

## ASPECTOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA \*

HILDEGARD RONDON DE SANSO

### SUMARIO

I. *La actividad administrativa en general y las formas y contenidos que adopta.* 1. Nociones fundamentales. A. Actividad administrativa. Función. Potestad. B. Notas definitorias de la Administración. 2. Modalidades que asume la actividad administrativa. A. Actividad jurídica y actividad material. B. Actividad de derecho público y actividad de derecho privado. C. Actividad neutra. D. Actividad de dirección y actividad de ejecución. E. Distinción fundada en el contenido de la actividad. Especial análisis de la Administración Pública de la economía. F. Actividad organizativa. G. Actividad técnica. H. Actividad administrativa y "técnicas de gestión" (*Management*). 1. Distinción fundada en la función de los órganos. J. Criterio de distinción basado en el procedimiento. K. Renovación de la distinción entre actividad jurídica y actividad social. II. *Principios rectores de la actividad administrativa de derecho público.* 1. Principio de supremacía de la Administración. A. Las potestades públicas. B. La potestad reglamentaria. C. La potestad revocatoria. D. La potestad disciplinaria. E. La potestad sancionatoria. F. La potestad organizativa. G. Los privilegios de la Administración. 2. Principio de legalidad administrativa. A. Legalidad formal y legalidad sustancial. B. Primacía de la ley y reserva legal. C. Derivaciones inmediatas del principio de legalidad. 3. Principio de discrecionalidad. A. Orígenes. Tesis relativas a su fundamentación. Discrecionalidad y autonomía de la voluntad. B. Elementos sobre los cuales recae la discrecionalidad. C. Fórmulas legales identificadoras de la discrecionalidad. D. Análisis de la discrecionalidad técnica. 4. Principio de tipicidad o nominatividad.

---

\* La exposición que sigue a continuación forma parte de un estudio más extenso, denominado: *Teoría General de la Actividad Administrativa. Organización. Actos Internos* (en prensa), obediendo su inserción en este libro-homenaje a la convicción de que el maestro Antonio Moles Caubet se ha sentido siempre particularmente atraído por los temas que constituyen el objeto de la misma. (HRS).

## I. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN GENERAL Y LAS FORMAS Y CONTENIDOS QUE ADOPTA

### 1. *Nociones fundamentales*

#### A. *Actividad administrativa. Función. Potestad*

La expresión "actividad administrativa" es equivalente a la noción de administración en sentido material o sustancial, esto es, al cúmulo de todo aquello que la Administración,<sup>1</sup> entendida como una estructura orgánica, realiza, es decir, a su "hacer" esencial. Este conjunto de actuaciones llega a identificarse con la propia entidad que actúa o a quien tales actuaciones son imputables.

La actividad administrativa se equipara igualmente a la "función administrativa", por quienes acogen la división tripartita de las funciones del Estado, distinguiendo la que se destina a dictar la norma general y abstracta que constituye la función legislativa; la que tiene como objetivo la declaración concreta de la ley, en la decisión de las controversias, o función jurisdiccional y, finalmente, la que nos interesa en la presente hipótesis, la indicada función administrativa, mediante la cual se satisfacen en forma real y efectiva las necesidades colectivas. Esta identificación entre actividad y función administrativa, a nuestro entender, restringe el ámbito o el contenido de dicha actividad, aun cuando se interprete esta última noción en su forma más extensa.

En relación a lo antes dicho, es necesario precisar que el concepto de función es limitado por algunos, exclusivamente, al campo del Derecho Público, tesis que es actualmente predominante, aun cuando ya se está abriendo paso en la doctrina la que considera que la misma es una noción extensible y operante también a la esfera del Derecho Privado. Para los que sostienen la posición indicada en primer lugar, función es un término que implica el ejercicio de una potestad pública que, como tal, está dotada de un poder autoritario y de los medios idóneos para su actuación, con lo cual, de identificarse con ella a la actividad administrativa, vendría a ser la que la Administración realiza en el ámbito del Derecho Público, constituida por manifestaciones de voluntad, investida de facultades que le permiten incidir sobre la esfera de los derechos individuales de los administrados y hacer efectiva por sí misma su ejecución cuando posean efecto constitutivo. Dentro de esta misma

---

1. Al referimos a la Administración en sentido subjetivo, o Administración-aparato, utilizaremos mayúsculas, indicando con el término escrito con minúsculas a la administración en sentido objetivo o actividad.

tesis hay quien restringe aún más la noción, considerando que sólo al acto corresponde el carácter de función, no así a la actividad.

La segunda posición hace extensible el concepto de función al campo del Derecho Privado, ampliando el sentido atribuible al mismo, al considerar que la función presupone un fin preestablecido, al cual dan cumplimiento una serie de actos que son relevantes en su globalidad.<sup>2</sup> Existirá función, de acuerdo con este último criterio, cuando una norma establezca un objetivo específico como propio de una actividad, con lo cual ella estará constituida por todos y cada uno de los actos dirigidos a la obtención de tal objetivo, debiendo conceptuarse dichos actos en su conjunto. Esta tesis, como puede apreciarse, considera que es indiferente, a los efectos de la calificación de una actividad como función, el hecho de que la misma opere en el campo del Derecho Público o del Derecho Privado, ya que, lo que va a determinar su carácter es la circunstancia antes anotada de que se trate de varios actos que, tomados en sentido global, sean jurídicamente relevantes; esto quiere decir, que exista un conjunto de actos tendientes a la obtención de un fin preestablecido por una norma jurídica. En este mismo orden de ideas, funcionalizar una actividad, esto es, atribuirle el carácter de función, es subordinar su realización al cumplimiento de un fin que deberá estar señalado y tutelado por una norma expresa. Al efecto, la expedición de una constancia por parte de un empleado público no será una función hasta tanto la ley no disponga que la actividad certificatoria, esto es, la destinada a otorgar seguridad jurídica, sea efectuada con determinadas modalidades que son las empleadas en el caso específico, y así cuando la ley establece como fin de algunas actuaciones el otorgar constancia jurídica de ciertos hechos, surge la función certificativa. Igualmente, cuando un órgano superior en base a la relación jerárquica, revisa los actos dictados por el inferior, no puede calificarse tal revisión como función; pero sí tendrá tal calificativo el conjunto de actuaciones que la ley le exija al mismo órgano o a varios órganos, con el fin de establecer el mérito de la actuación de un subordinado, constituyéndose así la función de control.

Por otra parte, es casi una constante que la actividad funcionalizada, esto es, aquella a la cual se le atribuye la naturaleza de una función, se articula por lo general en un procedimiento, en una secuencia de actuaciones, la cual muchas veces tendrá una naturaleza compleja que

---

2. Giannini, M. S.: *Diritto Amministrativo*. Giuffré, Milán, 1970, Tomo I, p. 79, y del mismo autor: *Attività amministrativa*. Milán, Giuffré, 1960, pp. 3 y 4 (separata de la voz correspondiente de la *Enciclopedia del Diritto*).

se revelará en múltiples fases, como es el caso de la actividad sancionatoria y otras, se concluirá, como en la aprobatoria, en un breve trámite.

De lo anterior emerge la convicción de que, identificar a la actividad administrativa con la noción de función, es limitar a la primera, reduciéndola a categorías muy específicas de actuaciones, y excluyendo de la misma, a gran parte de lo que en la realidad constituye el actuar administrativo.

La tarea de obtener una noción unitaria de la administración, y al mismo tiempo suficientemente diferenciada de otras actividades que el Estado realiza, ha ocupado, y seguramente continuará ocupando a toda la doctrina del Derecho Administrativo. El resultado ha sido una multiplicidad de posiciones que, incluso, tienen el carácter de doctrinas, por cuanto se moldean sobre la base de concepciones ideológicas, producto de una rigurosa metodología científica, las cuales, tal como sabiamente lo señala Moles Caubet,<sup>3</sup> no pueden ser consideradas como tesis que se han ido superando, sobreponiéndose las más avanzadas a las anteriores, hasta ofrecernos un resultado depurado y definitivo, sino que poseen la misma función que, en campos como el de la Física Moderna, tienen las distintas doctrinas que tienden a explicar un mismo fenómeno, las cuales pueden considerarse como simultáneamente vigentes y valederas, ya que implican enfoques de diferentes aspectos de un mismo objeto de estudio.

### B. *Notas definidoras de la administración*

A sabiendas de todas las dificultades existentes para obtener una conceptualización unitaria, en base a las premisas antes asentadas, hemos intentado aislar algunos elementos que, en un sistema de derecho positivo como el nuestro, se manifiestan como constantes en la calificación de la noción que nos ocupa. Debemos sin embargo señalar, para ser fieles a la verdad, que de dicha noción tenemos una imagen previa, ya que toda búsqueda se fundamenta en una preconcepción del hallazgo, cuyo resultado podrá modificar dicha imagen parcial o incluso totalmente, pero ésta le servirá de guía en el proceso de investigación. Al efecto, la administración se nos presenta como una noción dinámica que alude a un cúmulo de actuaciones que una organización realiza para atender a las necesidades de los sujetos que dependen de ella, así como a sus propios requerimientos. Basados en este contorno gene-

---

3. Moles Caubet, Antonio: *Lecciones de Derecho Administrativo*. Caracas, 1964, p. 25.

ral, se nos presentan, al confrontarlo con la realidad jurídica, una serie de connotaciones que van a delinear una imagen precisa.

La primera de estas connotaciones de la actividad administrativa, es la señalada característica, aportada por la escuela formalista, que ve en la actividad administrativa, una forma de ejecución inmediata de la ley y mediata de la norma fundamental, en razón de lo cual es de rango sublegal. Tal consideración nos lleva a excluir como administración a cualquier actividad que constituya el ejercicio de la función legislativa, que sea "legislación" en el sentido que le atribuye la tesis antes citada, por cuanto con la administración no se realiza una "aplicación" directa, sino indirecta de la Constitución, entendiéndose por "aplicación" el fenómeno en virtud del cual una disposición general se individualiza y una disposición abstracta se concretiza. De allí que tengamos una primera connotación de la actividad administrativa: su exclusión de la esfera de la legislación, con lo cual se elimina de su ámbito toda la gama de los "actos políticos" o "actos de gobierno", cuando éstos sean el ejercicio inmediato de una facultad directamente atribuida por la norma constitucional. Igualmente y ya en sentido positivo, se obtiene su calificación como actividad sublegal.

Vamos ahora a buscar la esencia del contenido de la actividad de administrar. Al efecto, administrar es un actuar dirigido a cuidar de los intereses de un sujeto. Se administra bien cuando se satisfacen dichos intereses. Se administra mal, cuando por ausencia, deficiencia o ineficacia en el actuar no se logra satisfacer dichos intereses. De esta segunda constatación se llega a una tercera, que es la siguiente: si un sujeto tiene intereses esenciales, esto es, intereses de cuya satisfacción pueda depender su propia subsistencia, la administración de esos intereses, es decir, la actuación destinada a darles cumplimiento, debe comprenderlos en su totalidad, por cuanto en vista del carácter de necesidad que ha sido anotado en los mismos, sólo su armónica y equilibrada atención puede garantizar la estabilidad del sujeto titular, de allí que administrar no es simplemente satisfacer algunos intereses de un sujeto, sino la totalidad de los que han sido confiados al cuidado del administrador. Esta consideración nos lleva, en consecuencia, a determinar que la actividad presupone la globalidad de la acción distribuida en beneficio de los intereses tutelados. No es administrar el concretar la acción en un solo interés, sino el reparto de la actividad hacia el logro de los distintos fines propuestos. Ahora bien, a esta altura de nuestro análisis ya podemos identificar al sujeto titular de tales intereses como a un grupo organizado y hacer la necesaria sustitución de elementos.

Las notas anteriores nos definen claramente una actividad que no es de creación de la ley sino una consecuencia de ella que atiende a la satisfacción de los intereses de un grupo organizado en su globalidad; pero emerge al mismo tiempo la necesidad de indicar que la misma se realiza a través de instrumentos predispuestos específicamente para tal fin. En efecto, la simple actividad realizada no es suficiente para conceptuar a la Administración, la cual se presenta siempre como una estructura integrada por elementos que actúan como instrumentos de la realización de la misma. Esta estructura, estos instrumentos podrán ser muy simples o, por el contrario, presentar enormes complejidades; pero cualquiera que sea su entidad, ella existe necesariamente como soporte y medio ejecutor de la actividad.

De allí que del resultado de nuestro análisis, emergen las siguientes características definidoras de la actividad administrativa: 1) es una actividad que no implica la ejecución inmediata de la Constitución, por lo cual tiene rango sublegal. A través de ella no se crea la ley sino que se la ejecuta; 2) está destinada a dar satisfacción a los intereses fundamentales de un grupo organizado; 3) ha de atender a la globalidad de los intereses tutelados; 4) su ejercicio presupone una estructura orgánica necesaria.

Establecidas las premisas anteriores, la cuestión que surge de inmediato es la de preguntarse cuál es el ente o el sujeto titular de los intereses tutelados. Ubicados ya de plano en el campo del Derecho Público, el titular de los intereses es, en la estructura estatal, el Estado, y en la de los entes públicos menores, cada uno de ellos. Todo lo anterior parecería hacer pensar que el administrador de los intereses, esto es, la Administración, es un sujeto distinto del ente al cual atiende; pero de inmediato se aprecia que no se trata de una diferencia subjetiva, sino de una relación instrumental: la Administración es el instrumento de un ente que tiene unos intereses que satisfacer. Este instrumento puede identificarse totalmente con la organización del sujeto y formar parte de la misma, situación ésta que se plantea con las Administraciones centrales, que constituyen la estructura de uno de los poderes del Estado: del Poder Ejecutivo, con el cual se consustancian. Ahora bien, este instrumento puede tener su propia entidad subjetiva, como sucede con las formas de descentralización avanzadas. Lo importante es que se trata de un medio para dar satisfacción de las necesidades del ente y como tal habrá de adecuarse a tales fines para ser idóneo a su tarea. Los intereses de un sujeto variarán en efecto, constantemente a medida que el mismo crezca, se desarrolle, progrese, de-

caiga, resurja, se adapte a su vez al mundo en el cual deba actuar. Normalmente el ente crecerá y su fuerza ascendente hará crecer al instrumento capaz de satisfacer sus intereses.

De todo lo anterior se pone en evidencia que la administración es una actividad sublegal, que tiene por objeto satisfacer los intereses de un sujeto del cual depende y con cuya estructura se consustancia. El contenido material de esta actividad no puede ser enunciado en su totalidad porque comprende y habrá de comprender todas las formas con las cuales se tenderá a dar satisfacción a los intereses tutelados y éstos, a su vez, no sólo son en un número enorme, sino que son cambiantes, ya que se vinculan con los fines políticos del ente, constituyendo su proyección. Llegados a este punto, cabe indicar que la actividad administrativa tendrá tantas modalidades cuantas sean las formas de dar satisfacción a los intereses del sujeto del cual ella constituye un instrumento. Se dirá así que la noción de administración en sentido funcional, se identifica con la administración en sentido subjetivo, en forma tal que ambas nociones se presentan como indisolubles. La actividad opera por medio de instrumentos que adquieren una identidad propia, muchas veces de tal naturaleza, que llegan a constituir una fuerza que se opone al propio sujeto a quien sirven.

Ahora bien, si se quiere intentar un concepto abstracto de todo el contenido de la actividad administrativa, se podría considerar que el mismo comprende toda actuación destinada a atender a las necesidades concretas del sustrato material que integra el ordenamiento jurídico, el cual está constituido por los sujetos que lo conforman (plurisubjetividad) y por las estructuras organizativas que le sirven de sustento (organización).

Establecidas las premisas anteriores, la expresión actividad administrativa pasa a englobar no sólo aquello que constituye una función desarrollada por la Administración, dándole a este término el último sentido al que aludiéramos en su oportunidad, de obrar que, en su conjunto tiene relevancia jurídica, sino que el mismo comprende también a cualquier actuación que la Administración realiza o que le compete y que tiene trascendencia para el derecho, cualquiera que sea su contenido o efecto, desde el acto de carácter normativo de los órganos superiores de la Administración, hasta la ejecución material de las decisiones y, asimismo, las gestiones que realice como operador económico y de las cuales deriven consecuencias tanto en el ámbito externo como en el interno.

De todo lo anterior emerge una evidencia fundamental para quien intente una clasificación global de todo el amplio cúmulo de actuaciones que conforman a la "actividad administrativa", y es la de que este heterogéneo conjunto no cabe dentro de un único criterio diferencial, porque si se intenta encerrarlo en el mismo, se limitaría su campo sólo a alguno de sus rasgos característicos, el cual, por muy resaltante que resulte, no es sin embargo, excluyente de los restantes, sino que, si se quiere comprender una parte considerable de las modalidades que la actividad reviste, habrá que conjugar simultáneamente varios elementos calificadores.

