

REFLEXIONES SOBRE
DERECHO
PÚBLICO



Andry Matilla Correa
Diego Paúl Viteri Núñez

COORDINADORES



REFLEXIONES SOBRE
DERECHO
PÚBLICO



REFLEXIONES SOBRE
DERECHO
PÚBLICO



Andry Matilla Correa
Diego Paúl Viteri Núñez

COORDINADORES



EDITORIAL
UNIJURIS

Edición y corrección: Lic. Ivón Kennedy Suárez
Diseño de cubierta: Yalier Pérez Marín
Realización de cubierta: Ilena Acuña Mendoza
Emplane digital: Yohanka Morejón Rivero

Sobre la presente edición:

- © Andry Matilla Correa y Diego Paúl Viteri Núñez, 2022
- © Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2022
Reflexiones sobre Derecho Público II

© Editorial UNIJURIS, 2022
ISBN 978-959-7219-75-0

Editorial UNIJURIS

Redacción y administración

Calle 21 no. 552, esq. a D, Apartado Postal 4161, Plaza, C.P. 10400,
La Habana, Cuba

Teléfonos

(+537)832-6209/932-9680/832-7562/832-6113/832-6514/832-6616

Fax: (+537)833-3382. Email: unjc@unjc.co.cu Web: www.unjc.co.cu

Nota: los artículos publicados expresan exclusivamente la opinión
de sus autores y autoras.

“... No, esta libertad que adoro no es, ni mucho menos, el dios desconocido. Nosotros combatimos para defender los bienes cuya posesión ella otorga, desde el primer momento, a quienes la invocan. Esos bienes son la declaración de derechos, la dulzura de las máximas republicanas, la fraternidad, la santa igualdad, la inviolabilidad de los principios: he aquí las huellas del paso de la diosa; he aquí los rasgos por los que yo distingo los pueblos entre los que habita.”.

Camilo DESMOULINS

Le vieux Cordelier, No. 4, diciembre de 1793

Índice

Presentación / IX

Breve reflexión sobre la ponderación y la oposición
cognitivismo-no cognitivismo ético / 1

Alejandro GONZÁLEZ MONZÓN

El Derecho Administrativo Global y las fuentes del Derecho Administrativo / 19
Benjamín MARCHECO ACUÑA y Raudel NAVARRO HERNÁNDEZ

El deber de buena administración como brújula de la función
administrativa: panorama cubano / 41

Ana Celia RIVERY RUIZ

El contrato administrativo como técnica jurídica: sucintas consideraciones
generales / 63

Andry MATILLA CORREA

La potestad sancionadora de la Administración Pública: definición
y principios que rigen su ejercicio (especial referencia a los principios
de legalidad, tipicidad, irretroactividad y *non bis in idem*) / 102

Kenia Margarita ESPINOSA VELÁZQUEZ

La noción de función pública: apuntes en una perspectiva
técnico-jurídica / 129

Fernando MONZÓN PÁEZ

La potestad disciplinaria de la Administración Pública: elementos necesarios
para su individualización teórica / 155

Reynaldo Jorge LAM PEÑA

La expropiación forzosa como institución jurídica: orígenes, justificación
y delimitación conceptual / 190

Raudel NAVARRO HERNÁNDEZ

La servidumbre administrativa en Cuba: consideraciones teóricas
a partir del análisis doctrinal y legislativo / 214

Irina PÉREZ TRUJILLO

Perspectiva histórica y conceptual de la autorización administrativa / 241
Daniel ARAGÓN PÉREZ

Apuntes sobre la configuración jurídica del principio de precaución
ambiental / 276
Yaraí TOLEDO BARRIOS

La protección del medio ambiente como fin extrafiscal del tributo:
especial referencia a las tasas ambientales en Cuba / 310
Liana SIMÓN OTERO y Orisel HERNÁNDEZ AGUILAR

Estudios de impacto ambiental y derechos de la naturaleza en Ecuador / 333
Diego Paúl VITERI NÚÑEZ

Presentación

En 2020, bajo el sello editorial UNIJURIS, de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, se publicó una obra colectiva titulada *Reflexiones sobre Derecho Público I*, cuya coordinación la asumimos el profesor ecuatoriano Diego Paúl VITERI NÚÑEZ y quien suscribe estas líneas.

En la presentación que hacíamos de esa obra, anunciábamos que se trabajaba en un segundo libro de ese mismo corte que tendría por título *Reflexiones sobre Derecho Público II*, y que es el aquí materializamos, no como un segundo volumen de aquel, sino como una continuidad en la idea y el empeño de poner en manos de los profesionales del Derecho en Cuba, y de los lectores en general, trabajos de reciente elaboración sobre temas relevantes del Derecho Público.

A pesar de las dificultades que en los últimos meses ha supuesto, en todos los órdenes, la situación generada por la COVID-19, trastocando nuestra vida cotidiana, pública y privada, en sentido y niveles inusuales, hemos podido llegar, no sin esfuerzo, a completar esta entrega, empeñados de no cejar en el compromiso de verla materializada en un tiempo prudencial luego de haber realizado la primera entrega. Aunque nos ha tomado más tiempo del planificado inicialmente, hemos dado por concluida la tarea, abrigando ilusiones con este resultado.

Como rápidamente se podrá constatar en su contenido, *Reflexiones sobre Derecho Público II* es otro ejercicio para colocar –especialmente– en el debate jurídico cubano actual análisis y consideraciones de sus autores, que resultan de suma utilidad en el momento que vive nuestro país, particularmente luego de la entrada en vigencia del texto constitucional de 2019.

Debe advertirse que los contenidos comprendidos en esta obra, tal cual ocurrió con *Reflexiones... I*, no son todos de autoría cubana –aquí debe contarse también, como en aquel momento, la aportación del profesor ecuatoriano VITERI NÚÑEZ–, mas todos pueden ser de provecho por las cuestiones que analizan y de ellos pueden extraerse lecciones que para el conocimiento jurídico en nuestro país.

Este libro sigue la línea de trabajo y colaboración impulsada desde la cátedra de Derecho Administrativo perteneciente al Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad. En el afán de desarrollar esa colaboración, para esta entrega se han convocado autores tanto de la universidad habanera, como de otras casas de altos estudios cubanas. Eso

sí, todos unidos, desde hace algún tiempo, por fuertes lazos de trabajo –y en muchos casos también de amistad–.

Si se repasa el nombre de los autores de los trabajos aquí incluidos, puede detectarse enseguida que entre ellos hay experiencia y (los más) “sangre joven”. Así, hemos convocado autores que –con todo y que aún resultan jóvenes en estas lides académicas y científicas– acreditan una sostenida y reconocida labor en las aulas universitarias y en la investigación; y también hay una nueva hornada de profesores e investigadores, muy jóvenes, pero que van demostrando pujanza, seriedad y compromiso con el estudio científico del Derecho Público.

Reflexiones sobre Derecho Público II es, por un lado, una buena muestra de algunas de las inquietudes intelectuales, de su diversidad y pluralidad, que, ahora mismo, se mueven entre los profesores, investigadores y profesionales del Derecho que aquí participan, y que representan una parte de los interesados en el estudio del universo iuspublicístico nacional, especialmente a nivel universitario.

Es de señalar que varias de las aportaciones incluidas en esta obra, son el resultado de investigación de sus autores en el marco de sus estudios de maestría o de su formación doctoral (en ciencia jurídica), en programas auspiciados por universidades de nuestro país. Lo que le imprime un plus en el rigor e interés científico con que son tratados los temas.

Por otro lado, este libro también es expresión de los esfuerzos por la renovación teórica, conceptual y práctica de nuestro Derecho Público. Una renovación que se procura impulsar y acometer con muchos tropiezos, de a poco, de forma (muy) tenue e imperfecta; pero que, advertida, no deja otra opción, por necesaria e impostergable, que no sea la de promoverla y abonarla firmemente, de buscar decididamente su profundización, con las fuerzas intelectuales con las que contamos desde los predios del conocimiento jurídico, para dejar trazado el camino y sembrados los pasos que puedan ser luego caminados rindiendo los frutos del necesario mejoramiento de nuestro ordenamiento jurídico, de nuestra práctica jurídica y de nuestra ciencia del Derecho Público (en todas sus expresiones).

A la vista del índice, el lector podrá identificar que este texto se integra por trabajos de Filosofía del Derecho, Derecho Administrativo, Derecho Financiero y Derecho Ambiental. Así, el contenido de este *Reflexiones... II* resulta diverso y policromático, planteando estudios sobre cuestiones poco tratadas, o cuyos tratamientos no son frecuentes, dentro de la literatura iuspublicística nacional.

Sin embargo, no ha de pasar inadvertido al lector que, con independencia del título con que se presenta, el grueso de los escritos reunidos en este libro se centra en temáticas iusadministrativas. Y ello porque hay nuevamente aquí un especial y marcado interés en la promoción de los estudios sobre Derecho Administrativo, no sólo por opción personal de quienes concibieron este proyecto, sino —y sobre todo— por el compromiso con esa promoción y por la evidente necesidad —a la vista del panorama científico del Derecho en Cuba— de aportar —en la medida que fuere— al desarrollo de la materia jurídica-administrativa.

Así las cosas, es esta una pieza bibliográfica más, en lo que corresponde, en el camino que hemos emprendido desde hace unos años por fomentar y poblar la literatura jurídico-administrativa patria. Tarea esa nada sencilla, muy lejana aún de rendir los frutos mínimamente añorados, pero que nos sirve de impulso para trabajar con dedicación desde nuestras escasas fuerzas intelectuales y materiales, en el desarrollo del Derecho Administrativo cubano.

No debemos cerrar estas notas sin expresar nuestro sincero agradecimiento al profesor ecuatoriano Diego Paúl VITERI NÚÑEZ, no sólo por aventurarse nuevamente a acompañarnos en un proyecto de este tipo y por aportar sus horas de trabajo en él, sino por haber sido —otra vez— pieza esencial en la materialización de la edición e impresión de este libro. Sin su decisiva intervención esta obra seguiría estando confinada al plano de los deseos, de los buenos deseos, pero no más.

Esperamos que *Reflexiones sobre Derecho Público II* tenga una acogida favorable entre el público conocedor y los especialistas del Derecho, tal cual la han tenido proyectos anteriores que hemos acometido, pues entendemos que es este un libro útil para el Derecho Público cubano actual. De ser así, todos los que hemos puesto ilusiones y empeño en este proyecto estaremos recompensados con creces; quedando planteado el compromiso de continuar la faena en esta línea y, quizás, si las condiciones lo permiten, poner manos a la obra y dar a la luz, en un futuro no tan lejano, una nueva entrega bibliográfica bajo el título: *Reflexiones sobre Derecho Público III*.

Dr. Andry MATILLA CORREA
Profesor Titular de Derecho Administrativo,
Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.
Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional
y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.

La Habana, 6 marzo de 2021

Breve reflexión sobre la ponderación y la oposición cognitivismo-no cognitivismo ético

Alejandro GONZÁLEZ MONZÓN*

“La principal enfermedad filosófica de nuestra época es el relativismo intelectual y moral, el segundo basado, al menos en parte, en el primero. Por relativismo—o, si prefiere, escepticismo—entiendo aquí, sucintamente, la posición que sostiene que la elección entre teorías en competencia es arbitraria, ya que, por un lado, no existe algo así como la verdad objetiva; por otro, si existiera, no hay ninguna teoría verdadera o, en todo caso, más próxima a la verdad que otra; y finalmente, si hay dos o más teorías, no hay formas ni medios para decidir si una de ellas es mejor que la otra”.

Karl POPPER

Precisiones preliminares

La ponderación es el balance entre principios que debe hacerse para resolver un caso presentado, precisamente, como de conflicto entre principios. Las disertaciones sobre la ponderación, en tanto forma de construcción jurídica que instituye una jerarquía axiológica entre principios, constituyen en la actualidad una de las aristas fundamentales de los debates teóricos sobre la aplicación del Derecho. Si bien los posicionamientos teóricos (analíticos y no analíticos) referidos a la idea de ponderar o balancear principios, valores o intereses han sido verdaderamente profusos en la doctrina jurídica occidental contemporánea, es posible asumir como una de las premisas esenciales al respecto el hecho de que la ponderación supone importantes discernimientos de naturaleza metaética, como pueden ser el pluralismo ético¹ (RAZ), la

* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo. Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Profesor de la Escuela de Formación Judicial del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

¹ Siguiendo las explicaciones de Silvina ÁLVAREZ, se debe tener en cuenta que el tipo de situación que genera el pluralismo se podría describir en dos etapas: 1) la imposibilidad de aplicar dos valores en conflicto determina la imposibilidad de lograr una solución correcta —sería el caso en que dos posiciones o soluciones contrarias pueden ser ambas correctas—; 2) esta presencia de dos valores que se excluyen mutuamente y que plantean un conflicto sin solución única da lugar a una situación de indeterminación, que nos enfrenta con la cuestión de la inconmensurabilidad. ÁLVAREZ, S., “Pluralismo moral y conflictos de derechos fundamentales”, *Doxa*, No. 31, Alicante, 2008, p. 25.

posibilidad de una racionalidad práctica y la oposición entre el cognitivismo y el no cognitivismo ético. El presente trabajo abordará en apretada síntesis los elementos configurativos de la última de las cuestiones referidas, es decir, la implicación de la oposición entre el *cognitivismo* y el *no cognitivismo* ético en la determinación conceptual de la ponderación.

En un primer sentido, la configuración *cognitivist* de la ponderación se deduce de una concepción de los principios jurídicos como exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad.² De esto se desprende que, aunque no de forma exclusiva, la diferenciación entre principios y reglas está dada por la nota genérica de que mientras unos son definidos justamente por referencia a su contenido, las otras son identificadas exclusivamente en atención a su *pedigree* u origen. Los principios, agrega DWORKIN, enuncian una razón que discurre en una sola dirección, pero que no exige una decisión en particular.³

Este presupuesto, con la incorporación de determinados matices, ha sido reivindicado en la teoría jurídica actual por un número importante de autores que, en sintonía con lo planteado por ALEXI, coinciden en que los principios tienen forma jurídica pero contenido moral, y que por ende las relaciones de prioridad entre principios se corresponden con el problema de jerarquía de valores. Incluso, esta tesis es defendible desde los predios del positivismo y del realismo jurídico *no cognitivist*, esto en el sentido de que los principios suponen la positivación constitucional de juicios de valor del constituyente, lo que afirma la incorporación de evaluaciones morales (positivismo incluyente) o la transformación de las deliberaciones prácticas constituyentes en normas jurídicas (positivismo excluyente). No obstante, desde estos posicionamientos teóricos se cuestiona la posibilidad de conocimiento de los valores en términos de certeza o falsedad, lo que condiciona el concepto y la instrumentalidad de la ponderación como forma de aplicación del Derecho.

Es en esta cadencia de análisis que se ha sostenido que los principios son un camino idóneo para la conexión conceptual entre moral y Derecho, y posibilitan la tesis de la única respuesta correcta como idea regulativa, también alcanzable *a posteriori* de realizar el método ponderativo, atendiendo a circunstancias fácticas y normativas (ALEXI), lo que presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta.

En conclusión, la admisión del contenido ético de los principios condiciona la existencia de una instancia objetiva y cognoscible que permita precisarlos, pues

² Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 72.

³ *Ibidem*, p. 76.

de lo contrario, estos quedarían privados de toda relevancia, significación y operatividad real y, consecuentemente, relativizados y librados a las opiniones, los deseos, los intereses o las decisiones de los hombres. En esta dirección, la ponderación se inserta en la tendencia del antipositivismo jurídico, que postula la posibilidad de juicios morales objetivos y racionales.

Como se podrá constatar en el desarrollo del presente trabajo, esta concepción de los principios impulsa una determinación conceptual de la ponderación, contraria a los relativismos y a la discrecionalidad, sustentada generalmente en un canon de racionalidad práctica. A los efectos de la exposición que sigue, se prestará atención particular al modelo que sobre la ponderación ha construido José Juan MORESO, catalogado por la doctrina especializada como logicista y especificacionista.

Desde la óptica del no cognitivismo ético y su relación con la determinación conceptual de la ponderación, se disertará, por considerarse la expresión más nítida al respecto, sobre el posicionamiento emotivista clásico,⁴ defendido por gran parte de la escuela genovesa y muy especialmente por GUASTINI, cuyas raíces metaéticas se pueden localizar, entre otros ejemplos, en el pensamiento de Alf ROSS, de G. H. VON WRIGHT⁵ y de C. L. STEVENSON. Según esta línea de pensamiento, las evaluaciones morales y, como consecuencia, las acciones prácticas, dependen en última instancia de emociones y sentimientos, y no de un acto de conocimiento o percepción de valores o normas morales que se pretenden objetivos o existentes. En concordancia, los juicios de valor no pueden ser ni verdaderos ni falsos, pues son expresión de estados emotivos interiores y actos conativos entre los cuales no existen relaciones lógicas reales.

