



**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**“EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO LIMITE DE LAS
POTESTADES DISCRETIONALES INHERENTES A LA
ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA”**

Trabajo Especial de Grado, presentado
como requisito parcial para optar al
Grado de especialista en Derecho
Administrativo.

Autor: MIGUEL DIAZ BLUM.

Tutor: IVAN DARIO PEREZ RUEDA.

Valencia, 21 de abril de 2006




**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano abogado **Miguel Díaz Blum C.I: V- 9.447.817**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título es: **“EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO LIMITE DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES INHERENTES A LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA”**; considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometidos a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Valencia, a los 22 días del mes de abril de 2006.


IVAN DARIO PEREZ RUEDA
C.I: V- 4.454.602

INDICE

CARTA ASESOR..... p. i

INTRODUCCIÓN..... p. 1

CAPITULO I..... p. 4

EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

Significado real del principio de la legalidad..... p.4

La vinculación de la ley y la conducta administrativa..... p.7

El principio de la legalidad frente a la discrecionalidad..... p.10

Límites al principio de la legalidad..... p.12

CAPÍTULO II..... p. 14

EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA COMO GARANTÍA DEL DERECHO A LA DEFENSA

Formas de ilegalidad..... p.14

Alcance del término ley en el principio de la legalidad..... p.17

Fundamento y Garantías del principio de legalidad..... p.20

La competencia y el procedimiento en el Principio de legalidad p.21

CAPÍTULO III..... p.23

LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SUS LÍMITES

Discrecionalidad y arbitrariedad.....	p.23
Consagración legal de la potestad discrecional y sus límites en Venezuela	p.26
Conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad técnica.....	p.30

CAPÍTULO IV..... p.32

LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA COMO EXPRESIÓN CONCRETA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La potestad discrecional como expresión concreta del principio de legalidad.....	p.32
Las potestades no discrecionales, vinculadas o regladas.....	p.34
técnicas o modalidades de control de la inserción de la discrecionalidad dentro de la juricidad.....	p.36

CONCLUSIONES..... p.38

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS..... p.40

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como objetivo fundamental conocer a profundidad el límite de la utilización, del principio de legalidad aplicado en la administración, por los ciudadanos o funcionarios públicos, encargados de poner en movimiento la actividad administrativa. De manera que el principio de la legalidad de la Administración, se expresa en un contenido formal como un mecanismo técnico, en virtud de que le atribuye potestades la Administración.

En el sentido de que la legalidad otorga facultades de actuación, definiendo de una manera precisa sus límites, poderes y habilita a la Administración para su acción, en virtud de que sin una atribución legal previa de potestades sus funcionarios, no puede actuar, sin tener los parámetros señalados en la Ley.

Ahora bien, esas potestades tienen un carácter genérico y se refieren a un ámbito de actuación definido en grandes líneas, de donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares. En fin la potestad no corresponde a ningún deber sea positivo o negativo, sino de un sometimiento de los sujetos, a una esfera jurídica de efectos derivados del ejercicio de la potestad.

En este orden de ideas, el principio de la legalidad define y atribuye con normalidad, potestades a la Administración, ya que la acción administrativa es el ejercicio de tales potestades, ejercicio que creará, modificará, extinguirá, protegerá, ejercitará, relaciones jurídica concretas.

Asimismo, la atribución expresa y específica de las potestades administrativas por la legalidad es una forma de atribución aplicable a todos los casos, la Ley puede determinar agotadoramente todas y cada un de las condiciones del ejercicio de la potestad, de modo que se pueda construir un supuesto legal completo y una potestad legal aplicable en todo sus términos y consecuencias, en posición en contrario a la potestad reglada, tenemos a la potestad discrecional de la Administración.

Como puede observarse, el ejercicio de la potestad reglada reduce a la Administración a una constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa, es decir, hay un juicio legal que no da paso al juicio subjetivo, que en la mayoría de los casos es necesario, para ambas partes. De allí que todas estas decisiones son obligatorias en presencia de dicho supuesto y su ejercicio no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que debe limitarse a lo que la propia ley a previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo.

En un sentido contrario, a la descripción realizada anteriormente en cuanto al campo de actuación de la Administración, de una manera restrictiva apegada a la Ley; la administración tiene el ejercicio de las potestades discrecionales que conlleva un elemento sustancial diferente, ya que trae consigo una inclusión en el proceso aplicativo de la Ley una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad particular.

Por lo que esta estimación subjetiva no es una facultad extra-legal, que surja de un supuesto poder originario de la Administración, sino por el contrario una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente

por la ley que ha configurado esa potestad y que se la ha atribuido a la Administración justamente con ese carácter. En virtud, de que la discrecionalidad no es un supuesto de libertad de la administración frente a la norma, mas bien es un caso típico de remisión legal, en el sentido de que la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, sólo que no realizada por vía normativa, sino analíticamente, de caso por caso, mediante la apreciación de circunstancias singulares, por lo que se busca concluir con la presente investigación, es demostrar, que no hay discrecionalidad al margen de la ley, sino sólo justamente en virtud de la Ley y en la medida de que ésta lo haya dispuesto.

CAPITULO I

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

Significado Real del Principio de la Legalidad

El principio de la legalidad tal como fue concebido en la Revolución Francesa ha sufrido transformaciones con el correr de los años, por lo que ha sido acogido, con diferentes matices, por las constituciones de los Estados de regimenes administrativo, entre los cuales se encuentra Venezuela. Solo que en todas las constituciones subyace la idea fundamental, cual es, la sujeción de todos los actos del Poder Público a normas preexistentes, como una garantía de la seguridad de los ciudadanos frente a las posibles o eventuales arbitrariedades de las autoridades. ¹

Viene a constituir pues, el principio de la legalidad, el principio que asegura la paz social, en virtud, de que en un estado que carezca de límites jurídicos, que ordenen la sociedad, que sólo actúe de acuerdo al libre arbitrio de sus gobernantes, no existe el estado de derecho, por que la finalidad del principio de la legalidad es otorgar seguridad jurídica, libertad y demás derechos humanos para toda la colectividad, para que el derecho de una persona comience cuando termine el derecho de la otra, y exista un equilibrio entre el derecho y el arbitrio, el cual será el Estado.

¹Parra M. Galsuinda V (2005). *Manual de Derecho Administrativo General*. Pág. 248.