## 2. *Modalidades de la actividad administrativa*

### A. *Actividad jurídica y actividad material*

Durante mucho tiempo se tuvo como indudable la diferencia entre una actividad jurídica de la Administración y una simple actividad material, considerándose que la primera era aquella en virtud de la cual la manifestación de la voluntad administrativa incide sobre la esfera jurídica de los administrados, modificándola; estando constituida la segunda, por todo lo que resta del actuar administrativo que carece de dicha fuerza. La actividad jurídica puede establecer, de conformidad con la tesis que exponemos, las modificaciones subjetivas aludidas, por el hecho de que tiene como fundamento una norma expresa que la prevé y regula todos sus efectos, sin cuya existencia los mismos no podrían producirse. De allí que se presente como una actividad vinculada en el sentido de que, tanto su existencia como sus efectos, están determinados por una norma de la cual el acto administrativo constituye sólo una forma de ejecución, con eficacia condicionada a sus predeterminaciones. Se plantea así claramente la diferencia entre la actividad jurídica de la Administración y la actividad del administrado, ya que éste puede hacer todo aquello que no le esté prohibido, en tanto que la primera podrá actuar sólo en aquello para lo cual esté facultado. En tal sentido la actividad material se asemeja a la que realizan los particulares, porque también constituye un ámbito de libre actuación, cuyos límites están constituidos por las prohibiciones expresas que las normas establecen y por la responsabilidad que la lesión de la esfera de los particulares acarrea.

Hoy en día la doctrina no es favorable a esta distinción. Por una parte, hay quien considera que la única actividad imputable a la Administración es la actividad jurídica por la cual no puede considerarse

como "administrativa" a la que no tenga tal carácter y, finalmente, cabe citar a quienes sostienen que no existe una categoría individualizable de actividad material.

En lo que toca a la primera tesis esbozada, la misma es mantenida por Alessi,<sup>4</sup> quien rechaza que, conceptualmente, pueda atribuirse una actividad material a la Administración, por cuanto a la misma sólo le es imputable la que posee carácter ideológico. El autor citado, llega a la anterior afirmación, en base a la consideración de que la única actividad atribuible a la Administración es la que realizan los titulares de los órganos, por cuanto sólo ellos actúan las competencias que les han sido asignadas. A su entender, la actividad material es la que se limita a producir meras modificaciones fácticas en el mundo externo; pero para el mismo, la Administración Pública, en virtud de su naturaleza abstracta, puede desarrollar sólo actividades ideológicas, ya que si determinados intereses públicos tuvieran que ser satisfechos mediante actos materiales, éstos serían ejecutados por personas físicas dependientes "por cuenta de la administración" y es a ellas a quienes le serían atribuidos. A su entender, la gestión de las personas físicas sólo puede considerarse como propia de un ente público, cuando se trate de tareas asignadas a un órgano y, en consecuencia, realizadas por un funcionario, entendido dicho término en el sentido de la persona física que es titular del órgano como formal desarrollo de las funciones atribuidas a la competencia del oficio. Ahora bien, un "oficio" sólo puede implicar actividades de orden ideológico, referente a la adopción de los medios idóneos para la satisfacción de las necesidades públicas, por lo cual debe considerarse que al mismo no pueden atribuírse actividades materiales. Aun cuando, en apariencia, según la tesis esbozada, la función se desarrolle mediante una actividad material, en realidad ésta se dirige a la producción de un efecto jurídico y en tal sentido es una actividad jurídica. Si para la satisfacción de las necesidades públicas es necesario desplegar una actividad material que constituya un fin en sí misma (construcción de edificios o de carreteras; conducción de vehículos, limpieza de locales), tales actividades se consideran realizadas "por cuenta de la Administración", pero siempre en nombre propio de quien las actúa, por lo cual se califican simplemente como actividades del sujeto físico que las ejerce. Como puede apreciarse, esta tesis, además de su contenido general, tiene una relevancia enorme en lo que toca a la determinación de la responsabilidad de la Administración en una esfera muy extensa.

---

4. Alessi, Renato: *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo italiano*. Giuffré, Milán, 1969, pp. 265 y ss.

Por lo que atañe a la tesis que niega que exista una categoría individualizable bajo la denominación de actividad material, la misma es planteada por Giannini,<sup>5</sup> para quien en dicha denominación se engloban una serie de actos de la más variada naturaleza, tales como la ejecución de un proveimiento administrativo o de un negocio de derecho privado, o bien un acto interno. Se trata así de actos jurídicos encuadrados dentro de diferentes especies, por lo cual la categoría de "actividad material" cubriría elementos heterogéneos y en consecuencia conformaría sólo una expresión verbal. Todos los actos en los cuales se manifiesta son actos reales y por ello se equiparan al vínculo en cuyo seno se realizan, pudiendo individualizarse como tales a los actos preparatorios de proveimientos administrativos; a los actos de ejecución o de cumplimiento de obligaciones, etc.

Planteadas las tesis anteriores, cabe preguntarse si, efectivamente, puede mantenerse en pie la noción de actividad material como una categoría contrapuesta a la actividad jurídica; esta última enfocada como aquella que opera sobre la esfera de los administrados, incidiendo en alguna forma sobre sus intereses. Obviamente es esta una posición que nace de una concepción del Derecho que lo enmarca exclusivamente en el ámbito de las relaciones intersubjetivas, omitiendo o minimizando toda consideración sobre otros elementos que constituyen su objeto, tales como la normación y la organización. El Derecho es así simplemente la regulación de las relaciones externas de los sujetos que operan en un ordenamiento jurídico y en ello agota su objetivo y contenido; obviamente, cuando se aludía a la "actividad jurídica" de la Administración, impregnada como estaba la doctrina de tal noción esencial, ésta va a quedar limitada a la actuación administrativa que crea, modifica o extingue los derechos, intereses, obligaciones, cargas y deberes de los administrados. Todo lo que resta es rotulado como actividad material, la cual está integrada por un cúmulo heterogéneo de actos de la índole más variada. Hoy en día, ampliada la noción del Derecho, e incorporada a la figura del acto administrativo, que fuera concebida originalmente como una declaración de voluntad, la posibilidad de que constituya una manifestación de conocimiento y de juicio,<sup>6</sup> se ha extinguido la razón de ser de la diferencia. Ya no es posible decir que actividad jurídica sea la concertación del contrato pero no su ejecución; la prohibición impartida pero no los medios para que se haga efectiva; ya no es posible ignorar que en la esfera interna de la Administración la

5. Giannini, M. S.: *Diritto Amministrativo*, *ob. cit.*, Tomo I, p. 438.

6. Zanobini, Guido: *Corso di Diritto Amministrativo*. Giuffrè, Milán, 1964, Tomo I, p. 243.

misma crea relaciones interorgánicas y dicta actos generales. De allí que la distinción como tal puede considerarse irrelevante y haya que sustituirla por categorías que tengan un significado más actual y acorde con la evolución del Derecho Administrativo.

B. *Actividad de Derecho Público y actividad de Derecho Privado*

La actividad de Derecho Privado presenta a la Administración y a los particulares colocados en la misma posición jurídica, por lo cual, obviamente, las administraciones carecen en su ejercicio de especiales potestades. Estas últimas sí se manifiestan en la actividad regida por el Derecho Público. Esta distinción fue sostenida por la doctrina del Derecho Público y, específicamente, por la del Derecho Administrativo, a todo lo largo de su formación, moldeando una serie de categorías en esquemas cuya validez es discutible. Es así cómo los fiscalistas del siglo XVII, en tesis que sería acogida hasta el pasado siglo, elaboraron la Teoría de la Doble Personalidad del Estado: una de Derecho Público y la otra de Derecho Privado, encuadran en esta última a la figura del Fisco. Esta tesis hoy en día es insostenible, aun cuando sus consecuencias estén presentes en el derecho positivo, en base al criterio unitario de la noción de personalidad jurídica. Otra tesis que se acerca a la distinción planteada es la que distingue entre los actos de gestión y los actos de imperio, considerando que los primeros son aquellos que tienen un contenido esencialmente patrimonial; en cuanto que los segundos, son los que expresan el carácter autoritario del ente. En el derecho francés y a partir del célebre *arrêt* Blanco, se trazó una neta diferencia entre la actividad administrativa que implica la prestación de servicios públicos y que, como tal, está sometida a los principios del Derecho Público, y la que coloca a la Administración en una situación equiparable a la de los particulares. Todas las tesis esbozadas tropiezan, a causa esencialmente de la carencia de un valor absoluto en las mismas, con múltiples objeciones. En efecto, la actividad que la Administración desarrolla y el tipo de normativa que la rige, no obedece a cánones estrictos, sino a variables situaciones, bastando como ejemplo, el régimen de los llamados servicios públicos (transporte, seguridad social, etc.) como ejemplo de lo anterior, ya que en los mismos han sido empleados distintos sistemas que hasta varían de servicio a servicio con el ente prestatario (si es municipal, nacional, etc.), e incluso, también cambian en el seno de un mismo ente público.

Ahora bien, ¿puede la Administración, conceptualmente hablando, realizar actos en el campo del Derecho Privado? y, por otra parte, ¿pue-

de calificarse como "actividad administrativa", en el sentido que quedó expresado, a la actuación que realiza un ente público en el campo del Derecho Privado?

Respecto al primer interrogante, doctrina y jurisprudencia<sup>7</sup> han llegado a la conclusión de que, cualquier figura subjetiva que esté dotada de personalidad jurídica, es, ante todo, una persona jurídica de Derecho Común, poseedora con ello, de plena capacidad en dicho campo, por lo cual puede obviamente tener una legitimación limitada. Al efecto Giannini señala que, si bien desde el punto de vista teórico es concebible una persona jurídica pública que tenga solamente capacidad de Derecho Público, en la realidad esto no ocurre ni se encuentra en ningún sistema de Derecho Positivo. Por otra parte, conceptualmente, la persona jurídica pública puede atender a los intereses públicos que le han sido asignados como fines, tanto con instrumentos de Derecho Público, cuanto con instrumentos de Derecho Privado.

Por lo que respecta a la segunda pregunta que nos formuláramos, la respuesta se encuentra en el hecho de que la actividad realizada por una figura subjetiva en el campo del Derecho Privado puede conceptualmente ser calificada como actividad administrativa siguiendo la noción que de la misma expusieramos, ya que dos notas determinan su calificación: la naturaleza pública del sujeto que ejerce la actividad y el fin público que en vista de tal naturaleza éste persigue mediante su actuación.

En la actividad administrativa de Derecho Privado se pueden distinguir dos modalidades poseedoras de características propias, son ellas: 1) la actividad privada de la Administración que, tal como lo indica su denominación, está constituida por la actuación que la misma realiza para atender a sus propias necesidades, siendo en consecuencia, análoga a la que los particulares desarrollan para obtener sus fines, es decir, operan en lo que se ha denominado la "funcionalidad organizativa", y lo hacen mediante los llamados "negocios jurídicos instrumentales". Su contenido es fundamentalmente patrimonial y está destinada al abastecimiento de los bienes de consumo que requiere; al mantenimiento y conservación de dichos bienes y a otras acciones análogas; 2) la actividad administrativa de Derecho Privado es la segunda especie. Esta última, como su nombre lo indica, alude a la actuación de las administraciones públicas para la consecución de los fines de interés general, utilizando para ello medios de Derecho Privado. La doctrina distingue

---

7. Giannini, M. S.: *Attività amministrativa*, ob. cit., p. 16.

en esta modalidad dos subespecies: la actividad de Derecho Privado, con carácter institucional y la actividad de Derecho Privado, con carácter alternativo. En la primera de las mencionadas, la Administración actúa regida prevalentemente por el Derecho Privado, como es el caso de algunos entes de servicio que operan en el campo económico y financiero (bancos, entes gestores de empresas de producción, *holdings* públicos). Algunos de estos entes están sólo sometidos al Derecho Privado, en cuanto que otros, si bien están adscritos a dicho régimen, pueden sin embargo dictar algunas medidas que, por ser autoritarias, puedan entrar en la categoría de verdaderos y propios proveimientos administrativos. En la actividad de Derecho Privado con carácter alternativo, un ente que normalmente aparece sometido al Derecho Público puede sin embargo, supletoriamente, utilizar formas de Derecho Privado. El ejemplo más notable de esta última categoría es la de los entes territoriales cuando actúan regidos por el Derecho Mercantil. A través de las distinciones efectuadas, consideramos que se puede superar la antinomia constantemente planteada en nuestro Derecho que surge al intentar la ubicación de ciertas personas jurídicas que tutelan y persiguen fines públicos, pero que tienen la estructura y la forma de actuación de entes de gestión privada.

De la exposición que antecede, las notas características de la actividad regida por el Derecho Público no emergen con nitidez. En efecto, hemos considerado conveniente, dada su especialidad, analizarlas a través de los principios que la rigen, cuyo enfoque tratamos en forma separada. Sólo una cuestión terminológica cabe advertir, y es la de que la doctrina prefiere utilizar la idea más específica de actividad regida por el Derecho Administrativo, por cuanto la materia regida por el Derecho Internacional escapa a nuestra disciplina y asimismo la que está directamente regulada por el Derecho Constitucional, la cual alude al Gobierno que, como tal, es una figura subjetiva distinta de la Administración.

### C. *Actividad neutra*

A las dos grandes categorías precedentemente expuestas de actividad sometida al Derecho Administrativo y actividad sometida al Derecho Privado, se ha añadido una tercera constituida por la actividad neutra, la cual deriva su nombre del hecho de que pertenece por igual a las dos categorías anteriores, ejerciéndose indiferentemente cuando cualquiera de ellas es actuada, porque su función es esencialmente instrumental, tal sucede con los actos de notificación y con los relativos a la

representación. Debe señalarse igualmente que por actividad neutra se entiende también a las modalidades de actuación funcionalizadas que son ejercidas indistintamente por los poderes del Estado, tal como la actividad instructoria o sustanciadora; la actividad interna de los órganos colegiados; la actividad de control y otras que no cambian sustancialmente al ser efectuada por organismos de la naturaleza más diversa. Giannini ejemplifica como actos pertenecientes a esta categoría a tres grupos resaltantes: a) los actos dirigidos a divulgar conocimientos tales como las notificaciones, las comunicaciones, las publicaciones, los carteles; b) los actos dirigidos a procurar informaciones tales como los avisos, las intimaciones, los bandos y los manifiestos y los actos dirigidos a permitir el desarrollo ordenado de la actividad de varios sujetos, tales como las convocatorias a reuniones, la asignación de términos, etc.<sup>8</sup>

#### D. *Actividad de dirección y actividad de ejecución*

Con un criterio orgánico-funcional surge la distinción en relación con los distintos tipos o formas de la actividad administrativa, entre la actividad de dirección, que es aquella con la cual se establecen los lineamientos generales de la conducta administrativa, y la actividad de ejecución, con la cual estos lineamientos generales se materializan. Esta diferenciación, sin embargo, no deja de tener objetores, ya que algunos estiman que la actividad administrativa es siempre de ejecución porque implica un proceso de aplicación, esto es, aquel que permite que una norma abstracta se concrete y una norma general se individualice y, en tal sentido, estando sometida la Administración al principio de legalidad, en el fondo no es sino una forma de actuación de un precepto general. En el mismo sentido se indica que la naturaleza jerárquica subordinada de la estructura de los órganos de la Administración, permite que el ejecutor de uno de mayor grado, sea a su vez, dirigente de su inferior inmediato. Se señala igualmente que, cuando se llega a los jefes y la actividad es simplemente directiva porque significa el señalamiento de los objetivos específicos de la acción del ente público, deja de ser administrativa y entra en una categoría especial que es la de la función política que, por su naturaleza, configura una categoría no subsumible dentro de la noción de actividad administrativa.

Respecto a este último señalamiento, cabe indicar que la actividad directiva, la cual se revela mediante las llamadas "directrices", puede

8. Giannini, M. S.: *L'attività amministrativa*. Clases de los años 1961-1962, Jandi Sapi Editori, Città di Castello, 1966, p. 6.

ser tanto de naturaleza política, como de naturaleza administrativa, operando esta última, tanto en las relaciones interorgánicas, como en las intersubjetivas.

