

Tema 10. Principio de Legalidad

Sumario: CONCEPTO: Introducción. DOCTRINAS: Cuestión previa. Doctrina de la vinculación. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: LEY O DERECHO: Tesis restrictiva. Tesis amplia. Sanción de la infracción del principio de legalidad. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA: Potestad administrativa. Potestad administrativa discrecional. Régimen jurídico. Control jurisdiccional. OTROS PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO: Principio del respeto a los derechos fundamentales. Principio de garantía o integridad patrimonial. Principio del control jurisdiccional de la legalidad administrativa.

CONCEPTO

A. INTRODUCCIÓN

I. ELEMENTO JURÍDICO-FORMAL

§355. **Planteamiento** — El segundo principio general del Derecho público, y a la vez elemento de carácter jurídico-formal del Estado de Derecho, es el principio de legalidad, que constituye la más importante de las columnas sobre la que se asienta el total edificio del Derecho administrativo (GARRIDO FALLA). En este sentido, la jurisprudencia nacional ha sostenido que es un principio desde el cual se erige, desde su nacimiento, el Estado de Derecho (Véase Sent. del TSJ/SPA (1724), de fecha 27 de julio de 2000, RDP N^o 83, p. 105), principio fundamental que sirve de soporte a la concepción del Estado de Derecho (Véase Sent. de la CFC/CP, de fecha 12 de noviembre de 1947, M. 1948, pp. 10-13).

II. ORIGEN HISTÓRICO

§356. **Importancia** — El principio de legalidad es el rasgo más importante de los sistemas jurídicos contemporáneos, en virtud del cual toda actividad pública y aun privada debe, en un Estado determinado, ser conforme al Derecho que está en vigor en el momento en que tal actividad se realiza.

En sus orígenes el concepto que se denomina legalidad alude a “la sujeción de la Administración Pública a la ley”, razón por la cual la función administrativa siempre es de rango sublegal y es también, desde el punto de vista práctico, el rasgo más manifiesto de la noción de Estado de Derecho, no obstante el hecho de que los términos y contenido en que este limita a aquel, es objeto de polémicas doctrinales y ha experimentado cambios históricos de significación.

En suma, el principio de legalidad definido en sus orígenes significa que la Administración Pública, en su totalidad, debe respetar la ley y no puede ni derogarla ni modificarla, lo cual establece la superioridad del legislador sobre las Administración Pública.

III. CONCEPTO

§357. Consagración constitucional — El principio de legalidad es consagrado en el Derecho positivo por una disposición constitucional y, por tanto, tiene fuerza superior a la ley, en los términos siguientes: “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” (Art. 137 de la C), consagrándose así el principio de legalidad (Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fechas 6 de junio de 1985, 6 de junio de 1991, RDP N^o 46, p. 80; y de la CPCA, de fecha 16 de diciembre de 1987, 2 de febrero de 1993, RDP N^o 53/54, p. 183), y comporta la sujeción que debe tener el Poder Público al obrar con respecto a un Ordenamiento jurídico preexistente (Véase Sent. N^o 674 del TSJ/SC, de fecha 28 de abril de 2005).

Con el uso, el término de legalidad ha recibido una acepción más amplia y ha pasado a ser sinónimo de regularidad jurídica, de juridicidad (WEIL), denominado por ello también principio de juricidad o de juridicidad, en su concepción integral de “bloque de la legalidad” (HAURIUO). Así, la construcción constitucional pretende, pues, un imperio del Derecho, donde además de las normas jurídicas se encuentran todos los “valores” constitucionales, desde los proclamados “superiores” en el propio Art. 2 de la C, hasta los esparcidos a lo largo del Texto Fundamental, en los que se incluyen ciertas garantías institucionales, así como los principios generales del Derecho.

§358. Consagración legal — El principio es ratificado por el Art. 4 de la LOAP cuando dispone que 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, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo (sic) dictados formal y previamente conforme a la ley en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico.

En consecuencia, la Administración Pública debe ceñirse al denominado principio de legalidad, el cual no solo exige conformidad de las actividades funcionales de la Administración Pública con la norma o regla de Derecho preexistente, tanto exógena, esto es, la que es impuesta desde fuera, por la Constitución y la ley, como endógena, constituida por la norma que emana de su propio seno.

DOCTRINAS

A. CUESTIÓN PREVIA

§359. **Planteamiento** — Si la expresión “legalidad” viene a designar la cualidad de aquello que es conforme a la ley –entendida esta en su sentido amplio, equivalente a Derecho–, es preciso entender que hoy “legalidad” equivale al Ordenamiento jurídico entero referido, por tanto, a lo que magistralmente HAURIUO denominó “vinculación al bloque de la legalidad”.

Con el principio de legalidad se debe entender hoy que la Administración Pública está subordinada al Ordenamiento jurídico entero, comprendiendo la condición de que debe actuar con arreglo al Derecho, incluido aquel que ella misma elabora. Sin embargo, el auténtico problema lo constituye el desentrañar a través de qué proceso se verifica la atribución de las potestades administrativas a la Administración Pública en cada caso y qué consecuencias comporta.

§360. **Doctrinas** — Con respecto a la posición en que se encuentra la Administración Pública frente al Derecho, los términos en que se produce la vinculación de aquella al Derecho y cuál es su contenido, han sido dos las doctrinas principales que han tratado de explicar las relaciones existentes entre la Administración Pública y el Derecho o, en otras palabras, la función del principio de legalidad para la Administración Pública, y son cronológicamente: (i) la vinculación negativa (*negative Bindung*: WINKLER, STAHL); y (ii) la vinculación positiva (*positive Bindung*: MERKL).

Si bien ambas doctrinas configuran a la norma como límite, lo cierto es que hay notables diferencias. La primera teoría considera que la posición de la Administración Pública no difiere fundamentalmente de aquella que tienen las personas frente al Derecho; y la segunda teoría pone especial énfasis en que la Administración Pública es un Poder no soberano del Estado, que constituye una persona jurídica, sea genérica (fisco), sea específica (por ejemplo, los institutos autónomos).

