UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POST GRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO VENEZOLANO

San Cristóbal, Febrero de 2009

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POST GRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO VENEZOLANO

Trabajo de Grado para Optar al Titulo de Especialista en Derecho Administrativo

Autor: Nancy Y. Lobo Vivas
Tutor: Julio C. Hernández

San Cristóbal, Febrero de 2009

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi carácter de tutor del trabajo de grado presentado por la ciudadana **Nancy Yudith Lobo Vivas,** para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título es **"La Discrecionalidad Administrativa en el Derecho Venezolano"** considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación correspondiente.

En San Cristóbal, en el mes de febrero de 2009

Abog. Julio César Hernández Colmenares
C. I. V- 5.033.786

UNIVERSIDAD CATOLICA DEL TACHIRA
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

APROBACIÓN DEL JURADO

LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO VENEZOLANO

Por: Nancy Yudith Lobo Vivas

Trabajo Especial de Grado en la Especialización de Derecho Administrativo aprobado en nombre de la Universidad Católica del Táchira, por el Jurado abajo firmante en la ciudad de San Cristóbal a los _____ días del mes de _____ de _____.

Nombres y Apellidos
CIV N°

Nombres y Apellidos
CIV. Nº

DEDICATORIA

A la memoria de tío Jesús Vivas, un hombre ejemplar, con gran sabiduría, quien me inculcó valores y enseñanzas, dejando una huella imborrable en mi vida.

A mis hijos, Génesis, Sarahí y Emanuel de Jesús, lo más grande que Dios me ha dado en la vida, seres maravillosos, la razón de mi existencia, quienes me prestaron el tiempo que les pertenecía para lograr una meta deseada, pero siempre pensando en ellos, por cuanto, son la fuente de mi inspiración y motivación para superarme cada día y luchar para proporcionarles un futuro sólido, lleno de amor y de ejemplo.

Al Dr. Ignacio Andrade, quien guió mis primeros pasos en el ejercicio de esta maravillosa profesión.

RECONOCIMIENTOS

A mis hermanos y sobrinos, por su apoyo incondicional, especialmente a mi hermana Elide, mujer de gran vocación de servicio hacia el bienestar de sus semejantes, ejemplo de trabajo y dedicación.

A la extinta Asamblea Legislativa, hoy, Consejo Legislativo del Estado Táchira, por darme la oportunidad de desarrollarme como profesional y capacitarme en la Especialización de Derecho Administrativo.

A mi gran amiga y colega, Rosario Raga, por ser la materialización de ese divino tesoro "Amistad", pues, como bien lo expresó Voltaire *"Todas las glorias de este mundo no valen lo que un buen amigo"*.

Al Dr. Julio Hernández, por su asesoramiento y apoyo en la realización de la presente tesis de grado.

INDICE GENERAL

PP.

Resumen x

Introducción 1

CAPÍTULO

I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 4

Objetivos de la Investigación 14

General 14

Específicos 14

Importancia y Justificación 14

II ANTECEDENTES A LA INVESTIGACIÓN 17

Doctrinarios 17

Legal 21

Jurisprudencial 22

III DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y TÉCNICA 23

Potestades Discrecionales Y Regladas 23

Perspectiva Lógico-Normativa de la Discrecionalidad 24

Concepto Material de Discrecionalidad Administrativa 27

Concepto Formal de Discrecionalidad Administrativa 31

Diferencia entre Legalidad y Oportunidad 34

Tipos de Discrecionalidad Administrativa 35

Discrecionalidad Técnica 37

IV CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS DIFERENCIAS CON LA DISCRECIONALIDAD 41

Caracterización 41

Enfoque Jurisprudencial 42

Diferencias entre Conceptos Jurídicos Indeterminados y Discrecionalidad Administrativa 43

Aproximación de los Conceptos Jurídicos Indeterminados con la Discrecionalidad 45
Margen de Apreciación en los Conceptos Jurídicos Indeterminados 47
Alcance 48
V MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCRECIONALES 49
Motivación del Acto Discrecional 49
Calificación del Acto Discrecional 51
Inmotivación como Vicio de Orden Público 52
Motivación Sobrevenida 53
Cuestionamiento 53
VI PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO FÓRMULA DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA 55
Justificación 55
Ponderación 56
Fases de Ponderación 58
Estructura del Principio de Proporcionalidad 58
Fundamentación Legal 60
La Proporcionalidad en l Potestad Sancionadora 61
Control Basado en Proporcionalidad 62
Control de Actividad Administrativa 62
Proporcionalidad en Sentido Amplio 63
Conjugación de las Categorías 64
Control Basado en la Racionalidad y Razonabilidad 66
Racionalidad y Razonabilidad en la Interpretación Jurídica 68
VII CONTROL JUDICIAL DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA 70
Limites al Control Judicial 70
Insustituibilidad de la Decisión Administrativa 74
Alcance y Limites del Control Judicial 75

Control Judicial Basado en la Proporcionalidad 77
Operacionalización de Variables..... 80
VIII METODOLOGÍA 81
Tipo de Investigación..... 81
Diseño Documental..... 81
Técnicas para la Recolección de Información 83
Análisis e Interpretación de la Información..... 84
Procedimiento 85
IX CONCLUSIONES 87
Definición de Términos Básicos..... 94
REFERENCIAS..... 98

UNIVERSIDAD CATOLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POST GRADO

La Discrecionalidad Administrativa en el Derecho Venezolano

Autora: Lobo Vivas, Nancy Yudith
Asesor: Hernández Colmenares, Julio César.
Año: 2009

RESUMEN

El presente trabajo de investigación se inscribe en la modalidad de investigación descriptiva, la cual permitirá hacer una completa observación valorativa respecto de la institución sustantiva que como parte del Derecho Administrativo occidental se denomina "La Discrecionalidad Administrativa" en contraposición a los actos administrativos reglados, que obligan al operador administrativo a fundamentar en una norma cualquier decisión. En tal sentido, este trabajo de grado, establecerá las diferencias entre discrecionalidad administrativa y técnica, llegando incluso a plantear semblanzas entre ambas y del porque cuando se utilizan es necesario una adecuada motivación y de cuales serían las consecuencias jurídicas de no hacerla, y del porque el Principio de Proporcionalidad sirve como medida, para determinar el grado de racionalidad y razonabilidad de cualquier decisión, pues explica como deben adecuarse los criterios a la finalidad perseguida por una norma jurídica, para no caer así en la arbitrariedad. Así mismo se aborda lo concerniente a los conceptos jurídicos indeterminados, como mecanismos restrictivos de escogencia. La importancia del mismo, radica en que toda esta teoría, tiende a fortalecer la aplicación de la Discrecionalidad Administrativa, como una forma de permitir que los operadores administrativos puedan actuar en la práctica con mayor agilidad y flexibilidad, frente a los requerimientos de la colectividad, dado que ella permite que entre varias soluciones siempre se escoja la más conveniente y oportuna sin ser necesariamente antijurídica. Las fuentes secundarias utilizadas en la presente investigación descriptiva, permitieron ir desarrollando progresiva y coherentemente cada uno de los objetivos específicos propuestos, por ser de naturaleza documental. Comprendió dos (2) fases: la primera, tendente a la realización de un diagnostico de la situación legal existente en la realidad objeto de la investigación y la segunda estuvo dirigida a agrupar componentes doctrinarios, jurisprudenciales y legales relacionados al objeto de la investigación con referencias en el Derecho Comparado. El trabajo de grado ha sido concebido con flexibilidad estructural lo que permitirá su adaptación a los cambios que al respecto suscite la dinámica jurídica contemporánea.

Descriptores: Discrecionalidad Administrativa y Técnica, Principio de Proporcionalidad, Motivación, Racionalidad y Razonabilidad y Conceptos Jurídicos Indeterminados.

INTRODUCCIÓN

Reconocido como uno de los temas más interesantes en el Derecho Administrativo contemporáneo, el de la "Discrecionalidad Administrativa", se presenta como objeto central en el presente trabajo especial de grado para optar al titulo de especialista, pues se trata de un concepto de apreciable alcance interpretativo, que debe ser frecuentemente abordado desde el punto de vista académico, dado que en su configuración siempre intervienen un conjunto de variables jurídicas, entre las que destacan la racionalidad y la razonabilidad, que dependerán en cuanto a su idónea aplicación, de los criterios que en un determinado momento, puedan exhibir los operadores administrativos, en relación a una materia en concreto que sea de interés público y respecto de la cual, una norma jurídica pueda permitir un margen de apreciación, la que también deberá estar alineada con el Principio de Proporcionalidad.

Otro asunto de gran trascendencia dentro del ámbito cognitivo tratado, será el referido a los conceptos jurídicos indeterminados, ya que los mismos como se verá en el cuerpo del trabajo, representan una modalidad interpretativa que reduce significativamente la aplicación de la discrecionalidad administrativa, pues tratan de adecuar la actuación administrativa a un fin loable para el bienestar de la población, de acuerdo con la norma programa que así lo prevé, porque en definitiva es la receptora en buena medida de la actividad administrativa. Se destacan así prima facie una serie de instituciones que vienen a constituir la medula de este trabajo de investigación.

El mismo consta de nueve (9) capítulos, que fueron construidos de manera sistemática, utilizando a tal fin una metodología descriptiva, que permitió observar y caracterizar los principales rasgos de cada uno de los componentes teóricos que los conforman. Así en el capítulo I denominado Planteamiento del Problema, se realizan una serie de consideraciones que destacan los aspectos más conflictivos del tema objeto de investigación, como por ejemplo la imposibilidad del Juez Contencioso

Administrativo, para cuestionar el motivo de oportunidad, que en una decisión discrecional, tiene la Administración Pública o para sustituirla en una resolución de esa clase. También comprende este capítulo el objetivo general y los específicos, junto con la importancia y la justificación del tema.

En el capítulo II, denominado Antecedentes a la Investigación, se citan trabajos anteriores al presente, realizados por prestigiosos doctrinarios, tanto nacionales como extranjeros; así como referencias jurisprudenciales sobre el tema, lo mismo que la fundamentación legal del mismo. En el capítulo III, conocido como la Discrecionalidad Administrativa y Técnica, se expone que en el ejercicio de la primera, la Administración Pública, dispondrá de varias alternativas para resolver una determinada situación, sin que por ello se quebrante ninguna disposición legal. En cuanto a la discrecionalidad técnica, ella se basa en el conocimiento científico que se tenga para resolver un asunto sobre esos parámetros, llegándose inclusive a presentar criterios como el de la doctrinaria Rondón de Sanso, que considera que entre ellas no existe ninguna diferencia.

En el capítulo IV se hará alusión a los conceptos jurídicos indeterminados y a sus diferencias con la discrecionalidad. Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una; o se da o no se da el concepto; es decir, o hay utilidad pública o no lo hay; o se da en efecto una perturbación del orden público o no se da; o una actuación es contraria a las buenas costumbres o no lo es; el precio que se señala en la expropiación, por ejemplo es justo o no lo es; o se ofende a la moral pública o no se la ofende o existe un interés superior del niño o no existe.

En cuanto a las diferencias se expresa que, cuando la Administración Pública actúa en ejercicio de facultades discrecionales, ello constituye una operación de orden volitivo, mientras que si lo hace aplicando un concepto jurídico indeterminado, tal operación es de naturaleza intelectiva, lo que produce como efectos que en el primer caso no haya posibilidad de controlar esa voluntad y en el segundo caso, siempre cabrá la posibilidad de que la Administración se equivoque al emitir su juicio y tal error pueda ser corregido por los tribunales. Ya en el capítulo V, llamado motivación

de los actos administrativos discrecionales, se hace hincapié en la necesidad de que éstos cuenten con una argumentación fáctica y jurídica suficiente que le permita a un administrado conocer el razonamiento lógico y deductivo que tuvo la Administración Pública para tomar una determinada decisión, censurándose de paso la motivación sobrevenida.

En el capítulo VI, titulado "Principio de Proporcionalidad como Fórmula de Control de la Actividad Administrativa se presenta una exposición en relación al margen de apreciación de que está dotada la Administración Pública, para adoptar una decisión entre varias posibilidades, siempre procurando que la misma sea lo menos lesiva para los derechos e intereses de los particulares. En este pasaje de la investigación también se abordara todo lo relativo a la estructura de este principio, su fundamentación legal, el control de la actividad administrativa mediante su aplicación y en fin, todo cuanto tiene que ver con este principio a juicio de la investigadora.

El capítulo VII se dedicó a discernir sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa, destacando que pueden existir varios criterios objetivos para resolver una misma situación, que no excedan los límites de la juridicidad, declarado esto por la autoridad judicial, lo que lleva a decir que la opción elegida por la Administración Pública de entre un cúmulo de posibilidades, no debe resultar cuestionable por el Juez Contencioso Administrativo en consideración a que se trata de una elección realizada entre indiferentes jurídicos, de manera que ese juez no pueda revisar el interior de la decisión discrecional, puesto que independientemente de su sentido o dirección, ésta se ha producido dentro de los límites de una norma que permite esa determinada apreciación administrativa que puede ser justa o injusta.

En el capítulo VIII, se destaca la metodología a implementar en el desarrollo de este trabajo de grado, la cual es del tipo descriptiva, para luego desarrollar en el capítulo IX que fue el último, las respectivas conclusiones. Estamos pues, en presencia de un estudio agotador y exigente, que obligó a su autora a dar lo mejor de si para su confección, por eso se espera que sea del agrado de quien desee de alguna forma consultarlo.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La teoría clásica del Derecho Administrativo planteó el concepto de acto administrativo discrecional para contraponerlo al de acto administrativo reglado, lo cual ha sido considerado por la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, caso "Depositaria Judicial" de fecha 02 de noviembre de 1982, con ponencia del Magistrado Farias Mata, como una falsa oposición, que durante buena parte del siglo XIX marcara de imprecisiones, todo una serie de elaboraciones conceptuales, como la del acto administrativo, motivación, concepto jurídico indeterminado, proporcionalidad y otros más vinculados a esta noción.

La doctrina diferenciadora se fundamentó en la libertad de que disponía la Administración Pública para actuar dentro de la Ley. Ello porque se consideró que técnicamente resultaba imposible reglamentar la actividad entera del Estado, el cual necesita también de cierto margen de libertad para tomar ciertas decisiones. Es por eso que la tendencia moderna avanza hacia la juridización del actuar administrativo, aunque sin obviar que dadas las múltiples prestaciones a cumplir por la Administración Pública, la misma requiere de un racional poder de apreciación de los hechos, discrecionalidad, en su permanente actividad dado que no es concebible que el legislador pueda prever a priori todas las situaciones.

De ahí, que cuando la Administración Pública, exige cualquier requerimiento a los ciudadanos o ciudadanas en base al principio de discrecionalidad, no se encuentra exenta del control de legalidad, ni aún frente al ejercicio de una discrecionalidad técnica. Ahora bien, si en una relación jurídica de esta clase, se introducen conceptos propios de una ciencia, éstos deben respetar los principios que

encausan esa disciplina, en razón de que la actividad administrativa se vuelve cada día más especializada. No reconocer esta realidad, significaría exonerar de control judicial los diversos pronunciamientos administrativos en cuanto a sus reglas de funcionamiento y a los juicios de opinabilidad a los cuales debe sujetarse.

De otra parte, ubicar la verificación de la legalidad en un plano de pura opinabilidad, equivaldrá a liberarlo del necesario control judicial, lo cual a todas luces dentro de un Estado de Derecho y de Justicia como es el venezolano, resultaría improcedente, dado que el margen de libertad que existe al momento de extenderse un criterio debe necesariamente confrontarse con las reglas o principios de la respectiva ciencia o técnica que sirvió de fundamento a la decisión tomada.

Puede decirse entonces que un supuesto acto discrecional que se produzca independiente de una autorización legislativa, hace que lo obrado por la Administración Pública, no sea en el ejercicio de un poder de libre apreciación de un determinado supuesto de hecho, al no dejarle la ley espacio de maniobra para decidir si debe obrar o abstenerse o como ha de obrar o que alcance a de dar a su actuación. Lo anterior significa que en cualquier decisión administrativa debe estar enmarcada dentro del principio de legalidad, ya que en la misma subsiste una parte de poder discrecional correspondiente a la apreciación que tuvo la Administración para adoptarla y cuyos méritos escapan a cualquier otra autoridad para determinar la oportunidad y la conveniencia de la misma y una parte de sujeción a la finalidad de una norma.

Esta conclusión es inherente al diseño teórico de la discrecionalidad, por que de lo contrario, no sería tal, ni propia de un poder; pero si puede ser materia de revisión, en cuanto esté impregnada de algún vicio que haga procedente su revocatoria o anulación, lo que deja entrever que en los actos administrativos discrecionales existen componentes reglados, como la competencia los requisitos de forma de su emisión entre los cuales cobra singular preeminencia el de la motivación y sobre todo en lo que tiene que ver con el alcance de la misma, pues aunque es una exigencia permanente de la ley, en los actos discrecionales por lo general ocurre una motivación insuficiente en cuanto a la adecuación del hecho a lo establecido en una

norma legal.

Continuando con este asunto de la motivación, se destaca también que aunque es una formalidad de inexcusable cumplimiento en la práctica forense se observa con reiteración como los actos que provienen de una facultad discrecional, son impugnados por presentar una motivación lacónica que ignora o bien los motivos fácticos o bien los motivos jurídicos, lo cual como se verá en el marco teórico de este trabajo de investigación impacta severamente el orden público, pues tal irregularidad se traduce en la supervivencia de la arbitrariedad. No motivar es entonces permitir o favorecer esta clase de vicios, pues se dictan tal vez únicamente por razones falsas y caprichosas.

Sin embargo, en materia de motivación, el acto administrativo de naturaleza discrecional que no exprese racional y razonablemente los hechos concretos que llevaron al funcionario o funcionaria a dictar la decisión, no permitirá conocer como fueron apreciados aquellos en el marco de la discrecionalidad que le es otorgada legalmente. En sede judicial la no motivación o inmotivación le impedirá al juez natural revisar la veracidad y la congruencia de los hechos, de acuerdo a las circunstancias del caso. Para la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, si no se conocen las causas de hecho y de derecho que lo motivaron, el acto está irremediablemente condenado a que sea declarado nulo.

En suma, una cosa es que la ley predetermine en algunos casos, de una forma total la actividad administrativa y en otros atribuya a la Administración facultades de elección y otra muy distinta es que deban admitirse como dos (2) categorías antagónicas. De tal manera que será jurídicamente inapropiado expresar que los actos administrativos, son exclusivamente reglados por un lado o exclusivamente discrecionales por el otro. Lo natural será que se entienda que todos los actos por reglados que sean tendrán un contenido mínimo de discrecionalidad y que en todos los discrecionales, por libres que sean, existe una actividad más o menos reglada.

La anterior posición jurisprudencial no es nada nueva en el Derecho Administrativo venezolano, pues durante la segunda mitad del siglo pasado, en una decisión del 06 de noviembre de 1958, el Supremo Tribunal de aquel entonces, puso

de manifiesto la parte reglada que aún el más discrecional de los actos administrativos siempre aparece, pues es propio de su naturaleza que no pueda ser revisado o anulado por otro poder en lo que se refiere a sus motivos de fondo. Ahora bien, esta sustentación doctrinaria y jurisprudencial es confundida en la práctica con el deber que tiene el órgano jurisdiccional de revisar la legalidad del acto, cuando un órgano o ente administrativo se excede de su ámbito de discrecionalidad, pues tal control es inherente al Contencioso Administrativo.

Así mismo, la discrecionalidad de los actos de la Administración, no pueden concebirse separados del "Principio de Legalidad" pues sino se somete la actividad de aquella a esta fundamental directriz constitucional y legal, tal irregularidad acarrearía un severo atropello a derechos fundamentales de los ciudadanos. Desconocer entonces dicho principio significaría desconocer el "bloque de legalidad" que integran o conforman al Derecho Administrativo, tales como la Constitución, las leyes, los Reglamentos, los Decretos, las Resoluciones y demás actos normativos.

En razón de lo anterior se piensa que no existe excusa para que en algunas ocasiones la Administración Pública, pretenda justificar una actuación caprichosa o arbitraria, como había venido ocurriendo por ejemplo con la no entrega de fondos públicos a organizaciones comunitarias como los Consejos Comunales, que están habilitados para administrar el patrimonio que cualquier entidad pública les asigne, argumentándose simplemente y de manera errónea la ausencia de una norma. Tal abstención no se encuentra comprendida como una conducta esperada de la Administración, dado que de manera reglada se le establece otro proceder.

Este hecho llevó a decir en palabras sencillas, pero categóricas, a Peña Solís (2002) que no resulta posible predicar la existencia de potestades discrecionales de la Administración Pública, sino se predica la previa existencia o mejor la previa vigencia del Principio de Legalidad Administrativa. Sin embargo, tan claro enunciado no encuentra en la práctica correspondencia, puesto que en algunos sectores de la Administración Pública, sus jerarcas influenciados por variables extrajurídicas no terminan de entender que su actividad en secundaria a la ley y menos aún logran comprender que su libertad de juicio en los asuntos sometidos a su consideración,

deben acoplarse a las novedosas concepciones jurídicas de la proporcionalidad y la adecuación.

Obviamente que en aquellos Estados en donde la valoración y respeto a los valores de su ordenamiento jurídico no es todo lo aceptable que se espera, los ciudadanos y ciudadanas se ven compelidos a impugnar con frecuencia las distintas actuaciones producidas e inspiradas en facultades discrecionales. Los administrados reclaman en este sentido actos racionales, razonables y proporcionales en relación con los motivos del acto, lo cual se torna difícil de alcanzar cuando el Estado de Derecho es vulnerado con frecuencia.

Sin embargo, lo que no aparece ya tan claro es el significado de los conceptos de racional y razonable, como manifestaciones de la discrecionalidad, por su indistinta utilización como sinónimos, aunque desde el punto de vista de la argumentación jurídica, cada uno representa una realidad distinta, como son las técnicas de fiscalización de la actividad administrativa. Técnicas que por lo demás son poco conocidas por los responsables de dictar actos administrativos que llegan a incurrir en el dictado de decisiones con argumentaciones ilógicas e incoherentes que evidencian un bajo nivel de razonamiento.

En este sentido, existirá irrazonabilidad cuando la Administración en ejercicio de una facultad discrecional realiza una actuación tan absurda que ninguna persona sensata podrá imaginar siquiera que lo decidido se encuentra dentro de las facultades de la autoridad, como sería por ejemplo practicar sin previo antejuicio la detención de un parlamentario o parlamentaria. No se puede entonces evadir en una decisión administrativa el respeto al sentido común, que aunque es inherente a la persona humana algunas veces no es muy utilizado. En suma según Marín (2007)

> Los tribunales de lo Contencioso Administrativo pueden controlar la razonabilidad de las resoluciones adoptadas en ejercicio de facultades discrecionales, anulándolas cuando lleguen a la convicción de que son irrazonables, esto es, absurdas por no estar en un parámetro objetivo de enjuiciamiento del proceder particular.