En los momentos actuales, en los cuales la estructura jerárquica ha quedado limitada a algunas esferas específicas de la organización, se acrecienta el interés por el estudio de la actividad de dirección,<sup>9</sup> delineándose la misma, como aquella que está destinada a encauzar la actuación de varias figuras subjetivas hacia el logro conjunto de determinados objetivos. De allí que la directriz se presente como el medio a través del cual se establecen pautas dirigidas a ordenar la acción de entidades y órganos de la más variada índole y vinculados entre sí, igualmente, por nexos de distinta naturaleza. En general, puede afirmarse que la presencia de la actividad objeto de este análisis, es reveladora de la existencia de vínculos de colaboración, esto es, que no se actúa en base a relaciones de supremacía absoluta, aun cuando a alguno de los órganos le corresponda, en base al ejercicio de la actividad directiva, una posición de preeminencia.

Tomando en consideración los elementos antes indicados, la actividad de dirección puede definirse como aquella que tiene como contenido armonizar la actuación de determinadas figuras subjetivas de la más variada naturaleza, por un medio distinto al de la aplicación de las potestades jerárquicas.

Las situaciones que crea el ejercicio de la actividad que se analiza, se plantean entre órganos que tienen distinta competencia, e implica, por parte de aquel que los coordina, el poder de establecer los lineamientos de la actuación de los coordinados y asimismo de indicar a cualquiera de ellos conductas específicas.

Las directrices operan también, como se señaló precedentemente, entre entes dotados de personalidad jurídica, esto es, que se establecen mediante ellas vínculos intersubjetivos. Se trata de las llamadas directrices económicas y las cuales constituyen un tema que ha sido objeto de pormenorizado estudio por parte de la moderna doctrina del Derecho Administrativo.<sup>10</sup> Las indicadas directrices económicas son disposiciones mediante las cuales el Estado manifiesta su poder de intervenir, a través de sus órganos competentes, ante los entes que desarrollan

---

9. D'Albergo, Salvatore, en la voz "Direttiva", en la *Enciclopedia del Diritto*, Tomo I, pp. 603 a 612.

10. Entre otros, véase Bachelet: *L'Attività di coordinamento nella amministrazione pubblica dell'economia*. Milán, 1957, pp. 99 a 104.

actividades en el campo de la economía (entes de crédito; empresas públicas y de participación estatal).

De conformidad con lo que quedó asentado, la actividad de dirección sería la destinada a ordenar la actuación de ciertas figuras subjetivas hacia un fin, mediante directrices generales. En el mismo sentido, la actividad de ejecución sería, en consecuencia, la dirigida a actuar de conformidad con estas directrices generales; no a actuar las directrices. La aparente sutileza de la distinción está destinada a recalcar la circunstancia de que entre los órganos dirigidos y el dirigente pueden no darse vínculos de jerarquía. En el caso positivo, la directriz podría actuar como una orden y vincular totalmente al ejecutante; en el segundo, obligaría sólo a proceder de conformidad con los lineamientos por ella trazados.

E. *Distinción fundada en el contenido de la actividad.*  
*Especial análisis de la Administración Pública*  
*de la economía*

Son muchas las clasificaciones que se han hecho de la actividad administrativa atendiendo a su contenido, lo cual, por una parte, implica un enorme esfuerzo de síntesis, dada la variedad de materias sobre las cuales puede recaer dicha actividad, y por otra, no puede dejar de anotarse que es un intento nugatorio si se considera que la Administración asume día a día nuevas tareas y cualquier esquema, por flexible que sea, resultará así constantemente desbordado. A pesar de lo anterior y a título de ejemplo, luego de desechar las menos recientes, podemos exponer una clasificación que se funda en los sectores a los cuales atienden las administraciones modernas. Al efecto, siguiendo las líneas generales, el esquema propuesto en nuestro país por la Comisión de Administración Pública (CAP) para la reforma del sistema sectorial,<sup>11</sup> podemos indicar como actividades integrantes del mismo a las siguientes: 1) actividad de defensa, seguridad y orden público, que implica para los órganos competentes la atención de los sectores de política interior; política exterior y defensa. En la actividad que se desarrolla en este ámbito señalado, está presente, en forma notoria, el ejercicio del llamado "Poder de Policía" que, por versar sobre el mantenimiento del orden público administrativo, se manifiesta a través de facultades autoritarias en las cuales la ejecutoriedad administrativa se demuestra en toda su intensidad; 2) actividad de desarrollo social, que incluye

11. CAP (Comisión de Administración Pública): *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*. Caracas, 1972, Tomo II.

todo lo relativo a la promoción y protección sociales; al desarrollo cultural y a la atención de los asuntos laborales, previsión y seguridad sociales, servicios de educación y salud pública; 3) actividad de desarrollo físico, que comprende todo el ámbito de la ordenación territorial con todas las modalidades de urbanismo; vivienda, transporte, comunicaciones, e incluye igualmente a los recursos naturales renovables. Finalmente y como punto 4) se señala la actividad de desarrollo económico, relativo a los sectores de finanzas, desarrollo industrial, desarrollo agropecuario y turismo. Ahora bien, llegados a este punto es necesario detenernos en el análisis de esta actividad en forma específica, porque ella configura un aspecto de proporciones tales que, hoy en día, domina el campo del Derecho Administrativo. En efecto, los actuales estudios sobre la actividad administrativa, agotados los temas clásicos y sobresaturada la doctrina del análisis de los servicios tradicionales que la Administración asumiera en sus comienzos, se lanza de lleno al tratamiento de lo que ha sido denominada "actividad de administración pública de la economía".

La noción aludida comprende a toda acción administrativa que tenga por objeto a la economía en cualquiera de sus manifestaciones. Debemos señalar que, en un principio, al iniciarse el enfoque de este tema, los publicistas consideraron que todas las actividades que versaban sobre los aspectos económicos podían ser englobados en un único bloque que se caracterizaba por el hecho de que en las mismas, la Administración utilizaba predominantemente formas de Derecho Privado, lo cual otorgaba al conjunto características jurídicas especiales. Giannini<sup>12</sup> señala sin embargo que, al tratar de determinarse en qué podían consistir estas características diferenciales, no se encontró nada definido, por lo cual se llegó a la conclusión de que, en realidad, dicha actividad no difiere, en lo que toca a la presencia de las características jurídicas generales, de las restantes modalidades del actuar administrativo. En efecto, si se quiere caracterizar a la actividad económica de la Administración, no deben buscarse sus notas esenciales en el elemento formal, ya que el mismo no es diferente del que rige en los demás aspectos de la actuación administrativa, sino que hay que enfocar la cuestión sobre el objeto mismo, constituido, como se señaló, por el tratamiento directo de los hechos específicamente económicos. Entre estas actividades, y siguiendo al efecto la exposición del autor tantas veces citado,<sup>13</sup> es necesario incluir a las siguientes:

12. Giannini, M. S.: *L'attività amministrativa*, ob. cit., p. 13.

13. La exposición que sigue a continuación es una síntesis de: *Diritto Pubblico dell'Economia* (Il Mulino, Boloña, 1977).

1. La creación de las infraestructuras, esto es, lo que en los ordenamientos positivos es denominado "obras públicas", entre las cuales se ubican las relativas a la defensa militar; las obras de comunicación (carreteras, autopistas, obras ferroviarias, aeropuertos); las obras hidráulicas (canales navegables, puertos fluviales, dragados); las obras sanitarias (cloacas, cementerios, hospitales); las obras urbanísticas (casas populares, reconstrucción de ambientes, parques, jardines urbanos); las obras de construcción de edificios públicos, esto es, de los que constituyen la sede de los órganos públicos y de los servicios de uso directo del público (escuelas, museos, bibliotecas, archivos).

2. La actividad metrológica y registral que comprende el control de pesas y medidas; las marcas públicas, los registros públicos entre los cuales figuran los catastrales; los registros inmobiliarios, los registros de las sociedades mercantiles, los relativos a los medios de transporte tales como los que recaen sobre los vehículos automotores, las naves y las aeronaves; el registro de bienes, tanto del dominio público como de los bienes patrimoniales.

3. La tercera categoría está constituida por el régimen de las empresas o régimen empresarial, para cuyo desarrollo Giannini utiliza el criterio económico, hoy en día ampliamente admitido en el campo jurídico, que distingue a las actividades en primarias, secundarias y terciarias. Las actividades primarias son aquellas que implican la producción de bienes y abarcan, en consecuencia, los sectores de la agricultura, la pesca y la caza. Las actividades secundarias se destinan a la transformación de los bienes existentes y pueden ser englobados bajo la designación general de actividad industrial. Las actividades terciarias son las constituidas por los servicios de intermediación, comprendiendo en consecuencia el comercio, el crédito, los seguros y los servicios administrativos.

En el análisis conceptual de las modalidades que derivan de la distinción propuesta, emerge como de esencial importancia la distinción, en lo que toca a la actividad administrativa, de la actividad primaria que realiza, bien en un régimen colectivizado, o bien en uno en el cual impera la libre competencia. En el sistema citado inicialmente, ciertos bienes o actividades productivas están en manos del poder público, el cual se presenta como el único legitimado para detentarlos y desarrollar las operaciones colectivizadas. Ahora bien, la colectivización reviste varias modalidades, que dependen del ente público territorial legitimado para actuar, distinguiéndose así entre estatalización, municipalización y regionalización. En los casos en los cuales la colectivización

no implique la legitimación de un ente territorial, actuando en su lugar un organismo distinto del Estado, la figura adquiere el nombre de nacionalización, y en las circunstancias en las cuales el poder público es una colectividad de sectores organizados que se manifiesta mediante sus órganos, se habla de socialización.

La actividad empresarial realizada por los entes públicos también puede operar sin la eliminación de los empresarios concurrentes a través de empresas públicas y empresas mixtas.

4. La última categoría es la de la actividad destinada a regular a las empresas privadas, la cual se realiza mediante el ejercicio de varios poderes, a saber: el poder de aprobación, el poder de control y el de planificación.

Como puede apreciarse de las cuatro categorías indicadas, la denominación expuesta implica un cúmulo enorme de actuaciones cuyo estudio, si bien arranca y tiene su sede principal en el Derecho Administrativo, requiere sin embargo del auxilio de la metodología y conocimientos de las disciplinas más variadas.

#### F. *Actividad organizativa*

Una categoría especial de la actividad administrativa es la que está constituida por todo lo relativo al ejercicio de la potestad organizativa. La organización, que ha de ser objeto de un análisis particular,<sup>14</sup> puede ser genéricamente definida tomando en cuenta su aspecto funcional, como la actividad destinada a la creación y regulación de las figuras subjetivas que actúan en un ordenamiento jurídico, así como de las relaciones existentes entre ellas.

#### G. *Actividad técnica*

La doctrina ha querido aislar como categoría especial a una modalidad de la actividad administrativa, a la cual ha denominado actividad técnica. El primero en exponer la noción fue Ranalletti,<sup>15</sup> para quien ella engloba a la actuación que implica el planteamiento y solución de los problemas técnicos, así como la realización de las acciones y obras de tal naturaleza, lo cual presupone en los sujetos a quienes corresponde desarrollarla, una serie de conocimientos especializados.

14. Ver capítulo III de nuestro libro, en prensa, *Teoría general de la actividad administrativa*, 1981.

15. Ranalletti, O.: *Principi di diritto amministrativo*. Nápoles, 1912, págs. 350 y ss.

De acuerdo con este autor citado, la actividad técnica se manifiesta en determinadas circunstancias que el mismo clasifica en tres grandes grupos:

1) En los casos en los cuales se trata de una acción que antecede a la actuación formal de la Administración, constituyendo las condiciones y presupuestos de hecho que se requieren para esta última. Como ejemplo está la determinación del estado del árbol que ha de ser abatido; la determinación de la peligrosidad del inmueble que debe ser demolido; la evaluación de los conocimientos del aspirante a un cargo.

En este mismo grupo, incluye el autor citado a la valoración técnica que está destinada a determinar la conveniencia y las exigencias de los intereses colectivos y el establecimiento de las modalidades y de los medios para su satisfacción.

2) El segundo grupo abarca a la actividad técnica que constituye la ejecución de una medida administrativa, tal como la construcción de un puente; la siembra de determinadas especies vegetales. La desnaturalización de ciertos productos considerados como de uso prohibido.

3) Finalmente, el tercer grupo está integrado por la actuación misma de la Administración que implica la utilización de conocimientos especializados: el tratamiento médico en un centro asistencial, la elaboración de un plano urbanístico, etc.

A pesar de que la tesis de Ranelletti tuvo eco en autores más modernos,<sup>16</sup> consideramos que la misma concebida en una forma tan amplia engloba elementos heterogéneos que sólo tienen en común la existencia de destrezas o conocimientos especiales en el órgano de ejecución, lo cual hoy en día no constituye una cualidad especial de ciertas formas del actuar administrativo, sino una regla general de toda la actividad. Por el contrario, consideramos que mayor interés revestiría la categoría si se la circunscribiera al ámbito de la llamada "discrecionalidad técnica", que será objeto de un posterior análisis.

#### H. *Actividad administrativa y técnicas de gestión (Management)*

Hoy en día se abre paso una disciplina de gran alcance, a la cual se le denomina *management*, noción difícil de traducir a nuestro idioma por las complejidades que la misma ofrece, en forma tal que

16. Bachelet, Vittorio: *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Giufré, Milán, 1957.

se prefiere utilizar su acepción originaria,<sup>17</sup> a pesar de lo cual consideramos oportuno utilizar la expresión "técnicas de gestión", o "técnicas operativas", empleada la primera en el título que antecede, para designar a la actividad que de la misma deriva, específicamente cuando es realizada por las administraciones públicas, constituyendo, en consecuencia, una forma de actividad administrativa.

Una somera visión de lo que es el *management*, nos revela que bajo tal denominación se recogen varias disciplinas que forman parte de la llamada Ciencia de la Administración, al efecto: la Teoría de la Organización; la Teoría de los Sistemas; la Administración de Personal; la Administración de Empresas; la Informática; la Programación y la Planificación. Ahora bien, la noción abarca, además del estudio de las materias multidisciplinares antes enunciadas, otras muchas, aludiendo igualmente a la clase gerencial o dirigente, que tiene como característica esencial su adaptación al cambio económico y social, nota predominante de nuestra época. En realidad podríamos indicar que el *management* alude fundamentalmente a tres nociones distintas: al grupo dirigente empresarial; a los métodos tecnológicos empleados en la labor de gestión y, finalmente, a la filosofía del sistema organizativo, signada por el hecho antes señalado, de la necesidad de adaptación a los cambios.

Hoy en día las administraciones públicas se acercan cada vez más a los modelos de actuación de las administraciones privadas, acercamiento éste que alude no sólo a la actividad que se realiza bajo la forma de empresas públicas o de economía mixta, en las cuales la misma resulta evidente, sino también en las prestadoras de los servicios clásicos. En efecto, el crecimiento de dichos servicios implica la necesidad de la racionalización y de la mecanización para el manejo del personal y la extensión de la información que exige el uso de la informática. Al lado de las materias objeto de la anterior constatación, aparecen otras muchas que obligan al empleo de las técnicas de gestión. Glosando al autor precedentemente citado, en su enumeración de las necesidades que de dichas técnicas tiene la nueva Administración Pública, podemos indicar como tales a las siguientes:<sup>18</sup>

1) La crisis del sistema burocrático, con la consiguiente necesidad de encontrar un modelo que lo sustituya, obliga al empleo de nuevos instrumentos de análisis, en especial de análisis cuantitativo, tales como

17. Una visión pormenorizada de la materia se encuentra en la obra de Paramés Montenegro, Carlos: *Introducción al Management*. Publicaciones del Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1978. En el texto citado se encuentra una amplia bibliografía sobre el tema.

18. Ver cita anterior, pp. 409 y ss.

las técnicas de Organización y Métodos "Pert", investigación operativa, técnicas de investigación social, etc.;

2) El crecimiento del volumen cuantitativo y cualitativo de la economía obligan a planificar, coordinar y controlar, lo cual se hace a través de las técnicas de programación y planificación presupuestaria, con el uso del análisis de sistemas y de los modelos econométricos;

3) La atención del elemento humano exige la adopción de las técnicas de la Psicología Social y de las Ciencias del Comportamiento.

Los expertos en estas materias no han dejado de asomar los problemas que el empleo de las nuevas técnicas implican, sobre todo en las administraciones de los países de bajo desarrollo, en los cuales podría plantearse, sin preparación para obtener soluciones inmediatas, los riesgos de la excesiva tecnocracia; pero se señala, al mismo tiempo, que tales riesgos forman parte del ineludible reto del desarrollo.

