

DISCURSO DE INCORPORACION A LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES, DEL
Dr. J. M. HERNANDEZ RON

Tema: "La Potestad Administrativa Discrecional y su Ejercicio en el
Campo del Derecho Público Venezolano".

Sr. Ministro de Relaciones Interiores:

Señor Presidente y demás Miembros de la Academia de
Ciencias Políticas y Sociales:

Señores:

Me ha tocado en suerte suceder en esta ilustre Academia a uno de sus Miembros fundadores, el distinguido abogado y sagaz político, Dr. Victorino Márquez Bustillos, quien ocupaba en ella el Sillón No. XXX. Fué el Dr. Márquez Bustillos un venezolano integral, figura descollante no sólo de la Región Portuguesaña, de donde era oriundo, sino de todo el País.

Larga tarea sería la de enumerar los méritos ganados por el Académico cuya desaparición lamenta esta Corporación, así como la sociedad venezolana, pues su actividad fué múltiple: durante sus años estudiantiles —en la Universidad Central— actuó como periodista, en unión del Dr. Pedro Vicente Mijares; apenas graduado de Doctor en Ciencias Políticas dirigió Colegios en la Provincia y actuó como Profesor de diversas asignaturas; ocupó curules tanto en las Legislaturas Estadales como en las Cámaras Legislativas de la Nación, las que presidió con suma discreción en varias ocasiones; desempeñó con probidad algunos cargos judiciales; fué Concejal de diversas Municipalidades; intervino en varias de nuestras contiendas civiles, ac-

tuando con ejemplar nobleza y serenidad; en ocasiones ejerció la profesión de Abogado, desempeñándose siempre con pulcritud; y sirvió como funcionario público desde el humilde cargo de Archivero del Ministerio de Hacienda hasta la más alta jerarquía de la Administración Federal, pues fué Presidente Provisional de la República por los años de 1914 a 1922. En el desempeño de este delicado cargo su obra administrativa fué extensísima, pero queremos destacar un hermoso sector de élla, íntimamente vinculado a la cultura venezolana. Como todos vosotros sabéis, la Universidad Central fué clausurada por disposición ejecutiva de 1º de octubre de 1912, a causa de ciertos sucesos estudiantiles ocurridos en aquellos días, a los que se les dió carácter político. Es de suponerse el grave trastorno que sufrió la causa de la Instrucción Pública al cerrar sus puertas nuestra Alma Mater. El estudiantado anduvo por varios años errabundo, desorientado, y siempre con la esperanza de que se reabriera la Universidad en un futuro próximo, a fin de proseguir los estudios interrumpidos. Transcurría el tiempo, y el feliz succso se hacía esperar cada vez más, pese a los impacientes deseos de los interesados. Adviene la elección del Dr. Márquez Bustillos a la Presidencia de la República (19 de abril de 1914), y no deja transcurrir su primer año de Gobierno sin iniciar la solución del estado desconcertante que reinaba en el País por la clausura de la Universidad Central. Es cierto que ésta no abrió sus puertas seguidamente, pero para suplir en lo posible su falta, creó por Decreto de 3 de abril de 1915 una Escuela Práctica de Medicina, en Caracas; el mismo año, a 29 de Diciembre, estableció, por otro Decreto, la Escuela de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales; y al año siguiente, con fecha 5 de julio, erige, por sendos Decretos, una Escuela de Ciencias Políticas y otra de Farmacia en esta Capital, rematando el proceso creador narrado con otro Decreto más, de 19 de diciembre de 1916, por el cual se ordenó instalar una Escuela de Dentistería en la misma ciudad. Los centenares de estudiantes dispersos y

desorientados, entre los que se contaba el exponente, vimos de nuevo brillar la luz de la Instrucción Superior que parecía extinguida y reanudamos los estudios en esas Escuelas independientes, las que al correr de los años integraron, en 1922, la Universidad Central, al promulgarse el Decreto ordenando su restablecimiento.

Este solo rasgo del Gobierno que presidió el Dr. Márquez Bustillos le dá derecho a la más grata recordación y empeña la gratitud de los que nos salvamos de perder la Carrera científica iniciada, ya que no era fácil la empresa de trasladarse a la Universidad de Los Andes, donde no funcionaban todas las Facultades, ni mucho menos a Centros Docentes del Exterior, pues, como es sabido generalmente, no se reconocía la validez de los estudios hechos en Venezuela, sin contar las dificultades de carácter económico y de otros órdenes obstaculizadoras de tales proyectos.

Hecho este justo elogio del Académico desaparecido, damos cumplimiento al precepto reglamentario de esta Ilustre Corporación, presentando el trabajo que de seguida leeremos, intitulado:

LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DISCRECIONAL Y SU EJERCICIO EN EL CAMPO DEL DERECHO PUBLICO VENEZOLANO

I

Breve noticia acerca de las potestades administrativas y su división.

Como es del conocimiento de mis distinguidos colegas, así como de los amantes del estudio de las Ciencias Políticas, se le da el nombre de *potestades administrativas* a las diversas modalidades en que se manifiesta la actividad de la Administración considerada como Poder del Estado.

Tanto el número de las *potestades* como los calificativos para designarlas, y lo que se comprende en ellas, ha mo-

tivado largas discusiones entre los tratadistas de Derecho administrativo. A pesar de esto, podemos adelantar la siguiente división, en la que están de acuerdo la generalidad de los autores:

- 1º.—Potestad ejecutiva o de mando;
- 2º.—Potestad reglada y discrecional;
- 3º.—Potestad correctiva o disciplinaria;
- 4º.—Potestad jurisdiccional.

Sólo nos referimos al segundo término de la división, y, por tanto, analizaremos las *potestades reglada y discrecional*.

En su relación con el derecho preexistente —dice el Profesor Gascón y Marín— puede la Administración ver *reglada* previamente su facultad de mando, señalándosele el modo como debe obrar concretamente o quedando a la *discreción* de los órganos revestidos de la potestad, el sentido en que han de decidirse y ordenar. Es decir, que la Administración puede obrar de dos maneras diferentes, *reglada y discrecionalmente*; obra la Administración de la primera de las maneras indicadas, cuando ha de someter su acción a normas dictadas con especial y detallada aplicación a la materia de que se trata, y, por el contrario, la acción administrativa se puede considerar *como discrecional*, cuando se realiza según la *libre apreciación* de las circunstancias que, con sujeción siempre a la Equidad y a los Principios Generales del Derecho, hará la Administración.

El problema de la distinción entre el aspecto discrecional y el reglado de la actividad administrativa lleva dentro de sí la cuestión de la determinación y fijación de los límites jurídicos de la acción administrativa en sus relaciones con los particulares, porque de hecho, a medida que se extiende el campo de la actividad reglada de la Administración, disminuye la libertad y la eficacia de su acción en la misma medida en que aumentan las garantías jurídicas de los particulares frente a la acción administrativa.

II

La potestad administrativa discrecional en el antiguo derecho.—Concepto moderno de élla, opuesto a la “competencia preestablecida”.

Los autores de Derecho administrativo establecían antojadizamente, en el siglo XIX, marcada oposición entre lo que llamaban las “materias contenciosas” y las “materias no contenciosas o discrecionales”. El tratadista Serrigny, por ejemplo, distinguía “la administración pura” y “la administración contenciosa”. En las materias no contenciosas los actos de la Administración eran, al decir de tales autores, *discrecionales*. Esta distinción ha quedado, hoy en día, universalmente abandonada, en virtud de dos razones: 1.^a Porque no tiene ningún sentido; si preguntamos a los viejos autores cuál es el criterio diferencial de las materias contenciosas y discrecionales, nos responderán: “debe buscarse en la existencia o en la ausencia de todo recurso”; 2.^a Esta distinción, aún admitiendo que fuese racional, no siempre andará de acuerdo con los progresos de la jurisprudencia, y especialmente con la gran extensión dada en numerosos países a la receptibilidad del recurso por “Exceso de poder”. De tal modo que según la expresión del Profesor Duguit, actualmente, en Francia, puede afirmarse que ya no existen actos discrecionales o de pura administración, o sea, actos por los cuales no se le permita a quien tenga interés, demandar la anulación ante Consejo de Estado.

Mas, en el fondo, resultará siempre exacto el hecho de que la Administración, en todas sus decisiones, tiene un margen de apreciación donde advertimos su soberanía. Propiamente hablando no hay actos completamente discrecionales, y, sin embargo —como escribe Hauriou— en todos los actos administrativos hallamos, con variable intensidad, según los casos, vestigios del *poder discrecional*.