La existencia cada día mayor de esta especie de actuaciones dentro del campo de la actividad administrativa, pone en severa prueba el trascendental principio de la legalidad, columna vertebral del Estado de Derecho y axioma del ordenamiento constitucional en lo que se refiere al Poder Público. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala en su artículo 137: “La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales debe sujetarse las actividades que realicen.”²

Por lo que para definir, el principio de la legalidad, hay que definir en primer lugar que se entiende por Legal: “Lo ajustado a la Ley y, por ello, lo lícito, lo permitido o lo exigible en le Derecho Positivo.”³

En igual sentido, define el mencionado termino, el diccionario de Ruy Díaz, cuando señala por Legal: “Lo que está prescrito en la Ley o es conforme a ella”.⁴

De manera que el Estado y el Derecho se legitiman por referencia a unos valores que los trascienden, como la libertad, la justicia, la igualdad, los derechos humanos, etc, lo cuales componen una suerte de derecho natural que sirve de modelo al Derecho Positivo. En la misma línea de pensamiento del Maestro García Pelayo, considero que El Estado no solamente no ha de actuar contra legem, sino que, además únicamente ha de actuar secundum legem, es decir, con arreglo a normas previas, generales, claras, precisas, no

² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Pág. 308.

³ Osorio, M *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Argentina. Pág. 248.

⁴ Rombola, N, D *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales I*. Pág. 587

contradictorias con aquellos sobre los cuales se construye el Estado, normas que forman el núcleo y la justificación de la totalidad del orden jurídico.⁵

Por esta razón hay que tomar en cuenta que el imperio de la ley es un medio para consolidar un estado de Derecho, en virtud, que el verdadero fin de las normas tanto legales como constitucionales, es la construcción e implantación de un derecho, puesto en movimiento, mediante la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político, a lo que también conocemos como valores superiores del ordenamiento jurídico en Venezuela, en conclusión, el concepto de legalidad incluye el contenido material, y no sólo formal de la ley y el derecho.

Es así, como entendemos el principio de la legalidad como: la sumisión de todas las actividades de la Administración a reglas jurídicas o normas preestablecidas es la más acabada garantía que postula el estado de Derecho en beneficio de los administrados y en contra de las posibles arbitrariedades de la autoridad ejecutivas, partiendo de esta posición, se puede decir, que gran parte de la doctrina ha sostenido que el poder discrecional no es sino una delimitación del principio de legalidad, pues la discrecionalidad se da en aquellos casos en que por defecto de reglas jurídicas no hay lugar a la aplicación de tal principio.

Ciertamente, el nuevo Estado de Derecho gira en torno a una vinculación cada vez más estrecha entre la Administración y la Ley, en virtud, de que la realidad exige en los actuales momentos y exigirá que la actuación

⁵ Ruan S, G. El Principio de la legalidad, la discrecionalidad y las Medidas Administrativa. pág. 9.
⁶ revista de Derecho Administrativo nro 9. pág. 10.

administrativa goce de un margen de discrecionalidad, el cual, por demás es sano, buscando siempre el bienestar del administrado sin entorpecer la actividad de la administración.

Vinculación de la Ley y la Conducta Administrativa, con el Principio de Legalidad

Para entender con precisión esta relación, hay que conocer en primer lugar, la vinculación de la ley y de la administración, y de todas las potestades administrativas, que se presentan en el marco de las relaciones administrativas, tomando en cuenta la discrecionalidad como uno de sus atributos, en virtud, de que a través se estas potestades se concreta su ejercicio.

Hay que recordar, que el principio de la legalidad como indica su nombre es un principio. Entendiendo en el orden lógico, por principio una proposición con valor de postulado o de axioma, de la cual derivan todas las demás. En Venezuela , rige el principio de la legalidad como un axioma, consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela cuando señala en su artículo 137: “La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales debe sujetarse las actividades que realicen.”⁷

⁷ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Pág. 308.

Esta norma constitucional asume el principio de legalidad como una amplia vinculación positiva de la administración del Derecho, el cual condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa. La legalidad obliga a inquirir siempre la existencia de un precepto jurídico que justifique la actuación administrativa, y de allí que se pueda señalar, que el principio de la legalidad entra en acción mediante la técnica de atribución de potestades que delimitan el ejercicio del Poder Público, y en caso de que dichas normas sean relajadas, se podrá aplicar una sanción.

Así, según el pensamiento del maestro Moles caubet, citado por Ruan, señala que el principio de legalidad se determina jurídicamente por la concurrencia de cuatro condiciones, cuyo conjunto forma la contextura del mismo. Estas condiciones operan produciendo cuatro efectos correlativos, a saber: uno, delimitando el espacio donde tan sólo puede intervenir la ley; otro, asegurando el orden prelativo de las normas subordinadas a la Ley; un tercero, haciendo la selección de la norma o normas precisas que hayan de aplicarse al caso concreto; y últimamente, midiendo los poderes que la norma confiere a la Administración.⁸

En este orden de ideas, la autora Hildegard Rondón de Sansó, afirma que la doctrina ha sintetizado el contenido del principio de la legalidad en el desarrollo de dos grandes postulados: 1- la primacía de la ley y 2- la reserva legal. Por primacía de ley se entiende la eficacia derogatoria que poseen los actos del estado, investidos de la forma de Ley, frente a todos los que están situados en un grado más bajo de la jerarquía normativa y por reserva legal

⁸ Ruan S, G. El Principio de la legalidad, la discrecionalidad y las Medidas Administrativa. pág13.

se entiende que ciertas materias sólo pueden ser reguladas conforme a derecho mediante ley, o por actos de rango inferior a la ley, pero basado en una expresa autorización legislativa.⁹

En la actualidad, se debe destacar el reforzamiento y nueva dimensión del principio de legalidad aportado por la técnica de aplicación directa de las normas constitucionales, como la jurisdicción extraordinaria del amparo constitucional, el llamado control difuso de la constitucionalidad de las leyes y los demás actos del poder público. Ante esa nueva realidad, podría afirmarse que existe la tendencia actual a la disminución de la función estricta de la ley, para dar paso a una legalidad construida por la interpretación expedita y prevaleciente de las normas constitucionales realizada por los jueces.

Por lo que se plantea una relación norma-acto administrativo y sus distintos modos de vincularse o relacionarse, la norma como primer término de la relación puede contener tres clases de proposiciones: imperativas, taxativas y facultativas. Las imperativas imponen el deber absoluto e incondicionado de obrar, las normas taxativas establecen el deber que, al obrar, se haga únicamente en los términos por ella señalados. En cambio, la amplitud y elasticidad caracterizan a las normas facultativas, llamadas preceptos potestativos, las cuales son primordialmente creadoras de poderes.¹⁰

En tal sentido, los tipos de normas mencionados anteriormente, condicionan la conducta administrativa, desde los grados más altos de vinculación hasta los de inferior categoría, por lo que puede señalarse que la vinculación opera

⁹ Rondon de S, H. Teoría general de la actividad administrativa. pág90.

¹⁰ Ruan S, G. El Principio de la legalidad, la discrecionalidad y las Medidas Administrativa. Pág17.

con el absoluto cumplimiento de aquello que la ley ordena imperativamente, también puede operar en el exacto cumplimiento de aquello que la norma prescribe, es decir, la conducta administrativa queda estrictamente prefijada, en consecuencia lo que no está permitido se considera prohibido, todo depende de la amplitud acordada por la norma y por último la conexión opera cuando, en defecto de una norma o disposición expresa, el ordenamiento jurídico no prohíbe la conducta administrativa.