De cara a la determinación conceptual del acto ponderativo, estos argumentos indican que los jueces establecen siempre sus jerarquías principales *ad hoc* (caso por caso), de manera subjetiva, irracional, y que no hay patrones para un control objetivo ni una jerarquía correcta o verdadera, ni espacio para una racionalidad de la ponderación. Esta ausencia de patrones objetivos de corrección, según los criterios de esta naturaleza, conlleva a los jueces a decidir según una justicia intuitiva y emotiva, caso por caso, lo que consiguientemente implica una indeterminación del derecho judicial. En sentido genérico, este posicionamiento conduce a la conceptualización como un procedimiento eminentemente discrecional (doblemente discrecional para GUASTINI en atención a su teoría de la interpretación jurídica).

Tomando como baremos de análisis las tendencias brevemente descritas, se realizará un enjuiciamiento crítico que conducirá a un esclarecimiento

⁴ Vid. STEVENSON, C. L., "The emotive meaning of ethical terms", *Mind*, vol. 46, No. 181, jan., 1937, pp. 14-31.

⁵ Vid. WRIGHT, G. H. VON, *Normas, verdad y lógica*, Fontamara, México D.F., 2001.

conceptual de la ponderación en lo que respecta a su relación con el problema metaético de la oposición entre el cognitivismo y el no cognitivismo ético, proponiendo un objetivismo moral moderado, que contradiga los juicios extremos que cataloguen a la ponderación como fuente de arbitrariedad. El plan expositivo de este trabajo se concentrará en el desarrollo de las cuestiones siguientes: una aproximación conceptual al cognitivismo y el no cognitivismo como manifestaciones del discurso metaético; la presentación de un esquema general de la ponderación; un breve análisis del condicionamiento conceptual de la ponderación respecto al cognitivismo y al no cognitivismo ético; una ejemplificación mínima de la cuestión y las conclusiones que de esto se deriven.

Cognitivismo y no cognitivismo ético. Precisiones conceptuales mínimas⁶

Uno de los debates más reiterados en la filosofía moral es el vinculado a la objetividad de su discurso. El centro de la disputa gravita en el discernimiento de la cualidad veritativa de los enunciados morales, tomando como referencia de comparación a los enunciados de la ciencia. Se presenta entonces el problema, *prima facie*, como un enfrentamiento epistemológico. No obstante, el desarrollo teórico del asunto ha canalizado en posturas que, en oposición al canon de la objetividad de los enunciados morales, declaran que la moral es relativa tanto epistemológica como ontológicamente. En consonancia, se debe asumir como presupuesto que la discusión sobre la objetividad de la ética supone la atención de una doble perspectiva de análisis: a) una perspectiva ontológica, que se preocupa por la existencia o inexistencia de valores y cualidades morales objetivas; y b) una perspectiva epistemológica, que se preocupa por la posibilidad o imposibilidad del conocimiento moral objetivo.

Entre los filósofos éticos objetivistas se ha generado un profundo debate, relativo a la identificación de la esencia de la realidad moral (ontología moral). Para algunos, la realidad moral se identifica con la realidad natural, biológica o sociológica, agrupándose estas tendencias bajo el rubro de objetivismo naturalista. Para otros, aglutinados en el rubro de objetivismo no naturalista, las cualidades morales se diferencian de las cualidades naturales y no pueden reducirse a estas. Estos filósofos, que han desarrollado las teorías éticas objetivistas de mayor relevancia, tampoco han encontrado una respuesta unísona respecto a cómo es posible conocer esta realidad moral diversa y distinta de la natural. En algunos casos se ha sostenido que la realidad moral su puede

⁶ Sigo aquí las consideraciones de HERNÁN-PÉREZ MERINO, M. T., "El problema de la objetividad de la ética. Un estudio de la polémica objetivismo/subjetivismo en la ética a través del análisis de las obras de J. L. Mackie y F. V. Kutschera", *Tesis Doctoral*, dirigida por el Dr. Juan Miguel Palacios, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1991, pp. 68-82.

conocer *a priori* (KANT, W. D. ROSS), mientras que en otros se ha defendido la existencia de un intuición o experiencia moral (MOORE). En otra dirección, las teorías subjetivistas, que afirman que los deseos e intereses subjetivos son el fundamento de las normas morales, se diferencian en el hecho de que toman en cuenta clases de intereses subjetivos diferenciados (los de un individuo, los intereses altruistas o los intereses grupales).

Ahora bien, entre los subjetivistas y los objetivistas existe una semejanza notable, a saber: ambas presuponen la posibilidad de conocer la realidad moral, sea ontológicamente objetiva o subjetiva, y que ese conocimiento se expresa en enunciados, que pueden ser verdaderos o falsos. Tanto para los objetivistas como para los subjetivistas, los enunciados morales dicen algo acerca del mundo, y que es posible establecer su verdad o falsedad. Este posicionamiento metaético recibe el nombre de cognitivismo ético.

En otro sentido, las teorías no cognitivistas sostienen que los enunciados morales no se usan para describir, sino para expresar o prescribir, es decir, para ser usados en discursos expresivos y prescriptivos. Así, los filósofos éticos no cognitivistas consideran que el lenguaje moral no posee las mismas características que el lenguaje en que son enunciados los conocimientos sobre los fenómenos naturales. Con esta perspectiva, intentan explicar los rasgos peculiares de la moralidad y escapan a la acusación de naturalismo, a la que se enfrenta la ética subjetiva. El no cognitivismo evita igualmente el planteamiento de los problemas ontológicos y epistemológicos en los que se fundamentan con frecuencia las críticas al objetivismo, ya que no afirma la existencia de una realidad moral distinta de la realidad natural.

Resulta complejo establecer un criterio clasificatorio exhaustivo de las teorías no cognitivistas. No obstante, es posible distinguir a grandes rasgos entre teorías emotivistas (AYER), según las cuales los enunciados morales son oraciones expresivas, y teorías evocativas,⁷ a cuyo tenor los enunciados morales son oraciones prescriptivas.

Debe quedar claro que el no cognitivismo no puede interpretarse como una tesis moral normativa, sino más bien como la negación de la posibilidad de enunciar tesis morales normativas. Si los enunciados normativos no son ni verdaderos ni falsos, no es posible una ética normativa.

Esquema general de la ponderación

Si bien la ponderación cobra relevancia en todos los escenarios en los que se haga necesaria la aplicación de un principio, en tanto estos no pueden ser

⁷ Cfr. HARE, R. M., *The language of Morals*, Oxford, 1952, p. 2 y ss.

asumidos, tal cual lo son las reglas, como mandatos que se aplican a un caso concreto en términos de todo o nada, sino como normas cuyas posibilidades de realización dependen de la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas y jurídicas, lo que supone una indiscutible gradación en el extensión de su contenido (pueden cumplirse en diversos grados), lo cierto es que su instrumentación más evidente tiene lugar en la solución de los episodios de colisión principal, los que a su vez tienen en el ámbito constitucional su entorno natural.

La definición de la ponderación, en tanto esquema de razonamiento jurídico (construcción jurídica), implica la atención de los postulados siguientes:

- La definición de la ponderación presupone un posicionamiento desde la metodología de la ciencia del Derecho, y muy especialmente desde la teoría de las normas jurídicas, pues debe reconocer como hipótesis la existencia de estructuras normativas diferentes de las reglas, es decir, debe participar de un juicio de afirmación con respecto a los principios (constitucionales). La ponderación es, efectivamente, un criterio de diferenciación entre la categoría de los principios frente a la categoría de las reglas, entendidas ambas como tipos diferentes de normas jurídicas.
- La ponderación se manifiesta en una estructura de argumentación jurídica, pues supone la organización y el contrapunteo de argumentos, no brindando *per se* un criterio material determinante del contenido objetivo de los principios que, una vez entrados en colisión, deben ser sopesados. La ponderación se cristaliza entonces en el establecimiento y la fundamentación suficiente de una relación de precedencia de un principio con respecto a otro, condicionada por factores fácticos y jurídicos.
- La manifestación de la ponderación en una estructura de argumentación jurídica tiene como función específica justificar un estado puntual de prioridad de un principio con respecto a otro. Esta prioridad es de naturaleza puntual porque depende de las circunstancias fácticas y jurídicas que concurren en un caso concreto. El hecho de que la ponderación suponga una preminencia principal concreta está dado por la no existencia de un criterio de jerarquía en la ordenación de los principios, pues de lo contrario no sería cosa diferente a un mecanismo abstracto de gradación de estos, con posibilidad de ser generalizado para la solución de conflictos de esta naturaleza.

Así, para brindar solución al caso A^1 , desarrollado en el contexto X , se presentan como óptimos los principios P_1 y P_2 , cuyas consecuencias resolutorias exhiben notas distintivas no despreciables, motivo por el cual el intérprete debe dilucidar cuál de las variantes exterioriza un mayor *peso*,⁸ o lo que es

⁸ Sobre este aspecto, la profesora Laura CLÉRICO anotó que la referencia a la *ponderación* ha de realizarse en alusión a un *proceso* de preparación de la determinación de la relación de

lo mismo, cuál de las variantes se eleva como la más adecuada para fungir como pauta de traducción jurídica para con la realidad social contenida en el caso, esto de acuerdo con una serie de factores de naturaleza múltiple que deben ser comprendidos en un ejercicio argumentativo consecuente. Así, el resultado de la *ponderación* lo constituye un *enunciado de preferencia*, cuya forma lógica es la siguiente: el principio P_1 tiene más peso (más valor, resulta más idóneo) que el principio P_2 en el contexto X en el que se desarrolla el caso A^1 . La utilización del término *preferencia* tiene una marcada intencionalidad, a saber, el enunciado descrito no indica la validez de P_1 y la invalidez de P_2 .

El enunciado de preferencia (que en sí mismo es un juicio comparativo entre el peso de P_1 y P_2) resulta a su vez de un juicio comparativo entre las soluciones que al caso concreto aportan los principios P_1 y P_2 , tomando en consideración la justicia y la racionalidad que estas suponen. En consecuencia, si la solución S_1 corresponde a la aplicación del principio P_1 , y la solución S_2 corresponde a la aplicación del principio P_2 , la estimación de un mayor peso a favor del principio P_1 respecto al principio P_2 depende de una mayor estimación de la justicia y la racionalidad que entraña la solución S_1 respecto a la solución S_2 , o viceversa.⁹

Ahora bien, la preferencia del principio P_1 respecto al principio P_2 y, por ende, la preferencia de la solución S_1 respecto a la solución S_2 , es condicional, es decir, depende del contexto X en el que se desarrolla el caso A^1 . *Ergo*, la preferencia descrita no debe necesariamente cobrar vigor en el contexto Y en el que se desarrolla el caso A^2 , donde también se ha denotado una colisión entre los principios P_1 y P_2 .

La ponderación entre el cognitivismo y el no cognitivismo ético

La concepción de la ponderación condicionada por el discurso metaético del cognitivismo ético se encuentra generalmente asociada a su identificación con una actividad racional. En este sentido, la racionalidad de la ponderación depende de la posibilidad de conocer las apreciaciones morales en términos de veracidad o falsedad. En esta dinámica, la veracidad o falsedad incumbe también a los criterios de preferencia de un principio respecto a otro en supuestos de colisión. Consecuentemente, el no positivismo entiende que

prioridad o preferencia condicionada. En sus palabras, “[...] se trata [...] de la determinación de la existencia de una *regla-resultado de la ponderación* que sea *vinculante prima facie* para la solución de la colisión sin ponderación y, si no fuere el caso, de la determinación del peso abstracto y concreto de los principios y de la intensidad de la interferencia [...]”. CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 200.

⁹ Cfr. GUASTINI, R., *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, traducción de César E. Moreno More, Zela, Puno (Perú), 2018, p. 149.

dichos criterios de preferencia son enunciados morales cognoscibles. De esta forma, los criterios de preferencia entre principios y, en consecuencia, entre apreciaciones morales, están sujetos a cánones objetivos no discrecionales. Se combate así, desde esquemas particularistas y universalistas,¹⁰ la imposibilidad de establecer criterios preferenciales entre principios que sean perdurables, correctos y racionales.

En este trabajo nos limitaremos a exponer brevemente la salida cognitivista que sobre la ponderación ha sostenido MORESO,¹¹ basada en los siguientes presupuestos sistematizados por el profesor SARDO: 1) los principios constitucionales tienen una dimensión moral y jurídica; 2) la ponderación puede ser utilizada ante la concurrencia de un conflicto entre principios; 3) la mejor manera de concebir la ponderación es como un proceso de especificación; 4) la especificación, a su vez, puede ser reconstruida como una operación lógica de revisión del antecedente de las normas constitucionales, introduciendo nuevas propiedades relevantes; 4) estas propiedades relevantes pueden ser identificadas de manera objetiva; 5) la objetividad está garantizada por nuestras intuiciones morales básicas compartidas y por la presencia de casos paradigmáticamente justos o injustos, que son el núcleo de los derechos fundamentales. Con apoyo en estas premisas MORESO concluye que la ponderación es un proceso racional, es decir, posee una estructura lógica, que permite una distribución coherente y armoniosa de los principios y valores constitucionales, pudiendo ofrecer respuestas morales y jurídicamente correctas.¹²

El cognitivismo de MORESO se desprende, precisamente, de la aceptación de la existencia de *intuiciones morales básicas compartidas* y por la presencia de *casos paradigmáticamente justos o injustos* que, instrumentadas en la ponderación, pueden ofrecer respuestas morales jurídicamente correctas. Aquí se conjugan dos importantes presupuestos del discurso metaético cognitivista, a saber: la objetividad de los valores y la posibilidad de conocerlos en términos de veracidad o falsedad. A pesar de mostrarse aquí un polémico intuicionismo colectivo, es lo cierto que este esquema establece la conexión definida *ab initio* entre racionalidad y cognitivismo ético, en lo que atañe a la conceptualización de la ponderación. En conclusión, “[...] Moreso intenta bloquear la objeción escéptica de la regresión al infinito en la justificación de nuestras creencias morales postulando la existencia de una propiedad que

¹⁰ MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 163 y ss.

¹¹ MORESO, J. J., *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, p. 267 y ss.

¹² SARDO, A., “Teorías de la ponderación. Análisis crítico”, en P. Grández y F. Morales (Eds.), *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2013, p. 254.

garantiza un acceso epistémico objetivo al bien, pero no hay ninguna buena razón para pensar que esta propiedad (o capacidad) existe [...]”.¹³

En otra dirección, la conceptualización de la ponderación desde los posicionamientos no cognitivistas la presenta como una actividad discrecional, no sujeta a parámetros de control racional. Este criterio genérico soporta, al menos en primera instancia, una clasificación dual. Por un lado destacan los autores intuicionistas, que supeditan la respuesta correcta a una especie de intuición, sentido o percepción moral; por otro lado destacan los autores que adoptan un posicionamiento escéptico, afirmando que la ponderación consiste en un simple ejercicio discrecional de expresión de preferencias (morales) del intérprete. Por la importancia que reviste este último criterio en la teoría jurídica actual, limitaremos la exposición que sigue a sus particularidades más generales, prestando especial atención al modelo del profesor GUASTINI.

El profesor genovés es partidario de una teoría escéptica de la interpretación, lo que claramente condiciona su concepción de la ponderación. Para GUASTINI la interpretación es la actividad y el resultado de atribuir un significado a los textos promulgados por las autoridades normativas. El punto neurálgico de la teoría de la interpretación de GUASTINI es la diferenciación entre enunciados normativos (disposiciones) y normas. La interpretación supone un tránsito de los enunciados normativos a las normas. Así, el legislador no dicta normas, sino disposiciones a las que el intérprete asigna un significado. Las normas son los significados de los textos, por lo que es posible afirmar que lo promulgado por las autoridades normativas no es Derecho, sino fuente de Derecho. Además, GUASTINI defiende que la atribución de significado al texto es una decisión del intérprete y no el descubrimiento de un significado preexistente. En consecuencia, las interpretaciones, y por consiguiente las normas, son el resultado de actos de voluntad no susceptibles de verdad o falsedad.

De este modo, la determinación de un conflicto constitucional (entre principios) es dependiente de un ejercicio interpretativo concreto.¹⁴ Ahora bien, ante la determinación de un conflicto constitucional no es posible aplicar los criterios clásicos para la solución de antinomias (*lex superior, lex posterior, lex specialis*), por lo que se hace necesario otorgar peso (valores diferenciados) a las normas en juego.

Este otorgamiento de peso (valor) configura una jerarquía axiológica o valorativa entre dos preceptos constitucionales, discrecionalmente establecida por el intérprete y no predeterminada por el constituyente. Esta jerarquía axiológica se caracteriza por su movilidad, es decir, es variable en función de

¹³ SARDO, Alessio, “Teorías de la ponderación...”, ob. cit., p. 260.