Los tratadistas franceses impugnadores de la existencia plena del poder discrecional deben tener muy en cuenta que esta doctrina si bien respondió a las condiciones peculiares de la gran nación latina, "con su excesivo régimen parlamentario" que la trajo tantos males; donde el Presidente de la República fué calificado "como una figura decorativa", no está perfectamente de acuerdo con el medio político venezolano, donde impera el régimen republicano presidencialista, con ejecutivo fuerte, y donde el Jefe del Poder Administrativo, como ocurre en los EE. UU. de Norte América, México, Colombia, etc., "es casi un Monarca", en razón de la potestad de mando conferídale constitucionalmente.

Cómo se define el *poder discrecional*? Para Michoud, es la facultad de la Administración de obrar libremente sin que su conducta esté determinada por la regla de derecho; para el Prof. Bonnard, es un poder de libre apreciación que la ley o el reglamento dejan al agente público; y por último, otros dicen que es la libertad en que está la Administración para actuar discrecionalmente en un caso dado, especialmente en cuanto a la oportunidad del acto (Dr. Pareja). Así, por ejemplo, la Autoridad Superior de Policía de una localidad (Jefe Civil de Distrito, Jefe Civil de Municipio, etc.) debe, de acuerdo con lo dispuesto en los Códigos de Policía y en las Ordenanzas Municipales correspondientes, hacer uso de todas las facultades que le confieren las leyes y adoptar todas las medidas "apropiadas" para descubrir las tramas, maquinaciones y confabulaciones que se formen contra la seguridad del Estado, la tranquilidad pública, el libre uso de los derechos políticos de los ciudadanos, el ejercicio de las funciones legales de las corporaciones y funcionarios públicos, etc. Para cumplir su cometido, la Autoridad Policial resolverá por sí misma en qué consistirán las medidas "apropiadas" que pondrá en juego. Mas la discrecionalidad puede ser aún de mayores alcances, pues en ejercicio del principio jurídico-administrativo de la subordinación jerárquica, el Superior, en vez de aplicar por sí

mismo las medidas apropiadas, puede comunicar instrucciones generales a los órganos subalternos sobre la forma en que han de aplicar la potestad discrecional a la situación concreta contemplada (1).

Como hace poco advertimos, hay oposición entre el poder discrecional y la *competencia preestablecida* (potestad reglada), o sea, cuando la Administración toma decisiones sugeridas con antelación por la ley; aquélla (la Administración) no tiene otro camino sino el de aplicar la ley al caso particular que motiva su dictamen. Como observa el tratadista Waline, en semejantes casos la ley no deja a la Administración ninguna facultad de apreciar los hechos, sino que le indica, imperativamente, la conducta que debe seguir. Citaremos como ejemplos de casos corrientes donde la Administración tiene competencia reconocida: el otorgamiento de patentes de navegación, la liquidación de las deudas del Estado, la entrega de licencias de cacería, la expedición de pasaportes a las personas que viajan al Exterio, etc.

Los ejemplos enunciados son tan claros que no ameritan explicaciones complementarias, pero si enfocamos uno solo de ellos —el de la entrega de “las licencias de cacería”— diremos que el Jefe Civil del Municipio que la expide —previa la presentación del comprobante de empadronamiento del arma por parte del cazador— no tiene por qué investigar si la persona que solicita la licencia hará buen o mal uso de ésta, sino si élla reúne las condiciones legales para tener derecho a ejercer la cacería, ya como industria,

(1) Véase el Título I, Capítulo I, del Código de Policía del Estado Guárico, de 30 de enero de 1935 (Gac. Of. del Est. Guárico, No 672). —En la adopción de las medidas policiales que debe ejercitar la Autoridad Civil, ésta obrará con la mayor prudencia, ya que, jurídicamente hablando, el abuso de la potestad discrecional que pueda cometerse, equivale a una extralimitación de facultades, y toda extralimitación en el poder discrecional constituye un acto ilícito (Fleiner), de cuya ejecución pueden derivarse responsabilidades civiles y penales para comitente y comisionado.

ya como deporte o con finalidades científicas (2). El Profesor Waline compara muy pintorescamente la Administración obrando en virtud de la competencia predeterminada, con un acomodador de teatro que, pese a sus buenos deseos de complacer, carece de iniciativa para colocar a su antojo los espectadores y está obligado a seguir las indicaciones impresas en los billetes de entrada al espectáculo.

III

Opinión acerca de la inexistencia del poder discrecional

El tratadista alemán Tezner (lo mismo que Le Fur, Duguit y otros) niega la existencia del poder discrecional. Es incierto —afirma Tezner— que la Administración tenga aún en los actos que parecen más libres, verdadera libertad en la escogencia de la decisión que va a tomar; su facultad volitiva no guarda semejanza con la del galán que, caprichosamente, indica las flores para confeccionar un buque, o con la del comensal que escoge a su gusto los platos y manjares en la Carta del restaurant. Tezner nos quiere decir, en resumidas cuentas, que la fantasía está fuera de la órbita de las decisiones administrativas. El hecho de que la autoridad gubernativa obre siempre impedida en el sentido de dar satisfacción al *interés general*, la somete a una verdadera norma jurídica: la de alcanzar el mayor bien del Estado y de la colectividad.

Otro tratadista, el francés Giraud, critica la doctrina de Tezner, inspirada en la jurisprudencia administrativa alemana de la época, reprochándola por teórica y abstracta. Según Giraud, lo que ocurre frecuentemente en infinidad de casos, comprobados en la práctica es que, aún para tomar la más sencilla resolución, el funcionario público pue-

(2) Consúltese la Ley de Caza, de 21 de agosto de 1936, a la p. 220 del Tomo LIX, Vol. 2º de la "Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela".

de carecer de la soltura indispensable al completo acierto de aquélla. Ejemplo: el Jefe del Estado, bien directamente o por medio del Ministro a quien compete la materia, necesita seleccionar entre dos candidatos el más apto para desempeñar la Administración de tal Aduana. Si los méritos respectivos de ambos candidatos se equilibran sensiblemente, la meditación en la escogencia revestirá limitado interés; pero, por otra parte, las aptitudes del uno pueden ser muy superiores a las del otro, y debido a la premura de las circunstancias concomitantes hízose imposible la estimación previa de los méritos y conocimientos técnicos en el ramo aduanero, poseídos por los dos candidatos. Podríamos calificar de temerario a quien dijese que, en el segundo supuesto del caso enunciado, el superior jerárquico obró con plena libertad y, por ende, realizó una buena o mala elección.

IV

Algunos ejemplos de actos discrecionales, entresacados de las leyes y reglamentos administrativos venezolanos.

Numerosas leyes y reglamentos administrativos nos suministran, a granel, ejemplos de "actos discrecionales". Tal ocurre en la aplicación de ciertas normas de la "*Ley sobre Hidrocarburos y demás Minerales Combustibles*", y de los *Reglamentos Sanitarios*.

Así vemos que cuando una persona o Compañía se presenta al Ejecutivo Federal, por órgano del Ministerio de Fomento, como aspirante a obtener una concesión de exploración y explotación de Hidrocarburos, o de explotación solamente, formulando su correspondiente solicitud, el Ejecutivo no está obligado a satisfacer la aspiración, sino que puede acceder o nó a ella. El otorgamiento de la concesión solicitada *es un acto discrecional*, y la declaración de voluntad del Ejecutivo Federal se pondrá de manifiesto mediante la Resolución del Ministerio de Fomento, la cual in-

dicará que el Gobierno tiene a bien acceder a lo solicitado (3). Mas, el Ministro de Fomento cometería *un abuso* del poder discrecional si niega arbitrariamente la concesión petrolífera solicitada, alegando, verbi-gracia, —en contradicción evidente con la situación de hecho imperante— la falta de necesidad de aumentar el desarrollo de la riqueza del subsuelo nacional; o si niega la concesión a solicitantes plenamente capacitados, técnica y económicamente, para para su explotación, y la concede a otros que no reúnen esas indispensables condiciones. Jurídicamente hablando, el abuso de la potestad discrecional —en casos análogos a los citados— equivale, a juicio de algunos autores (Fleiner, Merkl, Hauriou), a una extralimitación de facultades, y toda extralimitación en el ejercicio del poder discrecional constituye un *acto ilícito* (4). Así, pues, los funcionarios públicos, deben saber que la Ley les acuerda el poder discrecional para el bien público y nunca para servirles de pretexto encubridor de facultades mal empleadas (Dr. Pareja).

En el cumplimiento y ejecución de los Reglamentos Sanitarios Nacionales hallamos otra preciosa fuente de actos típicos de la clase analizada. Véamos: los médicos que están al frente de las Oficinas de Sanidad de los Estados, tienen la obligación de comunicar diariamente al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social los casos de *enfermedades legalmente notificables*, que se presenten en sus respecti-

(3) Véanse los Ats. 12 y 18 de la Ley sobre Hidrocarburos y demás Minerales Combustibles, de 21 de diciembre de 1938, Gacet. Of. Extraordinaria del 6 de enero de 1939.