Y es que en el Derecho Administrativo occidental se discute con intensidad si el Principio de Proporcionalidad o Razonabilidad, tiene raigambre constitucional pese

a no estar expresamente previsto en la Carta Fundamental. No obstante el mismo según la autora de este trabajo especial de grado, se encuentra implícito en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que señala que la actividad administrativa debe desarrollarse con apego a la Ley y al Derecho y en línea directa con el artículo 259 ejusdem, que faculta a los órganos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a Derecho, incluso por desviación de poder.

En concreto un acto administrativo contrario a la Ley y al Derecho, será uno desproporcionado o irrazonable, esto es, que no encuentre justificación en preceptos legales y más aún en una apreciación objetiva de los hechos. La disposición constitucional del artículo 141 debe concretarse entonces en hacer del Principio de Proporcionalidad un referente sustancial y funcionalmente operativo en relación con toda la actividad administrativa a fin de que ésta no vaya a dictar actos, sin la objetividad que ese espera de ella y que tampoco vayan a responder a intereses que no sean los generales.

Sobre lo mismo, el autor López González (1988) expresó: "…que el Principio de Proporcionalidad enraíza en la Constitución misma, como quiera que el servicio con objetividad a los intereses generales, comporta su ponderación y racionalidad en el comportamiento." Hacer entender tal premisa a los jerarcas de la Administración Pública, siempre tomará su tiempo, en virtud de la escasa proyección que en la actualidad existe respecto de este principio, no obstante el mismo derivarse del artículo 12 de la vigente Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que data del año 1982, en donde muchas veces se denuncia su violación en los procedimientos sancionatorios, por adoptarse decisiones exageradas respecto de un hecho que no revestía la gravedad que se le pudo asignar. Otros autores como Vásquez (1994) sostienen en esa misma dirección, que el principio de proporcionalidad, se deriva de cualquier cláusula constitucional que contemple el Estado de Derecho como fondo de su actividad.

El problema en definitiva en materia de racionalidad y razonabilidad es el de poder determinar si en la aplicación de concepto de racionalidad, siempre se puede

lograr un equilibrio respecto de los muchos y variados intereses que se encuentran involucrados en una decisión administrativa. Tal armonía no parece alcanzable en todas las situaciones y menos aún en las que exhiben casos difíciles en los cuales resulta bastante complicado y casi que imposible optar por soluciones que deje satisfechos a todos los involucrados.

Asimismo, en el Derecho Venezolano está pendiente todavía el concebir al "Principio de Proporcionalidad" como un principio general de derecho, como así ha sido concebido en el Derecho Español en donde el Tribunal Constitucional, mediante sentencia No. 62, del 15 de octubre de 1982, así lo concibió, cuando se trate de valorar si unas determinadas medidas adoptadas para un caso en específico eran necesarias para el fin perseguido. Sobre esta última idea el mismo Tribunal en el año de 1987, afirmó lo siguiente:

> La idea del fin aparece como elemento rigurosamente esencial en toda potestad administrativa, por lo que ha de actuarse siempre en atención a dicho fin, bajo riesgo de que se pueda incurrir en abuso o desviación de poder, sancionados ambos con nulidad por la Constitución Española.

Es así como en ejercicio de esa potestad de medir una determinada decisión, la Administración Pública, se puede exceder de la misma y caer en el Vicio de Abuso de Poder al no existir adecuación entre los motivos o supuestos de hecho que sirvieron de base al funcionario u órgano autor del acto recurrido, para dictar su decisión y la conducta establecida en la norma jurídica. El problema entonces en el uso de la facultad discrecional, será medir subjetivamente la proporcionalidad del mismo a los efectos de prevenir la consumación de cualquier vicio en ejercicio de tal libertad, entre ellos el de la desviación de poder.

En este sentido, la desproporcionalidad entre los fines perseguidos y los medios utilizados puede también ser controlada judicialmente. Esa situación puede plantearse en el supuesto de que un funcionario o funcionaria cometa una falta leve, como por ejemplo llegar diez (10) minutos tarde a su puesto de trabajo. Esta infracción administrativa es materialmente comprobable, aunque como tipo no esté expresamente prevista en la Ley especial, ni se fije una sanción en particular, ahora lo que si será reprochable es destituir al funcionario o funcionaria por ese retardo,

porque tal resolución sería manifiestamente excesiva, entiéndase desproporcionada y por ende configuraría una arbitrariedad.

Por su parte, la desviación de poder, puede surgir de un uso inapropiado de facultades discrecionales, cuando la Administración Pública al dictar un acto administrativo actúa con fines distintos de aquellos para los cuales explícita o implícitamente la ley les otorgó la competencia para dictarlos, amparándose en un mal uso o en el abuso en el criterio que la norma le permitía. En efecto, por lo regular hay una distorsión entre lo querido por la norma y la finalidad perseguida por la autoridad, que aunque tiene competencia para actuar, no lo hace en la dirección debida.

Otra situación complicada que se origina en la noción de Discrecionalidad Administrativa es la que tiene que ver con el margen de apreciación que se reconoce en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pues muchas veces ambas se confunden. Al respecto enseña Brewer (2007)

> La diferencia entre la discrecionalidad y la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, se puede fijar como mínimo en que en la discrecionalidad auténtica, la Administración Pública es libre de elegir entre varias posibilidades y cualquier solución que adopte dentro de ellas es acertada; en cambio en el supuesto de los conceptos jurídicos indeterminados la elección no es libre, sino que se trata de la aplicación de la Ley a un caso concreto que admite sólo una solución justa.

En esta forma, la distinción entre lo que es el ejercicio del poder discrecional y lo que no es discrecionalidad, esto es, concepto jurídico indeterminado está caracterizado por distintas operaciones de orden volitivo e intelectivo respectivamente. Ello significa que la Administración Pública debe en primer lugar adecuar una decisión que se ubica entre dos límites y en segundo lugar estimar, juzgar o determinar un evento. En la medida en que se fusionen tales criterios, aunque sean diferenciados, proporcionalmente se incrementará el ámbito de libertad de apreciación y la reducción de los poderes de control judicial sobre el acto administrativo emitido. El quid del asunto será entonces distinguirlos en la práctica. El problema real en este sentido se reduce a determinar quien declara cuál es la solución que ha de estimarse no ya la justa y verdadera, sino simplemente la solución

conveniente o más conveniente entre las validas en Derecho.

Ello porque si algo caracteriza a la legislación venezolana en los dos últimos lustros ha sido la utilización indiscriminada en las leyes, de multitud de conceptos jurídicos indeterminados, lo que podría en opinión del profesor Brewer (2007) "originar como apariencia, una supuesta ampliación del poder discrecional de los funcionarios o funcionarias llamados a aplicarlas". Bajo esta perspectiva es frecuente encontrar en la legislación, regulaciones establecidas de una manera más o menos indeterminada, cuando se usan expresiones como orden público, interés general, justo precio, urgencia, buenas costumbres, moral pública e interés superior entre otros.

A lo anterior se debe agregar el asunto del control judicial sobre las decisiones discrecionales, las que muchas veces a pesar de contravenir abiertamente principios, normas o valores, no son invalidados por el respectivo Juez natural de la Administración Pública, tal vez por la evidente falta de independencia en su funcionamiento o la poca formación que tienen en relación a los factores que condicionan la configuración de la discrecionalidad, que ha llevado a que opere una actividad en ese sentido desbordada y atropelladora de derechos fundamentales. De otra parte, tampoco es admisible que en la revisión de cualquier decisión administrativa, el Juez sustituya a la Administración en la revisión de los motivos de oportunidad que ésta tuvo para adoptarla como ha ocurrido en algunos casos en materia urbanística. Todo lo cual torna más interesante y digno de estudio la presente investigación.

Se está en presencia entonces de un conjunto de términos a los cuales se unen usuales conceptos jurídicos indeterminados, en donde la noción o sentido exacto de cada uno de ellos, no está resuelto ni está delimitado con exactitud en la ley. Ante lo cual autores como García de Enterria y Fernández (1962) expresaron hace muchos años que

> …la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por eso es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectivo de comprensión de una realidad en el sentido

> de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna de cisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional.

Lo anterior quiere decir que si no existe una solución justa en la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, para una circunstancia en concreto, el acto administrativo aunque parezca reglado no lo sería, dado que la justa solución que se deriva de la razonabilidad y la racionalidad ante un supuesto de hecho, no fue tomada en cuenta por el decisor. No hacer lo esperado en este sentido por la finalidad de una disposición, aún cuando se trate de una exigencia legal, significaría apartarse del espíritu, propósito y razón de ésta, y no circunscribirla a ninguna solución reglada, cuando lo regular es que la actividad administrativa esté condicionada a la obtención de resultados y los mismos tienen que ser los advertidos por la Ley.

De lo antes expuesto, se pueden extraer todos los elementos de juicio que permitirán configurar sistemáticamente la elaboración del presente trabajo de investigación, ya que están reunidos los más prescindibles y respecto de los cuales se puede inferir la siguiente interrogante ¿cómo está condicionada la discrecionalidad administrativa en el Derecho venezolano? Obviamente que para descifrar cada uno de esos elementos que la configuran, se requiere sucedánea y complementariamente otras subpreguntas inmanentes a la general a saber:

¿Qué antecedentes documentales tiene la presente investigación?

¿Cuáles son las características de la discrecionalidad administrativa y técnica?

¿Qué son los conceptos jurídicos indeterminados y si existen diferencias con la discrecionalidad?

¿Por qué los actos administrativos discrecionales deben ser motivados?

¿En qué consiste el principio de proporcionalidad, como fórmula de control de la discrecionalidad administrativa?

¿Existen límites al control judicial sobre los actos discrecionales?

Estas interrogantes serán desarrolladas de forma ordenada y coherente en cada uno de los capítulos que conforman el marco teórico de este trabajo especial de grado, por supuesto, con su respectivo contenido temático, el cual destacará las

singularidades de cada una de ellas, dada la naturaleza metodológica de esta investigación.

Objetivos de la Investigación

General

Analizar los elementos de juicio que condicionan la configuración y eficacia de la discrecionalidad en el ordenamiento jurídico venezolano.

Específicos

1. Presentar los antecedentes de la investigación.
2. Caracterizar la discrecionalidad administrativa y técnica en el Derecho Administrativo.
3. Conceptuar sobre los conceptos jurídicos indeterminados y establecer diferencias con la discrecionalidad.
4. Justificar porque los actos administrativos discrecionales deben ser motivados.
5. Describir el principio de proporcionalidad, como fórmula de control de la discrecionalidad administrativa.
6. Examinar los límites del control judicial sobre los actos discrecionales.

Importancia y Justificación

La investigación propuesta para optar al título de especialista en Derecho Administrativo, busca mediante la aplicación de criterios legales, doctrinarios y jurisprudenciales encontrar explicaciones justificativas del complejo mecanismo de la discrecionalidad y del cual goza la Administración Pública cuando una disposición legal o reglamentaria deja a juicio de cualquier autoridad un margen de libertad, para

que pueda escoger entre varias alternativas la que considere con apego al principio de proporcionalidad, la más racional y razonable.

Es por eso que a lo largo de este trabajo especial de grado y con base en esas opiniones, se enfocarán aspectos como el de la discrecionalidad administrativa y el de la discrecionalidad técnica y cual es la definición de cada una de ellas, con base a la caracterización de cada una de las mismas.

Lo anterior hará posible que la autora del presente trabajo especial de grado, pueda entrar en contacto no sólo con leyes que contemplan tales definiciones, como la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. También es importante señalar que se expondrán algunos criterios jurisprudenciales vertidos por el Tribunal Supremo de Justicia, respecto del asunto objeto de esta investigación, y cuyas explicaciones sin lugar a dudas despertarán algunas observaciones cuestionadoras por parte de quien escribe, tal vez por lo barrocas de las mismas. Así mismo servirán de fuente informativa las opiniones de los doctrinarios que se han animado a profundizar sobre esta materia.

Para lograr el cumplimiento adecuado de los objetivos específicos trazados, se acude como es lógico deducir a la técnica de recolección de información documental que permitirá a quienes puedan entrar en contacto con el basamento teórico aquí construido, conocer las variables jurídicas que condicionan la concreción de la discrecionalidad administrativa, tales como las evidentes diferencias que existen entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, el por que los actos discrecionales inmotivados afectan el orden público y de cómo la herramienta de la proporcionalidad es el mejor cartabón para medir le legalidad de los actos inspirados en ese margen de libertad, y que límites se le han establecido al Poder Judicial para controlar esos actos. Así el resultado de la investigación se apoya en la aplicación de una técnica válida para la investigación descriptiva, como es la utilización de fuentes secundarias.

En definitiva este trabajo especial de grado será otro aporte más al enriquecimiento del Derecho Procesal Administrativo, carente en los últimos tiempos de una más amplia instrumentación legal sobre este asunto, aunque si bastante

dispersa en el Derecho Comparado, como existe en la actualidad, pues pareciera que no existe la suficiente voluntad estatal por reglamentar de forma más detallada los distintos elementos que caracterizan a la discrecionalidad. Por esta razón, teorizar al respecto, siempre ofrecerá la posibilidad de ampliar cualitativamente los criterios doctrinarios y legales ya existentes y en especial seguir cuestionando una teoría que en los actuales momento es considerada por un sector importante de la doctrina nacional y comparada, como el Caballo de Troya del Derecho Administrativo, tal vez con el propósito que se reformulen sus cada vez complicadas nociones fundamentales.

Por último, en cuanto a las motivaciones prácticas que animaron a la autora a la confección de este trabajo de grado, se señalan entre otras, su particular interés por acrecentar sus conocimientos sobre tan técnico asunto y de esta manera permitirle desarrollar en la vida profesional, actitudes ajustadas a los esquemas legales previstos al respecto, pero teniendo siempre como norte la protección en juicio de los derechos fundamentales de las personas, tales como el de la igualdad, proporcionalidad y el de la seguridad jurídica, en la observancia de los intereses generales que siempre tutela la Administración Pública. Todo lo cual vendrá y así se manifiesta con la mayor humildad a contribuir con el conocimiento cada vez mayor de este complejo y muchas veces controversial asunto.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES A LA INVESTIGACIÓN

Doctrinarios

La materia relacionada con la discrecionalidad administrativa y los elementos de juicio que la condicionan en su configuración y eficacia, ha sido abordada tanto por la Ley, como por la Doctrina y la Jurisprudencia dentro del ordenamiento jurídico nacional, como comparado, con especial consideración, habida cuenta que se considera el Caballo de Troya del Derecho Administrativo. Así el autor Marín (2007) en la obra "Discrecionalidad Administrativa" presentada en la Universidad Carlos III de Madrid, para optar al título de doctor en Derecho expreso al respecto que el ordenamiento jurídico atribuye potestades a la Administración de dos formas distintas, en las potestades regladas el propio ordenamiento determina exhaustivamente el contenido de la decisión a dictar en tanto que en las discrecionales remite a la estimación subjetiva de la Administración la concreción de alguno de los aspectos del contenido de la decisión.

Expresa Marín que en la discrecionalidad se concede un ámbito o un espacio de decisión no regulado o tan sólo parcialmente cubierto por una ley, que se traslada a la Administración Pública y que son definidas como criterios formales o negativos, esto es, que conciben la discrecionalidad por su apariencia, por los rasgos de las normas que contienen la facultad en contraste con los criterios materiales o positivos de la discrecionalidad que la caracterizan en función de su contenido u objeto y la identifican con la posibilidad para la Administración de apreciar el interés público o general en relación con otros múltiples y heterogéneos presentes en el ordenamiento.

Para este autor, los anteriores criterios antes que antagónicos, son complementarios, toda vez que el ejercicio de facultades discrecionales en la mayoría de los casos, supone tanto una débil programación de su actividad por la norma

habilitante como la correlativa potestad que se le confiere para valorar el interés público o colectivo en el caso concreto, efectuando ponderación o composiciones entre éste y los derechos o intereses particulares que concurren con aquél en el supuesto específico sometido a su consideración. De otra parte, la actuación discrecional de la Administración Pública puede comprender aspectos de naturaleza técnica, no política.

En cuanto a la discrecionalidad técnica, los criterios a emitirse deben ser de esa naturaleza, y además objetivos; por tanto, que señalen razones y no intuiciones personales, esas son las premisas que deben prevalecer. No es misión de la Administración Pública descubrir en cada momento y ante cada caso lo que conviene en cada caso al interés general, su tarea, por el contrario es concretar y aplicar la idea de interés público que la Ley expresa. En ese sentido, la definición más difundida de discrecionalidad administrativa con relación al interés público es la de Giannini para quien la discrecionalidad no es otra cosa que la valoración que la Administración realiza del interés público.

Sarmiento (2007) refiriéndose al principio de proporcionalidad argumentó que éste enjuicia una decisión lícita a la luz de unos fines lícitos, dentro de una variedad de soluciones posibles. Se trata de un canon de control dirigido al control de la discrecionalidad, pues su carácter de última ratio se ejerce sobre aquellas formas administrativas de actuación más difíciles de controlar jurídicamente entre las que destacan las discrecionales. Al respecto ahondó este autor señalando que el principio de proporcionalidad opera en dos tipos de supuestos: a) con carácter ordinario en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables y b) con carácter excepcional y en conexión con los principios de equidad y buena fe en los supuestos en los que aún existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado.

Sobre la discrecionalidad administrativa Peña Solís (2002) precisó que tradicionalmente se ha establecido una estrechísima relación conceptual entre principio de legalidad y discrecionalidad administrativa. Continuó el jurista

expresando que las potestades discrecionales son expresiones emblemáticas del constitucional principio de legalidad. En palabras categóricas, no resulta posible predicar la existencia de potestades discrecionales de la Administración Pública, sino se predica la prevalencia del principio de legalidad, dado que dicha potestad no era más que la concreción en términos operativos del principio de legalidad, ya que dependerá de la forma en que el legislador atribuya sus potestades a los entes públicos y a sus órganos.

En suma, desde el punto de vista práctico resulta sencillo identificar la existencia de una potestad discrecional de la Administración, mediante el examen de las normas atributivas de su competencia y si las mismas confieren un espacio decisional en relación con uno o varios de los elementos que la condicionan, podrá predicarse el carácter discrecional de la misma, por el contrario si agotan ese espacio decisional podrá predicarse el carácter reglado o vinculado de la potestad pública. Ahora bien, los motivos que llevan al dictado de un acto administrativo discrecional, está exento de control, por que de admitirse el mismo se atentaría contra el principio de separación de poderes, para configurar la sustitución de la discrecionalidad administrativa por la discrecionalidad judicial.

Alineando el principio de legalidad con el asunto de la discrecionalidad administrativa, el profesor Brewer Carias (2007) afirmó que esa guía es la más acabada garantía establecida en el Estado de Derecho en beneficio de los administrados, contra las posibles arbitrariedades de la autoridad administrativa. Sin embargo, advierte este doctrinario, que no toda actividad a cargo de la Administración Pública tiene que tener establecida “precisos límites” en el ordenamiento jurídico a los cuales deba aquella ceñirse, por lo que en muchos casos es la propia ley la que otorga a la Administración amplios poderes de apreciación de la oportunidad y conveniencia para la toma de decisiones.

Por tanto, si bien es cierto que el poder discrecional de las autoridades administrativas es una condición indispensable de toda buena y eficiente administración, también es cierto que su limitación es indispensable para que el Estado no sea arbitrario y para que los administrados no se encuentren expuestos al

simple capricho de los gobernantes. Así los dos extremos siempre presentes en el Derecho Administrativo, de una parte la salvaguarda del poder administrativo por el reconocimiento del poder discrecional y por la otra, la salvaguarda de los derechos de los administrados por la limitación de ese poder, deben conciliarse para que el Estado no imponga infundadamente su voluntad. Es por ello, que en la actualidad en el Derecho Administrativo la tendencia es a reducir las llamadas inmunidades de poder, y en donde ellas existan a fomentar el control en la medida de lo posible de lo que si es discrecional.

En este mismo orden de ideas, Ruan (1998) expresó que no es contraria al principio de legalidad la existencia de poderes legales que habiliten a la autoridad administrativa para adoptar actos innominados y atípicos, porque la Administración ha de estar capacitada para afrontar con sentido práctico y flexible numerosas situaciones de la vida social contemporánea difíciles de prever y regular en forma anticipada, pero sometidas a control. No obstante esos poderes de dictar medidas administrativas atípicas e innominadas deben quedar sometidos en su ejercicio a limitaciones generales aplicables a los poderes discrecionales. Así dichos poderes deben someterse a la supremacía de la Constitución y de las leyes y en particular deben respetar los derechos de los ciudadanos.

Avanza en la exposición de sus ideas el autor mencionado y agrega que la discrecionalidad de dichos poderes debe acatar el precepto general contenido en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en especial que postula la exigencia de razonabilidad en la conducta, la cual implica la adecuación entre el supuesto de hecho y los fines de la norma y la proporción entre los medios y fines legales. Para ello la autoridad administrativa debe distinguir su proceder según se trate del establecimiento de conceptos jurídicos indeterminados del desarrollo de discrecionalidad técnica y del desenvolvimiento de la discrecionalidad pura. En los dos primeros supuestos debe sujetarse al establecimiento de la verdad objetiva, mientras que en el último supuesto debe supeditar la determinación voluntaria de oportunidad y conveniencia a los motivos y fines legales.

Estableciendo diferencias entre la potestad discrecional y la potestad reglada

en el margen de libertad otorgado al funcionario para dictar y ejecutar las medidas administrativas, el autor Chacín (2005) acota que en la primera tal libertad es relativa, se le da un margen de acción al funcionario dentro del marco acordado por la ley, y en la segunda no existe libertad, la ley le establece al funcionario las diferentes medidas que debe tomar según la circunstancia concreta que se le presente, también prevista en la ley.

Lárez Martínez (2001), también diferencia ambas potestades, lo que el denomina poder discrecional y poder reglado. En el primero, la autoridad actúa libremente, sin que su conducta le sea dictada de antemano por una norma de derecho y en el segundo, la autoridad frente a circunstancias de hecho, está obligada a tomar una decisión, señalada por la ley, sin que exista libertad de escoger entre varias soluciones, pudiendo decirse que en tales casos, la conducta del funcionario está dictada de antemano por el Derecho. Ejemplo de estos poderes serían la multiplicidad de actos autorizatorios realizados por los funcionarios en función del cumplimiento por parte de los administrados de cada uno de los requisitos previstos en la ley, para obtener la licencia, permiso o documentación correspondiente.

Legal

Desde el punto de vista legal los límites a la discrecionalidad administrativa se establecieron en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981, de la siguiente manera

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

Es pues para Araujo Juárez (1998) esta disposición legal el límite al poder sancionatorio de la Administración Pública. De ahí que para la doctrina el principio de proporcionalidad es la exigencia de una relación, de una adecuación entre los medios empleados por la Administración Pública y los fines que ésta persigue. De tal

manera que la proporcionalidad como límite a la discrecionalidad, no sólo rige respecto de la aplicación de sanciones, sino en general, respecto de toda medida discrecional que adopte la administración. Así mismo la adecuación con el supuesto de hecho que es el segundo límite a tal poder, debe ser racional, justo y equitativo en relación a sus motivos.

