación, a los efectos de garantizar su conformidad con el Estatuto y demás textos normativos de INTERPOL, en particular con los artículos 2 y 3 del Estatuto de la Organización.

f. *Modo de proceder en los casos de localización de la persona buscada*

De acuerdo con el artículo 87 del RTD, para el caso de que se localice a una persona objeto de una notificación roja, se deben tomar las medidas siguientes:

Primero, el país donde esta persona haya sido localizada debe informar inmediatamente a la Oficina Central Nacional o a la entidad internacional solicitante y a la Secretaría General de que se a localizado a la persona, teniendo en cuenta las restricciones derivadas de sus leyes nacionales y de los tratados internacionales aplicables al caso; y además, debe adoptar cualquier otra medida permitida por su legislación nacional y los tratados internacionales aplicables al caso, como proceder a la vigilancia, la limitación de los desplazamientos o la detención preventiva de la persona buscada.

Segundo, la Oficina Central Nacional o la entidad internacional solicitante debe actuar inmediatamente, una vez informada de que la persona buscada ha sido localizada en otro país y, en particular, debe velar por que se envíe rápidamente, dentro del plazo establecido para ese caso concreto, los datos y los documentos justificativos que hayan solicitado el país donde se ha localizado a la persona o la Secretaría General.

Tercero, la Secretaría General debe asistir a las Oficinas Centrales Nacionales o las entidades internacionales pertinentes, en particular facilitando el envío de los documentos relacionados con la detención preventiva o el procedimiento de extradición, teniendo en cuenta sus legislaciones nacionales y de los tratados internacionales en vigor.

B. Alerta o Notificación Azul

De acuerdo con el artículo 88.2 del RTD, en los casos de Notificación o Alerta Azul, que es la tendiente a obtener información, localizar o identificar una persona que presente un interés para una investigación policial, la misma sólo se puede publicar si se cumplen las condiciones siguientes:

Primero, que la persona objeto de la solicitud sea un convicto, un acusado, un sospechoso, un testigo o una víctima;

Segundo, que se pida información adicional sobre el posible historial judicial de la persona, sobre su identidad, situación o paradero, o sobre cualquier otro aspecto que guarde relación con la investigación policial; y

Tercero, que se aporten datos suficientes sobre la persona o la investigación policial para que la cooperación solicitada sea eficaz.

En todo caso, sólo se puede publicar una notificación azul si los datos de identificación son suficientes, entendiéndose estos, como mínimo, en caso de que la persona haya sido identificada, los apellidos, el nombre, el sexo y la fecha de nacimiento (al menos el año) de la persona, acompañados por su descripción física, perfil de ADN o huellas dactilares; o una fotografía de buena calidad acompañada al menos por otro elemento de identificación, como otros nombres, el nombre de uno de los padres o un detalle físico particular que no aparezca en la fotografía. En el caso de que la persona no haya sido identificada, debe presentarse como mínimo, una fotografía de buena calidad, o las huellas dactilares, o el perfil de ADN (art. 88.3, RTD).

C. Alerta o Notificación Verde

Las Notificaciones verdes, que tienen por finalidad dar alerta sobre las actividades delictivas de una persona, por supuesto en relación con delitos comunes, conforme al artículo 89 RTD, sólo se pueden publicar si se cumplen las condiciones siguientes: que se considere que la persona comporta un peligro para la seguridad pública, basado en la evaluación realizada por una autoridad nacional encargada de la aplicación de la ley o una entidad internacional, que debe estar fundamentada en la existencia de una o más condenas penales anteriores de la persona o en otros motivos razonables; para todo lo cual deben aportarse datos suficientes sobre el peligro para que la alerta sea pertinente.

En esos casos, de acuerdo con el mismo artículo 89.3 RTD, sólo se puede publicar una notificación verde si los datos facilitados son suficientes, entendiéndose por ello, como mínimo, los siguientes: bien los apellidos, el nombre, el sexo y la fecha de nacimiento (al menos el año) de la persona, acompañados por su descripción física, perfil de ADN o huellas dactilares; o bien

una fotografía de buena calidad acompañada al menos por otro elemento de identificación, como otros nombres, el nombre de uno de los padres o un detalle físico particular que no aparezca en la fotografía.

5. *El sistema de difusiones*

El artículo 97 RTD regula el sistema de difusiones que se refiere a las solicitudes de cooperación y de alertas que se presentan de manera normalizada y cada una de las cuales corresponde a una finalidad específica, que son: detener o restringir los movimientos de un convicto o un acusado; localizar; obtener información complementaria; identificar; alertar sobre las actividades delictivas de una persona; e informar.

Las condiciones de envío de una difusión corresponden a las condiciones generales de registro de datos en las bases de datos policiales de la Organización.

Ahora bien, conforme al artículo 99 del RTD, sobre envío de las difusiones, éstas se deben enviar, como mínimo, en una de las lenguas de trabajo de la Organización; y antes de enviar una difusión, la Oficina Central Nacional o la entidad internacional deben asegurarse de la calidad y la licitud de los datos que proporciona para apoyar su difusión; de la conformidad de su difusión con las condiciones generales de registro de datos; del interés de los datos para la cooperación policial internacional; de la conformidad de la difusión con la normativa de INTERPOL, en particular con los artículos 2.1 y 3 del Estatuto de la Organización, y con las obligaciones que el derecho internacional le impone.

Las Oficinas Centrales Nacionales o una entidad internacional, deben utilizar una difusión en lugar de una notificación, si desean limitar el envío de su alerta o solicitud de cooperación a ciertas Oficinas Centrales Nacionales o entidades internacionales concretas; o limitar el acceso a los datos contenidos en su alerta o solicitud de cooperación a un número restringido de Oficinas Centrales Nacionales o de entidades internacionales; o su solicitud o su alerta no justifica la publicación de una notificación o no reúne los requisitos para ello (art. 99.3, RTD).

6. *La suspensión, retirada o anulación de las Notificaciones o Alertas*

Conforme se regula en los artículos 81.1 y 100.1 del RTD, respecto de la suspensión o retirada de las notificaciones, tanto la Oficina Central Nacional como la entidad internacional que haya solicitado la publicación de una notificación puede suspender su solicitud de cooperación o su alerta por un periodo que no exceda los seis meses, debiendo indicar a la Secretaría General las razones de dicha suspensión, la cual debe proceder a suspenderla.

A tal efecto, la Oficina Central Nacional o la entidad internacional que haya solicitado la publicación de una notificación está obligada a retirar su solicitud de cooperación o su alerta y pedir a la Secretaría General que proceda inmediatamente a la destrucción de la notificación siempre que la solicitud o la alerta han logrado su finalidad; o la solicitud o la alerta esté vinculada a otras solicitudes o alertas que hayan logrado su finalidad sin las cuales esta no se pueda mantener; o no desee mantener la notificación; o la notificación ya no cumpla las condiciones mínimas para su publicación.

Por otra parte, en cuanto a la anulación de una notificación, conforme al artículo 81.3 del RTD, la Secretaría General por su parte, debe anular una notificación en los siguientes casos:

Primero, cuando la solicitud de cooperación o la alerta a raíz de la cual se ha publicado la notificación haya logrado su finalidad, y esta información ha sido confirmada por la Oficina Central Nacional o la entidad internacional que solicitó la publicación de la notificación;

Segundo, que la solicitud o la alerta esté vinculada a otras solicitudes o alertas que hayan logrado su finalidad sin las cuales esta no se pueda mantener;

Tercero, que la notificación ya no cumpla las condiciones mínimas para su publicación;

Cuarto, que la Oficina Central Nacional o la entidad internacional que haya solicitado su publicación haya recibido los datos necesarios para realizar las acciones requeridas, pero no haya tomado ninguna medida al respecto y, tras ser consultada, no haya proporcionado explicaciones suficientes sobre esta inacción.

IV. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA POSIBILIDAD DE OPOSICIÓN ANTICIPADA POR LAS PERSONAS AL REGISTRO DE DATOS O A LA PUBLICACIÓN DE NOTIFICACIONES O ALERTAS

Quizás dentro de los elementos más importantes del derecho administrativo global que regula el funcionamiento de la INTERPOL, en particular en las relaciones entre la Administración global y los ciudadanos nacionales de los 194 Estados miembros de la Organización, es el que se expresa en el artículo 18 del RTD, que consagra el “derecho de acceso, rectificación y eliminación de datos” por parte de las personas objeto de la cooperación policial internacional respecto de los datos almacenados en la Organización, al establecer que “toda persona o entidad tendrá derecho a enviar directamente a la Comisión de Control de Ficheros de INTERPOL una solicitud de acceso, rectificación o eliminación de los datos sobre ella que sean tratados en el Sistema de Información de INTERPOL.”

Estos derechos de acceso, rectificación y eliminación de datos están garantizados por la Comisión de Control de los Ficheros de INTERPOL” y se rigen por un Estatuto de la Comisión de Control de Ficheros de INTERPOL de 2016 (art. 18.2).

Con base en este derecho de acceso, en efecto, los ciudadanos nacionales de los Estados Miembros, no sólo pueden formular peticiones para iniciar un procedimiento de revisión de los datos registrados en los servicios, o de la difusión de notificaciones y alertas si consideran que no se han realizado en un todo conforme al derecho administrativo global que regula el tratamiento de la información, para su rectificación o eliminación, sino que las personas también tienen derecho de iniciar un procedimiento administrativo mediante el ejercicio del derecho de petición, aún antes de que se efectúe el registro de datos o la publicación de una notificación, oponiéndose por ejemplo a la posible pretensión de un Estado de efectuar dicho registro e incluso de solicitar la publicación de una notificación, si estima que la pretensión del Estado es contraria o viola el Estatuto de la Organización. Dicho derecho de petición oponiéndose anticipadamente a la pretensión ilegal de un Estado, por ejemplo, es la que se puede ejercer conforme al Estatuto de la Comisión de Control de los Ficheros de INTERPOL.

Dicha Comisión, como antes se indicó, regulada en el Estatuto de la Organización y en el Estatuto de la misma de 2016, como se dijo, surgió con motivo del conflicto que se planteó entre la Administración del Estado francés y la Organización con motivo del establecimiento de la sede de INTERPOL en Francia, y en particular, en torno a la aplicabilidad o no del derecho administrativo nacional francés al tratamiento de la información de cooperación policial internacional. El conflicto se resolvió gracias a la aceptación por ambas partes del principio de la necesidad de protección de los datos personales registrados pero conforme al derecho administrativo global y no conforme al nacional.

Por tanto, a fin de proteger las actividades de la cooperación policial internacional de INTERPOL, y de proteger los derechos individuales de las personas que garantizaba el artículo 2 del Estatuto de INTERPOL en el cual se situaba su acción en el marco de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se estableció la Comisión de Control de Ficheros para asumir esa labor, lo que se materializó con la firma, el 3 de noviembre de 1982, de un nuevo Acuerdo de Sede entre la República Francesa e INTERPOL, que entró en vigor el 14 de febrero de 1984, en cuyo anexo figura el Intercambio de Notas Oficiales, cuyos textos establecieron un sistema de control de los ficheros de INTERPOL. Con ello Francia renunció a aplicar la Ley nacional de protección de Información de 1978 a los ficheros de la Organización.

Estos textos previeron la inviolabilidad tanto de los archivos como de la correspondencia oficial de la Organización (artículos 7 y 9 del Acuerdo de Sede), y todo un sistema de control de sus ficheros que no se realiza por parte de la Comisión Nacional de Control francesa, sino por la Comisión de Control de los Ficheros de INTERPOL que se reguló inicialmente en 1982 en el viejo Reglamento relativo a la Cooperación Policial Internacional y al Control de los Ficheros de INTERPOL, donde se fijó como su objetivo fundamental:

“proteger contra cualquier abuso, las informaciones de policía tratadas y comunicadas en el seno del sistema de cooperación policial internacional establecido por la OIPC-INTERPOL, con vistas sobre todo a prevenir cualquier atentado contra los derechos de las personas” (artículo 1,2).

Dicho Reglamento de Cooperación fue sustituido a partir de 2005, por el *Reglamento sobre el Control de la Información y el Acceso a los Ficheros de INTERPOL* (RCIF), cuya última reforma fue de 2009; y en 2016 fue sustituido por el Estatuto de la Comisión de Control de Ficheros.

En este contexto, y en particular en el procedimiento de trámite de una solicitud de publicación de una notificación o alerta formulada ante la Secretaría General por una Oficina Central Nacional, con base en el derecho de acceso a la información o daos consagrado en el artículo 18 del RTD, los ciudadanos nacionales de cualquiera de los Estados miembros de la Organización, como “personas objeto de la cooperación policial internacional,” pueden ejercer su derecho de petición ante la Comisión de Control de Ficheros de INTERPOL, para oponerse anticipadamente a que la Secretaría General publique una notificación que no cumple con los requisitos establecidos en el RTD.

Con base en este derecho de acceso, como se dijo, los ciudadanos nacionales de los Estados Miembros, no sólo pueden formular peticiones para iniciar un procedimiento de revisión de las notificaciones o alertas una vez que hayan sido publicadas, como se analiza a continuación, para su rectificación o eliminación, sino que pueden ejercer su derecho de petición para oponerse a la publicación de la notificación por parte de la Secretaría General si consideran que la solicitud de publicación formulada por una Oficina Central Nacional, antes de que se efectúe, no se ajusta al derecho administrativo global que regula dichas publicaciones, porque sea por ejemplo contraria o viola el Estatuto y los reglamentos de la Organización.

Dicho derecho de petición oponiéndose anticipadamente a la publicación de una solicitud ilegal de un Estado, por ejemplo, también conforme al RTD, debe ejercer ante la Comisión de Control de los Ficheros de INTERPOL, antes mencionada.

QUINTA PARTE

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GLOBAL PARA EL EXAMEN O LA REVISIÓN DEL REGISTRO DE DATOS Y PUBLICACIÓN DE NOTIFICACIONES CON VISTAS A SU RECTIFICACIÓN O ELIMINACIÓN

Además de los procedimientos administrativos globales de carácter constitutivo para el registro de datos para la cooperación internacional en materia de policía y de publicación de notificaciones o alertas por parte de INTERPOL, que se desarrollan ante la Secretaría General, en el sistema de tratamiento de datos INTERPOL, como Administración global, también se ha regulado un procedimiento administrativos globales de revisión de registros y notificaciones, para su rectificación o eliminación, si las mismas no se ajustan a lo establecido en el derecho administrativo global, conformado por el Estatuto y los Reglamentos que rigen la Organización.

Dicho procedimiento administrativo global de revisión se puede iniciar de oficio por la Secretaría General o por la Comisión de Control de Ficheros o a instancia de un ciudadano nacional de un Estado Miembro, en ejercicio de su derecho de petición y acceso a la información.

Los datos introducidos en el Sistema de Información de la INTERPOL por una Oficina Central Nacional, una entidad nacional o una entidad nacional, sea en virtud de una solicitud de registro de datos o de una solicitud de publicación de notificación o alerta, y que han sido registrados en una base de datos policiales de la Organización; conforme al procedimiento derecho administrativo global que rige a INTERPOL, gozan de una presunción de exactitud, de pertinencia y de que han sido registrados en una base de datos policiales de la Organización (art. 128.1), que en caso de duda, debe ser desvirtuada, a cuyo efecto, el artículo 128 del RTD ha regulado expresamente lo que se ha denominado el “procedimiento de examen.” En ese caso se trata de un procedimiento iniciado a iniciativa institucional, y el mismo se distingue del procedimiento de revisión, iniciado a iniciativa de las personas.

I. EL PROCEDIMIENTO DE EXAMEN INICIADO A INICIATIVA INSTITUCIONAL, EN CASOS DE LA DUDA SOBRE LAS CONDICIONES DE REGISTRO

1. Motivo de inicio del procedimiento: dudas sobre las condiciones de registro

De acuerdo con el artículo 128.2 del RDT, el “procedimiento de examen” de los registros de datos en cualquier base de datos policiales de INTERPOL se debe iniciar por la Secretaría General “en caso de *duda sobre el respeto de las*

condiciones de condiciones del tratamiento de datos,” supuesto en el cual la Secretaría General preguntará a la Oficina Central Nacional interesada, incluido en caso de que los datos hayan sido registrados por una entidad nacional, para obtener aclaraciones o datos adicionales que permitan despejar la duda. En caso de duda sobre el respeto de las condiciones del tratamiento de datos, la Secretaría General consultará también a las entidades internacionales (art. 128.2), y debe adoptar de oficio todas las demás medidas oportunas para asegurarse del cumplimiento efectivo de las citadas condiciones.

2. *Medidas cautelares*

Conforme al artículo 129 del RTD, en caso de duda con respecto al cumplimiento de las condiciones de tratamiento de los datos, la Secretaría General debe tomar las medidas cautelares oportunas para prevenir cualquier daño directo o indirecto que los datos pudieran causar a la Organización, su personal, sus países miembros, las Oficinas Centrales Nacionales, las entidades nacionales, las entidades internacionales o las personas a quienes se refieran dichos datos.

En esos casos, la Secretaría General debe informar a la Oficina Central Nacional o a la entidad internacional de cualquier medida cautelar que adopte, exponiendo las razones para hacerlo.

3. *Conclusión del procedimiento de examen*

El procedimiento de examen puede terminar en dos formas: primero, cuando la Secretaría General estime que el tratamiento de datos es conforme con el Reglamento, y valide el registro de los datos; y segundo, cuando estime que el tratamiento de datos no es conforme con el Reglamento, y decida entonces introducir correcciones en el tratamiento de datos o proceder a la eliminación de estos (art. 128.4).

En ambos casos, la Secretaría General debe informar a la Oficina Central Nacional o a la entidad internacional de la conclusión del procedimiento de examen, y en caso de que haya decidido introducir correcciones en los datos o eliminarlos, debe entonces exponer a dicha Oficina Central Nacional o entidad internacional las razones de ese proceder y las correcciones efectuadas (art. 128.5).

4. *Efectos de las infracciones en el tratamiento de datos*

Conforme se establece en el artículo 130 del RTD, en caso de que se determine infracción por un usuario de las normas aplicables al tratamiento de datos en el Sistema de Información de INTERPOL, la Secretaría General, puede solicitar a la Oficina Central Nacional, a la entidad nacional o a la entidad

internacional que suspenda o retire los derechos de acceso que le haya concedido al usuario; o puede igualmente suspender o retirar ella misma tales derechos de acceso, en cuyo caso debe informar a la oficina o entidad en cuestión.

En caso de que se determine que una Oficina Central Nacional o una entidad internacional tiene dificultades en relación con el tratamiento de datos en el Sistema de Información de INTERPOL o no cumple las obligaciones impuestas por el RTD, la Secretaría General conforme se dispone en el artículo 131 del RTD, está facultada para adoptar las medidas correctivas siguientes aplicables a dichas Oficinas o entidades: a) corrección de errores de tratamiento; b) supervisión, durante un plazo no superior a tres meses, de las operaciones de tratamiento efectuadas por la Oficina Central Nacional o la entidad internacional; c) suspensión de los derechos de acceso concedidos a los usuarios de la Oficina Central Nacional o de la entidad internacional; d) envío de una misión de evaluación de la Oficina Central Nacional o de la entidad internacional.

II. EL RECURSO DERIVADO DEL DERECHO DE PETICIÓN QUE SE OTORGA A LOS CIUDADANOS DE LOS PAÍSES MIEMBROS PARA LA REVISIÓN DE LOS FICHEROS CON VISTAS EN SU RECTIFICACIÓN O ELIMINACIÓN

1. Legitimación activa: petición de cualquier ciudadano de los Estados Miembros

La duda sobre la exactitud y pertinencia de los datos registrados en las bases de datos de la Organización además de poder surgir de oficio en el seno de la Organización, por iniciativa de la propia Secretaría General o por la Comisión de Control de Ficheros, o sea a instancia de alguna Oficina Central Nacional o una entidad internacional, también puede ser planteada a instancia de una petición formulada por algún ciudadano nacional de uno de los 194 Estados miembros, planteada ante la Organización, y considerada por la Comisión de Control de Ficheros.

En este último caso, en particular, como se ha dicho, el RTD consagra en el artículo 18, el derecho de toda persona o entidad a enviar directamente a la Comisión de Control de Ficheros, la solicitud de acceso a los mismos, y de “rectificación o eliminación de los datos sobre ella que sean tratados en el sistema de Información de INTERPOL,” sea que se trate de registro de datos o de publicación de notificaciones y alertas. Esos “derechos de acceso, rectificación y eliminación de datos,” dispone la misma norma, están garantizados por la Comisión de Control de los Ficheros de INTERPOL y se regirán por un reglamento distinto” al RTD, que ahora es el Estatuto de la Comisión de Control de Ficheros de 2016, que sustituyó el viejo “Reglamento sobre Control de la Información y el Acceso a los Ficheros de Interpol,” que como se dijo, ya

regulaba en su artículo 1.c, “las solicitudes de acceso a los ficheros de INTERPOL” que le formulen los ciudadanos nacionales de los Estados miembros de la Organización, así como la obligación de la misma de “responder a los solicitantes.”⁴¹

Debe mencionarse que el procedimiento administrativo global ante INTERPOL, a iniciativa de las personas, para el acceso, rectificación y eliminación de datos se había comenzado a esbozar desde el inicio en los Reglamentos de la INTERPOL, con la regulación del derecho de petición y a obtener oportuna respuesta respecto de las mismas, habiéndose ahora perfeccionado con las reformas de los Reglamentos de 2016, reforzándose entre otros, los poderes de la Comisión de Control de Ficheros en la conducción del mismo, asignándole específicamente la competencia para “examinar las solicitudes de acceso a los datos tratados en el Sistema de Información de INTERPOL y las solicitudes para su rectificación o eliminación, y tomar decisiones al respecto” (art. 3.1.c).

A tal efecto, y en cuanto a la amplia garantía establecida para el ejercicio de este derecho de petición el artículo 20.2.a del Estatuto CCF dispone que ninguna de las disposiciones del mismo “impedirá a las personas o entidades enviar a las autoridades competentes de las que dependa la fuente de los datos una solicitud por la que les requieran que tomen medidas respecto a los datos tratados por dicha fuente en el Sistema de Información de INTERPOL.”

2. *Las competencias de la Cámara de Solicitudes de la Comisión de Control de Ficheros*

Una de las reformas fundamentales introducidas en el reglamento de la Comisión de Control de Ficheros de Interpol, fue la creación de dos Cámaras, la Cámara de Supervisión y Asesoramiento y la Cámara de Solicitudes, ésta última para tramitar las peticiones de las personas.

De acuerdo con el artículo 20 del Estatuto CCF, la Cámara de Solicitudes tiene la competencia exclusiva para “examinar las solicitudes de acceso, rectificación o eliminación de datos tratados en el Sistema de Información de INTERPOL y tomar decisiones al respecto,” con poderes propios y también exclusivos, para decidir sobre su competencia para tratar las solicitudes enviadas de conformidad con el presente Estatuto.”

Para reforzar los poderes de la Cámara de Solicitudes y los efectos de sus decisiones, el artículo 20.2.b y c, dispone que ninguna de las disposiciones del

⁴¹ La norma del artículo 18 del RTD agrega ahora que “a menos que se disponga de otro modo en dicho reglamento, las solicitudes de acceso, rectificación o eliminación no podrán tratarse en el Sistema de Información de INTERPOL.”

Estatuto CCF, “impedirá a la fuente de los datos rectificar o eliminar los datos que trate en el Sistema de Información de INTERPOL,” y a la “Secretaría General bloquear, rectificar o eliminar, de conformidad con las normas de INTERPOL, datos tratados en el Sistema de Información de INTERPOL.”

3. *El inicio del procedimiento global: la solicitud y la obligación de la Administración global de informar al solicitante*

Conforme al artículo 29 del Estatuto CCF, que regula el “derechos de acceso, rectificación y eliminación de los datos,” todas las personas o entidades pueden presentar directamente a la Comisión una solicitud de acceso, rectificación o eliminación de los datos tratados en el Sistema de Información de INTERPOL que les conciernan, disponiendo expresamente que “la Organización y sus Miembros se comprometen a respetar este derecho.”

A los efectos de iniciar el procedimiento, el artículo 30 del Estatuto CCF regula la fase de presentación de solicitudes, entendiendo por “solicitante” a toda persona o entidad que presente una solicitud a la Comisión, el cual, personalmente o mediante “representante autorizado” puede presentar la solicitud a la Comisión por escrito, en una de las lenguas de trabajo de INTERPOL; siendo la presentación de la solicitud totalmente gratuita. Para el caso de que el solicitante requiera una rectificación o eliminación de datos, está en la obligación de indicar los motivos en la solicitud.

Conforme a las Normas de Funcionamiento de la Comisión de 2019, la Cámara de Solicitudes debe “registrar todas las solicitudes que reciba” (art. 25), pudiendo además, la Cámara, a petición de los solicitantes o por iniciativa propia, decidir tratar conjuntamente varias solicitudes relacionadas con el mismo caso o que planteen idénticos o similares problemas (art. 26, Normas de Funcionamiento).

Recibidas las solicitudes, conforme se dispone en el artículo 31 del Estatuto CCF, que la Cámara de Solicitudes de la Comisión debe “acusar recibo de la solicitud lo antes posible,” estando en el deber de informar al solicitante del procedimiento de los plazos aplicables. Dicha Cámara de Solicitudes, dispone el Estatuto “será el único punto de contacto para el solicitante a lo largo de todo el proceso.”

El Estatuto dispone, además, que en el curso del procedimiento, a petición de los interesados o por propia iniciativa, la Cámara de Solicitudes debe informar tanto al solicitante como a la fuente de los datos sobre la situación de la solicitud y sobre los avances que puedan producirse. Asimismo, les debe informar sobre la fecha en que se examinará la solicitud y sobre el plazo para adjuntar más documentación (art 31.3). Igualmente, conforme a las Normas de Funcionamiento de la Comisión, ésta puede invitar al solicitante a proporcionar información suplementaria o aclaraciones en relación con su solicitud, así como a aportar, en

un plazo previamente fijado, cualquier elemento adicional que pueda resultar necesario para apoyar la solicitud; e igualmente puede invitar a la Secretaría General a exponer, en un plazo previamente fijado, su opinión sobre un caso o sobre la aplicación de la normativa de INTERPOL(art. 27, Normas)

En todos los casos, la Cámara de Solicitudes se debe comunicar con el solicitante y con la fuente de los datos en las lenguas de trabajo de la Organización que estos utilicen, y debe emplear los medios de comunicación que resulten adecuados, entre ellos los medios electrónicos (art. 31.4, Estatuto CCF).

Por otra parte, sobre la relación entre los solicitantes y la Comisión, que en general es por escrito (art. 36, Estatuto CCF), el artículo 28 de las Normas de Funcionamiento de la Comisión dispone que “la Comisión solo se entrevistará con los solicitantes -o con sus representantes debidamente autorizados- o concederá audiencias si lo considera necesario para el examen de las solicitudes.”

4. *Sobre la admisibilidad de las solicitudes*

En el artículo 32 del Estatuto CFF se establece en general sobre la fase de la admisibilidad de las solicitudes que corresponde a la Cámara de Solicitudes el examen de la misma, debiendo comunicar al solicitante “lo antes posible, en todo caso no más tarde de un mes a partir de la fecha de su recepción por parte de la Comisión, si la solicitud es admisible o no.”