#### *I. Distinción fundada en la función de los órganos*

Atendiendo a la función de los órganos que la ejercen, se ha distinguido entre actividad de gestión, que es la que realizan los órganos de administración activa; actividad de consulta o asesora, que corresponde a los órganos de administración consultiva, y actividad de vigilancia o fiscalización, realizada por los órganos de control. Se agrega igualmente, la actividad jurisdiccional, constituida por la que desarrollan los órganos destinados a decidir los conflictos de intereses que se plantean, bien entre los administrados o bien entre la Administración y estos últimos en el sistema que, siguiendo el modelo francés, permite la existencia de la doble jurisdicción en el Estado. Debe señalarse igualmente que, aun en los regímenes de jurisdicción única, se habla de administración jurisdiccional, cuando se alude a los órganos que toman las decisiones finales en los procedimientos administrativos, tanto de primero como de segundo grado, de naturaleza contradictoria, en los cuales se plantean controversias de derechos subjetivos entre varios administrados (por ejemplo, entre nosotros, en el Derecho Inquilinario, el procedimiento de desalojo de viviendas urbanas; en el Derecho Agrario, el amparo agrario y la dotación de tierras; en el Derecho Industrial los procedimientos de oposiciones en materia de concesión de signos distintivos y de patentes de invención).

#### *J. Criterio de distinción basado en el procedimiento*

Uno de los criterios de distinción que permite un mayor número de figuras típicas es el que parte de la naturaleza del respectivo proce-

dimiento que se siga para el ejercicio de la actividad. Ahora bien, se observa que, más que a la clasificación de la actividad como tal, a lo que se alude es al resultado final de la misma, al pronunciamiento que se obtiene como consecuencia de un trámite administrativo. De allí que, atendiendo a tal premisa, la actividad podría clasificarse en constitutiva y declarativa, de acuerdo con los efectos del acto dictado, conformando dichas categorías el eje central, a nuestro ver, de todo el esquema propuesto. La actividad declarativa vendría a otorgar certeza de hechos jurídicamente relevantes, entendiendo como a tales a las circunstancias que son calificadas por las normas. A través de la actividad indicada se otorgan connotaciones jurídicas a cosas, a personas y a vínculos determinados, lo cual puede consistir tanto en la atribución de calificaciones jurídicas, como en la creación de cualidades. La declarativa se subdistingue, a su vez, de acuerdo con la función que realiza, en la que implica declaraciones de ciencia y la que contiene declaraciones de conocimiento. Por su parte, la constitutiva es la que tiende a la producción de actos cuyo efecto es el nacimiento, la modificación o la extinción de situaciones subjetivas o de varios de dichos efectos conjuntamente y, en consecuencia, cabe a su vez mencionar como sus subespecies a la que tiene naturaleza ablatoria; a la concesoria y a la autorizativa.

#### K. *Renovación de la distinción entre actividad jurídica y actividad social*

Partiendo de la antigua distinción entre actividad jurídica y actividad social de la Administración Pública, que desarrollaron los tratadistas clásicos de nuestra disciplina,<sup>19</sup> y reasumiendo, por otra parte, por considerarlas válidas, las categorías de actividad de gestión y actividad de imperio, Bachelet<sup>20</sup> nos presenta su criterio diferencial basado en las siguientes especies: a) actividad reguladora de los particulares para su pacífica convivencia o para la obtención de los fines de interés común. Esta actividad se caracteriza porque en ellas predomina la manifestación autoritaria que implica el disciplinar, imponer, sancionar, coordinar, autorizar, etc.; b) actividad de prestación de bienes, de acciones y de servicios. La nota característica de esta forma de actividad es el actuar concreto de la Administración en el ámbito técnico y en el organizativo. En la primera distinción tienen relevancia los actos jurí-

19. Romano: *Principi di Diritto Amministrativo*, Milán, 1912; Raneletti: *Principi di Diritto Amministrativo*, ob. cit., pp. 51 y 76; Orlando: *Trattato di Diritto Amministrativo* (Introducción al Primo Trattato), VI, I, Milán, 1897.

20. Bachelet, V.: *L'Attività Técnica...*, ob. cit., p. 9.

dicos formales; en la segunda, lo fundamental es el resultado objetivo, la utilidad y la funcionalidad de la prestación otorgada.

No puede dejar de reseñarse, en relación a la figura de la actividad social, la importancia que la misma ha tenido en la doctrina de uno de los más lúcidos precursores del Derecho Administrativo contemporáneo, Lorenzo von Stein, para quien tal figura adquiere contornos tan importantes que llega a constituir la esencia de un nuevo derecho, el Derecho Social. Por lo que toca al contenido y alcance de la administración social, los dominios de la misma cubren los siguientes aspectos: a) la sanidad pública; b) la instrucción social; c) la acción económica social, y d) la asistencia pública (aspecto este último que es uno de los más originales y bien elaborados de la obra de von Stein, ya que no sólo comprende la protección efectiva de los menesterosos y particularmente de los trabajadores, sino también las medidas tendientes a corregir la carestía de bienes y los obstáculos para la obtención de una habitación propia).<sup>21</sup>

Además de las distinciones expuestas, podríamos continuar señalando modalidades del actuar administrativo de la más variada naturaleza; pero obviamente tal enunciación no tendría mayor valor que el de constituir una compilación de clasificaciones doctrinarias.

Ahora bien, la vastedad de los criterios de distinción y la abundancia de modalidades específicas del actuar administrativo nos confirman la indicación expresada al iniciar esta exposición de que las mismas no son englobables en un único elemento distintivo, por cuanto no existe una *suma divisio* que pueda comprenderlas y que, en consecuencia, su clasificación sólo puede efectuarse conjugando distintos elementos. Sin embargo, a pesar de lo antes indicado, resulta evidente del tratamiento de la materia, la constatación de que la actividad administrativa puede estar regida tanto por el Derecho Administrativo como por el Derecho Privado. El primer tipo de actividad, si bien no es cuantitativamente la más utilizada, es desde el punto de vista cualitativo la que se ha reputado de mayor importancia, indicándose incluso como la actividad administrativa por antonomasia. En vista de lo anterior, y a reserva de poder destinar a la actividad de Derecho Privado un posterior estudio, consideramos conveniente proceder al análisis de una serie de principios que son indudablemente rectores de la misma.

---

21. Un detenido análisis de la obra de Von Stein es el efectuado por Brunialti, Attilio, en *La Scienza della Pubblica Amministrazione*. Compendio del *Trattato* e del *Manuale* di L. Von Stein. Unione Tipografica-Editrice, Torino, 1897, particularmente se alude a las pp. 965 a la 979.

Al respecto, vamos a utilizar el término principio en su sentido más amplio de reglas constantes, que inspiran tanto a la normativa como a la actuación de las figuras subjetivas que integran el concepto de Administración. En razón de lo antes indicado, el principio puede estar incorporado en una norma expresa o bien puede no estarlo, ya que su ausencia en tal caso no elimina su valor de fundamento o razón del sistema.

## II. PRINCIPIOS QUE RIGEN A LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SOMETIDA AL DERECHO PUBLICO

La actividad administrativa sometida al Derecho Público, presenta características esenciales que derivan de la necesidad de conciliar en ella la existencia de una fuerza capaz de imponerse por sobre la voluntad de los particulares, a fin de obtener la satisfacción de los fines del Estado y de la colectividad en general y, asimismo, proteger a los administrados mediante el otorgamiento de garantías suficientes de que dicha fuerza no lesionará el orden jurídico establecido y no incidirá ilegítimamente en su esfera particular. Se trata en consecuencia de reglas capaces de mantener el equilibrio de los dos intereses fundamentales que existen en toda sociedad organizada: el interés del ente dotado de autoridad y el interés individual. De allí que los principios que pasamos a enunciar sólo pueden ser considerados como relativos, por cuanto ellos rigen en la medida en que no signifiquen un desbordamiento de la autoridad. Estos principios son fundamentalmente los siguientes: 1) el principio de supremacía de la Administración; 2) el principio de legalidad administrativa, entendida en sus tres modalidades esenciales de: legalidad sustancial, legalidad formal y legalidad teleológica; 3) el principio de discrecionalidad y, finalmente, 4) el principio de tipicidad de los actos administrativos dotados de imperatividad.

### 1. *Principio de supremacía de la Administración*

#### A. *Las potestades públicas*

El principio de supremacía de la Administración frente al administrado, tal como lo indica su nombre, es aquel en virtud del cual no existe paridad de condiciones entre ambos sujetos, ya que la primera se presenta dotada de potestades públicas que ejerce al actuar, así como de privilegios que la colocan en un régimen de excepción en relación con el que rige a los particulares, tanto en la esfera extra-

judicial como dentro de ella. Este principio deriva de un precepto general de Derecho Público, en virtud del cual el interés público prevalece sobre el interés individual, y que siendo la Administración la tutora del primero, debe estar ubicada en una posición de tal naturaleza que le permita su satisfacción. En efecto, la actividad administrativa sometida al Derecho Público, implica, para los órganos que la actúan, el ejercicio de potestades, esto es, de cargas públicas que los obligan y los facultan a un mismo tiempo, para dictar ciertos actos capaces de incidir sobre la esfera jurídica subjetiva de los administrados y, asimismo, para ejecutar dichos actos con fuerza autoritaria. La potestad es una carga, como antes se expresó, por cuanto implica una habilitación para actuar (facultad), constituyendo simultáneamente un requerimiento de que tal actuación sea realizada (deber).

Las potestades públicas pueden tener como objeto de su ejercicio un ámbito general, en razón del cual afectarán a todos los administrados por igual, esto es, actúan en esferas jurídicas abstractas e indeterminadas en lo que toca a los sujetos sobre los cuales operan sus efectos y, en consecuencia, los actos que de las mismas emanan pueden tener valor normativo, o bien pueden actuar en relación a sujetos determinados, individualizables, para lo cual están protegidas por la *imperatividad* y la *ejecutoriedad*. De acuerdo con la primera de las figuras indicadas, la Administración puede incidir sobre el derecho subjetivo del administrado, degradándolo a simple interés, transformando su contenido, e incluso, extinguiéndolo (actos ablatorios). De conformidad con la segunda, la Administración puede obligar al administrado al cumplimiento de una carga que ella misma o la ley le ha impuesto, sin necesidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales.

Las potestades públicas cuyo ejercicio corresponde a la Administración son las siguientes: 1) la potestad reglamentaria; 2) la potestad revocatoria; 3) la potestad disciplinaria; 4) la potestad sancionatoria; 5) la potestad organizativa.

### B. *La potestad reglamentaria*

Es aquella en virtud de la cual la Administración puede y debe dictar actos normativos que son de ejecución de la ley, o que recaen sobre materias no reguladas por ella y que le están reservadas (reserva legal). De acuerdo con la existencia de alguno de los supuestos expresados, la potestad será vinculada o reglada, si se da el primero de ellos, o bien independiente o autónoma en la segunda hipótesis. Las

notas esenciales de la potestad reglamentaria son el ser una normación sublegal cuyo contenido es administrativo.

### C. *La potestad revocatoria*

Es una manifestación de autotutela administrativa, esto es, del principio en virtud del cual la Administración ha de cuidar de la legitimidad y conveniencia de sus actos, quedando facultada para eliminar los efectos de aquellos que sean contrarios al orden jurídico o a los intereses protegidos mediante su actuación.

### D. *La potestad disciplinaria*

También es una manifestación de autotutela, ya que a través de la misma la Administración controla y reprime las faltas de los sujetos que se encuentran unidos a ella por una relación de servicio o por un vínculo estable y permanente, en forma tal que al actuar, manifiestan o ejecutan su propia voluntad.

### E. *La potestad sancionatoria*

Está dirigida a penar la falta del administrado derivada del incumplimiento de una norma legal preexistente, cuya obediencia tutela la Administración.

La potestad disciplinaria y la sancionatoria, aun cuando tengan en común su carácter represivo, ya que están dirigidas a reprimir faltas, se aplican a distintas situaciones. En efecto, la diferencia esencial estriba en la naturaleza de la relación jurídica preexistente entre la Administración que ha de aplicar la sanción y el sujeto sobre el cual la misma puede recaer. En la disciplinaria, como antes se expresó, está planteado un vínculo permanente y estable entre la Administración y el sancionado: vínculo éste que bien deriva de una relación de empleo público, o bien de una relación contractual, o finalmente, de la preexistencia de un acto concesorio. Esta naturaleza estable del vínculo hace que la conducta del sancionado incida sobre el núcleo mismo de la actividad administrativa: sobre su eficiencia y, por ello, implica una forma de autotutela administrativa. En la potestad sancionatoria no hay ningún vínculo de la naturaleza antes dicha.

La Administración actúa, en consecuencia, como pudiera hacerlo un juez ante un supuesto que le toque decidir, en el sentido de que no hay relación anterior con el administrado, pero con la diferencia de que ella es tutora de un interés que ha sido afectado por la con-

ducta del administrado. Es así como surge la sanción fiscal; la sanción al usuario de un servicio público, por citar sólo los casos más resalantes. De lo anterior se pone en evidencia que el Derecho Sancionatorio es la disciplina atinente a las faltas del administrado lesivas de los intereses tutelados por la Administración que aplica la sanción.

#### F. *La potestad organizativa*

A cuyo estudio hemos dedicado un especial interés,<sup>22</sup> por lo cual pareciera innecesario cualquier comentario sobre la misma en esta oportunidad, se presenta como el poder de establecer las modalidades de las figuras subjetivas existentes en un ordenamiento jurídico.

#### G. *Los privilegios de la Administración*

Revelador del principio expuesto, son también los privilegios de la Administración, constituidos por las exoneraciones que a su favor la ley le acuerda de ciertas cargas establecidas para toda la colectividad. Por lo general se trata de cargas reales de contenido fiscal; o bien, por la atribución de ventajas que amplían su esfera jurídica. Estos privilegios pueden ser tanto procesales como extraprocesales, dependiendo tal distinción del hecho de que operen o no exclusivamente en el ámbito jurisdiccional.

Expuesta la noción de supremacía de la Administración, resulta evidente que la misma opera esencialmente en la actividad administrativa que se manifiesta en actos formales y, específicamente, en aquellos que implican el ejercicio de una función, entendido este término en el sentido que le otorgáramos precedentemente.<sup>23</sup> Sin embargo, tal principio también se pone de manifiesto en las simples actuaciones

Lo que ha de considerarse como excluido de la aplicación del principio examinado es la actividad administrativa sometida al Derecho Privado, en razón de lo cual carece de fundamento el considerar que el mismo es rector del género en sí, esto es, de la actividad administrativa globalmente considerada.

#### 2. *Principio de legalidad administrativa*

El principio de legalidad administrativa es, como ha sido certeramente afirmado, uno de los pilares esenciales del Derecho Administra-

22. Ver el Capítulo IV de nuestro libro, en prensa, *Teoría general de la actividad administrativa*, 1981.

23. Ver *idem*, Capítulo I.

tivo, apreciándose sin embargo que, paradójicamente, existen pocas monografías recientes sobre el tema, haciendo presumir tal omisión que todo lo que le concierne constituye una materia agotada e inmutable. Por el contrario, su enfoque y estudio ha sido parcial e incompleto por una parte y, por otra, se presenta como una noción dinámica, susceptible de sufrir transformaciones.

El principio en examen encaja dentro de uno más extenso, rector de todo nuestro ordenamiento jurídico que es el del Estado de Derecho, esto es, el del sometimiento de los poderes públicos a las normas que lo rigen. Al efecto, en cierto sentido el principio de legalidad administrativa puede considerarse como la aplicación del que constituye su marco general de ubicación, referido al campo específico de las administraciones públicas. Se observa igualmente que el principio de legalidad constituye una especie del de legitimidad o juridicidad administrativa, con lo cual se está aludiendo a la consideración de que la legalidad atiende a la sujeción a la norma legal, abarcando este último una esfera más amplia: la del bloque de las normas jurídicas en general, tanto formales como sustanciales, tanto escritas como no escritas. En nuestro criterio, la noción de legalidad que es hoy en día unánimemente admitida, se acerca o mejor, se identifica con la legitimidad o juridicidad, en razón de lo cual no vale la pena distinguir otras categorías.

Genéricamente, la legalidad administrativa implica el sometimiento de la Administración a la regla de derecho preexistente, tanto exógena, esto es, la que le es impuesta desde afuera por la Constitución y la ley, como endógena, constituida por la que emana de su propio seno.

La doctrina, sobre todo la que inició la formulación del principio analizado, se preguntó qué significado y extensión tenía la frase indicadora de que la Administración ha de actuar siempre sometida al derecho. ¿Qué implica en una palabra, el término "sometimiento"? Al respecto dos respuestas han sido dadas, a través de las cuales el "sometimiento" al derecho puede entenderse como "no contrariedad" a la regulación legislativa, o bien puede dársele el alcance de "conformidad" con la misma. Derivada de la misma consideración surgen los conceptos de "legalidad sustancial" y de "legalidad formal".