B. DOCTRINA DE LA VINCULACIÓN

I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: LÍMITE

§361. **Planteamiento** — Que la Administración Pública se encuentra vinculada al Derecho es un punto totalmente pacífico en las doctrinas iuspublicistas contemporáneas y, por tanto, el Derecho constituye un límite para el obrar de la Administración Pública. Sin embargo, los términos y ámbitos en que

el Derecho limita y vincula a la Administración Pública son objeto de arduas polémicas.

El principio de legalidad presupone una cierta relación entre: por un lado la Administración Pública y su actividad; y por el otro el Derecho o la ley en estricto sentido, según sea entendido; pero los términos de dicha relación no son tratados en general por la doctrina con la exactitud y precisión que requieren, por lo que puede llegarse a conclusiones diametralmente opuestas.

El principio de legalidad es de la esencia del Estado de Derecho, tal cual éste se ha elaborado en la historia constitucional y administrativa y significa: (i) negativamente que ninguna manifestación de la potestad o función administrativa debe contrariar a una norma jurídica vigente; (ii) positivamente implica la exigencia para toda potestad o función administrativa de una habilitación legislativa formal, la llamada reserva legal.

a. *Teoría de la vinculación negativa (noción mínima)*

§362. **Concepto** — Para una primera concepción del principio de legalidad de la Administración Pública, la denominada vinculación negativa (*negative Bindung*) de WINKLER, la Administración Pública se vincula negativamente a la ley que opera como un límite externo a una básica libertad de determinación: *quae non prohibita, permissa inteliguntur*: es decir, que la ley actuaría como límite de la actuación libre de la Administración Pública, esta quedaría legitimada en su actuación simplemente con probar que no hay precepto legal en su contra y que significa: (i) todo lo que la ley no prohíbe hacer a la Administración Pública se entiende que es campo dejado a su decisión; y (ii) un desarrollo extraordinario de la discrecionalidad o autonomía administrativa libre (*Freie Ermessen*).

§363. **Relación de compatibilidad o no contrariedad** — De ahí que según la teoría de la vinculación negativa, a la Administración Pública le bastaría para que su actuación se adecue a las exigencias del principio de legalidad, el no violar directamente ningún precepto legal, esto es, que exista una “relación de compatibilidad o no contrariedad” entre su actividad y el Ordenamiento jurídico, que postula la teoría del principio en estudio, como un mero límite externo de la función administrativa.

b. *Teoría de la vinculación positiva (noción máxima)*

§364. **Concepto** — Una segunda concepción, denominada vinculación positiva, en la que el Derecho no es ya para la Administración Pública solo un límite externo que señale hacia afuera una zona de prohibición y dentro de la cual, ella puede conducirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la potestad y la

función administrativa, la cual no es válida si no cuenta con una previsión normativa que las habilite.

Este planteamiento es obra de la Escuela de Viena, y fundamentalmente de A. MERKL, que han contribuido a la cobertura normativa de la potestad y de la función administrativa, atributiva de potestades proporcionándole su legitimidad: *quae non permissa, prohibita inteliguntur*. es decir, que la Administración Pública puede actuar: (i) solo cuando la ley le ha atribuido una potestad administrativa; y (ii) dentro del ámbito y medida en que tal atribución habilite su actividad. Hay una “presunción de prohibición” que solo cede cuando la ley habilita el ejercicio de la función administrativa.

Así, según la teoría de la vinculación positiva, toda potestad administrativa: (i) ha de tener origen o derivarse necesariamente de la ley; (ii) debe estar previamente definida por ella; y (iii) solo puede ejercerse de acuerdo con las condiciones que la ley prevea.

§365. Relación de conformidad — De ahí que también de las mismas expresiones antes señaladas puede deducirse que el principio de legalidad exige a la Administración Pública que su actividad se encuentre en una “relación de conformidad” con el Ordenamiento jurídico, que será uno de los postulados de la “teoría de la vinculación positiva” de la Administración Pública al Derecho y significa: (i) como la Administración Pública es ejecución, cada actuación implica un previo precepto que lo permita; y (ii) solo la completa cobertura legal previa legitima el ejercicio de la potestad y la actividad del Poder Público.

§366. Examen de las teorías expuestas — Con arreglo a la teoría la vinculación negativa, la Administración Pública sería libre de actuar del modo que estime pertinente en todos aquellos ámbitos que no están comprendidos bajo el denominado principio de la reserva legal, o simplemente no hayan sido objeto de un desarrollo por el legislador (congelación del rango), entendiéndose facultada para hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley. Por el contrario, allí donde la ley ha ejercido una actuación normativa, la Administración Pública se encuentra limitada en su obrar, en el sentido de que debe respetarla o adecuar su actuación a lo previsto en ella. De este modo se considera que la Administración Pública está, en principio, desvinculada al Derecho y sustancialmente libre de actuar, siendo limitada por la ley en la medida que esta regula ámbitos que, con anterioridad, se encontraban exentos de preocupación legislativa (es un poder discrecional). En conclusión, la teoría de la vinculación negativa considera que la posición de la Administración Pública frente al Derecho no difiere sustancialmente de aquella en que se encuentran las personas frente al mismo.

Con arreglo a la teoría de la vinculación positiva se ha de extraer una conclusión opuesta. La Administración Pública solo puede hacer aquello para lo que expresamente ha sido habilitada por la ley –o el Derecho–, comportando la ausencia de regulación en un campo determinado, una prohibición para la función administrativa y, por tanto, para que su actuación sea considerada válida, debe encontrarse en una “relación de conformidad” con el Ordenamiento jurídico en el sentido anotado.