Jurisprudencial

En cuanto al precedente judicial en materia de discrecionalidad, todavía se recuerda en el caso "Depositaria Judicial" ocurrido en el año de 1982, el fallo de la Sala Político Administrativa de la desaparecida Corte Suprema de Justicia, que reprodujo al respecto una sentencia de la también extinta Corte Federal de Casación, en la cual ese Supremo Tribunal puso de manifiesto la parte reglada que aún en el más discrecional de los actos administrativos, se halla presente y que la llevó a decir: "es de la naturaleza de todo acto realizado en ejercicio de una facultad discrecional el que no pueda ser revisado o anulado por otro poder en lo que se refiere al mérito o al fondo."

Luego añadió la Sala que esta posición era la más conveniente, porque de lo contrario, esa facultad discrecional no sería tal, ni propia de un poder; pero si puede ser materia de revisión por lo que se refiere a la incompetencia del funcionario que la dictó, defecto de forma del acto o a su ilegalidad, en cuyos casos procede su anulación o revocación, lo que pone de manifiesto como en los actos administrativos discrecionales existen elementos de validez de los mismos, como la competencia y los requisitos de forma, que los hacen necesariamente reglados. También la jurisprudencia libera de revisión por el Juez de lo Contencioso Administrativo, las razones de fondo, vale la decir, la oportunidad y conveniencia de la medida, en la cual no puede el Juez en principio substituirse a la Administración Pública por motivos de diferenciación y especialización de funciones conectadas con el principio de separación de poderes.

CAPÍTULO III

DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y TÉCNICA

Potestades Discrecionales Y Regladas

Tradicionalmente se ha definido a las potestades o a los actos administrativos discrecionales por contraste con los actos reglados, para significar que tratándose de éstos la Administración Pública se ve limitada a constatar la ocurrencia de las circunstancias que configuran el supuesto de hecho normativo para aplicar la correspondiente consecuencia jurídica. Entonces, fijado el precepto normativo no queda espacio alguno a la más mínima valoración subjetiva. Ahora cuando se está en presencia de facultades discrecionales la autoridad administrativa se encuentra frente a disposiciones que le otorgan esa mayor o menor libertad de juicio y decisión, habida cuenta que alguno de los elementos integrantes de la norma jurídica se va a aplicar de acuerdo a su estructura clásica, lo que comprende tomar en cuenta el supuesto de hecho para luego aplicar la correspondiente consecuencia jurídica.

El anterior planteamiento lleva a considerar que el ordenamiento jurídico venezolano atribuye potestades a la Administración de dos (2) formas distintas: en las potestades regladas se determina exhaustivamente el contenido de la decisión a dictar, en tanto que en las discrecionales se remite a la estimación subjetiva de la Administración Pública, la concreción de alguno de los aspectos del contenido de la resolución del asunto; mientras que en las potestades regladas la ley tipifica el contenido del acto, en las discrecionales resultan posibles varias soluciones igualmente lícitas y por tanto indiferentes para el Derecho, entre las cuales ha de elegirse con criterios extrajurídicos.

Tales definiciones enfatizan en que la discrecionalidad es un espacio o ámbito de decisión no regulado o tan sólo parcialmente cubierto por el legislador; ámbito decisorio que éste ha trasladado a la Administración Pública, que tienen una

apariencia por los rasgos de las normas que contienen la facultad y que se encuentran en contraste con lo que el autor Beltrán de Felipe (1995) denomina definiciones materiales o positivas de la discrecionalidad, que se caracterizan en función de su objeto y que las identifican con la posibilidad para la Administración de apreciar el interés público o general en relación con otros múltiples y heterogéneos presentes en nuestro ordenamiento jurídico al momento de tomar una decisión.

Perspectiva Lógico-Normativa de la Discrecionalidad

La doctrina administrativista confiere gran importancia a la forma de interpretar los términos empleados por el legislador al momento de configurar la norma habilitante de la potestad administrativa, de modo tal que su redacción, será un criterio básico para definir si la Administración Pública habrá de ejercer una facultad reglada o discrecional.

De tal forma, que la discrecionalidad radica en el elemento de unión o cópula de la norma jurídica y a él hay que acudir primariamente para averiguar si ésta confiere o no facultad discrecional al órgano administrativo que haya de aplicarla. Así pues, cuando cualquier operador jurídico observe que la norma jurídica emplee la locución "podrá" para expresar la coordinación entre supuesto de hecho y la consecuencia jurídica que va a crear un ámbito de libertad para su destinatario, una facultad para obrar o no obrar, para obrar en un sentido o en otro.

Para Seoane (1985) el estudio de la discrecionalidad debe hacerse a partir del análisis de la estructura lógico formal de la proposición normativa, ya que sólo de ésta puede derivar una potestad de aquella naturaleza. A la discrecionalidad así configurada el autor la denomina discrecionalidad típica. Esta discrecionalidad se diferencia de la surgida en ciertos casos en los cuales se trata sólo de emitir juicios y no de decidir, pero el grado de dificultad es tal que el juicio acaba por convertirse en un acto de voluntad de la Administración Pública. El mismo doctrinario expone que en casos extremos y a partir de ciertos límites, la actividad administrativa no es objeto ni susceptible de control de manera que el juicio de valor con el criterio personal y

subjetivo del operador administrativo es lo que impera.

Es en este último caso, en donde se configurará la discrecionalidad atípica, consistente en la disolución de ciertos juicios en actos de voluntad, debido a la imposibilidad de control de los mismos en casos límite. Esta forma de discrecionalidad se diferencia de la típica en que no precisa de atribución normativa expresa y sólo dependerá en su emisión del conocimiento que el responsable de dictarla tenga sobre un determinado asunto.

La explicación de la estructura lógica de la norma jurídica que confiere discrecionalidad administrativa de elección, demuestra que no es sólo el elemento de unión o cópula entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica (términos deberá o podrá) el que definitivamente indique si el precepto confiere o no una facultad discrecional, pues cabe plantear, no obstante ser la voz "deberá" el conector, se originen dos o más consecuencias jurídicas entre las cuales legítimamente optar de forma alternativa. Sobre lo anteriormente dicho Gallego Anabitarte (1989) reconoce que si bien las fórmulas potestativas de la cópula como las expresiones, podrán conceder o podrán revocar, en principio la atribución de la Administración Pública de ejercer facultades discrecionales.

Advierte en este sentido Gallego Anabitarte que se debe tener en cuenta, que ello constantemente no será así, ya que algunas veces la voz "podrá" se emplea para atribuir competencia, de forma tal que se hace preciso realizar en cada caso una interpretación que permita saber el fin de la norma que se va a aplicar, para poder apreciar de esta forma su sentido. De todas maneras, por muy amplia que sea la formulación del elemento cópula, la discrecionalidad no puede ser entendida en ningún caso como auténtica libertad de actuación; afirmar lo contrario sería una indebida traslación de la concepción iusprivatista de la autonomía de voluntad al Derecho Público, cuando aquí no existe en términos generales tal concepción, salvo en los contratos administrativos y con ciertas matizaciones.

Por su parte, Sainz Moreno (1976) estima que lo más importante no son las formas de expresión, sino los principios jurídicos que no pueden quedar anulados por expresiones más o menos precisas, utilizadas por instrumentos normativos para

atribuir potestades a la Administración Pública, tales como las locuciones “podrá”; “a juicio” y según lo “estime” entre otras expresiones a las que a veces se les pretende asignar facultades discrecionales; pero agrega este doctrinario que la utilización de esas formas de atribución de potestades discrecionales, era una presunción iuris tantum de legalidad de la actuación administrativa y no una remisión al puro arbitrio del operador administrativo.

Tal criterio puede encontrarse en otra norma, en cuyo caso la decisión formaría parte del proceso de aplicación de ella o de otra norma que lo conformaría, para estar en presencia entonces de una decisión discrecional. Tampoco puede tomarse como criterio para determinar la existencia de una facultad discrecional, la utilización de fórmulas que condicionen la actuación administrativa a la expresión de su fundamento o motivo, pues esa condición no es dable interpretarla desde una perspectiva formalista que justifique cualquier motivo como válido, aunque sea expreso, toda vez que esa clase de locuciones a lo que realmente obligan es a exponer las razones jurídicamente válidas, por ajustadas a las normas y principios jurídicos aplicables y que soportan toda decisión.

Respecto de la preeminencia de los términos “deberá” y “podrá” para deducir el grado de libertad de un operador administrativo, Daroca (1997) critica la tesis en mención, dado que tales locuciones sólo constituyen un indicio sobre la atribución o no de discrecionalidad administrativa, pues tan sólo la interpretación de la norma en el contexto del sistema es lo que permite llegar a una respuesta concluyente a ese cuestionamiento. En el análisis del término “podrá” no es posible identificarla como un otorgamiento del poder discrecional a favor de la Administración, con lo cual el examen de si se ha atribuido o no discrecionalidad, no puede detenerse únicamente en la revisión de la norma habilitante, pues todo dependerá de la manera en que se configure la facultad y de toda la normatividad aplicable al ámbito de actividad de que se trate, de ahí que la propia Daroca, haya expresado que la “única fuente de discrecionalidad es el Derecho”.

Concepto Material de Discrecionalidad Administrativa

En la actualidad se reconoce por la doctrina administrativa que el advenimiento y desarrollo del Estado Social de Derecho, como categoría posterior al Estado Liberal en el cual a la organización estatal se adscribe la obligación de cumplir una multiplicidad de tareas en su momento, ha comportado una progresiva pérdida de precisión de las normas jurídicas. Simultáneamente el Estado Social ha significado el aumento del intervencionismo estatal, lo que se traduce en una tendencia a la informatización del Derecho, que en buena medida afirma Marín (2007) se muestra incapaz de predeterminar con certeza las decisiones más concretas o en fin de delinear con exactitud los intereses generales a servir por la Administración Pública.

Ahonda el autor mencionado en este asunto y realizando una retrospectiva al pretérito, manifiesta que durante el siglo pasado -Max Weber- ponía de presente como a la denominada racionalización formal del derecho orientada hacia una vinculación jurídica formal más precisa del proceder de las autoridades que favoreciera la previsibilidad de su acción y la seguridad jurídica, se contraponía una racionalización material del sistema jurídico, encaminado a la consecución de aquello que se considerara como lo más satisfactorio desde la perspectiva del contenido, esto es, de la prevalencia de postulados materiales, éticos y políticos a las exigencias prácticas, utilitarias y éticas de tales autoridades.

De acuerdo con esta idea, la racionalidad formal del Derecho ha propiciado la consolidación de una Administración que es racional en la medida que su actuar se verifica a través de la aplicación automática de premisas ya dadas, subsumiendo los hechos en la norma, la que se limita a señalar objetivos y propósitos a alcanzar por esa estructura orgánica, que será la llamada a elegir los cauces de actuación jurídica que la lleven a su consecución en beneficio de un colectivo.

Y es que ante la imposibilidad de conciliar la multiplicidad de intereses que pueden resultar implicados al regular determinado asunto, los enunciados normativos actuales optan por no definir integralmente los intereses generales, auto

restringiéndose al señalamiento de los fines a cumplir por la Administración Pública, con el cada vez frecuente recurso a cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados de amplio campo de acción en la práctica, con la consecuente remisión que ello supone a criterios de decisión extrajurídicos, tales como los morales, políticos, económicos y técnicos, que llevan a crear así, una mayor flexibilización del Derecho Administrativo, que no significa otra cosa que un incremento de la discrecionalidad administrativa.

Se está entonces en la actualidad frente a un decrecimiento de la vinculación positiva de la actividad administrativa y la correlativa materialización del Derecho Administrativo; no obstante para buena parte de la doctrina jurídica administrativista ello no ha implicado un cambio en la postura que defiende el "Principio de Legalidad" y que lleva a reducir al mínimo posible los ámbitos de discrecionalidad administrativa, dado que éstos no encajan adecuadamente en un esquema en el que la Administración debe limitarse a ejecutar la ley, aunque esta obligación no se practique con la debida regularidad por la Administración.

El aumento de la discrecionalidad administrativa es puesta de relieve hoy en día, lo que se evidencia de la dificultad que tiene el Derecho Administrativo para concretar con precisión y satisfacción ciudadana, los intereses generales, lo que comporta el paso progresivo hacia una vinculación cada vez menor de la Administración a un orden expreso, en el cual la determinación de lo que constituye el interés general para un caso particular, se deja en manos de la jerarquía administrativa mediante el uso de ciertas herramientas, como la atribución de facultades discrecionales o el uso de conceptos jurídicos indeterminados, cargados de componentes valorativos, en los que se establecen objetivos a alcanzar.

Esa materialización obedece a la necesidad para la Administración de tener en cuenta al adoptar sus decisiones, multiplicidad de factores de carácter técnico y también de criterios de índole política que inciden en la ponderación de objetivos, fijación de políticas de actuación y en la disposición de medios y recursos orientados a alcanzar aquellos mediante la ejecución de éstas, todo lo cual se traduce en un reforzamiento del poder de decisión de la Administración Pública frente a otros

poderes.

El asunto no es de fácil asimilación en la práctica pues autores como Parejo (1993) han llegado a escribir que la programación de la actividad administrativa a través de la ley, está sufriendo profundas transformaciones, dado que para él la ley no responde hoy a lo que ha sido la dogmática tradicional que ha llevado a la pérdida de las notas clásicas de la generalidad y la abstracción, sino también se ha producido una diversificación de los contenidos propios del mandato legal. En suma la ley está dejando de responder cada vez con mayor medida al esquema mandato general-deber de obediencia directa del ciudadano; estableciendo así con progresiva normalidad simples apoderamientos, encomiendas o determinaciones de fines y objetivos, así como mandatos de búsqueda y encuentro de la solución en cada caso más idónea y adecuada.

Estos cambios en la ley repercuten en el comportamiento de sus destinatarios especialmente de la Administración Pública, la que tiene mayores márgenes de acción, ya que la relación entre ésta y la ley, no puede seguir concibiéndose desde el punto de vista tradicional, esto es, con poca practicidad, debido a los nuevos requerimientos de la población, por lo que se está en frente de una Administración Pública que obra más que apegada a la ley, obra por razones estratégicas.

Las razones para que este fenómeno tenga lugar son múltiples, se encuadran en buena medida en la forma de Estado Social de Derecho que se concibe constitucionalmente de manera especial para la República Bolivariana de Venezuela, y que hace que muchas prestaciones públicas, sean gestionadas directamente por el Estado, estableciendo así un compromiso que supone no sólo un incremento de la demanda de regulación de diversos sectores; sino también un aumento de la dificultad de esta tarea normativa, motivado a la rapidez de los cambios sociales y técnicos, así como la complejidad y difícil comprensión de las variables sociales que inciden sobre la actividad administrativa.

El autor Brohm (1993) tratando de justificar el aumento de la discrecionalidad administrativa, se fundamenta en tres (3) razones a saber:

1. La especial naturaleza de la actividad planificadora del Estado Social, que

muchas veces se niega a ser preprogramado de una manera precisa condicionada en consideración a la necesidad que enfrentan los planes de componer los más heterogéneos intereses y objetivos involucrados en cada supuesto concreto, lo cual obliga al legislador a limitarse en las leyes de planificación en la fijación vaga de propósitos a través de programas finalistas.

2. Las modificaciones continúas que en el ámbito técnico, científico y social actualmente se producen, que llevan al legislador a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, que hacen del sistema jurídico venezolano un modelo más flexible en su implementación.

3. La preocupación del Estado por mantener la estabilidad de la economía y de la sociedad le lleva a la adopción de leyes-medida que se armonizan durante su implementación. Ello mediante una previa ponderación por la Administración de cada caso en concreto, que hace que se escoja la medida más adecuada para la satisfacción del interés público, cuya titularidad si bien no ostenta, si le ha sido asignada por el ordenamiento la tarea de procurar su máxima satisfacción, salvaguarda y realización.

En este sentido, se conjuga con el interés general el concepto de discrecionalidad administrativa, que hace que cada operador administrativo valore o aprecie el alcance que puede tener cada decisión que emita, para llevar bienestar a la población. Tal valoración implica discernir sobre los muchos y variados intereses en juego para acometer la satisfacción en primer lugar, de los intereses primarios que equivale al general, para luego ponderar o comparar que intereses secundarios públicos o privados, merecen ser tenidos o precisan ser sacrificados para la satisfacción del interés primario.

La anterior posición es la mayoritaria en la actualidad, ya que la misma caracteriza a la discrecionalidad administrativa desde una perspectiva material. Así Marzouli (1985) afirmó sobre el concepto material de la discrecionalidad administrativa, que el mismo consiste en la determinación de aquella decisión que en un supuesto fáctico concreto, debe adoptarse para alcanzar la satisfacción del interés público, recurriendo al efecto a una comparación y atribución de valor a los distintos intereses involucrados en el supuesto examinado. Otros autores como García

Trevijano Fos (1964) han definido a la discrecionalidad administrativa como una ponderación valorativa entre intereses.

El autor Sainz Moreno (1976) por su parte aseguró que la noción de interés público constituye el núcleo de la discrecionalidad administrativa. Ello en razón de que la esencia de toda actividad discrecional lo constituye la apreciación singular de dicho interés, realizada conforme a los criterios marcados por la legislación. También Mozo Seoane (1985) considera que el interés público es el componente máximo y el concepto legitimador de todo poder discrecional.

Concepto Formal de Discrecionalidad Administrativa

A la hora de producirse un concepto común respecto de discrecionalidad administrativa que sea aceptado por la doctrina administrativista contemporánea se presentan dificultades. Esto, porque una primera posición sostiene que la potestad discrecional no puede ser sino el resultado de la ausencia de una norma previa. Otro sector de la doctrina critica la primera posición, al considerar que no es tanto la indeterminación de la norma el origen de la potestad discrecional, porque la pura y simple indeterminación a priori en concreto, la de los conceptos empleados por los textos legales, no sólo permite sino que implica y exige la interpretación del juez y el ejercicio normal de su control.

Esto porque la interpretación legal fue considerada, fuente de discrecionalidad, dado que la utilización de conceptos imprecisos en las normas jurídicas se entendía equivalente a una habilitación de discrecionalidad, dando lugar a la aparición de los conceptos discrecionales, respecto de cuya aplicación e interpretación se afirmaba que no podía ser controlada al menos en su totalidad por los tribunales. La identificación entre discrecionalidad y vacío legal, partía de una particular concepción del principio de legalidad, de acuerdo con la cual la Administración se encontraría en una situación de sujeción general al ordenamiento jurídico similar a aquella en que se hallan los particulares de modo que se concebía en libertad de llevar a cabo toda actividad que no le estuviese expresamente prohibida.

Siguiendo el espíritu de la anterior aseveración, se puede afirmar que la discrecionalidad administrativa se configuraría de una manera parecida al principio de autonomía de voluntad imperante en el Derecho Privado. Este postulado fue rechazado posteriormente, toda vez que hoy en día se reconoce que la Administración Pública no es titular de derechos e intereses, cuya salvaguarda es la de ser sino mera gestora de los mismos, pues la titularidad de aquellos, está radicada en cabeza de la colectividad en general. También en la doctrina alemana se considera que la discrecionalidad se configura con un margen de autodeterminación de la Administración Pública, frente a los demás Poderes Públicos, ya que su actuación no está completamente predeterminada.

Sobre el asunto referido, el profesor Sánchez Morón (1994) advierte que la ley no puede regularlo todo con el detalle que exige la resolución de los problemas cotidianos. Al respecto el profesor Parejo Alfonso (1994) considera que la discrecionalidad consiste en la atribución a la Administración Pública de un ámbito de elección y decisión bajo la propia responsabilidad dentro del cual pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por conformes con el Derecho aplicable. También García de Enterria y Fernández (2002) siguen esa misma línea argumental, toda vez que consideran que la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal con el 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 general sino analíticamente caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares.

Vale la pena apuntar que esta concepción de la libertad de elección entre alternativas indiferentes jurídicamente ha sido criticada y considerada insuficiente por algunos autores que plantean una definición material de esta idea, como quiera que dada la posición servicial de la Administración Pública, no puede ocuparse de ese cúmulo de prestaciones de cualquier manera. Así por ejemplo Sainz Moreno (1976) considera que remitir la decisión administrativa al criterio de lo que conviene al interés público, no supone autorizar una elección entre opciones, todas igualmente válidas, ya que en todos los casos habrán soluciones mejores y peores, de manera que

no todas ellas tienen el mismo valor, porque la satisfacción del interés público impone la escogencia de aquella que resulte más apropiada a dicho propósito, no de cualquiera entre las posibles.

En cuanto a Daroca (1997) él concibió de manera general la discrecionalidad administrativa, la que consiste en la realización de elecciones entre diferentes alternativas con la finalidad de ejercer una potestad conferida por el ordenamiento jurídico aunque no lo haya regulado plenamente. Para Daroca la discrecionalidad es un "modus operandi" caracterizado por tres (3) rasgos:

1. Implica la adopción de decisiones en el marco de un margen de libre apreciación que el ordenamiento jurídico ha dejado.

2. Supone efectuar una elección, todas ellas razonables, basada en argumentos valorativos respecto de los cuales, varias personas, podrían decidir.

3. Los criterios valorativos que fundamentan una elección, son siempre extrajurídicos.

Por tanto, opina Marín (2007) el rasgo característico de la discrecionalidad administrativa es la presencia de un momento intrínsecamente político en la fase de elección de la alternativa. Para él la discrecionalidad administrativa supone en consecuencia una combinación de juicio y voluntad en proporciones variables para cada caso concreto, que dependerá del ámbito de actividad administrativa de que se trate y de la mayor o menor intensidad de las limitaciones o previsiones normativas que la regulen. Muy similar es la posición sustentada por Fernández Farreres citado por Sainz Moreno (1976) quien plantea la necesidad de elaborar una nueva definición de discrecionalidad administrativa, dado que a su entender, ésta ni consiste en una potestad para elegir entre diferentes alternativas, todas igualmente justas, ni en un núcleo de libre decisión administrativa que debe ser respetado por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Ese núcleo será un reducto que permanezca infiscalizable, tras dicho control.

De este modo bastará probar que la decisión administrativa no es la más adecuada, lo cual por lo demás no resulta nada fácil al interés general, aunque no sea contraria al mismo, para que la discrecionalidad desaparezca. Se desemboca así en

una comprensión de la discrecionalidad administrativa, no como libertad de apreciación y decisión de la Administración por razones de oportunidad o en general por razones extrajurídicas entre una pluralidad de soluciones posibles, sino como deber de apreciar y valorar los hechos ante cada situación concreta y específica.