La Comisión debe declarar inadmisibles “toda solicitud considerada incompatible con las disposiciones del presente Estatuto y los criterios de admisibilidad definidos por la Comisión en sus normas de funcionamiento,” en cuyo caso, es decir, si la solicitud se declara total o parcialmente inadmisibles, la Cámara debe hacerlo mediante acto administrativo motivado (art. 32.3).

Conforme a la remisión hecha en el Estatuto, en las Normas de Funcionamiento de la Comisión dictadas el 1 de febrero de 2019, se establecieron las siguientes previsiones sobre la admisibilidad de las solicitudes, comenzado por la enumeración de lo que el artículo 30, determina “criterios de admisibilidad de las solicitudes,” que son las siguientes:

1. Haber sido comunicada a través de correo postal original firmado por el solicitante, donde este explique su propósito;
2. Estar redactada en una de las lenguas de trabajo de la Organización (árabe, español, francés e inglés);
3. Ser presentada por la persona interesada o por su representante debidamente constituido;
4. Estar acompañada de una fotocopia de un documento de identidad del solicitante, que sea legible y no presente modificaciones, de modo que sirva de prueba de su identidad; si el solicitante es una entidad, debe

indicarse su nombre completo, su fecha de constitución o registro, su número de registro oficial (en caso de haberlo) y su dirección oficial conforme a las siguientes reglas;

5. En cuanto a la representación:

a) cuando el solicitante este representado por un representante debidamente constituido, la solicitud debe estar acompañada de un poder (documento original) firmado por el solicitante, por el que este autorice a su representante a acceder a la información sobre su persona que esté registrada en los ficheros de INTERPOL;

b) cuando el solicitante este representado por un representante legal, la solicitud debe estar acompañada de la declaración escrita o el certificado correspondientes;

c) cuando el solicitante es una entidad, la solicitud debe estar acompañada de documentos que demuestren que la persona que ha presentado la solicitud en nombre de la entidad tiene la posición o la autoridad necesarios para representarla, como por ejemplo un extracto del registro de la Cámara de Comercio o las actas de una reunión del órgano de gobierno;

6. Si el solicitante presenta una solicitud de corrección o eliminación de datos tratados en el Sistema de Información de INTERPOL, la solicitud debe contener una exposición de motivos y estar acompañada de un resumen de los argumentos que la sustentan, y debe mencionar específicamente los documentos pertinentes que en su caso se adjunten del modo previsto por la Secretaría.

La Cámara de Solicitudes solo debe tomar en consideración los documentos adjuntos redactados en una de las lenguas de trabajo de INTERPOL, o que hayan sido traducidos a una de ellas.

Si, al recibir la solicitud, para determinar la admisibilidad de la solicitud se necesita que el solicitante aporte más información, las Normas prevén que la Cámara de Solicitudes lo debe invitar a presentar en un plazo determinado toda la información faltante o complementaria que se precise, informándole además, que, en caso de no proporcionar la información solicitada en el plazo fijado por la Comisión, la misma se abstendrá de tomar decisión alguna sobre la admisibilidad de la solicitud o la toma de medidas suplementarias en relación con la solicitud en cuestión. En todo caso, el examen de la solicitud se puede reanudar si la información solicitada se comunica posteriormente (art. 30.2,3).

En esta etapa del examen sobre la admisibilidad de la solicitud, las Normas autorizan a la Cámara de Solicitudes a rechazar de plano las solicitudes que reciba, sin considerar sobre su admisibilidad o no, cuando las considere que las

mismas son “manifiestamente abusivas, entre otros por su carácter repetitivo o sistemático,”⁴² o que se trate de materias “fuera de la competencia de la Cámara de Solicitudes estipulado en el Estatuto.” En tales casos, la Comisión puede abstenerse de adoptar las medidas solicitadas” y no esta siquiera “obligada a responder a la persona o personas que hayan presentado la solicitud” (art. 30.4), lo que podría significar una violación al debido proceso, al impedir el ejercicio del derecho a la defensa y a la oportuna respuesta. En esos casos, lo que debería la Cámara es informarle al solicitante del rechazo.

Salvo este supuesto de rechazo, conforme al artículo 31 de las Normas de Funcionamiento de la Comisión, la Cámara, si están cumplidos todos los requisitos de admisibilidad establecidos en la norma 30 antes indicada, debe adoptar la decisión declarando admisible la solicitud; y al contrario si dichos requisitos de admisibilidad no se han cumplido, la Cámara de Solicitudes debe declarar inadmisibile la solicitud. En ambos casos, la Cámara de Solicitudes debe informar al solicitante de su decisión “lo antes posible,” de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32.1 del Estatuto CCF. Como lo exige el artículo 21.4 de las Normas, “toda decisión de no tratar una solicitud ya sea en su totalidad o en parte,” debe ser motivada, es decir, en la misma, lo decidido “se explicará al solicitante.”

5. *Procedimiento posterior a la admisión de las solicitudes*

Cuando la Cámara de Solicitudes considere que una solicitud es admisible, el paso siguiente es el relativo al examen de la misma, a cuyo efecto, debe de entrada comprobar si los datos relativos al solicitante están siendo tratados en el Sistema de Información de INTERPOL (art. 33.1). Si no se está tratando ningún dato relativo al solicitante en el momento del examen de la solicitud, la Cámara de Solicitudes puede decidir la adopción de las medidas adecuadas teniendo presentes las exigencias de confidencialidad (art. 33.2).

Esto se produciría, por ejemplo, cuando una persona formule una petición anticipándose a la pretensión de un Estado, por ejemplo, de utilizar a la INTERPOL como vehículo de persecución política, antes de que la Oficina de dicho Estado, por ejemplo, formule solicitudes de notas o difusión de información a la INTERPOL.

Si los datos sobre el solicitante están siendo ya tratados en el Sistema de Información de INTERPOL y la solicitud versa sobre la rectificación o eliminación de los datos, la Cámara de Solicitudes debe estudiar si el tratamiento de los datos cumple las normas de INTERPOL. En el caso de las solicitudes que

⁴² Con anterioridad se indicaba sobre esta posibilidad de rechazo, para los casos de “abuso manifiesto,” que se producía especialmente por prodigarse un número de solicitudes o para revestirlas con un carácter repetitivo y sistemático.

solo versen sobre el acceso a los datos, la Cámara de Solicitudes también puede decidir estudiar si el tratamiento de los datos cumple las normas de INTERPOL. Este estudio se debe limitar a examinar si el tratamiento de los datos se ajusta a las normas de INTERPOL (art. 33.2).

En esta fase de examen de las solicitudes, la Cámara de Solicitudes, si necesita información adicional para examinar la solicitud, puede pedir información o aclaraciones a la fuente de los datos o a la Secretaría General, pudiendo también pedir información o aclaraciones a cualquier otra entidad (arts. 21, 34).

Durante el curso del procedimiento, tanto el solicitante como la fuente de los datos podrán tener conocimiento de la información relacionada con una solicitud, “siempre que se tengan en cuenta las restricciones, condiciones y procedimientos siguientes, reguladas en el artículo 35:

Primero, antes de divulgar la información, la Cámara de Solicitudes debe consultar al propietario de dicha información, es decir, el solicitante o la fuente de los datos.

Segundo, la comunicación de la información se puede restringir por decisión de la Cámara de Solicitudes, por propia iniciativa o a petición ya sea de la fuente de los datos, la Secretaría General o el solicitante, por uno o varios de los motivos siguientes:

- a) para proteger la seguridad pública o nacional o para prevenir la delincuencia;
- b) para proteger la confidencialidad de una investigación o una acción judicial;
- c) para proteger los derechos y las libertades del solicitante o de terceros;
- d) para permitir que la Comisión o la Organización desempeñen cabalmente sus funciones (art. 35.3).

Tercero, toda restricción a la comunicación de información debe justificarse, y se debe indicar si es posible facilitar parte de la información, como por ejemplo un resumen.

La ausencia de justificación, sin embargo, “no llevará por sí sola a la divulgación del contenido de la información, pero podrá ser tenida en cuenta por la Cámara de Solicitudes en el momento de evaluar una solicitud y tomar una decisión al respecto” (art. 35.4).

Cuando se estime apropiado y siempre que ello no comprometa la confidencialidad del caso, la Cámara de Solicitudes puede remitir al solicitante a las autoridades nacionales competentes de las que dependa la fuente de los datos (art. 35.5).

En todo momento, durante el curso del procedimiento, conforme al artículo 37 del Estatuto CCF, la Cámara de Solicitudes puede decidir que la Organización tome medidas provisionales con respecto al tratamiento de los datos en cuestión, las cuales deben aplicarse conforme a las mismas normas destinadas a asegurar la aplicación de las decisiones de la Cámara, que se indican más adelante (art. 41, Estatutos).

6. *Decisión en el procedimiento de revisión*

En estos casos de procedimientos de revisión para rectificación o eliminación de datos, las decisiones que adopte la Cámara de Solicitudes serán definitivas y vinculantes para la Organización y para el solicitante (art. 38.1). Dichas de decisiones se deben formular por escrito en una de las lenguas de trabajo de la Organización; deben ser motivadas, y deben contener, entre otros elementos, un resumen del procedimiento, las exposiciones de las partes, una declaración de los hechos, la aplicación de las normas de INTERPOL, un análisis de los argumentos jurídicos y las partes operacionales (art. 38.2).

Dichas decisiones conforme al artículo 40, deben formularse en los siguientes lapsos: Cuando se trate de una solicitud de acceso a los datos, la Cámara de Solicitudes debe tomar la decisión en un plazo de cuatro (4) meses a partir de la fecha en que la solicitud haya sido declarada admisible. Cuando se trate de solicitudes de rectificación o eliminación de datos, la Cámara de Solicitudes debe tomar la decisión en un plazo de (9) nueve meses a partir de la fecha en que la solicitud haya sido declarada admisible.

La Cámara de Solicitudes puede decidir prolongar el plazo si las circunstancias de una solicitud determinada lo justifican; en cuyo caso, la prolongación debe “ser razonable,” mediante decisión motivada, se debe comunicar sin demora a la Secretaría General, a la fuente de los datos y al solicitante.

En todo caso, las decisiones se deben poner en conocimiento de los solicitantes y la fuente de los datos, respetando las exigencias de confidencialidad y las restricciones aplicables y de conformidad con el artículo 41 del Estatuto.

En la decisión, conforme se dispone en el artículo 39 del Estatuto CCF, la Cámara de Solicitudes puede disponer las medidas correctivas adecuadas para garantizar que los datos se traten en el Sistema de Información de INTERPOL de conformidad con las normas de INTERPOL. Si la Cámara de Solicitudes considera que los datos no se han tratado de conformidad con las normas de INTERPOL, además de decidir la adopción de medidas correctivas con respecto a esos datos podrá resolver que la Organización tome otras medidas apropiadas a favor del solicitante.

Dichas medidas adoptadas por la Organización solo pueden tener relación con las responsabilidades de INTERPOL en el caso de que se trate, y con el tratamiento de datos en el Sistema de Información de INTERPOL.

A fin de determinar tales medidas, la Cámara de Solicitudes debe tener en cuenta, entre otros, los factores siguientes:

- a) la información de la que disponía INTERPOL cuando se trataron los datos;
- b) la función y las responsabilidades de las entidades participantes en el tratamiento de los datos;
- c) las gestiones que ha realizado o que razonablemente hubiera debido realizar el solicitante ante las autoridades competentes de las que depende la fuente de los datos;
- d) las medidas adoptadas por las autoridades competentes o la fuente de los datos a favor del solicitante, o las puestas a disposición de este por parte de dichas autoridades;
- e) la posición expresada por la Organización;
- f) la obligación de no interferencia en el funcionamiento de la Organización (art. 39, 46)

Una vez adoptada la decisión, la Cámara de Solicitudes la debe comunicar por escrito a la Secretaría General en el plazo de un mes a partir de la fecha en que hayan sido tomadas (art. 41.1); y la debe igualmente por escrito al solicitante y a la fuente de los datos, notificando la aplicación de su decisión por parte de INTERPOL teniendo presentes las exigencias de confidencialidad y las restricciones aplicables.

Las decisiones sobre las solicitudes de acceso deben ser comunicadas en el plazo de un mes a partir de la fecha en que hayan sido tomadas por la Cámara de Solicitudes. Las decisiones sobre las solicitudes de rectificación o eliminación de datos serán comunicadas sin demora, a más tardar en el plazo de un mes a partir de la fecha en que su aplicación haya sido notificada a la Cámara de Solicitudes (art. 41.3).

Cuando se haya producido una rectificación o eliminación de datos como consecuencia de una decisión de la Comisión, la Secretaría General debe notificar sin demora tal rectificación o eliminación a los Miembros de la Organización que hayan recibido los datos en cuestión y no sean su fuente.

Ateniéndose a las exigencias de confidencialidad y las restricciones aplicables, la Comisión puede proporcionar su decisión y las aclaraciones adicionales pertinentes a los Miembros que lo soliciten y no sean la fuente de los datos.

7. *La aplicación de las decisiones*

Conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto CCF, la Secretaría General debe aplicar las decisiones en el plazo de un mes a partir de la fecha en que las haya recibido, a menos que para su aplicación necesite más aclaraciones y las solicite, en cuyo caso debe proceder a aplicar las decisiones en el plazo de un mes a partir de la fecha en que haya recibido las aclaraciones. La Secretaría General debe notificar sin demora a la Comisión la aplicación de sus decisiones.

8. *La revisión de las decisiones*

Conforme se dispone en el artículo 42 del Estatuto CCF, las decisiones de la Cámara de Solicitudes pueden someterse a revisión, solamente si la solicitud que se formule aporta hechos nuevos que, de haber sido conocidos por la Cámara de Solicitudes en el momento del tratamiento de la solicitud, hubieran podido llevar a la Cámara a una conclusión distinta.

En esos casos, las solicitudes de revisión deben ser presentadas a más tardar seis (6) meses después del conocimiento del hecho en cuestión; y la decisión sobre la revisión debe ser adoptada en el plazo de cuatro o nueve meses a partir de la recepción de la solicitud de revisión, según que la petición inicial haya sido una solicitud de acceso o una solicitud de rectificación o eliminación de datos (arts. 40, 42.3).

SEXTA PARTE

ALGUNAS CONCLUSIONES: EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y EL EQUILIBRIO ENTRE LOS PODERES DE LA INTERPOL, COMO ADMINISTRACIÓN GLOBAL, Y LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS PARA CONTROLAR LA LEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN EN MATERIA DE COOPERACIÓN POLICIAL INTERNACIONAL

Desde el punto de vista del derecho administrativo global, que como todo derecho administrativo debe asegurar el equilibrio necesario entre los poderes de la Administración global y los derechos y garantías de los ciudadanos nacionales de los Estados miembros, el aspecto del mismo de mayor interés es el relativo al procedimiento administrativo global que se ha regulado con motivo del derecho de petición que se garantiza a favor de cualquier ciudadano de uno de los 194 Estados miembros de la Organización, para controlar el sometimiento de la INTERPOL y de los propios Estados Miembros en materia de cooperación policial internacional a la legalidad, es decir, al ordenamiento del derecho administrativo global que la rige.

En ese contexto, el aspecto de mayor interés es el procedimiento administrativo global que se inicia a petición de un individuo nacional de alguno de los Estados miembros directamente ante la Secretaría General o ante la Comisión de Control de Ficheros, mediante el cual se establece una relación jurídica directa entre un ciudadano o persona natural y la Organización como Administración Global. Con dicho procedimiento se busca garantizarles a los ciudadanos sus derechos a la libertad personal y a la circulación, y a no ser molestados internacionalmente o perseguidos por los Estados Miembros a través de INTERPOL o usándola para asuntos relativos a delitos políticos, militares, religiosos y raciales, o contrariando las previsiones del derecho administrativo global que rige a la Organización.

Este procedimiento administrativo global, como se ha dicho, se desarrolla fundamentalmente ante la Comisión de Control de Ficheros de INTERPOL, como órgano establecido expresamente en la organización de INTERPOL para el control de los ficheros y para la vigilancia y comprobación de que con los registros de datos y las publicaciones o difusión de notificaciones o alertas por la Organización no afecten ilegítimamente los derechos de las personas.

A tal efecto, como antes indicado, tanto el RTD cuando regula el derecho de acceso, rectificación y eliminación de datos (art. 18), como el Estatuto CCF cuando regula las competencias de la misma (art. 3), establece con precisión un derecho de petición individual que tienen los ciudadanos de los Estados Miembros de INTERPOL, de formular directamente, y no a través de los Estados Miembros, solicitudes o requerimientos ante la Secretaría General o la Comisión de Control de Ficheros de la Organización, para tener acceso a la información llevada en INTERPOL, y pretender su rectificación o eliminación, como forma de asegurar la protección de sus derechos, por ejemplo, ante las pretensiones de la utilización de INTERPOL, por parte de los Estados Miembros, en particular, para persecuciones motivadas en cuestiones distintas a delitos de derecho común y en particular, basadas en cuestiones de carácter político, militar, religioso o racial.

Como se ha analizado, si bien en general la orientación de la regulación del procedimiento se refiere a peticiones dirigidas a modificar datos ya incorporadas en los registros o notificaciones ya publicadas; como antes se ha mencionado, es claro que también se permite, conforme a los principios del procedimiento administrativo, que las personas interesadas durante el procedimiento constitutivo derivado de la solicitud de registro o de la petición de publicación de una notificación o alerta, puedan también formular solicitudes preventivas, para buscar evitar precisamente que se efectúe el registro del dato o se publique la alerta, y así prevenir la violación de sus derechos.

Dada la referencia expresa contenida en el artículo 2 del Estatuto de INTERPOL sobre la necesidad de que la Organización ajuste su actividad a los

principios contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y dada la prohibición expresa contenida el artículo 3 del Estatuto que impide a INTERPOL intervenir en materias distintas a las relativas a delitos comunes y, en particular, en cuestiones las relativas a delitos políticos, militares, religiosos o raciales; nada impide que las solicitudes dirigidas a INTERPOL pueden ser también para requerir, con antelación, es decir, antes incluso que una Oficina Central Nacional formule ante la Secretaría General, que la Organización se abstenga de darle curso a solicitudes de registro de datos o de publicación de notificaciones o alertas que puedan formular las Oficinas Centrales Nacionales de los Estados Miembros contra personas en violación del artículo 3 del Estatuto. No es necesario, por tanto, que se tengan que producir violaciones a los derechos de las personas, para que estos puedan ser protegidos; el derecho de protección también puede formularse frente a la amenaza cierta de violación

Por tanto, para enfrentar internacionalmente la pretensión que pudiera tener algún Estado Miembro de utilizar a la INTERPOL para materializar persecuciones políticas, es que se establece en la normativa que regula a la Organización, el derecho de petición de las personas naturales, que les permite iniciar un procedimiento administrativo y poder oponerse a las pretensiones de las Oficinas Centrales nacionales de los Estados Miembros, mediante la solicitud formal formulada a la secretaría general para que la INTERPOL se abstenga de cooperar con cualquier requerimiento de dichos Estados en relación con requerimientos relativos, por ejemplo, a delitos políticos.

En esos casos de ejercicio del recurso, petición o solicitud individual de la persona interesada en los datos de carácter personal en el sistema de información de la INTERPOL, una vez presentado ante la Comisión de Control de Ficheros, tiene un tratamiento automático, en el sentido de que obliga a la Comisión a comprobar si efectivamente los datos de carácter personal que sobre ella pudieran obrar en poder de la Organización, cumplen con las condiciones enumeradas en el Estatuto de la INTERPOL (artículos 1 y 3) y en Reglamentos.

A tal efecto, en los casos de dudas, la Secretaría General debe someter el asunto a examen jurídico y consultar la fuente de la información; y ello sin duda se produce cuando frente al requerimiento de un Estado de utilizar a la INTERPOL para perseguir a un ciudadano, este peticiona ante la Organización alegando que de darse curso al requerimiento oficial se violaría el artículo 3 del Estatuto.

Esa tarea de análisis jurídico se debe supervisar por la Comisión de Control de los Ficheros de INTERPOL, que como se ha dicho, es un órgano integrado por especialistas independientes nombrados por la Asamblea General. La Comisión de Control de Ficheros, por tanto, es la que recibe quejas de personas, examina las medidas adoptadas por la Secretaría General y extrae sus propias conclusiones y transmite recomendaciones a la Secretaría General.

La Comisión de Control debe formular sus recomendaciones a la Secretaría General, la cual está obligada a examinarlas y decidir si debe atenerse a ellas.

Como se ha dicho, la INTERPOL solo puede tratar información si la misma está conforme con su Estatuto. Ello implica que, al recibir un requerimiento de un Estado Miembro o una petición individual formulada por un ciudadano de algún Estado Miembro, lo primero que debe hacer la Secretaría General, como se ha dicho insistentemente, es analizar la aplicación del artículo 3 del Estatuto que prevé la prohibición de intervenir en las cuestiones de carácter político, militar, religioso o racial.

En los casos en los cuales el delito transcrito en el requerimiento formulado por una Oficina Central Nacional de un Estado Miembro fuera, por ejemplo, un *delito de naturaleza política*, la única forma de dar curso al mismo es cuando el Estado demuestra que el delito político va acompañado de hechos relativos a un delito de derecho común, que tienen preponderancia en el caso, o se lleva a cabo con uso de violencia o infligiendo daños a personas o bienes.

En esos casos, el delito político deja de ser considerado puro y la Secretaría General podría aplicar la doctrina del predominio, y tomar en cuenta todos los hechos pertinentes que no tienen motivación política que puedan inclinar la balanza a favor del predominio de los elementos de derecho común del delito.

Sin embargo, si no se hubiera facilitado información adicional que pueda indicar, por ejemplo, que el delito estaría acompañado de actos de violencia o que habría provocado daños a personas o bienes, a los efectos de evaluar la preponderancia del carácter de delito de derecho común; y además, se hubiera formulado una petición individual que se opusiera al requerimiento formulado por el Estado Miembro, en ese caso de duda, la Secretaría General tiene la obligación de iniciar formalmente el examen jurídico del caso.

Cuando la solicitud se presenta por la persona interesada, la Secretaría tras consultar la fuente de la información, está obligada a rectificar (modificar) o a eliminar (bloquear o destruir) la información por su propia iniciativa si dispone de datos pertinentes y concretos para estimar que no se cumplen con las condiciones para el registro de datos o la publicación de notificaciones o alertas previstas en los Reglamentos.

La Secretaría General, en todo caso, para no lesionar los derechos del Estado Miembro, debe darles a las autoridades del mismo, un plazo final para que suministre la información requerida que demuestre el carácter de delito de derecho común del caso, en el sentido en que tal concepto se entiende en el Estatuto y la normativa de INTERPOL, y así poder informar a la Comisión de Control de los Ficheros.

Dicho plazo, que establece la Secretaría General, se debe fijar con indicación expresa de que en el mismo la Secretaría debe concluir el examen del

caso, de manera que, de no recibir la información solicitada, debe destruir toda la información relativa a la persona peticionante que se pudiera encontrar registrada en sus bases de datos.

En consecuencia, la Secretaría General tiene la obligación jurídica de adoptar las medidas pertinentes, entre ellas, la modificación, el bloqueo o la destrucción de información si dispone de datos pertinentes y concretos que permitan considerar que en caso de conservarse la información o mantenerse los derechos de acceso a la misma, se podría dejar de respetar alguno de las condiciones para el tratamiento de datos o publicación de notificaciones dispuestos en el Reglamento, o que pudiera redundar en perjuicio de la cooperación policial internacional, la Organización, su personal o de los derechos fundamentales de la persona a quien se refiera dicha información, con arreglo al artículo 2 del Estatuto de la Organización.

En los casos en los cuales, incluso por la ausencia de respuesta por parte de la Oficina Central Nacional requirente en la que suministre la información que se le ha solicitado, la Comisión llegue a la conclusión de que el requerimiento no se refiere a delitos comunes sino que se refiere a delitos políticos, militares, religiosos o raciales, la misma debe recomendar que la información difundida por la Oficina Central Nacional respectiva relativa al peticionante individual sea retirada de las bases de datos de INTERPOL, y debe comunicar esta circunstancia al Estado Miembro, y a los demás Estados Miembros, todos los cuales también están obligados a eliminar de sus bases de datos y sistemas de información, la referida información que afecte al solicitante.

En todo caso, encontrar un procedimiento administrativo global, regulado en la normativa de INTERPOL, que es una organización de naturaleza policial, destinado a regular un sistema de protección directa respecto de los ciudadanos nacionales de los 194 Estados miembros, sin posibilidad de interferencia por parte de los mismos, salvo las consultas a las Oficinas Centrales Nacionales, y en la mayoría de los casos, incluso, con peticiones que pueden ser contrarias a las pretensiones de los mismos Estados miembros, es sin duda sorprendente.

Si nos atenemos a la lógica de la Administración en el derecho administrativo, incluso de las Administraciones Globales en el marco del derecho administrativo global, el procedimiento administrativo ciertamente no sólo está destinado a garantizar la efectividad de la acción de la Organización, sino también la vigencia de los derechos de los administrados, en este caso, los ciudadanos de los Estados Miembros.

A tal efecto, ante la INTERPOL como Administración Global, tan sujetos “interesados” son los Estados Miembros y sus Oficinas Centrales Nacionales, como lo son todos los ciudadanos nacionales de dichos Estados que se puedan ver afectados por las actividades de cooperación policial internacional, lo que significa que materialmente, todos los ciudadanos del mundo, tienen derecho a dirigir peticiones directamente ante la Organización, para solicitar que se

garanticen sus derechos fundamentales, particularmente sus derechos a la libertad personal y a la libre circulación cuando son perseguidos por delitos políticos, militares, religiosos o raciales por los Estados miembros, y estos pretenden utilizar el recurso de cooperación internacional de INTERPOL para materializar dicha persecución en violación del derecho administrativo global que la rige.

Ante este régimen internacional, por tanto, sin duda estamos en presencia de un procedimiento administrativo global que se desarrolla a petición de parte interesada, que es una persona natural ciudadana de cualquiera de los Estados miembros, ante una Administración global, aplicándose el derecho de dicha Organización, en particular la prohibición contenida en el artículo 3 del Estatuto de INTERPOL, para la protección de sus derechos fundamentales de la persona recurrente.

Dicho procedimiento administrativo global, cuando se ha utilizado para garantizar la efectividad del artículo 3 del Estatuto, siempre que se trate de datos de carácter personal, y haya elementos jurídicos suficientes para justificar una petición de revisión de registro de datos o de publicación de notificaciones o alertas y su difusión, e incluso de oposición al registro o a la publicación o difusión, los órganos de INTERPOL al decidir, en consecuencia, lo que hacen es proteger el derecho fundamental reclamado por los ciudadanos en contra de las pretensiones de las Oficinas Centrales Nacionales de los Estados Miembros solicitantes del registro o de la notificación rechazados.