(4) Como advertimos en la Nota No. 1, de todo acto ilícito pueden derivarse responsabilidades civiles y penales para su ejecutor. De otra parte, en los ejemplos citados nos referimos al abuso del poder discrecional, pues, cuando el órgano administrativo ejerce tal poder manteniéndose dentro de la apreciación prudencial del caso concreto, sus determinaciones escapan al control de los tribunales para hacer efectiva la responsabilidad consiguiente (Michoud).

vas jurisdicciones (peste bubónica, viruela, tosferina, tifus exantemático, lepra, etc.). Ahora bien, como el territorio nacional es muy extenso, y a veces por deficiencia de los servicios públicos de comunicaciones las cartas y telegramas demoran para llegar a su destino, el Médico de Sanidad ante el peligro de que una enfermedad epidémica se pueda extender a toda la población de la localidad, está obligado por el Reglamento en cuestión, a tomar, sin pérdida de tiempo, y entretanto reciba instrucciones del Ministerio, la medida o medidas profilácticas que, *a su juicio*, el caso requiera. El médico, en esta emergencia, obra *discrecionalmente*, al emplear, siguiendo las inspiraciones de su ciencia y de su experiencia, la medida que considere indispensable para impedir la propagación de la epidemia: el médico *actuará discrecionalmente*, o mejor dicho, bajo su responsabilidad, especialmente, si para combatir e impedir la difusión del morbo existen diversos métodos, y se decide empleando uno solo de ellos.

En otras ocasiones la Ley de Sanidad Nacional faculta al Ejecutivo Federal —cuando ello fuere preciso— en todos los casos en los que los propietarios no observen en sus inmuebles las disposiciones de la Higiene Pública, y se necesite extinguir una enfermedad contagiosa (peste bubónica, fiebre amarilla, poliomiélitis, etc.), o se requiera combatir una epidemia o evitar una amenaza inminente de la salud pública, para ordenar la ocupación temporal de la propiedad y aún su destrucción, indemnizando al propietario en la forma que lo determine la Ley. En estos casos se deja *a juicio* de la autoridad sanitaria tomar tan graves medidas, las que revisten igualmente *carácter discrecional*, por disposición legal expresa y por necesidad administrativa (5).

(5) Véase el Art. 17 de la Ley de Sanidad Nacional de 21 de julio de 1938, a la p. 22 del Tomo LXI (Vol. II) de la Recop. Cit.

V

Necesidad del poder discrecional

Entre los autores que han estudiado el poder discrecional, según vimos, hay algunos que niegan la necesidad de su existencia. Otros al contrario, la reconocen. Michoud confiesa que este poder es indispensable para administrar bien. "El poder discrecional se explica y justifica dentro de un régimen de derecho, porque él contribuye a adaptar las normas legales, siempre abstractas, a las necesidades cambiantes y con frecuencia imprevisibles, de la vida práctica; porque él permite a la Administración hacer una apreciación técnica de aquellas necesidades y de los medios que conviene emplear para satisfacerlas, ya que, para el efecto, las autoridades administrativas están mejor preparadas que el Poder Legislativo; y por último, porque mediante dicho poder se hace posible lograr la aplicación equitativa de la Ley, examinando cada caso individual."

Pero la justificación de la facultad discrecional de ninguna manera debe entenderse como la conveniencia de que ella sea establecida como un principio general al lado del principio de la legalidad, o en posición superior a éste, pues si así fuera, se significaría una regresión al gobierno personal, que pronto se convertiría en el predominio de la arbitrariedad.

Por el contrario, la flexibilidad de la ley que se logra con la facultad discrecional, debe ser la excepción, no tanto porque el uso de ella sea perjudicial en sí mismo, sino por *las facilidades que presta en administraciones no controladas por sólidos principios de moralidad*, para que degeneren en la sustitución de intereses personales y de partido, a los de la misión suprema que el Estado debe realizar.

Es por esto por lo que los administrados postulan invariablemente la restricción del poder discrecional, pues de otro modo les falta la seguridad necesaria en una sociedad civilizada.

De aquí resulta que dicha facultad no debe otorgarse en cualquiera ley sin considerar el asunto que ésta regule, ni tampoco en los casos en que sea indispensable consignarla, debe entenderse sin ninguna limitación (Waline, Fraga Jr.)

Ahora bien, cuál debe ser el campo de aplicación de la facultad discrecional? Cuáles los límites que restrinjan su ejercicio?

El Profesor Fraga Jr. contesta a las preguntas antecedentes en una forma tan concisa, que nos mueve a transcribir su contenido.

“Sería sumamente difícil poder precisar —dice— aun teóricamente, los casos en que es posible admitir el otorgamiento de la facultad discrecional y aquéllos en que no debe admitirse.

Sin embargo, no resulta aventurado señalar algunos lineamientos generales, basándose para ello, por una parte, en los principios de la legislación constitucional que obliga a dar seguridad y certidumbre a ciertos derechos, y por la otra, en las consecuencias que impone la función misma de la facultad discrecional.

Desde el primer punto de vista, la autoridad debe tener una competencia ligada por la ley y no un poder discrecional en todos aquellos casos referidos a las garantías individuales, en que la Constitución exige que dichas garantías sólo pueden afectarse por mandato de la Ley.

En dichos casos, si se otorgara una facultad discrecional, se produciría el resultado de que la Administración se sustituiría al Poder Legislativo, violándose así el principio de la “reserva de la ley” según el cual la competencia legislativa es exclusiva del Poder encargado de legislar, esto es, del Congreso. Tal sustitución está prohibida constitucionalmente, y por lo que atañe a Venezuela, el Pacto Federativo establece, imperativamente, que “la facultad de legislar que corresponde al Congreso no es delegable” (6).

(6) Véase el Art. 88 de la Constitución Nacional de 1936.

Desde el segundo punto de vista, o sea el relativo a la función que desempeña la facultad discrecional, debemos decir que, como dicha función consiste en dar flexibilidad a la ley para adaptarla a circunstancias imprevistas, o para permitir que la Administración haga una apreciación técnica de los elementos que concurren en un caso determinado, o pueda, por último hacer equitativa la aplicación de la ley, el dominio de dicha facultad debe extenderse a aquellos casos en los cuales exista la posibilidad de muy variadas ocurrencias; en que realmente concurren elementos cuya apreciación técnica no pueda ser regulada de antemano, o en que, por último, el principio de igualdad ante la ley, quede mejor protegido por una estimación de cada caso individual.

Las conclusiones derivadas de los dos puntos de vista indicados, deben combinarse en forma tal que en la ley se conserve un minimum de competencia ligada, que sea salvaguardia de los derechos de los particulares, al lado de la competencia discrecional que sea estrictamente necesaria para evitar un sacrificio de los intereses públicos esenciales.

Es por eso por lo que el dominio normal de la facultad discrecional se encuentra en la legislación de policía, esto es, en aquella cuya finalidad es prevenir cualquiera alteración de la seguridad, tranquilidad o salubridad públicas”.

El Profesor español Velasco Calvo, al referirse al mismo punto de la limitación de la facultad discrecional, dice que ella aparece frente a la ausencia de una norma objetiva, por manera que obra en este caso interpretando la voluntad legislativa omitida. Pero seguidamente precisa aún más la limitación de que tratamos, cuando escribe: “los actos administrativos pueden ser discrecionales en tres supuestos distintos: por disposición legal expresa; por silencio de la ley, y por necesidad administrativa”.

VI

No es lo mismo "poder discrecional" que "poder arbitrario"

Ahora bien, el *poder discrecional* es distinto del *poder arbitrario*. Este — al decir de Michoud — sería el poder conferido a determinada autoridad, de obrar según su voluntad personal, según sus caprichos o su humor. . .

Otro tratadista enseña: la facultad discrecional debe distinguirse del poder arbitrario, pues mientras éste representa la voluntad personal del titular de un órgano administrativo, que obra impulsado por sus pasiones, sus caprichos y sus preferencias, aquélla, aunque constituye la esfera libre de la actuación de una autoridad, tiene un límite en el interés general, cuya satisfacción corresponde a dicha autoridad" (Dr. Fraga).