Diferencia entre Legalidad y Oportunidad

Autores como Parejo Alfonso (1994) mantienen la diferenciación entre ambos conceptos, de manera que para él, toda la dimensión de la oportunidad propia de las facultades discrecionales quedará excluida del control por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, como quiera que la racionalidad que puede invocar un juez sea exclusivamente jurídica. Al respecto, Sánchez Morón (1994) opinó que el juez administrativo puede y debe controlar todos los aspectos de legalidad de la decisión administrativa, pero no será un juez de la oportunidad. Para Marín (2007) la distinción entre estos dos términos se trata de un "sofisma", pues lo que se quiere con esta argumentación es mantener fuera del examen jurisdiccional, determinados espacios decisionales de la Administración que no deberían escapar de él.

El propio Sánchez Morón refiere que esta distinción entre legalidad y oportunidad se da en países como Francia en donde se considera que esta última noción es la fuente de la discrecionalidad, de tal manera que esa facultad se concibe precisamente como la posibilidad otorgada al órgano administrativo para apreciar y determinar la oportunidad de la decisión. En definitiva, la principal consecuencia que se deriva de tal diferenciación está referida al alcance del control judicial de la actividad administrativa, que en términos sencillos se entiende plena, esto es, susceptible de la posibilidad de anulación, sino también de la de sustitución por el juez de la decisión administrativa previa, tratándose del ejercicio de facultades regladas y simplemente limitado a la anulación, cuando se ejercen potestades discrecionales.

Para la Jurisprudencia Contencioso Administrativo venezolana resulta evidente la necesidad de que el poder judicial juzgue la oportunidad de una decisión

administrativa en aquellos casos en que simultáneamente se confiera a la Administración Pública un poder discrecional para apreciar el mérito de los actos administrativos. En tales situaciones los tribunales mencionados con base en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela estarán habilitados para revisar esos juicios de oportunidad, cuando ellos fueren emitidos mediante irrazonabilidad o arbitrariedad.

En todo caso, la doctrina anteriormente expuesta no es sino un reconocimiento a la posibilidad jurídica de realizar el control judicial sobre determinados actos administrativos, sin que pueda servir de excusa a la Administración el ejercicio de facultades discrecionales. Ello, porque se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico que todo acto administrativo aunque fuese discrecional es susceptible de ser jurisdiccionado, a los efectos de que se encuentren ajustados a la razonabilidad, proporcionalidad y a la adecuación de los fines que la norma empleada prescribe.

Tipos de Discrecionalidad Administrativa

Desde esta perspectiva, la discrecionalidad administrativa comprende un margen de voluntad para elegir entre la adopción o no de una consecuencia jurídica u otra en la aplicación de normas de estructura condicional que no obligan a adoptar la consecuencia jurídica por ella prevista o no predeterminan la consecuencia jurídica que deba o pueda adoptarse.

De acuerdo al anterior criterio, se pueden identificar dos (2) tipos de discrecionalidad administrativa, según Marín (2007): a) una discrecionalidad de actuación, consistente en la posibilidad de aplicar facultativamente, no preceptivamente las consecuencias jurídicas previstas en la norma jurídica, una vez que se verifica la existencia de un caso subsumible en el supuesto de hecho y b) una discrecionalidad de elección, si en el mismo supuesto la Administración Pública opta por actuar y la norma prevé como posibles varias consecuencias jurídicas alternativamente; supuesto en el cual la autoridad administrativa no puede escoger en el caso que decida actuar, más que alguna o algunas de las soluciones

predeterminadas por la norma. Puede ocurrir también que la norma no predetermine ninguna alternativa.

Según Bacigalupo (1997) a la discrecionalidad de actuación correspondería la estructura de una norma de programación condicional en la que la concurrencia del supuesto de hecho no obliga a adoptar la consecuencia jurídica. Por su parte la discrecionalidad de elección concerniría una estructura del modo, esto es, aún supuesto de hecho, la Administración podrá o deberá según el caso, adoptar una u otra consecuencia jurídica, según la oportunidad y conveniencia de la medida. Así pues la discrecionalidad podrá ser de actuación, en cuanto concurra el supuesto de hecho configurado por la norma. La Administración Pública podrá decidir si actúa o se abstiene de hacerlo; o de elección, que es la facultad para optar entre los indiferentes jurídicos que como opciones legitimas posibilita la norma.

Bajo esta visión la discrecionalidad nunca puede operar en el ámbito del supuesto de hecho normativo, del cual pueden formar parte solamente los conceptos jurídicos indeterminados, que de suyo excluyen una posible apreciación discrecional, toda vez que su aplicación implica un proceso de subsunción en un ámbito estrictamente cognitivo. En consecuencia, la discrecionalidad administrativa como un margen de volición ajeno por completo a la aplicación del supuesto de hecho de la norma, con independencia del grado de indeterminación del mismo, siempre será puesto en práctica a través de un proceso de subsunción estrictamente cognitivo, con lo cual la discrecionalidad queda confinada al espacio de las consecuencias jurídicas de las disposiciones de Derecho Administrativo.

Por su parte, la doctrina de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa nacional reconoce en el género de la discrecionalidad administrativa, tres (3) especies o clases a saber:

1. **Discrecionalidad Típica**: este tipo de figura hace que el margen de arbitrio o libertad que se le concede al operador administrativo, no esté limitado por conceptos jurídicos indeterminados y en consecuencia aquél puede adoptar entre varias posibilidades justas la que crea más conveniente.

2. **Discrecionalidad Atípica:** es aquella que está limitada por un concepto

jurídico indeterminado de valor que en principio admite una única solución justa, aunque en algunas circunstancias puede suponer un cierto margen de libertad para valorar distintas posibilidades.

3. **Discrecionalidad Limitada:** es aquella en que la Administración puede elegir una solución entre varias, determinadas objetivamente por una norma jurídica, donde la discrecionalidad se limita a la facultad de elegir alguna de las soluciones ya previstas en la ley, lo que el profesor Cassagne (1990) denominó discrecionalidad atenuada o restringida. .

Ahora bien, lo que si no se admite en el Derecho Administrativo venezolano es concederle a la Administración Pública, cualquiera fuese su nivel político-territorial, una especie de reserva de discrecionalidad exenta de revisión judicial, ya que ello implicaría otorgarle un desmesurado privilegio en detrimento de los particulares que les pueda dejar indefensos frente a las injusticias o arbitrariedades que eventualmente podrían cometer los funcionarios o funcionarias públicos.

Discrecionalidad Técnica

Supuestos

Fue creación de la jurisprudencia italiana y más concretamente de los órganos contencioso administrativos. Tiene lugar cuando en ejercicio de sus competencias la Administración Pública, dicta actos administrativos que requieren la aplicación de conocimientos especializados en distintas disciplinas como ingeniería, arquitectura, medicina, química y arqueología entre otras. De tal manera que, por ejemplo un organismo administrativo con competencia en sanidad animal, puede dictar una medida basada en la existencia de un brote epidémico que impida que el ganado vacuno del Estado afectado por dicho mal, pase a otras regiones del país. La medida dependerá del criterio técnico veterinario sobre las características de la enfermedad que afecta el ganado. Otro caso sería el de acordar la demolición de un inmueble con base en los criterios de los ingenieros de encontrarse en estado ruinoso.

Un tercer caso de discrecionalidad técnica es la orden que tiene por finalidad

el decomiso de un determinado medicamento; basada en un criterio médico o farmacéutico, que disponga que su uso genere efectos secundarios perjudiciales a la salud de la población. En definitiva la discrecionalidad técnica alude a la expresión de los criterios emanados por profesionales de distintas ciencias, que conduzcan a la adopción de una decisión, resultando equivalente al margen de apreciación de las variables extrajurídicas, que son la conveniencia y la oportunidad, cuando se dicta un acto administrativo discrecional que no requiere de este tipo de criterios. Por tanto, en este aspecto menciona Peña Solís (2002) la decisión resulta inmune jurisdiccionalmente debido a que el juez está impedido de entrar a valorar los aludidos criterios técnicos por ejemplo mediante un nuevo examen realizado por otros profesionales de la misma disciplina.

En Venezuela dice el mismo autor, la materia ha sido poco estudiada y apenas el profesor Brewer Carias de manera incidental admite su existencia y la define como aquella que "no es controlable jurisdiccionalmente", pues se trata de cuestiones que han de resolverse a la luz de un juicio técnico emitido por un órgano especializado de la Administración. En nuestro país la discrecionalidad técnica es rechazada por autoras como la profesora Rondón de Sanso, porque considera que si bien ésta deviene de un juicio, falta la selección de la alternativa, lo cual ocurre en un momento posterior, cuando deba adoptarse la decisión.

Para Peña Solís (2002) no existe una relación causa efecto entre el juicio técnico y la decisión de la Administración Pública, ya que el referido juicio puede aconsejar una modalidad de actuación y la autoridad administrativa estar facultada para actuar de manera diferente o abstenerse de actuar, después de realizar la ponderación de determinados intereses, los cuales no fueron ni tenían porque ser ponderados por los técnicos. Ante todo eso se puede inferir que la discrecionalidad técnica es una categoría incluida dentro de la discrecionalidad administrativa: así por ejemplo, si la Administración sanitaria ordena decomisar unos alimentos importados por estar contaminados con una sustancia radioactiva, corresponderá al juez evaluar el criterio técnico acerca de la contaminación a los efectos de emanar su fallo. Aquí queda demostrada la similitud de ambas figuras.

Caracterización

La doctrina administrativista más avanzada postula la necesidad lógica de distinguir la discrecionalidad como un atributo del conjunto de potestades de la Administración Pública de otras nociones afines o similares, que pudieren originar confusiones al momento de ser implementadas, desviándose con ello el verdadero significado de esa potestad. Una de esas confusiones se ha generado entre la discrecionalidad propiamente dicha y la llamada discrecionalidad técnica.

Se ha dicho que la norma legal configura una discrecionalidad técnica cuando dispone que la autoridad administrativa deba dictar una determinación de acuerdo con criterios científicos o con la previa realización de un juicio de ese último contenido, sobre el objeto de esa determinación. Procurando establecer un criterio diferenciado entre la discrecionalidad administrativa y la discrecionalidad técnica, Rúan (1998) citando a Giannini, expresó que esta última no tiene nada de discrecional, puesto que consiste en una operación previa a la decisión administrativa destinada a establecer científicamente la existencia, probabilidad o apreciación de un hecho. Aunque también se sostiene que tanto la discrecionalidad administrativa como la discrecionalidad técnica son manifestaciones de apreciación valorativa y de la facultad determinativa de la Administración.

A pesar de ello, la tesis que las identifica de manera común, riposta agregando que no hay discrecionalidad técnica como algo distinto de la discrecionalidad administrativa, sino apreciación técnica, sujeta también al principio de razonabilidad y a los principios d equidad, proporcionalidad y justicia, dado que lo técnico no hace inoperante el orden jurídico. La discrecionalidad técnica no significa que la determinación del motivo de esta clase deba colocarse fuera de la juridicidad y que el administrador no deba elegir lo mejor para la prestación social que deba satisfacer.

Refiriéndose a la singularidad de la discrecionalidad técnica el mismo Rúan (1998) expuso que esa clase de normas se caracterizan porque dejan a juicio de una autoridad administrativa el dictado de una medida, reglamentación o providencia, las que deberán estar fundamentadas en principios, normas, directrices o apreciaciones

de carácter científico o técnico y de ninguna manera ser el resultado de una actuación arbitraria. El carácter técnico de la norma o de la actividad administrativa cumplida por el operador administrativo no la hace irrevisable, aunque dentro de la misma se encuentren implícitos criterios científicos o propiamente técnicos. Al respecto señala Rondón de Sanso (1972) que la norma técnica impone a la autoridad administrativa deberes adicionales de comprobación de los hechos y de valoraciones específicas de las alternativas a considerar en la respectiva decisión, pues según ella lo que se quiere es juridificar el uso de tales criterios.

CAPÍTULO IV

CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

DIFERENCIAS CON LA DISCRECIONALIDAD

Caracterización

El término concepto jurídico indeterminado se encuentra en el Derecho Alemán, por considerarla una expresión abstracta. Estos conceptos son difíciles de delimitar, pero su aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que sea conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma. Para Hernández Mendible (1997) la presencia de un concepto jurídico indeterminado en el supuesto de hecho de una norma atributiva de competencia, no concede per se discrecionalidad alguna a la autoridad administrativa, ya que en este caso se exige que a la luz de una situación concreta se indague su significado hasta dar con la única solución justa, de modo que si el órgano competente se aparta de ella incurriría en violación de la ley.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, ha sido considerada por la Jurisdicción Contencioso Administrativa nacional como un paso importante hacia la reducción de la discrecionalidad administrativa, aún cuando ésta también resulta siempre objeto de fiscalización judicial, favoreciendo el control por parte de los jueces, al propio tiempo que desplaza los problemas derivados de las dificultades que provoca el juzgamiento de un margen de arbitrio o de elección entre otras soluciones igualmente justas.

Definición

Los conceptos jurídicos indeterminados en el campo del Derecho

Administrativo son definidos por Sainz Moreno (1976) como

> Aquellas fórmulas jurídicas que regulan la actividad de la Administración Pública, sin que precisen la medida o decisión administrativa concretan, en un caso particular, pero delimitando su orientación, como cuando se habla de orden público, utilidad común o de interés general.

García de Enterria, citado por Peña Solís (2002) puntualizó que lo esencial del concepto jurídico indeterminado es que la indeterminación del enunciado no se traduce en lo mismo cuando se trata de su aplicación, los cuales como ya se ha expresado sólo permiten una unidad de solución justa en cada caso. Para el autor español la aplicación de ellos, constituye un proceso reglado, mediante un proceso de aplicación e interpretación de la ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado.

Por todo lo anterior, es menester afirmar que los conceptos jurídicos indeterminados son propios de todo proceso de normación tanto en el Derecho Público como en el Derecho Privado. Por esa razón, los términos más usuales en este sentido son “justo título”; “buena fe”; “falta de probidad” e “interés público” entre los más relevantes. Ahora bien debe quedar claro que al admitir una única solución justa, los jueces Contencioso Administrativos están facultados para controlar la verosimilitud de la solución dada, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico.

En consecuencia, lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una; o se da o no se da el concepto; es decir, o hay utilidad pública o no lo hay; o se da en efecto una perturbación del orden público o no se da; o una actuación es contraria a las buenas costumbres o no lo es; el precio que se señala en la expropiación, por ejemplo es justo o no lo es; o se ofende a la moral pública o no se la ofende o existe un interés superior del niño o no existe.

Enfoque Jurisprudencial

Seguidamente se presentan algunos criterios jurisprudenciales vertidos por la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en los cuales se

dejó constancia de la posición que al respecto se mantenía y aún se mantiene por el más alto Tribunal de la República sobre esta materia. La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración Pública constituye una actividad reglada y por consiguiente sujeta al control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente." Caso: RCTV-Hola Juventud. CSJ/SPA. Fecha: 05-05-83.

Otro criterio de la jurisprudencia contencioso administrativa venezolana es el siguiente:

> El concepto jurídico indeterminado exige que, a la luz de una situación concreta, se indague su significado hasta dar con la única solución justa, de modo que si el órgano competente se apartara de ésta incurriría en violación de la ley y sería nula o al menos anulable su decisión." Caso: RCTV-La Escuelita. CSJ/SPA. Fecha: 01-08-01.

Es concordante entonces el Derecho Administrativo nacional con la doctrina mayoritaria en el planteamiento de que la presencia de un concepto jurídico indeterminado en un supuesto de hecho de una norma atributiva de competencia, no concede per se discrecionalidad alguna a la autoridad administrativa, sino que todo lo contrario al materializarse o concretarse ello debe obedecer a un ejercicio de sumisión al derecho.

Diferencias entre Conceptos Jurídicos Indeterminados y Discrecionalidad Administrativa

Históricamente los conceptos jurídicos indeterminados han representado un papel notable en la reducción de la discrecionalidad, habida cuenta de que son utilizados para deslindarlos de aquella, de manera que lo que antes se entendía discrecional como equivalente a exención de control judicial, pasó a dejar de serlo en virtud de constituir los conceptos jurídicos indeterminados principios expansivos, que vienen reduciendo las facultades discrecionales de la Administración Pública.

Sobre la distancia existente entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad, Sainz Moreno (1976) expuso que ello obedecía a la consolidación del Estado de Derecho y la superación de los planteamientos autoritarios, que en Alemania sobre todo, propiciaron un notable incremento del control judicial como

garantía de la seguridad, la justicia y la racionalidad, que se hace evidente concretamente con el sometimiento a fiscalización jurisdiccional en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados.

En el Derecho Español se niega la posibilidad de identificar la estructura y naturaleza del margen de apreciación que se confiere a la Administración Pública en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados con las de la discrecionalidad. Autores como García de Enterría desde la década de los años sesenta, llegó a calificar como un error común, tradicional y de penosas consecuencias para las garantías ciudadanas, confundir entre discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados, toda vez que en la aplicación de estos últimos a una circunstancia concreta debe existir una única unidad de solución justa. La diferenciación entre ambos términos es desarrollada por este doctrinario español en los siguientes términos:

En la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, la ley no trae una solución concreta en cada caso, de modo que ésta debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o de experiencia según la naturaleza del concepto. En todo caso, sea de valor o de experiencia los mismos deben ser objeto de una estimación jurídica, conforme el sentido de la ley que los contiene. Por tal motivo se debe tener claro que el proceso de constatación de un concepto jurídico indeterminado, no puede ni debe ser un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio que debe atenerse por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse, por la otra al sentido jurídico preciso que la ley ha asignado con la intención de que la solución posible sea una sola.

En suma para García de Enterria es posible encontrar la única solución justa aún en aquellos eventos en que se aplique un concepto jurídico indeterminado a un caso ubicable en un espacio de incertidumbre; pues para la solución de esta clase de asuntos la Administración Pública no dispondrá de discrecionalidad para apreciar libremente su alcance. Ejemplo, o se da o no la buena fe en la contratación y ello es lo que la diferencia de la discrecionalidad. Frente a este tipo de supuestos la Administración Pública no ejerce facultades discrecionales, sino el privilegio de la

decisión previa, del cual se desprende una presunción formal de legalidad que siempre puede ser controvertida ante el juez, quien la puede considerar desvirtuada cuando obren suficientes elementos probatorios para estimar como solución más justa la apreciación contraria del concepto efectuada por el recurrente con lo cual el juez aplica la ley que ha enunciado en un concepto jurídico indeterminado.

Otro doctrinario, en este caso Nieto (1964) estableció otra diferenciación entre ambos términos. En tal sentido escribió que cuando la Administración Pública actúa en ejercicio de facultades discrecionales, ello constituye una operación de orden volitivo, mientras que si lo hace aplicando un concepto jurídico indeterminado, tal operación es de naturaleza intelectiva, lo que produce como efectos que en el primer caso no haya posibilidad de controlar esa voluntad y en el segundo caso, siempre cabrá la posibilidad de que la Administración se equivoque al emitir su juicio y tal error pueda ser corregido por los tribunales.

Para Sainz Moreno (1976) la diferencia entre las dos figuras no es sólo de grado, sino cualitativa, pues vinculan a la Administración de diversa manera, siendo radical la distinción. A su juicio existirá un concepto jurídico indeterminado en una norma jurídica administrativa cuando el operador administrativo tenga la obligación de encontrar una solución justa para un caso concreto. De otra parte, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados por una norma no significa por si sola la atribución de facultad de elegir discrecionalmente entre varias soluciones posibles, aquella que en cada caso se considere conveniente u oportuna. Así las cosas, si bien los conceptos jurídicos indeterminados plantean el problema de encontrar una solución única, con lo cual se denota la intención del legislador de propiciar una mayor sujeción a la legalidad y negar la existencia de la discrecionalidad.

Aproximación de los Conceptos Jurídicos Indeterminados con la Discrecionalidad

Esta aproximación deviene cuando se reconoce que resulta especialmente problemático razonar en un marco estrictamente jurídico si una decisión administrativa es conforme con la idea que engloba un concepto jurídico

indeterminado al ser éste aplicado o inaplicado a un supuesto fáctico en donde exista incertidumbre respecto de la decisión a tomar. En todo caso, la elección a un criterio volitivamente determinado por el funcionario o funcionaria encargado de la misma. Esta es la razón para que no sea posible una distinción categorial entre discrecionalidad con los conceptos jurídicos indeterminados. Claro está afirma Bacigalupo (1997) que el grado de discrecionalidad será menor en estos supuestos, toda vez que la norma reguladora de la potestad no es tan imprecisa al contener un criterio valorativo como mínimo que debe ser tenido en cuenta por la Administración Pública.

Es por eso, que el intento por deslindar la discrecionalidad que se reconoce a la Administración respecto de los conceptos jurídicos indeterminados no supone que el control judicial de la actividad administrativa sea diverso en un caso o en otro, de hecho se cree que es idéntica en los dos. Lo anterior porque la poca certeza de ciertos conceptos jurídicos indeterminados, hace que las decisiones basadas en ciertos conocimientos, sea bien difícil y en consecuencia poco certera, lo que la hace en precisión casi imposible, lo que supone que la decisión en esos casos sea volitiva más que cognoscitiva y por esa circunstancia se da la imposibilidad de controlarla desde el ángulo del concepto jurídico indeterminado.

Continua Bacigalupo señalando que los conceptos jurídicos indeterminados sólo proporcionan a su interprete en criterio de aplicación o inaplicación en los casos que lo permitan; lo que no ocurre en los supuestos encuadrables en situaciones de incertidumbre en los que será el aplicador del concepto el que a la postre establezca el criterio para optar por una de las alternativas de solución, para el órgano actuante en relación a un determinado concepto, lo que asemeja este proceder al propio del ejercicio de una facultad discrecional que igualmente supone la adopción por la Administración de los criterios determinantes de la aplicación de una u otra consecuencia jurídica.

Similar es el parecer en este sentido de la profesora Alonso Más (1998) quien afirma que en algunas ocasiones el razonamiento jurídico es incapaz de llevar a verdades absolutas, por lo cual tal razonamiento sólo lleva a la solución más

aceptable o plausible. Al entender de ella esa limitación no supone que tenga que descartarse la operatividad de los conceptos jurídicos indeterminados ni tampoco excluir que sea un Juez Contencioso Administrativo, quien en última instancia pueda determinar hasta donde pueden llegar los límites de un determinado razonamiento jurídico. Sin embargo, quien escribe cree que una decisión basada en el razonamiento jurídico, no es necesariamente arbitraria, dado que el mismo tendrá que apoyarse en alguna norma jurídica, pues no es suficiente la pura lógica deductiva del operador administrativo.

En síntesis y redondeando la idea respecto de la aproximación entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad, resulta oportuno recordar los planteamientos de Barnés Vásquez (1993) quien sostiene que la frontera entre los dos conceptos está cada vez más desdibujada como lo demuestra el hecho de que existen preceptos en los cuales coexisten ambos o en la ocurrencia de casos en los cuales la discrecionalidad se debilita y queda reducida a una única opción; y a la inversa supuestos en los cuales es la discrecionalidad la que absorbe el concepto jurídico indeterminado, cuando en sede judicial se interpreta como potestad discrecional un concepto legal.