El Derecho operaría, en ambos casos, como un límite externo, en el sentido de ir sometiendo paulatinamente bajo su dominio, en la medida que lo estime necesario, materias que hasta entonces se encontraban desprovistas de regulación normativa y, por lo tanto, bajo la “potestad discrecional de la Administración Pública”, olvidándose de que la Administración Pública está subordinada al Derecho, por la sencilla razón de que no es soberana.

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: CONDICIÓN

§367. Planteamiento — Se admite, generalmente, por la doctrina jurídica, que el Derecho es un elemento constitutivo y determinante del Estado y, como tal, si condiciona y determina al Estado en su conjunto, debe igualmente condicionar a la Administración Pública que es una de las formas de presentarse el Estado.

La noción del principio de legalidad se considera, en Derecho, como condición de la Administración Pública, desde dos puntos de vista: tanto en su existencia como en su función administrativa, y recibe el nombre de vinculación positiva de la Administración Pública al Derecho, ya que como su propio nombre lo indica, exige un previo apoderamiento legal habilitante en favor de la Administración Pública para que pueda actuar y es posible adelantar, desde ya, que es lo que consagra el Derecho administrativo venezolano.

§368. Condición de existencia y de la función administrativa — En mérito a lo anterior, cada órgano o ente público específico de la Administración Pública debe su existencia al Derecho, pues es este el llamado a crearlo (principio de estatalidad del Derecho: R. ALESSI) y en nuestro Ordenamiento jurídico, específicamente la ley tiene el poder de crear los órganos y entes de la Administración Pública (Arts. 142, 236, num. 20 y 300 de la C), ya que, como personas morales o ideales que son, no pueden nacer por generación espontánea, necesitan de una fuente creadora que es el Derecho y, concretamente, la ley. Es en este sentido que se señala que el Derecho es condición de existencia de la Administración Pública.

En atención a lo expuesto es innegable que las relaciones entre la Administración Pública y el Derecho, que convierten al último en condición de existencia y también de la función administrativa, se plasman en el principio de legalidad, de acuerdo con la doctrina de la vinculación positiva, obedeciendo a una circunstancia necesaria de la esencia misma de aquella y su función como subordinada al Derecho, en cuanto no radica en ella la soberanía, y en cuanto función jurídica es total.

En tal sentido, la jurisprudencia ha señalado que todas las actividades de la Administración Pública deben ceñirse a reglas o normas preestablecidas. De ahí el principio de legalidad de los actos administrativos, según el cual estos carecen de vida jurídica no solo cuando les falta como fuente primaria, un texto legal, sino también cuando no son ejecutados en los límites y dentro del marco señalado de antemano por la ley. (Véase Sent. de la CF, de fecha 17 de julio de 1953, GF N^o 1, 1953, p. 151).

PRINCIPIO DE LEGALIDAD: LEY O DERECHO

§369. Planteamiento — La determinación de si el principio de legalidad postula una relación determinada entre la Administración Pública y su función estatal y el Derecho; o, solamente, entre la Administración Pública y su función estatal y la ley, no es pacífica en la doctrina, según veremos a continuación.

A. TESIS RESTRICTIVA

§370. Ley — Un sector de la doctrina sostiene que el principio de legalidad es un postulado político que consistiría, fundamentalmente, en fijar determinadas relaciones de poder entre el Poder ejecutivo y el Poder legislativo, dando preeminencia a este último por sobre el primero, como consecuencia de ser el representante del pueblo, el depositario de la soberanía.

Por su parte, la jurisprudencia sostiene que el principio de legalidad comporta un doble significado, a saber: (i) la sumisión de los actos estatales a las disposiciones emanadas de los cuerpos legislativos en forma de ley; y (ii) el sometimiento de todos los actos singulares, individuales y concretos, provenientes de una autoridad pública, a las normas generales y abstractas, precisamente establecidas, sean o no de origen legislativo, e inclusive provenientes de esa misma autoridad (Véase Sent. del TSJ/SC (488), de fecha 30 de marzo de 2004, RDP N^o 97-98, p. 180).

B. TESIS AMPLIA

§371. **Derecho** — La tesis amplia del principio de legalidad, esto es, la que postula la relación entre la Administración Pública y su función administrativa y el Derecho considerado en su conjunto, parte de una base totalmente diferente para su estudio.

En primer lugar, considera la situación de la Administración Pública en el marco jurídico elaborado por el Estado de Derecho, en el cual aquella deja de ser prerrogativa del Monarca, quien realizaba la gestión administrativa como la de su propio patrimonio, sometido al Derecho privado, para transformarse en un elemento propio del Estado, siendo la función administrativa una función inherente y propia de este y, por lo tanto, función jurídica. Como consecuencia, el principio de legalidad no es considerado básicamente político, de relaciones de poder entre diversos órganos del Estado, sino como una ley jurídico-teórica que se basa en el hecho de ser las funciones del Estado funciones jurídicas, por lo que carece de excepciones y es inviolable.

§372. **Examen de las teorías expuestas** — La tesis restrictiva presenta al Ordenamiento jurídico de una manera parcializada que no corresponde a la naturaleza de este, el cual debe ser considerado como una unidad. De ahí que el modo correcto de analizar el principio de legalidad es examinando la relación que existe entre la Administración Pública considerada como la representación del Estado y esa unidad irreparable que es el Ordenamiento jurídico, lo que obedece a un esquema único que es susceptible de explicarse a través de la técnica de la atribución de potestades administrativas, esto es, la habilitación respectiva para la función administrativa, a través de sus diversas formas que destruyen, sin apelación alguna, la crítica de la tesis restrictiva que afirma que el estudio del principio de legalidad, considerado en forma amplia, se reduciría al mero estudio de las fuentes del Derecho administrativo.

En tal sentido, se ha verificado un cambio histórico del principio de legalidad en varios sentidos: (i) aparecen coberturas legales de origen administrativo, que son los casos de los decretos-leyes, la legislación delegada a través de las leyes habilitantes y, por último, los reglamentos, con lo cual se ha roto el monopolio exclusivo de la ley formal como única norma; y (ii) la ley formal no agota la regulación de la materia reservada, al regular solo los grandes principios y remitir su desarrollo a los reglamentos.