Valgámonos de algún ejemplo para hacer más inteligible la distinción antecedente: supongamos un examen de cualquiera asignatura de Ciencias Políticas o de Medicina en la Universidad. La "*Ley de Educación Nacional*" ordena a los examinadores, al verificar la prueba oral (en los exámenes parciales), oír la exposición de cada aspirante durante quince minutos sobre temas sacados por la suerte de las sinopsis respectivas, pudiendo interrumpirlo para hacerle las preguntas que estime convenientes, concretándolo a la cuestión, u obligándole a cambiar de tema (7); pero dicha Ley no les ordena que deberán hacer tantas preguntas a cada examinando. Esto dependerá del criterio de los miembros del Jurado. Además se estatuye — como es lógico — que para pasar al curso inmediato superior deben rendirse todos los exámenes del año precedente y obtener, cada alumno, una calificación determinada, mínima, de 10 puntos. Realizado el examen en la forma descrita y hecho

(7) Véase el artículo 183 de la "*Ley de Educación Nacional*", de 16 de setiembre de 1940, Gaceta Oficial, Número Extr. del 9 de agosto de 1941.

el cómputo de las calificaciones obtenidas en las demás pruebas, el Jurado otorgará a cada quien la calificación que merezca (facultades regladas). Como la Ley no ordena a los examinadores hacer dos, tres o cinco preguntas a cada joven, los jurados podrán hacer las que estimen convenientes, a fin de adquirir certidumbre de los conocimientos de cada alumno en la materia de referencia (facultades discrecionales). Si un alumno es aplazado, a pesar de haber rendido un buen examen, quiere decir que nos hallamos en presencia de una arbitrariedad, porque el fin de la función docente es que el alumno adquiera conocimientos. Si los demuestra debe ser promovido y recompensado con una justa calificación. El aplazamiento injusto contraría el fin de la función y acusa arbitrariedad en quien lo pronuncia (8).

La historia de los países del mundo a cada paso nos brinda ejemplos de la confusión sufrida no por agentes secundarios de la Administración Pública, sino por encopetados gobernantes para quienes "la discrecionalidad es la arbitrariedad". Los gobernantes no deben nunca abandonar el cauce legal, o sea, lo previsto por la voluntad legislativa expresada en la Constitución, los Códigos y demás ordenamientos, y particularizando, en cuanto a Venezuela se refiere, rigen en el País limitaciones para la Administración Pública derivadas de la concepción del Estado como "Estado de Derecho", y, en consecuencia, la Administración deberá someterse en todo momento al imperio de los preceptos constitucionales y a los contenidos en la legislación vigente (9).

(8) Nuestro ejemplo está calcado en el que trae el texto sobre "Derecho Administrativo", del autor chileno, Dr. Iribarren.

(9) Para mayores informaciones sobre la "potestad discrecional" y la distancia enorme que la separa de las "medidas arbitrarias", pueden consultarse las monografías intituladas "Le Pouvoir Discretionnaire", por los profesores Laun, de la facultad de Hamburgo, y Harold Laski, de la Universidad de Londres, a las Págs. 113 y 163, respectivamente, del "Annuaire de L'Institut International de Droit Public", año 1935.

No faltan autores que apoyan la diferencia entre el "poder discrecional" y el "el poder arbitrario" en que, si bien aquél no está sometido a ninguna limitación legal particular, hállese vinculado, frecuentemente, a los *servicios públicos*, lo que no permite a los funcionarios administrativos obrar sino teniendo como mira el *interés general*. Así, podemos juzgar exacta la opinión de Tezner, según la cual el poder discrecional no puede concebirse como *un cheque en blanco* dado a la Administración, sino que todos los aspectos de la actividad desarrollada por ésta, deben orientarse y satisfacer el aludido *interés general*. Y es de observarse la aproximación de criterios entre la afirmación precedente y lo escrito por Goodnow, para quien, en todo caso, "lo discrecional está limitado por *la Constitución y los intereses colectivos*".

Siendo, pues, en este nuevo plano de apreciación, el *interés general* o los *intereses colectivos* el dique formado para contener la discrecionalidad de los funcionarios públicos, éstos no pueden desviar el ejercicio de las facultades que la Constitución y las leyes especiales les otorgan, para satisfacer *intereses personales*.

Así, por ejemplo, si la autoridad sanitaria tiene la facultad para hacer la calificación y determinación de los medicamentos de comercio corrientes en Farmacias y Droguerías, no puede excluir un medicamento preparado por A para evitar la competencia desleal que pueda hacerle al preparado por el boticario C, pues dicha autoridad sólo puede tomar en consideración los *intereses públicos*, no los *intereses particulares de un comerciante*, y no toda clase de intereses públicos, sino los que se refieren específicamente a *la salubridad general del país* (Waline).

VII

La discrecionalidad en el ejercicio de la función legislativa

Por regla general, lo *discrecional* va siempre referido a la Administración, pero esto no quita que se manifieste

en todas las funciones del Estado: ya en la legislativa, ya en la judicial.

El Derecho administrativo no se distingue de los demás campos jurídicos por la mayor amplitud de *la discrecionalidad*. La concedida por el Derecho constitucional al legislador es, por término medio, más amplia, porque este Derecho tiene entre otras finalidades la de determinar la competencia y el procedimiento para la legislación, facultando ampliamente a los parlamentaristas para precisar el contenido de la Ley.

Cuando la Constitución concede la competencia de legislar al órgano legislativo (Congreso Nacional) sobre una materia cualquiera, por ejemplo, sobre *Expropiación por causa de Utilidad Pública* y regula el procedimiento legislativo, ¿no le otorga, de una manera tácita, *absoluta libertad discrecional* en lo que se refiere al contenido de la Ley? Indudablemente que sí, pero el contenido de esa Ley de Expropiación interesa poco mientras no contradiga las demás disposiciones constitucionales que garantizan la inviolabilidad de la propiedad privada.

En Venezuela el Poder Legislativo está limitado por la Constitución Nacional, cuyos preceptos debe siempre acatar. Por manera que la *discrecionalidad legislativa* no envuelve la virtud de lesionar los derechos de los particulares garantizados por la Carta Fundamental (10). La facultad legislativa no podría destruir, por ejemplo, el derecho de propiedad, y si lo lesiona, en estricta equidad impondría-se conceder a las partes perjudicadas una justa indemnización. Tal lo que ocurrió al ser sancionada la "Ley de Abolición de la Esclavitud", de 24 de marzo de 1854, puesta en vigor bajo la Administración del General José Gregorio Monagas. Como los esclavos eran *cosas*, constituían una propiedad valiosa para los dueños de predios agrícolas, por manera que la liberación de ellos menoscababa ese de-

(10) Los derechos que la Nación garantiza a los venezolanos, constan en el Art. 32 de la Constitución Nacional.

recho constitucional. Para evitar este cercenamiento, el artículo 4º de la Ley de 1854 estableció que los dueños de esclavos serían indemnizados del valor que estos tenían por la tarifa, o a juicio de facultativos en caso de enfermedad, con los fondos destinados o que se destinasen al efecto, lo que al fin originó —como sabemos— la creación de una deuda a cargo del Estado Venezolano (Deuda Interna). (11).

Otro ejemplo nos lo suministra la llamada "*Ley de espera y quita*", de 9 de abril de 1849 (12), dictada con el propósito de sacar de la postración en que yacían, en esa época, las industrias del País. Muchos comerciantes habían caído en atraso sin su culpa, y la medida legislativa era calificada por el Congreso no sólo de conveniencia pública sino de "*justicia social*". La espera que obligatoriamente tenían que conceder los acreedores no bajaría de seis años, a menos que el deudor la hubiese pedido por menos tiempo; pero el Juez tenía la facultad de concederla hasta por nueve años. El beneficio de esta ley comprendió no sólo a los deudores ya demandados en el momento de entrar élla en vigencia, sino que amparaba a los mismos por el mero hecho de haber pedido judicialmente *la espera*, pues se ordenaba imperativamente suspender todos los juicios sobre cobros al deudor, sea cual fuere el estado que tuviere el expediente.

"La ley de referencia fué presentada en proyecto por el Ejecutivo a las Cámaras, y muy bien se la podía considerar como una reacción contra la ley de 10 de abril de 1834 sobre *libertad de contratos*, que fué llamada "*Ley de la usura*". Como toda medida reaccionaria, traspasó los límites del derecho y fué a herir la propiedad.

La ley anterior de 5 de mayo de 1841 (reformada por la de 1849), admitía *la espera*, pero siempre que fuera con-

(11) Puede consultarse la Ley de 1854, a la p. 124 del Tomo III de la Recop. cit.

(12) Recop. cit., Tomo II, p. 499.

cedida por todos los acreedores; de tal modo que si faltaba la voluntad de uno solo de éstos, no podía concederse. El Congreso de 1849 discutió largamente esta ley, y triunfó el espíritu reaccionario y quedó fuertemente dañado el derecho de propiedad y violada la Constitución" (13). No pudiendo los acreedores ejecutar a sus deudores, ni reclamarles los intereses vencidos, que la ley declaró cancelados, el cúmulo de obligaciones que se vino encima al Estado Venezolano por esta antieconómica e ilegal medida, que se salía del marco señalado a *lo discrecional*, originó una nueva Deuda Pública, para poder nuestro Gobierno indemnizar a los acreedores perjudicados, pues la Nación por ley de 1850, se constituyó como deudora respecto a los acreedores que así lo prefirieron (14).