Finalmente el principio de la legalidad así concebido tradicionalmente y rigurosamente, como general sujeción de la administración en todo acto y momento de la ley, en los hechos es prácticamente irrealizable y probablemente no realizado, porque no sólo existen actos que se sustraen al principio mencionado, porque ellos resultan del concurso de la actividad de los particulares y de la administración, de donde es indispensable su previsión típica y abstracta, pero esto es irrealizable también porque, aún en el ámbito de los actos ablativos, la realidad impide al legislador formular hipótesis generales precisas, que la administración deba solamente aplicar, interpretar, colocándose frente a ellas como órgano meramente ejecutivo.¹¹

El Principio de la Legalidad frente a la Discrecionalidad

Cuando se habla del principio de la legalidad en la actividad de la administración, se hace referencia a la sujeción de la actuación de los órganos del Poder Público a la Ley, también visto como principio fundamental de un estado de derecho, verdadero, justo y democrático. En este sentido, la

¹¹ Ruan S, G. El Principio de la legalidad, la discrecionalidad y las Medidas Administrativa. Pág19.

discrecionalidad administrativa es no sólo una realidad, sino también una necesidad, pues atañe a la esencia de la función administrativa (en sentido material), como función estatal autónoma que da lugar a la existencia misma de la administración, ahora en sentido orgánico, como uno de los poderes fundamentales del Estado.¹²

En este orden de ideas, se entiende el principio de legalidad entendido como la sumisión de todas las actividades de la administración a reglas jurídicas o normas preestablecidas, en beneficio de los administrados y en contra de las arbitrariedades de las autoridades ejecutivas de los órganos jurisdiccionales.

Partiendo desde este punto de vista, un sector de la doctrina ha sostenido que: "El poder discrecional no es sino una delimitación del principio de la legalidad, pues la discrecionalidad se da en aquellos casos en que por defecto de reglas jurídicas no hay lugar a la aplicación de tal principio. Al respecto Brewer Carías señala:"... no toda la actividad administrativa tiene establecida en el ordenamiento jurídico precisos límites a los cuales debe 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."¹³

De acuerdo al punto de vista, señalado en la doctrina, se presenta la contrapartida entre el denominado principio de legalidad y la discrecionalidad administrativa, y la razón de ser se encuentra en que el poder discrecional se configura cada vez que la ley concede a la administración la potestad de elegir entre varias decisiones justas, conforme a su libre apreciación, de manera que en el Estado de Derecho contemporáneo esa libertad de

12 VII Jornadas Internacionales d Derecho Administrativo" Allan Randolph Brewer Carías. Pág89.

13 Revista de Derecho Administrativo nro9. pág8.

apreciación de la administración en ejercicio del poder discrecional ya no es absoluta, sino limitada en protección de los derechos de los administrados y en aras de evitar la arbitrariedad de la administración, todo ello bajo la sujeción al principio de la legalidad.

El anterior planteamiento es apoyado por lo señalado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cuando en su artículo 12, consagra el límite a la discrecionalidad, de la siguiente manera:” Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.”¹⁴

Limitaciones al Principio de legalidad

Cuando se investiga lo relacionado con el principio de la legalidad, se advierten dos tipos de intereses que se encuentran en conflicto en el desarrollo de la actividad administrativa, primero la necesidad de salvaguardar los derechos de los administrados contra lo eventuales y presuntos daños de la administración y segundo la necesidad de dotar a ésta de una margen de libertad de acción, en los casos en que la norma jurídica no prevea solución, y la decisión de su parte, sea más beneficiosa para el administrado, que la solución específica de la norma.

¹⁴ Larez M, Manual de derecho Administrativo. Pág190.

En efecto, se debe evitar la arbitrariedad administrativa, y para ello es preciso que los administradores estén sujetos a reglas jurídicas; pero por otra parte, esta sujeción no debe ser excesiva hasta el grado de convertir a las autoridades en autómatas, en ejecutores mecánicos de decisiones dictadas anteriormente por el legislador, lo que sería perjudicial para la colectividad, porque la oportunidad de tomar ciertas medidas no puede ser apreciada por vía general, sino en el momento preciso y para las personas determinadas en el actuar en el caso concreto, y también porque esa sumisión a las normas preestablecidas aniquilaría el espíritu de iniciativa de la administración.¹⁵

Y en contraposición a este límite de actuar de la administración, se concibe un margen de libertad, denominado los nuevos poderes discrecionales de la administración, para casos excepcionales y donde la norma no lo prohíba.

CAPITULO II

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA COMO GARANTIA DEL DERECHO A LA DEFENSA

Formas de ilegalidad

La ilegalidad de un acto administrativo puede manifestarse de diferentes formas, en virtud de que todo acto administrativo está compuesto de una variedad de elementos, de cuya regularidad depende la validez de aquél, es decir, que se puede considerar un acto administrativo valido cuando cumpla con los siguientes elementos: la competencia de órgano, la voluntad, el contenido, los motivos, la finalidad y las formalidades, tal como lo señala expresamente el artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo:

“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 y 8- el sello de la oficina..... y artículo 20 de la Ley de Orgánica de procedimientos administrativo que dispone que los vicios de los actos administrativos que no llegare a producir la nulidad de conformidad con el artículo 19, lo harían anulables, el cual señala: la disposición expresa, la violación de la cosa juzgada

administrativa, vicio en el objeto, la incompetencia manifiesta, y la ausencia total de procedimiento... omissis...".¹⁶

Por lo que, basta con que uno solo de los elementos anteriormente mencionados se encuentre en contradicción con una norma jurídica para que el acto administrativo se repute o pueda ser atacado por ilegal, correspondiéndole la irregularidad jurídica de cada uno de los elementos del acto administrativo un tipo específico de ilegalidad.

En tal sentido, Lares M, precisa las formas de ilegalidad de la siguiente manera: 1. Para la validez del acto administrativo es preciso que lo efectúe una autoridad a quien esté conferida legalmente su formulación: es decir, el ejercicio de la función pública por un individuo distinto del llamado por la ley a ejercerla, constituye una forma de ilegalidad: la incompetencia.¹⁷ Por que puede ocurrir que el acto administrativo sea efectuado por un particular, desprovisto de todo tipo de competencia e investidura de funcionario público, distinto del llamado por ley a ejercerla, de manera que en forma indebida asuma o ejerza funciones públicas, es lo que se denomina en la doctrina usurpación de funciones, que en caso de que se presente ese funcionario podrá ser declarado responsable tanto administrativamente como penalmente, tal como esta consagrado en el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del sistema Nacional de Control Fiscal, que se refiere a los supuestos de responsabilidades administrativas.