El sentido de la exigencia de la "no contrariedad" al derecho, implica simplemente que los actos administrativos, para ser legales, no pueden ser incompatibles con las normas que facultan la acción. La noción de "conformidad" alude a un vínculo más estrecho y riguroso,

por cuanto, en virtud de la misma, la Administración no podría actuar sin los actos ya previstos, esto es, autorizados previamente por la propia legislación. De allí que de acogerse a la legalidad en el sentido de "conformidad", la actuación administrativa no podrá versar nunca sobre actos no previstos, ya que éstos por definición, no podrían ser conformes a una reglamentación inexistente. La no contrariedad es por ello una noción que deja un margen más extenso a la actividad administrativa, ya que sólo la obliga a no actuar lo que haya sido prohibido en forma expresa, pudiendo en consecuencia, realizar todo aquello que no le ha sido negado, incluso lo no previsto en la regulación legislativa, en base a la consideración de que allí donde no existe ley no puede existir ilegalidad ni irregularidad alguna.

#### A. *Legalidad sustancial y legalidad formal*

De los anteriores conceptos derivan igualmente, tal como se observara precedentemente, los de "legalidad formal" y "legalidad sustancial". La primera alude a la necesidad de una base legal para el ejercicio del poder de la autoridad administrativa y, en consecuencia, se agota en la exigencia de una disposición meramente atributiva de una facultad de actuar. La legalidad sustancial está constituida por la necesidad de una ley contentiva de una disciplina, reguladora en su totalidad, de la materia que ha de ser objeto del poder atribuido. Respecto al uso de las expresiones antes indicadas, debe recordarse sin embargo que para algunos autores, la legalidad formal alude al sometimiento a los requisitos de forma; en cuanto que la legalidad sustancial hace referencia al cumplimiento de los requisitos sustantivos o materiales. Se agrega, incluso, dentro de este mismo orden de ideas, la figura de la "legalidad teleológica", que es la exigencia de que el acto se someta a los fines específicos para los cuales fue acordado el poder de dictarlos.

Tal como señaláramos inicialmente, el principio de legalidad es de naturaleza dinámica y por ello ha sufrido transformaciones sucesivas que lo han hecho depurarse y adaptarse a la evolución de los sistemas políticos. Al efecto, puede observarse que este principio nace bajo la monarquía constitucional, adquiriendo en su primera fase de aplicación, el significado de la necesidad de una base legal que, en forma directa o indirecta, se le exigía a los actos de la Administración. La sola existencia de normas atributivas de poder bastan para configurar la vigencia del principio, sin que se exija que el contenido de los actos esté vinculado a la razón por la cual el poder de actuar fuera conferido. Hoy en día, por lo contrario, se ve aparecer en los sistemas

de Derecho Administrativo la exigencia de que la actividad administrativa esté basada en las normas que disciplinan sus poderes, sobre todo en el contenido y en el fin. En tal forma el órgano que recibe el mandato de actuar queda sometido a control, por cuanto no basta con que la orden sea ejercida, sino que ha de serlo en base a las predeterminaciones y objetivos de la norma atributiva.<sup>24</sup>

### B. *Primacía de la ley y reserva legal*

En general<sup>25</sup> la doctrina sintetiza el contenido del principio de la legalidad en el desarrollo de dos grandes postulados: 1) el postulado de la primacía de la ley, y 2) el postulado de la reserva legal. Al efecto, se considera que a través de los preceptos enunciados, se logra el objetivo esencial perseguido, que es el de la sumisión del Ejecutivo a la ley. Por primacía de la ley se entiende la eficacia derogatoria que poseen los actos del Estado, investidos de la forma de ley, frente a todos los que están situados en un grado más bajo de la jerarquía normativa. Por lo que atañe a la reserva legal, la misma alude a la circunstancia de que ciertas materias sólo pueden ser reguladas conforme a derecho mediante ley, o por acto de rango inferior a la ley, pero basados en una expresa autorización legislativa (ley habilitante que faculta para que sean dictados los decretos leyes-regulares).

Cuando una materia está reservada a la ley, su tratamiento por otra fuente determina la antijuricidad de la misma y, consiguientemente, la de todos los actos que de ella deriven. Por lo que respecta a la primacía de la ley, ésta aniquila, por el hecho de su sola existencia, a las normas jurídicas que la contradicen. Reserva y primacía son dos principios íntimamente ligados, ya que donde hay una norma legislativa cede la fuerza de actuación de la disposición ejecutiva que de ella diverge, a menos que exista una autorización expresa del legislador, lo cual dará lugar a actos que tienen eficacia análoga a la de las leyes (entre nosotros los decretos-leyes regulares).

A la dualidad de elementos integrantes de la legalidad, de acuerdo con la tesis dominante expuesta, Moles Caubet<sup>26</sup> agrega una tercera,

24. La materia está detenidamente tratada en Eisenmann: "Le droit administratif et le principe de legalité", en *Conseil d'Etat, Etudes et documents*. Paris, 1957, fasc. 11, pp. 25 y ss., citado por Carlassare, Lorenza: *Regolamenti dell'Esecutivo e principio di legalità*. Padua, Cedam, 1966, pp. 113 y ss.

25. Jesch, Dietrich: *Ley y administración (Estudio de la Evolución del principio de legalidad)*. Inst. de Est. Adm. Madrid, 1978. C. N., artículo 190, ordinal 8.

26. Moles Caubet, Antonio: *El principio de legalidad y sus implicaciones*. Caracas, UCV, 1974.

constituida por el nexo vinculante existente entre la norma y el acto que, en atención a la misma, dicta la Administración.

Este nexo de relación entre norma y acto tiene un efecto variable: algunas veces posee un grado máximo de vinculación, como sucede con la norma taxativa que permite una solución única; otras veces, y tal es el caso de las normas facultativas, ofrece niveles menores de vinculación. Las fórmulas vinculatorias que este autor nos ofrece, son las siguientes: 1) la conexión opera con el absoluto cumplimiento de lo que la ley o la norma ordena imperativamente; 2) la conexión se opera con el exacto cumplimiento de aquello que la ley o la norma prescribe, cuyo contenido ha de permanecer incólume; 3) la conexión se opera al ejercitarse los poderes conferidos por la ley o norma, siempre que sea en las condiciones y en la medida señalada; 4) la conexión se opera con el cumplimiento de aquello que la ley o norma ordenan imperativamente, en las condiciones y en la medida que señalen; 5) la conexión se opera cuando, en defecto de una norma dispositiva expresa, el ordenamiento jurídico no prohíbe la conducta administrativa. El autor antes citado analiza tanto en los actos reglamentarios como en los actos singulares la aplicación casuística de las modalidades en que opera la vinculación entre ellos y la norma.

### C. *Derivaciones inmediatas del principio de legalidad*

Tal como lo señalaremos al analizar el principio de legalidad, en un estudio relativo a los procedimientos administrativos, cabe sintetizar las técnicas que la doctrina ha aislado a los fines de garantizar la realización de dicho principio, en algunas notas características, a saber: 1) la ejecución administrativa de las leyes formales, en virtud del principio de división de los poderes, corresponde al Poder Ejecutivo, del cual la Administración es el instrumento, en razón de lo cual a ésta se le asigna la aplicación de las normas generales que emanan del Poder Legislativo y de las que, en base a las mismas, son dictadas en ejercicio de la potestad reglamentaria; 2) las normas son aplicables en acatamiento de su ordenación jerárquica, esto es, del llamado orden jerárquico normativo; 3) en base al principio *tu patere legem quam feciste*, a la Administración le está prohibido alterar, mediante actos singulares, el contenido de los actos generales, incluso cuando tales disposiciones provienen de un órgano inferior al que dicta el acto particular. La regla anterior conforma el llamado axioma de la inderogabilidad de la norma reglamentaria mediante actos singulares; 4) la aplicación de la regla teleológica, en virtud de la cual la Administración ha de perseguir en

todas sus actuaciones el interés público, que constituye para todos sus órganos el interés primario; 5) la potestad de revisión de los actos administrativos y la extinción de sus efectos por parte de la propia Administración, mediante el ejercicio de la potestad revocatoria y el control de los mismos por la vía de los recursos contencioso-administrativos.

Analizadas las cuestiones anteriores, esto es, efectuado un examen de los puntos esenciales que implica el principio de legalidad administrativa, surge la evidencia de lo que señaláramos inicialmente, que dicho principio constituye la estructura del Derecho Administrativo clásico, esto es, del Derecho Administrativo que estudia y atiende a la actuación de la Administración Pública regida por el Derecho Público. En efecto, del estudio del principio de legalidad arranca necesariamente el de la discrecionalidad administrativa y el de las llamadas circunstancias extraordinarias. Igualmente, todo lo relativo al control de los actos administrativos, ya que se estima que dicho control es esencialmente de legalidad e implica la revisión, por la vía administrativa (recursos administrativos) y por la vía jurisdiccional (control contencioso-administrativo). Obviamente, este principio sólo será aplicable a la actuación administrativa que se ciñe al Derecho Público, escapando, en consecuencia, al mismo la que opera en el campo del Derecho Privado, en el cual la Administración como tal, no puede tildarse de "poder público". En efecto, la consagración de este postulado ha sido visto por doctrina y jurisprudencia<sup>27</sup> en el artículo 117 de la Constitución Nacional, al establecer dicha norma que ella y "las leyes definen las atribuciones del Poder Público y a ellas debe sujetarse su ejercicio".

### 3. Principio de discrecionalidad

#### A. Orígenes. Tesis relativas a su fundamentación. *Discrecionalidad y autonomía de la voluntad*

La discrecionalidad administrativa, uno de los temas más estudiados en el campo del Derecho Administrativo, presenta la complejidad que es propia de todos aquellos que tienen sus bases en la Teoría General del Derecho, a cuyo ámbito pertenece. El primer problema que el mismo plantea es el de la determinación de si la discrecionalidad es un calificativo propio del poder en base al cual los actos son dictados;

27. Ver Brewer-Carías, A. R.: "Los límites del Poder Discrecional de las autoridades administrativas", en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo I, pp. 15 y ss. Caracas, 1975. En el trabajo indicado figuran abundantes referencias jurisprudenciales.

si corresponde a la actividad misma, o si, finalmente, se considera propia del efecto o resultado esencial de esta última, esto es, del acto que de ella deriva. Se trata de tres momentos estrechamente enlazados de un solo proceso: la potestad inherente al órgano de producir transformaciones en el mundo jurídico; el momento dinámico en el cual esta potestad se actúa y el resultado final de la misma, condensada en el acto. Hoy en día, la doctrina mayoritaria se inclina a considerar que a cualquiera de las tres manifestaciones del actuar administrativo es atribuible lo que podríamos denominar como potestad discrecional.

La problemática de la discrecionalidad está estrechamente enlazada a sus orígenes, los cuales se encuentran en el control jurisdiccional de la Administración. El término como tal es usado por primera vez por los escritores franceses del siglo XIX,<sup>28</sup> a propósito de la administración graciosa (de gracia), la cual tendría el carácter de ser libre, calificándosele como discrecional. En efecto, esta actividad de gracia se contraponía a la administración contenciosa que se encontraba completamente sometida a la ley. Ambas administraciones se distinguían igualmente por el hecho de que la segunda era idónea para crear derechos a los particulares, lo cual no sucedía con la primera, de la cual los particulares no podían derivar la protección jurídica de sus intereses. Durante mucho tiempo se mantuvo la tesis, que aún se encuentra aceptada implícitamente en muchos de los autores que tratan la materia, de que la actividad discrecional, por no ser ejecución de la ley, no crea derechos subjetivos, a diferencia de la vinculada. Esta posición carece de fundamento, bastando la sola constatación de que existen actos vinculados que no son idóneos para crear tales derechos.

La conceptualización imperante sobre la discrecionalidad en los primeros tiempos en que la doctrina trató dicho tema, se encuentra conectada estrecha e indisolublemente con el control jurisdiccional que se ejerce sobre la Administración, siendo característica de tal orden de ideas, la definición que de la misma nos da Presutti,<sup>29</sup> al considerar que ella se concreta en la inenjuiciabilidad por parte de los órganos que ejercen el control de mera legitimidad, por lo cual un acto administrativo será discrecional, en la medida en que el derecho objetivo no permita que un órgano jurisdiccional que ejerza dicho control tenga sobre el mismo poder de revisión. Se enuncia así la definición del

---

28. Waline: "Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le controle juridictionnel", en *Revue de Droit Public*, 1930, p. 204.

29. Presutti, Enrico: "Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica", en *Giurisprudenza Italiana*, Año 1910, pp. 10 a 53.

acto discrecional como la de aquel que escapa al control del juez, carente del poder de revisión de mérito.

Todas las tesis que tratan la noción de discrecionalidad, en una u otra forma asimilan su contenido a la idea de libertad. La discrecionalidad se visualiza así como una esfera de libertad dentro del círculo cerrado de la legalidad administrativa, destinada a permitirle a la Administración en ciertos campos específicos, una actuación que no sea simple ejecución de un dispositivo general. Libertad es entendida como una noción que se contrapone a vinculación, ya que lo vinculado es lo que está atado o condicionado a otra acción o conducta; lo libre es lo que carece de ataduras y compromisos, porque implica un poder propio de decisión. Cuando una facultad está vinculada, se encuentra condicionada la actuación que de ella se derive a una conducta preestablecida y a unos efectos previamente delimitados. Desde este punto de vista, la libertad de la cual gozaría el ente público, a través de la discrecionalidad, sería algo análogo a la autonomía privada de la cual disfrutaban los particulares. La inserción en el desarrollo de nuestro tema de los términos autonomía privada obliga a determinar su extensión, limitándonos obviamente a hacer consideraciones generales, ya que se trata de una materia que ha sido tan extensamente elaborada que no es posible exponer en su totalidad las distintas tesis que sobre la misma se han formulado.

Lo que sí vamos a considerar como admitido, es la posición que sostiene que la autonomía puede actuar tanto en el campo público como el privado, reconociéndose sin embargo que en cada una de dichas esferas adquiere características especiales. Otro punto que podemos admitir como cierto es el de que la autonomía pública, o autonomía en el campo del Derecho Público, es esencialmente expresión de actos unilaterales, en los cuales está presente el principio de supremacía que fuera objeto de una anterior exposición. Por el contrario, no es admisible la consideración de que la autonomía privada es característica de los actos bilaterales, por presuponer entre los objetos actuantes una posición de paridad e incluso de igualdad, ya que típica manifestación de dicha autonomía privada son las disposiciones testamentarias, que constituyen actos unilaterales por excelencia.

La autonomía privada, si se acoge la tesis de Ferri,<sup>30</sup> puede ser vista como el poder atribuido por la ley a los particulares para crear

---

30. Ferri, Luigi: *L'Autonomia privata*. Giuffré, 1959.

derecho, esto es, para establecer normas jurídicas, con lo cual, siempre de conformidad con dicha posición, el negocio jurídico se presenta como una fuente normativa y, en consecuencia, la autonomía es el poder dirigido a estatuir la norma de derecho. Ahora bien, la autonomía privada no es el ejercicio de una función, entendida esta última en el sentido que expresáramos en su oportunidad,<sup>31</sup> por lo cual no tiende a la obtención de un fin preestablecido, sino que tales fines lo señalan los propios sujetos que la ejercen. De lo anterior hay que deducir que cuando la autonomía es ejercida por un ente público se transforma en función y, en consecuencia, está destinada a cumplir con los fines que ya le han sido señalados al efecto. De allí que la autonomía privada y la autonomía pública difieren en el hecho de que la primera no constituye una función y la segunda sí lo constituye, porque está mediatizada a fines específicos que condicionan su ejercicio y efectos. Tal como lo señala agudamente Simi,<sup>32</sup> el particular, si bien tiene límites a su autonomía, ya que ésta puede ser sacrificada por las exigencias públicas, no tiene sin embargo, la obligación de conseguir ni de operar en forma vinculada para la satisfacción del interés para el cual la autonomía lo faculta, pudiendo denominarse los eventualmente establecidos como límites externos. Por el contrario, el sujeto público, en ejercicio de la autonomía, obra para el alcance de un fin que lo vincula por un nexo interno que debe guiar su voluntad y que resulta del interés público, en vista del cual le fue atribuido el poder. Esta actuación del ente público se encuentra controlada en forma tal que se califica de ilegítima a la acción que se desvía del fin o esté en contradicción con el interés por el cual ha sido atribuido el poder de actuar. La autonomía privada se presenta así como una verdadera libertad reconocida en el interés del sujeto titular, en cuanto que la autonomía pública es sólo el poder de valoración vinculado al fin. En el primer caso el ordenamiento jurídico autoriza y legitima la actividad del sujeto; en el segundo caso la establece como carga.