VIII

La discrecionalidad en el ejercicio de la función judicial

Los funcionarios del Poder Judicial tienen también *facultades discrecionales*, equiparables, hasta cierto punto, con las que concede la Constitución al legislador. El Código Civil contiene infinidad de fórmulas usuales de discrecionalidad, por ejemplo, cuando ordena, en relación con "los efectos de los contratos", que éstos deben ejecutarse de "buena fe" (15). En el presente caso la ley sólo da al Juez una orientación general, señalándole el criterio a seguir: lo remite a la "buena fe", o sea, que en cada litis debe resolver la pugna *apreciando* si la parte demandada se comportó como corresponde a las personas honradas y conscientes de su deber. Pero a veces la ley no señala al Juez la orientación a seguir, sino que *calla* en absoluto, ya *intencionalmente*, porque el problema no estaba aún maduro para su solución o porque *no se había previsto* la cuestión.

(13) Dr. F. González Guinán, "Historia Contemporánea de Venezuela", Tomo V, p. 43.

(14) Recop. cit., Tomo II, p. 590.

(15) Véase el Art. 1.199 del Código Civil.

En todos estos casos, el juez tiene que encontrar por sí mismo la norma para la decisión, en razón de haber quedado indeterminada en la ley (lo que llaman los alemanes "*investigación del derecho*").

Es punto culminante de nuestra Legislación Procesal el de imponer la necesidad de que toda cuestión de derecho planteada en la práctica tribunalicia tenga solución jurídica inmediata. A esta aspiración responde el artículo 9° del Código de Procedimiento Civil. Es obligatorio para los jueces decidir los litigios, sin que les sirva de excusa el silencio, la contradicción o deficiencia de la ley, o la oscuridad o ambigüedad de su términos, por manera que si el Magistrado judicial no pudiere decidir el pleito con una disposición expresa de la ley, tendrá en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y si el caso fuere todavía dudoso, se decidirá conforme a "*los principios generales del derecho*" (16). El margen de discrecionalidad de que goza en este caso el juez, es amplio, pues le está conferida la potestad de "*integrar el derecho*".

Pero en el Código de Procedimiento Civil es donde se precisa, categóricamente, la norma de la discrecionalidad de que gozan los jueces en el ejercicio de su augusto ministerio: 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" (17). Todas las condiciones con las cuales rodea el artículo transcrito esas determinaciones del Juez o Tribunal —dice el tratadista nacional Dr. Marcano Rodríguez— "demuestran que el arbitrio del juez no puede consistir en hacer *caprichosamente* uso de la facultad que se le otorga, pues ésta no es libre y absoluta, sino circunscrita al radio de lo racional y de lo equitativo, a fin de que no sean lastimados inconsul-

(16) Véase el Aparte Unico del Art. 4° ejusdem.

(17) Véase el Art. 13 del Cod. de Proced. Civil.

tamente los derechos de las partes". Y seguidamente agrega que la disposición procesal comentada "obedece a la imposibilidad en que el legislador se encuentra de disciplinar todas las no escasas situaciones que pueden ofrecerse en la práctica de los procesos. Ante la diversidad de esos eventos y sus múltiples caracteres peculiares, según la naturaleza íntima de los litigios y la compleja juridicidad de los hechos que en ellos concurren, la ley se ha visto en la necesidad de encomendar a *la sana razón* de los jueces la solución equitativa de los casos, en los que ella no establece, ni podría jurídicamente establecer, un categórico mandamiento" (18).

También la Ley Penal da extenso campo a *la discrecionalidad*. El sentido del *arbitrio penal* es el de otorgar cierto margen de elección a las autoridades que han de aplicar la pena, para que de este modo la individualicen, esto es, adecuen la medida de la pena al delito o falta perpetrados. Como sabemos, se aplica normalmente el término medio de la pena señalada en el Código Penal para reprimir la infracción delictual, pero el Juez, haciendo una *apreciación discrecional*, reducirá el castigo hasta el límite inferior o lo aumentará hasta el superior, según el mérito de las respectivas circunstancias atenuantes o agravantes de la culpabilidad que concurren en el caso concreto, debiendo, además, compensárselas cuando las haya de una y otra especie (19).

IX

La potestad discrecional y la teoría de la "autolimitación de los poderes"

Si el Poder Legislativo ha establecido una regla general en la Constitución, ¿podrá él mismo derogarla en casos especiales? La jurisprudencia francesa responde negativa-

(18) Dr. R. Marcano Rodríguez "Apuntes Analíticos sobre las materias fundamentales y generales del Código de Procedimiento Civil", Tomo I, p. 82.

(19) Véase el Art. 37 del Código Penal.

mente, lo que se expresa generalmente por el adagio *Legem patere quam facisti: sufre la ley que has hecho para ti mismo* (Waline). Esta solución no resultaría discordante en el seno de la legislación patria, por manera que si el Congreso Nacional, verbigracia, viola deliberadamente una norma constitucional incluida en el Pacto Federativo, cometería grave arbitrariedad, lo que equivaldría a un *exceso de poder*, según el decir de los tratadistas franceses.

Como anotamos hace poco, en Venezuela el poder legislativo está limitado por la Constitución Nacional cuyos preceptos no puede violar. Está incorporada en el espíritu y aún en la letra de nuestro ordenamiento, la llamada "*teoría de la autolimitación de los poderes públicos*", que es una concepción del Estado a la cual llegó el jurisconsulto Jellinek, en su afán de estudiar las instituciones como una parte de la ciencia política, concepción no reñida con la noción moderna del Estado, que siendo soberano, es, al propio tiempo, un "*Estado de Derecho*".

"En la actualidad el Estado se encuentra organizado sobre el Derecho; es decir que él no vive, no actúa ni se mueve sino bajo la existencia de un régimen jurídico" (Dr. de Vedia y Mitre).

El Estado, por medio de su Organó Legislativo, se dá una Constitución, y dicta al propio tiempo "una serie de leyes orgánicas que establecen los principios jurídicos sobre los cuales se asienta y establece el régimen de garantías dentro del cual el propio Estado actúa y se desenvuelve". La Constitución y estas leyes someten, pues, al Estado, al régimen jurídico que él mismo dictó, de donde deducimos que su soberanía, aparentemente ilimitada, "se encuentra restringida por el régimen jurídico, o de derecho, que caracteriza al Estado Moderno".

Contradice esta doctrina el ilustre Profesor francés Duguit, porque a su juicio, "El Estado no puede al mismo tiempo ser soberano y sometido a la ley que el mismo dicta", pues, "con la misma soberanía que emplea para crear

la ley, puede derogarla, y, por tanto, no puede ser sujeto de un derecho que puede modificar a su placer" (Dr. Bauidizzone).

Mas "los autores alemanes contestan las argumentaciones del maestro francés diciendo que "el Estado es de tal manera soberano que *puede autolimitarse*, es decir limitarse a sí mismo el radio de su acción, a fin de establecer "un régimen de derecho" que sea una garantía de la existencia social" (Dr. de Vedia y Mitre).

Pensamos, al igual de algunos tratadistas franceses y argentinos, que "la teoría de la autolimitación es inatacable y caracteriza la verdadera organización moderna de los Estados", y es acatando este avanzado principio de doctrina constitucional, que se da la mano con otro de carácter esencial: el de "la separación de los poderes", que nuestra Carta Fundamental recalca la norma básica según la cual "la definición de atribuciones y facultades señala los límites de los Poderes Públicos", adicionando la ineficacia y nulidad de todos aquellos actos realizados con extralimitación de atribuciones, ya que en un "Estado de Derecho" resulta inconcebible la usurpación de funciones de un Poder con respecto a otro (20).

Nuestro Poder Legislativo está, pues, limitado por la Constitución Nacional. No podrá el legislador, ni aún en su carácter de Constituyente, variar, por ejemplo, determinadas normas imperativas, como la concerniente a *la forma republicana de Gobierno que nos rige*, pues nuestra Ley Suprema encierra el siguiente artículo terminante: "El Gobierno de los Estados Unidos de Venezuela y el de cada uno de los Estados de la Unión *es y será siempre republicano, federal, democrático, electivo, representativo, responsable y alternativo*" (21). Por supuesto, a estas características no puede atribuírselas idéntico valor: de ellas las fundamenta-

(20) Véanse los Arts. 41 y 42 de la Constitución Nacional (1936).

(21) Véase el Art. 13 *eiusdem*.

les son *la forma republicana y democrática de Gobierno*, cuya perennidad debe asegurarse a todo trance (22), pues ella ha respondido siempre a los anhelos del País y responde al actual momento histórico. (23).