También señala el mencionado autor en un segundo sentido, 2- que si falta la voluntad administrativa, el acto administrativo carecería de existencia,

¹⁶ Lares M, E, Manual de Derecho Administrativo, pág. 183.

¹⁷ Osorio. M **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Argentina. Pág. 248.

considerados como tales defectos la contradicción entre la voluntad declarada, el error, el dolo y la violencia, cualquiera de estos defectos pueden ser declarados causas de ilegalidad, en alguna ocasiones subsanables, dependiendo de la gravedad ocasionada al administrado con dicho acto ilegal.

3- Así también se puede mencionar que con relación al contenido del acto es imprescindible advertir que si la medida estaba prohibida por la ley de manera absoluta, o sólo era permitida para determinadas circunstancias que no se habían cumplido, el acto administrativo adolece de ilegalidad, situación que es importante tomar en cuenta por aquellos funcionarios administradores o custodios de fondos o presupuestos, que podrán disponer de los mismos en la medida que el texto de la ley los autorice. ¹⁸

4- Aquí tenemos las situaciones relacionadas con la motivación del acto, es decir, en cuando a que sin validos o erróneos los motivos de hecho y de derecho en los que se fundamenta el acto administrativo dictado por la autoridad administrativa, por que de lo contrario el acto sería viciado de ilegalidad. ¹⁹

5- Aquí el caso es distinto, el acto ha sido dictado por una autoridad competente, sin infracción de regla legal en cuanto a su contenido, y en general, llena las condiciones de fondo y de forma para parecer corrector, pero se presenta la situación, de que su autor tuvo una finalidad distinta de aquella prevista por la ley, en este caso el acto adolece de desviación de poder, que es otra forma en como se presenta la ilegalidad. ²⁰

18 Lares M, E, Manual de Derecho Administrativo. pág. 197.

19 Lares M, E, Manual de Derecho Administrativo. pág. 197.

20 Lares M, E, Manual de Derecho Administrativo. pág. 197.

En este sentido, aquél funcionario que se aparte de los fines debidos o completamente extraños al interés público, tomando decisiones para obtener para sí o un tercero un enriquecimiento ilícito, o causar un daño al adversario, estará actuando irregularmente y por lo tanto su acto será considerado ilegal, y por lo tanto viciado de nulidad.

Y 6- finalmente, si el acto no reviste la forma requerida por la ley, o bien si, el procedimiento constitutivo ha omitido u observado incompletamente formalidades esenciales, el acto adolecería de ilegalidad. Por ejemplo, si la constitución y la ley requerían un acto conforma de decreto y éste lo han dictado como una resolución, carece el mismo de validez. Lo mismo si la ley requiere entre las formalidades procesales la publicación de la solicitud, para que los terceros interesados puedan hacer oposición dentro de cierto término y dicha publicación se omite, el acto dictado adolecerá también de ilegalidad.

Por lo que se pueden concluir, que la formas de ilegalidad de los actos administrativos, viene dada por la falta de requisitos tanto materiales como formales, para su creación, y por lo tanto podrán ser declarados ilegales.

Alcance del Término Ley en el Principio de la Legalidad

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el principio de legalidad, fundamentalmente en el artículo 137, el cual establece que las actuaciones de los órganos del Poder Público están sujetas en primer lugar a las atribuciones que le hayan sido conferidas por la Constitución, (por

constituir ésta, la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico); según lo señala el artículo 7:

“La constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.²¹

Y en segundo lugar, señala el referido artículo 137, de las actuaciones referidas deben estar sujetas a las atribuciones establecidas en la ley, cuando establece:

“La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.”²²

Ahora bien, históricamente, el término Ley, en el ámbito del principio de la legalidad ha sido concebido con una significación amplísima, equivalente a Derecho. En otras palabras el término ley, bajo la perspectiva del principio de legalidad no se le da el significado de ley en sentido formal, es decir, como norma proveniente de los órganos legislativos, sino que es entendida como el conjunto de normas y principios que conforman el ordenamiento jurídico de un país (leyes, reglamentos, decretos, principios generales, costumbre, etc), lo que podemos denominar el bloque de la legalidad.²³

²¹ Brewer C. A, Comentarios Constitución de 1999. pág. 2697.

²² Brewer C. A, Comentarios Constitución de 1999. pág. 308.

²³ Parra M, G, Manual de Derecho Administrativo General. pág. 250.

En tal sentido, la legalidad atiende a la sujeción a la norma legal, abarcando este último una esfera más amplia: la del bloque de las normas jurídicas en general, tanto formales como sustanciales, tanto escritas como no escritas.

En virtud, de que la noción de legalidad se identifica con la noción de legitimidad o juridicidad asemejándose con la posición del jurista Adolf Merki, quien denominó al principio en estudio “principio de juridicidad”.²⁴

Asimismo, la jurisprudencia, al igual que los distintos autores, concibe el término ley en la forma antes aludida, así en sentencia de fecha 25 de abril de 2000 la Sala Constitucional del tribunal Supremo de Justicia, en aras de determinar en qué consistía el principio de legalidad, y por consiguiente el concepto de ley que dicho principio encierra, señaló:

“ Esta concepción de la ley como acto vinculante para los factores formalizados de poder en un Estado determinado, en razón del principio de mantenimiento de la regularidad de la actuación de los órganos públicos, se extiende a todo acto normativo que emane de órganos distintos al propio cuerpo legislador nacional, por lo que la subordinación al derecho de los actos del poder público debe entenderse frente a todo el ordenamiento jurídico, del cual forman parte los reglamentos, ordenanzas y demás actos normativos.”²⁵

24 Rondón de S. H, Procedimiento Administrativo. pág. 47.

25 Brewer C. A, Comentarios Constitución de 1999. pág. 308.

Fundamento y Garantías del Principio de Legalidad

El fundamento axiológico del principio de la legalidad esta el proteger el ejercicio pleno de los derechos de los particulares contra las actuaciones de los órganos del Poder Público que se realicen al margen de la Constitución y de las leyes e incluso por abuso o desviación de poder, tal como lo consagra el artículo 139:

“El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o violación de esta Constitución.”²⁶

En este orden de ideas, la Constitución y las leyes establecen responsabilidades y sanciones; así como las vías de derecho para impugnar las actuaciones de las autoridades que se realicen en contravención a dicho principio positivado en nuestro ordenamiento jurídico.

En virtud, de esta garantía Constitucional es importante señalar, loas garantías que otorgan los preceptos constitucionales; en cuanto al debido proceso de los administrados, cuando señala en sus artículos 25, 26 y 27 lo siguiente:

“Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad civil, penal y administrativa, según los casos, sin que le sirvan de excusa ordenes superiores.”

²⁶ Brewer C. A, Comentarios Constitución de 1999. pág 308.