Margen de Apreciación en los Conceptos Jurídicos Indeterminados

Se conceptúa el margen de apreciación, según Marín (2007) como un margen habilitado por la ley, en beneficio de la Administración Pública, que decide en última instancia sobre el sentido de la aplicación del concepto jurídico indeterminado en el caso concreto. De no existir esa habilitación legal, la interpretación administrativa del concepto sería controlable judicialmente independientemente de la estructura lógico-normativa del mismo.

Esta última facultad resulta bastante elocuente en razón de la distinción que se da entre el margen de apreciación y la discrecionalidad en sentido estricto. Esa distinción radica en opinión de Sainz Moreno (1976) en que frente al margen de apreciación, el criterio que debe prevalecer es el de la norma; mientras que si se tratara de discrecionalidad la Administración Pública puede decidir conforme a su

criterio. De ahí que una determinada dificultad haga buena la decisión que se tome dentro de unos límites de razonabilidad, pero basta con que se pueda demostrar que el criterio de la norma jurídica imponía una solución distinta `para que esa decisión, pueda ser declarada contraria a la norma.

De otra parte, quienes defienden la distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa, como consecuencia jurídica de la norma, suelen admitir que en determinadas circunstancias de dificultad interpretativa que no permite la integración coherente de dichos conceptos, que se reconoce un margen cognoscitivo de apreciación a la Administración Pública al aplicar la disposición habilitante de la facultad al supuesto concreto que examina.

Alcance

Como resultado de todo lo anterior**,** discrecionalidad quedará circunscrita a los supuestos de hecho en los que la norma no formula un criterio de decisión, confiriendo un margen de libertad a la autoridad administrativa para que acuerde lo más conveniente al interés público. En cambio, no hay discrecionalidad cuando ese criterio se expresa por medio de conceptos jurídicos indeterminados cualquiera que sea la clase de éstos, porque tales conceptos no producen un vacío en la norma. En ese orden de ideas cabe decir que el margen de apreciación se puede tener como un saldo al criterio de decisión empleado por el aplicador de la norma, que permanece infiscalizable una vez se han agotado todas las posibilidades de razonamiento jurídico.

Sainz Moreno (1976) reconoce que puede ocurrir y de hecho ocurre que la puesta en práctica de un concepto jurídico indeterminado supone dificultades, pero aclara que cuando la autoridad aplica una norma es porque dispone de un margen de apreciación para que adopte la mejor solución. Dicho margen no guarda relación alguna con la discrecionalidad, ya que sólo opera cuando no es posible demostrar, cuál es la decisión ajustada a la idea que el concepto jurídico expresa. No se trata entonces de una libertad de opinión, sino de la dificultad de conocer cuál es la solución que la norma enuncia.

CAPÍTULO V

MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCRECIONALES

Motivación del Acto Discrecional

Antes de justificar el porque la inmotivación de un acto discrecional puede ocasionar infracciones al orden público y favorecer la arbitrariedad en cualquier decisión por parte de un funcionario público o funcionaria pública, resulta necesario acotar que uno de los elementos de forma de los actos administrativos de mayor importancia es la motivación. Ello, porque todo ciudadano o ciudadana tiene el derecho de conocer el razonamiento fáctico y jurídico que tuvo la Administración Pública para arribar a una determinada resolución. La motivación en opinión del profesor Brewer Carias (2007) resulta esencial para permitir que los Jueces Contencioso Administrativos puedan hacer realmente efectivos los límites impuestos al poder discrecional de la Administración Pública.

Sobre la motivación del acto administrativo este autor patrio, reproduce una decisión de la antigua Corte Federal y de Casación emitida en el año 1957, en la cual asentó:

> …el motivo del acto administrativo es el antecedente que lo provoca. Un acto administrativo se integra con tal elemento cuando exista previa y realmente una situación legal o de hecho, cuando esa situación es la que el legislador ha previsto con miras a la actuación administrativa. De allí que vinculado o discrecional el poder de la Administración Pública cuando están de por medio el interés colectivo y los derechos subjetivos de los administrados, todo acto administrativo debe ser motivado…

De tal manera, que resulta fundamental a la validez del acto administrativo, su motivación, dado que si no se observa esta inexcusable formalidad se corre el riesgo

de que la autoridad administrativa pueda imponer su arbitrio de manera inapropiada e ilegal y en consecuencia la actividad desplegada pueda estar viciada de nulidad absoluta, lo cual corresponderá constatar al Juez de lo Contencioso Administrativo, quien además está llamado a ejercer sus poderes de control sobre los aspectos reglados del acto administrativo discrecional.

Y es que el ejercicio de potestades discrecionales por parte de la Administración Pública entraña necesariamente la obligatoriedad de expresar una motivación más clara y precisa, aunque no tan extensa, dado que como se insiste el cumplimiento de esta formalidad legal es la única vía para evitar las posibles arbitrariedades en el margen de apreciación administrativa, lo cual se evidencia en un sentido inversamente proporcional, cuando se está al frente de potestades mayormente regladas, en donde la autoridad se limitará a cumplir con las órdenes concretas de la ley, y por esa circunstancia resultaría inoficioso intentar una reconstrucción de los motivos por los cuales el funcionario cumple con las órdenes legales.

Se ha estimado en cuanto a la motivación del acto administrativo, que el papel de esta formalidad no puede ser explicado en términos de requisito únicamente, dado que juega un papel intermedio entre los requisitos de fondo y de forma del acto administrativo al responder como basamento justificativo a una finalidad que es ajena a la de los requisitos formales, pudiendo llegar a concretar la ausencia de motivación la nulidad absoluta declarada judicialmente cuando se trata sobre todo de actos discrecionales que afectan los derechos fundamentales. Más recientemente la Jurisprudencia del Contencioso Administrativo Nacional, sobre la motivación se pronunció en los siguientes términos:

> La exigencia de motivar los actos administrativos, persigue la exteriorización del razonamiento que condujo al órgano a decidir en determinada forma el asunto sometido a su consideración. Ahora bien, la ley al hacer la exigencia de motivación, expresamente indica que debe ser sucinta, lo que implica brevedad y concisión. Por tanto no es necesario para que el acto administrativo sea considerado como motivado, que la autoridad administrativa determine detalladamente los elementos fácticos y jurídicos que fundamenten su decisión, ya que basta una indicación breve de la base de la decisión. De lo contrario, se

> asemejaría la actividad administrativa a la judicial, y se plenaria aquélla de formalismos no acordes con el dinamismo y la multiplicidad de funciones que caracterizan la actuación de la Administración.

En definitiva, la motivación como elemento formal del acto administrativo revela una naturaleza instrumental al permitirle al ciudadano conocer los motivos que tuvo la Administración para dictar un acto administrativo. Así que la insuficiente motivación únicamente supondrá la nulidad del acto, si no es posible determinar las causas de hecho y de derecho que determinan la decisión.

Calificación del Acto Discrecional

Dentro del proceso lógico de formación de todos los actos administrativos, incluyendo los discrecionales, la Administración después de constatar y comprobar los presupuestos de hecho, debe proceder al respectivo contraste con la norma jurídica, para verificar que haya sido una actuación habilitada. Esto es en opinión de Brewer (2007) lo que se ha denominado la calificación jurídica de los hechos como un límite más de la actividad administrativa y por tanto limitativo de la potestad discrecional, que permite el control judicial de lo que la jurisprudencia italiana llamó la tergiversación de los hechos y que en la actualidad se configura como el vicio de falso supuesto en sus dos modalidades, de hecho y de derecho. Se destaca esta anomalía por presentar una falsa o inexistente apreciación de la situación fáctica considerada.

Al respecto, la jurisprudencia del Contencioso Administrativo hace años indicó que si la Administración Pública, sin violar un precepto legal, realiza un acto en el que altere la verdad que sirve de presupuesto a éste, no podría ciertamente decirse que ha cometido una efectiva trasgresión de la Constitución o de la Ley pero no puede caber duda de que el acto así dictado está gravemente viciado por exceso de poder, porque la potestad discrecional del funcionario administrativo, no puede traspasar los límites de la verdad y la equidad. Sobre este asunto Retortillo mencionado por Brewer (2007) advirtió que el acto dictado tergiversando los hechos estaba viciado de este vicio de falso de supuesto que afectaba la causa de producción

del mismo de nulidad.

La función de calificación de los hechos y sus límites constituye una actividad reglada y en consecuencia controlable; aunque su verdadera relevancia se particulariza en relación con la actividad discrecional, cuando se hace un uso indebido del poder por parte del operador administrativo, independientemente del fin logrado, bien porque se desvíe la verdad procesal o por cualquier otra causa, lo que conlleva a una actuación dolosa y reprochable por `parte de la Administración, pues no se puede hacer uso de la autoridad que el ordenamiento confiere, para perseguir fines contrarios al espíritu, propósito y razón de cualquier disposición legal.

Inmotivación como Vicio de Orden Público

El hecho de que el vicio de inmotivación incida en el derecho de defensa de los administrados es de orden público, por tanto, los actos administrativos inmotivados están afectados de nulidad absoluta, y como tales no pueden ser convalidados con motivaciones sobrevenidas, efectuadas por la autoridad u órgano superior al que emitió el acto discrecional. En forma tal, que una decisión administrativa se encuentra afectada de este vicio cuando se alegan hechos, expresiones y remisiones que por su contenido general e impreciso no puede asimilarse a la necesaria motivación que para la emanación de un acto discrecional limite los derechos fundamentales de los particulares debe efectuarse.

Y es que sin lugar a dudas, a cualquier ciudadano o ciudadana le interesa interactuar con una Administración Publica sometida a la Ley y al Derecho como bien lo enuncia el articulo 141 del texto constitucional vigente, que le brinde por lo demás garantías y seguridad en cualquier clase de relación jurídica, pues es así como se configura el concepto de orden publico, frente a cualquier decisión. Esa garantía judicial es una de las claves de la convivencia social y por ello confluyen en ella la condición de derecho humano de jerarquía constitucional, ya que se trata de un valor destinado a mantener la armonía necesaria y básica para el desarrollo e integridad de la sociedad. Dada su importancia, no es concebible que sobre el orden público existan

pactos validos de las partes.

Puede ocurrir igualmente una motivación insuficiente del acto discrecional cuando es de tal entidad que se puede equiparar a una motivación general, en donde las partes no pueden fundar su defensa, por lo que esta última se equipara a una inmotivación porque acarrea absoluta indefensión.

Motivación Sobrevenida

De manera regular el acto administrativo que no cumpla con la emisión de los motivos que lo originaron, va a adolecer del defecto o vicio de forma que se ha venido tratando como inmotivación. Así mismo tampoco es suficiente señalar como fundamento del acto administrativo una determinada norma, sobre todo si la misma abarca una pluralidad de situaciones, puesto que tal anomalía impide una plena defensa de los ciudadanos. En otras palabras, los fundamentos de cualquier acto administrativo deben resaltar de sus propios términos. Por tanto, no es permisible que la falta de señalamiento de los motivos del acto sea subsanada mediante alegatos posteriores de la Administración.

Lo anterior porque la motivación debe acompañar a los actos administrativos desde el momento de su emanación y exteriorización, ya que de lo contrario se configura la motivación sobrevenida, que lesiona severamente el derecho a la defensa del administrado y en consecuencia se le tiene como inmotivado, pues no puede ningún órgano o ente público suplirla en otra sede que no sea la administrativa, ya que ella será distinta al fundamento del acto original. De tal manera que la Administración no puede aprovecharse de la vía judicial para modificar o aclarar la motivación de sus actos, lo cual es procesalmente improcedente.

Cuestionamiento

La motivación sobrevenida o posterior a la emanación del acto, no puede servir según Duque Corredor (1986), de base para que la Administración Pública repare las omisiones esenciales de sus actos, que han causado daños o desconocido

situaciones jurídicas subjetivas. Además permitir que la Administración Pública mediante nuevos actos modifique la motivación de otros anteriores, sería reconocerle la prerrogativa de eliminar los mecanismos de control de su propia actuación. En efecto, cuando ella se entera de las impugnaciones que los administrados hacen de sus actos aquella pudiera, por ejemplo sin resolver los recursos pertinentes modificarlos con la producción de otros diferentes, pero con una misma decisión, pero justificación diferente.

El mencionado autor acota, que admitir que la motivación de un acto previo, que hubiese lesionado derechos o intereses legítimos, puede estar contenida en otro posterior, que no sea el fruto de una revisión originada en la interposición de un recurso administrativo, tampoco de un procedimiento de convalidación de actos anulables, sería reconocer que la Administración tendría un recurso propio para evitar el control de legalidad sobre sus propias actuaciones, lo que en el actual marco constitucional de Derecho y de Justicia resulta inaceptable.

CAPÍTULO VI

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO FÓRMULA DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Justificación

El Principio de Proporcionalidad sólo puede operar cuando la Administración Pública goza de un margen de actuación, pues el resultado de su aplicación orienta la actividad administrativa hacia la adopción de decisiones menos lesivas para los particulares. Si por el contrario, la Administración Pública no goza de alternativas, se está frente a una actuación reglada, que hace que se desvíe el control de la proporcionalidad no hacia el acto reglado, sino hacia las normas de cobertura reguladoras del acto. Y es que el Principio de Proporcionalidad responde a un enunciado legal que vincula a un operador administrativo con la finalidad de una norma jurídica.

En cuanto a su esencia, Sarmiento (2007) enseña que se trata de un postulado jurídico entendido como un programa que goza de un elevado nivel de generalidad en el supuesto de hecho, pero dotado de un consecuente mandato. Al mismo tiempo su condición de principio genera dos (2) consecuencias determinantes: la ponderación como método de aplicación y la creación de reglas como resultado de aquellas. Ahora bien, en la práctica las reglas se aplican contrastando el supuesto de hecho con el Derecho, mientras que los principios responden a la técnica de la ponderación. En todo caso, el juicio de proporcionalidad responderá al método ponderativo en términos absolutos.

Por esa razón, la naturaleza del Principio de Proporcionalidad, hace que sea un referente permanente en todas las esferas de la actividad administrativa discrecional de forma que su aplicación resulta obligatoria a la hora de poner en marcha cualquier tipo de actividad. Por ejemplo, la adopción de una orden de demolición, trae consigo

un juicio de proporcionalidad al igual que la ejecución forzosa de la misma.

Junto a la aplicación del método de ponderación se debe desarrollar un conjunto de argumentaciones que vengan a facilitar y hacer más racional la aplicación del principio de racionalidad. Esa creación del Derecho describe y prescribe la actuación de un Juez Contencioso Administrativo en la obtención de una respuesta correcta cuando tenga que resolver casos difíciles. En el caso de los supuestos de hecho en que la Jurisdicción Contencioso Administrativa controle el ejercicio de la discrecionalidad, esos son casos difíciles y en consecuencia toleran y exigen el empleo de un conjunto de argumentaciones racionales. Esto porque las múltiples argumentaciones a las que se pueden recurrir no ofrecen la respuesta correcta. Una buena argumentación permite la selección del criterio más pertinente para resolver un asunto en particular a cargo del Juez Contencioso Administrativo.

Para García Figueroa (2003) la consumación del Estado de Derecho, se confía a la posibilidad de un conjunto de argumentaciones racionales a cargo del Juez natural de la Administración Pública, pues ello permitirá definir un marco de soluciones constitucionalmente posibles y ponderarlas en base a su aplicación práctica, lo que constituirá un elemento esencial para la reconciliación del principio de proporcionalidad con el derecho a la tutela de los derechos fundamentales. Ello porque está claro que no puede decirse bajo la excusa de la imprecisión de una determinada regla, que la idea de lo razonable remita pura y simplemente a una determinada voluntad subjetiva. Hay en todo caso, una regla general y es la de fundamentar toda decisión en el derecho y no en el deseo, en una voluntad, en un capricho, en las preferencias o en los gustos de quien la adopta.

Ponderación

Según Marín (2007) la ponderación es la técnica de aplicación de normas que programan la actuación administrativa de manera finalística a través de normas programáticas que se caracterizan por imponer a la Administración la obligación de procurar la consecución de determinados objetivos en la medida que ello resulte posible, disponiendo al efecto de un margen de libertad en la elección de los medios y

de las alternativas de solución de los conflictos que se den. La técnica en cuestión se basa en la denominada “ley de la ponderación” de acuerdo con la cual cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. En consecuencia su resultado es un enunciado de preferencia condicionada, que conduce a una regla diferenciada de decisión del caso concreto.

En la búsqueda de ese punto de equilibrio frente a determinados supuestos y dadas las circunstancias de los mismos, la Administración habrá de conceder prevalencia a uno de los fines, bienes o principios amparados por la norma, atribuyendo a los presupuestos de hecho una varias de las consecuencias jurídicas posibles de acuerdo con la programación que de la actividad administrativa ha efectuado el precepto habilitante. La aplicación de la ponderación impone que los costos y beneficios que se deriven de la aplicación de la norma guarden un equilibrio razonable, lo que implica la necesidad de ponderar los perjuicios que se derivarían a los ciudadanos y cualesquiera otros que pudieran producirse para el interés general en caso de no llevarse a cabo la actuación administrativa.

La ponderación como expresión restringida del principio de proporcionalidad, gradúa un eventual conflicto de intereses. Sin embargo, en ocasiones la confluencia de intereses tanto públicos como privados puede ser más compleja y no es infrecuente que sean varios, de una y otra naturaleza y que tengan que ser ponderados por el operador administrativo previamente a la toma de la decisión que corresponda. Por ejemplo, para superar este juicio de proporcionalidad en sentido estricto, la construcción de una obra pública de gran envergadura como una carretera, un puerto o una línea de un tren debe acreditar el logro de importantes objetivos en la realización de intereses públicos como la fluidez de la circulación del tráfico o la facilitación del transporte de carga o de pasajeros y el consecuente desarrollo de la actividad económica, que justifiquen el asumir esos costos financieros o cualesquiera otro que el proyecto suponga.

Fases de Ponderación

En la doctrina alemana la ponderación como método supone de acuerdo a Marín (2007) la evolución de tres (3) fases sucesivas a saber:

1. **Identificar los principios en conflicto**. Se desarrolla enmarcando los hechos del caso bajo los diferentes enunciados normativos aplicables a su resolución, enunciados que, al encontrarse en situación de tensión generarían consecuencias jurídicas antagónicas, dado que la colocación de un supuesto de hecho dentro del espacio de una norma jurídica así lo originará.

2. **Valoración de los bienes o derechos enfrentados**, a través del cual se formulan argumentos que justifican el detrimento de uno de ellos en beneficio del mayor grado de cumplimiento de su contrario. Por supuesto que, para que un criterio prevalezca sobre el otro, debe estar fundamentado racionalmente.

3. **La atribución de prevalencia** a uno de los principios, bienes, intereses o derechos que colisionan y la consecuente formulación de una regla de precedencia condicionada entre ellos.

Cumplidas estas tres (3) fases el operador administrativo puede formular la prevalencia de rigor, que se deriva de las peculiaridades del supuesto examinado, expresando motivadamente las condiciones bajo las cuales la realización de uno de los principios, bienes, derechos o intereses que colisionan prefiere a las del otro. Se aclara que si el procedimiento argumentativo seguido para llegar a la formulación de la referida regla ha sido correcto, ello le permitirá alcanzar cierto grado de generalidad y abstracción que la haga útil para resolver conflictos futuros que se planteen bajo presupuestos fácticos similares a los de aquel que se acaba de solucionar.

Estructura del Principio de Proporcionalidad

El Principio de Proporcionalidad es una máxima vinculada al plano de la Ley y el Derecho. Es por esa razón que el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le impone como obligación ineludible a la Administración

Pública someterse a aquellos patrones. Ello porque aun cuando un funcionario o funcionaria pueda adoptar una concepción de lo proporcionado y desproporcionado la misma debe estar razonablemente acorde con el supuesto de hecho considerado. Esto le permitirá al Juez Contencioso Administrativo valorar lo que la Administración debía o no debía hacer.

Para detallar en el interior de este principio, la doctrina administrativista ha construido un conjunto de interrogantes bajo la fórmula de test de proporcionalidad que puede ser aplicado a ámbitos concretos de actuación administrativa. La finalidad de esa herramienta administrativa es convertirse en un control jurídico de las actuaciones de la Administración Pública especialmente cuando actúa en ejercicio de facultades discrecionales. Este test de proporcionalidad conforme a Sarmiento (2007) presenta los siguientes ítems de control:

1. ¿El acto administrativo es adecuado para cumplir los fines que lo justifican?

2. ¿Existen medidas menos lesivas al interés individual, que cumplan igualmente los fines que justifican el acto administrativo?

3. ¿Los resultados del acto administrativo son desproporcionados en comparación con los sacrificios sufridos por los destinatarios del mismo?

Como puede verse los criterios empleados por ese test se circunscriben a dos (2) factores: los fines y los medios. Sin embargo, la doctrina francesa considera que también se debe tomar en cuenta en los juicios sobre proporcionalidad, el supuesto de hecho a la cual se le aplica el principio, pues debe guardar el respectivo equilibrio. No obstante este último planteamiento los fines y los medios permitirán al Juez Contencioso Administrativo enjuiciar una decisión administrativa y emitir el respectivo juicio de proporcionalidad. Lo anterior porque el complejo equilibrio que rodea esa jurisdicción hace que la proporcionalidad sea una directriz que interviene cuando los demás insumos jurídicos no resultan operativos al no ofrecer suficientes garantías de control.

Fundamentación Legal

El Principio de Proporcionalidad es una norma legal que apela a la justicia material y a la actuación razonable y adecuada de la Administración Pública en relación al supuesto de hecho. Eso en criterio de quien escribe es lo que se desprende del artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos al establecer

> 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 o adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.

Es pues el Principio de Proporcionalidad una técnica que procede del control teleológico de la norma que utiliza la Administración Pública. La razón estriba en que su correcta aplicación brinda una protección a los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando cualquier órgano o ente administrativo ejercita una facultad discrecional, dado que la misma posibilita un ejercicio alternativo frente al cual no es procedente oponer el interés que se puede tener por parte de un particular en una de las soluciones posibles entre las que puede optar el organismo que ejerce la facultad. De ahí opina Araujo Juárez (1998) que la doctrina defina este principio como la exigencia de una adecuación entre los medios empleados y los fines que persigue.

Sin embargo, la situación jurídica del administrado no es tan precaria cuando los derechos eventualmente limitados por el ejercicio de la facultad discrecional, no son simples intereses legítimos, sino derechos fundamentales, pues en este último caso la exigencia de una normación habilitante de una ley y el principio restrictivo de ponderación en cuanto a la extensión de las potestades administrativas resultan más enérgicos, porque en ningún caso, tal limitación puede afectar el contenido esencial de u derecho fundamental, aún tratándose del ejercicio de una potestad sancionadora por parte de Administración Pública.