¹⁴ GUASTINI, R., *Estudios de teoría constitucional*, Editorial de la UNAM, Distribuciones Fontamara, México D.F., 2001, pp. 145-147.

los casos. En esta dirección, y con apego a las implicaciones de su discurso metaético no cognitivista, la ponderación para GUASTINI supone las características siguientes: a) la ponderación es el resultado de una actividad radicalmente subjetiva, pues la jerarquía axiológica entre los principios en conflicto es el resultado de un juicio de valor del intérprete, los que para el autor genovés tienen una naturaleza eminentemente subjetiva, lo cual contraviene el canon de objetividad axiológica propio del cognitivismo; y b) la ponderación implica un particularismo jurídico. Esta cuestión, ampliamente discutida en la filosofía moral (J. DANCY), supone, como ha acotado MORESO,

“... el rechazo, en el ámbito de la razón práctica, de la racionalidad subsuntiva, y su sustitución por una denominada racionalidad narrativa, atenta a cómo los rasgos sobresalientes de determinadas circunstancias adquieren una textura determinada que hace que, en esas circunstancias concretas, sea correcto realizar determinado comportamiento; nada, sin embargo, se puede obtener para otros casos de la generalización o universalización de las propiedades presentes en aquellas circunstancias [...]”.¹⁵

En conclusión, para GUASTINI la discrecionalidad de la ponderación es doble, porque resulta configurable por el establecimiento de una jerarquía entre los principios y valores que colisionan en el supuesto concreto, y por la posibilidad de la modificación de dicha jerarquía en relación con los casos planteados.

De lo anterior es posible colegir que, desde los contornos de la metaética, GUASTINI asume un discurso apologeta del no cognitivismo ético. Coincido con el profesor SARDO en que este no cognitivismo ético se expresa en el pensamiento del profesor genovés en su versión emotivista clásica, que defiende que cada evaluación moral y consiguientemente cada acción práctica dependen en última instancia de emociones y sentimientos, y no de un acto de conocimiento o percepción de valores o normas morales que se pretenden objetivos.¹⁶ En el discurso metaético de GUASTINI se aprecia su predisposición hacia la afirmación de que los juicios de valor no son ni verdaderos ni falsos, pues son expresiones de un estado emotivo interior y que sus contenidos no pueden circunscribirse a esquemas lógicos reales, sino meramente aparentes. En definitiva, la teoría de GUASTINI es indicativa de la ausencia de patrones de controles objetivos para la ponderación. No existen así jerarquías axiológicas correctas o verdaderas, ni fundamentos de racionalidad para la ponderación, pues los jueces siempre establecen dichas jerarquías de manera subjetiva e irracional.

¹⁵ MORESO, J. J., “Guastini sobre la ponderación”, *Isonomía*, No. 17, octubre de 2002, p. 232.

¹⁶ SARDO, Alessio, “Teorías de la ponderación...”, ob. cit., pp. 245-246.

Una nota a modo de ejemplificación propuesta por Alexy

Tal vez no exista un iusfilósofo contemporáneo que haya recreado más el tópico de la ponderación que Robert ALEXY. GUASTINI calificó de magistral el análisis de la técnica de la ponderación realizado por el profesor de Kiel,¹⁷ y según MORESO, “[...] en la teoría jurídica contemporánea la concepción más articulada de la ponderación, es decir, de la técnica consistente en resolver los conflictos entre principios que establecen derechos, es la de Robert Alexy [...]”.¹⁸

Los criterios en negativo no han estado ausentes, pues un grupo de autores, entre ellos DE LORA, no reparan en contemplaciones, concordando en que dicha teoría es “[...] una fórmula hueca, que no añade nada al acto mismo de pesar o de comprobar el juego relativo de dos magnitudes escalares, mostrándose incapaz de explicar por qué efectivamente un principio pesa más que otro [...]”.¹⁹

Una voz autorizada como la de ATIENZA ha sostenido, con tendencia a la medida, que en la obra de este tratadista germano se contiene

“... la teoría más acreditada de la ponderación [...]”,²⁰ lo que no se configuró como óbice para que seguidamente dejara delimitado que, en su apreciación del asunto, “[...] las tesis de fondo sobre la ponderación que sostiene [...] son básicamente acertadas, pero la presentación que hace de las mismas no es del todo afortunada [...], sus errores han sido, fundamentalmente, de carácter retórico [...]”.²¹ Este punto de vista es sumamente preciso, porque encamina el debate partiendo de una distinción entre el contenido de la teoría de ALEXY y su forma de expresión, es decir, en el tipo de lenguaje que utiliza para exteriorizarla.

La teoría de los derechos fundamentales desarrollada durante el último cuarto del siglo XX no puede explicarse sin alusión a la teoría principalista, y muy especialmente a la variante descrita por Robert ALEXY; esto sin desconocer que en la actualidad varios autores interpretan a los derechos fundamentales, no sin resistencia, como principios.²² En este sentido, la divergencia conceptual

¹⁷ Cfr. GUASTINI, R., *Ensayos escépticos...*, ob. cit., p. 148.

¹⁸ MORESO, J. J., “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

¹⁹ LORA, P. DE, “Tras el rastro de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 60, Madrid, 2000, p. 263 y ss.

²⁰ ATIENZA, M., “A vueltas con la ponderación”, en M. Atienza y J. A. García Amado, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Editores, Lima-Bogotá, 2012, p. 20.

²¹ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

²² *Vid.* la sistematización de BOROWSKI, R., *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 47-65.

que opera entre los principios y las reglas ha fungido como apoyatura de cuestiones tan esenciales como la identificación del contenido y de los límites de los derechos fundamentales; además de posibilitar la concepción, sobre la base de la experiencia jurisdiccional, de la potencialidad conflictual que estos presentan en ocasión del tráfico jurídico, en tanto sus contenidos colisionan en no pocos conflictos concretos que trascienden a la mera aplicación por subsunción de una regla.

El modelo de ALEXY tiene su base en la concepción de los derechos fundamentales como principios, y de estos como mandatos de optimización que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas que concurran en la figuración de un supuesto concreto. El vínculo entre ponderación y derechos fundamentales implica una determinada concepción respecto al contenido y los límites de estos últimos, pues de ella dependerá que se acepte la propensión a la conflictividad que suponen y, por ende, la necesidad de poner en movimiento el método ponderativo y no el subsuntivo.

Es en esta cadencia, la distinción entre principios y reglas es la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que desempeñan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.²³ Así, los conflictos entre derechos fundamentales (principios) se resuelven mediante la realización de un test de proporcionalidad, entendido este como el principio de mayor relevancia *ab intra* del ordenamiento jurídico. Este principio de proporcionalidad se estructura de forma tripartita, es decir, contempla en su ontología tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Los subprincipios de idoneidad y de necesidad hacen referencia a la optimización en relación con las posibilidades fácticas, ya que de lo que se trata es de “[...] impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios [...]”.²⁴ Esto se traduce en que la imposición de una medida que limita el ejercicio de un derecho para satisfacer otro debe ser la más idónea y necesaria, dentro de todas las opciones posibles, en aras de realizar esta finalidad, es decir, no puede configurarse otra medida que suponga la consecución de fines idénticos y que implique un resultado limitativo de menor entidad. Por otra parte, el subprincipio de proporcionalidad en

²³ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 81.

²⁴ ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Palestra Editores, Lima, 2007, p. 459.

sentido estricto o ponderación se refiere a la optimización en relación con las posibilidades normativas, al estar dotado de una estructura también tripartita: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.

La ley de la ponderación es anunciada a través de una proposición que establece que cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.²⁵ De esta manera se expresa que la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario no consiste en nada diferente a la ponderación. El desarrollo de esta ley consta de tres pasos fundamentales: 1) definición del grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios; 2) definición de la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y 3) definición de si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.²⁶ Por lo tanto, “[...] la racionalidad de la ponderación como un todo depende de la posibilidad de hacer juicios racionales sobre las intensidades de interferencia, el grado de importancia y la relación entre ellos [...]”.²⁷

Para mostrar la posibilidad de juicios racionales, apoyados en un discurso metaético cognitivista, en relación con la intensidad de la interferencia y con los grados de importancia entre principios, ALEXY analiza dos decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán, a través de las cuales se puede constatar lo apuntado por la profesora POZZOLO, que con certeza ha dicho que

“[...], aun la visión de Alexy ha sido leída en larga parte como normativa, porque en su visión el derecho tiene la función de fortalecer los mandatos de la moral con la coerción, en verdad lo que quiere obtener el autor alemán es una moral que se corresponde a reglas lógico-lingüísticas-pragmáticas que derivan de la afirmación de los derechos, es decir, reglas conceptuales de funcionamiento del derecho constitucionalizado, impregnado de derechos. Como no sería una afirmación aquella que no pudiese justificarse, así un derecho constitucionalizado que no tuviese un vínculo con la corrección sería inexplicable en nuestra forma de vida, porque exprimiría una contradicción performativa [...]”.²⁸

El primer supuesto decisorio se relaciona con las advertencias de los riesgos para la salud. ALEXY describe las circunstancias del caso del modo que sigue:

“... El Tribunal califica el deber de las compañías de tabaco de advertir sobre el riesgo de fumar como una interferencia relativamente menor o leve

²⁵ *Ibidem*, p. 460.

²⁶ *Idem*.

²⁷ KLATT, M., “La filosofía del Derecho de Robert Alexy como sistema”, *Doxa*, No. 43, Alicante, 2020, p. 229.

²⁸ POZZOLO, S., “Robert Alexy, derechos fundamentales, discurso jurídico y racionalidad práctica. ¿Una lectura realista?”, *Revista Derecho & Sociedad*, No. 48, 2017, p. 220.

respecto a la libertad de ejercer una profesión (*Berufsausübungsfreiheit*). Por lo contrario, una prohibición total de todos los productos del tabaco sería considerada una interferencia grave. Entre estos casos leves y graves se pueden encontrar interferencias de intensidad moderada. En este sentido, es posible desarrollar una escala con niveles de leve, moderado y grave. Este ejemplo demuestra que se pueden realizar asignaciones válidas de acuerdo con esta escala [...].²⁹

Ello también es posible, sigue explicando ALEXY,

“... en relación con la fundamentación opuesta. Los riesgos que se generan por fumar son enormes. Por ello, las razones que justifican la interferencia son de gran peso. En este sentido, si la intensidad de la interferencia se establece como leve o menor, y el grado de importancia de las razones para interferir es alto, entonces, el resultado del examen de proporcionalidad en el sentido estricto puede ser bien descrito –como, de hecho, lo hizo el Tribunal Constitucional Federal alemán– como obvio [...]”.³⁰

El segundo supuesto versa sobre la clásica colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor. ALEXY describe las circunstancias del caso del modo siguiente:

“... Una revista satírica de gran circulación, *Titanic*, se refirió a un militar parapléjico retirado como *asesino nato* y, en una edición posterior, le llamó *tullido*.³¹ Un tribunal alemán (el Tribunal Superior de Düsseldorf) resolvió en contra de la revista, condenándola a pagar al oficial daños y perjuicios por un monto de 12 mil DM. *Titanic* interpuso un recurso de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional Federal llevó a cabo una ponderación de caso específico entre la libertad de expresión de la revista (artículo 5 (1) (1) de la norma fundamental) y el derecho general a la identidad personal del oficial (artículo 2 (1) en conexión con el artículo 1 (1) de la misma norma)

²⁹ ALEXY, R., “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en P. A. Ibáñez y R. Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa*, Editorial de la UNAM, México D.F., 2006, pp. 5-6.

³⁰ *Ibidem*, p. 6.

³¹ El texto de la nota dice lo siguiente: “[...] El hecho de que un tullido, en concreto usted, esté en disposición de prestar servicio en una organización, el ejército, cuya finalidad es convertir a hombres en tullidos o matarlos, es algo que nos pareció obsceno y que nos hizo nombrarle una de las siete personalidades más lamentables del mes de marzo. Encontramos odioso el hecho siguiente, que nos trae a la mente nuestras anteriores dudas sobre si usted estaría bien de la cabeza, y que consistió en que por medio de abogado nos reclama como indemnización más de cincuenta mil marcos porque *el peso jurídico y objetivo de la ofensa pública de nuestro mandante es mucho mayor* que si nos hubiésemos burlado de una persona sana. ¿O cómo llamaría usted la degradación jurídica de los sanos a personas de segunda clase? [...]. Así que nos veremos ante el juez [...]”. *Vid.* GARCÍA AMADO, J. A., “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en T. da Rosa Bustamante (Ed.), *Teoria do Direito e Decisão Jurídica*, Edições Renovar, Rio de Janeiro-São Paulo-Recife, 2008, p. 14.

[...]”.³² Para tal fin, explica ALEXY, el Tribunal determinó la intensidad de la afectación de esos derechos y las puso en relación.³³

Según ALEXY, en el primer caso, relativo a la construcción *asesino nato*, se considera que la condena de la revista a indemnizar es una limitación grave de la libertad de expresión, mientras que la afectación del derecho al honor tendría como máximo una afectación de grado medio, por tratarse de una sátira y ser una fórmula empleada también en otras ocasiones y con otros personajes. Así que, comparadas ambas magnitudes, el Tribunal Constitucional Federal habría comprobado que la condena de *Titanic* resultaba *desproporcionada*. En lo referido a la segunda expresión cuestionada, es decir, *tullido*, el Tribunal habría comprobado que se trata de una vulneración muy grave o extraordinariamente grave del derecho al honor, pues es expresión humillante y que manifiesta falta de respeto. Así que, en este caso, la grave intervención en la libertad de expresión que supone la condena a indemnizar está compensada por la gravedad, por lo menos idéntica, del atentado contra el derecho al honor.³⁴

Realizando una estimación general de la dimensión demostrativa de los casos reseñados, respecto a la pertinencia de la defensa de los principios como un tipo normativo, a su cualidad de suponer un peso determinado en un caso concreto y a la virtualidad de la ponderación, ALEXY afirmó que las sentencias sobre el tabaco y sobre el caso *Titanic* muestran que es posible hacer juicios racionales sobre los grados de intensidad y de importancia en que se ven afectados los principios y que estos juicios pueden relacionarse entre sí, a fin de fundamentar un resultado. Desde luego, en estos juicios se presuponen medidas de enjuiciamiento que no están contenidas en la propia ley de ponderación.³⁵

En efecto, la estructura de la escala trídica no es suficiente para mostrar que la ponderación es racional. Para ello es necesario que se tenga en cuenta también

³² ALEXY, R., “Ponderación...”, ob. cit., pp. 6 y 7.

³³ ALEXY, R., *Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 34.

³⁴ *Ibidem*, pp. 34 y 35.

³⁵ *Idem*, p. 36. El profesor GARCÍA AMADO ha construido una crítica al respecto basada en cinco ideas centrales: 1) no hay (o no tiene por qué haber) diferencia cualitativa entre decisiones en materia de conflictos entre derechos fundamentales o en cualquier otro caso de conflicto jurídico; 2) no hay diferencia cualitativa entre el tipo de normas que ALEXY llama reglas y las que llama principios; 3) a los tribunales constitucionales no los especifica la aplicación de ningún método peculiar o propio; 4) su diferencia, si la hay, con los tribunales de la jurisdicción ordinaria habrá que buscarla en otros lados, y posiblemente sea meramente competencial; y 5) en consecuencia, no podrá ser la invocación de su método o perspectiva propios lo que sirva de pretexto a los tribunales constitucionales para ampliar sus competencias más allá de lo que es la dicción de las normas constitucionales o legales que se la atribuyen. *Vid.* GARCÍA AMADO, J. A., “El juicio de ponderación y sus partes...”, ob. cit., p. 17.

que en la ponderación se encuentra implícito un sistema de interferencias; el cual, a su vez, está intrínsecamente conectado al concepto de corrección.³⁶

En tanto que un sistema de inferencias, la subsunción en una regla “[...] puede expresarse mediante un esquema deductivo llamado *justificación interna*; el cual se construye con la ayuda de las lógicas proposicional, de predicados y deóntica. Es de central importancia para la teoría del discurso jurídico que en el caso de la ponderación de principios exista una contraparte de este esquema deductivo [...]”.³⁷

Este esquema deductivo es llamado por ALEXY fórmula del peso, complementaria de las leyes de la colisión y la ponderación, y se puede expresar del modo que sigue:

$$GP_{i,jC} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{GPjA \cdot SPjC}$$

Esta fórmula establece que el peso concreto del principio **Pi** en relación con el principio **Pj**, en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio **Pi**, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, del producto de la importancia del principio **Pj**, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia.³⁸

Finalmente, las decisiones o proposiciones conectadas por la fórmula del peso deben ser justificadas mediante ulteriores argumentos. ALEXY entiende, como bien ha explicado ATIENZA, que una teoría de la argumentación jurídica solo despliega todo su valor práctico

“... en el contexto de una teoría general del Estado y del derecho. Esta última teoría tendría que ser capaz de unir dos modelos distintos de sistema jurídico: el sistema jurídico como sistema de procedimientos, y el sistema jurídico como sistema de normas. El primero representa el lado activo, y consta de cuatro procedimientos: el discurso práctico general, la creación estatal del derecho, el discurso jurídico y el proceso judicial. El segundo es el lado pasivo y, según Alexy, debe mostrar que el derecho, en cuanto sistema de normas, consiste no sólo en reglas, sino también en principios [...]”.³⁹

³⁶ ALEXY, R., “Ponderación...”, ob. cit., p. 7.