“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia y hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

“Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun en aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.”²⁷

La Competencia y el Procedimiento en el Principio de Legalidad Administrativa

La Ley Orgánica de la Administración Pública, consagra en su artículo 4 el principio de Legalidad Administrativa, concatenado con el artículo 26, en los siguientes términos:

“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 los particulares”.²⁸

²⁷ Parra M, G, Manual de Derecho Administrativo General, pág 255.

²⁸ Ley Orgánica de la Administración Pública.

“Toda competencia otorgada a los órganos y entes de la administración pública será de obligatorio cumplimiento y ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos legalmente...omissis...”.²⁹

De la transcripción se desprende que el artículo 4, consagra el principio de legalidad administrativa, pero vinculado a la competencia, estableciendo límites a las normas atributivas de dicha competencia, en efecto, confiere mayor importancia al principio de legalidad en el ámbito de la competencia, en el sentido de que todo lo relacionado a la asignación, distribución y ejercicio de la competencia de los órganos y entes de la administración pública, deben estar establecidas en la Constitución, en las leyes o en actos administrativos de carácter normativos, dictados conforme a la ley.

En otro orden de ideas, el artículo 26 anteriormente mencionado, establece que las competencias otorgadas a los órganos y entes de la Administración Pública son de obligatorio cumplimiento y deben ser ejercidas en las condiciones, límites y procedimientos establecidos legalmente, con lo cual se reitera lo señalado en relación a que los órganos y entes deben actuar dentro del marco, límites y fines establecidos en las normas atributivas de competencia, so pena de incurrir en abuso o desviación de poder. En conclusión la ley orgánica de la administración pública, es clara al señalar, que exige que los procedimientos para el ejercicio de la competencia debe estar preceptuados en las normas establecidas en las leyes.

²⁹ Véase. Ley Orgánica de la Administración Pública.

CAPITULO III

LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SUS LÍMITES

Tradicionalmente se ha establecido una estrechísima relación conceptual entre principio de legalidad y discrecionalidad administrativa, o lo que podemos llamar potestades discrecionales de la Administración.

Discrecionalidad y Arbitrariedad

Estos dos conceptos son antagónicos, es decir, incompatibles, en virtud que un acto discrecional no implica arbitrariedad ni injusticia, por que una decisión de la administración puede ser tomada basada e criterios de discrecionalidad, tomando en cuenta que fue aceptado en beneficio del trabajador, cosa distinta, es un acto arbitrario, en virtud de que proviene de una decisión unilateral, sin importar o no el beneficio del administrado.

En este orden de ideas, la palabra arbitrariedad es relativamente moderna y el adjetivo que le da vida a su nacimiento es latino denominado “arbitrarius”. Arbitrariedad, según el diccionario de la Real Academia española es: “ El acto de proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por voluntad o el capricho de una persona”. A partir de Locke y Montesquieu, es decir, en el siglo de la razón y las luces el término “arbitrario” siempre se asocia a los significados peyorativos que de él se hicieron, entre otros, despóticos, tiránicos, absolutos, no limitado por ley alguna, caprichoso.³⁰

³⁰ Lares M, E, Manual de Derecho Administrativo. pág. 78.

Por el contrario, la Discrecionalidad alude al acto por el cual la administración elige libremente, cuando la ley le otorga un margen para ello, una solución concreta entre varias posibles, mas tal decisión no se deja al capricho o a la mera voluntad de la administración, pues ella se encuentra sometida al derecho y a los límites que éste le impone.

Ahora bien, qué es lo que marca la distinción entre lo discrecional y lo arbitrario, en primer lugar puede decirse que la motivación, porque indudablemente que si no hay motivación, el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopta y de allí, su arbitrariedad. ³¹

De manera que, la motivación constituye, un elemento de singular importancia a los fines de evitar la arbitrariedad, con sobrada razón la motivación, elemento del acto administrativo que la jurisprudencia venezolana debe revalorizar y en tal sentido, exigir con mayor rigidez a los efectos de erigirse como un freno a la arbitrariedad de la administración, es requerida en mayor medida en los actos discrecionales que en los reglados.

De allí, que las nuevas corrientes sostienen, por el contrario que es en el acto discrecional donde debe imponerse la obligatoriedad de motivar, para impedir así que la administración proceda arbitrariamente. Con la obligatoriedad motivar simplemente se le exige que exprese cuáles fueron esas razones, nunca falsas ni caprichosas, ni colindantes con la arbitrariedad. ³²

31 Revista de Derecho administrativo nro 9. Pág. 17.

32 Revista de Derecho administrativo nro 9. Pág. 18.

En tal sentido, queda claro que discrecionalidad es un concepto que se contrapone al de arbitrariedad, siendo la motivación un elemento determinante a los fines de establecer la frontera entre lo discrecional y lo arbitrario. De acuerdo a estas precisiones, se entiende el ejercicio del poder discrecional, como la potestad atribuida por el legislador a la administración de apreciar libremente las circunstancias de hecho y adoptar una decisión escogiendo entre varias alternativas igualmente justas, tiene un límite absoluto: el acto que se dicte en ejercicio de poderes discrecionales no podrá ser arbitrario.

En esta etapa, es donde juega un papel fundamental el juez contencioso-administrativo, en virtud, de que le corresponderá controlar el poder discrecional y establecer el límite entre discrecionalidad y arbitrariedad, por lo que es oportuno precisar como la ciencia conceptualiza, la arbitrariedad, en tal sentido citaremos a dos visiones, como son: 1-Arbitrariedad: El proceder o dictamen según el propio capricho y contra las reglas de la razón.³³ y según Osorio la Arbitrariedad: es el acto, conducta, proceder contrario a lo justo, razonable o legal, inspirado sólo por voluntad, el capricho o un propósito maligno.³⁴

³³ Rudy Díaz, Diccionario Jurídico. Pág. 103.

³⁴ Osorio, Diccionario de ciencia, jurídica y sociales. Pág. 63.

Consagración Legal de la Potestad Discrecional y sus Límites en Venezuela

La consagración legal de la potestad discrecional, la encontramos en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y sus límites, cual expresamente señala lo siguiente:

“ 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 con los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia”.³⁵

La precitada disposición configura, el denominado “principio de racionalidad” como patrón de la discrecionalidad, el cual se desdobra en la necesaria proporcionalidad como criterio cuantitativo; y en la necesaria adecuación, como criterio cualitativo, lo cual permitiría al juez valorar el mérito de los actos, a los efectos del control de legalidad, mediante la comparación de la situación de hecho que los motiva y los resultados obtenidos para la actuación administrativa.³⁶

Como conclusión, es importante notar que, de conformidad con la precitada disposición, la posibilidad de disponer de un margen libre de apreciación, que permita al órgano administrativo aplicar sus criterios de oportunidad y conveniencia no proviene sólo del legislador, sino también puede nacer por vía reglamentaria.

³⁵ VII, Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Allan Randolph Brewer-Carias. Pág. 93.