En este orden de ideas, el Profesor Hauriou se pregunta si existen principios superiores al Constituyente que éste debe respetar, aún en la elaboración de la Carta Fundamental. Y en su opinión sería erróneo creer que la superlegalidad constitucional no se refiere más que a lo que consta en la Constitución; comprende también todos los principios fundamentales del régimen, es decir los principios individuales —que son la base del Estado— y los prin-

-
- (22) Hemos negado aún al Poder Constituyente la potestad de cambiar "la forma republicana de Gobierno que nos rige", y pensamos que en tal afirmación habrá de acompañarnos todo venezolano amante de la Patria y de la ideología bolivariana.
- (23) No nos aventuramos a juzgar como real la modalidad federativa de nuestro régimen republicano. La Federación —antes como ahora— se adelanta al medio nacional mucho más de lo debido. "Toda ley, y con mayor motivo la fundamental, ha de ser, pareciendo un símil del maestro Ortega y Cassel, "estribo y espuela", apoyo y acicate: frente al sentido romántico, y por ello atrayente, pero conservador, de la costumbre, la Ley es progresiva y debe ser innovadora; ahora bien, si avanza demasiado y exige a la colectividad un esfuerzo superior al legítimo, la Carta Fundamental no logra aquel séquito de asentimientos que le proporciona efectividad" (Prof. Pérez Serrano). "La verdadera Constitución de un país —dijo Lasalle— sólo reside en los factores reales de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social." El régimen federativo sirve para darle unidad a lo heterogéneo. Por esta razón existe en los Estados Unidos de Norte América, donde tantas desemejanzas hubo y hay de razas, de costumbres, de idiomas, de legislaciones, etc. La carencia de factores de índole semejante en la realidad social venezolana justificarán que entre nosotros no haya arraigado el federalismo: éste es una copia bastarda de instituciones extranjeras que "por desgracia somos tan afectos a imitar sin entender", y lo que es peor todavía, "sin darnos cuenta de las diferencias enormes que van desde los países que las crearon a nuestra Patria, que tan a la zaga de ellos va en tantas cosas". La Federación nuestra, "veleidad latina", resulta ser inconsistente, pues hemos querido darnos una Constitución hipotética —empleando los términos del Profesor Hans Kelsen— en cho- que con la realidad imperante.

principios políticos —que son la base del Gobierno—. Estos principios integran una especie de legitimidad constitucional, colocada por encima de la Constitución escrita. El mismo autor expone que al declarar las leyes constitucionales francesas de 1875 que “no podrá ser objeto de revisión la forma republicana de Gobierno”, se está en presencia de un principio de legitimidad. En los Estados Unidos de Norte América el viejo *Common law* anglo sajón integra esos principios superiores aún a la Constitución misma, pudiendo servir de límite a las enmiendas constitucionales y de fundamento al control de constitucionalidad (24).

De otra parte, añadiremos que tampoco sería lícito al Poder Legislativo, en la esfera de aplicación de la doctrina de “la autolimitación de facultades”, tomar para sí las señaladas por la Constitución al Poder Ejecutivo. La discrecionalidad parlamentaria no autoriza en manera alguna la ejecución de *actos arbitrarios*, pues, en atención a lo indicado anteriormente, “*discrecionalidad no es arbitrariedad*”. Y por tanto, nuestro Congreso no podrá ordenar por medio de Leyes especiales, ni de Acuerdos, erogaciones de sumas determinadas fuera de las incluídas en la “Ley de Presupuesto General de Rentas y Gastos Públicos”. La atribución *financiera* de las Cámaras actuando como Cuerpos Colegisladores, en cuanto atañe a la materia presupuestaria, no es absoluta, sino limitada (25).

(24) Esta cita del Prof. Maurice Hauriou, la tomamos del artículo “La Supremacía de la Constitución y su defensa”, por el Dr. Pablo Ruggeri Parra, publicado a la p. 3 y sigs. de la “Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal”, No. 24, mayo a junio de 1941.

(25) Véase el Ord. 9º del Art. 77 de la Constitución Nacional.—Recordemos que la Corte Federal y de Casación declaró nulas, por sentencias recientes, y a petición del Procurador General de la Nación, dos Leyes Especiales sancionadas por el Congreso Nacional: la primera sobre el estudio y trazado de un Ferrocarril en los Llanos, que se empalme con el Ferrocarril Central, en el punto más conveniente o con el Gran Ferrocarril de Venezuela en la población de Caña, o con ambos, para llegar a Caracas, por haberse extralimitado las Cámaras en el ejercicio de sus atribuciones le-

Basándonos en el propio concepto de "la autolimitación de facultades de los Poderes Públicos", podemos concluir también que el Congreso Nacional no puede elegir más funcionarios públicos que los determinados en el texto de la Constitución, a saber: el Presidente de la República; los siete Vocales Principales y los Suplentes respectivos de la Corte Federal y de Casación; el Procurador General de la Nación y los cinco Suplentes de éste (26). El nombramiento y remoción de los demás empleados nacionales cuya designación no esté atribuida a otro funcionario (27), corresponde hacerlo al Presidente de los Estados Unidos de Venezuela, por órgano del Ministro a quien compete (28), ya que todo lo relativo a la Administración Federal, no dejado a cargo de otra autoridad por la misma Constitución, es de *la competencia del Poder Ejecutivo Federal*, cuya ca-

gales, pues entre las varias irregularidades cometidas al prever y determinar la ejecución de una larga serie de actos típicos de administración general, erogábase una fuerte suma para la iniciación de los trabajos relacionados con dicho ferrocarril. La segunda Ley anulada concretábase a autorizar el préstamo de Bs. 3.000.000, por parte de la Nación, a favor de la Municipalidad del Distrito Iribarren del Estado Lara, para que ésta adquiriese de una Compañía extranjera la Planta Eléctrica de la ciudad de Barquisimeto. (Ambas sentencias pueden leerse a las págs. 339 y 350, respectivamente, del Tomo I de la "Memoria de la Corte Federal y de Casación", correspondiente al año de 1938).

- (26) Véanse los Arts. 96, 114 y 122 de la Const. Nacional.
- (27) Algunas leyes especiales atribuyen la designación de funcionarios de categoría inferior, a empleados administrativos, previamente nombrados éstos por el Ejecutivo Federal. Nos ofrece un ejemplo típico, la novísima "Ley de Régimen Penitenciario", de 21 de julio de 1937, en su Art. 7º. El Director y Subdirector de la Penitenciaría General de Venezuela son funcionarios de la libre elección y remoción del Ejecutivo Federal, por órgano del Ministro de Relaciones Interiores. Pero los demás empleados que requiere el servicio del Penal, como el Contador, el Economista, los Alcaldes, los Escribientes, el Médico, el Médico-Psiquiatra, el Farmacéutico, el Dentista, el Capellán, los Maestros de Instrucción Primaria, los Jefes de Talleres, etc., serán nombrados por el Director, mediante la aprobación del Ejecutivo Federal (puede consultarse esta Ley a la p. 582 del Tomo LX de la Recop. cit.)
- (28) Véase el inciso 16 del Art. 100 de la Const. Nacional.

beza visible es el Presidente de la República, en unión de los Ministros del Despacho, que son sus órganos legales y precisos (29). Así las cosas, y colocándonos en un pié de apreciación doctrinal y científico, podremos objetar la facultad que el Congreso se confiera de hacer nombramientos en virtud de disposiciones expresamente incluídas en las Leyes especiales, pues al hacerlo le arrebatara sus genuinas prerrogativas constitucionales al Jefe de la Administración Nacional, el cual podría ser despojado de aquéllas y desplazado del papel que le incumbe desempeñar, por los progresos de la arbitrariedad que combatimos.

Las disposiciones ordenatorias establecidas y articuladas en la Constitución Nacional para evitar la arbitrariedad dentro de la vida pública, fijan limitaciones a los Poderes u Organos del Estado. Esencial resulta entonces sostener que los preceptos incluídos en el Pacto Federativo —que es nuestra Super-Ley— están por encima del Estado, de los legisladores ordinarios y de los gobernantes, para hacer posible la sujeción de unos y otros al Derecho; pues, si no fuere así —como lo afirman los constitucionalistas modernos— habríamos justificado todas las extralimitaciones de los Poderes Públicos.

X

El Poder Judicial, como Organo del Estado, es el regulador supremo de la discrecionalidad legislativa y ejecutiva.

Hemos dicho que todos los poderes del Estado pueden en ciertas oportunidades, y para desarrollar sus actividades privativas, hacer uso de la facultad discrecional. Mas ésta, según lo hemos repetido en el curso del presente trabajo, no debe degenerar en facultad arbitraria, ya por violar los derechos esenciales inscritos en la Constitución, o por invadir el radio de acción demarcado a cada uno de los

(29) Véase el Art. 91 ejusdem.

tres Poderes Públicos universalmente reconocidos. La Constitución —como también lo tenemos indicado— frena, *autolimita* los mismos Poderes erigidos en ella.