³⁷ *Ibidem*, p. 7.

³⁸ ALEXY, R., *Epílogo...*, ob. cit., p. 41 y ss. Ver una explicación suficiente en BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 736 y ss.

³⁹ ATIENZA, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Editorial de la UNAM, México D.F., 2005, p. 174.

En este entendido, la fórmula del peso es una clase de argumento. Las formas de argumento definen la estructura lógica de movimientos dentro de los discursos y muestran cómo los movimientos se relacionan entre sí.⁴⁰ En definitiva, la ponderación no es posible sin el discurso, “[...] y las distintas clases de argumentos o estructuras de inferencias incluyen necesariamente la estructura ponderativa, tal y como lo pone de manifiesto la fórmula del peso [...]”.⁴¹

Consideración *ad finem*

La irracionalidad y el subjetivismo que se imputa a la ponderación, como bien ha explicado el profesor ALEXY, valen en la medida en que con ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado. Pero no valen en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional.⁴²

La ponderación, siguiendo ahora a BERNAL PULIDO, no es un procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos. Aunque no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella sí puede fijarse cuál es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones. La gradación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso, conforman el campo en el que se mueve dicha subjetividad.⁴³

La ponderación debe exhibir mecanismos de razonamientos que resulten coherentes y que produzcan consecuencias aceptables. En esta dirección, la racionalidad de la ponderación se expresa en la racionalidad de la argumentación que de ella se deduce, ya que solo se podría calificar de irracional a la ponderación si su instrumentación no se desarrolla en el marco de una argumentación suficiente y coherente, pues son los argumentos “[...] los que expresan y hacen ostensibles las reflexiones [...]”.⁴⁴ Aquí cobra pleno sentido el apotegma varias veces descrito en la doctrina, según el cual la argumentación es una herramienta esencial, que permite realizar controles efectivos a la actividad decisoria de los jueces. De hecho, siguiendo a ATIENZA, los criterios

⁴⁰ ALEXY, R., “Ponderación...”, ob. cit., p. 10.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 10 y 11.

⁴² ALEXY, R., *Teoría...*, ob. cit., p. 157.

⁴³ BERNAL PULIDO, C., “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*, No. 26, Alicante, 1989, p. 238.

⁴⁴ Alexy, R., *Epílogo...*, ob. cit., p. 37.

de racionalidad aplicables a la ponderación no pueden ser otros que los que se desprenden de “[...] la noción general que puede encontrarse en los procesos jurídicos argumentativos, y que hace(n) referencia a una serie de criterios de naturaleza formal, material y pragmática [...]”.⁴⁵

⁴⁵ ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017, p. 157.

El Derecho administrativo global y las fuentes del Derecho administrativo

Benjamín MARCHECO ACUÑA*
Raudel NAVARRO HERNÁNDEZ*

I. Introducción

Cuando, por lo general, tanto en la enseñanza como en la propia práctica del Derecho se trata el tema de las *fuentes (formales) del Derecho administrativo*, es prácticamente nula la referencia a la regulación administrativa global, a excepción de las derivadas de los tratados internacionales como fuente directa del Derecho administrativo.

Ello es así, fundamentalmente, porque aún se entiende al Derecho administrativo desde lo que el profesor Javier BARNÉS denomina “los tres diques que delimitaban sus señas de identidad: como derecho nacional, derecho del poder, y como derecho de vocación ejecutiva”,¹ y porque el Derecho administrativo global es aún una disciplina en ciernes.

Sin embargo, es evidente que en los últimos años, el fenómeno de la globalización y sus manifestaciones concretas, como las regulaciones de alcance supranacional, han producido importantes innovaciones estructurales y en las formas de actuación de la Administración pública, lo que ha abocado al Derecho administrativo a un replanteamiento de sus principales postulados teóricos.

En el Derecho administrativo actual se ha sentido la notable influencia de la regulación administrativa global, como resultado de un aumento en el alcance y las formas de regulación y administración que se desarrollan más allá de las fronteras estatales para abordar las consecuencias de la interdependencia generada por el fenómeno de la globalización.²

* Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana). Profesor de Derecho de la Universidad de Guayaquil. E-mail: benjamacheco@gmail.com

**Máster en Derecho Constitucional y Administrativo (Universidad de La Habana). E-mail: raudelnhdez1986@gmail.com

¹ BARNÉS, Javier, *Transformaciones (científicas) del Derecho administrativo. Historia y retos del Derecho administrativo contemporáneo*, Global Law Press, Sevilla, 2012, p. 10.

² MARCHECO ACUÑA, Benjamín, “Los desafíos de la ciencia del derecho administrativo ante la globalización”, *Revista General de Derecho Administrativo*, No. 49, 2018, Madrid, p. 4.

A través de sus distintas modalidades regulatorias (tanto las clásicas fuentes del Derecho internacional público de naturaleza vinculante como las del denominado *soft law* en sus distintas formas, que derivan su capacidad regulatoria de su alto contenido técnico y su fuerza persuasoria) penetran en los sistemas normativos nacionales, ya sea determinando el contenido normativo de las fuentes jurídicas nacionales, ya condicionando la actuación de las autoridades como línea orientadora para la mejor toma de decisiones o como criterio interpretativo del derecho positivo.³

Son numerosas las entidades y organismos normativos globales cuyos estándares se incorporan a los ámbitos reguladores nacionales en distintos niveles y son respetados en la práctica pese a no ser formalmente vinculantes, precisamente por las presiones del entorno altamente competitivo y por la supervisión constante de su cumplimiento. Por otro lado, los propios actores privados (individuos, grupos, corporaciones, ONG), destinatarios de esos regímenes regulatorios globales son, de manera creciente, sujetos directos de las acciones ejecutivas o de la aplicación de medidas con efectos jurídicos directos, sin necesidad, en algunos casos, de intervención de autoridades internas, con lo cual se va acortando paulatinamente la distancia que entre unos y otros ha impuesto el Derecho internacional público tradicional (por ejemplo, las decisiones sobre seguridad internacional del Consejo de Seguridad de la ONU, que afectan tanto a países concretos –mediante sanciones– como a las personas –la lista de personas consideradas amenazas a la paz mundial)–.

El fenómeno descrito afecta indudablemente a más de las instituciones clásicas del Derecho administrativo, sus conceptos y técnicas, a su sistema de fuentes; tanto en los procedimientos de producción, en el contenido normativo, como, fundamentalmente, en su interpretación y aplicación.

Con el presente trabajo se pretende sistematizar las principales corrientes, concepciones y teorías sobre el desarrollo de las funciones administrativas en el contexto global, determinando particularmente las formas y modalidades de la actividad regulatoria global y su incidencia en el sistema de fuentes del Derecho administrativo.

³ En este sentido resulta muy ilustrativa la paradigmática sentencia *Grimaldi*, de 13-12-1989, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien entiende que este tipo de regulaciones, a pesar de carecer de eficacia vinculante, “no pueden ser considerados como carentes en absoluto de efectos jurídicos” y los jueces están obligados a tenerlas en cuenta a la hora de resolver los litigios de que conocen, “sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante”.

II. El Derecho administrativo global: denominaciones, sentido y alcance

En el lenguaje jurídico tradicional, el adjetivo “internacional” ha estado siempre asociado a aquellas ramas del derecho positivo que se refieren a las relaciones entre los Estados como sujetos del Derecho internacional público, o entre los particulares como sujetos del Derecho internacional privado. Si bien cada una de dichas ramas tiene sus propias particularidades, su nota común es que se refieren a la elaboración, interpretación o aplicación de leyes que exceden los límites de un Estado en particular.⁴

Al resto de las ramas del Derecho las une, por encima de cualquiera de las diferencias relevantes, su cualidad de estar restringidas, tanto en su origen como en su aplicación, a los límites del Estado nacional, cuyas leyes e instituciones son expresión de su soberanía. De ahí que la expresión “Derecho administrativo internacional” u otras que aparecen a primera vista como sinónimos, no dejan de despertar el interés para los investigadores acostumbrados a concebir el Derecho administrativo como un conjunto de normas e instituciones básicamente nacionales.

No obstante, en vista de que la expresión es de uso común ya en ciertos sectores de los estudios jurídicos, conviene precisar cuál es su sentido y alcance, así como las expresiones análogas, los sujetos y el objeto de una posible rama del saber jurídico que aún se considera en construcción o emergente.⁵

Para ello es preciso, en primer lugar, fijar una definición básica del Derecho administrativo que tome en cuenta sus elementos más importantes, para luego

⁴ Además de esa gran distinción entre dos campos fundamentales del Derecho internacional, el sustantivo suele aplicarse a otras ramas como el Derecho comercial internacional, el Derecho económico internacional y el Derecho penal internacional. Sobre los dos primeros puede verse FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización”, *Escriba. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, No. 5/2000, pp. 161-230. Sobre el tercero puede verse BASSIOUNI, Cherif, “El Derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1982, pp. 5-42; y ESTUPIÑÁN SILVA, Rosmerlín, “Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 133-173.

⁵ Que es un sector de estudios “en construcción” es con seguridad la única nota común a los estudiosos que se dedican al tema. Cfr. FERNÁNDEZ LAMELA, Pablo, “Globalización y Derecho público. Introducción al Derecho administrativo internacional”, en David Cienfuegos Salgado y Miguel Alejandro López Olvera (coords.), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, t. I – *Derecho Administrativo*, UNAM, México D.F., 2005, p. 45: “a fin de introducirnos a su estudio, identificaremos algunos de sus elementos y tópicos básicos, dejando en claro que cualquier conclusión que se exponga al respecto sólo puede tener carácter provisorio, dado que se trata de un tema en constante evolución y aún no consolidado” (pp. 45-63).

analizar en qué se diferencia este del denominado Derecho administrativo internacional y cuáles son las mutuas influencias que se pueden establecer entre ambos.

En 1950, el jurista cubano Julián MODESTO RUIZ definió el Derecho administrativo como “el conjunto de principios y reglas que rigen la acción organizada de los funcionarios y empleados públicos encaminada a la realización directa, inmediata, y casi siempre concreta de determinadas conveniencias de interés común”.⁶ Varios años más tarde, Héctor GARCINI GUERRA concretó su concepción del Derecho administrativo al definirlo como “aquella rama jurídica que fija los principios y analiza las normas que orientan y regulan las relaciones sociales que se producen en la organización y en la actividad de la Administración del Estado considerada en todas sus esferas, tanto nacional como local”.⁷

En ambas definiciones se aprecia la coincidencia de que el Derecho administrativo está integrado por normas y principios que regulan la organización y el funcionamiento de la Administración pública estatal, tanto a nivel nacional como local, en la definición de H. GARCINI. En el caso de los principios, que son resultado de la labor doctrinal antes que de decisiones legislativas, su alcance puede ir más allá del ámbito nacional, puesto que por su generalidad y abstracción pueden ser aplicados al análisis del Derecho administrativo en diferentes ordenamientos jurídicos.

Algo muy diferente sucede con las normas jurídicas, que solo son aplicables hasta donde llega la esfera de influencia territorial de la entidad estatal que las emitió, y son aplicables solo dentro de los límites de su competencia. En síntesis, en ninguna de las dos definiciones el Derecho administrativo tiene un alcance más allá de los límites del Estado.

El análisis anterior se refiere a lo que Catalina ESCUÍN PALOP identifica como el concepto tradicional del Derecho administrativo, que considera se funda en tres presupuestos básicos: i) la Administración concebida a partir del principio de la división de poderes, definiéndose el Derecho que regulaba la actividad del poder ejecutivo por su carácter residual (ni legislación, ni jurisdicción); ii) la Administración como una unidad monolítica y autárquica, organizada de acuerdo con un criterio centralista, regida por el principio de jerarquía y; iii) la actividad administrativa como una actividad formalizada, siempre subsumible en las previsiones de la Ley.⁸

⁶ RUIZ, Julián M., *Principios de Derecho Administrativo*, Escuela de Ciencias Comerciales, Universidad de La Habana, La Habana, 1950, p. 14.

⁷ GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho Administrativo*, Pueblo y Educación, La Habana, 1986, p. 27.

⁸ ESCUÍN PALOP, Catalina, *Curso de derecho administrativo. Parte general*, tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 19.

Probablemente la mejor expresión para definir una concepción del Derecho administrativo basada en aquellos presupuestos sea la de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, cuando afirman que “es lícito decir que el Derecho Administrativo es el Derecho Público interno por excelencia del Estado.”⁹

Ante esa característica de Derecho interno por excelencia, cabe preguntarse qué relaciones se pueden establecer entre el Derecho administrativo y el Derecho internacional; esas relaciones se analizan usualmente en el tema específico de las fuentes del Derecho administrativo, donde se incluyen los tratados internacionales, cuyas formas de recepción en el Derecho interno son definidas a nivel constitucional.¹⁰

Al margen de las formas concretas de recepción de tratados y de las diferentes posiciones teóricas respecto a su carácter de fuentes del Derecho administrativo, en las últimas décadas se ha ido avanzando más allá de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho administrativo, lo que ha tenido como uno de sus resultados más publicitados la constitución de un llamado Derecho administrativo internacional¹¹ o Derecho administrativo global, del que se pueden encontrar indicios en algunos estudios de las primeras décadas del siglo xx, sin que ello diera lugar a la configuración de una nueva rama jurídica, como se pretende en los estudios actuales.¹²

En términos de principios pareciera que no existe ninguna diferencia sustancial entre las expresiones Derecho administrativo internacional y Derecho administrativo global, pero una revisión más atenta permite apreciar que ambas expresiones tienen sentidos y alcances distintos: la primera, al menos en los estudios tradicionales del Derecho administrativo, se refiere a los puntos de convergencia en la aplicación del Derecho interno con el Derecho internacional en sus aspectos netamente administrativos;¹³ mientras que el segundo

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 15ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 49.

¹⁰ Un análisis del tema en el Derecho español puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 159 y ss.

¹¹ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, No. 171/2006, Madrid: “por derecho administrativo internacional se entiende el derecho conflictual jurídico-público, esto es, el Derecho nacional de selección de la ley aplicable supuestos de hecho dotados de conexión con el extranjero” (pp. 32 y 7-34).

¹² Un análisis del contexto del surgimiento y desarrollo del Derecho administrativo global puede verse en LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián, “Contextualizando el derecho administrativo global”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11/2018, pp. 259-305.

¹³ En su tiempo, GARCINI GUERRA distinguía entre un “Derecho Internacional Administrativo que regula las relaciones derivadas de la existencia de una Sociedad Internacional y un Derecho Administrativo Internacional que regula la actividad del Estado enderezada a la realización

se refiere tanto a las normas como a las instituciones internacionales cuyas disposiciones, aunque no se basen en tratados internacionales, afectan la Administración pública interna.¹⁴

Aparte de esa distinción de principios, en los estudios actuales se usan indistintamente ambas denominaciones para hacer referencia a un conjunto de estudios, análisis y teorías que, si bien no forman aún un cuerpo de doctrina homogéneo,¹⁵ tiene como objeto de estudio común las prácticas regulatorias y decisorias de instituciones públicas o privadas de carácter internacional y con orígenes diversos.

Metodológicamente, esos estudios “describen el fenómeno de la desaparición gradual de las tradicionales fronteras entre lo internacional y lo nacional, y entre lo público y lo privado; y, por otro, critican el sistema de fuentes y sujetos que históricamente han regido al derecho internacional, que incluye principalmente a tratados y costumbres, así como a Estados y organizaciones internacionales”.¹⁶

Al ser así, es posible afirmar que los actuales estudios que se refieren al Derecho administrativo internacional no se circunscriben únicamente a la evolución interna del Derecho administrativo tradicional, sino que parten de las limitaciones de este para explicar adecuadamente la ampliación de los sujetos que en calidad de reguladores o decisores internacionales inciden y hasta modifican el orden jurídico interno, sin estar amparados por las tradicionales fuentes de legitimación, como son los tratados internacionales.

de sus fines más allá de sus fronteras nacionales”. Cfr. GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 35.

¹⁴ Un análisis sobre las diferencias específicas entre el Derecho administrativo internacional y el Derecho administrativo global puede verse en BREWER-CARÍAS, Allan R., “El Derecho administrativo global en materia de cooperación policial y el procedimiento administrativo global desarrollado ante *interpol*, como administración global, para la protección de las personas”, ponencia en el Tercer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, sobre “Derecho Administrativo Global”, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Nuevo León, 23-25 abril 2009, p. 3 y ss., disponible en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2009/04/1045.-1-990.-PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-GLOBAL-EN-MATERIA-DE-POLIC%C3%8DA.-Monterrey.doc.pdf> [consultado el 5 de julio de 2018].

¹⁵ “Los modelos de gobernanza global que han surgido han sido moldeados por un poco evidente pero importante y creciente cuerpo de normas de derecho administrativo global. Este cuerpo de normas no se encuentra hoy en día unificado, de hecho, no es todavía un campo organizado en la academia o en la práctica”. Cfr. KINGSBURY, Benedict, *et al.*, “El surgimiento del Derecho Administrativo Global”, *Revista de Derecho Público*, No. 24/2010, Bogotá, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, p. 23.