La Proporcionalidad en l Potestad Sancionadora

La proporcionalidad como límite a la discrecionalidad no sólo rige respecto de la aplicación de sanciones, sino en general respecto de toda medida discrecional derivada de la actividad administrativa. Concretamente en materia sancionatoria constituye un límite al "Ius Puniendi" de la Administración. Ese derecho que tiene el Estado para sancionar le permite a aquella imponerlas. Tales sanciones son llamadas por la doctrina administrativista española de "segunda potencia" dado que están referidas a infracciones menores, pero con una relevancia social nada despreciable. Resulta entonces indudable que la potestad sancionatoria de la Administración no tiene nada de discreta ni de secundaria, pues algunas veces éstas adquieren un rango de mayor severidad que las originadas en el ordenamiento penal.

Es por eso, que la potestad punitiva de la Administración Pública experimentó un proceso de penalización, acercando sus postulados a los más representativos principios del Derecho Penal, entre los cuales se destaca el "Principio de Proporcionalidad". Por esa importante circunstancia resulta sorprendente ver como se presenta un paralelismo en el uso de la proporcionalidad, permitiendo el Derecho Administrativo la implementación de un conjunto de garantías procesales. Así sólo ciertos hechos si son concretos y probados son propensos a ser ponderados a efectos de extender el correspondiente juicio de proporcionalidad en caso de ser merecedoras las personas involucradas en los mismos de sanciones. Bajo la fórmula de la ponderación esos hechos serán valorados para intentar graduar de manera proporcional aquellas.

En ese orden de ideas, cuando una disposición legal establezca una sanción que se ubique entre dos límites, uno máximo y otro mínimo, según la gravedad de la falta a juicio de la autoridad administrativa, dentro de su libre apreciación, la Administración Pública no puede ser arbitraria, ni menos aún aplicar sanciones desproporcionadas, pues lo que haga quedará sometido al control del Contencioso-Administrativo que las valorara conforme a las máximas de experiencia y a la sana critica.

Control Basado en Proporcionalidad

Puede decirse que el "Principio de Proporcionalidad" como elemento de control de los actos administrativos responde a la obligación que tiene la Administración Pública de someterse a la Ley y al Derecho, aún cuando dicho enunciado no se encuentre expresamente señalado en nuestra Constitución de la República aunque si exista tal deber de manera implícita, según criterio de quien escribe. De manera tal que, el Principio de Proporcionalidad constituye una guía fundamental y operativa en relación con toda la actividad administrativa, ya que marca la pautas del comportamiento de ella a fin de que alcance los fines que el Derecho le atribuye, esto es, servir con objetividad a los intereses generales y adecuarla a los fines que la justifican.

Control de Actividad Administrativa

El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo ha encontrado un campo de expansión fecundo y cada vez más creciente, dada su aplicación en la actividad formal de la Administración Pública, en lo que la dogmática clásica según Sarmiento (2007), ha discriminado en actos administrativos, contratos y coacción y actividad técnica. Son éstos los supuestos bajo los cuales la Administración desarrolla usualmente su actuación y por lo tanto, cualquiera de ellas se puede manifestar de manera desproporcionada, siendo por eso propensa a impugnación por contravenir ilegalmente el Principio de Proporcionalidad.

Toda esa actividad se manifiesta a través de actos administrativos que son manifestaciones de voluntad, de juicio o de ponderación de los órganos y entes administrativos, que pueden afectar la esfera jurídica de un individuo o grupo social; por lo tanto informa el propio Sarmiento que ese principio puede ser concebido como una técnica de protección del individuo en contra de cualquier arbitrariedad cometida por un funcionario o funcionaria. Entonces serán los derechos subjetivos de los particulares, los que vengan a proteger tal enunciado y sólo en atención a las lesiones causadas se podrá invocar su infracción. Por Ejemplo: la imposición de una sanción

administrativa, la negativa a una licencia o la revocatoria a un subsidio o ayuda económica, son casos típicos de control de la actividad administrativa con base en este principio.

Otro renglón que debe ser sometido a un juicio de proporcionalidad es el referido a los Contratos Administrativos especialmente en lo que toca a los requisitos para mantener una relación contractual entre un administrado con un órgano o ente contratante. En efecto en Venezuela el artículo 131 de la novedosa y controversial "Ley de Contrataciones Públicas" de este año, estableció para los casos de evaluación negativa del contratista, la posibilidad de que sea suspendido, multado e inhabilitado, todo lo cual luce bastante desproporcionado.

Proporcionalidad en Sentido Amplio

De manera general el Principio de Proporcionalidad en la configuración de las relaciones jurídicas entre la Administración Pública y los ciudadanos y las ciudadanas, se materializa en la exigencia de que cualquier limitación introducida por aquella a los derechos fundamentales de las personas o en general al ámbito de libre autodeterminación del individuo sólo puede ser posible en cuanto resulte estrictamente imprescindible para la salvaguarda o consecución del interés público en virtud del cual se ejerce una facultad discrecional. Lo anterior significa que una determinada decisión administrativa es proporcionada cuando se da la relación de adecuación entre los medios elegidos y los fines perseguidos, además de una relación de equilibrio entre los diferentes intereses puestos en juego.

Dentro de esta dimensión, se identifican también tres (3) categorías de interpretación del principio de proporcionalidad a saber:

1. Adecuación, idoneidad y congruencia que hacen que la medida limitadora de los derechos o intereses del administrado deba ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que la serie de posibles medidas a adoptar por la Administración Pública se circunscriban a las que resulten congruentes en relación con los hechos del asunto y aptas para la consecución del cometido fijado por el

ordenamiento.

2. Necesidad, intervención mínima o menor lesividad de acuerdo con el cual la adopción de la medida elegida debe ser indispensable dada la inexistencia de una alternativa distinta que sea ineficaz y menos limitativa, capaz de satisfacer el fin de interés público.

3. Proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, conforme a la cual debe darse un equilibrio entre el perjuicio al derecho o interés que se limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien público.

Conjugación de las Categorías

Una decisión administrativa será útil, idóneo o apropiado si con su ayuda se puede fomentar el objetivo perseguido y en sentido contrario si con la decisión se dificulta la consecución del objetivo o no permite abrigar esperanza o consecuencia alguna. Por la adecuación se persiguen fines públicos, posibles y de aplicación constitucional. A la idoneidad del medio empleado no le está permitido cuestionar la oportunidad del fin, sino la inutilidad del criterio adoptado. Sin embargo, no es fácil determinar si la medida es idónea o no para alcanzar el objetivo, como ocurre en aquellos casos en los que se requiere la realización de pronósticos sobre las consecuencias y efectos que las mismas pueden ocasionar, dificultad que lleve a que se reconozca un margen de apreciación a favor de la autoridad administrativa.

En consecuencia, sólo pueden considerarse desproporcionados aquellos actos que de forma manifiesta no sean aptos para lograr la finalidad propuesta. Este mandato de adecuación se identifica usualmente con el Principio de Eficacia de la actuación administrativa, que es de rango constitucional y legal. Igualmente se considera al mandato de adecuación como limitante del ejercicio de facultades discrecionales, porque exige que la Administración Pública obre de tal manera que logre la satisfacción de los fines determinados por el ordenamiento. Asimismo, esa relación entre eficacia e idoneidad se presenta en virtud de la ecuación administrativa, medios elegidos y fines a obtener, de tal manera que sólo será eficaz y lícito aquel

proceder administrativo que acredite su aptitud para el logro del fin.

En cuanto al criterio de necesidad de la medida, ello obliga a la Administración Pública a ponderar razonadamente un supuesto de hecho cualquiera, con relación a las causas que lo motivaron y como a través de la decisión correspondiente se puede asegurar la defensa del interés público mediante el ejercicio del "Ius Puniendi". Marín (2007) afirma que la concordancia de una medida determinada con el mandato de necesidad debe partir de la idoneidad de la misma. La necesidad presupone la existencia de varios medios útiles entre los cuales es posible elegir, pues si no hubiese más que un instrumento para la realización de la finalidad perseguida, su escogencia sería por definición necesaria ante la inexistencia del contraste posible. En todo caso el mandato de necesidad no tiene por objeto que se seleccione la mejor medida de todas las útiles posibles, pero si la más eficaz, eliminando las opciones innecesarias.

Este último parecer no es del todo pacífico en la doctrina, dado que autores como Alonso Más (1998) llegan a expresar que el principio de proporcionalidad tratándose de resoluciones administrativas, elimina toda posibilidad de que exista discrecionalidad, ya que el mismo debido a la posición de la Administración Pública se manifiesta en aquellas también a través de una comparación entre las alternativas legalmente viables. Por tanto el control basado en el Principio de Proporcionalidad, no debe limitarse a la eliminación de las soluciones desproporcionadas, toda vez que supone la exigencia de la máxima adecuación entre el contenido del acto y los presupuestos de hecho del mismo. El contenido del acto jurídicamente correcto, será aquél que sea más adecuado a los hechos determinantes de todas las normativamente posibles.

En cuanto a la vinculación de los mandatos de idoneidad y necesidad López González (1988) afirmó que la aplicación del "Principio de Proporcionalidad" a la actividad administrativa conduce a la búsqueda de un doble objetivo: a) elección de instrumentos jurídicos adecuados a la situación de hecho para la consecución de determinado fin contenido en la norma. Con esa operación se pretende principalmente aislar y desechar medios inadecuados que no guardan una justa correspondencia,

proporcionalidad y congruencia con los hechos y el fin concurrente en cada caso; b) elección del medio más idóneo y de menor restricción posible, de entre los varios instrumentos adecuados para la obtención de un fin.

Control Basado en la Racionalidad y Razonabilidad

Es frecuente reconocer en el ámbito de la discrecionalidad administrativa, que la misma debe ser ejercida por la autoridad administrativa no sólo de manera racional, sino también razonablemente. Sin embargo, lo que no aparece ya tan claro es el significado de esos conceptos por ser términos que de hecho se emplean de modo indistinto, como si fueren sinónimos. Empero desde el punto de vista de la argumentación jurídica, cada uno de esos vocablos representan situaciones diferentes en cuanto a la técnica de fiscalización judicial de la actividad administrativa.

Estableciendo la respectiva diferenciación Atienza (1987) acotó que una decisión administrativa es consecuente con el "Principio de Racionalidad" cuando reúne los siguientes requisitos: a) respeta las reglas de la lógica deductiva, b) se atiene a los criterios de la racionalidad práctica, esto es, consistencia, eficiencia y coherencia, c) no se fundamenta en criterios de naturaleza política o moral. Todos estos requisitos hacen que la racionalidad se refiera a la forma en que la autoridad administrativa lo hace. Así en la explicación de la lógica deductiva, Perelman (1979) agrega que la misma funciona bajo el factor de necesidad, esto es, que dentro de un razonamiento lógico deductivo, el paso de las premisas a la conclusión es necesario, de modo que si aquellas son verdaderas, necesariamente lo será la conclusión. Para este autor el papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas.

Sin embargo, el autor en mención plantea que una solución razonable puede variar tanto histórica como socialmente, de manera que lo que se estima razonable en una sociedad y en un momento en particular puede dejar de serlo en otro ámbito o en otra época. Por eso en idénticos entornos históricos y sociales, pueden existir para un caso determinado, más de una solución razonable; por tanto aquí se observa como se

plantea que no hay una única respuesta correcta en cada caso. En torno a la racionalidad Aarnio (1991) se atrevió a proponer una serie de principios y reglas a saber:

1. **Reglas de Consistencia**: en el juicio no se deben presentar contradicciones, ya que no pueden coexistir en la decisión administrativa.

2. **Reglas de Eficiencia**: sólo es racional la decisión que resuelve un problema práctico y si es efectivo conduce a una conclusión.

3. **Reglas de Sinceridad**: en la decisión administrativa se deben conjugar distintas opiniones, sin que quienes las aportan sean coaccionados, sin que se invoque la autoridad o el prestigio como argumento; no pueden haber temas excluidos de la discusión y un operador administrativo no puede invocar una justificación que sabe invalida.

4. **Reglas de Generalización:** un funcionario o funcionaria no puede invocar juicios de valor que el mismo no está dispuesto a aplicar para resolver otros casos similares.

5. **Reglas de Apoyo:** toda proposición tiene que ser justificada y coherente.

Sin embargo, se debe recordar que el parecer racional está siempre conectado con el ámbito de la justificación externa, que se refiere al procedimiento a través del cual se justifican las premisas a partir de las cuales se efectúan las deducciones para apoyar la justificación interna. Es esto lo que el mencionado Aarnio (1991) denominaba racionalidad sensu largo, que va a coincidir con la definición del principio de razonabilidad que implica un análisis de los razonamientos adoptados para construir una decisión administrativa, vale decir, sopesar la lógica interna de la misma. Así mismo una decisión es razonable en sentido estricto según Atienza (1987) si se toma no en situaciones en que no es aceptable una decisión estrictamente racional, sino aquella que brinda un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión que por lo demás debe ser consensuada.

Lo anterior lleva a que se puedan adoptar soluciones razonables o aceptables que se pueden considerar conforme al propio doctrinario Atienza, como principios jurídicos objetivos. No obstante lo interesante de esta argumentación, ella es

cuestionada por Marín (2007) quien sostiene que eso no es del todo cierto, porque aunque sea de forma mínima la razonabilidad implica una apreciación del operador administrativo, sobre lo que se considera razonable. De este modo la razonabilidad otorga al Derecho la necesaria ductilidad para adaptarse a los cambios sociales e ideológicos. Y es que el "Principio de Razonabilidad" es una vía para la incorporación de las concepciones y tendencias sociales, de aceptación y legitimidad a las decisiones.

Racionalidad y Razonabilidad en la Interpretación Jurídica

Ellas implican actuar bajo el modelo de la lógica deductiva y a tal fin el operador administrativo debe efectuar una elección entre opciones o premisas últimas que no son el resultado de una secuencia de razonamientos, sino que en base a la misma es posible aportar varias razones, aunque no concluyentes o definitivas, por lo cual es posible la existencia de más de una respuesta racional y correcta. Es aquí en donde entra en juego el principio de razonabilidad, que habrá de permitir que se elija una decisión de las alternativas que permitan alcanzar el mayor consenso representativo posible dentro de una comunidad jurídica que razona racionalmente. En consecuencia todo aquello que aparezca dotado de un cierto fundamento se presume o se puede entender como razonable.

Sin embargo, esta apariencia de legitimidad, quedará destruida a partir del momento en que se presente otra solución legalmente posible y que además de modo inequívoco, resulte más útil por las razones que sean. De hecho el anterior argumento se conecta con una línea jurisprudencial española, según la cual la discrecionalidad administrativa consistirá en una presunción "Iuris Tantum" de razonabilidad, que considera que no es posible que los motivos de oportunidad y conveniencia puedan concurrir a ser apreciados y que ellos sirvan de fundamento a la supuesta discrecionalidad que habrá de justificarse únicamente en la presunción de razonabilidad con que la Administración los utiliza por su contacto con los hechos, por sus medios técnicos y por la multiplicidad de aspectos y valores que se han tenido

que integrar en la decisión.

De ahí, que la racionalidad no pueda ofrecer la garantía de la verdad de los distintos enunciados o de validez de éstos, pues según Aarnio (1991) la interpretación jurídica no es verdadera ni falsa, de hecho cada caso no se trata de un asunto que tenga que ver con la verdad, sino con la legitimidad, por tanto la interpretación jurídica no puede ser universalmente correcta, sino que ella es simplemente una expectativa de certeza jurídica para lograr una aceptabilidad racional. De este modo para establecer si una decisión es razonable o no será necesario analizar la relevancia de las diversas razones que hayan influido en su adopción, de modo que no podrá considerarse provista de razonabilidad aquella que se basa en razones irrelevantes o a la que se llega sin tener en cuenta razones relevantes.

En suma de lo anterior, para que una decisión administrativa pueda estimarse razonable debe fundarse en razones adecuadas respecto del supuesto de hecho abordado, vale decir, necesariamente contrastadas con los argumentos que desaconsejaran o se opusieran a la alternativa escogida a los efectos de poder determinar los “pro” y los “contra” de la opción elegida, de manera que sea procedente para sus destinatarios. Contrario a lo anterior, existirá “irrazonabilidad” cuando la Administración Pública realiza una actuación tan absurda que ninguna persona sensata podría jamás soñar que se encuentra dentro de las facultades de la autoridad administrativa.

CAPÍTULO VII

CONTROL JUDICIAL DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Limites al Control Judicial

Cuando la Administración Pública actúa en ejercicio de facultades discrecionales o aplicando normas inclusivas de conceptos que le confieren márgenes de apreciación, debe observar regularmente los límites que le imponen la ley y el derecho; además de los jueces dado el necesario fortalecimiento que a su labor confiere a propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo que pasa simultáneamente por atribuirle consecuencias jurídicas a sus decisiones bajo el marco de la responsabilidad; es por ello, que el Artículo 255 ejusdem determina al respecto Omissis:

> Los jueces o juezas son personalmente responsables en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, por la inobservancia sustancial de normas procesales, por denegación, parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

Lo anterior lleva a que se plantee de manera directa a la anterior disposición constitucional, la interrogante de ¿cómo identificar los límites constitucionales que no debe sobrepasar la autoridad judicial, para no ser cuestionada como coadministradora al analizar el ejercicio de una facultad discrecional? La respuesta lleva a quien escribe a decir, que el control judicial de la actividad administrativa discrecional debe circunscribirse a la evaluación del ajuste de la misma a los parámetros de legalidad, sin adentrarse en el ámbito de la oportunidad, cuya apreciación está exclusivamente reservada a la Administración Pública.

Sin embargo, no debe olvidarse que la oportunidad debe ser posible dentro del marco de la legalidad, lo que hace que un Juez Contencioso Administrativo pueda

entrar a controlar la conveniencia de la discrecionalidad con el propósito de determinar si el criterio objetivo adoptado por la Administración Pública para efectuar la elección entre alternativas se encuadra dentro del marco constitucional que lo somete de conformidad con el artículo 141 de la Constitución de 1999, a la Ley y al Derecho. Ahora bien, pueden existir varios criterios objetivos para resolver una misma situación, que no exceden los límites de la juridicidad y esto último puede ser declarado por la autoridad judicial, lo que lleva a decir que la opción elegida por la Administración Pública de entre un cúmulo de posibilidades, no debe resultar cuestionable por el Juez Contencioso Administrativo en consideración a que se trata de una elección realizada entre indiferentes jurídicos, de manera que ese juez no pueda revisar el interior de la decisión discrecional, puesto que independientemente de su sentido o dirección, ésta se ha producido dentro de los límites de una norma que permite esa determinada apreciación administrativa que puede ser justa o injusta.

En razón de lo anterior, se complementa que un Juez Contencioso Administrativo está imposibilitado para llevar a cabo un control más allá del conducente a establecer que la elección hecha por la Administración Pública no trasgrede los límites que a su actuación imponen la Ley y el Derecho. No puede la fiscalización judicial cuestionar la opción entre alternativas que se somete a su examen, ni siquiera en relación al hecho en que pueda demostrarse que a pesar de superar todas ellas la respectiva revisión al ajuste de la juridicidad una en concreto de las posibles resulta menos conveniente para el interés general o alguna de las mismas puede servirlo de mejor manera y a pesar de ello no fue la opción escogida por el órgano administrativo.

Entonces al Juez Contencioso Administrativo no le está permitido ir más allá de determinar si la pluralidad de alternativas de que disponía la Administración para adoptar una decisión en ejercicio de facultades discrecionales, se encuentra dentro de los linderos señalados por la Ley y el Derecho, descartando aquellas opciones que las rebasen, pero sin posibilidad de intervenir más allá. De tal manera que no puede juzgar la definición del criterio que posibilitó entre las alternativas ajustadas a Derecho. De ahí que el control jurisdiccional de la Administración Pública sólo se

debe prolongar hasta donde quepa esperar de la decisión judicial una calidad material al menos igual a la decisión administrativa que se pretende corregir.

En este orden de ideas, se destaca nuevamente la opinión de Parejo Alfonso (1993) quien sostiene en relación al límite del Juez Contencioso Administrativo para controlar el ejercicio de facultades discrecionales, que el mismo se encuentra en el ordenamiento jurídico. La labor consistirá entonces en que el juez pueda comprobar de si existe o no contradicción entre la decisión administrativa previa y dicha programación normativa. En esa forma la legitimación del juez para adoptar una decisión propia, distinta de la administrativa dependerá directa y totalmente de la efectiva comprobación de una evidente contradicción. Se está así frente a un control judicial de naturaleza estrictamente jurídica, que hace insustituible la decisión adoptada por la Administración en ejercicio de una facultad discrecional por parte del Juez Contencioso Administrativo.

Sobre el carácter jurídico del control judicial, Sánchez Morón (1994) recalcó sobre el alcance del control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa que éste sólo puede extenderse al control del vicio denominado “Desviación de Poder”; al de la existencia de hechos determinantes y al error de Derecho que derive de una apreciación manifiestamente incorrecta de los mismos, al control de respeto a los Principios Generales incluido el de las decisiones arbitrales por irrazonable o desproporcionada. Pero con todo y eso, la comprobación de la vulneración de estos referentes jurídicos por parte de la Administración no faculta a la instancia judicial para proceder a sustituir la decisión administrativa anulada, sino sólo cuando pueda concluirse que hay una única solución ajustada a Derecho, pero que no fue observada por la Administración.

Para el profesor Parejo Alfonso (1993) cuando una norma habilitante de discrecionalidad que detalla la actuación administrativa mediante una interpretación aplicativa de aquella, es decir, a través de una actividad reglada en la que el Juez Contencioso Administrativo queda en condiciones de reproducir la fase aplicativa de la norma realizada por la Administración, pudiendo incluso sustituir la decisión adoptada por ella por la suya propia. Lo contrario ocurrirá cuando el legislador

traslada a la Administración Pública, la competencia, respetando ciertos márgenes de la norma misma, de manera que su labor no se limita a la aplicación de normas preexistentes, sino que supone la legitima generación de una norma nueva, caso en el cual el control judicial debe limitarse a reproducir los aspectos reglados de esa actuación.

Estos dos (2) procesos en opinión de Parejo Alfonso, son solo modelos que en la práctica nunca se hallarán en un caso en estado puro, de manera que el proceso a reproducir por el Juez presentará con frecuencia componentes de uno y otro modelo. Es por eso que este autor refiere que la discrecionalidad se caracteriza por una debilitación de la programación normativa relacionada con una decisión. Para Bacigalupo (1997), es el legislador quien de forma mediata, gradúa la intensidad del control judicial de la acción administrativa, según la programe con mayor o menor densidad normativa, toda vez que el mandato constitucional de someter a la Ley y al derecho la actividad administrativa, conforme al artículo 141 constitucional, significa que allí donde haya una norma de conducta dirigida a la Administración, habrá siempre a la vez una norma de control dirigida al Juez Contencioso Administrativo.