Pero es particularmente al Poder Judicial a quien la Constitución reconoce atribuciones suficientes para asegurar el respecto de los derechos individuales, así como de las leyes nacionales. Es cierto que el Poder Judicial es uno de los *Organos Superiores* propios del Estado, y también que los jueces gozan en todos los países de completa independencia, todo lo cual brinda garantía suprema para los individuos, desde el punto de vista práctico. En este orden de ideas se ha encomendado al Poder Judicial la atribución de anular pura y simplemente los actos arbitrarios o en contradicción con la Carta Fundamental, ora emanen del Gobierno o del Parlamento. Así, nuestra Constitución Nacional señala como atribución de la Corte Federal y de Casación —que es la representación más alta del Poder Judicial de la República— la de declarar, entre varias otras, “*la nulidad*” de los actos de las Cámaras Legislativas o del Ejecutivo Federal que violen los derechos garantizados a los Estados o que ataquen su autonomía”; la de pronunciar *la nulidad* de los actos verificados por las autoridades con usurpación de atribuciones, bien dimanen dichos actos de autoridad nacional o del Distrito Federal, de los Presidentes o altos funcionarios de los Estados, y de los Gobernadores de los Territorios Federales, etc. (30).

Pero, es necesario manifestar que la propia Constitución, después de singularizar esos varios casos en los cuales puede llegar a ser indispensable el pronunciamiento de tales nulidades, inviste a la Corte Federal y de Casación de una más amplia facultad, advirtiendo que ésta declarará también la nulidad “*en general*”, “de todos los actos del Poder Público” violatorios de la misma Constitución. Entonces, ¿podrá concluirse de éso que como el “Poder Público” se distribuye entre el “Poder Federal”, el de los Es-

(30) Véase el inciso 11 del Art. 123 de la Const. Nacional.

tados y el Municipal, y el "Poder Federal" se divide, a su vez, en "Legislativo, Ejecutivo y Judicial" (31), nuestra Alta Corte podrá declarar *la nulidad* de sus propios actos cuando éstos violen la Constitución?

Nos pronunciamos por la respuesta negativa. La Corte Federal y de Casación controla la legalidad constitucional de los actos emanados de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, pero nunca de sus propios actos y decisiones. Este principio lo hallamos consagrado en la generalidad de las Constituciones de los países civilizados del mundo, excepción hecha de la que rigió hasta fecha no lejana en la "*Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas*", donde la Corte Suprema (o sea, el órgano judicial superior) tenía competencia para extenderse hasta emitir opinión, a pedimento del Consejo Supremo Ejecutivo, "sobre la legalidad desde el punto de vista constitucional de tal o cual decisión tomada por las Repúblicas de la Unión. La referida Corte, cuyos miembros eran elegidos por el Consejo Supremo Ejecutivo de la U. R. S. S., examinaba, entre otras, las leyes de las diversas Repúblicas para comprobar su conformidad con la Constitución Rusa. El tratadista francés, Dr. Blondel, anota "la primacía del poder ejecutivo" con respecto al legislativo y al judicial, en Rusia, y esta primacía hubo de caracterizar el atraso y la tiranía de toda la legislación moscovita. Siendo el régimen soviético un régimen de fuerza y no de derecho, la concepción de la *Ley*, en el sentido formal de la palabra, es completamente desconocida. Además, el referido Tribunal Supremo tenía otra finalidad adicional: la de examinar y controlar la actividad jurisdiccional de todos los otros órganos judiciales de la Unión y de las Repúblicas federadas, y, por tanto, ese control se refería a los decretos, decisiones y sentencias de los tribunales supremos de las Repúblicas unidas, en aquellos casos en los que estos actos judiciales pudiesen contradecir la legislación federal o menoscabasen los intereses de las otras Re-

(31) Véase el Art. 50 ejusdem.

públicas. Esto equivalía a ejercer el control de la constitucionalidad no sólo de las leyes, *sino de las sentencias*. El sistema judicial *volchevista* llegó a ser el fácil medio de poner en movimiento el arma de la violencia y del constreñimiento, con ayuda de la cual dice Barthélemy: "los hombres representativos de la clase gobernante rusa hicieron efectiva su dominación política y defendieron su situación económica". En resumidas cuentas, el Poder Ejecutivo soviético valiéndose de su "Comité" dominó sobre otros Poderes, y la propia Corte Suprema de Rusia vióse a veces en la penosa situación de revocar sus propios decretos y sentencias, con evidente menoscabo de la augusta función social de la Justicia.

A pesar de las mutaciones verificadas en la Constitución de las Repúblicas Soviéticas, la situación, para el año de 1935 poco había cambiado, en relación con la autonomía e independencia de la Corte Suprema, de tal modo que el Profesor Ambrosini de la Universidad de Palermo, en su monografía intitulada "*L'unione Sovietica*", alude a la falta de autonomía del Supremo Tribunal ruso, debida a su estrecha conexión con el Comité Central Ejecutivo, que lo hace inequivalente al tribunal supremo constitucional de cualquier Estado Federal. Hace hincapié el citado Profesor respecto a la diferencia profunda de criterio que sirve de guía a la Corte rusa y el criterio al que deben atenerse los tribunales de todos los otros países del mundo. Cuando ante la Corte soviética se impugna de ilegal un acto administrativo cualquiera, alegándose su inconformidad con tal Código, Ley, Reglamento o disposición de la autoridad superior, no se toma en cuenta lo alegado por el querellante, sino la conformidad de ese mismo acto impugnado con el principio de la revolución volchevista, o sea, "su conformidad al fin revolucionario". La Corte, pues, no sigue el método y el criterio propio del poder judicial, sino que se guía por un método y criterio diverso, discrecional, de carácter

político, (32) que contrasta con el concepto propio característico de la función judicial, por manera que la penosa situación contemplada al final del párrafo precedente aún no ha desaparecido.

Pero como si estuviésemos en Rusia, aquí mismo, en Venezuela, se pidió recientemente ante la Corte Federal y de Casación la nulidad de un fallo dictado por la misma Corte, en virtud del cual fueron anuladas las elecciones para Senador y Diputados al Congreso Nacional, de varios ciudadanos (33). Nuestro más Alto Tribunal declaró inadmisibile la acción de nulidad del fallo pronunciado por el mismo, con razonamientos contundentes y de absoluta juridicidad. Uno de estos dice así: "La Corte Federal y de Casación está en el grado más alto de la jerarquía judicial; la cosa juzgada por ella, aún suponiéndola errada en doctrina, es siempre la última palabra del Poder Judicial, contra la cual no pueden nada, en derecho, ni ella misma, ni los otros dos Poderes. Siendo una institución federal, con atribuciones exclusivas para anular *erga omnes* las leyes y los actos del Poder Público que violen la Constitución, esto la constituye en soberano intérprete del texto constitucional y de las leyes ordinarias y en único Juez de los actos de los Poderes Públicos y de los altos funcionarios del Estado. Cualquier funcionario, por elevado que sea, o cualquiera de los otros Poderes Públicos que pretenda hacer prevalecer su propia interpretación de la ley, sobre la interpretación y

(32) Concuerta esta apreciación con la hecha recientemente por el Dr. Luis Loreto en su interesantísimo estudio crítico sobre el "Código do Processo Civil do Brasil", cuando escribe: "En nuestro sentir, la diferencia esencial entre el régimen de la administración de justicia totalitaria, de una parte, y el democrático, de la otra, no está, precisamente, en las distintas formas o modalidades en que se actúa el derecho, sino en el hecho histórico, elevado a postulado fundamental, de no haber en el primero separación alguna entre la esfera de lo jurídico y la esfera de lo político, absorbiéndose el poder judicial por el poder político". (Véase la p. 101 de la Revista "Cultura Juridica", No. 1, Enero-Marzo de 1941).

(33) Nos referimos a la sentencia dictada a 17 de noviembre de 1928. Puede consultarse esta notable decisión en la Gacet. Of. de los EE. UU. de Venez., No. 19.734 (26 de noviembre de 1938).

aplicación que de la misma haya hecho esta Corte al decidir o resolver algo sobre el mismo asunto, usurpa atribuciones y viola la Constitución y las leyes de la República”.