Por ello ha hecho fortuna la expresión según la cual la Administración Pública debe someterse, no ya a la ley, sino al Ordenamiento jurídico entero referido, por tanto, a lo que magistralmente se denominó “vinculación al

bloque de la legalidad” (HAURIUO), y abarca hoy día el conjunto de normas o reglas de Derecho para hacer jurídicamente correctas las actividades funcionales de la Administración Pública (MOLES CAUBET).

C. SANCIÓN DE LA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

§373. **Teoría de la nulidad** — En el supuesto de que la Administración Pública infrinja de alguna manera el principio de legalidad, el acto jurídico por el cual se comete la infracción estaría viciado, en grado de nulidad absoluta o de nulidad relativa o anulabilidad, según la gravedad, por lo que de impugnarse conforme a Derecho habrá de precederse a la anulación, consistiendo esta sanción en la consecuencia jurídica que se impone ante la transgresión al Ordenamiento jurídico, para lo cual hay que estar a lo que dispone la LOPA, este es el principio general (Arts. 19 y 20 de la LOPA) (Véase Sents. de la CPCA, de fechas 29 de septiembre de 1987 y 4 de noviembre de 1987).

DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

A. POTESTAD ADMINISTRATIVA

§374. **Condición y límites** — El trasunto lógico del Estado de Derecho es el principio de legalidad que surge como reflejo de la soberanía popular, lo cual nos conduce a la afirmación de que, en un Estado de Derecho, no existen poderes ilimitados, ya que la Administración Pública, creada por el Derecho, necesariamente debe estar legitimada mediante habilitación legal del representante de la comunidad que es el Poder legislativo, quien manifiesta típicamente su voluntad a través de la ley.

En efecto, la Administración Pública no está integrada por órganos soberanos, sino por órganos cuya soberanía, autoridad y poder son concedidos por otros órganos del Estado. Esta es una de las claves del Estado de Derecho. De ahí que la atribución de potestades administrativas se conecta pues, con el principio de legalidad haciendo aparecer la ley bajo un doble aspecto: como condición y como límite de la función administrativa (CARRE DE MALBERG).

Por tanto, que la ley ha de habilitar las potestades administrativas es una condición del principio de legalidad, según se desprende del Art. 137 de la C. El principio de sumisión de la Administración Pública al Derecho se consigue por dos vías: (i) cuando el Legislador dicta normas delimitando las esferas jurídicas subjetivas tanto de la Administración Pública como la de las personas; se determina así el conjunto de potestades administrativas de que la Administración Pública dispone y, al mismo tiempo, aparece el límite de la función administrativa; y (ii) mediante el dictado por el Poder legislativo

de una serie de normas de acción, que le señalan los fines y los modos de actuar para conseguirlos.

B. POTESTAD ADMINISTRATIVA DISCRECIONAL

I. CONCEPTO

§375. **Planteamiento** — La doctrina francesa (DE LAUDADÈRE) sostiene que la teoría o principio de legalidad es el foco de un conflicto entre dos grandes intereses: (i) por un lado, la exigencia de garantías en beneficio de las personas; y (ii) por el otro, el hecho de que la Administración Pública tiene necesidad de cierta libertad de acción, o eficacia en la gestión de los intereses públicos.

Al fin y al cabo, la legalidad tiene que aplicar unos correctivos en cuanto a las exigencias de eficacia de la función administrativa en la gestión del interés público, mediante los conceptos de: (i) la discrecionalidad administrativa; y (ii) la teoría de las circunstancias excepcionales.

§376. **Concepto** — La habilitación legal en favor de la Administración Pública que le posibilita un actuar conforme con el principio de legalidad puede suponer diversos grados de predeterminación del ejercicio de la potestad administrativa. A través del sistema de fuentes del Derecho administrativo pueden haberse agotado, como afirma la doctrina española (GARCÍA DE ENTERRÍA), todas y cada una de las condiciones de la función administrativa, en cuanto a que la norma predetermina completamente las condiciones de su ejercicio; es, pues, una conducta reducida a una constación; *lié*, también llamada *accertamento* por la doctrina italiana. O, por el contrario, la norma jurídica remite al juicio subjetivo de la Administración Pública, la concreción de algunos de tales elementos.

En este último sentido, la norma remite parcialmente, para completar el marco regulador de la función administrativa y de las condiciones de su ejercicio, a una estimación o valoración administrativa, solo que no realizada por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación subjetiva por parte de la Administración Pública de las circunstancias singulares que precede al caso aplicativo.

II. CRITERIOS DE DISTINCIÓN

§377. **Plan** — Un examen detenido de la función administrativa efectuado desde el punto de vista de su vinculación con el Ordenamiento jurídico existente sobre la base de una contraposición basada en la forma de predeterminación del ejercicio de la potestad administrativa, nos permite diferenciar

en ella dos clases diferentes: (i) la potestad administrativa vinculada; y (ii) la potestad administrativa discrecional.

§378. Potestad administrativa vinculada — La potestad administrativa de un órgano o ente administrativo es vinculada o reglada, cuando el Ordenamiento jurídico predetermina en forma completa las condiciones de su ejercicio, esto es, cuando establece de antemano qué es específicamente lo que debe hacer en un caso concreto.

§379. Potestad administrativa discrecional — La potestad administrativa será, en cambio, discrecional, cuando el Ordenamiento jurídico le otorgue a la Administración Pública cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 1 de junio de 2000, RDP, N° 82, p. 206). Dicho de otro modo, en el caso anterior es la ley –en sentido lato– y, en otro, es la Administración Pública actuante, quien aprecia el mérito, esto es, la oportunidad o conveniencia de la decisión a tomarse (DE LAUBADÈRE).