Así pues, la densidad programadora de una norma define la intensidad del parámetro de control y los límites a los que el Juez habrá de atender en cumplimiento del mismo. Por ello el quid de la cuestión radicará en establecer cuando el Ordenamiento Jurídico proporciona criterios de esa naturaleza suficientes para controlar una decisión administrativa y cuando no lo hace. En lo que si está clara la Doctrina Administrativista es que el Legislador no puede habilitar o aún obligar al Juez Contencioso Administrativo a controlar una determinada actuación administrativa, si a mismo tiempo no le aporta parámetros jurídicos que hagan viable el control judicial pretendido, es decir, si no programa dicha actuación con la densidad normativa necesaria. Por eso, la simple discordancia entre la decisión administrativa y la realidad no habilita por si sola al Juez, para sustituir la decisión administrativa.

Insustituibilidad de la Decisión Administrativa

La insustituibilidad de la decisión administrativa por el juez, se defiende desde esta perspectiva, no tanto por la estructura lógica de las normas habilitantes de las correspondientes potestades, como por la idoneidad o adecuación funcional de la instancia administrativa, de la que se supone carente a la judicial, para adoptar decisiones más acertadas o de mejor calidad o con mayor legitimación, no sólo por su posición de administradora de recursos financieros, competencias, estructura orgánica, sino por su legitimidad democrática, todo lo cual hará que sea la Administración Pública el lugar más apropiado para tomar decisiones complejas que en no pocas oportunidades requieren de ponderaciones, pronósticos o valoraciones especializadas.

Sobre lo anterior, Parejo Alfonso (1993) concluye que la Administración Pública es el poder público más idóneo para el ejercicio de cualquier facultad discrecional. Esta perspectiva funcional para delimitar los ámbitos de decisión administrativa y judicial ha llevado a postular a un sector de la doctrina administrativista contemporánea a postular la denominada doctrina de la -reserva de la Administración- con un sentido de comparación respecto de la denominada reserva de ley. Sobre lo mismo, Bacigalupo (1997) igualmente destaca la estrecha vinculación que se da entre discrecionalidad, los conceptos jurídicos indeterminados y el margen de apreciación con relación a la limitación del grado de intensidad del control judicial Contencioso Administrativo frente a la idoneidad o adecuación funcional del órgano administrativo. Así pues, existen para este autor una tipología de decisiones administrativas que a su juicio no deberían ser objeto de un pleno control judicial.

Al respecto, son una buena expresión de esta clase de decisiones los juicios valorativos de carácter personalísimo, como las evaluaciones de exámenes académicos o juicios de idoneidad profesional o juicios valorativos de carácter moral, ético o artístico en las que se destaca que un determinado producto puede resultar nocivo para la salud o las decisiones adoptadas en materia de previsión de riesgos. El

común denominador de esta clase de decisiones será el de no limitarse a la realización de un proceso cognitivo de aplicación de la ley, sino el suponer en no pocos casos, la realización de una o varias circunstancias bajo conceptos jurídicos, otras operaciones complementarias como ponderaciones, valoraciones, pronósticos, evaluación de alternativas o fijación de prioridades.

De ahí que se llegue a las conclusiones de que será a todas luces disfuncional que los Jueces Contencioso Administrativos pudieren revisar con plenitud el fondo en que se deban plasmar valoraciones, ponderaciones y pronósticos de carácter personalísimo, técnico o político-administrativo, para cuyo enjuiciamiento no estarían pensados ni preparados los órganos de esa jurisdicción, sino también que la figura del concepto jurídico indeterminado; discrecionalidad administrativa y margen de apreciación, no son sino referentes para una delimitación jurídico-funcional de los ámbitos propios de la Administración y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Alcance y Limites del Control Judicial

En primer término debe determinarse hasta donde puede constitucionalmente llegar la discrecionalidad administrativa y como se articula su control judicial. Lo anterior se trae a colación porque se debe distinguir entre la declaratoria de nulidad de una decisión administrativa y la sustitución de su contenido por parte de un Juez de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. En el caso de Venezuela no debe existir duda respecto del alcance de las funciones de esa clase de juez, que está llamado conforme al artículo 259 constitucional, a anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a Derecho, incluso cuando presente el vicio de desviación de poder, puede también condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración Pública al igual que conocer de los reclamos que se hagan `por deficiencia en la prestación de servicios públicos.

Ahora en cuanto al alcance del control judicial de la discrecionalidad, la tarea del juez se limita a controlar la aplicación de normas que consagran facultades discrecionales o conceptos jurídicos indeterminados, que en ambos casos puedan ser interpretados de manera confusa o imprecisa por parte de la Administración en ejercicio de tales prerrogativas legales. En ese orden de ideas, la antigua Corte Suprema de Justicia en el caso RCTV vs. HOLA JUVENTUD de fecha 19 de mayo de 1983, sentenció respecto del concepto jurídico indeterminado "moral pública" de la siguiente manera:

> El presupuesto de hecho ofensa a la oral pública incorpora a la norma uno de aquellos elementos que la doctrina administrativista ha denominado conceptos jurídicos indeterminados. Son estos conceptos dinámicos, destinados a proteger el buen orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos y no atinente a la moral individual que cambia con el correr de los tiempos y la evolución de las costumbres.

De allí, que para juzgar si una determinada actuación ofende a la moral pública, la sociedad necesariamente debe atenerse al criterio dominante en el medio social en que aquella se realizó. Conforme a esta jurisprudencia que aún es recordada por la máxima instancia judicial del país, Brewer (2007) se consolidó en nuestro país la distinción entre lo que es el ejercicio del poder discrecional y lo que no lo es, basado en la noción de los conceptos jurídicos indeterminados como reducción efectiva del ámbito de libertad de apreciación de la Administración y la consecuente ampliación de los poderes de control jurisdiccional.

Con la misma intención de describir su singularidad, se trae a colación también el concepto de Interés Superior del Niño, como limitante de la facultad discrecional administrativa. En efecto en tiempos recientes y más concretamente mediante sentencia Nº 1917 de fecha 14 de julio de 2003, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al referirse a este concepto jurídico indeterminado dispuso

> El interés superior del niño en tanto concepto jurídico indeterminado tiene por objetivo principal el que se proteja en forma integral al niño por su falta de madurez física y mental, pues requiere protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. A título ejemplificativo el niño debe

> ser protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.

En tal forma que, el Juez Contencioso Administrativo deberá verificar dentro de su rol de revisar de un concepto jurídico indeterminado, si en realidad la Administración Pública pudo dictar un acto que viniese a proteger la integridad física, mental y emocional del niño incluso antes de nacer. Por eso, si la actuación de la Administración no está encaminada a lograr los anteriores cometidos, irremediablemente el acto no cumplió su fin y estará viciado de nulidad.

Control Judicial Basado en la Proporcionalidad

En relación con los alcances del control judicial ejercido con apoyo del principio de proporcionalidad, en la actualidad se está conteste que el juez no debe limitarse a valorar el resultado de la elección administrativa, sino que en su labor fiscalizadora reconstruye la valoración hecha por la Administración Pública y pondera los intereses en juego usando parámetros de racionalidad, de recuperación de datos y examen de los mismos. Esa ponderación, según Chinchilla (2004) tiene un origen matemático y estadístico de atribución de pesos y valores diversos a los que deben atribuirse en el curso del examen y de la decisión, diferente valor, de tal manera que unos intereses prevalezcan sobre otros.

Criterio similar sostiene Waline (1974) para quien siendo la adecuada correspondencia entre la utilidad y los perjuicios de la decisión administrativa una condición de legalidad de la misma, es al juez en su carácter de guardián de la legalidad a quien concierne en último término llevar a cabo la apreciación correspondiente, que tiene que ser sobre la legalidad y no sobre la oportunidad. Ahora bien, en el caso de que un Tribunal arribe a la conclusión de que una decisión administrativa no es ponderada, debe proceder a declarar su invalidez. En el caso de una actividad probatoria, puede llegar a concluirse dentro de un proceso que existe solamente una alternativa de solución conforme con las exigencias de la ley de la ponderación el juez puede imponer esa única decisión ponderada.

En el caso contrario, si existiesen varias soluciones posibles de acuerdo con los postulados de la ponderación, no puede el juez sustituir con una de ellas la determinación administrativa previa y luego si una resolución administrativa respeta las exigencias de la ponderación, aunque pudieran identificarse otras soluciones ponderadas, tampoco corresponde al juez sustituir la opción elegida por la Administración Pública. Naturalmente ésta lleva a cabo sus atribuciones y dicta sus resoluciones siguiendo criterios de índole técnico, político o valorativo que al no venir precisados en una parte del ordenamiento jurídico que resulte aplicable al caso, deben ser respetados por la jurisdicción, toda vez que el órgano administrativo actúa dentro del ámbito de elección que el bloque de legalidad le ha conferido para que concrete el interés público acudiendo a las diferentes concepciones que sobre el mismo puedan existir.

De manera tal, que las operaciones de ponderación y asignación de preferencia al interés público, trascienden las tareas de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Por eso cuando éste jerarquiza los diferentes bienes o intereses en juego puede aceptarse que los tribunales sustituyan la decisión administrativa y la anulen si no es conforme a las pautas y criterios aportados por el orden legal. Respecto de tales pautas y criterios, en la mayoría de los casos, ellos no vienen proporcionados tampoco de manera íntegra por el ordenamiento jurídico y la escogencia de una determinada decisión inherente a la protección del interés público, debe emanar también de la necesidad de realizar un objetivo social, que ha sido atribuido en exclusiva a la autoridad administrativa y que los tribunales tienen la obligación de respetar.

Si por el contrario, los tribunales se adentran en este terreno, se sitúan en un lugar, que no les corresponde, pues no van a actuar como tales, sino como superiores jerarcas de las autoridades administrativas, como órganos de tutela de la Administración Pública y en definitiva como administradores. De tal manera que si no hay criterio jurídico aplicable, los tribunales no pueden intervenir, dado que lo contrario generaría usurpación de funciones y un censurable gobierno judicial. En definitiva, las normas de conducta que regulan la actividad administrativa, son a su

vez normas de control dirigidas al Juez Contencioso Administrativo, con lo que se crea en opinión de quien investiga una relación bidireccional entre el alcance de la norma jurídica que habilita la actuación administrativa y a intensidad de la fiscalización fiscal.

En todo caso será la norma jurídica la que determine el grado de la fiscalización judicial, por ende si hay falta de control judicial, es como consecuencia de un correlativo déficit de programación normativa. En sentido contrario, cuanto mayor sea el detalle de la regulación del ámbito de la actividad administrativa, menor será el margen de libertad decisional del órgano actuante y mayores los alcances de las facultades de fiscalización judicial. Tal planteamiento resulta gráficamente explicado por Bacigalupo (1997) quien sostiene la accesoriedad de los alcances en el control judicial y así según la ley aplicable, la medida de la legalidad de una determinada actuación administrativa, se expresa en centímetros, el Juez Contencioso Administrativo, no puede pretender medir milímetros.

Ya en la práctica el juez verá en su decisión, si la actividad administrativa se dirigió al objetivo querido por la ley, sin predeterminar cual ha sido en concreto, pero si conminándola a ello, conforme a la normatividad o en su defecto anulando aquellas actuaciones administrativas que presenten algún vicio jurídico actuando en ejercicio de facultades discrecionales o aplicando un concepto jurídico indeterminado. Por último, lo deseable sería que de manera permanente ante la existencia y límites de la discrecionalidad, la misma no quedará sujeta al arbitrio de la instancia judicial, por los elevados riesgos que ello supone para la certeza jurídica; pero inevitablemente para bien o para mal, la realidad de la práctica forense evidencian que en buena medida estos aspectos dependerán de la ecuanimidad y autocontención de los tribunales.

Así pues, una vez agotado un Procedimiento Administrativo o un Proceso Judicial, el acerbo probatorio del que se ha hecho acopio, pueden conducir a pensar que una facultad considerada como discrecional, se ha reducido y lleva a que la solución sobre la misma sea ajustada a Derecho y por ende, haga que se mantenga intacto el privilegio de la misma a favor de la Administración Pública.

Operacionalización de Variables

Objetivos Específicos	Variables	Dimensión	Indicador
Presentar los antecedentes de la investigación.	Antecedentes	Investigación.	- Doctrinarios - Legal - Jurisprudenciales
Caracterizar la discrecionalidad administrativa y técnica en el Derecho Administrativo.	Caracterización de la discrecionalidad administrativa y técnica.	Derecho Administrativo	Potestades discrecionales y regladas Conceptos Material y Formal de Discrecionalidad Discrecionalidad técnica. Supuestos
Conceptuar sobre conceptos jurídicos indeterminados y establecer diferencias con la discrecionalidad.	Conceptuar Diferencias	Conceptos jurídicos indeterminados. Discrecionalidad.	- Caracterización. - Definición - Diferencias - Concepto
Justificar porque lo actos administrativos discrecionales deben ser motivados.	Justificar Motivación	Actos Administrativos Discrecionales	- Motivación del acto discrecional - Inmotivación como vicio de orden público - Motivación sobrevenida
Describir el principio de proporcionalidad como formula de control de la discrecionalidad administrativa.	Principio de Proporcionalidad Control	Discrecionalidad Administrativa	- Control basado en la proporcionalidad - Control basado en la racionalidad - Racionalidad Razonabilidad
Examinar los límites del control judicial sobre los actos discrecionales	Limites Control Judicial	Acto Administrativo discrecional	- Límites al control judicial - Alcance - Insustituibilidad de la decisión administrativa

CAPÍTULO VIII

METODOLOGÍA

Tipo de Investigación

La presente investigación se desarrolló, siguiendo el modelo de investigación descriptivo, lo que permitió destacar las singularidades del fenómeno jurídico objeto de observación y valoración, a la vez que analizar de manera interconectada las variables con las cuales se relaciona y afecta. Asimismo, el estudio se apoyó en fuentes documentales secundarias que permitieron el tipo de investigación señalado, la cual de acuerdo con Méndez (1995) se ocupa de la "...especificación de las características que identifican los diferentes elementos y componentes, y su interrelación para así delimitar los hechos que conforman el problema de investigación...".

Sobre lo mismo, (Tamayo y Tamayo, 1998:54) señala que la investigación descriptiva "comprende la descripción, registro, análisis e interpretación de la naturaleza actual de un evento y de su composición o fenómenos configuradores". A tal fin se agruparon y describieron los elementos de juicio jurisprudenciales y doctrinarios que concretan y le dan motivo a las razones de hecho y de derecho, que advierten del por que en el Derecho Administrativo contemporáneo, se da la figura de la discrecionalidad administrativa como un espacio o ámbito de decisión no regulado o tan sólo parcialmente cubierto por el legislador, que opta por trasladarlo a los órganos decisorios administrativos en virtud de ser éstos, los llamados a resolver presupuestaria y materialmente los requerimientos colectivos.

Diseño Documental

Fue esa la inspiración del diseño investigativo utilizado, el cual para la metodologa Balestrini (2.002: 131) se define:

> Como un plan global de investigación que integra de un modo coherente y adecuadamente correcto técnicas de recogida de datos a utilizar, análisis previstos y objetivos [...] el diseño de una investigación intenta dar de manera clara y no ambigua respuestas a las preguntas planteadas en las mismas.

En tal sentido, el presente trabajo de investigación, sobre la base de distintas fuentes documentales organizadas, se dirigió a describir y analizar principalmente con base en la doctrina, la jurisprudencia y en menor medida la ley, las razones que justifican la aplicación del concepto de discrecionalidad administrativa, en la medida en que se va produciendo una pérdida de precisión de las normas jurídicas en la regulación de los asuntos estatales, los cuales cada vez son más crecientes, lo que produce inevitablemente una tendencia hacia la informalización del Derecho, como lo enseña Marín (2007), pues pareciera que éste se revelara incapaz de predeterminar con certeza, cuales serán las decisiones más concretas que vengan a beneficiar a los intereses generales en la actualidad y que por lo demás resultan difíciles de conciliar.

Todas estas cuestiones fueron contrastadas y analizadas, en base a la doctrina nacional y comparada sobre la materia y a los aportes jurisprudenciales y legales, referidos al objeto del trabajo de grado, sin dejar de lado, todos los demás elementos teóricos que le dieron sostenibilidad a la investigación, como fueron sus antecedentes documentales y en especial el de naturaleza judicial proferido por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en la década de los años 80, que al respecto opinó que era de la naturaleza de todo acto realizado en ejercicio de una facultad discrecional el que no pueda ser revisado o anulado por otro poder en lo que se refería al mérito o al fondo, porque de lo contrario, esa facultad discrecional no sería tal, ni propia de un poder.

Bajo esa inspiración se desarrolló el presente trabajo de investigación para optar al título de especialista en Derecho Administrativo, lo que hizo posible revisar una importante doctrina en relación a las variables cognitivas relacionadas con la

discrecionalidad, entre las cuales destacan por su trascendencia, las del principio de proporcionalidad, la de los conceptos jurídicos indeterminados, la racionalidad y la razonabilidad, como factores a ser tomados en consideración por un operador jurídico al momento de ejercitar estas exorbitantes prerrogativas. Sin dejar de lado el interesante asunto del control judicial de los mismos.

Fue en ese sentido, que se desplegó el presente trabajo de investigación, que estratégicamente consistió en un plan teórico sistemático y coherente, en donde los asuntos abordados y distribuidos en cada uno de sus capítulos, estuvieron interconectados coherentemente unos con otros, en base a los objetivos específicos propuestos, enfocándolos a soluciones asumidas por el propio investigador en base a la información obtenida, lo que obligó a que cada una de las técnicas o fases empleadas en su diseño, se observaran ordenadamente, bajo la premisa de la lógica deductiva, lo mismo que las figuras legales que se hallan presentes en cada una de ellas.

Del mismo modo, se procuró abordar los distintos aspectos del conocimiento que configuran y le dan forma no sólo al tema de La Discrecionalidad Administrativa en el Derecho Venezolano, sino también a los rasgos peculiares de cada una de las figuras sustantivas que intervinieron en la conformación teórica empleada y que en definitiva le dieron concreción determinada, bajo una óptica jurídica amplia, y que con esfuerzo investigativo, fueron progresivamente ensamblados y explicados por la doctrina y la legislación, para contribuir a sedimentar positivamente esta parte del Derecho Administrativo, y permitirse a los órganos y entes administrativos, discernir en un marco de seguridad jurídica, respecto a la escogencia de las mejores alternativas frente a aspectos no regulados, pero que son vitales al interés público, apoyándose por lo demás la investigación realizada, en la bibliografía existente al respecto, que por lo demás es bastante novedosa, y muy poco difundida en el mercado de la literatura jurídica nacional.

Técnicas para la Recolección de Información

Para la recolección de la información documental que permitió alcanzar los objetivos específicos fijados a lo largo de la presente investigación, se emplearon conforme lo destaca (Méndez, 1995:143) "... fuentes secundarias que abordaron tanto el problema planteado como las interrogantes...", a lo cual se agrega que toda investigación implica acudir a este tipo de fuentes por suministrar información básica al respecto. Se encuentra en las bibliotecas y está contenida en libros y otros materiales documentales, como revistas especializadas, enciclopedias, diccionarios y otros que fueron los medios aquí empleados.

Para este autor al emplearse fuentes secundarias en el trabajo, deben definirse y señalarse el tipo de fuente y el grado de facilidad o dificultad que para el investigador tienen en cuanto a su utilización, ya que la información de ellas obtenida constituyeron la materia prima del trabajo, la cual por lo demás, debe ser suficientemente clara para la buena marcha de toda la investigación. De otra parte, dada la naturaleza de la investigación a realizar, basada principalmente en el método de descripción y posterior análisis que permitieron identificar y detallar, cada una de las partes que integraron y caracterizaron la realidad estudiada, hizo que no se requirieran fuentes primarias de recolección de datos, tales como encuestas, cuestionarios o entrevistas.

Análisis e Interpretación de la Información

El proceso de análisis de la información recolectada, permitió dada la naturaleza de la investigación, conocer de una mejor manera la realidad del fenómeno estudiado que de manera sistemática se planteó al inicio de la investigación y cuyo problema fue desagregado en las preguntas formuladas en aquella oportunidad, para concluir que el asunto estudiado no fue de sencilla asimilación en la práctica, dado que la actividad administrativa a través de la ley, está sufriendo profundas transformaciones, por cuanto un sector de la doctrina considera que hoy en día, la ley no responde a lo que ha sido la dogmática tradicional, que ha llevado a la pérdida de las notas clásicas de generalidad y abstracción que la caracteriza, aunado también a

que se ha producido una diversificación interpretativa de los contenidos propios del mandato legal.

Para Méndez (1995:142) el conocimiento de la realidad

> …puede obtenerse a partir de la identificación de las partes que conforman el todo (análisis) o como resultado de ir aumentando el conocimiento de la realidad iniciando con los elementos más simples y mas fáciles de conocer para ascender poco a poco, gradualmente al conocimiento de lo más complejo, para llegar a relacionar los elementos componentes del problema estudiado y luego crear la explicación o propuesta hecha a partir del mismo.

Por la clase de estudio o investigación realizada, tampoco se requirieron procedimientos de codificación o tabulación manual o electrónica de la información recolectada, o trabajo de campo, con un muestreo predeterminado, lo cual no quiere decir que no se pueda cumplir en un trabajo que persiga el cumplimiento de un trabajo de estas características, pero éste no es el caso.

Procedimiento

Al desarrollar la investigación se observaron y tomaron en cuenta las siguientes directrices:

1. Consultas a doctrinarios nacionales y extranjeros sobre las nociones fundamentales referidas a la discrecionalidad administrativa y técnica, la conceptualización sobre los conceptos jurídicos indeterminados y en que se diferencian de aquella. Además se desarrolló teóricamente sobre la proporcionalidad, la motivación y el control judicial de esa discrecionalidad.

2. Consultas a la Constitución de la República vigente y a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, para delinear jurídicamente el estatus y fundamentación legal, de la discrecionalidad administrativa.

3. Enfoque jurisprudencial del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional, para reproducir sus criterios en torno a lo que debe entenderse por concepto jurídico indeterminado.

Por último, los ejes temáticos de esta investigación que la transversalizaron,

comprendieron la descripción y subsiguiente análisis de los distintos objetivos específicos programados, los cuales se pueden condensar en cuatro (4) planteamientos medulares: a) ¿Que antecedentes documentales tiene la presente investigación?; b) ¿Cuáles son las características de la discrecionalidad administrativa y técnica?; c) ¿Que son los conceptos jurídicos indeterminados y si existen diferencias con la discrecionalidad?; d) ¿Por qué los actos administrativos discrecionales deben ser motivados?; e) ¿En que consiste el principio de proporcionalidad, como fórmula de control de la discrecionalidad administrativa? y f) ¿Existen límites al control judicial sobre los actos discrecionales? Todos estos conocimientos extraídos y tejidos de las fuentes ya descritas y de la propia experiencia personal de la autora.