Con el precedente razonamiento nuestra Alta Corte resguardó muy sabiamente la majestad intangible de la Justicia, pues la vulneración de los fueros de ésta vendría a situarnos al mismo nivel de la criticada Administración Soviética. Nuestra Alta Corte controla, pues, constitucionalmente, al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo de la República, pero élla escapa a todo control. Por esta causa los funcionarios del Poder Judicial —cuya máxima expresión reside en la Corte Federal y de Casación— han de reunirse al pleno dominio de la Ciencia jurídica, la más acrisolada virtud, como que las decisiones tomadas por ellos, aún siendo arbitrarias, no las modificará ningún otro Poder. El mantenimiento del equilibrio constitucional encomendado al Órgano Judicial, da firmeza al llamado “*Gobierno de los jueces*” (Barthélemy). Sólo la doctrina de “la autolimitación de los órganos superiores del Estado”, entre los cuales es pieza interesantísima el Poder Judicial, podrá llevar a los magistrados que lo encarnan a mantenerse siempre fuertemente consustanciados con la letra y el espíritu de los preceptos legales.

Recordemos todos los abogados como los estudiosos de las Ciencias Políticas, que el Poder Judicial, antes subordinado, se transformó a la postre en poder soberano. Su elevada autoridad y su imperio decisivo, lo convierten en guardián de la independencia de los otros Poderes.

El Poder Judicial —regulador supremo de la potestad discrecional y bastión para resistir las irrupciones arbitrarias de ésta —ocupa hoy en las instituciones republicanas un lugar preferente. En él reside el principio democrático y de su buena organización dependen los fecundos resultados que la Sociedad espera, “precisamente porque la República, según la máxima americana, *debe ser el gobierno de la Ley*”.

Pensamos, pues, que si en algo deben esmerarse los

ciudadanos de un país de civilización avanzada, como el Gobierno que lo rija, es en dar el mayor prestigio posible al Poder Judicial; Poder esencial en toda agrupación humana bien constituida, porque se consagra a la finalidad primordial del Estado mismo: la realización de la Justicia; ya que, como decía San Agustín: *¿Remota justitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?* (¿Qué son los reinos, cuando se aleja de ellos la Justicia, más que asientos de toda violencia?)

Conclusiones

En consideración a todo lo expuesto sobre la *potestad discrecional*, podemos formular numerosas conclusiones. Las principales son las siguientes:

1ª.—El régimen de la legalidad es compatible con el otorgamiento de la facultad discrecional a las autoridades administrativas.

2ª.—La existencia de la potestad discrecional está plenamente justificada por la necesidad de que la Administración obre con rapidez y energía, adaptando las normas legales, siempre abstractas, a las necesidades cambiantes y con frecuencia imprevisibles, de la vida práctica.

3ª.—El poder discrecional no es un poder arbitrario, sino una discreción legal “que no permite adoptar medidas arbitrarias, caprichosas, inquisitoriales u opresivas”. La esfera discrecional está regida únicamente por la prudencia (la esfera de lo lícito), la cual, sin embargo, no es indeterminada, sino que tiene sus límites marcados por el derecho.

4ª.—La discrecionalidad no es característica exclusiva de la Administración, sino que también se encuentra en otras esferas de la actividad del Estado, existiendo manifestaciones de ella en ciertos casos de las funciones legislativa y judicial.

5ª.—La distinción entre acto discrecional y reglado no es absoluta, sino relativa. La participación de ambos factores complementarios en el acto particular de la aplicación del derecho puede mostrar diferencias extremas, existiendo grados de regulación jurídica y discrecional.

6ª.—El dominio de la facultad discrecional se define negativamente por el principio de la reserva de la ley, de tal manera que las materias que constituyen tal reserva (por ejemplo, la mayor parte de los derechos del hombre, la fijación de los impuestos, el establecimiento de penas, etc.), no pueden dar lugar a que respecto de ellas se otorgue aquella facultad”.

7ª.—La facultad discrecional nunca debe ser absoluta; en el caso extremo el interés general o los intereses colectivos constituirán el dique levantado para contener la discrecionalidad de los funcionarios públicos.

8ª.—La aplicación de la doctrina constitucional de la “autolimitación de los poderes” frena a éstos en el ejercicio de la potestad discrecional.

9ª.—El Poder Judicial, como órgano del Estado —según indicamos en el Capítulo X del presente trabajo— es el regulador supremo de la discrecionalidad legislativa y ejecutiva.

B I B L I O G R A F I A

- Ambrosini, Gaspare. — “L'Unione Soviética, nella sua formazione e struttura” (Palermo 1935).
- Barthélemy, Joseph. — “Traité de Droit Constitutionnel” (París, 1933).
- Batelli, M. — “Cours de Droit Public Générale” (Ginebra, 1936).
- Baudizzone, Luis M. — “Derecho Político”, Tomo II (Buenos Aires, 1928).
- Bielsa, Dr. Rafael. — “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I (Buenos Aires, 1939).
- Blondel, André. — “Le Controle Jurisdictionnel de la Constitutionnalité des Lois” (París, 1928).
- Bonnard, R. — “Précis de Droit Administratif” (París, 1935).
- Dana Montañó, Salvador M. — “Principios de Derecho Público”, Tomo I (Santa Fe, Rep. Argentina, 1937).
- De Vedia y Mitre, Mariano. — “Curso de Derecho Político”, Tomo I (Buenos Aires, 1934).
- Delpéch et Laferrière, “Les Constitutions Modernas” (París, 1929).
- Duguit, León. — “Traité de Droit Constitutionnel”, Tomo II (3a. Ed. París).
- Ennecerus, Kipp y Wolff. — “Tratado de Derecho Civil”, Tomo I (traducción española del alemán, Barcelona, España, 1934).
- Fleiner, Fritz. — “Instituciones de Derecho Administrativo” (traducción del alemán, Madrid, 1933).

- Fraga Jr., Gabino.—“Derecho Administrativo” (México, 1934).
- Gascón y Marín, José.—“El Poder Discrecional” (“Annuaire de l’Institut International de Droit Public”, París, 1935).
- Gascón y Marín, José.—“Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I (Madrid, 1933).
- Goodnow, F. J.—“Derecho Administrativo Comparado” (traducción española del inglés, Madrid).
- González Guinán, Dr. Francisco.—“Historia Contemporánea de Venezuela”, Tomo V.
- Hauriou, M.—“Précis de Droit Administratif” (París 1933)
- Iribarren, Juan A.—“Lecciones de Derecho Administrativo”, Tomo I (Santiago de Chile, 1936).
- Kelsen, Hans.—“Teoría General del Estado” (traducción española del alemán, Barcelona, España, 1934).
- Laski, Harold.—“Le Pouvoir Discretionnaire”, (París, 1935).
- Laun, M. R.—“Le Pouvoir Discretionnaire”, (París, 1935).
- Loreto, Dr. Luis.—Nota crítica sobre “Código do Processo Civil do Brasil”. (Véase la p. 93 de la Revista “Cultura Jurídica”, Caracas, No. 1, Enero-Marzo de 1941).
- Manresa y Navarro, J. M.—“Comentarios al Código Civil Español”, Tomo I (Madrid, 1914).
- Marcano Rodríguez, Dr. Rafael.—“Apunaciones analíticas sobre materias fundamentales y generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano”, Tomo I (Caracas, 1941).
- Merkel, Adolfo.—“Teoría General del Derecho Administrativo” (traducción española del alemán, Madrid, 1935).
- Michoud, M.—“Etude sur le Pouvoir Discretionnaire de l’Administration” (París, 1913).
- Mirkine - Guetzévitch, B.—“Annuaire de L’Institut International de Droit Public” (París, 1937).
- Pareja, Carlos H.—“Curso de Derecho Administrativo” (Bogotá, 1939).
- Pérez Serrano, N.—“La Constitución Española: antecedentes, texto, comentarios” (Madrid, 1932).
- Ranelletti, Oreste.—“Instituzioni di Diritto Pubblico” (París, 1937).
- Raselli, Alessandro.—“Il Potere Discrezionale del Giudice Civile” (Padova, 1927).
- Ruggeri Perra, Dr. Pablo.—“La Supremacía de la Constitución y su defensa”. (Véase la Pag. 3 de la “Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal”, No. 24, Mayo-Junio de 1941).
- Sequera, Dr. Carlos.—“El control jurisdiccional de la constitucionalidad intrínseca de las leyes” (Caracas, 1939).
- Serrigny.—“Traité de la competence en matière contentieuse administrative” (París, 1865).
- Tezner, Dr. Friederich.—“Das “détournement de pouvoir” und deutsche Rechtsbeschwerde”. Estudio publicado en el “Yahrbuch des Offentlichen Recchts de Gegenwart”, Vol. V, p. 67 y sigs. (Tübingen, 1911).
- Velasco Calvo, Recaredo F.—“Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración”, Tomo I (Madrid, 1930).
- Walline, Marcel.—“Manuel Élémentaire de Droit Administratif”, (París, 1936). Puede consultarse también su monografía sobre el “Poder Discrecional”.