¹⁶ Cfr. LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián, “Contextualizando el derecho administrativo”, ob. cit., p. 261.

Esa ampliación de los sujetos del Derecho administrativo implica además, la necesidad de delimitar un ente al que se pueda identificar como “Administración global”, el espacio sobre el que ejerce sus funciones, el llamado “espacio administrativo global”; ambas cosas son imprescindibles en la medida en que “la conceptualización del derecho administrativo global presupone la existencia de una administración global o transnacional”.¹⁷

No obstante la superposición de estudios, conceptos y análisis sobre el Derecho administrativo global, una primera sistematización apunta a ciertas diferencias que se pueden apreciar entre los estudios realizados en Estados Unidos y en los países europeos. Esa diferencia consiste en que mientras en Estados Unidos la escuela del Derecho administrativo global es más pragmática, privilegiando los aspectos procesales del Derecho administrativo global, en Italia y Francia, así como en España, es más teórica, estudiando preferentemente lo sustantivo de este Derecho.¹⁸

En cualquier caso, los estudios de Derecho administrativo global parten de la constatación empírica de diversos elementos, que pueden resumirse en la internacionalización de la Administración, definida a grandes rasgos como “todos aquellos fenómenos de carácter administrativo que sobrepasan las fronteras de los espacios administrativos nacionales, tanto si proceden de los mismos como si han sido concebidos desde un primer momento sin consideración de tales fronteras”.¹⁹

En síntesis, se trata de la existencia de instituciones, regulaciones y procedimientos de carácter internacional o global que influyen en la Administración pública nacional, sin que necesariamente haya un tratado internacional que las legitime y haga vinculantes, creando así un espacio de relaciones internacionales de gran complejidad, en las que intervienen sujetos reguladores tradicionales junto a otros emergentes.

En una visión de conjunto, y como conclusión, puede decirse que “el ámbito regulatorio global se sitúa en medio del derecho internacional y el derecho administrativo, superando la dicotomía o dualidad conceptual nacional-internacional o interior-exterior, para constituir así espacios y tipos de interacciones diferentes que necesitan del desarrollo de ciertos conceptos y principios que den forma y legitimidad a esta nueva regulación”.²⁰

¹⁷ KINGSBURY, Benedict, *et al.*, “El surgimiento...”, *ob. cit.*, p. 8.

¹⁸ Cfr. LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián, “Contextualizando el derecho administrativo”, *ob. cit.*, p. 271.

¹⁹ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “La ciencia del derecho...”, *ob. cit.*, p. 9.

²⁰ Cfr. GAMBARDELLAD’ETIGNY, Maité y Beatriz VON LOEWENSTEIN WEIL, Recensión al libro *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación* de Bene-

Ese lugar intermedio entre el Derecho administrativo y el Derecho internacional, punto de convergencia donde se ubica el Derecho administrativo global, permite fijar sus características principales; se trata de un Derecho global porque sus normas rigen sin consideración de fronteras; sus efectos rebasan o desbordan los rígidos confines del Estado; porque se ocupa del ejercicio del poder por una serie de organizaciones que no pertenecen a ningún Estado en particular; le reconoce a los particulares la condición de sujetos de derecho en el plano internacional; sus normas limitan o condicionan la actividad de la Administración nacional; porque sus normas, en síntesis, autorizan a los particulares cuyos derechos resultaren afectados por la actuación de la Administración para demandar en ultramar el control jurisdiccional de los actos que les causan gravamen.²¹

Finalmente, Allan R. BREWER-CARÍAS expone una definición de Derecho administrativo que incluye tanto al global como el nacional: “el Derecho Administrativo es el instrumento normativo destinado a garantizar el equilibrio entre los poderes atribuidos a la Administración Global, las atribuciones de las Administraciones nacionales y los derechos de los particulares; en definitiva, garantizar la sujeción del Estado al derecho, al punto de que sin Estado de Derecho (*rule of law*), no habría derecho administrativo;” en ese contexto el Derecho administrativo global es “un derecho que regula a Administraciones globales que ya no son parte del Estado o de un Estado nacional”.²²

Sin embargo, pese a la creciente utilización del término Derecho administrativo global y los esfuerzos por constituirlo en una nueva rama del Derecho, una nueva ciencia jurídica o un ordenamiento jurídico singular, María del Pilar CHÁVEZ escribe sobre la “inexistencia del derecho administrativo global” y considera que “la utilización del concepto es errante. En ocasiones se recurre a él para demonizar al derecho administrativo de las organizaciones internacionales, mientras que en otras viene a resumir el derecho aplicado por determinados tribunales arbitrales, quedando por ello su contenido a merced del doctrinario que lo enuncia”.²³

dict KINGSBURY y Richard B. STEWART (Global LawPress, Sevilla, 2016), en *Revista de Derecho Público*, vol. 84/2016, Universidad de Chile, pp. 179-183.

²¹ Cfr. MUCI BORJAS, J. A., *Control judicial y arbitraje internacional conforme al Derecho Administrativo Global*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, Caracas, 2005, p. 11.

²² BREWER-CARÍAS, Allan R., “El Derecho administrativo global...”, ob. cit., p. 2.

²³ CHÁVEZ, María del P., “La inexistencia del derecho administrativo global”, *Diario Administrativo*, No. 76, de 4 de agosto de 2015. Esta autora señala que “la denominación encierra una contradicción en sí misma, toda vez que el derecho administrativo es por definición inherente al Estado moderno y el adjetivo ‘global’ parece ampliar su ámbito de aplicación espacial por fuera de las fronteras de aquel hasta los confines de la tierra. En el estado actual del derecho internacional no existe cohesión normativa más allá de las normas denominadas de *ius cogens* y de parte del derecho derivado de las directivas del Consejo de Seguridad

III. Los elementos del Derecho administrativo global: sujetos reguladores; sujetos de regulación, estructura y funcionamiento

Al ser el Derecho administrativo global un tipo de Derecho en formación y en constante expansión,²⁴ una de las principales tareas que deben realizar sus estudiosos es la determinación de los elementos principales que lo configuran, aquellos en torno a los cuales giran tanto los sujetos reguladores y objetos de regulación, como las propias normas y procedimientos de acuerdo con los que funcionan.

A. Sujetos reguladores. Para comprender quiénes o cuáles son los sujetos reguladores del Derecho administrativo global, conviene sistematizar las principales formas de internacionalización de las relaciones administrativas. De acuerdo con el análisis realizado por SCHMIDT-ASSMANN esas formas pueden ser reducidas a cuatro:

- i) formas de cooperación bilateral;
- ii) formas organizativas regionales;
- iii) formas organizativas de alcance mundial;
- iv) redes informales de autoridades.

Por su parte, KINGSBURY, KRISCH y STEWART distinguen “cinco tipos principales de regulación administrativa globalizada:”²⁵

- i) administración por parte de organizaciones internacionales formales;
- ii) administración basada en la acción colectiva de redes transnacionales de acuerdos de cooperación entre funcionarios *reguladores* nacionales;
- iii) administración distribuida llevada a cabo por reguladores nacionales bajo tratados, redes u otros regímenes cooperativos;
- iv) administración por acuerdos híbridos intergubernamentales privados;
- v) administración por instituciones privadas con funciones regulatorias.

Si alguna diferencia tiene el Derecho administrativo global con respecto a las formas tradicionales en que se han resuelto las convergencias entre el Derecho

tomadas en el marco del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. En consecuencia, no es posible hablar –en términos sistémicos– de un derecho administrativo que tenga escala global”.

²⁴ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, t. I, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2017, pp. V-14.

²⁵ Cfr. KINGSBURY, Benedict, *et al.*, “El surgimiento...”, *ob. cit.*, p. 9. Según los autores, “en la práctica, muchas de estas capas se superponen o se combinan, pero nosotros proponemos esta selección de tipos ideales para facilitar investigaciones futuras”.

administrativo y el Derecho internacional, ella no radica precisamente en la existencia de todas esas formas diversas de administración llamadas global, puesto que entre las que señalan los autores, solo las identificadas como redes informales de autoridades, o la administración por instituciones privadas con funciones regulatorias quedan al margen de los tratados internacionales.

Algo muy distinto sucede cuando, por ejemplo, las instituciones u organizaciones internacionales de carácter político asumen funciones de reguladores internacionales en materia administrativa, o adoptan regulaciones que deben ser aplicadas por parte de los Estados en su Derecho interno, o son las propias instituciones internacionales quienes las ejecutan en el territorio de algún Estado.

Dicho de otra manera, la existencia de un Derecho administrativo global radica, por un lado, en la ampliación de los sujetos de regulación administrativa internacional y, por otro, en la existencia de sujetos reguladores no derivados necesariamente de los tratados o convenios internacionales y que, sin embargo, disponen de poderes de hecho para conseguir que sus regulaciones sean incorporadas o aplicadas en el Derecho administrativo interno.

Los dos aspectos que sirven de fundamento al Derecho administrativo global deben ser analizados en un contexto particularmente complejo, que se caracteriza, según CASSESE, por la globalización; la privatización; la participación ciudadana; o las nuevas responsabilidades fiscales a nivel global; el crecimiento de los poderes ultranacionales e intranacionales; el aumento de la separación funcional, en la que los gobiernos nacionales actúan tanto con poderes soberanos como con poderes delegados de organismos ultranacionales; el aumento de la comunicación entre los ordenamientos jurídicos nacionales; el crecimiento de principios compartidos por varios ordenamientos jurídicos, a nivel mundial, nacional y local, entre otros.²⁶

¿Cuáles son esos sujetos reguladores propios del Derecho administrativo global que funcionan en ese contexto y con base en los presupuestos señalados? Más allá de las referencias a instituciones concretas, a organismos, instituciones públicas o privadas o redes internacionales, los estudios sobre la materia no disponen aún de una descripción analítica que permita incluir o excluir instituciones u organismos, con independencia de los ejemplos concretos.

Según KINGSBURY *et al.*,

²⁶ A raíz de esos fenómenos han “surgido nuevos conceptos e ideas que han penetrado en la literatura: la Nueva Gestión Pública, la gobernanza, la rendición de cuentas [*accountability*], los organismos expertos, la dirección [*steering*]. Pero, como la continuidad y el cambio van de la mano, es difícil estudiar este mosaico de contradicciones utilizando viejos métodos”. Cfr. CASSESE, Sabino, “New paths for administrative law: A manifesto”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10(3)/2012, pp. 3-4.

“los órganos globales administrativos incluyen órganos regulatorios intergubernamentales formales, redes regulatorias informales intergubernamentales y arreglos de coordinación, órganos regulatorios nacionales que operan en relación con un régimen internacional intergubernamental, órganos regulatorios híbridos público-privados, y algunos órganos regulatorios privados que ejercen funciones de gobernanza transnacional de importancia pública específica”.²⁷

Se trata, en cualquier caso, de una definición por enumeración que no agota todas las posibilidades (no es exhaustiva), y tampoco permite identificar con certeza si un determinado órgano es o no parte de la Administración global.

Una enumeración similar es la que realiza Pablo FERNÁNDEZ LAMELA, cuando se refiere a

“las redes transgubernamentales que están jugando un rol cada vez más importante en la regulación internacional [...] estas redes constituyen alianzas informales entre agencias gubernamentales, organizaciones internacionales, empresas transnacionales y participantes de la sociedad civil, como organizaciones no gubernamentales, corporaciones profesionales o grupos religiosos que se reúnen para analizar o discutir diversos temas de interés común”.²⁸

Todas ellas serían, de conformidad con lo dicho hasta aquí, sujetos reguladores del Derecho administrativo global; esas administraciones globales

“conforme a los poderes que tienen conferidas en el marco regulatorio de su actividad, que conforma las fuentes del derecho administrativo global, pueden adoptar decisiones que tienen efectos jurídicos directos respecto de los individuos, a veces, sin intervención alguna de las administraciones públicas nacionales e, incluso, en contra de ellas, configurándose aquellos, entonces, como sujetos de la Administración global”.²⁹

B. Sujetos de regulación. Una vez identificados los sujetos cuyas regulaciones contribuyen a configurar el Derecho internacional administrativo, corresponde identificar su contraparte, es decir, los órganos, instituciones, o incluso personas, sobre las cuales recae la obligación de cumplir aquellas regulaciones; en el entendido de que para que las diferentes formas de administración global

²⁷ KINGSBURY, Benedict, *et al.*, “El surgimiento...”, *ob. cit.*, p. 7.

²⁸ Cfr. FERNÁNDEZ LAMELA, Pablo, “Globalización y Derecho público”, *ob. cit.*, p. 53.

²⁹ El campo de las administraciones globales progresivamente se ha ido desplazando hacia otros campos de actividades más vinculadas con aspectos sustantivos del tradicional Derecho administrativo, como la protección ambiental, la seguridad internacional, la energía nuclear, el control de armas químicas, la propiedad intelectual y el régimen de las personas, como por ejemplo el tratamiento de los refugiados. Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan R., “El Derecho administrativo global...”, *ob. cit.*, pp. 4 y 5.

sean efectivas y sus regulaciones sean eficaces, requieren en primer término la existencia de unos sujetos que debieran acatarlas.

En las relaciones tradicionales entre el Derecho administrativo y el Derecho internacional, esos sujetos están previamente determinados, puesto que al incorporar el contenido normativo del tratado al derecho interno aquel se hace directamente aplicable por las autoridades u órganos estatales correspondientes; de esa manera, no hay una ruptura en el encadenamiento entre las regulaciones administrativas internacionales y las internas.

La pertinencia analítica de los estudios de Derecho administrativo global con respecto a los sujetos de regulación radica en que toma como objeto de estudio los casos –cada vez más frecuentes– de acatamiento y aplicación de regulaciones administrativas de origen internacional que no derivan necesariamente de las fuentes convencionales como los tratados internacionales.

La distinción sobre la cualidad de los sujetos de regulación se puede establecer mejor por el método de contraste: en las relaciones entre el Derecho administrativo internacional y el interno, los entes sometidos a su jurisdicción tienen carácter nacional, y solo son relevantes al momento de la implementación de las regulaciones administrativas internacionales; por el contrario, en el Derecho administrativo global los destinatarios reales de las regulaciones son “cada vez más los mismos que en el derecho doméstico: a saber, los individuos (tanto como agentes morales y como actores económicos y sociales) y las entidades colectivas como las sociedades comerciales y, en algunos casos, las ONGs”.³⁰

El punto está en que fuera del Derecho administrativo global, los particulares o los agentes privados solo son relevantes para el Derecho administrativo interno; mientras que en el Derecho administrativo global, tanto los Estados como las instituciones públicas o privadas y los ciudadanos se convierten en sujetos de Derecho internacional; estos serían “los sujetos pasivos del derecho administrativo global, que en este caso no sólo son los Estados nacionales sino los individuos o ciudadanos de los mismos (administrados)”.³¹

Ahora bien, ¿cuáles son, concretamente, esos sujetos de regulación del Derecho administrativo global?, ¿aquellos que se ven obligados a cumplir las disposiciones de los sujetos reguladores? Como en el caso de los primeros, tampoco los estudios de Derecho administrativo global disponen de una respuesta general a esta interrogante, puesto que además de las autoridades de administración formales del Derecho administrativo interno, los autores sugieren casos de cumplimiento de aquellas regulaciones por parte

³⁰ KINGSBURY, Benedict, *et al.*, “El surgimiento...”, *ob. cit.*, p. 12.

³¹ Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan R., “El Derecho administrativo global...”, *ob. cit.*, p. 5.

de empresas privadas y aun de individuos, sin que haya necesariamente una mediación estatal.

Por lo dicho, se puede concluir que en los estudios sobre el Derecho administrativo global se describe la expansión de los sujetos tradicionales del Derecho administrativo en sus relaciones con el Derecho internacional, al integrarse como sujetos de tales relaciones, además del Estado y las instituciones públicas de carácter administrativo, entidades privadas e incluso los ciudadanos, tradicionalmente excluidos en los estudios acerca de las relaciones entre Derecho administrativo interno y el Derecho internacional.

A falta de una delimitación clara de los sujetos del Derecho administrativo global, una manera más adecuada de abordar el tema es analizando los efectos de aquellas regulaciones en el Derecho administrativo interno, así como la manera en que son incorporadas a las prácticas y los procedimientos del Derecho administrativo nacional. Así, la pertinencia práctica del Derecho administrativo global depende de que las regulaciones de los entes identificados como parte de la Administración global sean acatadas y aplicadas por los sujetos a quienes se dirigen, o aun por aquellos que sin estar obligados a su cumplimiento, prefieren hacerlo por los beneficios probables de su implementación.

IV. Formas de la regulación administrativa global

Una vez analizados el sujeto regulador y los sujetos de regulación en el Derecho administrativo global, es preciso identificar las diferentes formas en que las regulaciones jurídicas de aquellos entes se manifiestan, lo que permitirá tener criterios mínimos para identificar, ante una norma concreta de Derecho internacional, si puede ser considerada como perteneciente al Derecho administrativo global o a las formas tradicionales de relación entre el Derecho internacional y el interno.