De lo anterior resulta, en todo caso, que conforme al derecho administrativo global que regula a INTERPOL para canalizar la cooperación internacional en materia policial, se han regulado sendos procedimientos administrativos globales que se desarrollan ante una Administración Global, destinados a asegurar que en el tratamiento de datos personales o de información policial ante INTERPOL, no sólo se asegure que la Organización actúe en el marco del principio de la legalidad, en un todo conforme a su Estatuto y a sus Reglamentos, sino se asegure también la protección directa de las personas naturales, que incluso se desarrollan ante la misma Administración global, sin la intermediación o intervención de las Oficinas Centrales nacionales de los Estados Miembros de la Organización, y como se dijo, en la mayoría de los casos, quizás, contra las pretensiones de los mismos.

Dichos procedimientos, como se ha visto del análisis antes efectuado, unos de carácter constitutivo y otros de examen, control o revisión, sin duda, responden a la lógica de los procedimientos administrativos, en el sentido de que no sólo están destinados a garantizar la efectividad de la acción de la Organización, sino, además a garantizar los derechos de los administrados. Por ello, la normativa que rige a la INTERPOL incorpora expresamente al mismo el texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, estableciendo para garantizar su efectividad, que el procedimiento administrativo global se desarrolle ante un órgano independiente estructurado dentro de la misma Organización, como la Comisión de Control de Ficheros, entre otros aspectos.

Ello puede considerarse, sin duda, no sólo como un avance fundamental en el afianzamiento del imperio de la ley tanto a nivel internacional como nacional, sino del desarrollo del propio derecho administrativo global.

EPÍLOGO:

UN CASO DE APLICACIÓN PRÁCTICA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GLOBAL ANTE INTERPOL

I. INTRODUCCIÓN: SOBRE EL ORIGEN DE ESTE LIBRO

El trabajo que conforma este libro, lo comencé a redactar a mitades de 2006 ya residenciado en Nueva York, con motivo de la investigación que tuve que realizar para defenderme, ante el anuncio hecho por la Fiscal Sexta del Ministerio Público de Venezuela, Luisa Ortega Diaz, de pretender utilizar ilegítimamente los canales de la cooperación internacional en materia policial manejados por la Interpol, para perseguirme internacionalmente, y así seguir la persecución que había iniciado en mi contra, en enero de 2005, por hechos en los cuales el gobierno me había involucrado injustamente, y que habían ocurrido tres años antes, en 2002, cuando se me solicitó formalmente una opinión jurídica, como abogado, sobre la situación constitucional que provocó la anunciada renuncia de Hugo Chávez a la Presidencia de la República, publicitada por su Alto Mando Militar durante la noche del 11 de abril de 2002.

Es cierto que los abogados corremos siempre el riesgo de que se nos identifique en alguna forma con los casos en los cuales uno participa, sobre todo cuando hay contención; pero ello no tiene cabida siquiera cuando de lo que se trata es de haber dado una opinión jurídica sobre una situación planteada, como fueron las consecuencias de la renuncia intempestiva de un Presidente de la República; y menos aún como sucedió en el caso mencionado, cuando mi opinión fue contraria a lo que en definitiva hicieron quienes constituyeron un gobierno de transición a raíz del anuncio de la renuncia de Chávez, al emitir un decreto que entre otras medidas disolvía la Asamblea Nacional. Fui consultado sobre el texto de dicho decreto que se me presentó para estudiar, y opiné que ello era contrario a los principios democráticos establecidos en la Constitución, aparte de ser contrario a la Carta Democrática Interamericana, entonces recién adoptada.

Sin embargo, en ese caso, por dar una opinión jurídica como abogado, y sin haber participado en reunión o conversación alguna previa a ese momento con nadie, ni con civiles o militares, sobre una posible conspiración contra el gobierno de Chávez, fui acusado de “conspirar para cambiar violentamente la Constitución,” cuando ni conspiré, ni utilicé violencia alguna contra nadie - salvo que la pluma de escribir se considere un arma peligrosa -, y más bien defendí la Constitución.

Se trató, por tanto de una excusa, vil por cierto, para perseguirme no por algún delito -pues no cometí ninguno-, sino por mis opiniones en contra del autoritarismo que se estaba consolidando en el país de la mano de Chávez, que denuncié desde 1998, cuando él era un candidato presidencial en 1998 y yo ocupaba la presidencia de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y casi todos en el país estaban hipnotizados por su chipa chabacana; denuncias que formulé hasta el cansancio, como voz que clamaba solitaria en el desierto dejado por el desmoronamiento de los partidos políticos .

En la madrugada del 12 de abril de 2002, en efecto, fui llamado por Pedro Carmona Estanca desde Fuerte Tiuna, donde estaba en medio de militares, pues quería conocer mi opinión jurídica, como constitucionalista, sobre el proyecto de decreto para constituir un gobierno de transición que le habían presentado. Ante mi imposibilidad de trasladarme a Fuerte Tiuna, dispuso que fueran a buscar a mi casa de habitación en un vehículo oficial.

En Fuerte Tiuna estuve unas tres horas sin haber podido hablar con Carmona, quien estaba reunido con los militares, hasta que antes de despuntar el alba pude salir del lugar e ir a mi casa. No le pude dar la opinión solicitada, por lo que, hacia el mediodía del 12 de abril me trasladé al Palacio de Miraflores, en mi automóvil, para tratar de hablar con Carmona, lo que no pude, por estar reunido esa vez con los representantes de los medios de comunicación.

Estuve allí menos de una hora, hasta que me fui, habiendo podido hablar con Carmona solo cuando me llamó por teléfono en la tarde de ese mismo día, y así fue que pude darle mi opinión contraria al decreto que tenía proyectado emitir en acto en el Palacio de Miraflores, como en efecto tuvo lugar en la tarde de ese mismo día 12 de abril; acto en el cual yo no estuve presente.

Tres años después, en todo caso, como yo había seguido denunciando las violaciones a la Carta Democrática Interamericana por parte del gobierno, aquella breve presencia mía en Fuerte Tiuna y Miraflores, fue la excusa perfecta para que se desatara la persecución política en mi contra utilizándose para ello al Ministerio Público, que ya estaba sometido a control total del Ejecutivo, conducido entonces por Isaías Rodríguez, como Fiscal General (antes había sido Vicepresidente de la República), y por la Fiscal Sexta Luisa Ortega Díaz, quién por lo demás, fue el instrumento o brazo ejecutor de todas las persecuciones políticas contra la disidencia realizadas en el país a partir de 2005 hasta 2017, y quien fue, precisamente, la que pretendió utilizar ilegal e ilegítimamente a la Interpol en mi contra, violentando su Estatuto, y en contra de los principios que rigen el sistema de cooperación internacional que está a cargo de dicha Organización.

La persecución encontró un motivo formal inicial, y fue una supuesta “denuncia” formulada en mayo de 2002 contra un grupo de abogados, en el cual se me incluía, carente de todo fundamento, por supuestamente haber todos

cometido uno de los delitos más típicamente políticos del Código Penal, como lo es el de rebelión (“conspiración para cambiar violentamente la Constitución”), en relación con el cual, sin embargo, Interpol tenía prohibición expresa de intervenir.

La investigación que tuve que realizar para defenderme, es en definitiva lo único que explica que un profesor de derecho administrativo como yo se hubiese adentrado precisamente en el estudio del régimen jurídico de la Interpol y de los sistemas de cooperación policial internacional, que en general es una materia a la cual poca atención se presta por los administrativistas. De menara que si no hubiese sido por la persecución en mi contra difícil hubiese sido que el tema fuese objeto de mi atención,

Fue por tanto un hecho casual, -como los que en general suelen estar tras los descubrimientos- lo que me permitió identificar no solo la existencia de una rama específica del nuevo derecho administrativo global, es decir, de ese derecho administrativo que no tiene a un Estado y a su Administración Pública como punto de referencia, sino que se desarrolla por encima de los Estados, y que rige a una Administración Global, no estatal o a-estatal; sino lo más importante, un conjunto de procedimientos administrativos globales que se desarrollan ante la misma, no solo de carácter constitutivo produciendo actos administrativos globales, sino también de examen o revisión de las actuaciones administrativas globales, en los cuales se garantiza, entre otros aspectos -para gran sorpresa-, el derecho de petición y a obtener oportuna respuesta a favor de todos los ciudadanos nacionales de los 194 países que conforman la Interpol; procedimientos que, incluso, pueden concluir con decisiones adoptadas por la Organización en contra de las pretensiones de los Estados miembros, en protección de cualquier persona individual.

Este libro, por tanto, tiene una historia, unos antecedentes, y una aplicación práctica.

La investigación comenzó, como indiqué, ante la presión de tener que por buscar con todo apremio mecanismos de defensa ante la ilegítima pretensión del régimen de Chávez de perseguir y detenerme internacionalmente, estando su origen remoto en la notas que preparé en julio de 2006, con base en algunos datos documentales que me suministró mi alumno y amigo Carlos Ayala Corao sobre el régimen estatutario de Interpol, con el objeto de anticiparme a las pretensiones del Estado, y formular ante la Secretaría General de Interpol y ante su Comisión de Control de Ficheros, un recurso para defenderme. Redactado el mismo, lo remití a Lyon, a la sede de la Organización, el 4 de julio de 2006, con la asistencia por mi amigo, abogado y también alumno León Henrique Cottin, cuya dirección en Caracas pusimos para recibir la respuesta; recurso en el cual me oponía anticipadamente a las anunciadas pretensiones de la Fiscal Ortega Díaz de utilizar a la Organización internacional en mi contra, para sus fines de persecución política.

Ese procedimiento global iniciado en julio de 2006, duró un año y concluyó en julio 2007, mediante una decisión adoptada por la Interpol en contra el Estado venezolano, como Estado miembro, respondiendo a mi petición, y en consecuencia, ordenando eliminar de los archivos y registros de la Organización, todos los datos relativos a mi persona; de todo lo cual nos enteramos por el intercambio de correspondencia y decisiones entre Interpol y las autoridades policiales y judiciales venezolanas, según fueron agregadas al expediente penal de la acusación en Caracas.

Pero mi investigación jurídica no concluyó con los documentos del trámite procedimental ante Interpol, sino que siguió, pues el tema ha había interesado sobremedida. De ello estaban enterados muchos amigos con los cuales había intercambiado ideas, y entre ellos, con mis amigos, los profesores Manuel Ballbé, de Barcelona, y José Ramón Parada Vázquez, de Madrid, quienes me invitaron a participar como expositor en un importante *Foro sobre Desafíos de la Seguridad Global* organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo en La Línea de la Concepción, en la frontera con el Peñón de Gibraltar, en octubre de 2008, para que tratara ante policías de alto rango de países europeos, precisamente el tema del procedimiento administrativo global en materia de cooperación policial internacional, y la protección de los administrados en el mismo. Ello fue una ocasión única no solo para escribir un ensayo completo sobre el tema, sino para exponer las ideas fundamentales ante un nutrido grupo de funcionarios de policía del más alto rango de España, y de otros países europeos, además de la misma Interpol y la Europol, quienes quedaron sorprendidos entre otras cosas por el carácter garantista del procedimiento, lo que incluso a muchos les resultó una novedad.

Entre los asistentes debo mencionar a María Marcos Sandoval, entonces alta funcionaria en el Ministerio a cargo de la seguridad y policía de España, a quien ya antes había conocido y quien fue muy amable en compartir conmigo sus conocimientos sobre el tema, lo que me permitió despejar muchas dudas prácticas.

El tema del procedimiento administrativo global ante Interpol, lo seguí trabajando y discutiendo, particularmente en foros académicos, y en particular, con ocasión de preparar y dictar sendas conferencias en el *Tercer Congreso Internacional de Derecho Administrativo* sobre Derecho Administrativo Global organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en Monterrey, Nuevo León, los días 23 a 25 de abril de 2009; y en el *Seminario de Derecho Administrativo* dirigido por el Profesor Luciano Parejo Alfonso, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, el día 31 de mayo de 2011.

Como resultado de todos esos trabajos, pude concluir un texto que salió inicialmente publicado en inglés, titulado “Global Administrative Law on

International Police Cooperation: A Case of Global Administrative Law Procedure,” en el libro coordinado por los profesores Javier Robalino-Orellana y Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *Global Administrative Law Towards a Lex Administrativa*, editado por Cameron May International Law & Policy, en Londres en 2010.

Posteriormente salieron publicados en castellano, otros trabajos sobre el tema, uno con el título: “El derecho administrativo global en materia de cooperación policial y el procedimiento administrativo global desarrollado ante la Interpol, como administración global, para la protección de las personas,” en Jorge Fernández Ruiz (Coordinador), *Derecho administrativo global*, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, México 2013, pp. 119-143; y otro con el título: “El procedimiento administrativo global ante Interpol, para la protección de las personas frente a los Estados”, en Augusto Durán Martínez (Director), *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 11/2015, La Ley Uruguay, Montevideo, 2015, pp. 43-136.

El tema le interesó a mi amigo y editor Eugenio Vargas Chavarría, de Costa Rica, quien me propuso publicar el trabajo como libro, y así fue que, ampliándolo y adaptándolo a las entonces nuevas previsiones de las reformas de los Estatutos (2008), y de los Reglamentos (2009 y 2011) de Interpol, salió la primera edición de este libro sobre *El procedimiento administrativo global ante Interpol*, Editorial Investigaciones Jurídicas Srl., San José 201.

Cumplí en esa forma, un requerimiento que a lo largo de varios años me habían formulado intermitentemente muchos amigos, sobre que debía publicar un libro sobre esta materia, que en definitiva resultaba de interés global, y que tanto había analizado, entre ellos, los profesores León Enrique Cottin, Rafael Odremán y Pedro Nikken, mis defensores en Caracas, Lyon, Washington y Costa Rica; Olivo Rodríguez Huertas, de Santo Domingo, quien fue entre los primeros que se interesó y ocupó de este tema con ocasión de haberme acompañado durante un incidente desagradable en Santo Domingo, muestra de la persecución transnacional en mi contra; José Antonio Muci Borjas, uno de los primeros que en Venezuela se ocupó del derecho administrativo global, de Caracas, y José Eugenio Soriano, de Madrid, quien tomó especial interés por el tema en sus cursos.

A todos ellos dediqué la publicación del libro, al igual que a todos los amigos que en una forma u otra, en ocasiones diversas, con ocasiones de invitaciones que me formularon para actividades académicas en sus respectivos países, quizás incluso sin saberlo, me ayudaron a conformar mi apreciación práctica respecto de la operatividad de los procedimientos administrativos globales ante Interpol, y ante las autoridades de policía nacionales. Cada vez que me invitaban para un evento académico, sobre todo después de 2007, les pedía que averiguaran ante las autoridades policiales de migración nacionales en cada

uno de sus países, por razones de seguridad, sobre si en los terminales de migración respectivos permanecía o no algún rastro de indicación sobre mi persona, por la difusión de la información de la persecución en mi contra.

Y así lo hicieron, estando entre ellos, los profesores Olivo RODRÍGUEZ, en Santo Domingo; Domingo GARCÍA BELAÜNDE en Lima; Luciano PAREJO ALFONSO, en Madrid; Roberto CUELLAR, en San José; William ZAMBRANO, Jaime ORLANDO SANTOFIMIO y Sandra MORELLI, en Bogotá; José Luis CEA Egaña en Santiago de Chile, y Osvaldo GOZAINI, en Buenos Aires; y más recientemente, en 2019, Daniel SABSAY, en Buenos Aires, donde, por su diligencia, descubrí que todavía en los terminales de migración de Argentina, quedaba un resabio de información sobre mi persona y sobre la nota vieja de Interpol de 2006, registrada y levantada, lo que solo podía tener su origen en la alianza para el mal, que hasta tiempos recientes, había habido entre los gobiernos de Venezuela y Argentina.

En todo caso, a través de todos esos amigos, desde 2007 pude ir deduciendo cuál había sido el curso de la nota informativa inicial de Interpol de 2006 sobre lo que pretendía el Estado venezolano, y cual había sido el curso de la orden posterior de Interpol de eliminación las referencias a mi persona, todo lo cual me fue de enorme utilidad, pues si bien yo sabía de lo resuelto formalmente por Interpol en julio de 2007 en contra de la pretensión del Estado venezolano, particularmente por lo que iba apareciendo en el expediente del tribunal en Caracas, yo no había recibido directamente de Interpol la oportuna respuesta de la que hablaban sus Estatutos poniendo fin al procedimiento.

Por vía indirecta, sin embargo, sí pude constatar que, en todo el procedimiento, del requerimiento inicial en mi contra del Estado venezolano de julio 2006, para que se me aprehendiera internacionalmente, Interpol informó a los Estados miembros, pero sin formular ninguna orden de aprehensión en mi contra, es decir, sin emitir ninguna “alerta roja.” Es decir, en mi caso, Interpol nunca emitió orden alguna que pudiera significar restricción de mi libertad, ya que el delito involucrado era un delito político, y lo único que hubo fue la difusión de una nota informativa de lo que había pretendido el gobierno de Venezuela, lo que fue demostración de que la Interpol, en mi caso, siempre actuó con estricto apego a la ley que la rige.

Por ello, precisamente, al final del procedimiento global en 2007, la decisión adoptada por Interpol fue la de eliminar de su base de datos la mencionada nota informativa y toda otra información sobre mi persona, como incluso lo expresó formalmente la Secretaría de Interpol al juez de la causa en Caracas.

Hubo, sin embargo, anormalidades no atribuibles a Interpol, que afectaron en la práctica mi situación.

La primera, fue el hecho de que yo no hubiese recibido la oportuna respuesta que dio la Interpol a mi recurso, con fecha 1º de agosto de 2007, la cual si bien fue remitida al conocimiento del Juez de la causa en Venezuela -de lo cual tuve conocimiento por el expediente penal-, yo nunca recibí formalmente; y la razón fue que Interpol había remitido directa y confiadamente la correspondencia por correo, desde Lyon a la dirección de León Henrique COTTIN en Caracas, donde nunca llegó a su destinatario, por haber sido sin duda interceptada ilegítimamente por la policía política local.

Y la segunda anormalidad, fue que, en la práctica policial, en muchos países, simplemente los Estados no cumplieron con la orden de Interpol de borrar de los terminales de migración toda referencia relativa a mi persona que derivara de la información que habían recibido en 2006 de la Organización, al iniciarse el procedimiento con el requerimiento del Estado. A veces pensé que ello podía deberse a algo de la mentalidad policial, en el sentido de que para un policía quizás es más fácil registrar información respecto de una persona que borrarla. Sin embargo, luego concluí que, además, la razón de que referencias a mi nombre siguieran en algunos terminales de migración, se derivaba más bien de que en algunos casos privaron más las alianzas políticas y policiales entre algunos gobiernos y el de Venezuela, como Estado perseguidor, que la obligación de cumplir con la orden emanada de Lyon.

Lo cierto, en todo caso, fue que esta anormalidad de desinformación migratoria la pude constatar en su momento en países como España, Colombia y Perú, cuando fui invitado a ellos, y donde mis anfitriones tuvieron que despejar. En otros casos, confiadamente viajé a algunos países, como fue el caso de un viaje a Argentina, y tuve el desagrado en encontrarme directamente con la desinformación mencionada. Ello sucedió, en efecto, en 2009 cuando fue invitado a asistir al “*VI Encuentro de Derecho Procesal Constitucional*”, que se celebró en San Juan de la Frontera el 12 junio 2009. En dicha ocasión, al llegar al aeropuerto de Mendoza, el funcionario de migración, al recibir mi pasaporte, muy amablemente me advirtió sobre que, en su pantalla del servicio, que incluso me mostró, aparecía la nota de información de Interpol que la Organización había mandado a eliminar, desde 2007, donde aún se daba cuenta de la pretensión de Venezuela en mi contra, con la indicación de que el asunto estaba en revisión jurídica.

Cuando le expliqué la situación al funcionario, simplemente permitió mi entrada al país, recomendándome, sin embargo, sobre la conveniencia de que siempre llevara conmigo, en mis viajes, la respuesta escrita de Interpol para poder comprobar lo decidido, pues no siempre se borraba toda la información ordenada.

Como aún para ese momento, por la ilegítima interceptación de la correspondencia de Interpol en Caracas, yo no tenía comunicación alguna de Interpol enviada a mí directamente como peticionario, tan pronto regresé a Nueva

York en el mismo mes de junio de 2009, envió un nuevo y formal reclamo ante Interpol solicitándole explicación sobre la sobrevivencia de la información sobre mi persona en el terminal de inmigración del Aeropuerto de Mendoza, y quejándome de nuevo por no haber recibido la respuesta formal a mi petición inicial. En esta oportunidad, tampoco me llegó respuesta a mi solicitud, por lo que pienso que de nuevo seguramente fue interceptada por la policía en Caracas.

Posteriormente, en enero de 2010, de nuevo me dirigí a la Comisión de Control de Ficheros de Interpol reclamando no haber recibido las respuestas a todas las peticiones y requerimientos, pero esta vez dando mi dirección de email, y mi sorpresa fue mayúscula al recibir una respuesta inmediata en la que se me informaba que Interpol en efecto, sí había efectiva y oportunamente enviado las respuestas a todos mis requerimientos. La consecuencia fue entonces que solicité que me mandaran copia a mi dirección en Nueva York, y rápidamente, el 10 de febrero de 2010, de la secretaría de Interpol me reenviaron por correo copias de todas las comunicaciones que infructuosamente me habían enviado a Caracas en 2007, 2009 y 2010; donde constaba la decisión de Interpol de 2007, ratificada en los otros años.

En todo caso, el procedimiento administrativo global que desarrollé ante Interpol puede considerarse como un caso práctico ilustrativo de lo que se explica en este libro, y prueba de que el mismo funciona efectivamente; razón por la cual he considerado de interés, en este Epílogo, resumir todo lo que ocurrió antes y después de su desarrollo ante esa Administración global que es Interpol.

II. EL ORIGEN DE TODO: LA IMPUTACIÓN Y ACUSACIÓN PENAL EN MI CONTRA POR UN DELITO POLÍTICO QUE NUNCA COMETÍ, Y SUS SECUELAS COMO INSTRUMENTO DE PERSECUCIÓN POLÍTICA

Todo tiene un comienzo, y en el caso de la persecución política en mi contra, su origen remoto, sin duda, se ubica en mi oposición política, como profesor de derecho público y como académico, desde 1998, a las propuestas y al régimen de Hugo Chávez, ante sus pretensiones autoritarias; razón por la cual no era difícil imaginar que más pronto que tarde se desataría una persecución política en mi contra.

Durante la campaña presidencial de 1998, adversé la propuesta electoral de Chávez de convocar una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución de 1961, sin reformarla previamente para tal efecto.⁴³ Además, personalmente marqué mi diferencia con él, en materia democrática, en mi

⁴³ V., Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Proceso Constituyente 1999*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

condición de Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, al presentarlo en el Ciclo público que organicé en la Academia con los candidatos presidenciales de 1998, advirtiéndome que entre todos los candidatos, Chávez era el que menos credenciales democráticas tenía,⁴⁴ pues había saltado a la palestra política en 1992 como autor de un intento de golpe militar contra el gobierno democrático de Carlos Andrés Pérez. El tiempo, sin duda, me dio la razón en mi apreciación, pues durante su gobierno, hasta su fallecimiento en diciembre de 2012, procedió a dismantelar totalmente la democracia y el Estado de derecho en el país.⁴⁵

Luego de que Chávez fue electo Presidente en diciembre de 1998, y procediera a decretar en febrero de 1999 la convocatoria de un referendo consultivo para que el pueblo se pronunciara sobre una Asamblea Constituyente no prevista en la Constitución, con poderes originarios, fui de los primeros en ejercer personalmente una acción popular de inconstitucionalidad contra dicha convocatoria,⁴⁶ lo cual al final obligó al Presidente a modificar su Decreto, el cual fue adicionalmente controlado por la Corte Suprema, aun cuando tardíamente, eliminando el carácter originario de la Asamblea.⁴⁷

Convocada la Asamblea, me postulé como candidato independiente y fui electo Constituyente mediante postulación de propia iniciativa, y con el apoyo de toda la oposición democrática salí electo (con cerca de un millón doscientos mil votos), siendo uno de los apenas cuatro integrantes de esa Asamblea electos desde la disidencia y contra el proyecto político del Presidente Chávez. Desde esa curul defendí con insistencia los principios del constitucionalismo democrático, y me opuse al asalto y a la usurpación del poder llevada a cabo por la Asamblea Nacional Constituyente en 1999.⁴⁸

⁴⁴ V., en Allan R. Brewer-Carías (Coord.), *Los Candidatos Presidenciales ante la Academia. Ciclo de Exposiciones 10-18 Agosto 1998*, Serie Eventos N° 12, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1998.

⁴⁵ V., en Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010.

⁴⁶ V., el texto del recurso de inconstitucionalidad en Allan R Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Serie Estudios N° 53, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999.

⁴⁷ V., el análisis de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Allan R Brewer-Carías *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente (Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente)*, Colección Estudios Jurídicos N° 72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 296 pp.

⁴⁸ V., Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, 405 pp.

Intervine en casi todas las sesiones, propuse proyectos, salvando mi voto en todos los actos de intervención de los poderes constituidos, en particular del poder legislativo y especialmente del poder judicial⁴⁹, y oponiéndome a la propuesta política del Presidente Chávez en todo cuanto la misma tenía de presidencialismo extremo, centralismo, concentración del poder, estatismo, militarismo y autoritarismo.⁵⁰

Voté en contra del texto constitucional sancionado por la Asamblea Nacional Constituyente e hice activa campaña en contra de su aprobación cuando el mismo fue sometido a referéndum popular,⁵¹ advirtiendo que la Constitución, tal como había sido aprobada, conformaba:

“Un esquema institucional concebido para el autoritarismo derivado de la combinación del centralismo del Estado, el presidencialismo exacerbado, la democracia de partidos, la concentración de poder en la Asamblea y el militarismo, que constituye el elemento central diseñado para la organización del poder del Estado.

En mi opinión -agregaba-, esto no es lo que se requería para el perfeccionamiento de la democracia; la cual, al contrario, se debió basar en la descentralización del poder, en un presidencialismo controlado y

⁴⁹ V., mi voto salvado en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I (8 agosto-8 septiembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 233 pp.

⁵⁰ Todas sus propuestas y votos salvados se publicaron en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II (9 septiembre-17 octubre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 286 pp.; y *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 340 pp.

⁵¹ V., “Razones para el voto No” expuestas para el referendo aprobatorio de la Constitución, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 311-336; y Allan R. Brewer-Carías, «Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999» en el libro de Diego Valadés, Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, pp. 171-193; en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 2000, pp. 7-21; en *Revista Facultad de Derecho, Derechos y Valores*, Volumen III N° 5, Universidad Militar Nueva Granada, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, Julio 2000, pp. 9-26; y en el libro *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas 2000, pp. 63-88.; y «El proceso constituyente y la fallida reforma del Estado en Venezuela» en *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001, pp. 25-48.

moderado, en la participación política para balancear el poder del Estado y en la sujeción de la autoridad militar a la autoridad civil.”⁵²

El tiempo, de nuevo, me dio la razón.⁵³

A partir de 2000, de nuevo me enfrenté constitucionalmente a la ilegítima transitoriedad constitucional en la cual se había colocado a la República; continué denunciando las subsecuentes inconstitucionalidades cometidas desde el poder,⁵⁴ y en 2001, denuncié la usurpación del poder de legislar por parte del Presidente de la República, con la emisión de cerca de 50 leyes fundamentales mediante decretos leyes inconsultos.⁵⁵

En un régimen autoritario como el de Chávez, en todo caso, era claro que esa oposición política no podía prolongarse, por lo que la persecución política en mi contra no se hizo esperar. A tal efecto, usando los medios judiciales que controlaba, el 27 de enero de 2005 la Fiscal Sexta del Ministerio Público, Luisa Ortega Díaz (quien a partir de 2007 ejerció el cargo de Fiscal General de la República hasta 2017),⁵⁶ formuló una infundada imputación penal en mi contra y de otros abogados por la supuesta “comisión del delito de *conspiración para cambiar violentamente la Constitución*” previsto y sancionado en el artículo 143. 2 del Código Penal, que tiene lugar cuando “dos o más personas se ponen de acuerdo (conspiración) para cambiar violentamente la Constitución;” por haber supuestamente participado “en la discusión, elaboración, redacción y

⁵² Documento de 30 de noviembre de 1999. *V.*, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 339.