³⁶ Rondón de S, H, Teoría General de la Actividad Administrativa, organización, actos internos, Pág. 89.

Ahora bien, el artículo 12 de la mencionada Ley Orgánica de procedimientos Administrativo, también consagra los límites a los cuales estará sometida la potestad discrecional de la administración en sus actos, de manera, que siempre que una norma otorgue a la Administración la facultad de valorar subjetivamente la aplicación de la norma, pero dicha potestad estará limitada por las condiciones señaladas en el mencionado artículo, los cuales son:

1. la proporcionalidad, el acto administrativo discrecional debe ser equilibrado y ajustado al supuesto de hecho examinado, no puede ser desproporcionado, en virtud de que la desproporción implica la arbitrariedad del ente que lo dictó, es decir, la proporcionalidad como límite a la discrecionalidad no sólo rige respecto de la aplicación de las sanciones, sino en general, respecto de toda medida discrecional que dicte la administración pública en el ejercicio de sus funciones.
2. La adecuación al supuesto de hecho: es decir, debe haber adecuación entre lo decidido y el supuesto de hecho que originó tal decisión, de allí que la administración por intermedio de sus funcionarios debe calificar el supuesto de hecho de manera adecuada, es decir, el supuesto de hecho debe haber sido comprobado, verificado, teniendo al carga de probar la administración.³⁷

En este sentido, Brewer-Carias es del criterio que, en primer lugar, todo acto administrativo debe tener una causa o motivo, identificado, precisamente, en los supuestos de hecho. Por tanto, la causa es un elemento esencial del acto: no puede haber acto administrativo sin causa y sin supuesto de hecho.

37 VII, Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Allan Randolph Brewer-Carias. Pág. 94.

En segundo lugar, debe haber adecuación entre lo decidido y el supuesto de hecho, y para que ello sea cierto, es necesario que ese supuesto de hecho sea comprobado, estando la Administración obligada a probarlo. El acto por tanto, no puede estar basado en una apreciación arbitraria de un funcionario.³⁸

3. Finalidad: El acto discrecional debe ajustarse a los fines de la norma, en el sentido en que la decisión de la administración no puede desvirtuar el objeto buscado por la normativa que le otorgó esa potestad discrecional, de allí que la no adecuación a los fines de la norma da origen al vicio de desviación de poder,
4. Y por último la formalidad: Todo acto administrativo para que adquiera validez debe seguir los trámites, requisitos y formalidades necesarias para su eficacia y validez. Para Peña Solis, “ el respeto a la estructura procedimental contemplada en la ley, es consagrado por el citado artículo 12 en un requisito de validez y eficacia de los actos discrecionales, cuyo cumplimiento puede conducir en sede jurisdiccional o administrativa, a la nulidad de dichos actos.³⁹

Finalmente, el incumplimiento de estos extremos en el caso de los actos sujetos a la discrecionalidad de la Administración Pública, da apertura al camino para el control judicial del acto cuestionado, en el sentido en que éste será nulo si incumple cualquiera de los requisitos mencionados anteriormente, de manera que el particular cuyos intereses han sido afectados por el acto arbitrario de la administración, podrá recurrirlo alegando

³⁸ VII, Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Allan Randolph Brewer-Carias. Pág. 70.

³⁹ Peña S, J, Manual de derecho administrativo adaptado a la constitución de 1999. Pág. 88.

el vicio en la causa o el vicio de desviación de poder, en caso de que se desvirtúe la finalidad del acto, los cuales acarrearán la nulidad del acto.

En otro orden de ideas, los límites de la discrecionalidad de acuerdo a la doctrina venezolana, se pueden concebir de la siguiente manera: a- El control sobre los elementos reglados del acto, b- El control sobre los hechos determinantes de la discrecionalidad administrativa, c- El principio de igualdad, y d- La desviación de poder.

Siendo así las cosas, es oportuno explicar cada uno de ellos, tal como lo señala la autora Maria Amparo Grau, en la jornada internacionales de derecho administrativo, en su ponencia, cuando se refiere al control de los elementos reglados del acto, señala que: Todos los actos administrativo discrecionales tienen elementos reglados, directamente relacionado con la potestad de actuar de la administración, aún en el más discrecional de los actos, los mismos pueden ser controlables por los órganos jurisdiccionales; en cuanto al control sobre los hechos determinantes de la discrecionalidad administrativa, de manera que para que la administración goce de la potestad discrecional, se debe verificar de manera previa el supuesto de hecho de la norma que el atribuya tal potestad, es decir, en los actos discrecionales se puede controlar la existencia real de los hechos determinantes, así también, tenemos el principio de igualdad, en el sentido, de que un acto discrecional, que cumpla con sus requisitos, no puede atentar con el principio de igualdad para toda la colectividad y por último la desviación de poder, es decir, el acto contiene una finalidad errónea y diferente a la prevista por el acto.⁴⁰

Finalmente, el tribunal Supremo de justicia, ha considerado la desviación de

40 VII, Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Allan Randolph Brewer-Carias. Pág. 95.

poder como un medio de control de la discrecionalidad del acto administrativo en la decisión de la Sala Político Administrativa de fecha 06 de marzo de 1995 (Caso: Ingrid Spiritto Rodríguez vs Consejo de la Judicatura).

Conceptos Jurídicos Indeterminados y la Discrecionalidad Técnica

Cuando hablamos de conceptos jurídicos indeterminado, estamos haciendo referencia aquellos términos contenidos en la ley sujetos a la interpretación del órgano administrativo en la aplicación del acto.

Es de hacer notar, que la doctrina sostiene que la aplicación e interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados es un mecanismo diferente al aplicado cuando la ley atribuye a la administración facultades discrecionales.

Así, la determinación del concepto jurídico indeterminado es un proceso reglado, por cuanto éste se trata de subsumir en una categoría legal, una realidad concreta. Por cuanto en la interpretación del concepto debe encontrarse una única solución justa para el caso en particular, los jueces están facultados para controlar la aplicación de esa solución desde el punto de vista fáctico jurídico.

En Venezuela la jurisprudencia ha diferenciado la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados y ha establecido que los actos administrativos dictados con base en la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, son controlables, por cuanto tal interpretación debe ajustarse

al fin de la norma que contiene el concepto. Ahora bien, en cuanto a estos conceptos indeterminados, se debe hacer referencia al término de discrecionalidad técnica, que proviene de la doctrina Italiana, y se da en el supuesto al cual su decisión debe ser sometida a criterio puramente técnicos que gobiernen la materia en cuestión.⁴¹

Esto quiere decir, que cuando la ley otorga al órgano la facultad de determinar la solución de un acto administrativo, lo cual haría a través de una discrecionalidad común, debe basarse en criterios puramente técnicos en atención a la materia del acto administrativo cuestionado. Brewer Carias sostiene que la discrecionalidad técnica no es controlable judicialmente pues se trata de cuestiones técnicas que han de resolverse a la vista de un juicio técnico emitido por un órgano especializado de la administración.