En la base de ese análisis se encuentra la distinción—que es ya un lugar común—entre *hard law* y *soft law*, expresiones con las que se hace referencia a dos formas distintas de manifestarse el Derecho internacional. Existen varios criterios y puntos de vista para diferenciar uno y otro tipo de Derecho,³² aunque el punto de ruptura para la mayoría es su carácter vinculante o no para los sujetos a quienes se dirigen las regulaciones.

³² Un análisis sistemático al respecto puede verse en SHAFFER, Gregory C. y Mark A. POLLACK, “Hard vs. Soft law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”, *Minnesota Law Review*, Vol. 94/2010, pp. 706-799.

Al *hard law* se le define como el Derecho con efectos vinculantes u obligatorios, mientras que el *soft law* significa Derecho blando o Derecho débil, entendido como no vinculante o no obligatorio. En su sentido jurídico, ambos conceptos designan el alcance que tiene el Derecho internacional al definir y reglamentar las relaciones entre los Estados. El primero se refiere esencialmente a los tratados, convenios o convenciones internacionales que, una vez firmados y ratificados por los Estados, siguiendo los procedimientos previstos en el Derecho interno, se convierten en ley y, por tanto, adquieren fuerza vinculante.

Por el contrario, el *soft law* se define por exclusión con respecto a las fuentes en que se expresa el *hard law*; es decir, no se expresa a través de tratados, convenios o convenciones firmados o ratificados por el Estado, sino a través de declaraciones, resoluciones, acuerdos o programas de acción, que si bien deben estar en conformidad con el Derecho internacional, no crean obligaciones legales o vinculantes para el Estado; su contenido es de índole indicativa y persuasiva, pueden tener el carácter de reglas técnicas o de estándares de optimización, cuyo uso o aplicación tiene efectos legales.

No obstante las distinciones que se puedan realizar, los límites entre uno y otro tipo de Derecho se han ido desdibujando con el tiempo, en lo que han influido tanto la ampliación permanente de los sujetos reguladores a nivel global como las formas concretas de instrumentación de las regulaciones internacionales por la administración interna o por la jurisprudencia.

Por otra parte, las potencialidades de la distinción también se utilizan en las relaciones internacionales por los Estados, para posicionarse en la comunidad internacional en función de sus intereses; cuando no puede conseguir consenso para regulaciones vinculantes, se apela a las virtudes del *soft law* para llegar a acuerdos no vinculantes *ab initio*, pero que luego, al ser aplicados por los demás Estados, se convierten paulatinamente en vinculantes.

Luego de las distinciones de rigor, los estudios hacen mayor énfasis en analizar el *soft law* como categoría más problemática, porque, como se ha dicho, debe ser definido bien por contraposición con el *hard law*, o bien a partir de la instrumentación administrativa o aplicación judicial de regulaciones no derivadas de instrumentos de Derecho internacional, vinculantes para los Estados.

Al margen de los desacuerdos teóricos sobre su definición, existen algunos puntos de convergencia entre diferentes autores, respecto a los criterios que se deben tener en cuenta para identificar si una regulación concreta se corresponde o no con el *soft law*. Entre esos criterios se pueden mencionar los siguientes:

- i) que sean formulados en términos no obligatorios de acuerdo con los procesos tradicionales de creación de derechos;

- ii) que contengan términos vagos e imprecisos;
- iii) que procedan de órganos carentes de autoridad para dictar normas internacionales;
- iv) que estén dirigidos a actores no estatales;
- v) que sean ajenos a cualquier teoría de la responsabilidad;
- vi) que estén basados exclusivamente en la adhesión voluntaria y no existan mecanismos para su exigibilidad.³³

La estrategia adoptada por los autores pone de manifiesto las dificultades teóricas de hacer una definición exhaustiva, sistemática y coherente del *soft law*, aunque sí es posible identificar rasgos comunes a las concepciones más elaboradas sobre el tema. Algunos de los puntos convergentes en cuanto a sus características son resumidos por Gloria ALARCÓN GARCÍA en su estudio “El *soft law* y nuestro sistema de fuentes”.³⁴

Según la autora, algunos puntos de coincidencia son: que el fenómeno del *soft law* aparece cuando el instrumento de regulación internacional tiene carácter jurídicamente no vinculante y posee cierta relevancia jurídica; se aplica respecto de instrumentos cuya juridicidad es dudosa o cuya fuerza vinculante se cuestiona; y se caracteriza por la no aplicabilidad de sanciones como consecuencia de su incumplimiento (no es sancionable mediante las formas tradicionales, pero existe lo que se viene denominando la *soft coercion*, la cual tiene sus propios canales de sanción).

Además de sus características estructurales, el *soft law* cumple funciones específicas con respecto a su contraparte el *hard law*; su uso estratégico en las relaciones internacionales cuando no es posible alcanzar un acuerdo vinculante lo convierte en un paso de avance hacia futuras regulaciones obligatorias entre los Estados; también funciona como una alternativa al *hard law* cuando no es posible conseguir acuerdos obligatorios, con respecto al cual puede funcionar como complemento o, en último lugar, constituir un parámetro interpretativo del *hard law* a los fines de su aplicación en sede administrativa o judicial.³⁵

Por sus características, el *soft law* debe ser estudiado como fuente del Derecho internacional a partir de su aplicación administrativa o judicial en el ordenamiento jurídico interno, y por ello el principal criterio para determinar

³³ Cfr. CHINKIN, C., “Normative Development in the international legal system”, in D. Shelton (ed.), *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford University Press, New York, 2000, pp. 30- 31.

³⁴ ALARCÓN GARCÍA, Gloria, “El *soft law* y nuestro sistema de fuentes”, en *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Libro-Homenaje del profesor Álvaro Rodríguez Bereijo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2010, pp. 271-299.

³⁵ Cfr. ALONSO GARCÍA, Ricardo, “El *soft law* comunitario”, *Revista de Administración Pública*, No. 54/2001, Madrid, p. 74 y ss.

su incidencia no es el de su origen, sino el de su vigencia efectiva en diferentes ramas del Derecho. Una de esas ramas en las que tiene influencia significativa el *soft law* es el Derecho administrativo,³⁶ por cuya influencia se ha ido desarrollando el Derecho administrativo global, objeto de análisis en esta investigación.

De conformidad con lo explicado hasta aquí, se puede afirmar que las formas concretas de expresión del Derecho administrativo global están constituidas principalmente por las regulaciones propias del *soft law*,³⁷ entre las que se encuentran las resoluciones, recomendaciones, declaraciones o textos programáticos de las instituciones y organismos internacionales respecto de las cuales no existe un tratado o convenio vinculante.

En segundo lugar, aparecen las recomendaciones, resoluciones, manuales de buenas prácticas y regulaciones de actores no estatales o público-privados, que establecen estándares no obligatorios para la Administración pública interna, los entes privados y en algunos casos para los ciudadanos; en este caso el *soft law* sería “la única alternativa para los actores no estatales, dado que no tienen capacidad para crear normas y obligaciones jurídicas internacionales”.³⁸

También son formas de expresión del Derecho administrativo global los acuerdos internacionales no normativos y el llamado *soft law* material; esos

“acuerdos son *vinculantes*, si bien no *jurídicamente*, dependiendo tal circunstancia de la voluntad de las partes. Como la voluntad de las partes de concluir un acuerdo jurídico o extrajurídico viene sólo excepcionalmente expresada, es necesario deducirla de una serie de índices de evaluación conjunta, entre los cuales podemos mencionar junto con el lenguaje, la denominación del texto, las partes que lo concluyen, la presentación del texto, las formalidades seguidas para su adopción, las cláusulas finales, la previsión o no de mecanismos de arreglo pacífico de controversias o la práctica subsiguiente”.³⁹

Cualquiera que sea el origen de las regulaciones internacionales propias del *soft law*, o el contenido concreto que regulen, lo importante es que se trata de resoluciones, documentos o guías programáticas, cuyo contenido no es de obligatorio cumplimiento para sus destinatarios, sean los Estados, organizaciones o empresas privadas o los ciudadanos; de ahí que se pueda afirmar que

³⁶ Cfr. la obra colectiva *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos de las normas no vinculantes de la administración*, Prólogo de José ESTEVE PARDO, Thomson Civitas, Madrid, 2008.

³⁷ Un estudio sobre las principales formas de expresión del *soft law* puede verse en MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, “Soft law, ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 8/ 2004, pp. 1-40.

³⁸ *Ibidem*, p. 13.

³⁹ *Idem*, pp. 16-17.

“el foco del derecho administrativo global no es el contenido específico de las reglas sustantivas, sino el funcionamiento de principios existentes o posibles, de reglas procedimentales, de mecanismos de revisión y de otros mecanismos relativos a la transparencia, participación, toma de decisiones razonadas y a garantizar la legalidad en la gobernanza global”.⁴⁰

V. Las normas de Derecho administrativo global como fuente de Derecho interno

La afirmación anterior remite al estudio de las fuentes del Derecho administrativo interno y, más concretamente, al de las relaciones entre el Derecho administrativo global y su recepción por los sujetos públicos y privados, o por los ciudadanos, como fuente para la aplicación o resolución de conflictos administrativos internos.

La relación más evidente que se puede establecer entre el Derecho internacional y el Derecho administrativo nacional es que las disposiciones jurídicas de aquel deben ser acatadas por las autoridades nacionales, a través de los mecanismos legalmente existentes para la recepción y aplicación de los tratados internacionales.

Sin embargo, como se ha explicado, el Derecho administrativo global va un paso más allá de esas relaciones formales, puesto que al ampliarse los órganos de regulación a sujetos no legitimados mediante un tratado, tales mecanismos se tornan insuficientes. Es por ello que, en este punto, una de las cualidades más importantes del Derecho administrativo global es la existencia de sujetos regulatorios, cuyas disposiciones son acatadas y cumplidas por autoridades nacionales, independientemente de la existencia o no de un tratado vinculante al respecto, y es ahí donde entra el tema de las fuentes del Derecho administrativo, uno de los tópicos más recurrentes en los textos sobre la materia.

En dichos textos, los análisis relativos a las fuentes del Derecho no hacen referencia a lo que hasta aquí se ha identificado como Derecho administrativo global, aunque sí a los tratados internacionales en la mayoría de los casos. Así, Miguel MARIENHOFF considera que por fuentes del Derecho administrativo deben entenderse los diversos orígenes posibles de las normas y principios que interesan al Derecho administrativo, tengan o no eficacia normativa expresamente establecida (incluye acá la Constitución, leyes dictadas en consecuencia de la Constitución, los tratados con potencias extranjeras y los reglamentos administrativos; también son fuentes la analogía, los principios generales del Derecho, la jurisprudencia y la doctrina científica).⁴¹

⁴⁰ Cfr. KINGSBURY, Benedict, *et al.*, “El surgimiento...”, *ob. cit.*, p. 17.

⁴¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 105-107.

Para CASSAGNE, las fuentes del Derecho son los medios o formas que dan origen al ordenamiento jurídico, distinguiéndose entre las fuentes en reales (o materiales) y formales: las primeras son aquellos modos (elementos, factores, etc.) que determinan el contenido de las normas jurídicas, con independencia de los órganos con competencia para producir disposiciones jurídicas; mientras que las segundas son aquellas que dan origen al ordenamiento, y que emanan de órganos estatales competentes, en este sentido el concepto fuente se limita a la constitución, la ley y el reglamento.⁴²

Fernando GARRIDO FALLA entiende por fuentes del Derecho administrativo

“aquellas formas o actos a través de los cuales el Derecho Administrativo se manifiesta en su vigencia; (fuentes escritas: la Constitución, la ley, los tratados internacionales, los reglamentos estatales, y los reglamentos dictados por otras corporaciones públicas sometidas a tutela estatal; fuentes no escritas: la costumbre y los principios generales del derecho; y fuentes indirectas: los tratados internacionales y la jurisprudencia)”.⁴³

Y según MARTÍN MATEO, las fuentes

“no son otra cosa que el procedimiento de originación de normas jurídico-administrativas clasificándolas en fuentes primarias, las que nos dan un derecho directamente aplicable *per se* (leyes, reglamentos y tratados internacionales); fuentes complementarias, cuya vigencia se deriva de los propios pronunciamientos de las fuentes primarias (costumbre y principios generales del derecho) y fuentes aclaratorias, orientan sobre el auténtico sentido y alcance de lo querido por el legislador (jurisprudencia y doctrina científica)”.⁴⁴

Del recuento anterior interesa destacar, por un lado, la variedad de definiciones posibles y, por otro, los dos criterios asumidos por los autores para conceptualizar las fuentes del Derecho administrativo: el origen de las normas administrativas, al concebir literalmente el término “fuente”, y su vigencia, entendida como manifestación de su aplicación efectiva. El Derecho administrativo tradicional, circunscrito a la soberanía estatal, es insuficiente para dar cuenta de la influencia que las regulaciones de las autoridades globales, públicas o privadas tienen en la Administración pública interna; esa insuficiencia es notable cuando se identifican las fuentes del Derecho

⁴² CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, LexisNexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 123-125.

⁴³ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I – Parte General, 12ª ed., Tecnos, 1994, pp. 171-174.

⁴⁴ MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Administrativo*, 22ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 77-84.

administrativo, entre las que no aparecen las regulaciones propias del Derecho administrativo global.

Como puede apreciarse, se trata de obras publicadas en las últimas décadas, las mismas en que se ha ido desarrollando el Derecho administrativo global y que, al parecer, no han tenido ninguna influencia en la configuración de las fuentes tradicionales del Derecho administrativo; lo más parecido a una influencia de ese tipo es la consideración de los tratados internacionales como fuentes; sin embargo, deben pasar, para su efectiva vigencia, por el proceso de recepción establecido en el ordenamiento jurídico.

Para acreditar la veracidad de la afirmación anterior deben identificarse, bien sea en general o mediante ejemplos concretos, las que pueden considerarse fuentes del Derecho administrativo global, para analizar si pueden ser consideradas o son de hecho fuentes del Derecho administrativo interno, tomando en cuenta el criterio de vigencia efectiva y no el de su origen o forma de integración al ordenamiento jurídico nacional.

CASSESE considera que existe un ordenamiento jurídico global basado en la cooperación y que carece de soberanía, pues funciona sobre la base de un tipo de organización diferente al Estado tradicional. En ese contexto hay una comunidad o sociedad internacional en la que están presentes los tres elementos del ordenamiento jurídico: plurisubjetividad (principalmente los Estados), organización (principalmente organizaciones internacionales) y normativa (la mayor parte, convencional o pactada, aunque también reglamentaria). Ese ordenamiento jurídico internacional “no se rige por una autoridad superior, sino que se basa en la cooperación y en la forma de integrarse los sujetos que forman parte de él [...]”;⁴⁵ “a esa característica se añade ahora que su organización no tiene un centro de referencia. Es, sin embargo, una agrupación de organizaciones generales y sectoriales”.⁴⁶

Las fuentes, en sentido formal, que integran ese ordenamiento jurídico global, son

“los principios constitucionales o fundamentales, que proceden de las tradiciones nacionales, las costumbres y los tratados, a las que se añaden aquellas denominadas de varias formas, que están producidas por las organizaciones internacionales, dirigidas a los Estados o a comunidades subestatales, las reconocidas globalmente, pero producidas por comunidades sectoriales individuales, como las que conciernen al Derecho comercial y de los contratos, las de protección de los consumidores, seguridad,

⁴⁵ CASSESE, Sabino, “El espacio jurídico global”, *Revista de Administración Pública*, No. 157/2002, pp. 15, 11-26.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 16.

condiciones de trabajo, responsabilidad, tutela del medio ambiente y las de transparencia y participación”.⁴⁷

Ese sistema de normas presenta –según CASSESE– cuatro características fundamentales: está constituido por un gran número de preceptos indicativos, no imperativos; produce una gran variedad de efectos laterales, porque carece de un límite territorial; se presta, por la ausencia de una división rígida de las tareas, a usos encaminados a alcanzar efectos colaterales; está compuesto por normas de diferente procedencia, supranacional y nacional, por lo que puede decirse que el Derecho global no coincide con el Derecho internacional: este último es solo una parte del primero; finalmente el ordenamiento jurídico global está dotado de disposiciones e instrumentos para las soluciones de controversia.⁴⁸

Ante la imposibilidad de una definición de las fuentes del Derecho administrativo global por su origen o su forma, el criterio más plausible para considerarla dentro de las fuentes del Derecho interno sería el de su vigencia y eficacia en el ordenamiento jurídico nacional. Se trata en todo caso de un criterio empírico que permitiría determinar si una regulación concreta de uno de los sujetos reguladores del Derecho administrativo global es acatada y cumplida por las autoridades internas, sobre todo por aquellas con respecto a las cuales la entidad reguladora global no está vinculada a través de un tratado o convenio internacional.