⁵³ *V.*, Allan R. Brewer-Carías, *Authoritarian Government v. The Rule Of Law. Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014; y *Estado Totalitario y desprecio a la Ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

⁵⁴ Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, México, 2002.

⁵⁵ *V.*, Allan R. Brewer-Carías, “Apreciación general sobre los vicios de inconstitucionalidad que afectan los Decretos Leyes Habilitados” en *Ley Habilitante del 13-11-2000 y sus Decretos Leyes*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 17, Caracas 2002, pp. 63-103; “El régimen constitucional de los Decretos Leyes y de los actos de gobierno” en *Bases y Principios del Sistema Constitucional Venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de noviembre de 2001)*, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 2002, pp. 25-74.

⁵⁶ En un nombramiento, por lo demás, cuestionado. *V.* Allan R. Brewer-Carías, “Sobre el nombramiento irregular por la Asamblea Nacional de los titulares de los órganos del poder ciudadano en 2007,” en *Revista de Derecho Público*, No. 113, Caracas 2008.

presentación” del decreto constitutivo del llamado gobierno de transición que el Sr. Pedro Carmona Estanga anunció el 12 de abril de 2002. Yo di, efectivamente, como abogado, una opinión jurídica sobre ese decreto, sobre sus carencias y defectos y en contra de lo que se pretendía con el mismo, y evidentemente no lo redacté, como lo he afirmado y reafirmado ininidad de veces.

En efecto, durante la madrugada del día 12 de abril, el jefe militar de mayor jerarquía en el país, general en jefe Lucas Rincón, a la sazón Inspector General de la Fuerza Armada, se dirigió a la nación por televisión, acompañado del Alto Mando Militar, e informó que esa cúpula castrense había solicitado la renuncia al Presidente de la República H. Chávez, y que éste así lo había aceptado,⁵⁷ todo lo cual dio origen a una grave crisis constitucional. Ello originó que ese mismo día, a instancia de los militares, se constituyera un “gobierno de transición democrática” presidido por el Sr. Pedro Carmona, el cual resolvió la disolución de los poderes públicos y otras medidas extremas, en lo que sin duda fue un golpe contra la Constitución.

Antes de esos hechos, ese mismo día, en horas de la madrugada, Carmona -a quien conocía desde hace años, pero a quien no había visto desde diciembre de 2001- me llamó por teléfono requiriendo mi asistencia jurídica para que le diera mi opinión sobre un proyecto de decreto que le habían presentado para conformar dicho gobierno de transición, a cuyo efecto envió un vehículo a mi casa de habitación a buscarme y me trasladara a Fuerte Tiuna, donde se encontraba. Allí estuve unas horas, pero lamentablemente sin haberle podido expresar personalmente mi opinión adversa al documento, la cual solo se la pude dar por teléfono en la tarde de ese día, antes de que se constituyera el gobierno de transición.

Mi sola presencia en Fuerte Tiuna, sin embargo, así hubiera sido por escasas tres horas en la madrugada del 12 de abril, dieron origen a que en las numerosas noticias periodísticas que aparecieron en los medios de comunicación venezolanos sobre los mencionados sucesos, con comentarios y apreciaciones hechos por los periodistas, ninguno de los cuales había estado en Fuerte Tiuna ni había sido testigo presencial de los eventos, vinculándome con el decreto constitutivo de dicho “gobierno de transición,” comentando que yo lo habría redactado y habría propuesto su borrador, lo cual es falso, pues el texto del

⁵⁷ Las palabras textuales del General Rincón fueron las siguientes: “Pueblo venezolano, muy buenos días, los miembros del Alto Mando Militar de la Fuerza Armada Nacional de la República Bolivariana de Venezuela deploran los lamentables acontecimientos sucedidos en la ciudad capital el día de ayer. **Ante tales hechos se le solicitó al señor Presidente de la República la renuncia a su cargo, la cual aceptó.** Los miembros del Alto Mando Militar ponemos, a partir de este momento, nuestros cargos a la orden, los cuales entregaremos a los oficiales que sean designados por las nuevas autoridades”. (Énfasis añadido). V., Albor Rodríguez (ed), *Verdades, mentiras y Videos. Lo más relevante de las interpelaciones en la Asamblea Nacional sobre los sucesos de abril*, Libros El Nacional, Caracas 2002, pp. 13-14.

mismo, que se me presentó en la madrugada del 12 de abril, a requerimiento del Sr. Carmona, para que como abogado emitiera una opinión jurídica en la misma madrugada del 12 de abril, evidentemente ya estaba redactado.

Por eso, frente a la matriz de opinión que se estaba creando, cuatro días después me apresuré a desmentir semejante especie, para lo cual convoqué una rueda de prensa para el día 16 de abril de 2002.⁵⁸ Con posterioridad hice el mismo desmentido en numerosas declaraciones, y es escritos y libros que han sido publicados, entre ellos, el titulado: *La crisis de la Democracia Venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*,⁵⁹ y el titulado:

*En mi propia Defensa. Respuesta preparada con la asistencia de mis defensores Rafael Odreman y León Enrique Cottin contra la infundada acusación fiscal por el supuesto delito de conspiración.*⁶⁰

Todo ello, por lo demás, lo aclaró el propio señor Carmona en un libro intitulado *Mi Testimonio ante la Historia*, Caracas 2004, y en declaración auténtica que formuló ante Notario Público el día 23 de febrero de 2006 en Bogotá,⁶¹ quien reiteró no sólo que yo no había redactado dicho decreto, sino que precisó cómo fue que me llamó para que como abogado le diera mi opinión,

⁵⁸ V., las siguientes reseñas de la rueda de prensa: “Allan Brewer Carías responde a las acusaciones: No redacté el Decreto de Carmona Estanga” reseña por Ana Damelis Guzmán, *El Globo*, Caracas, 17/04/02, p. 4: “El abogado desmiente haber redactado acta constitutiva de gobierno transitorio; Brewer Carías se desmarca de Pedro Carmona Estanga”, reseña por Felipe González Roa *Notitarde*, Valencia, 17/04/02, p. 13; “Brewer-Carías: No sé quien redactó el decreto de Carmona”, reseña por Jaime Granda, *El Nuevo País*, Caracas, 17/04/02, p. 2; “Señaló Brewer Carías; Carta Democrática Interamericana podría ser aplicada a Chávez Frías”, <reseña> *El Siglo*, Maracay, 17/04/02, p. A-10; “Brewer-Carías niega haber redactado el decreto”, reseña por Juan Francisco Alonso, *El Universal*, Caracas, 17/04/02, p. 1-4; y “Constituyente Allan Brewer Carías: Carta democrática paradójicamente se aplica a los opositores de Chávez y no a su gestión”, reseña de Eucaris Perdomo, diario *2001*, Caracas, 17/04/02, p. 9. V., el texto de estas reseñas periodísticas en el libro Allan R. Brewer-Carías, *En mi propia defensa. Respuesta preparada con la asistencia de mis defensores Rafael Odreman y León Enrique Cottin contra la infundada acusación fiscal por el supuesto delito de conspiración*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. a 192).

⁵⁹ V., Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2002, 263 pp.

⁶⁰ Allan R. Brewer-Carías, *En mi propia defensa. Respuesta preparada con la asistencia de mis defensores Rafael Odreman y León Enrique Cottin contra la infundada acusación fiscal por el supuesto delito de conspiración*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, 606 pp. Este libro contiene el escrito de 08-11-2005 de contestación a la acusación penal formulada contra el Dr. Brewer Carías, en el cual se denuncian todas las violaciones a sus derechos y garantías judiciales cometidas durante el proceso de imputación y en la acusación.

⁶¹ V., el texto en Allan R. Brewer-Carías, *En mi propia defensa*, Caracas 2005, pp. 591-598.

y sobre las objeciones que le formulé respecto del proyecto de decreto que se le presentó, cuando se la pude dar telefónicamente.

No sólo en las semanas antes d del 12 de abril no había visto ni me había reunido con Carmona, sino que, en realidad, no me había reunido con nadie, ni civiles ni militares para discutir la situación del país. La realidad es que había permanecido fuera de Venezuela durante las dos semanas precedentes a aquella crisis política, de vacaciones, habiendo regresado a Caracas solo en la noche del día 9 de abril, insisto, sin haberme reunido con nadie durante ese tiempo, ni haber participado en reunión política alguna, y sin siquiera haber podido participar en las multitudinarias protestas que precedieron la crisis y en las cuales se solicitó la renuncia del Presidente; todo lo cual hacía imposible que hubiera estado “conspirando.”

Sin embargo, nada de ello importaba. La instrucción oficial emanada del gobierno fue la de perseguirme, para lo cual tenían la “excusa perfecta,” a pesar de que ello fuera por el sólo hecho de haber sido llamado como abogado a dar una opinión jurídica sobre un documento que se me presentó.⁶²

La persecución, en efecto, se comenzó a materializar casi de inmediato con la “denuncia” que el 22 de mayo de 2002 formuló ante la Fiscalía en mi contra y de otros distinguidos abogados, un militar activo Coronel del Ejército Ángel Alberto Bellorín, “siguiendo órdenes del alto gobierno” -tal como lo supe posteriormente de boca de la abogado que había materialmente redactado el texto de la denuncia-. El denunciante, en todo caso, textualmente afirmó ante el Ministerio Público venezolano, después de aclarar que en realidad no había “denunciado” a nadie, que lo que había hecho era referirse a lo que llamó como:

“un *hecho notorio comunicacional* reiterado y por todos conocidos a través de los diversos medios de comunicación que los autores de dicho decreto son los ciudadanos Allan Brewer Carías, Carlos Ayala Corao, Cecilia Sosa y Daniel Romero, conocidos los tres primeros como expertos en materia constitucional, tal como se desprende de los artículos periodísticos que de seguida referimos...”

Es decir, se trató de una denuncia que no era una denuncia, sino una narrativa de un supuesto “hecho público comunicacional” que sirvió de base para que el Ministerio Público, tres años después, en enero de 2009 nos imputara por el delito de rebelión, pretendiendo desvirtuar la presunción de inocencia e invertir la carga de la prueba, pidiéndonos que probáramos que no habíamos hecho lo que se sugería en las publicaciones de versiones, rumores y meras opiniones de algunos periodistas, cuyos recortes de prensa y videos -consignados en 2002 por el coronel Bellorín- fueron los que en definitiva se incorporaron al acta de

⁶² Libro FIA.

imputación como “elementos probatorios.” Esas fueron todas las “pruebas,” y nada más, lo cual incluso ratificaron los funcionarios acusadores en septiembre de 2013, en la audiencia pública desarrollada en el juicio que intenté contra el Estado venezolano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violación masiva de mis garantías judiciales al debido proceso.⁶³

Después de enfrentar jurídica y judicialmente durante casi todo el año 2005 la infundada imputación que se me hizo, basada esencialmente -como dije- en los mencionados recortes de prensa de periodistas referenciales, en septiembre de ese mismo año, el entonces Fiscal General de la República (Isaías Rodríguez), violó además abierta, directa y personalmente mi garantía a la presunción de inocencia y a la defensa, condenándome de antemano, violando las más elementales normas legales y éticas que rigen al Ministerio Público, al publicar un libro de su autoría titulado *Abril comienza en Octubre* (2005), en el cual hizo suyos algunos de los malintencionados comentarios periodísticos que estaban en el expediente en su Despacho, dando por cierto hechos que eran falsos.

Es decir, el Jefe del Ministerio Público en medio de la fase de investigación de un proceso penal, sacó y copió datos del expediente, y públicamente me condenó por el hecho que su subalterna Luisa Ortega Díaz me imputó. Denuncié en comunicación enviada a dicho Fiscal General la masiva violación de sus garantías judiciales, y salí de Venezuela a finales de septiembre de 2005, como lo había hecho tantas veces durante mi carrera académica, a atender compromisos académicos en el exterior, en particular en Heidelberg y Berlín.

Como era de esperarse, estando yo fuera de Venezuela, en particular dando unas conferencias en Berlín, Alemania, el 21 de octubre de 2005, en la reunión del Centro Europeo de Derecho Público, la misma Fiscal Luisa Ortega Díaz me acusó formalmente ante el juez de la causa por el delito de “conspiración para cambiar violentamente la Constitución,” solicitando incluso la privación de mi libertad, todo lo cual hizo que, prudentemente, decidiera retrasar mi regreso al país. Ello, sin embargo, no impidió que mis abogados solicitaran de inmediato al juez la nulidad de todo lo actuado mediante el ejercicio del amparo penal regulado en el Código Penal, el cual, sin embargo, jamás fue decidido por el juez, violando mi derecho a la protección judicial.

Estando en Nueva York, en diciembre de ese mismo año 2005, y ya convencido de que por lo que apreciaba debía esperar más tiempo para mi regreso, se concretó el proyecto que en todo caso había venido delineado desde meses antes, con la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia, para dar

⁶³ V., en Allan R. Brewer-Carías, *El caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio del caso y análisis crítico de la errada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 277 de 26 de mayo de 2014*, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

allí un curso de derecho comparado. Fui, en efecto, nombrado Profesor Adjunto de derecho en la misma, donde comencé, al poco tiempo, a dictar un curso sobre la acción de amparo en el derecho constitucional comparado latinoamericano.

Como también era de esperarse, el Juez Penal de Control, atendiendo la solicitud de la Fiscal acusadora, quién quizás resentía que yo estuviese enseñando en el exterior, nueve meses después de intentada la acusación, el día 15 de junio de 2006, procedió a dictar la medida preventiva de privación de libertad en mi contra, con el propósito de pretender obligarme a regresar a Venezuela y comparecer al viciado juicio que se seguía en mi contra y contra otros distinguidos abogados; juicio que en definitiva nunca se desarrolló, ya que en el mismo nunca se llegó a efectuar la audiencia preliminar la cual fue siempre pospuesta por el juez, hasta que en diciembre de 2007 se dictó una Ley de Amnistía,⁶⁴ y el juicio se extinguió, por supuesto para todos los acusados excepto respecto de mi persona. Esa fue la torcida interpretación que la Fiscal Ortega Díaz le dio a dicha Ley de Amnistía, que la llevó a solicitar el sobreseimiento de la causa respecto de todos los acusados excepto de mi persona, porque estaba fuera del país.

La decisión de privación de libertad que se adoptó, en definitiva, en realidad lo que de hecho significó en la práctica y en el tiempo fue una “prohibición de regresar al país,” pues de hacerlo no hubiera sido para otra cosa que no fuera para ser privado de libertad sin expectativa alguna de juicio justo. Ya para ese momento en Venezuela no había posibilidad alguna de confiar en un Poder Judicial que ya estaba completamente sometido y controlado por el poder político, como también el tiempo lo demostró, de manera que no podía poder esperar que, en mi caso, se pudiera desarrollar un juicio en el cual se respetaran las garantías judiciales.⁶⁵

Esas violaciones a mis garantías las denuncié en enero de 2007 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y lamentablemente, después de un largo proceso de siete años, luego de llegar el asunto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que ésta decidió en mayo de 2014, contrariando su propia jurisprudencia, fue archivar el expediente decidiendo, en definitiva, que

⁶⁴ *V.*, el Decreto-Ley N° 5.790, de Ley Especial de Amnistía, *Gaceta Oficial* N° 5.870 de 31-12-07.

⁶⁵ Sobre la situación del Poder Judicial, entre los más recientes trabajos, *V.*, Allan R. Brewer-Carías, “The Government of Judges and Democracy. The Tragic Situation of the Venezuelan Judiciary,” en el libro: *Venezuela. Some Current Legal Issues 2014, Venezuelan National Reports to the 19th International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Vienna, 20-26 July 2014*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2014, pp. 13-42. Igualmente, en el libro Allan R. Brewer-Carías, *Estado Totalitario y desprecio a la Ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

yo debía regresar a Venezuela para que me hicieran preso, y entonces desde la cárcel tratar de agotar recursos internos en un juicio ya extinguido, ya que supuestamente yo no había agotado los mismos.

La Corte Interamericana ignoró la naturaleza del derecho de amparo en Venezuela, y desconoció que efectivamente yo sí había agotado desde 2005, el único recurso disponible en este estadio del proceso que fue el ejercicio de un amparo penal.

Pero además, lo más insólito es que de haber existido otros recursos para intentar -que no los había-, conforme a la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana sentada desde 1987 en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*,⁶⁶ no podía exigirse que se agotasen si lo que se denunciaba era precisamente la ausencia de un Poder Judicial autónomo e independiente. El abandono de esa sabia jurisprudencia garantista sentada desde las primeras sentencias de la Corte, lamentablemente lo que mostró fue el grado de extensión de las garras del Estado perseguidor, que por la factura petrolera que dispensaba,

⁶⁶ *V.*, Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C N° 1. En dicho caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte en efecto consideró lo siguiente: “91. La regla del previo agotamiento de los recursos internos en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, tiene ciertas implicaciones que están presentes en la Convención. En efecto, según ella, los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1). Por eso, cuando se invocan ciertas excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la ineffectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, no sólo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención. En tales circunstancias la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo.” Por ello, en definitiva, como lo observó el profesor Héctor Faúndez, al referiré al caso *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*, “Curiosamente, la sentencia de la Corte Interamericana, apartándose de su práctica anterior, omitió examinar esta excepción preliminar junto con el fondo de la controversia, a fin de determinar si, en efecto, la presunta víctima había sido objeto del ejercicio arbitrario del poder público, sin que hubiera recursos efectivos disponibles para subsanar esa situación, o sin que la víctima tuviera acceso a esos recursos. Como muy bien observan los jueces disidentes, esta es la primera vez en la historia de la Corte que ésta no entra a conocer el fondo del litigio para decidir si es procedente una excepción preliminar por falta de agotamiento de los recursos internos.” *V.* Héctor Faúndez Ledesma, “El agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso: *Brewer-Carías* (Sentencia n° 277 de 26 de mayo de 2014),” en *Revista de Derecho Público*, No. 139, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, p. 216

llegó a controlar la mayoría de los votos en la Organización de Estados Americanos, que es la que elige a los jueces de la Corte.

Para no especular, basta recordar sobre ello las explicaciones que en 2014 dio el ex canciller del Perú, Luis Gonzalo Posada,⁶⁷ tocando uno de los secretos más publicitados sobre el funcionamiento de la OEA que, según dijo entonces, era que en aquél momento se trataba de un organismo que “defendía los intereses del régimen venezolano,” refiriéndose entonces a la vergonzosa decisión adoptada unos días antes, con el voto de 22 países de los 38 que se expresaron, que siguieron ciegamente la línea del gobierno venezolano, rechazando la invitación que el gobierno de Panamá le había hecho a la diputada venezolana para que hablara sobre la situación política en el país y sobre la represión del gobierno contra los estudiantes.

Ese rechazo lo calificó el ex canciller del Perú como la consumación, en la OEA, de un “golpe de estado chavista;” agregando que -cito-:

“Hoy el chavismo ha demostrado su inmenso poder dentro de la organización al manejar los 17 votos del Caribe a través de petróleo barato, además del de sus socios políticos [de entonces] como Argentina, Brasil, Uruguay, Ecuador y Bolivia. Todos ellos en su conjunto hacen una mayoría absoluta de 22 votos contra 11 países, que no están en esa línea.”

De ello, agregó el canciller peruano se estaba “ante una institución controlada a través de la influencia petrolera,” que tenía -dijo- “el padrino de 3 países que aparentemente están comprometidos por la democracia, pero que a la hora de la verdad se constituyen en centro de protección de un modelo político autoritario.”

Se refería “directamente al Brasil, a la Argentina y a Uruguay,” agregando que ello era muy grave:

“porque cualquier tema sustantivo para los países americanos no podrá tratarse si no se tiene el beneplácito de Venezuela, quien es el que gobierna esta institución desde hace muchos años,”

Todo ello lo denunció el canciller del Perú en 2014, considerando que el secretario general de entonces le debía “su elección al chavismo,” y afirmando que la OEA había terminado siendo “un organismo formado por un régimen

⁶⁷ V., Rodrigo Cruz, “Hoy se ha consumado un golpe de estado chavista en la OEA. El ex canciller Luis Gonzales Posada aseveró que el organismo interamericano defiende los intereses del régimen venezolano”, en *El Comercio*, Lima 21 de marzo de 2014, en <http://elcomercio.pe/politica/internacional/hoy-se-ha-consumado-golpe-estado-chavista-oea-noticia-1717550>.

totalitario,” constituyendo ello -agregó- una “página de oscuridad que se está escribiendo en América Latina” que no se podía “mantener en silencio.”⁶⁸

Ese trágico panorama de corrupción institucional internacional, que afortunadamente comenzó a cambiar a raíz de la elección del Dr. Luis Almagro como secretario general de la Organización, en su momento tuvo, sin embargo, varias secuelas, entre las cuales estuvo, por ejemplo, la elección de algunos de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2012,⁶⁹ quienes en algunos casos, lamentablemente, no supieron o no quisieron independizarse del chantaje del régimen autoritario que los eligió.

Ello, en mi criterio ocurrió precisamente en mi caso, *Allan R. Brewer-Cariás vs. Venezuela*, decidido en 2014,⁷⁰ con los votos de los jueces nacionales de Brasil y Uruguay, países que en ese momento, en palabras del ex canciller Gonzalo Posada (junto con Uruguay y Argentina) se habían constituido “en centro de protección de un modelo político autoritario” de Venezuela; a quienes se sumó el juez nacional de Colombia, país que aun cuando Gonzalo Posada no lo incluyó en el grupo de protección del modelo autoritario venezolano, tenía a Hugo Chávez, como “su nuevo mejor amigo,” en medio del proceso de paz que adelantaba bajo su manto;⁷¹ y además se sumó, el juez nacional de Perú, quien al momento de dictarse la sentencia era nada menos que candidato a la secretaría general de la misma OEA, y quien mientras juzgaba a los Estados,

⁶⁸ Rodrigo Cruz, “Hoy se ha consumado un golpe de estado chavista en la OEA. El ex canciller Luis Gonzales Posada aseveró que el organismo interamericano defiende los intereses del régimen venezolano”, *El Comercio*, Lima 21 de marzo de 2014, en <http://elcomercio.pe/politica/internacional/hoy-se-ha-consumado-golpe-estado-chavista-oea-noticia-1717550>.

⁶⁹ En la XLII Asamblea General de la OEA celebrada en Cochabamba, se eligió como jueces, además de al distinguido y honorable juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México), a los señores Humberto Sierra Porto (Colombia) y Roberto de Figueiredo Caldas (Brasil), quienes se agregaron a los cuatro jueces que estaban en ejercicio, quienes eran los honorables y distinguidos jueces Manuel Ventura Robles (Costa Rica) y Eduardo Vio Grossi (Chile), y los señores Diego García Sayán (Perú); y Alberto Pérez Pérez (Uruguay).

⁷⁰ *V.*, la sentencia en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_278_esp.pdf

⁷¹ Expresión utilizada por el entonces candidato Juan Manuel Santos, actual Presidente de Colombia en relación con el Presidente de Venezuela, *V.*, el reportaje “Santos dice que Chávez es “su nuevo mejor amigo.” Asegura además que si bien ninguno de los dos ha sido “santo de la devoción” del otro, él decidió que de llegar a la presidencia debía mejorar las relaciones con su vecino, lo cual comenzó en agosto con el restablecimiento de los lazos diplomáticos,” en *Revista Semana*, o de noviembre de 2010, en <http://www.semana.com/mundo/articulo/santos-dice-chavez-su-nuevo-mejor-amigo/124284-3>. Este vínculo continuó posteriormente, después del fallecimiento de Chávez. *V.*, por ejemplo, el reportaje “Colombia y Venezuela, de nuevo mejores amigos. Cancilleres y ministros de ambos países evaluaron las cooperaciones en seguridad, energía y comercio”, *Revista Semana*, 2 agosto 2013, en <http://www.semana.com/nacion/articulo/colombia-venezuela-nuevo-mejores-amigos/352865-3>

estaba en campaña buscado votos de los mismos Estados para que apoyaran su candidatura.⁷² La emisión de esa sentencia coincidió, además, con el ejercicio de la más abierta e indebida presión política que Venezuela ejerció contra la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresada por el entonces Canciller, Nicolás Maduro en el texto de la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos dirigida en 2012⁷³ al Secretario General de la

⁷² Es decir, el juez que debía juzgar a los Estados estaba en campaña para buscar el apoyo de los mismos, comenzando por Venezuela y sus aliados; lo que provocó la emisión de una “Constancia de Desistimiento” por parte de los honorables Jueces Eduardo Vio Grossi y Manuel Ventura, expresando “su disconformidad” con la desviada decisión de permitir que el juez candidato a la Secretaría de la OEA, pudiese participar en las deliberaciones de las sentencias

⁷³ La denuncia, formulada mediante comunicación N° 125 de 6 de septiembre de 2012, se hizo en ejecución, incluso de los exhortos que le había hecho la Sala Constitucional al Ejecutivo tanto en 2008 (V., la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008 conocida como: *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*, y que más bien debió denominarse *Estado de Venezuela vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, porque el Sr. Álvarez y los otros en realidad sino los abogados del Estado (Procuraduría General de la República). En la misma, Sala declaró inejecutable en el país la sentencia que había dictado la Corte Interamericana de Derechos Humanos Primera cuatro meses antes, el 5 de agosto de 2008, en el caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, en la cual se había condenado al Estado Venezolano por violación de los derechos al debido proceso de unos jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, quienes habían sido destituidos de sus cargos sin garantías judiciales algunas. V., Allan R. Brewer-Carías, “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,” en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (Coordinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integraçao Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-70; y en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 13, Madrid 2009, pp. 99-136); como en 2012 (V., sentencia de la Sala Constitucional N° 1547 de fecha 17 de octubre de 2011 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html> dictada con motivo de otra “acción innominada de control de constitucionalidad” que fue intentada de nuevo por los abogados del Estado contra otra sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta vez la de 1° de septiembre de 2011 dictada en el caso *Leopoldo López vs. Estado de Venezuela*, en la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos había condenado al Estado venezolano por la violación del derecho al sufragio pasivo del ex Alcalde Sr. Leopoldo López cometida por la Contraloría General de la República al establecer administrativamente una “pena” de inhabilitación política, contra el mismo, considerando que dicho derecho político conforme a la Convención (art. 32.2) solo podía ser restringido, mediante sentencia judicial que imponga una condena penal,⁷³ ordenando la revocatoria de las decisiones inconvencionales).