En contraposición al maestro Brewer, se encuentra la opinión de Hildegard Rondon de Sansò que señala que la discrecionalidad técnica es, en efecto, un juicio especializado emitido por la administración, pero que ese juicio, no determina de manera definitiva la decisión adoptada por la administración, por tanto la decisión final tomada por la administración sí será recurrible por cuanto en ella se evaluará diversas opciones para emitir el acto.⁴²

Como conclusión, del punto, es preciso señalar, que de acuerdo a las investigaciones tanto doctrinaria y jurisprudenciales, la discrecionalidad técnica apoyada por la doctrina italiana, debe ser tomada en cuenta como un elemento reglado del acto al cual podrá ser controlado como tal.

41 VII, Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Allan Randolph Brewer-Carias. Pág. 96.

42 VII, Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Allan Randolph Brewer-Carias. Pág. 99.

CAPITULO IV

La Potestad Discrecional como Expresión Concreta del Principio de Legalidad

Es necesario señalar que es posible todavía encontrar en la doctrina la tesis que concibe la discrecionalidad como una excepción al principio de legalidad administrativa, de tal suerte que dicha potestad sería la consecuencia de la existencia de una laguna legal, ya que ante el silencio de la ley nacería a favor de la administración un ámbito de libertad de actuación. Desde ya, afirmamos que se trata de una postura absolutamente superada desde hace varias décadas, puesto que muy por el contrario, la potestad discrecional de la Administración constituye una demostración incuestionable de la plena vigencia del principio de legalidad administrativa, por lo que no puede ser concebida, como el producto de una situación de indeterminación de reglamentación jurídica. 42

Asimismo, Peña Solís menciona a Santamaría quien afirma que el poder discrecional, no es producto del reconocimiento de un ámbito de libertad a la Administración, sino la consecuencia de una remisión normativa; opinión que es muy acertada, en virtud de que conduce a sostener, pese a la libertad de elección propia del concepto de poder discrecional, que éste no puede existir, y quizás en términos más radicales, ni siquiera puede pensarse fuera del contexto del principio de la legalidad administrativa.43

42 Peña S, J, El principio de la Legalidad y la Discrecionalidad administrativa en Venezuela. pág. 732.

43 Peña S, J, El principio de la Legalidad y la Discrecionalidad administrativa en Venezuela. pág. 733.

Por lo tanto, a criterio de este autor, sólo es posible hablar de la potestad discrecional de un ente público u órgano administrativo cuando haya sido atribuida expresamente por una norma legal, pues de lo contrario será un poder arbitrario. De manera que, la potestad discrecional no es más que la concreción en términos operativos del principio de legalidad, resulta fácil inferir entonces que la existencia o no de discrecionalidad dependerá de la forma en que el legislador atribuya sus a los entes públicos y a sus órganos. Por lo que desde otro punto de vista, sostiene la doctrina italiana, que no se deja a la administración ningún espacio para el ejercicio de la potestad, motivo por el cual deberá predicarse la inexistencia de la discrecionalidad.⁴⁴

En consecuencia, y tomando en cuenta las consideraciones anteriormente expuestas, resulta sencillo identificar la existencia de una potestad discrecional de la Administración, pues basta con examinar las normas atributivas de competencia de un ente público, o de un órgano administrativo, de manera que si esas normas confieren un espacio para decidir al órgano competente, en relación con uno o varios elementos que condicionan el ejercicio de dicha potestad, podrá apoyarse el carácter discrecional de la misma, y si por el contrario, no existe la posibilidad de un espacio decisorio, podrá apoyarse el carácter de reglado o vinculado a la voluntad de la ley la potestad pública.

⁴⁴ Peña S, J, El principio de la Legalidad y la Discrecionalidad administrativa en Venezuela. pág. 734.

Las Potestades no Discrecionales, Vinculadas o Regladas

Todas las potestades públicas, que son conferidas a la Administración, tienen su origen en un proceso de operatividad del principio de legalidad administrativa, el cual da lugar tanto a las potestades discrecionales como a las no discrecionales, dependiendo de la conformación de la norma que atribuya su competencia. Hay que tomar en cuenta lo siguiente, las potestades no discrecionales, es decir, las establecidas en las normas, es lo que se denominan como potestades vinculadas o regladas, y la ley establece todos y cada uno de los presupuestos para su ejercicio y aplicación, con la correspondiente consecuencia jurídica, la cual se traduce en la decisión, igualmente prevista en la ley.

Realmente la norma atributiva de la potestad lo que hace es configurar una relación causa efecto entre los requisitos y condiciones para el ejercicio de la potestad y el resultado del mencionado ejercicio, de tal forma que la administración reduce su actividad a aplicar casi automáticamente el dispositivo normativo, en virtud de que carece de margen alguno de apreciación, o mejor dicho, no tiene ninguna posibilidad de seleccionar la decisión que debe adoptar, en virtud de que la misma aparece delineada claramente en la ley. ⁴⁵

Por lo que queda en evidencia que en el caso de las potestades regladas o vinculadas a la ley no es el órgano administrativo el que determina los efectos del acto que resulta de su ejercicio, dado que esos efectos son

45 Peña S, J, El principio de la Legalidad y la Discrecionalidad administrativa en Venezuela. pág. 756.

determinados por la ley, los cuales se desencadenan en el momento de la verificación de los presupuestos de hecho del acto, razón por la cual la administración sólo se limita a actuar o ejecutar la ley.

La doctrina Italiana comentada por Peña Solís, señala que las potestades públicas encuentran su concreción con mayor frecuencia en las actividades administrativas meramente cognoscitivas, dirigidas a verificar ciertas cualidades o características de personas o cosas, tal como ellas se evidencian en la realidad: "El resultado de esta actividad cognoscitiva (de verificación) es traducido en actos jurídicos productores de efectos establecidos por la ley (CERULLI). En esta línea de pensamiento se ubica GIANNINI cuando afirma que "no hay discrecionalidad en la actividad cognoscitiva de las administraciones, así como en todas aquellas actividades que se concretan solamente en manifestaciones de actividades de ciencia, de opinión, de juicio, falta en todos estos casos el momento de escogencia."⁴⁶

De manera que se puede concluir, que la diferencia entre las potestades discrecionales y las no discrecionales (las regladas), radica exclusivamente en el margen de libertad para actuar que concede la norma a la administración, sin embargo, es importante acotar que, los actos que resultan del ejercicio de ambas son iguales, tanto en lo atinente a sus efectos, como las situaciones jurídicas que pueden afectar los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares.

⁴⁶ Peña S, J, El principio de la Legalidad y la Discrecionalidad administrativa en Venezuela. pág. 757.