En este segundo caso, el Ordenamiento jurídico permite a la Administración Pública que esta sea quien aprecie el mérito (oportunidad o conveniencia) del acto según los intereses públicos; no predetermina cuál es la situación de hecho ante la que se dictará el acto, o cuál es el acto que se dictará ante una situación de hecho. La Administración Pública tiene elección, en tal caso, sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que dictará ante una circunstancia determinada. Así, la potestad administrativa discrecional es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o concretamente, elección entre indiferentes jurídicos (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 16 de diciembre de 1980, RDP N° 5, p. 95).

En todo caso, como muy bien sostiene la doctrina venezolana (MOLES CAUBET), la discrecionalidad administrativa no abona o justifica por parte del Estado ninguna actuación arbitraria o abusiva por encontrarse unida al concepto de oportunidad. En conclusión, la potestad administrativa discrecional no supone ausencia de norma sino, por el contrario, una norma que concede a la Administración Pública libertad de apreciación o escogencia, la cual se halla condicionada por la finalidad de la norma atributiva de competencia (Véase Sent. del TSJ/SC (825), de fecha 6 de mayo de 2004, RDP N° 97-98, pp. 186-187). Así las cosas, en ninguna forma puede considerarse que en los casos de laguna legal de la legislación administrativa, la Administración Pública pueda proceder discrecionalmente.

C. RÉGIMEN JURÍDICO

I. REGULACIÓN

§380. **Directa** — El Ordenamiento jurídico siempre prevé en forma expresa o razonablemente implícita o virtual (Véase Sent. de la CF, de fecha 6 de noviembre de 1958, GF N^o 22, p. 133), las potestades administrativas que tienen los órganos o entes públicos para actuar. Generalmente, también la forma y el procedimiento administrativo debido en que deben exteriorizar sus declaraciones de voluntad, lo cual es un primer e importante grupo de casos de regulación de la función estatal de la Administración Pública. Esta regulación directa se encuentra en relación con el objeto del acto administrativo (por ejemplo, la prohibición del objeto ilícito del acto administrativo o de la revocación de derechos adquiridos).

Ahora bien, gran parte de la Administración Pública consiste en el ejercicio de un poder que permite elegir los medios para la realización del interés público, sea con opciones prefijadas (discrecionalidad de la alternativa), con el libre contenido del acto (discrecionalidad del *quid*) o con las modalidades del modo (discrecionalidad del *quamodo*) (MOLES CAUBET). En consecuencia, el ámbito de la discrecionalidad administrativa puede alcanzar al *ans*, el *quid*, el *quando*, o *quamodo* de la potestad administrativa, lo que permite una amplia gama de manifestaciones de la discrecionalidad administrativa.

§381. **Indirecta o inversa** — Es el caso que, en un gran número de situaciones, no se regula la forma en que la Administración Pública puede actuar frente a las personas, sino las condiciones bajo las cuales estos no pueden ser destinatarios de los actos por la Administración Pública. Llamar a esto “límites de las facultades discrecionales” es erróneo, ya que la Administración Pública se ve constreñida a respetar esas reglas preestablecidas: su situación no es libre pues su conducta le está dictada con antelación por el Derecho.

Se comprende aquí los casos en que el Ordenamiento jurídico regula, no ya la potestad administrativa de la Administración Pública para actuar sobre las personas, sino el derecho público subjetivo o derecho fundamental de la persona a que nadie interfiera en sus actividades.

§382. **Residual** — Finalmente, cuando falta la regulación directa y también la indirecta, no estamos en presencia de la discrecionalidad administrativa, pues el Ordenamiento jurídico prevé la solución de un tercer supuesto. Es el caso de que ni las leyes, ni por tanto los actos de la Administración Pública pueden atentar contra el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona que la Constitución proclama.

II. LÍMITES

§383. **Plan** — Un examen analítico de la reducción de los clásicos círculos de inmunidad jurisdiccional de la Administración Pública en el ejercicio de la potestad administrativa discrecional nos lleva a revisar los temas siguientes: (i) el acto discrecional; (ii) la discrecionalidad técnica; y por último (iii) el concepto jurídico indeterminado.

§384. **Acto administrativo discrecional** — La primera reducción, nos enseña la doctrina, es la afirmación de que no hay acto administrativo discrecional por oposición al acto administrativo reglado, pues aun en los primeros hay elementos reglados suficientes para no justificar de ninguna manera una abdicación total del control jurisdiccional sobre el mismo. Por tanto, concluye la doctrina francesa (HAURIUO) que no hay actos discrecionales; solo hay un cierto poder discrecional de la Administración Pública, que se encuentra más o menos en todos los actos administrativos.

En este sentido, si bien una jurisprudencia aislada distinguió dos categorías de actos: “actos discrecionales” y “actos reglados” (Véase Sent. de la CF, de fecha 17 de julio de 1953, N^o 1, 1953, pp. 151-154), debemos señalar que, desde el punto de vista jurídico, no es correcto diferenciar hoy día entre actos administrativos reglados y actos administrativos discrecionales sino, en todo caso, de actos administrativos dictados en el ejercicio de una potestad administrativa vinculada o de una potestad administrativa discrecional, respectivamente (Véase Sent. de la CF, de fecha 17 de julio de 1953, N^o 1, 1953, pp. 151).

§385. **Discrecionalidad técnica (o regulación técnica)** — El otro proceso de reducción de la potestad administrativa discrecional lo constituye la noción de la discrecionalidad técnica. En algún momento se afirmó que la Administración Pública tenía una discrecionalidad técnica, esto es, una atribución discrecional en materia técnica que tornaba irrevisable los actos administrativos que dictara en ejercicio de esas atribuciones, por oposición a la denominada discrecionalidad administrativa, ordinaria o común. Esto era así puesto que tal concepto dependía también de lo que constituiría, en un primer momento, la expresión técnica: si esta es una mera cuestión opinable o discutible, un acto que puede ser ejercido de diversos modos y de acuerdo con un criterio subjetivo, es lógico afirmar que tal aspecto no puede ser controlado. En cambio, si una técnica es científica y, por lo tanto, por definición, cierta, objetiva, sujeta a reglas uniformes, es obvio que no puede hablarse de discrecionalidad administrativa sino que corresponde hablar de regulación (sujeción a normas, en el caso técnicas).