Vista la noción de autonomía en sentido general, es indudable que la discrecionalidad constituye en el campo del Derecho Público una manifestación de la misma. Aun prescindiendo de este nuevo elemento conceptual, puede considerarse que las tesis dominantes en los momentos actuales, relativas a la noción de discrecionalidad, la conciben como una esfera de libertad limitada por la ley, en la cual

---

31. Ver *supra*, p. 208.

32. Simi, Valente: "Il potere discrezionale como carattere essenziale della Pubblica Amministrazione", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Año 1960, Tomo 4, pp. 879 a 933.

la actividad estaría preordenada por un elemento teleológico que, en general, tal como lo señala Giannini,<sup>33</sup> se denomina fin de interés público. Este autor nos indica que de esta idea central arrancan una serie de posiciones que muchas veces son simples matices de la misma. El elemento común es así el fin de interés público, considerando la más elemental de las corrientes señaladas que dicho fin es una necesidad de la actividad discrecional, ya que, si jurídicamente cualquier libertad debe ser necesariamente limitada, en el caso presente el límite estaría justamente dado por la necesidad de actuar ese interés público. Si se razona en el sentido de que la Administración tiene por objetivo actuar el interés público, la discrecionalidad sería entonces una actuación libre. Sin embargo, tal afirmación choca contra la realidad de que "actividad libre" en el sentido de la que realizan los particulares y actividad discrecional son cosas distintas, por lo cual no es posible hacer la equiparación entre ésta y libertad. Bernat Zik elude el uso de la palabra libertad,<sup>34</sup> indicando al efecto que la discrecionalidad es el poder de órgano que se manifiesta en un deber, por cuanto el funcionario está obligado a perseguir el interés público, mediante un conjunto de sanciones que califican de delito o de falta disciplinaria a la violación de tal cometido: el poder discrecional en consecuencia no sería libre, sino que la garantía de cumplimiento de este deber sería de naturaleza preventiva y consistiría en el juramento que los empleados prestan, en su posición social, en su preparación y en la independencia que les debe ser asegurada. Su significado no sería, en consecuencia, el de la libertad o de un arbitrio subjetivo, sino que estaría condensado en el hecho de no estar vinculados a precisas normas jurídicas, apareciendo así el concepto de "norma elástica". Tezner contradice la tesis de Bernatzik, sosteniendo que era vago el concepto de cumplimiento del deber de actuar en la mejor forma, tratando de demostrar que existe siempre la posibilidad de adoptar la mejor escogencia, mediante la aplicación de normas técnicas relativas al interés público que ha de atenderse. Ambos autores tratan de identificar el procedimiento lógico de la Administración con la actuación del juez y, en consecuencia, a reducirlo a una simple actividad interpretativa. En este mismo orden de cosas y siempre siguiendo el análisis de Satta, nos encontramos con que otros escritores posteriores (W. Jellinek, trataron de hacer más concreta la noción, considerando que la misma estaba constituida por la actuación

33. Giannini, M. S.: *L'Interpretazione dell'Atto Amministrativo e la Teoria Giuridica Generale dell'Interpretazione*. Milán, Giuffrè, 1939, pp. 209 y ss.

34. Citado por Satta, Filippo, en *Principio di Legalità e Pubblica Amministrazione nello Stato Democratico*. Cedam, Padua, pp. 148 y ss.

del funcionario en el caso concreto, realizada mediante una valoración individualizada de los propios fines específicos.

Encontrándonos ya a esta altura de nuestra investigación, podemos comenzar a sacar conclusiones sobre el alcance del poder discrecional; determinar en qué consiste específicamente dentro de la esfera de los restantes principios analizados; sobre qué tipos de actos recae; sobre qué elementos de la actuación opera y, finalmente, cuáles son los rasgos o notas características que nos permiten identificar su presencia.

En lo que toca al primer punto indicado, el poder discrecional se nos presenta como una potestad acordada por la ley, que permite a la Administración una actuación diferente a la simple ejecución de la norma general; que excede de la mera aplicación de un dispositivo preexistente cuando se está ante un caso específico; que no se limita a constituir una simple traducción a un nivel más concreto de los dispositivos genéricos contenidos en la regla jurídica. La actividad administrativa es, en base al principio de legalidad, una actuación vinculada, porque la ley le establece no los límites negativos para que opere en el mundo jurídico, sino que le señala el ámbito o esfera positiva dentro de la cual debe operar. En lo que toca a la actuación sometida a la regla de la tipicidad, como veremos, la Administración al ceñirse a la misma, opera sobre las situaciones concretas que le toca decidir y, tal como lo haría un ejecutante ante un patrón o modelo, se limita a reproducir la forma y elementos ya delineados. La discrecionalidad, por el contrario, implica que dentro de la facultad de actuación que a la Administración le reconoce la ley, porque estamos siempre ante el principio de legalidad que actúa inderogablemente y con todas sus fuerzas, se le acuerda un margen dentro del cual ella pueda pronunciarse en forma espontánea y original, no ceñida a condicionamientos previos contenidos en la norma facultativa. Si se nos permite la imagen comparativa podríamos indicar que, con la discrecionalidad, la Administración no sigue simplemente una receta conocida, sino que ella establece los ingredientes y el tiempo de preparación, el *know how* operativo. El principio de legalidad operaría como la receta a la cual hay que ceñirse; el de tipicidad como la mezcla precocida en la cual la participación activa del ejecutante está en suministrar agua o calor o ambas cosas; la discrecionalidad implica la libertad del ejecutante de poner en juego su experiencia, su poder de apreciación, su buen conocimiento de los hechos, medios y circunstancias sobre las cuales operará su actuación.

### B. *Elementos sobre los cuales recae la discrecionalidad*

La discrecionalidad es así un margen de autodeterminación acordado por la Ley a la Administración para que actúe. Este margen o esfera podrá implicar su libre actuación en relación al contenido del acto, esto es, al *quid*. Entendemos al efecto por contenido del acto, todo aquello que constituye el actuar de la Administración, podríamos incluso decir que es la "acción misma", lo que en la oración gramatical constituye el verbo. De allí que el contenido es el autorizar, el sancionar, el revocar, el prohibir, el acordar, el negar, el restringir, el conceder, y podríamos continuar indefinidamente. Existirá en consecuencia discrecionalidad que verse sobre el *quid* cuando queda librada a la Administración la disposición misma que ha de tomarse, bien en forma totalmente libre, o bien en forma de una alternativa.

La discrecionalidad puede recaer igualmente sobre la oportunidad de la providencia que ha de ser dictada, esto es, sobre el "cuándo" procede. Se dice en estos casos que la discrecionalidad versa sobre el "an". En este caso la Administración tiene el poder de apreciación sobre el elemento temporal de la providencia que ha de tomar.

Finalmente, la discrecionalidad puede recaer sobre otros elementos circunstanciales, específicamente sobre los que aluden a las modalidades de su formación, esto es, al cómo ha de producirse la providencia, a lo que se denomina el "Quomodo". De allí que la discrecionalidad le permitirá en tales casos a la Administración señalar el medio que ha de ser utilizado, el monto, la forma, la medida, la extensión.

Especificando los elementos sobre los cuales puede recaer la discrecionalidad, la misma se nos presenta como una zona franca dentro de la actividad administrativa, en la cual la Administración tiene un poder de autodeterminación acordado por la ley, característica esta de tal importancia que los teóricos de la Escuela Formalista llegan a considerarla metafóricamente como un cheque en blanco que el legislador le otorga.

Nos corresponde ahora determinar otro de los puntos de nuestro planteamiento inicial, esto es, sobre qué tipos de actuaciones recae la potestad discrecional, es decir, establecer si ella es propia tanto de los actos generales como de los individuales, o si por el contrario está limitada exclusivamente a estos últimos. Al respecto, consideramos que la Administración posee, en lo que toca a su poder de dictar normas jurídicas, una potestad específica que es la potestad reglamentaria, la cual presenta sus propios elementos y límites y arranca de una autóno-

ma fundamentación. Todo lo referente a la apreciación de los elementos y situaciones jurídicas sobre los cuales han de actuar los reglamentos, pertenece al campo de esta potestad normativa que es propia de los órganos superiores de la Administración y que constituye algo sustancialmente distinto de la discrecionalidad, aun cuando pueda recordarse que algunos autores han llegado a estimar que ésta constituye la razón jurídica de aquélla, por cuanto el órgano dotado de la libertad para actuar en los casos específicos, bien puede refundirlos todos y decidir de una vez, estableciendo para ciertos supuestos fijos, consecuencias jurídicas de igual naturaleza.<sup>35</sup> Respecto a esta tesis, no podemos dejar de indicar que la misma se presenta como endeble, por cuanto sin necesidad de utilizar mayores argumentos, es obvio que tropieza contra el grave escollo de la constatación de que no todos los órganos dotados de discrecionalidad están igualmente dotados de potestad reglamentaria, ya que esta última pertenece sólo al núcleo reducido de los órganos superiores, en cuanto que la primera es atribuida a órganos de distinto grado jerárquico. De lo anterior se evidencia que ambas potestades no sólo tienen, como se señaló inicialmente, distinta naturaleza, sino también distintos titulares, en razón de lo cual hay que considerarlas como situaciones plenamente diferenciales. En los actos normativos de la Administración el fundamento es la potestad reglamentaria, o para indicarlo con mayor claridad, las relaciones entre la Administración y la ley para la emanación de actos normativos, es algo que incumbe a la potestad reglamentaria y en donde no juega ninguno de los preceptos que interesan a la discrecionalidad. Esta última, por su parte, opera tanto en los actos generales no normativos como en los actos individuales, siendo justamente en estos últimos donde incide con mayor intensidad.

### C. Fórmulas legales identificadoras de la discrecionalidad

Despejados los puntos esenciales del problema de la discrecionalidad, nos corresponde analizar los elementos que permiten determinar

35. Además de la crítica antes indicada, Zanobini le formula a la tesis que fundamenta en la discrecionalidad, la potestad reglamentaria, otras. En efecto, si bien es cierto que cualquier autoridad investida de poder puede disciplinarlo con normas propias, tal hecho no implica que al hacerlo cree siempre normas de derecho objetivo, ya que tales normas pueden constituir un imperativo de la autoridad dirigido a sí misma y a los órganos dependientes; pero no una norma obligatoria para todos. Tal poder puede ser el fundamento de una potestad normativa interna; pero no de la potestad reglamentaria propiamente dicho. Por otra parte, si el acto contiene imperativos dirigidos a los ciudadanos, tal cosa puede implicar que se trata de un acto administrativo general, no de una norma jurídica como lo es el reglamento. Zanobini, Guido: *Corso di Diritto Amministrativo*. Giuffré, 1958, VI, I,

la existencia del poder en base al cual es posible su ejercicio. La discrecionalidad se nos ha presentado como una posibilidad de escogencia, la cual obviamente presupone una facultad de valoración, ya que la preferencia de un sujeto entre varios objetos o fines eventuales implica una razón específica en la cual fundarla. Veamos, conjugando todos estos elementos y partiendo de los ejemplos que los textos de nuestro derecho positivo nos ofrece, cuáles son las fórmulas identificadoras en una norma jurídica de la existencia de una facultad discrecional.

El primer elemento identificador y, a nuestro entender, el más claro y simple, está en la naturaleza de la norma facultativa de la actuación, la cual se revela en el verbo usado por el legislador, el cual puede ser categórico, o puede ser permisivo. En esta última circunstancia se está otorgando una libertad de apreciación que constituye una esfera de discrecionalidad. Al respecto, es ilustrativo, aun cuando aluda exclusivamente a la función jurisdiccional, el artículo 13 del Código de Procedimiento Civil, que reza textualmente: "Cuando la ley dice: «el Juez o Tribunal puede o podrá», se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad". La legislación administrativa es rica de ejemplos al respecto, siendo indiferente que el verbo permisivo se refuerce con alguna frase expresiva de su voluntad de acordar la potestad que se analiza. Un ejemplo de la última situación indicada está en el artículo 21 de la Ley sobre Armas y Explosivos,<sup>36</sup> que establece: "El Ejecutivo Federal *podrá, cuando juzgue conveniente* y previa presentación de fianza personal por el interesado, autorizar a una persona para importar un arma de fuego que no será nunca de las de guerra enumeradas en el artículo 3º de esta ley, y siempre que su importación y el uso a que se destine, se haga de acuerdo con los Reglamentos que aquél dicte sobre la materia. En todo caso, se entiende que la autorización concedida *podrá* ser revocada cuando lo tenga a bien el Ejecutivo Federal, quien llegado el caso, recabará el arma respectiva y sus municiones, con destino al Parque Nacional". El verbo utilizado, independientemente de los restantes elementos, constituye por sí mismo el establecimiento de una facultad discrecional. Un ejemplo de norma categórica es por el contrario la que se transcribe, de la Ley de Carrera Administrativa,<sup>37</sup> en la cual se señala la obligación del

---

p. 69. Indica al efecto el autor citado entre los partidarios de dicha tesis a Codacci-Pisanelli, Cammeo, Ranelletti, Betti y Romano, indicando sin embargo que este último en sus posteriores escritos se alejó de la tesis indicada.

36. Ley sobre Armas y Explosivos, del 12 de junio de 1939.

37. Ley de Carrera Administrativa, del 3-9-70, reformada por Decreto 914, del 13-5-75, de conformidad con lo previsto en el ordinal 9 del artículo de la Ley Orgánica

organismo competente de otorgar a los funcionarios que hubiesen ingresado por concurso y designados conforme al procedimiento que ella señala, el llamado "certificado de funcionario de carrera". Al efecto, el artículo 36 de la mencionada ley, en su párrafo primero, señala: "La Oficina Central de Personal *expedirá* a los funcionarios de carrera nombrados de conformidad con este artículo para el ejercicio de funciones públicas, un certificado que acredite tal carácter".

El segundo elemento identificador está en el establecimiento que haga la norma atributiva de competencia de un concepto jurídico indeterminado, cuya constatación o existencia corresponda al órgano administrativo. Se trata de esos conceptos abstractos o genéricos cuyo alcance no está legalmente determinado. Se trata de nociones tales como las de "interés público", "necesidad pública", "sanidad nacional", "urgencia", "circunstancias extraordinarias", "graves motivos", "buena marcha de los servicios". La actividad administrativa se basará en una función esencialmente interpretativa, ya que la potestad discrecional tiene el carácter de un poder determinado por la ley de delimitar individualmente un concepto no precisado por ella misma.

No puede dejar de anotarse al efecto, que hay quien ha estimado que al estar presente este elemento abstracto, se está haciendo un reenvío a ciertas normas no jurídicas adscritas entre las fuentes subsidiarias que reglen la actividad administrativa, normas que son propias de la técnica administrativa. Al respecto Mortati<sup>38</sup> considera que cuando la ley atribuye un poder o regula directamente su uso, o bien lo regula parcialmente o se limita al mero conferimiento del poder mismo, en estos dos últimos casos lo que está haciendo es un reenvío a una fuente subsidiaria, en base a la cual el órgano debe determinar en concreto la propia actividad. Esta tesis es objeto de críticas por parte de Giannini,<sup>39</sup> quien estima que el reenvío a esas supuestas reglas no las transforma en normas jurídicas; sin embargo, con la tesis del reenvío, la violación de la norma técnica debe tener necesariamente efectos jurídicos directos, por cuanto lo que es violado en primer lugar es la norma general. Con tal tesis, señala el último autor citado, cualquier diferencia entre mérito y legitimidad es abolida, ya que si cualquier violación de normas técnicas equivale a violación de ley, toda actividad libre de la Administración está dominada por las normas técnicas. No

---

que autoriza al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera.

38. Mortati, Constantino: Voz "Discrezionalità", en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo V, pp. 1099 a 1109.

39. Giannini, M. S.: *L'interpretazione dell'atto amministrativo*. Milán, 1939.

puede alegarse que falta la consecuencia sancionadora por la violación de la ley, ya que el autor comentado recuerda que las normas técnicas son *minus quam perfectas*, lo cual significa que se caracterizan por la ausencia de sanciones, no por las de enjuiciabilidad.

Continuando con el desarrollo de nuestras notas identificadoras de la actividad discrecional, una de ellas se encuentra en la inclusión de facultades residuales una vez hecho el enunciado taxativo. El legislador faculta a la Administración al efecto en estos casos, para "aplicar otras medidas que considere conveniente" o para utilizar "las restantes formas", o incluso para "asumir cualesquiera otras decisiones".