Con ello se reduciría, por un lado, el carácter principalmente teórico de los estudios actuales sobre el Derecho administrativo global, al tiempo que haría posible la verificación de si, más allá de las afirmaciones teóricas sobre su influencia en el Derecho interno, en un ordenamiento jurídico determinado las decisiones de los entes reguladores globales son aplicadas por los entes internos, aunque no haya una norma vinculante al respecto.

En este sentido, es necesario tomar en consideración, como sostiene DARNACULLETA GARDELLA, que en un número creciente de sectores, los organismos transnacionales de regulación ejercen el monopolio de la producción de estándares internacionales, en una suerte de delegación de la autoridad regulatoria en el ámbito global, que son aplicados por los Estados con independencia de su validez jurídica, o son simplemente incorporados como derecho en los ordenamientos jurídicos nacionales.⁴⁹

⁴⁷ *Idem*, pp. 20-21.

⁴⁸ *Idem*, pp. 21-22.

⁴⁹ DARNACULLETA GARDELLA, María M., “El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho administrativo?”, *Revista de Administración Pública*, No. 199/2016, p. 24.

Son numerosos los organismos normativos mundiales cuyos estándares penetran directamente en el contexto regulador nacional y son asumidos y aplicados por entidades nacionales, respetadas en la práctica pese a no ser formalmente vinculantes; precisamente por las presiones del entorno altamente competitivo y por la supervisión constante de su cumplimiento.⁵⁰

La posición más relevante la ocupa la regulación del sector financiero,⁵¹ en el que destacan las llamadas agencias de *rating* que, concebidas inicialmente para solventar las dificultades del acceso a la información financiera en el mercado, han alcanzado un enorme poder en el escenario financiero global, al punto de ser capaces de alterar el equilibrio financiero y monetario internacional y condicionar las agendas políticas de los Estados y las organizaciones internacionales, lo que puede incluso provocar consecuencias desastrosas a escala global.⁵²

Por otro lado, de manera creciente, son los propios actores privados los destinatarios de la acción administrativa de los organismos globales, a través de la adopción de medidas o la realización de acciones ejecutivas con efectos jurídicos inmediatos, sin necesidad en algunos casos de intervención de autoridades nacionales –por ejemplo, el Consejo de Seguridad de la ONU y sus comités, que adoptan decisiones en materia de seguridad internacional, tanto respecto de países concretos (fundamentalmente sanciones) como sobre las personas (la lista de personas consideradas amenazas a la paz mundial, la determinación de la condición de refugiado, etc.); o las sanciones impuestas a atletas, clubes o federaciones nacionales por organismos deportivos mundiales; el reconocimiento internacional de una marca; etc.–, con lo cual además se va reduciendo progresivamente la distancia que entre aquellos y estos había impuesto el Derecho internacional público tradicional.

Entre la actividad normativa o administrativa global y el Derecho nacional se producen inevitables tensiones como consecuencia de la disparidad y heterogeneidad de las normas internacionales y los cuestionamientos sobre la legitimidad de origen de muchas de ellas, toda vez que estas no son el resultado de un ordenamiento jurídico unitario, con una estructura jerárquica de las fuentes que aseguren su unidad y coherencia, ni cuentan muchas de ellas en su producción o aplicación con las garantías (procedimentales, de control o tutela) propias de los ordenamientos nacionales.

⁵⁰ MARCHECO ACUÑA, Benjamín, “Los desafíos”, ob. cit., pp. 7-8.

⁵¹ Un análisis sobre la regulación global en el sector financiero puede verse en DARNACULLETA GARDELLA, María M. y María A. SALVADOR ARMENDÁRIZ, “Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera”, *Revista de Administración Pública*, No. 183, 2010, pp. 139-177.

⁵² SIRIANNI, G., “Il rating sovrano”, *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 2, 2012, p. 1.

Estas tensiones serán más intensas en la medida en que las normas o las acciones administrativas de instancias internacionales afecten directamente la esfera de los derechos, y aunque difícilmente puedan ser resueltas del todo, sí pudieran ser atenuadas a través de los métodos de interpretación del Derecho y la introducción de fórmulas correctivas.

VI. Conclusiones

El sentido y alcance del Derecho administrativo global (identificado también en la doctrina como Derecho administrativo internacional), como una reciente proyección del Derecho administrativo (concebido tradicionalmente como Derecho público interno) afectado por el fenómeno de la globalización, abarca las normas y las instituciones internacionales cuyas regulaciones (sean tratados internacionales o no) irradian en la Administración pública interna.

En los estudios sobre el Derecho administrativo global se describe la expansión de los sujetos tradicionales del Derecho administrativo en sus relaciones con el Derecho internacional, al integrarse como sujetos de tales relaciones, además del Estado y las instituciones públicas de carácter administrativo, entidades privadas e incluso los ciudadanos, tradicionalmente excluidos en los estudios acerca de las relaciones entre Derecho administrativo interno y el Derecho internacional.

El Derecho administrativo global se manifiesta, básicamente, a través de normas jurídicas de tipo *soft law*, entre las que se encuentran resoluciones, recomendaciones, manuales de buenas prácticas, declaraciones o textos programáticos de las instituciones y organismos internacionales respecto de las cuales no existe un tratado o convenio vinculante.

Las normas de Derecho administrativo global pueden ser fuente de Derecho administrativo interno, en la medida en que una regulación concreta de uno de los sujetos reguladores del Derecho administrativo global sea acatada y cumplida por las autoridades internas, sobre todo por aquellas con respecto a las cuales la entidad reguladora global no está vinculada a través de un tratado o convenio internacional.

El deber de buena administración como brújula de la función administrativa: panorama cubano

Ana Celia RIVERY RUIZ*

I. Primeros apuntes: de los deberes públicos al deber de buena administración

En una de sus obras más difundidas, Hans Kelsen plantea: “una norma de Derecho sin deber jurídico es una contradicción, porque el deber jurídico no es ni puede ser otra cosa que la misma norma vista desde el plano de aquel cuya conducta constituye el contenido del ‘deber ser’ jurídico. Cuando se dice que una conducta constituye el contenido del sistema de Derecho, se expresa tan sólo que dicha conducta debe realizarse no como mera condición, sino como consecuencia en el sistema del Derecho”.¹

Serán entonces los deberes de los ciudadanos y de los gobernantes y se explican entrelazando el origen del poder y su función y el papel que los ciudadanos desempeñan.

En el ámbito del Derecho público se definen los deberes y las obligaciones como aquellos comportamientos, positivos o negativos que se imponen a un sujeto en consideración a intereses que no son particulares suyos, sino en beneficio de otros sujetos o de intereses generales de la comunidad.²

Estos deberes, entendidos por la doctrina como deberes públicos, han corrido una suerte de incremento, perfeccionismo y democratización, que ha marcado la aparición de un grupo de derechos colectivos que tienen como denominador común la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones y el sello de la calidad en la gestión pública, lo que ha ido en incremento desde su primera manifestación con el triunfo de la Revolución de Octubre de 1917 y fundamentalmente luego de la Segunda Guerra Mundial.

* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo. Profesora Auxiliar de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente (Santiago de Cuba). E-mail: acelia@uo.edu.cu

¹ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, pp. 79-80.

² Al respecto puede leerse en la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 12ª ed., Civitas, Madrid, 2004, p. 31.

Más cercano a nuestra realidad se acrecienta la noción de deberes públicos, entre los que se destacan aquellos que se basan en razones de organización del Estado para subvenir en la satisfacción de necesidades o para la realización de funciones públicas, y que por su importancia son recogidos en la Constitución o en leyes que encuentran su fundamento en una norma de producción recogida en la Constitución.

Se considerarán –a decir de ZANOBINI³– deberes públicos los del Estado y de sus entes auxiliares en el ejercicio de cualquier actividad que forme parte de la capacidad pública de tales sujetos, además de aquellos que los particulares tienen hacia el Estado y también hacia cualquier sujeto relacionado con alguna función del Estado, marco propicio el de esta definición para entender la buena administración.

La buena administración –si bien no es de reciente aparición– ha sido proyectada desde una triple funcionalidad, como un principio constitucionalizado, integrado por diversos subprincipios; como un deber jurídico constitucional, suma de todos los deberes jurídicos derivados de los mencionados principios, configurándose como un auténtico deber jurídico de hacer; y también un derecho subjetivo,⁴ que otorga el poder a su titular para exigir la realización por parte de las administraciones públicas de aquellas actuaciones incluidas en su contenido que permiten incluso reaccionar jurídicamente contra el incumplimiento de obligaciones públicas.

Tomando como punto de partida la noción de deberes públicos, el deber jurídico de buena administración se ha erigido sobre un andamiaje político-jurídico revolucionario, que intenta cambiar las bases en las que se sustentaba el ejercicio de la función administrativa, hacia proyectos más democráticos y participativos; que se encuentran hoy siendo sacudidos por la privatización y la crisis del Estado de Derecho.

En su consideración como deber, varios son los elementos que pueden tomarse como apoyatura. Por un lado, la doctrina de Derecho administrativo, fundamentalmente de las dos últimas décadas, en la cual se pone de manifiesto el cambio del paradigma –de la Administración empoderada a la Administración supervisada, participativa y plural, en la cual se destaca la obra de Juli PONCE SOLÉ, en correspondencia con la doctrina de los deberes públicos–; por otro lado, la regulación jurídica de la buena administración como deber.

³ ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto amministrativo*, t. I, 8ª ed., Giuffrè, Milán, 1958, p. 257 y ss.

⁴ Así fue reconocido expresamente en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Capítulo Tercero de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública.

La obligación de la Administración Pública de ajustar su actuación a una serie de parámetros y características concretas y determinadas, que se expresan constitucionalmente en la idea de servicio objetivo al interés general, se aprecia tanto en la obra de autores de nueva data en el Derecho administrativo⁵ como de los denominados clásicos.⁶

II. El deber de buena administración. Referentes teóricos

Una idea jurídica primigenia de la buena administración aparece en la doctrina francesa en palabras de HAURIUO, en lo que se ha reconocido incluso como la esencia de su concepción de la Administración como institución: “*L’Administration ne doit pas se borner á éter correcte et respectueuse de la legalité; elle doit s’efforcer d’être habile*”.⁷

Más adelante, en la doctrina italiana, pionera en el estudio de la buena administración o el *buon andamento* –como lo fue su Constitución en la regulación de las exigencias a la Administración–, se encuentran referencias al deber en relación con el poder; tal es el caso de Santi ROMANO, quien a propósito del análisis de los conceptos de poder y función, señalaba que donde hay poder hay deber y que “en primer lugar el poder es [...] limitado, y de ahí el deber de respetar esos límites [...]”; “en segundo lugar, en cuanto categorías de poderes(funciones) que deben ejercitarse en interés ajeno o en interés general, se presentan, además de los deberes (negativos) atinentes a sus límites, otros deberes (positivos) por los cuales puede ser obligatorio ejercitarlos y hacerlo de un modo determinado”.⁸ En esta misma nación, en la década de 1940 destaca Raffaele RESTA, quien, en su obra *L’onere di buona amministrazione*,⁹

⁵ Nos referimos de esta forma a la persona cuya obra ha marcado la concepción actual de una Administración sujeta a deberes, especialmente al de buena administración, Juli PONCE SOLÉ, así como otros: Miguel GUEVARA QUINTANILLA y Augusto DURÁN MARTÍNEZ, quienes parten de la constatación del cambio de las bases del Derecho administrativo y por tanto de la Administración autoritaria a la Administración prestacional y de esta a una Administración reguladora, así como de la reivindicación de la condición de ciudadano y con ello la exigencia de participación en los procesos decisionales. La idea que se sostiene en estas obras de la existencia de un deber de buena administración, persigue como objetivo intencional superar, sin abandonar, el principio de legalidad como punto de partida y fin de la legitimación de las administraciones públicas.

⁶ Entre las obras de los clásicos en las que pudiera entenderse que se hace referencia a una idea de deber de buena administración destaca *Précis de Droit Administratif* de Maurice HAURIUO, así como en las referencias al deber en relación con el poder que aparecen en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, de Santi ROMANO.

⁷ HAURIUO, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 2ª ed., 1893, No. 83, p. 12 y ss.

⁸ ROMANO, Santi, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964, p. 346 y ss.

⁹ La negrita es de la autora para resaltar el título de la obra.

expresaba: “*Dovere giuridico, considerato, materialmente, implica sacrificio di un interesse a favore di un altro interesse*”.¹⁰

Un análisis más contemporáneo es el que hace el autor PONCE SOLÉ cuando plantea: “Para que la Administración use criterios extrajurídicos y que el servicio al interés general sea acertado tiene el deber jurídico de ejercer sus funciones, de desarrollar su actividad, de tal manera que sea posible ese acierto al colocarse en las mejores condiciones posibles para decidir lo más oportuno para los intereses generales”.¹¹

También en la documentación que reza del Consejo de Europa se puede percibir que este ha sido activo en el ámbito del deber de buena administración; así, la Recomendación de 2007 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre buena administración, que incluye varias sugerencias para promoverla.

Más cercana a nosotros en tiempo y con una significación mayor, por el número de países firmantes, es la Carta Iberoamericana de los Derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración, en la que se regula la buena administración en las tres vertientes¹² desde las cuales se había esbozado esta, hasta ese entonces, en la doctrina más moderna de Derecho administrativo.

En el referido documento, desde su “Preámbulo”, se destaca la significación de la buena administración, especialmente en su dimensión como deber u obligación de la Administración,¹³ lo que se entiende precisamente si se asume

¹⁰ RESTA, Rafaella, “L’onere di buona amministrazione”, en *Scritti Giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II – *Diritto Administrativo*, CEDAM Padova, 1940-XVIII, p. 106.

¹¹ PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 130.

¹² La buena Administración Pública adquiere una triple funcionalidad. En primer término, es un principio general de aplicación a la Administración Pública y al Derecho administrativo. En segundo lugar, es una obligación de toda Administración Pública que se deriva de la definición del Estado social y democrático de Derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social. En tercer lugar, desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena Administración Pública, del que se derivan, como reconoce la presente Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las administraciones públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana. “Preámbulo”, en *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los ciudadanos en relación con la Administración Pública*, Ciudad de Panamá, Panamá 18 y 19 de octubre de 2013, pp. 2 y 3.

¹³ Entendida la obligación como una especie del deber en sentido genérico. Vid. OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad, “El derecho de obligaciones. Delimitación conceptual”,

el criterio mayoritario al respecto de la concepción de la buena administración como deber: como un mandato de optimización.

La Carta refiere que la buena administración es “[...] una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el *quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable*”.¹⁴ Más adelante, en sus capítulos, sea en el referido a la buena administración como principio¹⁵ o en el que lo refiere como derecho,¹⁶ e incluso en el de los deberes del ciudadano iberoamericano en relación con las administraciones públicas,¹⁷ se patentiza la noción de deber de la buena administración toda vez que este instrumento jurídico deviene mandato para ella.

De estos criterios y documentos no es difícil deslindar qué se puede entender por *deber de buena administración*.

En un primer momento puede explicarse como el actuar correctamente conforme a Derecho y con el respeto debido a los derechos de todos los concernidos. También es actuar de conformidad con las políticas y las orientaciones (publicadas o internas) del ente público; tomar debidamente en consideración las buenas prácticas establecidas, proveer servicios efectivos usando recursos humanos competentes, así como tomar decisiones razonables basadas en consideraciones relevantes.

En un segundo momento puede entenderse que es centrarse en el ciudadano-usuario, asegurándose de que puede acceder a los servicios fácilmente e informando qué pueden legítimamente esperar y qué espera el ente público de ellos, cumpliendo fielmente los compromisos, incluidos cualesquiera estándares de servicio publicados, tratando con la gente colaborativamente, con diligencia y sensibilidad, teniendo en mente sus circunstancias individuales y respondiendo con flexibilidad a las circunstancias de los usuarios.

en *Teoría general de las obligaciones: comentarios al Código Civil cubano*, Félix Varela, La Habana, 2001, pp. 19 y 20.

¹⁴ “Preámbulo”, en *Carta Iberoamericana...*, ob. cit., p. 2.

¹⁵ Capítulo II de la Carta en relación con la consideración referida en el “Preámbulo”, a la buena administración como obligación de las administraciones públicas. *Carta Iberoamericana...*, ob. cit., p. 5 y ss.

¹⁶ “Capítulo III”, en *Carta Iberoamericana...*, ob. cit., p. 9 y ss. Quisiera aducir que, sin ánimo de hacer de este particular una investigación en paralelo, los derechos referidos en el documento como contenido del derecho fundamental a la buena administración precisan, para su materialización y tutela efectiva, un actuar de la Administración Pública, que deviene precisamente de la consideración de la existencia de deberes de la Administración.

¹⁷ “Capítulo III”, en *Carta Iberoamericana...*, ob. cit., pp. 13 y 14.