OEA,⁷⁴ donde acusó a la Comisión y a la Corte Interamericanas de estar “secuestradas por un pequeño grupo de burócratas, desaprensivos” que habían convertido al Sistema Interamericano, en “arma política arrojada destinada a minar la estabilidad” del país, “adoptando una línea de acción injerencista en los asuntos internos” del gobierno, y de ignorar, para decidir los casos, que era necesario “el agotamiento de los recursos internos del Estado.”

Y lo más grave fue que para fundamentar esa acusación, el entonces Canciller llegó con toda insolencia a referirse no sólo a varios casos decididos (casos Ríos, Perozo y otros; Leopoldo López; Usón Ramírez; Raúl Díaz Peña), sino un caso que estaba pendiente de decisión ante la Corte como fue precisamente el caso antes mencionado, caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela.

Sobre ese caso, en particular, el entonces Canciller Maduro, en su comunicación, expresó falazmente, que el mismo había sido “admitido por la Comisión sin que el denunciante -refiriéndose a mi persona- hubiera agotado los recursos internos,” lo que era falso, y que la Comisión había instado al Estado venezolano a “adoptar medidas para asegurar la independencia del poder judicial” que ya estaba degradado, acusando a la Comisión y a la Corte de tener -cito- un “comportamiento irregular injustificadamente favorable Brewer Carías,” la cual -dijo el entonces canciller- desde “la sola admisión de la causa, apuntaló la campaña internacional de desprestigio contra Venezuela, acusándole de persecución política.”

Mas claro no podía ser el mensaje del Estado elector de los jueces recién electos, contra mi persona, contra el caso ante la Corte y contra los mismos jueces, advirtiéndoles a éstos sobre lo “importante” y “grave” que era el caso Brewer- Carías, particularmente, en relación con el tema del agotamiento de los recursos internos.

⁷⁴ *V.*, el texto en <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/2013/09/Carta-Retiro-CIDH-Firmada-y-sello.pdf>. *V.*, entre otros, Carlos Ayala Corao, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Instituto de Derecho Público, Valencia, España, N° 20/2° semestre 2012; en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 10, N° 2, Chile, 2012; en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y Editorial Porrúa, N° 18, Julio-Diciembre, 2012; en la *Revista de Derecho Público*, N° 131, Caracas, julio-septiembre 2012; en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*, Anuario 2013, Konrad Adenauer Stiftung: Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia 2013 (disponible en: Fundación Konrad Adenauer www.kas.de/uruguay/es/publications/20306/ y en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?dconstla)

En esa situación, no es difícil imaginar que pasaría dos años después, cuando se dictó la sentencia (N° 277 26 de mayo de 2014) en mi caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela,⁷⁵ en la cual, con el Voto conjunto negativo de los honorables Jueces Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica) y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (México), que es lo único bueno del fallo, la Corte Interamericana, simplemente ordenó el archivo del expediente, ignorando que yo sí había agotado el único recurso interno disponible que era la solicitud de nulidad o amparo penal,⁷⁶ negándome mi derecho de acceso a la justicia internacional; y protegiendo en cambio a un Estado corrupto,⁷⁷ que además se había burlado sistemáticamente de las propias decisiones de la Corte.

⁷⁵ *V.*, la sentencia en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_278_esp.pdf. *V.* sobre esta sentencia: Allan R. Brewer-Carías, *El Caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio del caso y análisis crítico de la errada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 277 de 26 de mayo de 2014*, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

⁷⁶ Los jueces Ferrer Mac Gregor y Ventura Robles, en su Voto Conjunto Negativo fueron claros y tajantes al considerar que “En el presente caso, los representantes del señor Brewer utilizaron los medios de impugnación previstos en la legislación venezolana -recursos de nulidad absoluta- para poder garantizar sus derechos fundamentales en el procedimiento penal” (párr. 50).

⁷⁷ Con el voto favorable de los Jueces Humberto Antonio Sierra Porto (Colombia), Presidente y Ponente; Roberto F. Caldas (Brasil), Diego García-Sayán (Perú) y Alberto Pérez Pérez (Uruguay). *V.*, la sentencia en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_278_esp.pdf. El Juez Eduardo Vio Grossi, el 11 de julio de 2012, apenas el caso se presentó ante la Corte, muy honorablemente se excusó de participar en el mismo conforme a los artículos 19.2 del Estatuto y 21 del Reglamento, ambos de la Corte Interamericana, recordando que en la década de los ochenta se había desempeñado como investigador en el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, cuando Brewer Carías era Director del mismo, precisando que aunque ello había acontecido hacía ya bastante tiempo, “no desearía que ese hecho pudiese provocar, si participase en este caso en cuestión, alguna duda, por mínima que fuese, acerca de la imparcialidad,” tanto suya “como muy especialmente de la Corte.” La excusa le fue aceptada por el Presidente de la Corte el 7 de septiembre de 2012, después de consultar con los demás Jueces, estimando razonable acceder a lo solicitado.

Ésta, en su sentencia, sin embargo, se abstuvo de entrar a juzgar lo que estaba más que probado,⁷⁸ que era que en Venezuela no había Poder Judicial ni Ministerio Público autónomos e independientes.⁷⁹

⁷⁸ Dos meses antes de dictarse la sentencia, sobre la situación del Poder judicial en Venezuela, enteramente corrompido, por falta de independencia y autonomía, la *Comisión Internacional de Juristas*, dio “cuenta de la falta de independencia de la justicia en Venezuela, comenzando con el Ministerio Público” que actúan “sin garantías de independencia e imparcialidad de los demás poderes públicos y de los actores políticos. *V.* en <http://icj.wppengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>

⁷⁹ *V.*, entre otros trabajos: Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004,” en XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174; “La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)]” en Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57, y en Derecho y democracia. Cuadernos Universitarios, Órgano de Divulgación Académica, Vicerrectorado Académico, Universidad Metropolitana, Año II, N° 11, Caracas, septiembre 2007, pp. 122-138. Publicado en Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 163-193; “Sobre la ausencia de independencia y autonomía judicial en Venezuela, a los doce años de vigencia de la constitución de 1999 (O sobre la interminable transitoriedad que en fraude continuado a la voluntad popular y a las normas de la Constitución, ha impedido la vigencia de la garantía de la estabilidad de los jueces y el funcionamiento efectivo de una “jurisdicción disciplinaria judicial”), en Independencia Judicial, Colección Estado de Derecho, Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Acceso a la Justicia org., Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Universidad Metropolitana (Unimet), Caracas 2012, pp. 9-103; “The Government of Judges and Democracy. The Tragic Situation of the Venezuelan Judiciary,” en Venezuela. Some Current Legal Issues 2014, Venezuelan National Reports to the 19th International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Vienna, 20-26 July 2014, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2014, pp. 13-42

En esa situación, ordenar que la víctima fuera su país, a perder su libertad, para entonces “acudir a esos recursos,” como la propia Corte lo había decidido infinidad de veces, no era sino “una formalidad que carece de sentido.”⁸⁰

Esa decisión, como lo expresaron los magistrados de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, país sede de la Corte Interamericana, pesará “como una sombra en la trayectoria y jurisprudencia de la Corte Interamericana,”⁸¹ como yo personalmente no dejaré de recordarlo cada vez

⁸⁰ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C N° 1, párr. 68. Como la propia Corte Interamericana lo interpretó en otra ocasión, “no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios,” lo que ocurre “cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad.” *V.*, Corte IDH: Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9; ¶ 24. Igualmente, Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C N° 70; ¶ 191; Corte IDH, Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, ¶ 90; Corte IDH, Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C N° 187, ¶ 102; Corte IDH, Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C N° 198, ¶ 61; Corte IDH, Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C N° 207, ¶ 129; Corte IDH. Caso Abrill Alosilla y otros Vs. Perú. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de marzo de 2011. Serie C N° 223, ¶ 75

⁸¹ Opinión de los Magistrados Jinesta Lobo, Castillo Víquez, Rueda Leal, Hernández López y Salazar Alvarado, expresada en Nota separada a la sentencia No. 2015-11568 del 31 de julio de 2015; sentencia, dictada en el juicio de habeas corpus a favor del ciudadano Dan Dojc, en el proceso de extradición que se le seguía en Costa Rica a petición del Estado venezolano. *V.* el texto de la sentencia en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/búsqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=644651&strTipM=T&strDirSel=directo&r=1. *V.* la noticia de prensa sobre dicha sentencia en http://www.nacion.com/sucesos/poder-judicial/Sala-IV-extradicion-cuestiona-Venezuela_0_1504049615.html

que pueda, sobre todo porque con la misma se protegió a un Estado corrupto hasta los tuétanos,⁸² y se le negó justicia a la víctima, sin razón jurídica alguna.⁸³

⁸² *Idem.* En la Nota anexa a la comunicación de denuncia de la Convención, el entonces Canciller fue más explícito en cuanto a la campaña de presión política que con la misma Venezuela ejercía contra la Corte en relación con este caso aún no decidido, que provocaba precisamente el retiro de Venezuela, donde se indicó lo que sigue: “*Caso Allan Brewer Carías contra Venezuela.* El 8 de septiembre de 2009, la Comisión admitió la petición hecha el 24 de enero de 2007 por un grupo de abogados,⁸² en la cual se alegaba que los tribunales venezolanos eran responsables de la “persecución política del constitucionalista Allan R. Brewer Carías en el contexto de un proceso judicial en su contra por el delito de conspiración para cambiar violentamente la Constitución,” en el contexto de los hechos ocurridos entre el 11 y el 13 de abril de 2002.” / Cabe destacar que al mencionado señor Brewer Carías se le sigue juicio en Venezuela por su participación en el golpe de Estado de Abril de 2002, por ser redactor del decreto mediante el cual se instalaba un Presidente de facto, se abolía la Constitución Nacional, se cambiaba el nombre de la República, se desconocían todas las instituciones del Estado; se destituían a todos los miembros y representantes de los Poderes Públicos, entre otros elementos. / Al admitir la petición, la CIDH instó al Estado venezolano a “Adoptar medidas para asegurar la independencia del poder judicial” con lo cual prejujudgaba que dicha independencia no existía. / El 7 de marzo de 2012, la Comisión informo al Estado venezolano que el caso sería llevado a la Corte, a pesar de que no. se habían agotado los recursos internos. Este ejemplo es más grave, debido a que el juicio penal contra Allan Brewer no se ha podido llevar a cabo en Venezuela, en virtud de que nuestra legislación procesal penal no permite que el juicio pueda realizarse en ausencia del imputado, y es el caso que el imputado Brewer Carías huyó del país, como se conoce públicamente encontrándose prófugo de la justicia hasta la fecha.” Aparte de que yo no participé en conspiración alguna, ni redacté decreto alguno, ni me fugué en forma alguna, y de que el proceso aludido estaba extinguido desde diciembre de 2007 por una Ley de Amnistía dictada por el Presidente de la República mediante delegación legislativa sobre los hechos ocurridos entre el 11 y 13 de abril de 2002, lo que no se percató el Canciller de Venezuela, al acusar a la Comisión de haber prejujudgado sobre la inexistencia de independencia judicial en Venezuela, cuando instó al Estado al admitir la denuncia para que adoptara las medidas necesarias “para asegurar la independencia del poder judicial;” es que el propio Estado, en esta comunicación dirigida a la Corte Interamericana en relación con un caso pendiente de decisión, prejujudgaba sobre los hechos que originaron la persecución política y daba por culpable a la víctima de lo que injustamente se le acusó, violándose de nuevo su derecho a la presunción de inocencia.

⁸³ La sentencia fue considerada por los honorables Jueces Ferrer Mac Gregor y Ventura Robles en su Voto Conjunto Negativo, como contradictoria con: “la línea jurisprudencial del propio Tribunal Interamericano en sus más de veintiséis años de jurisdicción contenciosa, desde su primera resolución en la temática de agotamiento de los recursos internos como es el *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, creando así un preocupante precedente contrario a su misma jurisprudencia y al derecho de acceso a la justicia en el sistema interamericano” (párrafo 47). / Considerando, además, dichos jueces que la decisión, era “un retroceso que afecta al sistema interamericano en su integridad,” con “consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia.”

III. EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GLOBAL: PETICIÓN INDIVIDUAL FORMULADA ANTE INTERPOL PARA DEFENDERME FRENTE A LA PERSECUCIÓN POLÍTICA

Pero volviendo a la decisión del juez penal en junio de 2006 ordenando se me persiguiera, la reacción del gobierno, como lo anunció la Fiscal Ortega Días, fue la de intentar proceder a ejecutar una orden de captura nacional e internacional,⁸⁴ a cuyo efecto, instó a la justicia penal a requerir de la Interpol que se me capturara internacionalmente.

Ante esa amenaza, y habiendo conocido en mi investigación sobre la existencia del procedimiento administrativo global ante Interpol, de la existencia de un derecho de petición de las personas, garantizado para la protección de sus derechos fundamentales, presenté formalmente ante la Organización el día 4 de julio de 2006 un recurso solicitando a la Organización que se abstuviera de darle curso a la anunciada petición de las autoridades venezolanas, pues la misma violaba el Estatuto de la Organización, por tratarse, el caso, de hechos que se referían al delito político de rebelión.

Sin embargo, efectivamente, como me lo temía, la solicitud de las autoridades venezolanas se formuló ante Interpol a la semana siguiente, el día 12 de julio de 2006, formulada en forma precipitada con ocasión de un viaje que yo tenía programado para atender una invitación que me había formulado el Senado de la República Dominicana para dictar una conferencia en su sede, en Santo Domingo, ese mismo día, sobre los procesos de reforma constitucional, y tratar de detenerme allí, lo cual afortunadamente no pasó de ser un intento infructuoso y bajo, aun cuando desagradable.

Lo cierto fue que la Interpol, al recibir el día 12 de julio de 2006 el ilegítimo requerimiento oficial de la Oficina Central Nacional policial de Caracas, para mi detención preventiva, violando abiertamente el Estatuto de la Organización, ya tenía en sus manos mi petición y, además, los documentos del intento de presión que el gobierno de Venezuela había hecho ante la policía dominicana para detenerme, que tuve ocasión de leer en Santo Domingo.

Pero antes de referirme a ese incidente en la república Dominicana, en cuanto al requerimiento formulado por las autoridades venezolanas ante Interpol, además de violar el Estatuto de la Organización, estaba también viciado de forma, pues en la solicitud del mensaje de difusión, la Oficina Nacional venezolana, al hacer referencia a una supuesta conspiración con uso de violencia que motivaba el requerimiento, además de no mencionar hecho alguno de violencia, que por

⁸⁴ El propio Fiscal General de la República declaró a la prensa el 30 de junio de 2006 que “solo se espera que la Interpol localice al abogado para tramitar la extradición,” anunciando por tanto que se utilizaría a la Interpol para que se produjera una orden de arresto internacional, lo que evidentemente no era posible conforme a los Estatutos de la Organización.

supuesto no había habido, ni en qué habría consistido la supuesta “conspiración,” en la cual nunca participé, no mencionó hecho alguno constitutivo de infracción penal de derecho común, que era la única que podía motivar la intervención de Interpol, lo que por lo demás, no podía hacer, por tratarse en este caso, de un delito político de los denominados “puros.”

La acusación en mi contra, aunque infundada e injusta, formalmente fue por haber supuestamente cometido el delito enmarcado en el artículo 143.2 del Código Penal Venezolano que castiga “con presidio de doce a veinticuatro años” a “los que, sin el objeto de cambiar la forma política republicana que se ha dado a la Nación, conspiren o se alcen para cambiar violentamente la Constitución Nacional.” Se trata de uno de los más “puros” de los delitos políticos, por naturaleza, denominado “rebelión,” y cuya tipificación, como “delito colectivo,” exige esencialmente una pluralidad de personas y concierto de voluntades para sustituir una Constitución por otra, en forma “violenta”, es decir, con actitud hostil, empleando la fuerza de las armas. No puede ser nunca un delito mediante el cual se acuse a una persona aisladamente, sino a la pluralidad de supuestamente han “conspirado.”

Aparte de que nada de eso ocurrió en Venezuela en abril de 2002, y de que no estuve ni participé en conspiración alguna, siendo la pluma y el verbo la única arma que he tenido en mí vida, lo cierto es que tratándose de un delito político puro, las autoridades policiales venezolanas tenían prohibición de solicitar la intervención de Interpol para perseguirme, pues la Organización, conforme a lo establecido en el artículo 3 de su Estatuto, tiene prohibición de intervenir en asuntos relativos a delitos raciales, militares, religiosos y políticos.

En todo caso, para enfrentar internacionalmente la pretensión del Estado venezolano, en vista de la garantía prevista en la normativa de Interpol, al regular el derecho de petición de las personas naturales lo que les permite iniciar un procedimiento administrativo y poder oponerse a las pretensiones de los Estados miembros de utilizar a la Organización para persecuciones políticas, como antes indiqué, el día 4 de julio de 2006, al leer en la prensa las declaraciones amenazadoras de los funcionarios gubernamentales, había enviado a la Organización un recurso, antes incluso de que el día 12 de julio de 2006, el Estado venezolano le solicitara ilegítimamente que me persiguiera.

Ese recurso formal y preventivo del 4 de julio de 2006, formulado ante Secretaría General de la Interpol en Lyon, consistió en la solicitud de que la Organización “se abstuviera de cooperar con cualquier requerimiento del Gobierno de Venezuela” en relación con mi situación, dado que era perseguido políticamente por dicho Gobierno, petición que fundamenté en el artículo 3 del Estatuto de Interpol, y en el hecho de que el delito por el cual se me perseguía era “un delito político por naturaleza, como es el caso del delito de rebelión,” naturaleza que, además, había sido públicamente reconocida por los funcionarios del Gobierno.

La Interpol, por tanto, desde el 6 de julio de 2006 ya estaba advertida por mí petición, de manera que cuando una semana después, el 12 de julio de 2006, se recibió en Lyon el requerimiento oficial de la Oficina Central Nacional de Interpol de Caracas, solicitando ilegítimamente cooperación internacional para mi detención preventiva, la Organización ya sabía que era lo que estaba ocurriendo.

IV. EL OTRO INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GLOBAL: EL ILEGÍTIMO REQUERIMIENTO DEL ESTADO VENEZOLANO PARA QUE SE ME APREHENDIERA INTERNACIONALMENTE Y UN INCIDENTE EN SANTO DOMINGO, REPÚBLICA DOMINICANA

El requerimiento del Estado, en concreto, se formuló con ocasión de la invitación que se me había formulado oficialmente por el Senado de la República Dominicana para dar, ese mismo día 12 de julio de 2006, una conferencia en Santo Domingo sobre el tema de la “La reforma constitucional en una sociedad democrática,” en el acto de presentación del libro “Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica,” que recogía las conferencias de un evento que había sido organizado por el Senado.

Para ello viajé el día anterior, el 11 de julio de 2006, el mismo día en el cual el Embajador de Venezuela ante la República Dominicana, un ex jefe de la policía militarizada de Venezuela llamado Belisario Landis, quien como todos los Embajadores acreditados ante el gobierno dominicano había sido invitado a la conferencia como parte del Cuerpo diplomático, en lugar de atender la invitación, lo que hizo fue convertirse en perseguidor in situ, a cuyo efecto ese mismo día de mi llegada a república Dominicana advirtió a la Fiscal acusadora en Caracas, Ortega Díaz, sobre la invitación que se me había hecho para viajar a Santo Domingo, para lo cual, ambos conspiraron, primero, para presionar a las autoridades dominicanas para que de hecho ejecutaran mi detención, utilizando irregularmente el contacto directo entre policías, a lo cual afortunadamente no se prestó la Policía de la República Dominicana; y segundo, la Fiscal al día siguiente formalizó su petición ante la Interpol en Lyon. En todo caso, de ese hecho, el Embajador de Venezuela convirtió su actuación policial en un evento mediático en la prensa de la República Dominicana, lo que fue criticada localmente.

Por las situaciones que bien definen el realismo mágico de nuestro Continente, lo cierto es que yo tuve en mis manos, el mismo día 12 de julio de 2006, todos los documentos de esa frustrada conspiración entre el Embajador, la Fiscal y el juez, en particular, los contentivos de la carta que le envió el Embajador a la Fiscal en Caracas sobre mi presencia en Santo Domingo, del requerimiento que ésta dirigió por escrito al Juez en Caracas solicitando que gestionara mi detención, de la comunicación del Juez de control a la oficina de

Interpol en Caracas gestionando lo mismo, y la comunicación de ésta a la oficina de Interpol en Santo Domingo, todas fechadas el mismo día 11 de julio y con el mismo fin, las cuales, sin embargo, para nada sirvieron pues en la República Dominicana no se les dio curso alguno.

Al terminar de dar mi conferencia a mediodía del 12 de julio de 2006, por las preguntas que me hicieron los periodistas sospeché que algo estaba pasando, que podía significar una amenaza a mi libertad. A pesar de que tenía pautado un almuerzo para el día 13 de julio con el Presidente Leonel Fernández -con quien tenía amistad de años atrás-, le dije al Presidente del Senado que me regresaría esa misma tarde a Nueva York. Y cuando me fueron a buscar en la tarde, él mismo me entregó la carpeta con toda la documentación antes reseñada, que me la mandaba el Presidente de la República para que estuviera enterado.

Al tenerlos en mis manos, los pasé por fax a la sede de la Interpol en Lyon, como una prueba más de la ilegal pretensión de las autoridades venezolanas de tratar de usar a la Organización para perseguir a ciudadanos por motivos políticos, como lo había denunciado en el recuso que había enviado una semana antes, pasando entonces a formar parte del expediente que se había iniciado con dicho recurso.

En todo caso, esa misma tarde del día 12 de julio de 2006, salí como previsto sin inconveniente alguno de regreso a Nueva York, mientras el Embajador hacía antesala en el despacho del Presidente de la República, en su afanoso intento de presionarlo para que ordenase mi detención. Supe después, que el Presidente solo lo atendió cuando supo que ya yo estaba volando hacia Nueva York, y días después, tuve incluso ocasión de hablar telefónicamente con él con ocasión de una reunión de un Comité Académico en la Universidad de Nueva York, expresándome cuánto lamentaba los inconvenientes ocurridos.

Sobre estos hechos, el profesor de derecho administrativo y Presidente de la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Olivo Rodríguez Huerta, actual Embajador de República Dominicana en España, quien había estado conmigo hasta que salí de regreso a Nueva York, a los pocos días, el 17 de julio de 2006, escribió lo siguiente:

“El fallido intento de la Embajada de Venezuela en República Dominicana de apresar, a través de la Interpol, al reputado juspublicista venezolano Dr. Allan R. Brewer Carías, en ocasión de su presencia oficial en el país invitado por el Senado de la Republica, constituye una excelente oportunidad para realizar algunas precisiones sobre el marco jurídico y operativo de la Organización de Policía Internacional, mundialmente conocida como Interpol; para mostrar lo antijurídico de la actuación de la señalada legación diplomática y, finalmente, de que el regreso del Dr. Brewer-Carías al país en que actualmente reside no debe ser considerado como una cortesía o un favor del Gobierno Dominicano.

La Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol) es una institución que hunde sus raíces en el Primer Congreso Internacional de Policía Criminal efectuada en Mónaco, en 1914, a la que asistieron policías, abogados y jueces de 14 países, aunque su creación oficial se produjo en Viena, Austria en el año 1923, gracias a la iniciativa del Dr. Johannes Schober, en ese entonces Presidente de la Policía de Viena. Actualmente está regida por unos Estatutos, cuya versión actual entró en vigor el 13 de junio de 1956, los que contemplan una estructura operativa de cinco niveles conformada por la Asamblea General, el Comité Ejecutivo, la Secretaría General, las Oficinas Centrales Nacionales y los Asesores.

El artículo 3 de los Estatutos de la Interpol dispone que “está rigurosamente prohibida a la Organización toda actividad o intervención en cuestiones o asuntos de carácter político, militar, religioso o racial”. Esa expresa prohibición ha sido objeto de varias resoluciones de la Asamblea General de la Interpol, siendo la más antigua la Resolución AGN/20/RES/11, emitida en Lisboa, Portugal en ocasión de la 20ª Reunión de su Asamblea General en la que se dispone que los Jefes de las Oficinas Centrales Nacionales deben velar “porque no se transmitan en ningún momento a la Oficina Internacional o a las demás Oficinas Centrales Nacionales solicitudes de información o de búsqueda, y sobre todo, de detención preventiva que tengan por objeto infracciones de carácter predominantemente político, racial o religioso, aun cuando en el país solicitante los hechos fueran constitutivos de una infracción de derecho común”.

Establece asimismo esta Resolución que data del año 1951, que las Oficinas Centrales Nacionales deben velar porque las solicitudes que reciban de las autoridades policiales extranjeras no vulneren la prohibición contenida en el artículo 3 de los Estatutos de la Interpol; y finalmente “Decide, asimismo, que la entidad policial que envíe una solicitud de información o de búsqueda al Jefe de la Oficina Internacional para su difusión a las Oficinas Centrales Nacionales, o a otra Oficina Nacional extranjera, será enteramente responsable de las consecuencias que pudieran derivarse del carácter político, racial o religioso de dicha solicitud”.

En el año 1984, la Asamblea General de la Interpol, esta vez reunida en Luxemburgo, adoptó la Resolución AGN/53/RES/7, contentiva de procedimientos y reglas a seguir en los casos de inmunidad previstos en el artículo 3 de los Estatutos, así como analiza algunas posturas adoptadas con relación a casos concretos señalando que “algunos actos, que figuran como infracciones en los códigos penales nacionales son por su esencia delitos de carácter político, militar, religioso o racial, por ejemplo: pertenencia a

un movimiento disuelto, delitos de opinión, delitos de prensa, injurias contra las autoridades, delitos contra la seguridad interior o exterior del Estado, deserción, traición, espionaje, las diligencias por infracción constituida por la práctica de una religión, proselitismo o propaganda para alguna religión o pertenencia a un grupo racial. Este tipo de actos entra en el campo de aplicación del Artículo 3”.

Estas resoluciones interpretativas, adoptadas por la Asamblea General de la Interpol, han sido acompañadas de tres documentos de la misma Organización titulados “Historial del Artículo 3” (GT-ART 3-2004.07; “Marco de Interpretación del Artículo 3” (GT-ART3-2004.10); y “Procedimientos dispuestos por la Organización para vigilar la aplicación del Artículo 3” (GT-ART3-2004.11), lo que pone de manifiesto la especial importancia que la Organización Internacional de Policía le confiere a este aspecto. El segundo de los documentos señalados hace una distinción en la que resalta que en “las infracciones que, por su esencia misma, revisten un carácter político, militar, religioso o racial”, se les “aplica automáticamente la prohibición prevista en el artículo 3”.

De lo expuesto precedentemente resulta claro que una infracción de tipo política, como la que infundadamente le imputa el gobierno de Chávez al Dr. Brewer-Carías, la de conspirar para cambiar violentamente la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no puede servir de base para que una Oficina Central Nacional le de curso a una solicitud de detención preventiva a nivel internacional, ni tampoco permite a las Oficinas Nacionales que la reciban a proceder a su ejecución, por ser una imputación de naturaleza esencialmente política, siendo en ese caso obligatoria, de inexcusable aplicación para los miembros de la Interpol, la prohibición prevista en el Artículo 3 de sus Estatutos.