Reveladora de la potestad discrecional acordada al órgano administrativo, es la existencia de una facultad disyuntiva, o alternativa, ya que ella implica un poder de escogencia y, en consecuencia, de autónoma valoración en la forma precedentemente analizada. La Administración queda así facultada para hacer esto o aquello; para escoger este procedimiento o el otro; para determinar su preferencia ante varias alternativas propuestas. En la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, el legislador establece en su artículo 66: "Previo el informe del interventor, el Superintendente podrá adoptar una o varias de las siguientes medidas: 1) suspender a los administradores de la entidad por un plazo determinado o removerlos; 2) imponer multas a los administradores responsables de las entidades hasta por un máximo de cinco mil bolívares por persona; 3) asumir la administración de la entidad por tiempo determinado; 4) acordar la fusión de la entidad con otra; 5) resolver la disolución de la entidad y ordenar la liquidación".

Constituye igualmente índice de la potestad discrecional acordada, la fijación por parte del legislador de un límite máximo que bien puede aludir a una pena o sanción o a un lapso de tiempo, ya que la fijación en la amplia escala inferior a dicho límites, queda liberada así a la determinación del órgano facultado para actuar.

A nuestro juicio, es claramente índice de la existencia de una potestad discrecional, la facultad de atender por "vía de gracia" determinadas solicitudes. Al efecto, esta vía o medio, puede ser establecido tanto como procedimiento de primer grado, esto es, de formación originaria de la voluntad administrativa, o bien como procedimiento de segundo grado, es decir, de revisión o reexamen de los del primer tipo indicado. Respecto a la existencia misma del procedimiento utilizado en tales casos, consideramos que de no existir uno previsto al respecto,

la discrecionalidad radica no sólo en la facultad de conocer y decidir sobre la solicitud, sino también en el establecimiento del *modus operandi*, esto es, del trámite procedimental.

Consideramos igualmente que la facultad acordada a la Administración de aclarar dudas y casos no previstos es una facultad discrecional, por cuanto se le está dejando establecer tanto los supuestos como las consecuencias de las situaciones jurídicas que se les planteen, aplicando su sentido de valoración de los hechos y las circunstancias. La facultad antes indicada constituye indudablemente el desarrollo de una labor interpretativa; pero justamente en el proceso hermenéutico está presente la discrecionalidad, porque el mismo no implica ni puede implicar el sometimiento a una disposición preexistente, sino que constituye una labor predominantemente técnica de búsqueda del alcance y sentido del orden jurídico para el caso específico. Debemos señalar, en relación al supuesto que hemos expuesto constituido por la facultad de aclarar dudas y casos no previstos, que la misma puede tener un alcance normativo, cuando constituye el ejercicio de una potestad reglamentaria, o bien, y es el caso que nos interesa, puede aludir a la emanación de proveimientos individuales. Independientemente de la discutible legalidad de la facultad acordada para la primera hipótesis, en vista de que pareciera implicar una forma de delegación legislativa, dando lugar a la contradictoria figura de los llamados "reglamentos delegados", no puede dejar de anotarse que la enunciación de dicha facultad por lo general es efectuada en forma tal que deja la duda sobre el efecto del acto que de ella derive. Es decir, por lo general su enunciado no precisa si la facultad se limita a los casos particulares o si a través de ella pueden ser dictadas verdaderas normas reglamentarias. Ejemplo de lo antes dicho es el dispositivo del artículo 121 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública, en la cual se señala: "El Ministerio de Hacienda queda facultado para resolver sobre la forma en que gozarán de vacaciones los empleados de las oficinas, atendiendo a sus razones personales, sobre el número de días de vacaciones que hayan de disfrutar los empleados que tengan menos de once meses en el ejercicio de sus respectivos cargos y sobre cualesquiera dudas que se suscitasen en la aplicación de este artículo". A nuestro entender, la disposición está derogada tácitamente por la Ley de Carrera Administrativa; pero es representativa de la problemática antes indicada. Igualmente típica de la facultad expuesta es la norma contenida en el artículo 190 de la Ley de Universidades vigente, que señala: "Los casos dudosos o no previstos en la presente ley, serán resueltos por el Ejecutivo Nacional".

Manifestación clara de la discrecionalidad administrativa es la facultad de declarar reservado o secreto un documento. Se trata de la facultad acordada al órgano administrativo de limitar el principio de publicidad que es rector del procedimiento administrativo. En nuestra legislación, el secreto ha sido una extensa facultad a la Administración Central en perjuicio del principio antes señalado. Ya lo establecía el derogado Estatuto Orgánico de Ministerios y lo ha mantenido la nueva Ley Orgánica de la Administración Central, la cual al efecto señala en su artículo 53, párrafo único, lo siguiente: "Podrá acordarse judicialmente la copia, exhibición o inspección de determinado documento, expediente, libro o registro y se ejecutará la providencia a menos que, por razones de seguridad u oportunidad para el Estado, el órgano superior respectivo resuelva que dicho documento, libro, expediente o registro es de carácter reservado o confidencial". Este dispositivo está reafirmando el carácter "reservado" de los archivos de la Administración, el cual es establecido en un artículo anterior, el 54, que establece lo siguiente: "Los archivos de la Administración Pública Nacional son por su naturaleza reservados para el servicio oficial. Para la consulta de los mismos por otros funcionarios o particulares, deberá recaer autorización especial y concreta del órgano superior respectivo".

Por su parte, el Reglamento Interno de la Contraloría General de la República, dictado por el Contralor General en base a la autonomía normativa que la ley orgánica respectiva le acuerda, de fecha 22 de abril de 1975, concede dicha facultad a los directores del antes mencionado organismo, señalando al efecto: "Artículo 92. Las copias certificadas que solicitare cualquier funcionario público, o interesado, sólo se expedirán por orden del director respectivo, y serán firmadas por funcionario de la Dirección a quien se atribuya dicha competencia, salvo que por razones de seguridad u oportunidad, el Director respectivo resuelva que los documentos cuya copia certificada se solicita sean de carácter reservado o confidencial". Una norma de idéntico contenido y redacción se encuentra en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que fuera dictado por Decreto del Presidente de la República, número 867, del 22 de abril de 1975, en el artículo 34.

Es manifestación de una potestad discrecional la existencia de una vía de excepción a través de la cual la Administración puede actuar, cuando dicha vía no está expresamente prevista, para atender determinadas solicitudes e incluso para actuar de oficio. De igual naturaleza es la facultad de establecer excepciones a los propios supuestos nor-

mativos. Ejemplo de esta última hipótesis es el artículo 3º del Reglamento de Becas para Estudios en el Extranjero, dictado mediante Decreto N° 963, del 10 de octubre de 1967, en el cual se establece lo siguiente: "Las becas que concedan los Ministerios, Institutos Autónomos y empresas en las cuales el Estado posea el 50 por ciento o más del capital social, se destinarán a estudios o cursos de especialización o de perfeccionamiento que no puedan realizarse en institutos docentes o de investigación existentes en el país. Sin embargo, la Comisión de Becas para Estudios en el Extranjero, previo análisis de los casos que le sean sometidos, podría por la vía de excepción, autorizar la concesión de becas para realizar estudios en el extranjero aunque sean realizables en el país".

En este mismo orden de ideas, es manifestación de discrecionalidad la facultad acordada por una norma a la Administración para realizar o permitir la realización de actos que ella misma prohíbe en vía general. Ejemplo de este tipo de facultades es la contenida en el Reglamento de la ley que fija normas al Ejecutivo Nacional, para crear una zona franca en el Estado Nueva Esparta y en otras regiones del país, dictado por Decreto 887, del 29 de julio de 1967. Establece al efecto el artículo 9 del mencionado Reglamento en su Parágrafo Único: "No obstante lo dispuesto en este artículo, el Ejecutivo Nacional queda facultado para permitir la introducción de determinadas mercaderías de prohibida importación". En la misma norma, en el artículo 88, parágrafo único, aparece un nuevo ejemplo de la facultad expuesta, ya que el mismo indica: "El Ministerio de Hacienda queda facultado para permitir, cuando las exigencias del tráfico lo determinen, que el transporte pueda realizarse por vehículos extranjeros".

En algunos casos, la facultad discrecional es acordada para que la Administración establezca excepciones temporales al régimen general. Ejemplo de tal situación es la facultad establecida en el artículo 23 del Reglamento N° 4 de la Ley Orgánica del Ambiente sobre Ruidos, el cual indica que: "El Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables podrá, de oficio o a petición de parte, exceptuar temporalmente de la aplicación de las disposiciones establecidas en este Reglamento sobre niveles de ruidos permitidos, aquellas actividades que por limitaciones de carácter técnico o por otras causas debidamente justificadas a juicio del Ministro, no puedan cumplir con esas limitaciones".

Característico de la existencia de una potestad discrecional, es la facultad de determinar sobre qué personas o cosas recaerá el disposi-

tivo de una norma jurídica, ya que en tal caso se está dejando la determinación específica del objeto del acto a la escogencia del órgano administrativo. Ejemplo de un supuesto de tal índole, es el contenido en el Decreto 512, del 9 de enero de 1959, que establece condiciones para la adquisición de bienes destinados a la Administración Pública en el exterior. Al efecto, el artículo 4º de dicho Decreto, establece que: "El Consejo de Industrias determinará los bienes a los cuales se aplicará el presente decreto y los recargos en cada caso".

La existencia de pretensiones alternativas a favor de la Administración y contra el administrado, constituye obviamente para ésta el ejercicio de una potestad discrecional. Ejemplo de tal facultad es la que se acuerda al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en el artículo 87 de la ley correspondiente, el cual, en su párrafo segundo establece: "El Instituto Venezolano de los Seguros Sociales tendrá derecho a exigir, no sólo el pago de las cotizaciones atrasadas, sino también el reembolso, ya sea de la totalidad de las prestaciones suministradas y en curso de pago, o bien la diferencia entre estas prestaciones y las que hubieren sido debidas si las declaraciones del patrono hubieran sido exactas".

La Administración queda en otras oportunidades facultada para escoger entre varios procedimientos posibles. Es el caso de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos, la cual establece en su artículo 117 una facultad de escogencia entre varios sistemas por la misma previstos. Al efecto, dicha norma establece: "Cuando las tierras cultivables sean insuficientes en extensión para cubrir el número de parcelas necesitadas, se podrá estudiar la manera de aumentarlas por cualquiera de los dos procedimientos siguientes: 1) convirtiendo al cultivo tierras de pastos o de montes, mediante el concurso voluntario del Ejecutivo Federal, del Estado, del Municipio o de los particulares; 2) convirtiendo al cultivo terrenos inaprovechados, mediante la ejecución de obras de riego, saneamiento o desecación, en las mismas condiciones de ayuda a que se refiere el inciso anterior".

Es manifiesta la existencia de una potestad discrecional cuando la ley le atribuye carácter no vinculante a los dictámenes que ilustran el criterio de la Administración, bien sean obligatorios o bien facultativos; y aún más clara aparece dicha facultad en los casos en los cuales exista una norma expresa que permita a la Administración no motivar la decisión. Ejemplo de esta última hipótesis es el artículo 37 de la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, el cual establece: "El Ejecutivo Nacional, oída la opinión de la Superintendencia de Entidades de Abo-

ro y Préstamo, y tomando en consideración las condiciones económicas y financieras de la zona en la cual se aspira a establecer una Entidad de Ahorro y Préstamo, autorizará o no la promoción y funcionamiento de la Entidad de Ahorro y Préstamo, sin que tenga que dar razón alguna de su negativa. Para autorizar la instalación de una agencia, tomará en consideración, además de las condiciones financieras y económicas de la zona, la capacidad financiera de la entidad y la opinión de la Superintendencia de Entidades de Ahorro y Préstamo y del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo. En el mismo sentido dispone el artículo 10 de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito, al señalar que, ante la solicitud de promoción de entidades crediticias, el Ejecutivo Nacional "podrá negar (las) sin que tenga que dar razón alguna a los interesados".

#### D. *Análisis de la discrecionalidad técnica*

Los conceptos precedentemente enunciados aluden a la discrecionalidad pura o discrecionalidad propiamente dicha, a la cual se le denomina igualmente discrecionalidad administrativa para distinguirla de la "discrecionalidad técnica". Al efecto, debemos señalar que la doctrina no mantiene respecto a la última noción enunciada un criterio unitario, negando, una parte de ella, que constituya una categoría propia e independiente de la figura que fuera objeto de nuestro estudio anterior; la mayoría, sin embargo, considera que existen diferencias fundamentales entre ellas, variando las posiciones conceptuales sobre el alcance de las mismas. Antes de expresar el criterio que nos parece responde mejor a la realidad de las indicadas figuras, pasamos a exponer las tesis más resaltantes al efecto.

Para Cammeo,<sup>40</sup> la diferencia entre discrecionalidad pura y discrecionalidad técnica está en la naturaleza de los hechos a los cuales la norma jurídica vincula el surgimiento de determinados efectos jurídicos. Señala así que, en algunos casos, la vinculación alude a hechos simples; otras veces a hechos eminentemente complejos. Es un hecho simple la mayoría de edad, el sexo, la ciudadanía. Son hechos complejos la urgencia, la peligrosidad. Para este autor indicado, los hechos complejos constan de varios hechos simples o bien de uno sólo que presenta modalidades múltiples, en forma tal que es necesario tomar en cuenta varias circunstancias para hacer una valoración jurídica. Cuando se trata de hechos complejos que la autoridad administrativa debería apreciar en relación al interés específico que tutela, existiría discrecio-

40. Cammeo, citado por Presutti, *ob. cit.*, p. 47.

nalidad técnica. Con tal criterio todas las formas fundamentales de discrecionalidad podrían ser calificadas como de discrecionalidad técnica.

Tesis de importancia es la que mantiene el propio Presutti,<sup>41</sup> quien comienza por criticar el punto de partida del autor precedentemente citado, considerando que la distinción entre hechos simples y hechos complejos carece de fundamento, por no ser cierto que los hechos simples lo sean realmente. Para este autor lo importante es que algunas veces las normas jurídicas hacen que de ciertos hechos deriven algunos efectos de tal naturaleza que sólo es posible afirmar que los mismos se dan o no, siendo, por el contrario, imposible afirmar el grado en que los mismos se producen. En otras ocasiones, las normas jurídicas vinculan el surgimiento de ciertos efectos jurídicos a hechos de tal naturaleza que de los mismos se puede decir que subsisten o no subsisten, siendo también posible en este último caso, que se presenten en forma enormemente variada, mientras las normas no determinen el grado y la medida en que deban presentarse para que se produzca el efecto jurídico que las mismas contemplan. La explicación de Presutti se aclara con los siguientes ejemplos: existen calificaciones, atributos y caracteres de los cuales sólo se puede afirmar que subsisten o no en casos específicos, sin que su naturaleza permita su subsistencia en grado mayor o menor, tal como el calificativo de "mayor edad" o de "menor edad". En efecto, cuando la ley exija la existencia de cualquiera de esas condiciones, resulta indiferente que el sujeto de la exigencia tenga veinte años y once meses o que, por el contrario, tenga veintiún años y un día. A diferencia de lo anterior, existen características, atributos y cualidades que, por su naturaleza, pueden presentarse en grado mayor o menor; por ejemplo, es posible que la norma use el calificativo de "viejo". Evidentemente, este calificativo no es aplicable a un sujeto que se encuentra iniciando la vida; pero llegado a cierto punto de la misma, existen muchos grados a los cuales podría ser aplicado. De la anterior explicación aparece la noción de discrecionalidad técnica. En efecto, en los casos en los cuales se trate de una simple verificación de la subsistencia del carácter, de la cualidad o del atributo exigidos por la norma a los cuales ella vincula el surgimiento de determinados efectos jurídicos, ha de hablarse de discrecionalidad técnica, la cual estará presente siempre que se trate de determinar si tales condiciones subsisten en grado tal de permitir el nacimiento de dichos efectos.