En realidad, la discrecionalidad técnica no es propiamente tal, pues en esos casos la decisión está sujeta a los principios y reglas de la ciencia o técnica en cuestión, que deben ser tomados en cuenta y aplicarse, más o menos, inmediatamente (Véase Sents. de la CSJ/SPA (235), de fecha 28 de septiembre de 1981, RDP N^o 8, p. 100; CPCA, de fecha 23 de marzo de 1983, RDP N^o 4, p. 154). La discrecionalidad administrativa implica, pues, un juicio de valoración, mientras que la discrecionalidad técnica se funda en un concepto de comprobación.

En conclusión, la doctrina contemporánea señala que no hay, en absoluto, una completa discrecionalidad meramente técnica, ya que los dos términos, discrecionalidad y técnica, son esencialmente inconciliables (R. ALESSI, M. MARIENHOFF, A. GORDILLO y M.M. DIEZ).

§386. Concepto jurídico indeterminado — Finalmente, dentro del proceso de la reducción de las inmunidades jurisdiccionales del poder y, por consiguiente, de la potestad administrativa discrecional, debe también destacarse una de las aportaciones más importantes de la doctrina alemana (E. FORSTHOFF), con fundamento en la teoría del concepto jurídico indeterminado (justo precio, utilidad pública, orden público, etc.), el cual no se debe confundir con la discrecionalidad administrativa.

En atención a lo anterior, y a diferencia de la discrecionalidad administrativa auténtica donde la Administración Pública es libre de elegir entre varias posibilidades, en el caso del concepto jurídico indeterminado no es libre, sino que se trata en lo esencial de una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta, de modo que aquella debe ser buscada acudiendo a criterios de valor y experiencia. Pero lo característico es que la estimación jurídica admite solo una solución justa y correcta (Véase Sents. de la CSJ/SPA (100), de fecha 19 de mayo de 1983, RDP N^o 34, p. 69; y CSJ/SPA (396), de fecha 1 de agosto de 1991, RDP N^o 47, p. 80).

Ahora, siendo esta una operación de naturaleza intelectual, cabe la posibilidad de que la Administración Pública se haya equivocado, y tal error puede ser controlado y corregido por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por ser solo un caso de interpretación a la norma que ha creado el concepto.

D. CONTROL JURISDICCIONAL

§387. Admisibilidad — Pese a que originariamente la potestad discrecional administrativa se configuró como ámbito exento de la ley, la obra de la jurisprudencia y la doctrina juridificó la institución, así como la fue sometiendo paulatinamente al control jurisdiccional de la legalidad administrativa.

En el caso de ejercicio de las potestades administrativas discrecionales cuando “la ley se las conceda directa y categóricamente” (Véase Sent. de la CFC/SF, de fecha 11 de agosto de 1949, G.F. N^o 2, p. 143), el Juez administrativo no puede anular el acto en lo que concierne al mérito o fondo (Véase Sent. de la CF, de fecha 6 de noviembre de 1958, GF N^o 22, p. 134; y Sent. de la CSJ/SPA (188), de fecha 12 de julio de 1984, RDP N^o 19, 1984, p. 124), pues la ley ha entendido dejar libertad a la Administración Pública para apreciar la oportunidad de la decisión, salvo que haya violado los límites de la potestad administrativa discrecional: falta de causa, desproporcionalidad, desviación de poder, etc., pues nunca aquella puede conducir a la arbitrariedad (Véase Sents. de la CF, de fecha 26 de noviembre de 1959, GF N^o 26-125; y de la CSJ/SF, de fecha 8 de junio de 1964, GF N^o 44, p. 119).

§388. Elementos reglados — En este orden de ideas, siendo que la discrecionalidad administrativa no es absoluta, al existir siempre elementos reglados en todo acto administrativo, falta la discrecionalidad respecto al menos de los elementos siguientes: (i) la competencia; (ii) el procedimiento administrativo debido; (iii) la forma o las formalidades (regulación directa); (iv) los presupuestos de hecho (regulación indirecta o inversa), que al ser un requisito objetivo del acto administrativo, su necesaria existencia es vinculada, de modo que el juez administrativo puede entrar a examinar la exactitud, veracidad y congruencia de los fundamentos de hecho y de derecho (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 22 de noviembre de 1988, RDP N^o 36, p. 62); y por último (v) el fin mediante el vicio de desviación de poder (Art. 259 de la C).

§389. Autovinculación — Por último, existe la posibilidad de un control jurisdiccional de legalidad sobre los límites autoimpuestos por la Administración Pública quien puede, perfectamente, reducir *motu proprio* el ámbito de la discrecionalidad administrativa, predeterminando aspectos indeterminados a través de sus reglamentos, circulares e instructivos, e incluso los denominados precedentes administrativos.

En conclusión, la discrecionalidad administrativa no puede concebirse separada del principio de legalidad (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 30 de julio de 1984, RDP N^o 19, p. 125); de ahí que el ejercicio de la potestad administrativa discrecional está sujeta a la prohibición de arbitrariedad *ex* Art. 12 de la LOPA (Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 12 de julio de 1983, RDP N^o 16, p. 133; de la CSJ/SPA, de fecha 11 de diciembre de 1990, RDP N^o 45, p. 82; y CPCA (1279), de fecha 3 de octubre de 2000, RDP N^o 84, p. 131). La discrecionalidad administrativa no equivale a inmunidad jurisdiccional o arbitrariedad, ni constituye una excepción, sino solo un correctivo excepcional al principio de legalidad.