El regreso, pues, a Estados Unidos de América, sin ser en lo absoluto molestado, del Dr. Allan R. Brewer-Carías, por el Aeropuerto Internacional de las Américas, en la tarde del miércoles 12 del corriente mes, luego de haber participado en el acto que motivo su invitación, no fue una concesión o un favor del Gobierno de la República Dominicana a tan ilustre visitante. La Oficina Nacional de Interpol, ni ninguna otra autoridad dominicana podía, sin transgredir el derecho fundamental a la libertad del Dr. Brewer-Carías, darle curso al ilegal pedido de la Oficina Central de la Interpol de Venezuela, lo que habla muy bien del respeto del Gobierno Dominicano al ordenamiento jurídico nacional e internacional que le vincula.

La presencia en el país del Dr. Brewer-Carías tampoco puede ser considerada como un acto imprudente o provocador de su parte, pues me consta que advirtió de su actual situación a quienes lo invitaron, y solo ante

su insistencia accedió a venir al país, consiente este prominente hombre público latinoamericano de la forma avasallante y humillante con que, quien hoy concentra todo los poderes del Estado en la hermana República de Venezuela, hace uso de la mayor riqueza natural de todos los venezolanos, el petróleo, para pretender dominar las naciones necesitadas de nuestro Continente, entre ellas, la Republica Dominicana.”⁸⁵

En todo caso, al haberse recibido el día 4 de julio de 2006 en Interpol, mi petición rechazando las pretensiones del Gobierno de Venezuela, y además, al haber yo mismo hecho del conocimiento de Interpol el 12 de julio, mediante escrito remitido vía Fax, sobre la pretensión del gobierno de Venezuela de presionar a las autoridades de la República Dominicana para detenerme ilegítimamente, puede decirse que el procedimiento administrativo global ya se había iniciado ante la Organización con vista a asegurar la aplicación correcta de su Estatuto y proteger el derecho que me asistía de no ser perseguido internacionalmente por un delito político que, además, no había cometido.

Por ello, con fecha 14 de julio de 2006, ya desde Nueva York, peticioné formalmente de nuevo ante la Secretaría de Interpol, denunciando con detalle la persecución desplegada por el Embajador de Venezuela ante República Dominicana, advirtiéndole a la Organización la urgencia que existía en el trámite de mi petición, dado el nivel de agresión del Gobierno de Venezuela contra mi persona, ya que no había cometido crimen alguno y fui acusado sin base legal, sólo por haber dado una opinión jurídica como abogado respecto de un documento que ya estaba escrito y sobre cuyo contenido, además, había dado una opinión disidente.

V. EL ITER DEL PROCEDIMIENTO GLOBAL: SEGÚN EL CONTENIDO DE LA COMUNICACIÓN DE INTERPOL A LA AUTORIDAD JUDICIAL VENEZOLANA DE 27 DE JULIO DE 2007

El procedimiento administrativo global para el registro y difusión de información en la base de datos de Interpol, tal como se analiza en este libro, en mi caso, se desarrolló ante la Organización, mezclándose, sin duda, las previsiones establecidas en los Reglamentos para los procedimientos de vigilancia ordinaria y de vigilancia excepcional, dado que, por una parte, Interpol había recibido mi petición individual el 4 de julio de 2006 mediante la cual solicité que no se diera curso al requerimiento de difusión hecho por la Oficina Central Nacional de Venezuela; y por la otra, los funcionarios gubernamentales

⁸⁵ V., Olivo A. Rodríguez Huertas, “Interpol e imputaciones políticas”, publicado en un diario de la República Dominicana, y en la Revista digital *Analítica* de Caracas (<http://www.analitica.com/>).

de Venezuela, el 12 de julio de 2006, había formulado a la Interpol un ilegítimo requerimiento para mi detención preventiva, en un mensaje de difusión en el cual no se mencionaba ningún hecho constitutivo de infracción penal de derecho común.

En todo caso, con base en esos dos documentos de iniciación, el procedimiento administrativo se desarrolló durante un año en la sede de Interpol, y los diversos pasos que en él se dieron, se resumieron en una comunicación remitida por Interpol al Juez Penal de Control del caso, en Caracas, a través de la Oficina Central Nacional, de fecha 27 de julio de 2007,⁸⁶ en la cual, se indicó lo siguiente:

1. Que en los casos de dudas que surjan con las peticiones de los gobiernos, Interpol debe someter el asunto a examen jurídico y consultar la fuente de la información, que fue lo que hizo en relación con mi caso. Esa tarea se supervisa por la Comisión de Control de los Ficheros de Interpol, que es un órgano integrado por especialistas independientes nombrados por la Asamblea General, la cual además, es la que recibe las quejas de las personas, examina las medidas adoptadas por la Secretaría General, extrae sus propias conclusiones, y transmite recomendaciones a la Secretaría General.

2. Que el 12 de julio de 2006, Interpol recibió el requerimiento de la Oficina Central Nacional de Caracas, para la detención preventiva de mí persona, alegando acusación del delito de conspiración para cambiar violentamente la Constitución, advirtiendo que aunque en el mensaje de difusión se hizo referencia a una “conspiración con uso de violencia,” no se mencionó ningún hecho constitutivo de infracción penal de derecho común.

3. Que la Interpol solo trata y le da curso a información si está conforme con su Estatuto; por lo que en la comunicación al juez hizo referencia al artículo 3 del mismo, y a la prohibición que tiene de intervenir en las cuestiones de carácter político, militar, religioso o racial. Hay por tanto prohibición de intervenir en casos de delitos políticos puros, que son aquellos que afectan directamente a la organización política de un Estado, y no presentan ningún elemento propio de los delitos de derecho común.

No obstante, indicó la Interpol, que se podría plantear la excepción cuando el delito político va acompañado de un delito de derecho común o se lleva a cabo con uso de violencia o infligiendo daños a personas o bienes. En esos casos, el delito político deja de ser considerado puro y la Secretaría General aplica la doctrina del predominio, y toma en cuenta todos los hechos pertinentes que no tienen motivación política que pueden inclinar la balanza a favor del predominio de los elementos de derecho común del delito.

⁸⁶ Comunicación ref. OLA/34990-3/STA/36-E/EM/sm de la Secretaría General de Interpol de 27 de julio de 2007.

4. Que en el caso concreto relativo a mi persona, sin embargo, indicó la Interpol, parecía a primera vista que el delito descrito en el mensaje de difusión entraba en la categoría de delitos políticos puros. Esta conclusión preliminar de Interpol se basó en la fórmula utilizada para el cargo imputado y, además, en el hecho de que las autoridades de Venezuela no facilitaron información adicional que indicara que el delito se podía haber acompañado de actos de violencia o que provocaran daños a personas o bienes.

Por ello, la Secretaría General le expresó al Juez que como tenía dudas, había decidido iniciar un examen jurídico del caso. Además, indicó que, en aplicación del artículo 10,1 (c) del RTI,⁸⁷ Interpol había iniciado las consultas y se había dirigido a la Oficina Nacional de Caracas solicitándole información adicional que mostrara la índole de derecho común del delito supuestamente cometido por mi persona.

A pesar de los varios recordatorios enviados solicitando respuesta a esa comunicación, Interpol indicó que, transcurrido un año, hasta ese momento (julio 2007), no se había recibido información alguna que satisficiera los requisitos estipulados en el RTI. En varias ocasiones, indicó Interpol en el escrito, que se la Organización le había informado que la Oficina Central Nacional de Caracas de la solicitud de información a las autoridades judiciales y que estaban a la espera de recibir respuesta. Con ello, desde el punto de vista jurídico, la Secretaría había cumplido con la obligación que le imponía el artículo 10,1,c del RTI, que disponía lo siguiente:

“De conformidad con el artículo 12 (a) del presente Reglamento, en caso de duda en cuanto al respeto de los criterios de tratamiento de la información, la Secretaría General deberá consultar con su fuente, o con la Oficina Central Nacional interesada si la fuente de la información es un servicio nacional autorizado. Tomará además las medidas oportunas para asegurar el cumplimiento de estos criterios. La información se podrá entonces registrar con miras a conseguir datos adicionales que permitan conservarla en el sistema de información policial.”

5. Que en aplicación del artículo 10,1d del RTI la Secretaría General consideró que en tanto se daba respuesta a su consulta, era necesario adoptar medidas cautelares respecto a determinados elementos de información registrados en sus bases de datos, y decidió insertar una advertencia en la información relativa a mi persona, visible para todos los Miembros que la consultasen, que indicara que ésta estaba siendo objeto de un examen jurídico.

⁸⁷ Las referencias fueron al viejo “Reglamento sobre el Tratamiento de Información para la Cooperación Policial Internacional” que luego fue sustituido por el *Reglamento sobre Tratamiento de Datos (RTD)* reformado el 30 de junio de 2012; y posteriormente reformado en 2016.

Era lo único que Interpol podía hacer, pues no podía dar curso a la ilegal pretensión de las autoridades venezolanas de que se me detuviera internacionalmente. Por ello, en mi caso, jamás hubo por parte de Interpol difusión de notificación o alerta roja de detención respecto de mi persona.

Dicha norma del Reglamento disponía:

“La Secretaría General tomará las medidas de protección oportunas para prevenir cualquier daño directo o indirecto que la información pudiera causar a los países miembros, a la Organización o a su personal, con el debido respeto a los derechos fundamentales de las personas a quienes se refiera dicha información, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Estatuto de la Organización y con la Declaración Universal de Derechos Humanos.”

6. En la comunicación de Interpol al Juez de Control venezolano de julio de 2007, además, se le informó que por mi parte, entretanto, yo había presentado ante la Comisión de Control una queja a título individual argumentando que la información que me concernía no era conforme con el artículo 3 del Estatuto de Interpol, y que había presentado varios documentos en apoyo de mis alegaciones, entre los cuales sin duda estaban los documentos que originaron el desagradable incidente en la república Dominicana, que remití a la Organización.

7. La Interpol informó también al Juez venezolano que en su 67^a Reunión de 31 de mayo al 1 de junio de 2007, la Comisión de Control había examinado mi caso, y al no haber recibido las aclaraciones que habían solicitado, había recomendado que la información difundida por la Oficina Central Nacional de Caracas relativa a mi persona fuera retirada de las bases de datos de Interpol.

Con arreglo al artículo 15,2 (a) y (b), del RTI, cuando la solicitud se presenta por la persona interesada, la Secretaría tras consultar la fuente de la información, está obligada a modificar, bloquear o destruir la información por su propia iniciativa si dispone de datos pertinentes y concretos para estimar que no se cumplen con los requisitos normativos estipulados. En consecuencia, a la luz de esta norma, la Secretaría General tenía la obligación jurídica de adoptar las medidas pertinentes.

Dichas normas disponían:

15.2: Por iniciativa de una entidad distinta de la fuente de la información

a. Cuando quien solicite la modificación, el bloqueo o la supresión de la información sea una entidad distinta de su fuente, la Secretaría General comprobará en primer lugar que la información reúne las condiciones para su tratamiento; a continuación, consultará a la fuente de la información y a

las Oficinas Centrales Nacionales a las que pudiera afectar la operación y tomará todas las medidas oportunas para determinar la posibilidad y la necesidad de proceder a la operación solicitada.

b. Después de consultar a la fuente de la información, o a la Oficina Central Nacional interesada de conformidad con los artículos 10.1 (c) y 12 (a) del presente reglamento, la Secretaría General modificará, bloqueará o destruirá una información por su propia iniciativa si dispone de datos pertinentes y concretos que permitan considerar que en caso de conservarse la información o mantenerse los derechos de acceso a la misma se podría dejar de respetar alguno de los criterios para el tratamiento de la información dispuestos en el presente reglamento o en los textos a los que éste hace referencia, o que pudiera redundar en perjuicio de la cooperación policial internacional, la Organización, su personal o de los derechos fundamentales de la persona a quien se refiera dicha información, con arreglo al artículo 2 del Estatuto de la Organización.

8. Que tras un examen pormenorizado del caso, la Secretaría General informó al Juez de Control venezolano, que consideraba que los hechos, tal como se presentaba en esos momentos en la solicitud de la Oficina Central Nacional de Venezuela, no permitían concluir que hubiera conformidad con el Estatuto y la normativa de Interpol, y por ello, en aplicación del artículo 15,2 (a) y (b) del RTI, indicó que la Secretaría General estaba obligada a bloquear el acceso a la información relativa a mi persona.

9. Además, la Secretaría General de la Organización, con base en la solicitud presentada por la Oficina Central Nacional de Caracas para que se prorrogase la fase de consulta en relación con el caso, indicó en la antes mencionada comunicación al Juez de julio de 2007, que en cambio su deseo era poder informar a la Comisión de Control de los Ficheros de Interpol en su 68ª Reunión del 17 al 19 de octubre de 2007, acerca del dictamen de las autoridades judiciales competentes. Por ello, la Secretaría General le solicitó al Tribunal 25 de Control que le facilitase información que demostrase el carácter de delito de derecho común del caso, en el sentido en que tal concepto se entiende en el Estatuto y la normativa de Interpol.

10. La Secretaría General finalmente informó al Juez de Control que concluiría el examen del caso en el plazo de UN MES, y que de no recibir la información solicitada, conforme al artículo 15,2 (b) del RTI estaba obligada a destruir toda la información relativa a mi persona que se encontraba registrada en sus bases de datos, tal como lo había recomendado la Comisión de Control de Ficheros en su 67ª Reunión, y como efectivamente lo hizo al final, ya que la Interpol no recibió en el plazo indicado la información solicitada.

VI. LA ABSURDA RESPUESTA DEL JUEZ DE CONTROL AL REQUERIMIENTO DE INTERPOL: UNA MONSTRUOSA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

El Juez de Control venezolano, en efecto, a pesar del requerimiento de Interpol de que explicara cómo el delito político de rebelión, en mi caso no era tal delito político sino un delito de derecho común para poder motivar el requerimiento que había hecho ante la Interpol en mi contra, no dio la respuesta que se le requería, y en cambio, lo que hizo fue dictar el 17 de septiembre de 2007 una “decisión-aclaratoria,” en la cual, no le facilitó a la Secretaria General, conforme se le requirió, la información que demostrare el carácter de delito de derecho común del caso, en el sentido en que tal concepto se entiende en el Estatuto y la normativa de Interpol, sino que lo que hizo fue materialmente cambiar la calificación del delito.

En efecto, lo que hizo el Juez de control en su “Sentencia-Aclaratoria” fue reafirmar que la acusación formulada contra mi persona había sido precisamente “por el delito de rebelión, en las modalidades previstas en el artículo 143, numeral 2 del Código Penal,” indicando, además que yo debí ser “enjuiciado como autor o partícipe exclusivamente en la comisión del delito de rebelión civil,” el cual universal y nacionalmente constituye un delito político típico y puro.

En esta forma el Juez venezolano, en su “Sentencia-Aclaratoria,” no facilitó en forma alguna a la Secretaría General “la información que demuestre el carácter de delito de derecho común del caso,” sino que más bien, confirmó que se trataba de un delito político; pero en cambio, en franco abuso y demostración de la persecución política desatada en mi contra por un delito político puro como es el delito de rebelión, solamente indicó, sin motivación ni fundamentación algunos y en forma contradictoria, que “los hechos imputados al ciudadano Allan R. Brewer Carías, siendo un delito de Orden Público previstos y sancionados en el Código Penal Vigente, No siendo un delito Político”. Y nada más.

Ello, dicho sea de paso, era un error jurídico, pues los “delitos contra el Orden Público” en Venezuela están contenidos en el Título V, del Libro Primero del Código Penal (Arts. 272 al 297) y dentro de estos no se halla el delito de Rebelión Civil (Art. 143, numeral 2), que es un delito político el cual se encuentra ubicado en Capítulo II (De los delitos contra los Poderes Nacionales y de los Estados) del Título I (De los Delitos contra la Independencia y la Seguridad de la Nación), del Libro Primero del mismo Código Penal.

En todo caso, al decidir en esta forma, el Juzgado Vigésimo Quinto no facilitó a la Secretaría General la información que ésta le había requerido ni demostró en forma alguna, pues además no podía, el supuesto “carácter de delito de derecho común” del delito de rebelión, como se le había solicitado, sino que

pura y simplemente afirmó que el delito de rebelión no era un delito político; haciendo referencia a unos supuestos “elementos de convicción transcritos”, y unos supuestos “hechos reproducidos”, que no estaban ni “transcritos” ni “reproducidos” en la “Sentencia-Aclaratoria” al mencionar un imaginario “atentado frustrado” o de “amenaza contra la vida del jefe de Estado” como supuestas circunstancias o hechos que no se mencionan siquiera en ninguno de los documentos que cursaron en el expediente fiscal y judicial, en ninguna de las declaraciones formuladas en el mismo, ni en parte alguna de la acusación fiscal intentada en mi contra.

Es decir, en ninguna página, en ningún párrafo, en ninguna línea de todo el expediente y de la acusación en mi contra ni siquiera se utilizaron las palabras o menciones “atentado”, “coacción”, “amenaza”, “vida del jefe de estado”, “deponer”, “atentado frustrado” que se usaron por primera vez en la “Sentencia-Aclaratoria” del Juzgado, sin fundamento alguno.

Por ello, tal “Sentencia-Aclaratoria” dictada por el Juzgado Vigésimo Quinto de Primera Instancia en respuesta del requerimiento de información formulado por la Secretaría General de Interpol, lo que puso en evidencia fue, una vez más, la calidad de persecución política de la que yo era objeto; confirmando la monstruosidad jurídica que fue el pretender cambiar el tipo delictivo del caso, para tratar de encuadrarlo en un “delito común” y no político para forzar a la Interpol a intervenir.

Por supuesto, a esta maniobra, motorizada por la Fiscal del caso, Luisa Ortega Díaz, no le hizo caso alguno Interpol, concluyendo el procedimiento, ordenando que se borrara de los archivos, globalmente, toda mención a mi nombre.

VII. LA DECISIÓN DEL PROCEDIMIENTO GLOBAL: LA DECISIÓN DE LA SECRETARÍA GENERAL DE INTERPOL APLICANDO LA RECOMENDACIÓN DEL COMITÉ DE CONTROL DE FICHEROS, LA ILEGÍTIMA INTERCEPCIÓN DE LA CORRESPONDENCIA EN CARACAS Y UN INCIDENTE EN MENDOZA, ARGENTINA

Durante el año que duró el procedimiento global y que terminó con esa decisión, que se desarrolló con el intercambio de correspondencia antes reseñado entre la Interpol y el Juez de Control, en verdad solo tuve una intervención, que fue la comunicación que dirigí el 18 de diciembre de 2006 a la Comisión de Control de Ficheros de Interpol, en la cual ratifiqué la solicitud contenida en el recurso inicial, de que en virtud del artículo 15,2 (b) del RTI, la Secretaría General ordenase no sólo el bloqueo del acceso a la información relativa a mi persona, sino la destrucción de toda la información relativa a mí que se encontraba registrada en las bases de datos de la Organización, tal como lo había recomendado la Comisión de Control de los Ficheros de Interpol en su 67^a Reunión.

Con base en ello, y dada la circunstancia de que el Juez de Control venezolano con la antes mencionada “Sentencia-Aclaratoria” del 17 de septiembre de 2007 dictada en respuesta del requerimiento de la Secretaría General de Interpol, no le facilitó a la misma, conforme esta se lo requirió, la información que demostrara el supuesto carácter de delito de derecho común del caso, la Secretaría General, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15,2 (b) del RTI, efectivamente ordenó no sólo el bloqueo del acceso a la información relativa a mi persona, sino la destrucción de toda la información relativa a mí que se encontraba registrada en sus bases de datos, tal como lo había expresamente recomendado la Comisión de Control de los Ficheros de Interpol en su 67^a Reunión del 31 de mayo al 1 de junio de 2007.

En esta forma, el procedimiento administrativo global puede decirse que se cumplió en este caso a cabalidad, y el resultado del mismo fue que se protegió a un ciudadano de uno de los Estados Miembros de la Organización, frente a las pretensiones ilegales e ilegítimas del mismo de pretender utilizar a la Interpol para perseguirlo políticamente, a pesar de la prohibición que ésta tiene en su Estatuto de intervenir en asuntos de carácter político.

El texto de la decisión que puso fin al procedimiento administrativo global, sin embargo, como antes indiqué, no llegó nunca a mis manos ni a las de mi abogado, y solo tuve conocimiento preciso de la misma a través de las actas del expediente en el proceso penal en Caracas. Igualmente, tuve conocimiento, con motivo de invitaciones que recibí para participar en eventos académicos en varios países, donde siempre requerí a mis anfitriones que revisaran la información en la policía de migración, que la mención que había estado con información del requerimiento formulado por Venezuela, y que estaba en examen jurídico, había efectivamente desaparecido. Eso lo pude constatar, por ejemplo, en República Dominicana y en Costa Rica.

Pero la respuesta escrita de 1º de agosto de 2007 que la Interpol me dirigió, a la dirección que se había indicado de León Henrique Cottin en Caracas, y que era la oportuna respuesta que tenía derecho a recibir, nunca la recibí, porque nunca llegó a su destino, habiendo sin duda sido ilegalmente interceptada por la policía local en Venezuela. Igual sucedió con la comunicación que me envió Interpol el 2 de marzo de 2009, en respuesta a mi insistencia en tener la respuesta escrita a mi petición, la cual tampoco nunca llegó a la dirección de Caracas, habiendo sido también, seguramente interceptada.

En todo caso, basado en la información sobre la decisión del recurso que se reflejaba en los escritos que había enviado Interpol ante el Juez de la causa en Caracas, y en la información que como indiqué había recabado de varios amigos en varios países, quienes tuvieron acceso a la información necesaria, tuve la certeza de que la orden dada por Interpol de que se destruyera y eliminara de los registros de información de cooperación internacional y policial toda referencia

a mi persona, en particular, la información de las autoridades de Venezuela me requerían pero que el caso estaba en estudio jurídico, se había cumplido globalmente por lo que en general no tuve inconveniente alguno en mis viajes, salvo alguna demora inusitada en la revisión de mi documentación, por ejemplo en Vancouver, Canadá y en La Haya, en los Países Bajos.

No se me indicó la razón de la demora, pero sin duda sospeché que era posible que la mención de información a mi nombre no se hubiera borrado, y las autoridades locales hubieran hecho alguna consulta, la que, por supuesto no podía conducir a otra cosa sino dejarme continuar en mi viaje, como ocurrió; y como personas encargadas de la policía de seguridad me habían explicado. Que la información originalmente difundida por Interpol no era una orden de detención. Sino información de que Venezuela la requería y que el asunto estaba en estudio jurídico.

El problema, sin embargo, se podía plantear en caso de que hubiera algún acuerdo oculto entre policías, por ejemplo, de países cuyos gobiernos, por ejemplo, tuviesen una alianza política con el gobierno de Venezuela, en cuyo caso, el tema era entre policías, y ello podía complicar el asunto. Por eso nunca viajé a países donde sospechase de la existencia de esas alianzas.

En todo caso, tuve oportunidad de constatar toda esta situación, cuando viajé a Argentina en agosto de 2009, es decir, dos años después de la conclusión del procedimiento administrativo global con la orden de Interpol enviada a todos los países, de borrar toda mención a mi persona a raíz del requerimiento de las autoridades de Venezuela de julio de 2006.

En esa ocasión viajé a Argentina para participar en el VI Encuentro de Derecho Procesal Constitucional, que se desarrolló en San Juan de la Frontera, el 12 junio 2009, y al llegar a al aeropuerto de Mendoza, Argentina, el funcionario de migración, al revisar mi pasaporte, después de un rato muy amablemente me advirtió sobre el hecho de que en su pantalla del servicio, que incluso tuvo la amabilidad de voltearla para mostrármela todavía aparecía la nota de información que la Organización había mandado a eliminar, donde aún se daba cuenta de la pretensión de Venezuela en mi contra, y que el asunto estaba en revisión jurídica.

Cuando le expliqué la situación, particularmente de que todo ello había sido resuelto y que Interpol había ordenado borrar esas menciones, simplemente permitió mi entrada al país, recomendándome, sin embargo, sobre la conveniencia de que siempre llevara conmigo, en mis viajes, la respuesta escrita que debí haber recibido de Interpol para poder comprobar lo decidido, precisándome que no siempre las autoridades de policía de los Estados miembros cumplían las órdenes de Interpol y borraban toda la información que se les ordenad destruir.

Como había hecho escala en Santiago de Chile para ir a Mendoza, y allí, el funcionario de policía de migración se había detenido inusualmente en el examen de mi pasaporte, aún sin consecuencia alguna, pensé que era posible que la misma mención estuviese en los terminales de Chile, como en efecto así fue, tal y como lo constaté tiempo después.

El incidente en el aeropuerto de Mendoza me motivó a que, a mi regreso a Nueva York, en el mismo mes de junio de 2009, enviara de nuevo un formal reclamo ante Interpol solicitándole explicación sobre la sobrevivencia de la información sobre mi persona en el terminal de inmigración del Aeropuerto de Mendoza, a pesar de la orden de Interpol de eliminarla, quejándome de nuevo por no haber recibido la respuesta formal oportuna a mi petición inicial. En esta oportunidad, tampoco me llegó respuesta a esa solicitud, la cual de nuevo seguramente fue interceptada por la policía en Caracas.

Posteriormente, en enero de 2010, de nuevo me dirigí a la Comisión de Control de Ficheros de Interpol reclamando no haber recibido las respuestas a todas las peticiones y requerimientos que había formulado durante tres años conforme a las pautas que regulaban el procedimiento administrativo global, pero esta vez incluyendo en mi comunicación mi dirección de email.

Mi sorpresa fue mayúscula, al recibir a los pocos días una respuesta inmediata de la Comisión de Control de Ficheros de la Interpol, en la que se me informaba que la Organización, efectivamente si había efectiva y oportunamente enviado las respuestas a todos mis requerimientos, desde 2007 cuando el procedimiento administrativo global que yo había iniciado un año antes había terminado.

Me informaron que no me podían pasar copia por email de toda la correspondencia que me habían enviado sucesivamente, para lo cual suministré entonces mi dirección postal en Nueva York.

La consecuencia fue entonces que, rápidamente, el 10 de febrero de 2010, recibí en Nueva York por correo de la Secretaría de la Comisión de Control de Ficheros, una comunicación explicándome la situación, y enviándome copias de todas las cartas que infructuosamente me habían enviado a Caracas en 2007, 2009 y 2010.

Así fue, entonces, como me pude enterar formalmente de dichas respuestas, que sin duda habían sido oportunas, tanto a mi recurso inicial como a mis reclamos, quedando confirmado que el procedimiento global ante Interpol, y las garantías establecidas en el Estatuto y Reglamentos de la Organización, funcionan adecuadamente; aun cuando no así la respuesta de los Estados a las decisiones de Interpol.