Técnicas o Modalidades de Control de la Inserción de la Discrecionalidad Dentro de la Juridicidad

No es lo mismo consentir el control de la discrecionalidad que el control del ejercicio de la discrecionalidad dentro de la actuación administrativa, en virtud, de que su inserción en la juridicidad es lo que puede ser controlado. Las técnicas más avanzadas de control por los hechos acaecidos, los principios generales del derecho, las reglas técnicas objetivas, el fin, la motivación, la razonabilidad y otros, implican, en sustancia, una revisión de la juridicidad del obrar administrativo.

Todo lo anterior, debe ser reconducido, entonces al bloque de lo reglado o vinculado a la ley, y estudiado como elementos de la juridicidad del acto, más que como límite a la discrecionalidad, aun cuando generalmente en la práctica sirven como tales.

Una visión diferente del control del ejercicio de la discrecionalidad por los conceptos jurídicos indeterminados, puede importar al desarrollo de una actividad vinculada implícitamente (reglas técnicas, uniformes, estándares de objetivos) o bien discrecional, según sea el caso concreto a resolver. Pueden ser determinables, por tanto, mediante un proceso intelectual puro.⁴⁷

47 Sesin D, J, Administración Pública, discrecional y Técnica. pág. 757.

Es necesario analizar cada supuesto real de aplicación de los referidos conceptos, para entonces determinar con certeza si su operatividad admite una o varias soluciones igualmente correctas para el derecho. En definitiva los conceptos jurídicos indeterminados sólo sirven parcialmente para delimitar el uso de la discrecionalidad, por cuanto esto depende de la posibilidad de utilizar parámetros objetivos o no en su realización concreta. De manera que, la conducta administrativa en relación con el ordenamiento puede ser: vinculada de forma precisa: cuando existe una normativa expresa y clara sobre la actividad que debe desarrollar el órgano, y vinculada en forma implícita, cuando es determinable objetivamente mediante reglas lógicas, técnicas, de experiencia, que tengan universal consenso o sean, al menos tolerables, y por último, las desvinculadas: son objetivamente indeterminables e integrable subjetivamente en virtud de la discrecionalidad, mediante una apreciación volitiva o valorativa, pero siempre dentro del marco de la juricidad.

Se debe también analizar si se han transgredido las llamadas facultades regladas y los límites de la discrecionalidad, equivale a decir, en el lenguaje propuesto, que ambos aspectos forman parte de la juricidad, en virtud de que el juez no sólo controla los límites externos, relacionados con los aspectos formales en un sentido amplio, sino también fiscaliza algunas fases del decisorio interno, como logicidad, razonabilidad, coherencia concordancia, paridad de tratamiento, justicia, buena fe. La Labor del Juez abarca, en consecuencia, dos perspectivas diferentes relacionadas con el procedimiento decisorial y algunos aspectos sustantivos. En conclusión, la prudencia frente a soluciones medianamente aceptables, y el coraje antes el abuso la arbitrariedad, el error manifiesto y la injusticia, constituyen pautas rectoras que el juzgador debe tener presente en el no poca veces ambiguo proceso administrativo.

CONCLUSIONES

Una vez realizada la presente investigación, este autor concluye que el Principio de la legalidad implica que el acto administrativo debe estar supeditado a la existencia previa de una norma atributiva de competencia y al cumplimiento por parte de la administración del trámite regulado igualmente en una norma preexistente, es decir, se refiere a un bloque de legalidad, al cual comprende una norma en sentido material, los principios generales del derecho y el principio de auto vinculación administrativa.

En contraposición a la legalidad, hay que tomar en cuenta la existencia de la discrecionalidad como un instrumento de la administración para aplicar las normas cumpliendo el fin de interés público, a través de actuaciones concretas, proporcionales, razonables y eficaces, en este sentido, permite a la administración en ejecución de la norma jurídica que le atribuye la competencia, aplicar criterios técnicos, políticos o de oportunidad y conveniencia.

De manera que se puede concluir, que la discrecionalidad administrativa es una realidad y una necesidad, pues atañe a la esencia de la función administrativa-administración en sentido material, como función estatal autónoma que da lugar a la existencia misma de la administración, ahora en sentido orgánico, como uno de los poderes fundamentales del Estado.

También es importante señalar, que la discrecionalidad y la arbitrariedad no son los mismo, son dos cosas totalmente distintas, pues la legalidad es limite de la discrecionalidad, en cuanto a la veracidad y congruencia del supuesto de hecho de la norma; la finalidad es el interés público, las formalidades el

cumplimiento de todos los trámites legales y los principios de proporcionalidad e igualdad.

Tanto la doctrina y la jurisprudencia en Venezuela tienden a admitir el control judicial de la discrecionalidad, de la determinación de los conceptos técnicos, que en el caso de la materia sancionatoria o limitativa de los derechos de los particulares, su definición debe hacerse de manera previa mediante normas reglamentarias que garanticen la seguridad jurídica y no debe entenderse como la atribución de potestades discrecionales a la administración para decidir los elementos típicos del hecho sancionable en el acto administrativo particular mediante el cual aplique las normas prohibitivas.

Finalmente, el juez basado en los poderes discrecionales entiende que tiene que ser controlada la actividad de la administración en cuanto a la correcta apreciación de los elementos de hecho y de derecho, la necesaria prueba de los extremos requeridos en la ley y la veracidad y congruencia de los fundamentos aducidos y el respeto de los procedimientos y de las garantías del afectado.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Brewer-Carias. Allan R (1982). **El derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos**. Caracas: editorial jurídica venezolana. 1era edición. Colección estudios jurídicos n° 16.
- Brewer-Carias. Allan R (2000). **V Jornadas de Derecho Administrativo**. Caracas: Requisitos y Vicios de los Actos Administrativos. Editorial Arte. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo.
- Brewer-Carias. Allan R (1994). **Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana**. Editorial Jurídica Venezolana. Colección estudios jurídicos N° 49, 2da edición. Caracas.
- Balzan-P. Juan C (1998). **La Potestad Revocatoria de la Administración**. Caracas: editorial Sherwood. Colección cuadernos n° 1.
- Balasso T. Caterina (1998). **Jurisprudencia sobre actos administrativos**. Caracas: editorial Jurídica venezolana. Colección jurisprudencia n° 7.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000)**. Comentada por Allan R. Brewer-Carías. Caracas: Editorial Arte.
- Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2001)**. Editorial Italgráfica. Vol I. Caracas
- Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2001)**. Editorial Italgráfica. Vol II. Caracas
- Lares. M .Eloy (1998). **Manual de Derecho Administrativo**. Décima primera edición. Caracas: editorial Inter-textos Consultores.
- Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1993)**. Comentada por Brewer-Carías, Rondón de S y otros. Caracas: editorial jurídica venezolana. Colección de textos jurídicos N° 1.
- Ley Orgánica de la Administración Pública (2003)**. Comentada por Brewer-Carías, Chavero, Rafael. Caracas: editorial jurídica venezolana. Colección de textos legislativos N° 24, 2da edición.