---

41. Ver cita anterior.

Hay autores para quienes no existe una categoría especial de discrecionalidad técnica, siendo la potestad discrecional unitaria en todas sus manifestaciones, en razón de lo cual pueden variar los aspectos que asume, el grado de la misma pero no su esencia. Mortatti<sup>42</sup> considera al efecto que un índice de la inexistencia de la categoría de la discrecionalidad técnica está en el hecho mismo de que los autores que la han estudiado no están de acuerdo ni sobre su naturaleza ni sobre su contenido, considerando algunos que su especialidad radica en el hecho de que el ejercicio de la potestad está condicionada a valoraciones de tipo científico, esto es, a las enseñanzas de las disciplinas técnicas, y en consecuencia, a criterios de carácter rígido y hay quienes, por el contrario, estiman que la misma implica apreciaciones de oportunidad. Se trata de posiciones irreconciliables que obviamente no pueden aludir a un mismo objeto de estudio. Considera el autor últimamente citado, que la discrecionalidad no cambia en su esencia sino que presenta variaciones de acuerdo con los intereses a cuya satisfacción se dirige la actividad que está dotada de ella. Indica al efecto que, en tal ejercicio de la discrecionalidad, el órgano que la aplica pasa por distintos momentos, debiendo ante todo verificar la existencia del hecho; después apreciar la relevancia que reviste respecto al interés tutelado y, finalmente, decidir si ha de actuar y con qué medios ha de hacerlo. En cualquiera de tales momentos pueden requerirse conocimientos técnicos, a fin de verificar la absoluta inexistencia del presupuesto de hecho asumido como base para la decisión o bien la incongruencia entre el motivo deducido y el fin que se persigue.

Piras,<sup>43</sup> por su parte, indica que al término discrecionalidad técnica se le atribuyen dos significados. En un sentido inicial, se entiende por tal, cualquier valoración que se efectúe mediante la aplicación de categorías técnicas. Por ejemplo, la verificación de las distintas formas de aptitud física (agudeza visual); la determinación de la capacidad de resistencia u otras cualidades de algunas obras; el juicio técnico de idoneidad de ciertas medidas que deben ser adoptadas ante determinados eventos, etc. Un segundo significado alude a los esfuerzos realizados para explicar la existencia de límites positivos establecidos por la ley en varios casos a la discrecionalidad pura de las autoridades. El primero de los significados aparece claramente en las hipótesis en las cuales la ley remite a reglas de disciplinas técnicas o a criterios sociales, o a las llamadas ciencias morales o valorativas, como es el caso de las re-

---

42. Mortatti: *ob. cit.*, p. 1108.

43. Piras, Aldo: Voz "Discrezionalità", en la *Enciclopedia del Diritto*, Tomo III.

glas estéticas, enunciando en las propias disposiciones nociones correspondientes a tales disciplinas. Estas nociones poseen, en virtud de la norma legislativa, cierta relevancia jurídica. En tales casos, quien aplica la ley debe conocer estas reglas y ajustarse a su dispositivo, al llenar el margen dejado por la norma que alude a ellas, a fin de conformar un supuesto de hecho. La discrecionalidad técnica también se da en los casos en los cuales la potestad de apreciación atribuida por el legislador se encuentra circunscrita exclusivamente a ciertas categorías.

Aludiendo a la posición de la doctrina venezolana, particularmente representativa de la misma es la posición de Brewer-Carías<sup>44</sup> quien define a la discrecionalidad técnica como "aquella que no es controlable jurisdiccionalmente, pues se trata de cuestiones que han de resolverse a la vista de un juicio técnico emitido por un órgano especializado de la Administración", y añade al respecto: "en estos casos, se trata de una cuestión de mera apreciación, en la cual la autoridad administrativa es precisamente la más autorizada, en virtud de su especialización", indicando que se ha señalado que "al margen de la jurisdicción contenciosa, deberá únicamente atenderse el problema de la adecuación o no del acto a las reglas técnicas o de buena administración". Distingue así el autor comentado entre la discrecionalidad técnica y el llamado "principio de racionalidad" que constituye un límite de la discrecionalidad pura, derivado de la forma de apreciación de los hechos. En base al principio indicado, la apreciación de los presupuestos de hecho no está totalmente librada al arbitrio de la Administración, pudiendo controlarse a través del mismo la oportunidad y la conveniencia de un acto por la autoridad judicial competente. Citando a un tratadista clásico del Derecho Administrativo venezolano, J. M. Hernández Ron, el autor cuya tesis exponemos, considera que el control de la discrecionalidad se fundamenta en los Principios Generales del Derecho y asimismo la jurisprudencia nacional ha mantenido en varias oportunidades que el ejercicio de la discrecionalidad ha de hacerse en forma "racional", implicando un "juicio técnico lógico de los hechos soberanamente apreciados a través de las respectivas normas jurídicas".

Giannini, a todo lo largo de su extensa obra, ha contemplado siempre el problema de la discrecionalidad técnica. Señala este autor<sup>45</sup> que el origen del estudio de la materia estuvo en el hallazgo que efectuó la doctrina, al analizar la discrecionalidad en general, del empleo cons-

44. Brewer-Carías, A. R.: "Los límites del Poder Discrecional de las Autoridades Administrativas", *ob. cit.*, p. 35.

45. Giannini, M. S.: *Diritto amministrativo*, *ob. cit.*, VI. I, pp. 486 y ss.

tante por parte de las normas, de ciertas categorías específicas, tales como los términos: "sustancias tóxicas", "preparados de acción estupefaciente", "graves alteraciones psíquicas", "empleo con fines profílácticos", "inhalaciones insalubres", "enfermedades infecciosas". Ante esta discrecionalidad "determinada por categorías", como se la denominó en un principio, la doctrina se dividió al determinar su alcance. Una parte consideró que se trataba de una discrecionalidad de menor amplitud que la discrecionalidad pura; otra parte consideró, por el contrario, que no se estaba frente a una verdadera discrecionalidad, sino ante una facultad en la cual el juicio o criterio del órgano administrativo estaba obligado a fundarse en conocimientos científicos. Es esta última posición la que el autor citado asume, considerando que en la figura analizada de la discrecionalidad técnica, no existe efectivamente ninguna discrecionalidad.

La tesis que mantiene el último autor citado y a la cual creemos es necesario adherirse, parte de la consideración de que la discrecionalidad es siempre un juicio de oportunidad o conveniencia. La Administración, al ejercer la potestad discrecional, esto es, al hacer la escogencia que le ha quedado librada de si debe actuar o no; de si debe actuar en un sentido o en otro y al determinar el alcance de dicha actuación, lo que hace es una valoración de su propia actuación en relación a las circunstancias en las cuales le toca decidir y en atención a los intereses tutelados. Ahora bien, en los casos en los cuales el legislador condiciona la actuación a la determinación de que el supuesto de hecho encaje en un juicio científico, no le permite al órgano actuante valoración de mérito alguno. En efecto, una sustancia puede ser tóxica o puede no serlo e incluso cabe determinar el grado de toxicidad que la misma posee. Ahora bien, al hacer esta verificación la Administración no está facultada para señalar si es oportuno o no considerar dicha sustancia como tóxica. Vista en tal forma la cuestión, resulta evidente lo antes indicado de que la discrecionalidad técnica no implica discrecionalidad alguna. Así lo vio la doctrina más moderna, pero ya el uso de la denominación se había divulgado en forma tal que resultaba un esfuerzo enorme el sustituirla por una menos susceptible de confusiones. En el caso del ejemplo relativo a la toxicidad de la sustancia, es evidente que el establecer si la misma subsiste, implica simplemente la aplicación de los criterios técnicos existentes para determinar si presenta tales características o no. Ahora bien, con posterioridad a tal verificación, nada obsta para que pueda aplicarse una verdadera y propia discrecionalidad, si a la Administración le es dada la potestad de determinar qué ha de hacer ante el hecho verificado: si prohíbe su uso,

si ordena su destrucción; si acuerda su desnaturalización o su utilización para fines distintos para los cuales originalmente había sido puesta en el mercado; si consiente su uso limitado, etc.<sup>46</sup>

De allí que consideramos que, efectivamente, no existe un tipo de discrecionalidad sustancialmente distinta a la noción que de la misma hemos dado, a la cual pueda denominarse discrecionalidad técnica, ya que esta figura no constituye forma alguna de apreciación valorativa por parte del órgano administrativo, por cuanto con la misma, no le es dado determinar la oportunidad ni la conveniencia del acto. Por lo que respecta a la inenjuiciabilidad de la conducta administrativa en los casos en que actúa dicha discrecionalidad técnica, a nuestro entender la misma ha de excluirse, por cuanto si la norma exige como supuesto de la actuación la existencia de una cualidad, de una condición, de un atributo o modalidad específicas en el objeto que ha de sufrir sus efectos, y para determinarlo la Administración ha de aplicar conocimientos científicos de la especialidad de referencia, es controlable dicha aplicación, pudiendo verificarse si el juicio técnico se realizó o no y si fue correcto o no. No escapa, en consecuencia, en nuestro criterio, la discrecionalidad técnica al control jurisdiccional.

#### 4. *Principio de tipicidad o nominatividad*

Hemos señalado como "principio" a la tipicidad de ciertos actos administrativos, pero para ser fieles a la lógica del sistema de Derecho Administrativo, quizás habría que señalar que más que principio es

46. En la legislación sanitaria relativa a los alimentos, aparecen en forma muy clara las disposiciones contentivas de facultades discrecionales y discrecionalidad técnica. Véase, por ejemplo, en el Reglamento de Alimentos y Bebidas (17 de marzo de 1941), las siguientes disposiciones: "Artículo 345. Los productos alimenticios o licores que se ofrezcan al consumo con infracción de este Reglamento, serán decomisados y destruidos, según el caso, a expensas del infractor y sin ninguna compensación. Cuando los alimentos o licores decomisados sirvan para el consumo humano y la infracción se haya cometido sólo por errores u omisiones en las etiquetas, rótulos o avisos, por inadecuado envasamiento o envoltorio o por infracción de alguna otra disposición de este Reglamento y siempre que estas informalidades puedan ser y sean subsanadas, a juicio de la autoridad sanitaria, el comiso podrá ser levantado y los productos serán devueltos a su dueño, sin perjuicio de la multa correspondiente". "Artículo 346. Cuando los productos alimenticios o licores decomisados no sirvan para el consumo humano, según el dictamen de un laboratorio del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, y la autoridad sanitaria no conceda el permiso para que se utilicen en otros usos, según el artículo 2º de este Reglamento, serán destruidos o inutilizados, levantándose al efecto un acta por triplicado, firmada por el funcionario sanitario que intervenga y por el propietario de la mercancía. En caso de negarse éste, el acta será firmada por testigos presenciales". En las normas citadas está clara la discrecionalidad técnica, cuando se trata de calificar al estado del producto y la discrecionalidad pura o administrativa que permite a la autoridad competente disponer al fin del indicado artículo, una vez que ha efectuado la anterior verificación.

excepción, por cuanto, como veremos de inmediato, su existencia implica la exacerbación del principio de legalidad administrativa. En efecto, hemos visto que la legalidad es la esfera de actuación concedida al órgano administrativo, dentro de la cual opera la discrecionalidad administrativa, esto es, el poder de apreciación, de escogencia de determinación de la oportunidad y conveniencia de los actos. Sin la discrecionalidad la Administración sería un ejecutante automático que se limitaría a atender prescripciones tal como un farmacéutico que elabora la fórmula contenida en el r cipe del médico. La discrecionalidad permite el poder de valoración de los hechos y las circunstancias. Ahora bien, con el principio de tipicidad, la norma vinculante de la actuación administrativa se muestra en toda su severidad, cerrando la vía de cualquier consideración que se aleje del mero proceso de ejecución del mandato en ella contenido. De allí que la tipicidad, si bien tiene una importancia cualitativamente enorme, cuantitativamente se reduce a una categoría específica de actos administrativos.

Hecha la anterior advertencia, es necesario precisar que el principio de tipicidad actúa, sólo en relación a las manifestaciones formales de la acción administrativa, es decir, a los actos administrativos propiamente dichos y, específicamente, en relación con aquellos a los cuales la doctrina denomina "proveimientos administrativos", esto es, a los actos unilaterales de efectos individuales dotados del poder de incidir sobre la esfera jurídica de los destinatarios, extinguiendo los derechos subjetivos o degradándolos a simple interés (imperatividad) e igualmente dotados de ejecutoriedad, esto es, de la idoneidad de que se den cumplimiento a las cargas que el mismo establezca, aun en contra de la voluntad del sujeto sobre el cual la misma recae, y sin necesidad de recurrir para obtenerlo a los órganos jurisdiccionales. En virtud de este principio, los actos regidos por el mismo (proveimientos) se presentan como actos "t picos", esto es, como la actuación de esquemas previamente previstos por una norma expresa, caracterizándose cada uno de tales modelos por la realización de un interés público específico. Este principio operaría así como una garantía del administrado frente a la Administración, por cuanto impide que esos poderes extensos que est  facultada para ejercer sobre su esfera jurídica, queden librados a su propio poder de decisión. Los "modelos" o "tipos" de proveimiento se caracterizan porque, como se señaló, a través de cada uno de ellos, la actuación del organismo administrativo correspondiente trata de obtener la satisfacción de un interés público preciso.

Este primer planteamiento nos coloca ante la necesidad de determinar sobre qué elementos del acto incide el principio de tipicidad.

Al respecto la doctrina no se muestra uniforme, considerando algunos que versa sobre la base teleológica del proveimiento, considerando otros que, por el contrario, recae sobre el contenido. La pregunta que hay que formularse es: ¿qué es lo típico del proveimiento? ¿Es el fin o causa del acto o es la actuación que a través del mismo se desarrolla? A nuestro entender, en el íter lógico de otorgamiento de una facultad de actuación a la Administración que ha de incidir sobre la esfera de los administrados, afectando sus derechos subjetivos, el primer elemento que surge es el teleológico, ya que para dar cumplimiento a un fin específico tutelado por un órgano administrativo, se le acuerda al mismo la potestad de actuar en un sentido concreto. Dicha actuación (contenido del acto) está también perfectamente preestablecida, por lo cual la tipicidad recae esencialmente sobre el motivo del proveimiento y de inmediato sobre su contenido. De allí que, a nuestro entender, no cabe polémica alguna sobre esta materia. Se ha señalado igualmente que al lado del principio de tipicidad, juega a favor de los administrados el principio de articulación en base al cual, no sólo la actuación administrativa idónea que incidirá sobre su situación jurídica ha de estar preestablecida, sino que la actuación a través de la cual la misma se produce debe tener igual origen. Consideramos al respecto que el principio de tipicidad cubre, por ser más genérico, al de articulación, ya que implica no solamente la facultad de actuar en cierto sentido, con cierto contenido y según cierta finalidad, sino también alude a las modalidades de la actuación.

El principio de tipicidad opera en forma tal que la Administración no puede crear nuevas figuras que incidan sobre los derechos o intereses de los particulares, sino que, al actuar sobre tales situaciones, sólo le es dado hacerlo utilizando las modalidades previstas en una norma expresa. Por ejemplo, ante la solicitud de un sujeto de obtener el uso de una invención protegida por una patente, que le es negado por el titular de la misma, la Administración podrá satisfacer su pretensión, atendiendo al tipo de proveimiento que la ley le permite y sólo a aquél. Es posible que ella considere que la vía más idónea para dar satisfacción a la situación planteada, es la de imponer al titular del bien la obligación de otorgar una licencia (licencia obligatoria) al solicitante; pero al no prever nuestro derecho la existencia de tal modalidad, el proveimiento que lo acordara sería atípico, esto es, no encajaría en el supuesto normativo; sería una lesión de la titularidad del derecho de exclusividad sobre la patente, no prevista en la norma. La Administración, siempre en el caso enunciado, podría proceder a la expropiación, ya que la misma es una vía preestablecida; pero en tal hipótesis

tendría que examinar los condicionamientos para su procedencia, entre otros la legitimidad del solicitante, con lo cual nos encontramos con que la tipicidad no sólo recae sobre la individualización del acto, sino que también opera sobre los condicionamientos para su procedencia. Habría que preguntarse: ¿tiene el solicitante condición de expropiante o no la tiene? La tipicidad es, en consecuencia, un molde dentro del cual ha de encajar el supuesto fáctico en su totalidad. La tipicidad se presenta así como un límite de la actuación administrativa que constituye, tal como lo expresa Giannini, un "esquema o forma típica" a través del cual la misma puede valederamente desarrollarse.<sup>47</sup> Este principio deriva de la propia norma facultativa de competencia, la cual, al acordar a un órgano la potestad de actuar, lo circunscribe a ciertos límites, modalidades y objetivos. Si aceptamos que la legalidad es "no contrariedad" con la norma, la tipicidad sería el máximo de la exigencia de "conformidad" con la misma.

El acto típico se presenta en forma semejante a la de aquel cuya emanación está prevista en la norma, porque la Administración está facultada para dictarlo dentro de los lineamientos que la misma ha trazado, operando así como una habilitación previa a la actuación administrativa que afecta los derechos subjetivos de los administrados.

---

47. Giannini, M. S.: *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*. Milán, Giuffrè, 1969, p. 267.