VIII. LAS FALLAS EN EL ACATAMIENTO POR LOS ESTADOS DE LAS DECISIONES DE INTERPOL: DE CÓMO LOS ESTADOS POR RAZONES DIVERSAS NO SIEMPRE ELIMINAN DE SUS ARCHIVOS LAS INFORMACIONES EN LOS CASOS ORDENADOS POR INTERPOL, Y NUEVOS INCIDENTES EN BOGOTÁ, CHILE Y ARGENTINA

Las decisiones de Interpol, después de concluido un procedimiento global como el que desarrollé, y que implicó la orden global de que se eliminara de todos los terminales de migración la mención a mi persona originada por la difusión de información que inicialmente hizo en 2006 sobre el requerimiento del Estado en mi contra, sin embargo, lo cierto es que no siempre fue eliminada en todos los Estados.

Ello lo pude constatar personalmente en diversas ocasiones, y en formas diversas. Entre las primeras experiencias estuvo un viaje a España a comienzos de 2008 para asistir a la Reunión anual de la Escuela de Eduardo García de Enterría, que se celebró en Rascafría, El Pualar (Madrid), entre el 5 y el 8 de junio de 2008. Antes de viajar le pedí a mi amigo Luciano Parejo Alfonso que tratara de averiguar si en los terminales de migración todavía había alguna mención a mi nombre, y efectivamente lo había, pero solo una información sin consecuencia alguna que pudiera afectar mi seguridad. Y en efecto, viajé sin problema alguno, y fue con ocasión de ese viaje que expuse mi caso ante los colegas administrativistas españoles, entre quienes estaba Manuel Ballbé, quien se ocupaba de temas globales de seguridad. Me puso en contacto con una de las Directora en materia de Seguridad policial en el Ministerio del Interior, a quien visité en compañía de Luciano Parejo Alfonso, y quien nos explicó que los resabios que habían quedado en algunos países de la información difundida por Interpol, en sí misma, no tenía consecuencia alguna que pudiera afectar mi seguridad. Otra cosa era que pudiera darse un convenio interpolicial entre el gobierno de un Estado y el de Venezuela, en cuyo caso la nota de Interpol podían haberse convertido en alguna medida interna en mi contra. En todo caso, en España nunca tuve problemas de circulación, y como antes dije, incluso fui invitado a hablar de este tema en el Foro de La Línea de la Concepción, con altos funcionarios de policía de toda Europa, en octubre de ese mismo año.

Años después, con ocasión de viajar a Bogotá atendiendo una invitación de mi amiga Sandra Morelli, entonces Contralora General de la República, para participar en un Seminario sobre Desastres naturales: experiencias y retos del control fiscal, organizado por la Contraloría, y que se celebró en Bogotá el 10 de febrero de 2011, y donde dicté una Conferencia sobre “Algunos aspectos sobre la administración de la atención de desastres y el control fiscal en Colombia,” le pedí que por favor, como precaución verificara en los servicios de seguridad y migración sobre si había alguna nota o requerimiento sobre mi persona, a pesar

de que ya tenía la seguridad de que la Interpol había decidido mi recurso ordenando la eliminación de la misma. De la averiguación que hizo resultó el despeje definitivo de toda información sobre mi persona en los terminales de migración, con lo que viajé a Bogotá con toda seguridad y garantía, donde incluso tuve protección permanente de la policía nacional.

Ese mismo año 2011, con ocasión de viajar a Santiago de Chile para participar en el acto de mi incorporación como Académico Correspondiente Extranjero de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile, en acto que se celebró el 27 de abril de 2011, donde expuse sobre “La Ciudad Ordenada, el gran aporte cultural hispano en la colonización de América,” le solicité al Presidente de la Academia Cea Egaña, y quien entonces era el presidente del Tribunal Constitucional, que despejara ante los servicios de migración cualquier duda sobre si la información sobre mi persona estaba aún en los terminales de migración, habiendo constatado que efectivamente si estaba, aún cuando sin consecuencia alguna que pudiera comprometer mi seguridad personal. Así viajé a Santiago con toda seguridad y nada menos que con la garantía del Presidente del Tribunal Constitucional.

A medida que fue pasando el tiempo, pude constatar que en todos los países donde viajé nada estaba registrado sobre mi persona en los terminales de migración, habiéndome abstenido de visitar países respecto de los cuales sabía de alguna estrecha colaboración entre sus gobiernos y el de Venezuela, pues pensé siempre que esa relación podría haber convertido la información difundida por Interpol, en una orden de aprehensión en mi contra fundamentada en algún oscuro arreglo interpolicial, que en la práctica, no era posible controlar.

Y ese fue el caso que había ocurrido en Argentina, del cual me enteré con detalles en 2019, con ocasión de haber sido invitado a participar como Expositor en el *XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* en el cual di una conferencia sobre “democracia, corrupción y Transparencia el día 23 de mayo de 2019.

Con la debida anterioridad, y recordando el incidente en el aeropuerto de Mendoza unos años antes, le pedí a mi amigo Daniel Sabsay, organizador del Congreso que por favor despejara bien la información que pudiera haber en los terminales de migración sobre mi persona, lo que hizo, constatando que en efecto todavía quedaban rezagos informativos que mencionaban mi nombre, los cuales si bien ya no significaban peligro alguno a mi seguridad, si mostraban que contrariamente a lo que Interpol había difundido en 2006, en Argentina sí lo convirtieron en una orden de detención si yo llegaba al aeropuerto de Ezeiza. Y así lo pude constatar al tener la oportunidad de ver las pantallas de migración en el Aeropuerto de Ezeiza, en mayo de 2019, cuando se ponía mi nombre, salía la información “ORDEN DE CAPTURA.”

El detalle de esa mención que aparece en los registros bajo mi nombre de la Dirección Nacional de Migraciones, del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, es el siguiente cronológicamente, en la parte referida a “datos de la restricción”.

Primero la información registrada el 12 de septiembre de 2006, es decir, dos meses después que el gobierno de Venezuela hizo la solicitud ante Interpol en mi contra, para ser aprehendido, cuando los Estatutos de Interpol no lo permitían por tratarse de un delito político, en la forma siguiente:

Fecha de Alta	Fecha de baja
12-09-2006	
Fecha de Recepción	Entidad Emisora
12-09-2006	PFA - INTERPOL
Fecha desde	Fecha hasta
Motivo	Nro de causa
ORDEN DE CAPTURA	CR 8856/06

Descripción de la Causa

CONSPIRACION PARA CAMBIAR LA CONSTITUCIÓN

Instrucción

HABIDO. AVISAR A INTERPOL. CARACAS Y A LA SEC. GRAL. DE LA OPIC INTERPOL

Se debe destacar que la nota de Interpol que se recibe en Argentina es de agosto de 2006, y que la Oficina Nacional de Interpol de Argentina (PFA-INTERPOL) la registra como “Nota de Alta” y “Nota de recepción” el 12 de septiembre de 2006, poniendo como motivo de la restricción: “orden de captura,” describiendo “la causa” como “conspiración para cambiar la Constitución”, con la “instrucción” de “avisar a Interpol Caracas y a la Secretaría general de la OPIC, Interpol.” ¿Era esta una “orden de captura” efectiva decretada por la oficina de la Policía Federal Argentina, Interpol, o se trataba de copiar lo que se informaba por Interpol sobre lo que requería el gobierno de Venezuela? Podía interpretarse, pero lo grave es que esa interpretación en manos de policías, podía conducir al desagrado de ser retenido indebidamente.

Segundo, la información registrada el 23 de julio de 2009, es decir, a los pocos días de que yo presentara el reclamo ante Interpol por el incidente de Mendoza, que Interpol respondió dirigiéndose directamente a las autoridades Argentinas, para que se borrara la información en mi contra, en la forma siguiente:

Fecha de Alta	Fecha de baja
23-07-2009	
Fecha de Recepción	Entidad Emisora
23-07-2009	PFA - INTERPOL
Fecha desde	Fecha hasta
Motivo	Nro de causa
LEVANTAMIENTO	
Descripción de la Causa	
LEVANTAMIENTO	
Instrucción	
DAR AVISO A INTERPOL	
Observaciones	
Observaciones Adicionales	
FECHA DE GENERACIÓN DE XML: 2009/07/23 10:19:26	
FECHA DE ALTA DE INTERPOL: 2009/07/22 13:22	

Se observa que la nota en este caso la registró la Oficina Nacional de Interpol de Argentina (PFA-INTERPOL) como “Nota de Alta” y “Nota de recepción” el 23 de julio de 2009, poniendo como restricción: el “Levantamiento,” describiendo igualmente “la causa” como “Levantamiento”, con la “instrucción” de “dar aviso a Interpol” y con la “observación adicional” de “fecha de generación de XML”2009/07/23 10:19:26 – Fecha de Alta de Interpol: 2009/07/22 13:22:00.” Esto significó entonces que las autoridades argentinas no hicieron caso a la orden de Interpol de borrar toda referencia a mi persona de los archivos a partir de julio de 2007, cuando Interpol lo decidió, sino que solo lo hicieron, dos años después, cuando la Interpol específicamente requirió de las autoridades argentinas cumplir la orden de 2007, a raíz de mi requerimiento en ese año 2009 luego del antes mencionado incidente de Mendoza.

En todo caso, a pesar de toda esa información que aparecía aún en las pantallas y archivos de la Dirección Nacional de Migraciones de Argentina, asistí al Congreso de mayo de 2019, habiendo sido objeto de protección especial para que estuviese seguro de sentirme bienvenido, lo que mucho agradezco al profesor Daniel Sabsay, por haberse interesado en el asunto, así como a la Ministra de Seguridad de la Nación Patricia Billrich y su asistente Adriana LaForge, y los funcionarios de la Dirección de Policía Aeroportuaria entre ellos Roque Aversa, por haber implementado las medidas de protección.

Han pasado trece años desde que la pesadilla de la persecución internacional en mi contra hubiera sido iniciada, en 2006, por la Fiscal Ortega Díaz en Venezuela, la cual aun cuando no tuvo éxito alguno en su empeño, como dije, me obligó a estudiar el funcionamiento de la INTERPOL y los procedimientos administrativos globales desarrollados en la Organización, que fue lo que en definitiva motivaron los diversos trabajos sobre el tema que publiqué, así como la edición de este libro de 2014.

No dudo en que la divulgación de esos trabajos haya podido haber tenido cierto efecto en la ampliación de las posibilidades de muchas personas para poder defenderse ante Interpol en casos similares de persecución política o de otra naturaleza, y que todos esos casos y nuevas experiencias ante Interpol, hayan tenido a la vez, alguna influencia en la reforma de todo el cuerpo normativo de Interpol a partir de 2016 hasta 2019, incorporándose en el mismo nuevas precisiones garantistas de los derechos de las personas ante la Interpol.

El estudio y análisis de esas reformas en cuanto a los procedimientos administrativos globales para la protección de las personas es, por tanto, otra de las razones que motiva ahora esta nueva edición del libro.

New York, Julio 2019

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN

por Gustavo Urdaneta Troconis 9

NOTA DEL AUTOR

SOBRE MI AFICIÓN POR EL
DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO 15

**PRÓLOGOS A LOS LIBROS
QUE SE INTEGRAN EN ESTA OBRA 25**

POR:

JOHN HAZARD, ROLAND DRAGO, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA,
FRANK MODERNE, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ,
JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS

I

PRÓLOGO AL LIBRO: *LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN EL DERECHO
COMPARADO*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1967,
por el profesor John HAZARD, de la Facultad de derecho de la
Universidad de Columbia, Nueva York 25

II

PROLOGO AL LIBRO: *LES ENTREPRISES PUBLIQUES EN DROIT COMPARÉ*,
Faculté pour l'enseignement du droit comparé, Paris 1968,
por el profesor Roland DRAGO, de la Facultad de Derecho y
Ciencias Economicas de París 29

III

PRÓLOGO AL LIBRO: *PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVOS
(ESPAÑA, FRANCIA Y AMÉRICA LATINA)*, Editorial Civitas,
Madrid 1990, por el profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA,
Catedrático de Derecho Administrativo, España..... 33

IV

PRÓLOGO AL LIBRO: *PRINCIPES DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE* (ETUDES DE DROIT COMPARÉ: FRANCE, ESPAGNE, AMÉRIQUE LATINE), Ed. Economica Paris, 1992, por el profesor Frank MODERNE, de la Universidad de Paris II ... 37

V

PRÓLOGO AL LIBRO: *PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA*, Universidad del Rosario, Ed. Legis, Bogotá 2003, por el profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, Catedrático de Derecho Administrativo, España 43

VI

PRÓLOGO AL LIBRO: DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL ANTE INTERPOL, Editorial Investigaciones Jurídicas San José Costa Rica 2015; Editorial Olejnik, Madrid Santiago 2020, por el profesor José Antonio MUCI BORJAS, Profesor de Derecho Administrativo, Venezuela 59

INTRODUCCIÓN 73

Sección Primera: DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO (2014).... 73

Sección Segunda: SOBRE EL CONCEPTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (2015) 78

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO ESTATAL .. 81

1. El derecho administrativo y el Estado de derecho..... 81

2. El dinamismo del derecho administrativo 83

3. El derecho administrativo y la democracia..... 86

II. LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO..... 89

1. El principio de la legalidad: la supremacía constitucional, la formación del derecho por grados, y la sumisión de la Administración Pública al ordenamiento jurídico..... 90

2. La organización del Estado: la distribución vertical del poder público y las personas jurídicas estatales 94

3. La separación orgánica (horizontal) del Poder Público y el carácter inter-orgánico de la Administración Pública 96

4. Las funciones del Estado, su ejercicio interorgánico y la función administrativa 97

5. Los actos estatales, su carácter inter-funcional y los actos administrativos 104

ÍNDICE GENERAL

6. El control de la Administración Pública y la responsabilidad administrativa	108
III. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	112
1. Evolución de la legislación de la actividad formal de la Administración y los procedimientos administrativos	112
2. Finalidad de las leyes de procedimiento administrativo.....	117
3. La enumeración de los principios del procedimiento administrativo en las leyes latinoamericanas	123
<i>Sección Tercera: SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL (2022)</i>	128

LIBRO PRIMERO:

LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN EL DERECHO COMPARADO (Estudio sobre el régimen de las actividades industriales y comerciales del Estado) (1967)	137
NOTA INTRODUCTIVA	137
ABREVIATURAS.....	143

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN	145
--------------------	-----

SEGUNDA PARTE

LAS FORMAS JURÍDICAS DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS	
I. INTRODUCCIÓN.....	165
II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACTIVIDADES INDUSTRIALES Y COMERCIALES DESARROLLADAS POR EL ESTADO DIRECTAMENTE	170
1. Introducción.....	170
2. Régimen Jurídico Interno	171
3. Régimen Jurídico Externo	175
III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACTIVIDADES INDUSTRIALES Y COMERCIALES DESARROLLADAS POR EL ESTADO A TRAVÉS DE ENTES DOTADOS DE PERSONALIDAD PROPIA Y SEPARADA	176
1. Introducción.....	176

2.	Las Regies D'etat.....	179
3.	Los establecimientos públicos industriales y comerciales.....	181
	A. Introducción	181
	B. Régimen jurídico interno.....	183
	C. Régimen jurídico externo	187
	D. Formas jurídicas especiales.....	191
4.	Formas jurídicas intermedias.....	193
	A. Introducción	193
	B. Las Public y las Government Corporations.....	194
	a. Introducción	194
	b. Régimen jurídico interno	197
	c. Régimen jurídico externo.....	204
	C. La Empresa del Estado de los países socialistas	207
	a. Introducción	207
	b. Régimen jurídico interno	213
	c. Régimen jurídico externo.....	218
	d. Formas jurídicas especiales.....	219
5.	Sociedades mercantiles de capital público	221
	A. Introducción	221
	B. La Sociedad Mercantil Pública Unipersonal	224
	C. La sociedad de economía mixta	228

TERCERA PARTE

EL CONTROL SOBRE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

I.	INTRODUCCIÓN.....	231
II.	EL CONTROL ADMINISTRATIVO	233
	1. Introducción.....	233
	2. El control administrativo directo	234
	1. Introducción	234
	2. El control jerárquico.....	235
	3. El control de tutela	236
	4. El control ejercido a través de órganos administrativos de planificación y coordinación	241
	3. El control administrativo indirecto.....	247
III.	EL CONTROL PARLAMENTARIO	253

ÍNDICE GENERAL

IV.	EL CONTROL POR ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES	258
V.	EL CONTROL POR GRUPOS DE INTERESES DE LA COMUNIDAD.....	263

CUARTA PARTE

CONCLUSIONES	273
--------------------	-----

LIBRO SEGUNDO:

ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO EN EL DERECHO COMPARADO: REGIONALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN

<i>Sección Primera: LA REGIONALIZACIÓN EN MATERIA ECONÓMICA EN EL DERECHO COMPARADO (1974).....</i>		275
I.	INTRODUCCIÓN.....	275
II.	LA REGIONALIZACIÓN ECONÓMICA	277
	1. La influencia de la economía en el derecho	277
	2. Los conflictos entre las exigencias de la administración contemporánea y las divisiones político-territoriales.....	278
	3. La regionalización como exigencia de la política y planificación económica.....	280
III.	LA REGIONALIZACIÓN ADMINISTRATIVA.....	282
	1. El impacto de la planificación regional en la administración pública	282
	2. La región en el ámbito de acción de la administración central.....	282
	A. La regionalización de la Administración Pública Nacional	282
	B. La coordinación de la acción de la Administración Central a nivel de la región	283
	C. La desconcentración de la Administración Central hacia la región.....	285
	D. La descentralización funcional de la Administración Nacional hacia la región	286
	3. La región en el ámbito de acción de la administración local.....	288
	A. La concentración regional de la Administración intermedia.....	289
	B. La concentración de la Administración local-municipal y urbana y la creación de niveles intermedios.....	290
IV.	LA REGIONALIZACIÓN POLÍTICA	292

1.	La descentralización territorial como objetivo de la regionalización.....	292
2.	Las regiones como colectividades territoriales.....	293
3.	Las ciudades-regiones como colectividades territoriales	296
	<i>Sección Segunda: DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL: AUTONOMÍA TERRITORIAL Y REGIONALIZACIÓN POLÍTICA EN EL DERECHO COMPARADO (1982)</i>	<i>299</i>
I.	INTRODUCCIÓN.....	299
II.	LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA COMO FENÓMENO Y EXIGENCIA CONTEMPORÁNEOS.....	303
	1. La crisis del Estado Nacional Centralizado	303
	2. La crisis de las clásicas formas de Estado y la superación de la dicotomía: estado unitario/estado federal	304
	3. El centralismo de las viejas Federaciones	306
	4. Los nuevos federalismos	309
	5. La descentralización de los Estados Unitarios	310
III.	LA FORMULA DEL ESTADO REGIONAL.....	311
	1. Antecedentes	312
	2. El Estado Regional Italiano	313
	3. El Estado de Comunidades y Regiones en Bélgica	314
	4. El Estado de Comunidades Autónomas Español.....	315
	5. La Regionalización política de Francia y el Estado Regional	316
	6. Otras experiencias de regionalización política	317
IV.	CONCLUSIÓN	317

LIBRO TERCERO:

	PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: FRANCIA, ESPAÑA Y AMÉRICA LATINA	321
	INTRODUCCIÓN	323
	<i>Sección Primera: LA CONTRIBUCIÓN DE LA CODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO AL AFIANZAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD</i>	<i>333</i>
	CAPÍTULO I. EL CARÁCTER SUBLEGAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA	336
I.	EL RESPETO A LA LEY	336

ÍNDICE GENERAL

II.	EL RESPETO A LA RESERVA LEGAL (DOMINIO RESERVADO AL LEGISLADOR).....	337
III.	EL RESPETO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS REGLAMENTARIOS.....	340
IV.	EL RESPETO DE LA JERARQUÍA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y EL PARALELISMO DE LAS FORMAS.....	342
	CAPÍTULO II: A IMPORTANCIA DE LA POSITIVIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	343
I.	LA ENUMERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LAS LEYES LATINOAMERICANAS.....	345
II.	EL PRINCIPIO DE EFICACIA.....	359
	1. El principio de la instrumentalidad: el objeto y la finalidad del procedimiento.....	360
	2. Los principios pro accione y favor acti (favor administrationis).....	361
	3. Los principios de la simplicidad y economía procedimental.....	362
	4. El principio del informalismo.....	365
	5. El principio <i>conservatio acti</i>	367
III.	EL PRINCIPIO DE CELERIDAD.....	368
IV.	EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD.....	370
	1. El principio de la iniciativa de oficio.....	370
	2. El principio inquisitivo.....	372
	3. El principio de imparcialidad, igualdad y no discriminación.....	373
	4. El principio de la publicidad.....	374
V.	EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y DEL MUTUO RESPETO.....	375
VI.	PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.....	377
VII.	REAFIRMACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD.....	385
	CAPÍTULO III: LOS LÍMITES AL EJERCICIO DEL PODER DISCRECIONAL.....	387
I.	LA REDUCCIÓN DEL CÍRCULO DE LA DISCRECIONALIDAD: LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	388
II.	LOS LÍMITES AL PODER DISCRECIONAL: LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	398
	<i>Sección Segunda: EL RÉGIMEN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA CODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....</i>	<i>408</i>
	CAPÍTULO I: LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.....	408

I.	LOS ELEMENTOS DE FONDO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	409
1.	Principios relativos a la competencia	409
2.	Principios relativos a la manifestación de voluntad	414
3.	Principios relativos a la base legal.....	416
4.	Principios relativos a los presupuestos de hecho.....	417
5.	Principios relativos a la finalidad de la actividad administrativa	420
6.	Principios relativos al objeto de los actos administrativos	423
II.	LOS ELEMENTOS DE FORMA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	424
1.	Las formalidades de los actos administrativos	424
2.	La forma de los actos administrativos	426
3.	La motivación de los actos administrativos.....	427
III.	EL RÉGIMEN DE NULIDADES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	429
	CAPÍTULO II. PRINCIPIOS RELATIVOS A LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	435
I.	EL COMIENZO DE LOS EFECTOS: PUBLICACIÓN Y NOTIFICACIÓN	435
II.	EL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	438
III.	EL RESPETO A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y EL RÉGIMEN DE LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	441
IV.	LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS PRINCIPIOS DE SU EJECUCIÓN	443
1.	La ejecutividad de los actos administrativos	444
2.	La ejecutoriedad de los actos administrativos	446
V.	LA DURACIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	449
	<i>Sección Tercera: LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LAS GARANTÍAS DE LOS ADMINISTRADOS.....</i>	<i>449</i>
	CAPÍTULO I. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	452
I.	PRINCIPIOS RELATIVOS A LA INICIATIVA Y COMIENZO DEL PROCEDIMIENTO.....	453
1.	El derecho de petición	453
2.	La iniciación de oficio	455

ÍNDICE GENERAL

3.	La iniciativa del comienzo del procedimiento y la tipología de los procedimientos	455
II.	PRINCIPIOS RELATIVOS AL “ITER” PROCEDIMENTAL	457
1.	El informalismo de las formalidades	457
2.	Los principios de la celeridad, economía y eficacia	459
3.	El principio inquisitivo	459
4.	El principio contradictorio y la noción de parte	460
5.	El principio de la publicidad y el secreto administrativo	463
6.	El principio de la imparcialidad	464
III.	PRINCIPIOS RELATIVOS A LA DECISIÓN.....	466
1.	La obligación de decidir y los efectos del silencio administrativo	467
A.	La garantía del silencio negativo.....	468
B.	La garantía del silencio positivo.....	470
C.	La garantía contra la carencia administrativa.....	471
2.	La globalidad de la decisión y los efectos del principio inquisitivo	473
	CAPÍTULO II. EL DERECHO A LA DEFENSA Y SUS CONSECUENCIAS	474
I.	ASPECTOS DEL DERECHO A LA DEFENSA.....	475
1.	El derecho a ser notificado	476
2.	El derecho a hacerse parte	477
3.	El derecho de acceso al expediente administrativo	478
4.	El derecho a ser oído (audiencia del interesado)	479
5.	El derecho de formular alegaciones y de probar	482
6.	El derecho de recurrir	483
II.	EL RÉGIMEN DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS	484
1.	El procedimiento de revisión de los actos administrativos.....	484
2.	Los diversos recursos administrativos.....	486
A.	El recurso de reconsideración.....	486
B.	El recurso jerárquico	486
C.	El recurso de revisión.....	487
3.	Principios del procedimiento respecto de los recursos administrativos	488
A.	Condiciones de admisibilidad	488
B.	Objeto de los recursos	490
C.	Motivos de los recursos.....	490

D. Aspectos procedimentales	491
E. La decisión del recurso.....	492
4. Los recursos administrativos y la vía contencioso-administrativa	494

LIBRO CUARTO:

PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
EN AMÉRICA LATINA

INTRODUCCIÓN

LA CODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
Y SUS PRINCIPIOS

I. LAS LEYES LATINOAMERICANAS REGULADORAS DEL PRO- CEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	497
II. LA MOTIVACIÓN DE LAS LEYES.....	507
III. LA ENUMERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LAS LEYES	510
IV. PLAN DEL ESTUDIO.....	519

PRIMERA PARTE

EL PRINCIPIO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN.....	522
--	-----

SEGUNDA PARTE

EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD	524
------------------------------------	-----

I. EL PRINCIPIO DEL SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN AL DERECHO	525
1. El sometimiento al derecho y sus fuentes.....	525
2. El carácter sublegal de la actividad administrativa	529
A. El respeto a la legalidad	529
B. El respeto a la reserva legal.....	530
II. LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	532
1. El régimen legal del procedimiento.....	532
A. El ámbito de aplicación.....	532
a. El principio de la generalidad	532
b. El principio de extensión.....	534
c. Los procedimientos excluidos.....	537

ÍNDICE GENERAL

B.	Los procedimientos especiales y el principio de supletoriedad....	537
C.	El régimen supletorio del procedimiento civil	538
D.	El principio de exclusividad	539
2.	La obligatoriedad del procedimiento	539
A.	El principio de la imperatividad	539
B.	Las clases de procedimiento	540
C.	El principio de la responsabilidad	541
3.	El principio del paralelismo de las formas	543
4.	La proscripción de las vías de hecho	543
III.	EL PRINCIPIO DE LA JERARQUÍA DE LOS ACTOS	544
1.	El respeto a la jerarquía de los actos administrativos	544
2.	El principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos.....	545
IV.	EL RÉGIMEN DE LA DISCRECIONALIDAD	546
1.	La reducción de la discrecionalidad: los conceptos jurídicos inde- terminados.....	547
2.	Los límites a la discrecionalidad y la proscripción de la arbitra- riedad	549

TERCERA PARTE

LOS PRINCIPIOS DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

I.	EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA	551
1.	La organización jerárquica y la potestad de dirección.....	551
2.	El principio de la obediencia debida.....	553
3.	La jerarquía y la centralización	554
II.	EL PRINCIPIO DE DESCONCENTRACIÓN	555
III.	EL PRINCIPIO DE LA DESCENTRALIZACIÓN	556
IV.	EL PRINCIPIO DE LA COORDINACIÓN	558
V.	EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN	559
VI.	EL PRINCIPIO DE LEALTAD INTERINSTITUCIONAL	559

CUARTA PARTE

EL PRINCIPIO DE LA EFICACIA..... 559

I.	EL PRINCIPIO DE LA INSTRUMENTALIDAD: EL OBJETO Y LA FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO	562
1.	El cumplimiento de la acción administrativa	562