OTROS PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO

A. PRINCIPIO DEL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I. CONCEPTO

§390. **Elemento jurídico-material** — El principio del respeto (la intangibilidad o inmutabilidad) a los derechos fundamentales, constituye otro de los principios generales del Derecho público, a la vez que es el otro elemento de carácter jurídico-material de la cláusula de Estado de Derecho. La afirmación expuesta precedentemente de que el Estado de Derecho se caracteriza porque a través del mismo se consigue el sometimiento de la Administración Pública al Derecho, ha de precisarse en el sentido de que esta sujeción no puede constituir un fin en sí mismo sino, simplemente, una técnica para conseguir una determinada finalidad, y que como tal, puede emplearse para perseguir diversas finalidades y de manera principalísima, el respeto a los derechos fundamentales de las personas.

§391. **Concepto** — El principio del respeto a los derechos fundamentales exige que los órganos que ejercen el Poder Público actúen respetando y garantizando a todas las personas, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos inherentes a la persona humana reconocidos en la Constitución, en los tratados internacionales en materia de derechos humanos o que incluso no figuren, expresamente, en dichos instrumentos, así como de aquellos derechos e intereses reconocidos en la ley, los actos administrativos, los contratos celebrados entre los órganos que ejercen el Poder Público y las personas.

§392. **Garantías jurídicas** — En caso de desconocimiento de las situaciones mencionadas se reconocen varios mecanismos eficaces para el restablecimiento de los derechos fundamentales lesionados por los órganos y entes públicos en el ejercicio del Poder Público, debiendo destacarse: (i) el proceso de amparo constitucional (Art. 27 de la C); y (ii) el proceso administrativo (Art. 259 de la C), y dentro de este el denominado contencioso de las vías de hecho administrativa (Arts. 8, 9, num. 3, 23, num. 4, 24, num. 4, 25, num. 5, 65, num. 2 de la LOJCA).

Por último, se establece una consecuencia jurídica para aquellos casos en que los derechos fundamentales resulten transgredidos por actos del Poder Público, como es la nulidad absoluta (Art. 25 de la C) (Véase Sent. N^o 1264, del TSJ/SC, de fecha 11 de junio de 2002).

B. PRINCIPIO DE GARANTÍA O INTEGRIDAD PATRIMONIAL

I. CONCEPTO

§393. **Planteamiento** — Como quiera que la Administración Pública aun actuando conforme a Derecho puede ocasionar a las personas daños que no están obligados a soportar, se consagra el principio de integridad patrimonial, esto es, la responsabilidad del Estado en el ejercicio de la función pública que cubre, por tanto, la responsabilidad ya sea: (i) por actividades normales o lícitas (funcionamiento normal o sin falta de servicio); o (ii) por actividades anormales o ilícitas (funcionamiento anormal o con falta de servicio), mediante la justa indemnización, el restablecimiento del principio de igualdad ante la ley y, con él, el orden jurídico perturbado (Arts. 25, 141 y 259 de la C).

La cuestión de la responsabilidad del Estado por los daños y perjuicios ocasionados a las personas por la actividad de la Administración Pública ha sido objeto de análisis permanente a través del tiempo por los autores del Derecho público. Ahora, como señala la jurisprudencia (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 5 de febrero de 1964, GF N^o 43, 1964, pp. 14-19), el principio de separación de los poderes, base fundamental de la concepción del régimen democrático, al distribuir entre los órganos del Poder Público las funciones privativas del Estado, creando entre los mismos un armónico equilibrio de precisas atribuciones, dio lugar a un nuevo tipo de relación jurídica entre el Estado y la persona, en cuya virtud el ejercicio de la función pública conlleva una responsabilidad que limita su alcance y protege a la colectividad frente a la acción omnipotente del Poder Público.

Finalmente, la responsabilidad administrativa debe concebirse no solo como instrumento técnico de garantía de integridad patrimonial sino, además, de control jurídico sobre la actividad de la Administración Pública en beneficio de la persona, como un mecanismo de la eficacia funcional, pues es claro que la eficacia no se alcanza únicamente con la sola efectividad jurídica, sino que envuelve necesariamente la eficacia en la realización material del interés general.

§394. **Consagración constitucional** — Una de las innovaciones más importantes de la Constitución de 1999, en materia de régimen general del ejercicio del Poder Público, fue la consagración expresa del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños y perjuicios causados a las personas en el ejercicio de las funciones estatales, el cual es un instituto jurídico consustancial al Estado de Derecho.

En efecto, la Constitución realiza la consagración general del sistema de responsabilidad del Estado en su Art. 140, al consagrar lo siguiente: “El Estado

responderá patrimonialmente por los daños que sufran las o los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública.

C. PRINCIPIO DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

I. INTRODUCCIÓN

§395. **Antecedentes** — Como el principio de legalidad puede ser excedido por la Administración Pública, es natural que se prevean los medios para que, en tales casos, pueda ser restablecido, asegurando su supremacía. Es indudable que la última y más importante garantía de la vigencia del principio de legalidad radica en los órganos jurisdiccionales que integran el Poder judicial, con competencia en esa materia, ya sea general, ya sea especial. Y es que la esencia del modelo de Estado de Derecho propuesto por la doctrina alemana (R. GNEIST / 1884) se debe fundamentalmente al haber enfatizado la necesidad de que el Estado, en cuanto Poder administrativo, debe someterse al Derecho (*súbdito ius*), sometimiento que se garantiza a través de un sistema de Justicia administrativa.

Ahora bien, el control jurisdiccional de la legalidad administrativa a través de un sistema de Justicia administrativa no surgió de un momento a otro, sino que es el resultado de un proceso histórico. Este se inició con el control jurisdiccional respecto de cuestiones patrimoniales del Estado (doctrina del fisco), hasta aceptarse plenamente, en la actualidad, como un mecanismo para hacer efectivo el principio de legalidad, como protección de los derechos fundamentales de las personas, la instauración del sistema del control jurisdiccional de la legalidad administrativa. Así, según la doctrina francesa (RIVERO) el sistema del control jurisdiccional de la legalidad administrativa nace de la feliz conjunción de tres elementos: (i) una ideología: el principio de legalidad; (ii) una competencia: la del juez administrativo; y (iii) una técnica: el recurso por exceso de poder.