CAPÍTULO IX

CONCLUSIONES

En el ordenamiento jurídico venezolano se atribuyeron potestades a la Administración Pública de dos (2) formas distintas: la primera son las potestades regladas en las que se determina exhaustivamente el contenido de la decisión a dictar con base en una disposición legal, esto es, la ley tipifica el contenido del acto; en tanto que en las discrecionales se remite a la estimación subjetiva de la Administración Pública, la concreción de alguno de los aspectos del contenido de la resolución del asunto; aquí resultan posibles varias soluciones igualmente lícitas y por tanto indiferentes para el Derecho, entre las cuales ha de elegirse con criterios extrajurídicos.

Esta última definición enfatiza en que la discrecionalidad es un espacio o ámbito de decisión no regulado o tan sólo parcialmente cubierto por el legislador; ámbito decisorio que éste ha trasladado a la Administración Pública. De tal forma que la discrecionalidad radica en el elemento de unión o cópula de la norma jurídica y a él hay que acudir primariamente para averiguar si ésta confiere o no facultad discrecional al órgano administrativo que haya de aplicarla. Así pues, cuando cualquier operador jurídico o administrativo observe que en la norma jurídica se emplee la locución "podrá" para expresar la coordinación entre supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, es porque está creando un ámbito de libertad para su destinatario, una facultad para obrar o no obrar, para obrar en un sentido o en otro.

Respecto de la preeminencia de los términos "deberá" y "podrá" para deducir el grado de libertad de un operador administrativo, Daroca (1997) critica la tesis en mención, dado que tales locuciones sólo constituyen un indicio sobre la atribución o no de discrecionalidad administrativa, dado que, sólo la interpretación de la norma en el contexto del sistema es lo que permite llegar a una respuesta concluyente a ese

cuestionamiento. En el análisis del término “podrá” no es posible identificarla como un otorgamiento del poder discrecional a favor de la Administración, con lo cual el examen de si se ha atribuido o no discrecionalidad, no puede detenerse únicamente en la revisión de la norma habilitante, pues todo dependerá de la manera en que se configure la facultad y de toda la normatividad aplicable al ámbito de actividad de que se trate.

El asunto estudiado no es de fácil asimilación en la práctica, pues autores como Parejo (1993) han llegado a escribir que la programación de la actividad administrativa a través de la ley, está sufriendo profundas transformaciones, dado que para él, la ley no responde hoy a lo que ha sido la dogmática tradicional, que ha llevado a la pérdida de las notas clásicas de generalidad y abstracción que la caracteriza, sino también se ha producido una diversificación interpretativa de los contenidos propios del mandato legal. En suma la ley está dejando de responder cada vez con mayor medida al esquema mandato general-deber de obediencia directa del ciudadano; estableciendo así una progresiva normalidad de simples apoderamientos, encomiendas o determinaciones de fines y objetivos, así como mandatos de búsqueda y encuentro de la solución en cada caso más idónea y adecuada.

Sobre el incremento de las facultades discrecionales por parte de la Administración Pública, el autor El autor Brohm (1993) tratando de justificarlas, se fundamenta en tres (3) razones a saber:

1. La especial naturaleza de la actividad planificadora del Estado Social, que muchas veces se niega a ser preprogramado de una manera precisa, condicionada en consideración a la necesidad que enfrentan los planes de componer los más heterogéneos intereses y objetivos involucrados en cada supuesto concreto, lo cual obliga al legislador a limitarse en las leyes de planificación en la fijación vaga de propósitos a través de programas finalistas.

2. Las modificaciones continúas que en el ámbito técnico, científico y social actualmente se producen, que llevan al legislador a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, que hacen del sistema jurídico venezolano un modelo más flexible en su implementación.

3. La preocupación del Estado por mantener la estabilidad de la economía y de la sociedad le lleva a la adopción de leyes-medida que se armonizan durante su implementación. Lo anterior mediante una previa ponderación por la Administración de cada caso en concreto, que hace que se escoja la medida más adecuada para la satisfacción del interés público, cuya titularidad si bien no ostenta, si le ha sido asignada por el ordenamiento la tarea de procurar su máxima satisfacción, salvaguarda y realización.

En este sentido, se conjuga con el interés general el concepto de discrecionalidad administrativa, que hace que cada operador administrativo valore o aprecie el alcance que puede tener cada decisión que emita, para llevar bienestar a la población. Tal valoración implica discernir sobre los muchos y variados intereses en juego para acometer la satisfacción en primer lugar, de los intereses primarios que equivale al general, para luego ponderar o comparar que intereses secundarios públicos o privados, merecen ser tenidos o precisan ser sacrificados para la satisfacción del interés primario.

Sobre el asunto referido, el profesor Sánchez Morón (1994) advierte que la ley no puede regularlo todo con el detalle que exige la resolución de los problemas cotidianos. Al respecto el profesor Parejo Alfonso (1994) considera que la discrecionalidad consiste en la atribución a la Administración Pública de un ámbito de elección y decisión bajo su propia responsabilidad, dentro del cual pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por estar conformes con el Derecho aplicable. También García de Enterria y Fernández (2002) siguen esa misma línea argumental, ya que consideran que la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal, con el 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 general, sino analíticamente caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares.

Vale la pena apuntar que esta concepción de la libertad de elección entre alternativas indiferentes jurídicamente ha sido criticada y considerada insuficiente por algunos autores que plantean una definición material de esta idea, como quiera que

dada la posición servicial de la Administración Pública, no puede ocuparse de ese cúmulo de prestaciones de cualquier manera. Así por ejemplo Sainz Moreno (1976) considera que remitir la decisión administrativa al criterio de lo que conviene al interés público, no supone autorizar una elección entre opciones, todas igualmente válidas, ya que en todos los casos habrán soluciones mejores y peores, de manera que no todas ellas tienen el mismo valor, porque la satisfacción del interés público impone la escogencia de aquella que resulte más apropiada a dicho propósito, no de cualquiera entre las posibles.

Se destaca también como modalidad aparte de la discrecionalidad, la conocida discrecionalidad técnica que alude a la expresión de criterios emanados por profesionales de distintas ciencias, que conducen a la adopción de una decisión administrativa, resultando equivalente al margen de apreciación de las variables extrajurídicas, que son la conveniencia y la oportunidad, cuando se dicta un acto administrativo discrecional que no requiere de este tipo de criterios. En nuestro país la discrecionalidad técnica es rechazada por autoras como la profesora Rondón de Sanso, porque considera que si bien ésta deviene de un juicio, falta la selección de la alternativa, lo cual ocurre en un momento posterior, cuando deba adoptarse la decisión.

Ante todo eso se puede inferir que la discrecionalidad técnica es una categoría incluida dentro de la discrecionalidad administrativa: así por ejemplo, si la Administración sanitaria ordena decomisar unos alimentos importados por estar contaminados con una sustancia radioactiva, corresponderá al juez evaluar el criterio técnico acerca de la contaminación a los efectos de emanar su fallo. Aquí queda demostrada la similitud de ambas figuras. Sin embargo, procurando establecer un criterio diferenciado entre la discrecionalidad administrativa y la discrecionalidad técnica, Rúan (1998) citando a Giannini, expresó que esta última no tiene nada de discrecional, puesto que consiste en una operación previa a la decisión administrativa destinada a establecer científicamente la existencia, probabilidad o apreciación de un hecho.

En cuanto a los conceptos jurídicos indeterminados, ellos son difíciles de

delimitar, pero su aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que sea conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma. Para Hernández Mendible (1997) la presencia de un concepto jurídico indeterminado en el supuesto de hecho de una norma atributiva de competencia, no concede per se discrecionalidad alguna a la autoridad administrativa, ya que en este caso se exige que a la luz de una situación concreta se indague su significado hasta dar con la única solución justa, de modo que si el órgano competente se aparta de ella incurriría en violación de la ley.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, ha sido considerada por la Jurisdicción Contencioso Administrativa nacional como un paso importante hacia la reducción de la discrecionalidad administrativa, aún cuando ésta también resulta siempre objeto de fiscalización judicial, favoreciendo el control por parte de los jueces, al propio tiempo que desplaza los problemas derivados de las dificultades que provoca el juzgamiento de un margen de arbitrio o de elección entre otras soluciones igualmente justas.

Respecto de sus diferencias, García de Enterria los discriminó en los siguientes términos:

En la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, la ley no trae una solución concreta en cada caso, de modo que ésta debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o de experiencia según la naturaleza del concepto. En todo caso, sea de valor o de experiencia los mismos deben ser objeto de una estimación jurídica, conforme el sentido de la ley que los contiene. Por tal motivo, se debe tener claro que el proceso de constatación de un concepto jurídico indeterminado, no puede ni debe ser un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio que debe atenerse por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse y por la otra al sentido jurídico preciso que la ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea una sola.

En síntesis y redondeando la idea respecto de la aproximación entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad, resulta oportuno recordar los planteamientos de Barnés Vásquez (1993) quien sostiene que la frontera entre los

dos conceptos está cada vez más desdibujada, como lo demuestra el hecho de que existen preceptos en los cuales coexisten ambos o en la ocurrencia de casos en los cuales la discrecionalidad se debilita y queda reducida a una única opción; y a la inversa supuestos en los cuales es la discrecionalidad la que absorbe el concepto jurídico indeterminado, cuando en sede judicial se interpreta como potestad discrecional un concepto legal.

Un segundo elemento que condiciona la configuración de la discrecionalidad, es el Principio de Proporcionalidad, que se vinculada de plano a la Ley y al Derecho. Es por esa razón que el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le impone como obligación ineludible a la Administración Pública someterse a este principio. Ello porque aun cuando un funcionario o funcionaria pueda adoptar una concepción de lo proporcionado y desproporcionado la misma debe estar razonablemente acorde con el supuesto de hecho considerado. Esto le permitirá al Juez Contencioso Administrativo valorar lo que la Administración debía o no debía hacer.

En relación con los alcances del control judicial ejercido con apoyo del principio de proporcionalidad, en la actualidad se está conteste que el juez no debe limitarse a valorar el resultado de la elección administrativa, sino que en su labor fiscalizadora reconstruye la valoración hecha por la Administración Pública y pondera los intereses en juego usando parámetros de racionalidad, de recuperación de datos y examen de los mismos. Esa ponderación, según Chinchilla (2004) tuvo un origen matemático y estadístico de atribución de pesos y valores diversos a los que deben atribuirse en el curso del examen y de la decisión, diferente valor, de tal manera que unos intereses prevalezcan sobre otros.

Criterio similar sostuvo Waline (1974) para quien siendo la adecuada correspondencia entre la utilidad y los perjuicios de la decisión administrativa una condición de legalidad de la misma, es al juez en su carácter de guardián de la legalidad a quien concierne en último término llevar a cabo la apreciación correspondiente, que tiene que ser sobre la legalidad y no sobre la oportunidad. Ahora bien, en el caso de que un Tribunal arribe a la conclusión de que una decisión

administrativa no es ponderada, debe proceder a declarar su invalidez. En el caso de una actividad probatoria, puede llegar a concluirse dentro de un proceso que existe solamente una alternativa de solución conforme con las exigencias de la ley de la ponderación el juez puede imponer esa única decisión ponderada.

El tema entonces es polémico y ambiguo, motivado a su complejidad, lo que lleva a decir que toda ponderación o valoración que de un hecho se haga inspirado en la discrecionalidad o en un concepto jurídico indeterminado, será motivo de estudio o de análisis, ya que dos Poderes Públicos el Ejecutivo y el Judicial, intervendrán tanto en su elaboración como en su revisión, todo lo cual pasa por ajustar cualquier decisión administrativa a la Ley y al Derecho, no obstante las tendencias a la arbitrariedad que aún se observa en el seno de la Administración Pública.

Definición de Términos Básicos

Administración Pública: organización servicial para los ciudadanos. En un Estado Social de Derecho y de Justicia es el poder creado por el ordenamiento jurídico para brindar múltiples prestaciones en materia de servicios públicos. Se desarrolla en Venezuela bajo dos (2) modalidades en los distintos niveles político-territoriales de la Federación: Administración Central y Administración Descentralizada, ambas bajo la responsabilidad y dirección del respectivo jefe del Ejecutivo.

Actividad Administrativa: son las distintas funciones que cumplen los órganos y entes de la Administración Pública en su labor de servir a los ciudadanos. Esa actividad se enmarca dentro de un conjunto atribuciones que comprenden en términos generales, la de servicios públicos, fomento, gestión económica y policía administrativa. En el Derecho Administrativo venezolano, las relaciones jurídicas que se entablan entre los ciudadanos y la Administración se rigen por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Acto Administrativo: constituye la formalización de la voluntad de la Administración Pública, en donde expresa su juicio, apreciación o parecer respecto de un determinado supuesto de hecho. Para su emisión se deben observar una serie de requisitos, a los efectos de favorecer el conocimiento de los particulares en relación a las resoluciones que puedan afectar sus derechos subjetivos o intereses jurídicos, entre los cuales se destacan las motivaciones fácticas y jurídicas.

Constitución: representa el texto fundamental de un ordenamiento jurídico, dado que contiene las normas generales en torno a las cuales se desarrollará el sistema normativo. En ella están comprendidas todas las disposiciones que definen las características del Estado venezolano y de cuales son los valores que servirán de referencia para el desenvolvimiento de los órganos del Poder Público, así como los derechos fundamentales de los ciudadanos que deben ser garantizados.

Contencioso Administrativo: jurisdicción especializada en el control de la legalidad de los actos administrativos dictados por cualquier entidad u organismo del Poder Público nacional. En Venezuela, la misma se encuentra distribuida entre la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia; las Cortes de lo Contencioso Administrativo; los Tribunales Superiores de las Regiones con esa competencia y en materia inquilinaria los Juzgados de Municipio. Tiene como base constitucional el artículo 259 de la Constitución de la República.

Desviación de Poder: anomalía en el actuar formal de un órgano o ente de la Administración Pública o de una autoridad administrativa, que utiliza sus poderes con vistas a un fin distinto de aquel para el que le han sido conferidos. Vicio que lesiona un acto administrativo por el cual la Administración, desconociendo sus reglas, ha perseguido un fin diferente de aquel que el Derecho le asignaba, desviando así de su finalidad legal el poder que le había sido confiado.

Doctrina: conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del Derecho que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legalizadas. Constituye fuente mediata de Derecho, ya que el prestigio y autoridad de los destacados juristas influyen a menudo sobre la labor del legislador e incluso en la interpretación judicial de los textos vigentes.

Derecho Administrativo: conjunto de normas reguladoras de las instituciones sociales y de los actos del Poder Público, para la realización de los fines de pública utilidad, que se hacen en beneficio de los ciudadanos. Es entonces una fracción del ordenamiento jurídico interno que ha de ser aplicada por órganos administrativos y que les conceden el derecho a dar instrucciones a los administrados quienes deberán obedecerlas.

Estado Social de Derecho: definición ontológica del Estado, por lo que es parte de su esencia misma. Representa una reacción a las desigualdades que se crearon en las

relaciones jurídicas entre la Administración y sus súbditos en el siglo XIX. Esta estructura estatal dota a la Administración Pública de suficientes poderes para el logro de fines sociales a través de su permanente intervención en la economía, bajo el argumento de que así se garantiza el bienestar general.

Interés Público: es el interés de la comunidad, por referirse a los intereses de todos y además a intereses perfectamente individualizados, dado que el objeto de la actividad administrativa, debe estar dirigido a satisfacerlo, en virtud de la particular relación que se plantea en el ordenamiento jurídico venezolano entre ambos sujetos. Modernamente se prefiere mencionarlo como interés general, para evitar la repetición del término público, que ya está agregado en la expresión Administración Pública.

Jurisprudencia: conjunto de sentencias dictadas, que determinan un criterio acerca de un problema jurídico omitido u oscuro en los textos positivos o en otras fuentes de Derecho. En ellas están contenidas las interpretaciones de los jueces respecto de los textos normativos y que en ocasiones suple omisiones de la ley, por cuanto sirven en la práctica como referente para resolver casos análogos.

Juez: autoridad que está facultada por el ordenamiento jurídico para instruir, tramitar, juzgar, sentenciar y ejecutar el fallo en un determinado proceso. A este estatus se arriba a través de un concurso público de oposición. En una visión técnica se le conoce como magistrado investido de imperio y jurisdicción, que según reglas preestablecidas de orden procesal, pronuncia decisiones en juicio.

Ley: regla, norma, precepto de la autoridad pública, que manda, prohíbe o permite algo, por eso se dice que es la expresión positiva del Derecho. Ello se traduce en un modo de actuar predeterminado para los ciudadanos y cuya inobservancia, puede causar la imposición de sanciones. Se origina como resultado de un proceso legislativo o bien por delegación legislativa al Poder Ejecutivo, con una duración temporal.

Principio de Legalidad: fuente de toda actuación administrativa, la cual debe estar respaldada por una norma o normas, que precisan con toda claridad que la Administración Pública no sólo está sometida al Derecho, sino que también este principio delimita el marco de competencias que le son asignadas, de acuerdo con los fines para los cuales le fueron conferidas. Por eso se dice que toda actividad administrativa es de rango sublegal, esto es, viene a ser el producto de una norma.

Orden Público: es aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades individuales o colectivas, sin que se produzcan perturbaciones o conflictos. También es sinónimo de un deber, que se supone general en los ciudadanos, de no perturbar el buen orden de la cosa pública y de la tranquilidad social. Otros dicen que es más fácil sentirlo que definirlo.

REFERENCIAS

Aarnio, A. (1991) Lo Racional como Razonable. Sobre la Justificación Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Araujo, J. (1998) Tratado de Derecho Administrativo Formal. Caracas-Valencia: Ediciones Vadell Hermanos.

Atienza, M. (1987) Para una Razonable definición de Razonable. Cuadernos de Filosofía Jurídica. Madrid: Doxa.

Bacigalupo, M. (1997) La Discrecionalidad Administrativa. Estructura Normativa, Control Judicial y Límites Constitucionales. Madrid: Editorial Marcial Pons.

Balasso, C. (1997) Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos. Corte Suprema de Justicia. Sala Político-Administrativa. Caso: RCTV vs. La Escuelita. Fecha: 1º de agosto de 2001.

Balasso, C. (1997) Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos. Corte Suprema de Justicia. Sala Político-Administrativa. Caso: RCTV vs. Programa Hola Juventud. Fecha: 5 de mayo de 1983.

Balestrini, M. (2002) Como se Elabora el Proyecto de Investigación. Caracas: Consultores Asociados. Servicio Editorial.

Beltrán de, F. (1995) Discrecionalidad Administrativa y Constitución. Madrid: Madrid: Editorial Tecnos.

Brewer, A. (2007) Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007. Colección Estudios Jurídicos No. 86. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Brewer, A. y otro (1996). Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa. (1961-1996). Sala Político Administrativa. Corte Suprema de Justicia. Caso: Depositaria Judicial. Fecha: 02 de noviembre de 1982. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Brohm, W. (1993) Administración y Jurisdicción Contencioso Administrativa. Documentos Administrativos. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

Cassagne, J. (1990) Revisión de la Discrecionalidad Administrativa por el Poder Judicial. Madrid: Revista Española de Derecho Administrativo No.67

Chacín, R. (2005) La Discrecionalidad Administrativa en el Ordenamiento Jurídico Venezolano. Ensayo. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Estudios Políticos y Derechos Públicos. Maracaibo: Universidad del Zulia. (LUZ).

Chinchilla, C. (2004) La Desviación de Poder. Segunda Edición. Madrid: Editorial Civitas.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Nº 5453 Extraordinaria del 24 de marzo de 2000.

Daroca, D. (1997) Los Problemas del Control Judicial de la Discrecionalidad Técnica. Un estudio critico de la Jurisprudencia. Madrid: Editorial Civitas.

Duque, R. (1986) Quince Años de Jurisprudencia Funcionarial. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo. (FUNEDA)

Gallegos, A. (1989) Derecho Administrativo. Materiales. Madrid: Cofás.

García de Enterría, E. y otros (1962) La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo. Madrid: Revista de Derecho Administrativo No.2.

García de Enterria, E. y otros (2002) Curso de Derecho Administrativo. Volumen I. Undécima Edición. Madrid: Editorial Civitas.

García, A. (2003) La Teoría del Derecho en tiempos Constitucionales. Madrid.

García, F. (1964) Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Madrid: Ediciones Edersa.

Hernández, V. (1997) Procedimiento Administrativo. Proceso Administrativo y Justicia Constitucional. Caracas-Valencia: Ediciones Vadell Hermanos.

Lares, E. (2001) Manual de Derecho Administrativo. Duodécima Edición. Caracas: Ediciones Universidad Central de Venezuela.

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Gaceta Oficial No. 2.818 Extraordinaria. Del 1º de julio de 1981.

López, J. (1988) El Principio General de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla. Sevilla: Ediciones Instituto García Oviedo.

Marín, H. (2007) Discrecionalidad Administrativa. Bogotá: Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Marzuoli, C. (1985) El Poder Administrativo y la Evaluación Técnica. Madrid: Revista de la Administración Pública No. 136.

Mas, Alonso (1998) La Solución Justa en las Resoluciones Administrativas. Valencia: Ediciones de la Universidad de Valencia.

Méndez, C. (1995) Metodología. Segunda Edición. Santa Fe de Bogotá. McGraw Hill. Editores.

Nieto, A. (1964) Reducción Jurisdiccional de la Discrecionalidad en materia Disciplinaria. Revista de Administración Pública No. 44.

Parejo, L. (1993) Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Madrid: Editorial Tecnos.

Peña, J. (2002) Manual de Derecho Administrativo. Volumen Primero. Colección de Estudios Jurídicos. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

Perelman, Ch. (1979) La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica. Madrid: Editorial Civitas.

Rondón, H. (1972) Teoría de la Actividad Administrativa. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Ruan, G. (1998) El Principio de Legalidad, la Discrecionalidad y las Medidas Administrativas. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo.

Sainz, F. (1976) Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa. Madrid: Editorial Civitas.

Sánchez, M. (1994) Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. Madrid: Editorial Tecnos.

Sarmiento, D. (2007) El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo. Bogotá: Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Seoane, M. (1985) La Discrecionalidad de la Administración Pública en España. Madrid: Editorial Montecorvo.

Tamayo y Tamayo (1998) El Proceso de Investigación Científica. Fundamentos de Investigación. Manual de Evaluación de Proyectos. Novena Edición. Limusa. Grupo Noriega Editores.

Tribunal Constitucional Español. Sentencia No. 62. Fecha: 15 de octubre de 1982.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia No. 1917 de fecha 14 de julio de 2003.

Vásquez, B. (1994) Introducción al Principio de Proporcionalidad. Madrid: Revista de Administración Pública No.135.

Waline, M. (1974) Las Reglas del Juego Administrativo dentro del Procedimiento de Expropiación por Causa de Utilidad Pública. Madrid: Revista de Derecho Administrativo No 135.