2.	La protección y garantía de los derechos de los administrados.....	563
3.	La enumeración de los derechos de los administrados en relación con el procedimiento administrativo	564
4.	Los principios de la simplicidad, de la uniformidad y de la racionalidad administrativa	565
5.	El principio de la sujeción a los planes, metas y objetivos.....	567
6.	El principio de la adecuación de los medios financieros a los fines	567
7.	El principio de la privatización.....	568
8.	La desviación del procedimiento administrativo.....	569
II.	PRINCIPIOS RELATIVOS AL GOBIERNO ELECTRÓNICO	570
III.	EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCEDIMENTAL	571
1.	La reducción de los trámites e instancias	572
2.	El informalismo: la antiformalidad.....	574
3.	El principio de la colegialidad.....	577
4.	El principio favor acti: (favor administrationis).....	578
5.	El principio de la finalidad y de la conservación.....	579
A.	El principio conservatio acti: la subsanabilidad de los actos de la Administración y de los interesados y la corrección de errores materiales	579
B.	La convalidación, la enmienda, el saneamiento y la conversión	580
IV.	EL PRINCIPIO <i>PRO ACTIONE</i>	584

QUINTA PARTE

	EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN	5865
I.	EL DERECHO DE PETICIÓN Y LA OPORTUNA RESPUESTA.....	586
1.	El inicio del procedimiento a instancia de parte y la capacidad para actuar	586
2.	Participación ciudadana y derecho de petición.....	587
3.	El derecho de petición y sus garantías.....	588
4.	Las clases de peticiones.....	591
A.	Las peticiones generales: consultas e informaciones	592
B.	Las peticiones de gracia	593
C.	Las peticiones relativas a derechos subjetivos o intereses legítimos	593
D.	Las peticiones relativas a asuntos de interés general: los intereses difusos y colectivos	596

ÍNDICE GENERAL

E.	Las peticiones en cumplimiento de un deber legal.....	596
F.	El derecho a denunciar y las denuncias obligatorias.....	596
5.	El rol del Ministerio Público o del Defensor de los Derechos Humanos.....	597
II.	LA FORMA DE LAS PETICIONES Y SU TRAMITACIÓN	598
1.	La presentación de las peticiones	598
A.	El principio de la escrituración.....	598
B.	El contenido del escrito y sus anexos	599
C.	Los timbres fiscales y el principio de la gratuidad.....	601
D.	El principio de colaboración: las correcciones a la petición	602
E.	La reforma de la petición.....	603
2.	La recepción de las peticiones, la copia, el registro y el orden de tramitación	603
3.	La obligación y término para responder	605
4.	La queja y la responsabilidad administrativa	606
III.	LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO Y EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO	607
1.	Los interesados.....	609
2.	La representación.....	612
3.	La participación y la notificación a los terceros interesados	614
4.	El principio de igualdad.....	615
5.	Los deberes de los administrados	615
6.	Los deberes de los funcionarios	618
IV.	LA PARTICIPACIÓN PROCEDIMENTAL.....	619
1.	El derecho de participar en la elaboración de actos de efectos generales.....	619
2.	Las consultas públicas obligatorias: vinculantes o no vinculantes	622
3.	La participación y los intereses difusos y colectivos.....	623
4.	El deber de participar.....	624
5.	El derecho a la información.....	624
V.	EL PRINCIPIO DE LA PUBLICIDAD	627
1.	La tensión entre la publicidad y el secreto administrativo	629
2.	La información administrativa y el derecho de acceso a los archivos y documentos públicos.....	629
3.	Las actuaciones administrativas reservadas	631
4.	Los principios relativos al expediente administrativo	635

A. La formación del expediente	635
B. El derecho de acceso al expediente y a obtener copias	637
5. El principio de la presunción de certeza de las actas administrativas y los documentos administrativos.....	638

SEXTA PARTE

EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD	640
I. EL PRINCIPIO DE LA INICIATIVA OFICIAL: LA INICIACIÓN DE OFICIO Y LA AUDIENCIA DE LOS INTERESADOS	641
II. EL PRINCIPIO INQUISITIVO	642
1. La conducción del procedimiento por la Administración.....	643
A. La sustanciación	643
B. Las verificaciones, las inspecciones y las actas.....	645
C. Los informes administrativos	646
D. Las obligaciones de la Administración	648
E. El principio de la economía y las nuevas tecnologías	650
2. Las medidas preventivas o cautelares.....	650
3. La oposición a los actos de trámite.....	653
III. LOS PRINCIPIOS SOBRE LA PRUEBA	653
1. La carga de la prueba: la Administración y los interesados	653
2. El principio de investigación de la verdad material	655
3. Los medios de prueba.....	656
4. La evacuación de las pruebas y participación de los interesados	661
5. La licitud de los medios de prueba y el rechazo de pruebas.....	663
6. La presunción de veracidad	663
7. La apreciación de las pruebas.....	663
IV. EL PRINCIPIO DE LA OBJETIVIDAD	664
1. La satisfacción del interés general y las políticas públicas.....	664
2. El principio de imparcialidad	664
3. Las inhibiciones y abstenciones y las recusaciones de funcionarios ...	666
4. La presunción de licitud o inocencia	669
5. El principio de la buena fe del interesado.....	669
VI. EL PRINCIPIO DEL CONTROL PROCEDIMENTAL POSTERIOR...	673

ÍNDICE GENERAL

SÉPTIMA PARTE

EL PRINCIPIO DE CELERIDAD

I.	LA FORMULACIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO	674
II.	EL PRINCIPIO DE LA SIMPLICIDAD.....	677
III.	LOS FORMULARIOS Y LA TRAMITACIÓN EN SERIE.....	678
IV.	LOS PLAZOS Y TÉRMINOS	679
	1. La obligatoriedad.....	679
	2. Los plazos para decidir.....	680
	3. La forma de cómputo de los plazos y las prórrogas	681
	4. El principio no suspensivo del procedimiento y sus excepciones	682
	5. La abreviación de lapsos y la celeridad en caso de urgencia o necesidad	683

OCTAVA PARTE

EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO

I.	LA PRIMACÍA DEL PRINCIPIO	683
II.	EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO.....	685
III.	EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE, DE LEALTAD Y DEL RESPECTO MUTUO	686
IV.	LA PRESUNCIÓN DE LICITUD O DE INOCENCIA.....	687
V.	EL DERECHO A LA DEFENSA	687
	1. La garantía de la defensa	687
	2. El derecho a ser notificado (el régimen de las notificaciones)	690
	3. El derecho de acceso al expediente	691
	4. El derecho de audiencia.....	692
	5. El derecho a formular alegaciones y a probar	696
VI.	EL PRINCIPIO DE LA GRATUIDAD DEL PROCEDIMIENTO (LAS TASAS Y COSTAS)	697

NOVENA PARTE

PRINCIPIOS SOBRE LA TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

I.	LA OBLIGACIÓN DE TERMINAR EL PROCEDIMIENTO.....	698
II.	LAS DIVERSAS FORMAS DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.....	699

III.	PRINCIPIOS SOBRE LA DECISIÓN DEL PROCEDIMIENTO	700
	1. Principio de la globalidad de la decisión	700
	2. El principio de la confianza legítima en la decisión del procedimiento.....	702
	3. La decisión conforme a la verdad material.....	703
	4. El principio de la seguridad jurídica.....	704
	5. El principio de la predictibilidad	704
	6. El principio de la proporcionalidad	704
	7. La proscripción de la reformatio <i>in pejus</i>	705
	8. El principio <i>non bis in idem</i>	707
	9. El principio de la irretroactividad.....	708
	10. El valor de los precedentes y los cambios de criterios administrativos	710
IV.	EL SILENCIO ADMINISTRATIVO.....	710
	1. La obligación de decidir y los efectos de su incumplimiento.....	711
	2. El silencio administrativo negativo	713
	3. El silencio administrativo positivo	715
V.	LA GARANTÍA CONTRA LA CARENCIA ADMINISTRATIVA	718
VI.	SOBRE EL DESISTIMIENTO, LA RENUNCIA Y EL ABANDONA DEL PROCEDIMIENTO.....	721
VII.	EL PRINCIPIO DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA POR CONCILIACIÓN	723
VIII.	EL PRINCIPIO DE LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO	724

DÉCIMA PARTE

LOS PRINCIPIOS SOBRE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

I.	LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	725
	1. El régimen de los actos administrativos	725
	2. La definición del acto administrativo	727
	3. Los requisitos de los actos administrativos	728
II.	LOS REQUISITOS DE FONDO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	729
	1. Los principios relativos a la competencia.....	729
	A. La competencia expresa y la no presunción de competencia	730
	B. La competencia obligatoria y la sanción de nulidad	733

ÍNDICE GENERAL

C.	La desviación de la competencia.....	734
a.	La avocación	735
b.	La asignación genérica de competencia y su desviación ...	736
c.	La delegación	737
d.	La desconcentración.....	741
e.	La descentralización.....	742
D.	El carácter de orden público.....	745
E.	Los conflictos de competencia	746
2.	Los principios relativos a la manifestación de la voluntad.....	749
3.	Los principios relativos a la base legal.....	751
4.	Los principios relativos a los presupuestos de hecho	753
5.	Los principios relativos al objeto.....	756
6.	Los principios relativos a la finalidad de la actividad administrativa	758
III.	LOS REQUISITOS DE FORMA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	761
1.	Las formalidades y la sujeción al procedimiento	762
2.	La forma escrita.....	763
3.	El contenido formal y la firma.....	764
4.	La motivación de los actos administrativos.....	766
IV.	EL PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE LA LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD.....	770
1.	La validez y la eficacia	771
2.	Los requisitos de eficacia	772
A.	Los requisitos en la Administración: la aprobación y la autorización	772
B.	Los requisitos en relación con los destinatarios: la publicación y la notificación.....	773
C.	La condición y el término en los actos administrativos	779
3.	La firmeza de los actos administrativos	780
4.	La suspensión de efectos de los actos administrativos	781
5.	La extinción natural del acto administrativo	783
6.	La prescripción de los actos administrativos sancionatorios.....	784
V.	EL PRINCIPIO DE LA IRREVOCABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	786
1.	La revisión de oficio de los actos administrativos.....	786

2.	El acto administrativo firme y la cosa juzgada administrativa	788
3.	El principio de intangibilidad de los actos administrativos: los límites a la revocación y los derechos adquiridos	789
VI.	EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE LESIVIDAD	791

DÉCIMA PRIMERA PARTE

PRINCIPIOS SOBRE LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

I.	EL PRINCIPIO EJECUTIVO	792
II.	LOS MEDIOS DE EJECUCIÓN Y LA EJECUCIÓN FORZOSA	796

DÉCIMA SEGUNDA PARTE

PRINCIPIOS SOBRE LOS VICIOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
Y LAS NULIDADES

I.	LA CONSECUENCIA DE LA ILEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: El régimen de las nulidades	800
II.	LA NULIDAD ABSOLUTA Y LA NULIDAD RELATIVA	801
1.	La nulidad absoluta vinculada a los vicios sustanciales	801
2.	La nulidad absoluta como numerus clausus	802
3.	La nulidad relativa.....	808
III.	LAS IRREGULARIDADES DEL ACTO.....	809
IV.	LOS EFECTOS DE LAS NULIDADES.....	810
V.	LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS NULOS.....	813
VI.	RESPONSABILIDAD POR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ILEGALES	815

DÉCIMA TERCERA PARTE

EL PRINCIPIO DEL CONTROL INTERNO: EL DERECHO A RECURSOS

I.	EL DERECHO A RECURRIR.....	816
II.	LOS DIVERSOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS.....	818
1.	Clasificación general	819
2.	El recurso de reconsideración.....	820
3.	El recurso jerárquico.....	821
4.	El recurso de revisión	822
III.	EL OBJETO DE LOS RECURSOS	824
IV.	LOS MOTIVOS DE LOS RECURSOS	826

ÍNDICE GENERAL

V.	LA INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS Y SU INADMISIBILIDAD.....	827
	1. La legitimación activa y la intervención de los interesados	827
	2. El plazo de interposición y su inicio.....	828
	3. El escrito de interposición	829
	4. La interposición conjunta y subsidiaria.....	830
	5. La autoridad competente	831
VI.	LOS EFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS	832
	1. Los efectos suspensivos y no suspensivos.....	832
	2. Los efectos preclusivos.....	834
VII.	LA TRAMITACIÓN DE LOS RECURSOS.....	835
	1. La autoridad competente	835
	2. Las pruebas.....	835
	3. El término de instrucción y la responsabilidad administrativa	836
	4. El desistimiento de los recursos	837
VIII.	LA DECISIÓN DE LOS RECURSOS.....	837
	1. El órgano competente	837
	2. El plazo para decidir y el silencio administrativo negativo	837
	3. El contenido y la globalidad de la decisión	839
	4. La notificación de la decisión.....	841

DÉCIMA CUARTA PARTE

EL PRINCIPIO DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

I.	EL PRINCIPIO DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA PARA ACCEDER A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA	841
II.	LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS COMO OBSTÁCULO PROCESAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	843
III.	EL PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA	846
IV.	LA PROSCRIPCIÓN DEL <i>SOLVE ET REPETE</i>	846
V.	EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PREVIO A LAS DEMANDAS CONTRA EL ESTADO.....	849

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

LIBRO QUINTO:

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COMPARADO
LATINOAMERICANO

NOTA DEL AUTOR.....	851
INTRODUCCIÓN.....	853

PRIMERA PARTE:

HACIA LA ESPECIALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

I. LA ESPECIALIZACIÓN ORGÁNICA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA.....	857
1. Las excepciones: La justicia administrativa atribuida a los tribunales ordinarios.....	859
2. La Justicia Constitucional atribuida a un solo órgano judicial: la Corte Suprema de Justicia o un Tribunal Contencioso Administrativo.....	863
3. La justicia administrativa asignada a una Jurisdicción Contencioso Administrativa integrada por la Corte Suprema de Justicia en la cúspide y otros tribunales inferiores Contencioso Administrativo.....	865
4. La justicia administrativa asignada a una Jurisdicción Contencioso Administrativa integrada separadamente del orden judicial ordinario.....	869
II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	871
III. LA CODIFICACIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	874

SEGUNDA PARTE

HACIA LA CONFIGURACIÓN DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
COMO UN SISTEMA DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

I. LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DE LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS PARA GARANTIZAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN.....	877
II. LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA, A LOS EFECTOS DE GARANTIZAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	884

ÍNDICE GENERAL

III.	EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCESO A LA JUSTICIA Y LA PROGRESIVA FLEXIBILIZACIÓN DE LAS TRADICIONALES CONDICIONES DE LEGITIMIDAD Y DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA PARA ACCEDER A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	887
	1. Sobre la legitimación activa	888
	2. Sobre la defensa de los intereses colectivos y difusos.....	889
	3. Sobre el tema del agotamiento de la vía administrativa	890

TERCERA PARTE

LA EVOLUCIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SU AMPLIACIÓN CON PRETENSIONES ADICIONALES DE CONDENA Y AMPARO

I.	LA TENDENCIA HACIA LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE TODOS LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	895
	1. Aspectos generales de la tendencia: control de todos los actos administrativos	895
	2. El necesario deslinde de los actos administrativos respecto de los “actos de gobierno”	897
	3. La impugnación de los actos administrativos tanto de efectos generales (disposiciones generales) como de efectos particulares	904
	4. La impugnación de los actos administrativos cualquiera que sea el vicio de contrariedad al derecho (inconstitucionalidad o de ilegalidad).....	906
II.	LOS DIVERSOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	910
	1. El contencioso administrativo de anulación de los actos administrativos	910
	2. El contencioso administrativo de anulación y las pretensiones de condena.....	914
	3. El contencioso administrativo de anulación y las pretensiones de amparo.....	916
	4. Las pretensiones de amparo constitucional contra los actos administrativos.....	918
	5. El proceso contencioso administrativo de nulidad de los actos administrativos iniciado por la propia Administración: el proceso de lesividad.....	920

CUARTA PARTE

EL DESARROLLO DE LOS OTROS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

I.	EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LAS DEMANDAS DE CONDENA Y REPARACIÓN	923
II.	EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS	928
III.	EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA LA CARENCIA, OMISIÓN O ABSTENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN	931
IV.	EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA LAS VÍAS DE HECHO Y LAS ACTUACIONES MATERIALES DE LA ADMINISTRACIÓN	934
V.	EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS	936
VI.	EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LOS CONFLICTOS INTERADMINISTRATIVOS	937
VII.	EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA INTERPRETACIÓN DE LEYES	938

QUINTA PARTE

EL DESARROLLO DE LA POTESTAD CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MÁS ALLÁ DE LA SUSPENSIÓN DE EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS..	939
--	-----

SEXTA PARTE

ALGUNOS AVANCES EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS ..	947
REFLEXIÓN FINAL.....	953
BIBLIOGRAFIA	957

LIBRO SEXTO:

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GLOBAL ANTE INTERPOL	
NOTA DEL AUTOR.....	971

ÍNDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL 973

SEGUNDA PARTE

LA INTERPOL COMO ADMINISTRACIÓN GLOBAL SOMETIDA A UN
DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

I. LA COOPERACIÓN POLICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA
DE DELITOS COMUNES..... 977

II. EL RÉGIMEN ORGANIZACIONAL INTERNACIONAL DE
INTERPOL..... 981

III. LA INDEPENDENCIA DE INTERPOL COMO ADMINISTRACIÓN
GLOBAL 982

IV. LA COMISIÓN DE CONTROL DE FICHEROS 983

1. El origen de la Comisión de Control de Ficheros..... 983

2. El carácter de la Comisión, como órgano desconcentrado indepen-
diente en la Organización 985

3. El carácter confidencial de los ficheros y del trabajo de la Co-
misión 988

4. Los poderes de la Comisión de Control de Ficheros y las faci-
lidades para su ejercicio..... 989

5. La Comisión a cargo de garantizar el derecho de petición de los
ciudadanos de los países miembros y su derecho a obtener la
oportuna respuesta de las mismas..... 990

6. Las decisiones de la Comisión y sus relaciones con la Secretaría
General 991

IV. INTERPOL Y SUS RELACIONES CON LOS CIUDADANOS DE
LOS ESTADOS MIEMBROS 992

TERCERA PARTE

EL PRINCIPIO DE LA NEUTRALIDAD QUE RIGE EL SISTEMA DE
COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE POLICÍA A
CARGO DE LA INTERPOL EXCLUSIVAMENTE EN
MATERIA DE DELITOS DE DERECHO COMÚN..... 994

I. LA INFORMACIÓN POLICIAL, LA NEUTRALIDAD DE INTER-
POL Y LAS INFRACCIONES DE DERECHO COMÚN 995

II. EL ARTÍCULO 3 DEL ESTATUTO Y LA NEUTRALIDAD DE
INTERPOL: ALGUNOS ANTECEDENTES..... 997

III.	CRITERIOS ESTABLECIDOS EN 1984 SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3, EN PARTICULAR RESPECTO DE LOS ACTOS DE TERRORISMO	1000
	1. Delitos políticos por su naturaleza y principio de la preponderancia	1000
	2. El principio del predominio básicamente en materia represiva y no en materia preventiva en actos de terrorismo	1002
IV.	CRITERIOS ESTABLECIDOS EN 1994 EN PARTICULAR EN MATERIA DE COOPERACIÓN CON TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES	1003
V.	CRITERIOS GENERALES SOBRE LA PROHIBICIÓN A LA INTERPOL DE INTERVENIR EN MATERIA DE DELITOS POLÍTICOS, MILITARES, RELIGIOSOS O RACIALES	1005
	1. Infracciones de carácter político	1005
	2. Infracciones de carácter militar	1007
	3. Infracciones de carácter religioso o racial	1007
VI.	CRITERIOS GENERALES PARA DETERMINAR LA LICITUD DE LA INTERVENCIÓN DE INTERPOL EN MATERIA DE SOLICITUDES DE NOTIFICACIÓN O ALERTA PARA LA BÚSQUEDA INTERNACIONAL	1007
	1. Resolución AGN/20/RES/11 (1951) sobre las “Solicitudes de Búsqueda Internacional”	1008
	2. Resolución AGN/53/RES/7 (1984) sobre aplicación del Artículo 3 del Estatuto	1009
	A. Procedimiento y Reglas	1009
	B. Algunas posturas adoptadas en relación con casos concretos	1011

CUARTA PARTE

LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS GLOBALES PARA EL REGISTRO DE DATOS Y PARA LA PUBLICACIÓN DE NOTIFICACIONES O DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN

I.	PRINCIPIOS GENERALES QUE DEBEN GUIAR LOS PROCEDIMIENTOS	1013
II.	EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GLOBAL CONSTITUTIVO PARA EL REGISTRO DE DATOS POLICIALES RESPECTO DE LAS PERSONAS POR LA ADMINISTRACIÓN GLOBAL	1017

ÍNDICE GENERAL

1.	Legitimación para iniciar el proceso de tratamiento de datos, y la licitud, exactitud, transparencia y confidencialidad del mismo.....	1017
2.	Las finalidades del registro y tratamiento de datos en materia de cooperación internacional.....	1020
3.	Límites y condiciones para el tratamiento de datos y de información	1021
4.	Los principios de temporalidad, transparencia y confidencialidad del tratamiento de datos.....	1024
5.	La actualización, evaluación, eliminación y conservación temporal de la información.....	1025
III.	EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GLOBAL CONSTITUTIVO RESPECTO DE LAS NOTIFICACIONES O ALERTAS PUBLICADAS POR LA INTERPOL.....	1028
1.	Las solicitudes de publicación de Alertas o Notificaciones por parte de INTERPOL y la legitimación activa para ello.....	1028
2.	Los tipos de Notificaciones o Alertas publicadas por INTERPOL ...	1029
3.	Las diversas condiciones generales que deben cumplirse para la emisión de notificaciones o alertas por parte de INTERPOL.....	1031
4.	Condiciones especiales para las solicitudes de notificaciones por INTERPOL en los casos referidos a las personas	1034
A.	Alerta o Notificación Roja	1034
a.	Condiciones mínimas	1034
b.	Datos mínimos	1035
c.	Garantías ofrecidas por las Oficinas Centrales Nacionales	1036
d.	Información adicional sobre la extradición.....	1037
e.	Examen jurídico de la solicitud por la Secretaría General	1037
f.	Modo de proceder en los casos de localización de la persona buscada	1037
B.	Alerta o Notificación Azul	1038
C.	Alerta o Notificación Verde	1038
5.	El sistema de difusiones	1039
6.	La suspensión, retirada o anulación de las Notificaciones o Alertas.....	1039
IV.	EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA POSIBILIDAD DE OPOSICIÓN ANTICIPADA POR LAS PERSONAS AL REGISTRO DE DATOS O A LA PUBLICACIÓN DE NOTIFICACIONES O ALERTAS.....	1040

QUINTA PARTE

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GLOBAL PARA EL EXAMEN O LA REVISIÓN DEL REGISTRO DE DATOS Y PUBLICACIÓN DE NOTIFICACIONES CON VISTAS A SU RECTIFICACIÓN O ELIMINACIÓN

I.	EL PROCEDIMIENTO DE EXAMEN INICIADO A INICIATIVA INSTITUCIONAL, EN CASOS DE LA DUDA SOBRE LAS CONDICIONES DE REGISTRO.....	1043
	1. Motivo de inicio del procedimiento: dudas sobre las condiciones de registro	1043
	2. Medidas cautelares	1044
	3. Conclusión del procedimiento de examen.....	1044
	4. Efectos de las infracciones en el tratamiento de datos	1044
II.	EL RECURSO DERIVADO DEL DERECHO DE PETICIÓN QUE SE OTORGA A LOS CIUDADANOS DE LOS PAÍSES MIEMBROS PARA LA REVISIÓN DE LOS FICHEROS CON VISTA EN SU RECTIFICACIÓN O ELIMINACIÓN	1045
	1. Legitimación activa: petición de cualquier ciudadano de los Estados Miembros	1045
	2. Las competencias de la Cámara de Solicitudes de la Comisión de Control de Ficheros	1046
	3. El inicio del procedimiento global: la solicitud y la obligación de la Administración global de informar al solicitante	1047
	4. Sobre la admisibilidad de las solicitudes.....	1048
	5. Procedimiento posterior a la admisión de las solicitudes	1050
	6. Decisión en el procedimiento de revisión.....	1052
	7. La aplicación de las decisiones.....	1054
	8. La revisión de las decisiones	1054

SEXTA PARTE

ALGUNAS CONCLUSIONES: EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y EL EQUILIBRIO ENTRE LOS PODERES DE LA INTERPOL, COMO ADMINISTRACIÓN GLOBAL, Y LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS PARA CONTROLAR LA LEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN EN MATERIA DE COOPERACIÓN POLICIAL INTERNACIONAL.....	1054
---	------

ÍNDICE GENERAL

EPÍLOGO:

UN CASO DE APLICACIÓN PRÁCTICA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GLOBAL ANTE INTERPOL

I.	INTRODUCCIÓN: SOBRE EL ORIGEN DE ESTE LIBRO	1060
II.	EL ORIGEN DE TODO: LA IMPUTACIÓN Y ACUSACIÓN PENAL EN MI CONTRA POR UN DELITO POLÍTICO QUE NUNCA COMETÍ, Y SUS SECUELAS COMO INSTRUMENTO DE PERSECUCIÓN POLÍTICA.....	1067
III.	EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GLOBAL: PETICIÓN INDIVIDUAL FORMULADA ANTE INTERPOL PARA DEFENDERME FRENTE A LA PERSECUCIÓN POLÍTICA.....	1085
IV.	EL OTRO INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GLOBAL: EL ILEGÍTIMO REQUERIMIENTO DEL ESTADO VENEZOLANO PARA QUE SE ME APREHENDIERA INTERNACIONALMENTE Y UN INCIDENTE EN SANTO DOMINGO, REPÚBLICA DOMINICANA.....	1087
V.	EL ITER DEL PROCEDIMIENTO GLOBAL: SEGÚN EL CONTENIDO DE LA COMUNICACIÓN DE INTERPOL A LA AUTORIDAD JUDICIAL VENEZOLANA DE 27 DE JULIO DE 2007.....	1091
VI.	LA ABSURDA RESPUESTA DEL JUEZ DE CONTROL AL REQUERIMIENTO DE INTERPOL: UNA MONSTRUOSA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO.....	1096
VII.	LA DECISIÓN DEL PROCEDIMIENTO GLOBAL: LA DECISIÓN DE LA SECRETARÍA GENERAL DE INTERPOL APLICANDO LA RECOMENDACIÓN DEL COMITÉ DE CONTROL DE FICHEROS, LA ILEGÍTIMA INTERCEPCIÓN DE LA CORRESPONDENCIA EN CARACAS Y UN INCIDENTE EN MENDOZA, ARGENTINA.....	1097
VIII.	LAS FALLAS EN EL ACATAMIENTO POR LOS ESTADOS DE LAS DECISIONES DE INTERPOL: DE CÓMO LOS ESTADOS POR RAZONES DIVERSAS NO SIEMPRE ELIMINAN DE SUS ARCHIVOS LAS INFORMACIONES EN LOS CASOS ORDENADOS POR INTERPOL, Y NUEVOS INCIDENTES EN BOGOTÁ, CHILE Y ARGENTINA	1101