En consecuencia, el sistema de Justicia administrativa trata de obtener el sometimiento de la Administración Pública a la Justicia de un modo general y, por lo tanto, al Derecho.

II. PRINCIPIO DEL CONTROL UNIVERSAL DE LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

§396. **Planteamiento** — Decir que la Administración Pública está sometida al Derecho es plantear inmediatamente dos problemas: (i) el problema de la extensión, del ámbito. ¿Esta sumisión es general, todos los órganos y entes de la Administración Pública, en todas sus actividades, la aceptan igualmente?;

y (ii) un problema de fondo. ¿Hasta qué punto el Derecho va a imponer sus exigencias frente a una Administración Pública que le está, en principio, sometida?

Es el problema de si la sumisión al Derecho es de la totalidad, tanto de los órganos o entes como de la función de la Administración Pública, o de una parte solamente. ¿El principio es de una aplicación general? ¿Admite excepciones? En la práctica, los países que se proclaman como Estado de Derecho dan, a esos problemas, respuestas bastante diferentes. Para comprender su alcance, nos debemos colocar desde diferentes puntos de vista.

§397. Concepto — Uno de los principios del sistema de control jurisdiccional es su plenitud, integralidad o universalidad, pues se ejerce sobre los distintos Poderes Públicos: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Ciudadano y por último el Poder Electoral. Así se ha dicho que el Estado de Derecho implica la máxima posibilidad de justiciabilidad de la Administración Pública (MAYER).

Lo único que podría quedar sujeto a discusión a su respecto, es el medio, forma o modo como se va a imponer el control jurisdiccional de la legalidad sobre la Administración Pública y la función administrativa que desarrolla.

§398. Sujetos públicos — Entre la Administración Pública del Estado y las Administraciones Públicas de las demás personas público-territoriales menores, las diferencias, desde el punto de vista de la sumisión al Derecho en sus orígenes eran frecuentes. Estas últimas han sido, en numerosos países, mucho más temprano y más completamente sometidas al Derecho que la Administración Pública del Estado. En efecto, la noción de soberanía entendida en el sentido absoluto que conservó por mucho tiempo, parecía presentar, a la sujeción por el Derecho de la Administración Pública del Estado, un obstáculo que no existía, evidentemente, frente a las personas público-territoriales menores.

Hoy día es necesario sostener la total sumisión al Derecho de todos los diversos órganos y entes públicos de la Administración Pública y, por consiguiente, al control jurisdiccional universal de la legalidad administrativa. Así sucede que, en ciertos Ordenamientos jurídicos, los órganos administrativos supremos, en razón –y aquí encontramos la idea precedente– de su participación en el ejercicio del poder soberano, son excepción a la sumisión del Derecho, en tanto que los órganos inferiores si le están sometidos.

§399. Ámbito de control — También es necesario sostener que el Art. 259 de la C y la LOJCA consagra el principio de universalidad del control jurisdiccio-

nal respecto de todos los actos, actividades o inactividades administrativas como manifestación del principio de legalidad, por cualquier motivo de contrariedad al Derecho, que no admite excepciones, como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

§400. Circunstancias excepcionales — Finalmente, para medir la extensión del control jurisdiccional del principio de legalidad administrativa hemos de ubicarnos en el tiempo. Es así como numerosas Constituciones y bajo denominaciones distintas (por ejemplo, el derecho de necesidad, el estado de excepción, la teoría de la urgencia, la teoría de las situaciones o circunstancias excepcionales, etc.), consagran la misma idea: en el sentido de que hay, en la vida del Estado, momentos difíciles, de crisis institucional, que tornan necesaria la suspensión provisional del principio de legalidad, que exige la vigencia de un Derecho de excepción durante ese período: cierta categoría de actos van a escapar a las reglas del Derecho que en tiempos normales le rigen de ordinario y que son estrictamente necesarios para asegurar el retorno a la normalidad institucional.

Solo el examen de los diversos puntos de vista que acabamos de indicar, nos permitirá medir en la realidad, la precisa extensión del control jurisdiccional del principio de legalidad administrativa de un país determinado y, por consiguiente, el índice real del Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAUJO-JUÁREZ, J., *Derecho Administrativo General*. Vol. I *Concepto y Fuentes*, Paredes Editores, Caracas, 2012; BREWER-CARÍAS, A. R., *Principios Fundamentales del Derecho Público*, Cuadernos de la Cátedra N^o 17, EJV, Caracas, 2005 y *Derecho administrativo*, T. I., Ed. Universidad Externado de Colombia, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005; CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*, Facultad de Derecho-UNAM, México, 1998; DE LAUBADÈRE, A. VENEZIA, J. P. et GAUDMET, Y. *Traité de droit administratif*, T. I, 14^a. Ed., LGDJ, París, 1996; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 12^a Ed., Thomson-Cívitas, Madrid, 2004 y *La lucha contra las inmunidades del poder*, RAP N^o 38; GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, 13^a. Ed., Tecnos, Madrid, 2002; HAURIUO, M., *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^a Ed., Sirey, París, 1927; LARES MARTÍNEZ, E., *Manual de Derecho Administrativo*, UCV, XIV Ed., Caracas, 2013; MAYER, O., *Derecho administrativo alemán*, T. I, trad. esp. del original francés de 1903, Depalma, Buenos Aires, 1949-1951; MERK, A., *Teoría general del derecho administrativo*, Comares, Granada, 2004; MOLES CAUBET, A. “El Principio de legalidad y sus implicaciones”, en *Estudios de Derecho Público*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997; PÉREZ LUCIANI, G., *El Principio de legalidad*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009; RIVERO, J. y WALINE, J., *Droit administratif*, 21^a Ed., Dalloz, París, 2006.