También el deber de buena administración compele a la Administración a ser responsable, lo que guarda relación con las políticas y los procedimientos y asegura que la información y cualquier consejo apropiado resulten claros, medidos y completos. Se establecen los criterios para la toma de decisiones y se exponen las razones de estas. Este mandato, como se aprecia, contribuye a que el manejo de la información se realice de modo debido y guardando correctamente los registros. También se trata de que la Administración asuma la responsabilidad por sus acciones.

Otro mandato es el de actuar limpiamente y con proporción. Ello implica tratar a la gente con imparcialidad, respeto y cortesía, sin discriminaciones ni prejuicios y asegurando que no existen conflictos de intereses; tratar con los problemas de manera objetiva y consistente y asegurando que las decisiones y acciones sean proporcionadas y justas, planteando las cosas correctamente, resolviendo los errores de forma rápida y eficaz, proveyendo información clara y en tiempo sobre cómo y cuándo recurrir o apelar, y operando según un procedimiento efectivo de reclamaciones, que incluye la posibilidad de obtener un resarcimiento justo y apropiado cuando la reclamación sea estimada.

Este deber atiende más al modo en que se va concretando el poder que al resultado mismo del ejercicio, lo que se corrobora en su tratamiento doctrinario, perspectiva esta que ha sido tratada por G. FALZONE, quien señala la existencia de este en relación con el ejercicio de la función administrativa,¹⁸ por lo que supone una regla de conducta que debe guiar la acción de la Administración, puesto que no se ciñe a limitar esta, sino que impone un auténtico deber jurídico de hacer, referente a un buen ejercicio de su función.

En este sentido, a diferencia de los deberes generalmente conocidos, el deber de buena administración, como deber público no limita la esfera de actuación de las personas, sino por el contrario, obliga a que los gobernantes y demás funcionarios cumplan con sus deberes y garanticen a los ciudadanos el disfrute de algo, de manera que ya no es solo el deber negativo del Estado, de abstención en la esfera de autonomía garantizada por los derechos individuales, ni siquiera ante el deber de aceptar la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad del poder; sino ante un deber positivo que exige la realización de acciones. Por ello, el deber de buena administración no solo se configura con el buen comportamiento del funcionario, sino, como dijera FALZONE, este debe *“attraverso la sua attività, perseguire i fini che Della funzione formano oggetto ed ancora che ciò deve realizzare in maniera quanto più e quanto meglio possibile”*.¹⁹

¹⁸ FALZONE, G., *Il dovere di buona amministrazione*, Giuffrè, Milán, 1953, p. 65.

¹⁹ FALZONE, G., *Il dovere...*, ob. cit., p. 64.

Para la mejor comprensión, esta autora comparte el criterio de PONCE SOLÉ cuando refiere que “[...] el deber de buena administración es el deber de situarse en la mejor de las situaciones posibles antes de ejercer la función administrativa, ponderando todos los factores relevantes en la decisión”.²⁰

II.1. Tipologías del deber de buena administración

De lo planteado no es difícil deslindar un criterio clasificatorio que permita apreciar su tipología, bien atendiendo al *contenido* o a su *naturaleza frente a los derechos de los ciudadanos*, llegando incluso a poder identificar los deberes jurídicos concretos que están comprendidos en el que pudiera denominarse megadeber jurídico de buena administración.

Como se ha podido constatar, en el concepto de deber de buena administración se hace alusión al ejercicio de la función administrativa, por ello no es posible, atendiendo al criterio de *contenido*, considerar a este de otra forma que no sea como deber de hacer,²¹ lo que se aprecia de su objeto, que es un tipo de conducta y también de los deberes que en él se relacionan, como son:

- Deber de facilitar la información y el asesoramiento necesario.
- Deber de resolver o tomar decisiones en un límite de tiempo razonable.
- Deber de razonar las decisiones administrativas.
- Deber de indicar los recursos y reclamaciones posibles.
- Deber de notificar las decisiones.
- Deber de respetar los principios de privacidad y de protección de datos.
- Deber de acceder a la información y de respeto de la confidencialidad.
- Deber de archivar las comunicaciones, peticiones, documentos y decisiones.

Por otro lado, atendiendo al criterio de *naturaleza frente a los derechos de los ciudadanos*, se debe decir que las transformaciones del Derecho administrativo y el reconocimiento del deber de buena administración han traído consigo la incorporación de derechos colectivos que tienen como denominador común la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones y el sello de la calidad en la gestión pública, lo que ha ido en incremento desde su primera manifestación.

Estos derechos se clasifican a su vez en:

²⁰ PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración...*, ob. cit., p. 154.

²¹ En la doctrina administrativista aparecen criterios como el de POSADA HERRERA, José, en *Lecciones de Administración*, vol. I, p. 52, que nos permiten ratificar esta aseveración. Este autor, en todo momento pone de relieve que la Administración no solo debía actuar de conformidad con el ordenamiento, sino que además debía actuar bien.

- a) Derechos de los administrados al funcionamiento de la Administración y a las prestaciones de los servicios administrativos.
- b) Derechos de los administrados a la legalidad de los actos de la Administración.
- c) Derechos de los administrados a la reparación de los daños causados por el funcionamiento de la Administración.

Frente al primer grupo de derechos se comporta como un deber de resultado, lo que se debe verificar en su actividad, de manera que garantice los ya conocidos derechos socioeconómicos.

En cuanto al segundo y tercer criterio de derechos mencionados, el citado deber reviste la naturaleza de respeto, lo que se fundamenta en: recurso contra las decisiones administrativas, a ser oído y a formular alegaciones antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; el derecho de recibir una contestación en el plazo establecido para ello; el derecho de acceso a documentos; y el derecho de queja. Así también frente a los derechos de toda persona a la reparación de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones y el derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos; lo que se ampara, además, en la consideración y regulación de la buena administración como derecho en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la cual, en su artículo 4, se regulan los que en él se subsumen, y en la antes mencionada Carta Iberoamericana de los Derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública.

II.2. Titulares del deber de buena administración

En cuanto a los titulares del deber, este sigue la pauta típica de los deberes jurídicos, por lo que puede existir una determinación genérica o un titular concreto y determinado si se entiende como obligación jurídica. Por ello sería muy difícil poder ubicar a la Administración en otra titularidad que no sea la de activa, aunque ciertamente atendiendo a que se trata de un deber público, más que determinar sujetos activos y pasivos se debe identificar los sujetos y momentos en los que se manifiesta la titularidad.

El deber jurídico de buena administración es sobre todo una posición jurídica, ya que es preexistente a una concreta relación jurídico-administrativa, por eso el titular del deber de buena administración es toda persona física o jurídica

que ejerza la función administrativa.²² En ese sentido, las administraciones públicas siempre desempeñarán un papel activo en relación también con la clasificación de deber asumida, *deber de hacer*, que no permite o asimila la inactividad formal o material. Sin embargo, la posición de los ciudadanos frente al deber de buena administración no puede clasificarse como pasiva, pues mantiene una expectativa en tanto la observancia del deber, en ocasiones está precedida del requerimiento de los administrados en el ejercicio de alguno de los derechos que se correlacionan con este, además, si el sujeto del deber lo incumpliera, existe un poder de los ciudadanos para activar los mecanismos de reacción previstos, incluyendo activar el funcionamiento de los órganos judiciales.²³

Otro sujeto a destacar es el *Ombudsman* o Defensor del Pueblo (con sus diferentes denominaciones según el país), figura esta que aparece por la necesidad de protección de los derechos denominados como fundamentales, de otra forma que no fuera por los tribunales²⁴ o por el estricto respeto a lo que está normado en ley,²⁵ o sea, la necesidad de que existiera un organismo diferente que no formara parte de ninguno de los poderes o funciones del Estado.

A este sujeto se le ha reconocido incluso por las Constituciones,²⁶ su papel de velador de la actuación de la Administración, que lo convierte en un garante para los ciudadanos del cumplimiento por esta del deber de buena administración y en un sujeto con titularidad suficiente para reaccionar ante el incumplimiento de este deber.

Es válido apuntar que se ha traído a colación al Defensor del Pueblo no porque se considere parte de la Administración, o sujeto destinatario del beneficio que el cumplimiento del deber proporciona, sino como sujeto garante de la exigibilidad y el respeto a los deberes institucionalizados y a los derechos reconocidos, y en sí, como nexo jurídico entre los sujetos antes mencionados, de ahí su relevancia para este tópico, ya que se

²² Sobre esto volveremos más adelante, para dilucidar quiénes pueden ejercer esta función.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso...*, t. II, ob. cit., p. 32.

²⁴ Por todos es conocido que accionar a los tribunales no es el mecanismo ni más ágil ni menos costoso, de ahí que se torne necesario la existencia de otros mecanismos.

²⁵ Me refiero a las garantías denominadas doctrinalmente como normativas o abstractas (contenido esencial o reserva de ley).

²⁶ Especialmente queremos significar la Constitución de la Nación argentina, que en su artículo 86 preceptúa que le corresponde al Defensor del Pueblo, vigilar el cumplimiento de la legalidad en la actividad de la Administración pública y que deja claro cuál es su misión: “[...] *la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas*”.

comporta como contraparte de la Administración cuando no ha cumplido con lo que debe hacer.

III. El deber de buena administración y la función administrativa

Referir el rol del deber de buena administración en el marco de la función administrativa, obliga a dedicar un pequeño espacio a esta, que permita apreciar cómo se comporta este deber.

El concepto de función administrativa es uno de esos conceptos que no ha gozado de una definición uniforme por la doctrina y que ha estado marcado por las distintas tendencias y etapas del Derecho administrativo. Se sostuvo primero que la función administrativa es la que realiza el poder ejecutivo,²⁷ criterio insuficiente, pues existe la posibilidad de que los otros órganos estatales (legislativo y jurisdiccionales) también realicen funciones administrativas. Después se entendió que función administrativa era la actividad estatal que resta luego de excluidas la legislación y la jurisdicción,²⁸ criterio impreciso también, pues a decir verdad, nada dice de la función administrativa y a qué función atribuir aquella actividad, en la que es difícil distinguir de cuál de las funciones es.

Lo cierto es que esta es una de esas definiciones que no consta de consenso en la doctrina de Derecho administrativo, y que podría llevar a un debate extenso y que no es objetivo de estas páginas, por lo que se prefiere acoger el criterio simplificado de Agustín GORDILLO cuando plantea que función administrativa es: “toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales”.²⁹

De ahí que la imperiosa necesidad de observancia de un deber como el de buena administración, está marcada por la amplitud de la función que se ha descrito. Se aprecia además entre ellos una inevitable interrelación, que está dada por los principios a través de los cuales se articula este deber (racionalidad, objetividad, imparcialidad, coordinación, eficacia, eficiencia, transparencia), cuyo reconocimiento se puede apreciar en textos constitucionales,

²⁷ SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente, *Curso de derecho administrativo*, 6ª ed., Ricardo Fé, Madrid, 1903, p. 34.

²⁸ FLEINER, Fritz, *Instituciones de derecho administrativo*, p. 7, citado por GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I – Parte General, 8ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, Cap. IX, p. 6.

²⁹ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, t. I, ob. cit., p. 32.

que a su vez informan la función administrativa y se manifiestan a través de la actividad que la Administración Pública desarrolla.

La regulación que establezca el ordenamiento jurídico en relación con el funcionamiento administrativo (organización administrativa, selección de empleados públicos, procedimientos administrativos...) se configura también como una garantía de la buena administración, y este deber a su vez se convierte en un medidor de la calidad de la función que se desarrolla por las administraciones públicas, ya que es en el ejercicio de dicha función administrativa donde se realiza en mayor medida el contenido del deber.³⁰ Para lograr esto, es necesario que se cuente con la profesionalidad y la ética del personal al servicio de las administraciones públicas, lo que ha revestido tal importancia, que ya varios Estados han elaborado estatutos o códigos del empleado público.³¹

Con la intención de que lo expuesto no quede en un ámbito de abstracción que imposibilite percibir la incidencia del deber en el ejercicio de la función administrativa se considera atinado el análisis de dos³² muestras irrefutables de ella: el ejercicio de la potestad discrecional y la obligación de seguimiento de un procedimiento administrativo debido.

III.1. La buena administración y el ejercicio de la potestad discrecional. Límite o colofón

Un elemento importante en el ejercicio de la función administrativa es la potestad discrecional, que guarda mucha relación también con el deber en análisis, pues su equivocada concepción, o su utilización en correspondencia con los viejos paradigmas del Derecho administrativo pudieran hacer que esta potestad se convierta hoy en un obstáculo del correcto desarrollo de la función administrativa.

Con los cambios modernos, la potestad discrecional se ha transformado, y la que otrora permitía el actuar de la Administración entre un abanico de

³⁰ Vid. ALEXY, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Doxa*, No. 5, 1988, p. 142.

³¹ España es uno de esos referentes donde se han elaborado normas de esta índole. Me refiero a la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

³² Lo cierto es que dentro de la función administrativa muchos serían los ejemplos y las instituciones que posibilitan materializar un concepto como el de deber de buena administración, siempre que ese ejercicio también cumpla con él. Pensemos por un momento en toda la actividad que genera la Administración a partir de las potestades de que está investida y que como vimos se incorporan al concepto de la función: organizar, controlar, elaborar normativas, sancionar, expropiar, y otras que, atendiendo a la dinámica de la vida y la participación en ella de la actividad de la Administración, se puedan suscitar; *exempli gratia*, la actividad prestacional de la Administración.

soluciones posibles,³³ hoy define el recto sentido de su actuación, pues se asienta sobre los principios de adecuada, proporcional y debida.

La aseveración anterior se respalda en criterios como el de FERNÁNDEZ FARRERES, cuando plantea que la discrecionalidad debe entenderse

“no como una libertad de apreciación y decisión de la Administración por razones de oportunidad o, en general por razones extrajurídicas entre una pluralidad de soluciones posibles, sino como deber de apreciar y valorar ante cada situación concreta y específica la solución más adecuada y conforme al interés público y en consecuencia al orden jurídico”.³⁴

Acerca de su necesidad no se pretende abundar, por ser un tema de basto tratamiento en la literatura de Derecho administrativo, si bien es pertinente hacer referencia a su configuración, porque es justo en esta donde se aprecia la incorporación del concepto de deber de buena administración como presupuesto para su ejercicio. Al respecto, autores nacionales como ARIAS GAYOSO, tras un profundo análisis de la literatura que ha marcado la evolución de esta potestad, establece su configuración actual:

“la discrecionalidad no se configura como una anomalía dentro del subsistema administrativo, sino como un elemento indispensable para el logro de una Administración que actúe de forma eficiente y eficazmente. Su función es, por tanto, contribuir al desenvolvimiento de la actividad administrativa, de lo contrario debería esperar la Administración por la habilitación legal expresa para cada acción, incurriendo en dilaciones indebidas y repercutiendo negativamente en la esfera de los administrados, para quienes, una acción a destiempo, se convertiría no sólo en retraso sino también en desprotección de sus intereses y de los principios que han

³³ Concepción que prevaleció por mucho tiempo y sobre la cual mucho se ha argumentado en la doctrina. Al respecto véanse los criterios siguientes: *“la loi ou les règlements lui laissent la liberté d’agir dans un sens ou dans l’autre”*, en cuyo caso, *“sa décision ne peut être jugée que du point de vue de l’opportunité: elle sera opportune ou inopportune, c’est-à-dire heureuse ou malheureuse, mais elle ne sera pas illégale puisque précisément l’Administration était libre d’agir dans un sens ou dans l’autre”*. VEDEL, G. y E. DEVOLVÉ, *Droit Administratif*, I, 11ª ed., PUF, 1990, p. 524. En la misma línea y en el ámbito del Derecho comunitario, el apéndice de la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados Miembros número (80) 2, adoptada el 11 de marzo de 1980, referida al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas, define el término “poder discrecional” como *“le pouvoir qui conféré à une autorité administrative une certaine latitude d’appréciation quant à la décision à prendre, lui permettant de choisir entre plusieurs solutions juridiquement fondées celle qui lui paraît la plus opportune”*. Por su parte, DAVIS, en su clásica obra sobre la discrecionalidad en Estados Unidos, señala que *“a public officer has discretion whenever the effective limits on his power leave him free to make a choice among possible courses of action or inaction”*. DAVIS, K.C., *Discretionary Justice. A preliminary inquiry*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1969, p. 4.

³⁴ FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983, p. 641.

de regir el actuar administrativo. Mal comprendida es la demora en éste último, por tanto para que la Administración pueda actuar de forma ágil y eficaz, precisa de ese margen de libertad relativa para determinar medios e instrumentos necesarios en su quehacer cotidiano. Esa capacidad de movilización en la toma de decisiones es, en buena medida, una garantía de la buena administración”.³⁵

Debe precisarse, que sin desconfigurar la discrecionalidad, su principal transformación ha estado en que la voluntad del ordenamiento de que se busque y elabore la mejor decisión discrecional se recoge en un deber jurídico: el deber de buena administración.³⁶ Ello nos vuelve a trasladar a la relación de la función administrativa y el deber de buena administración, ya que este último va dirigido al modo de desarrollo de la función administrativa más que a su resultado final, lo cual hace referir que actúa con respecto a aquella como un deber de observancia, y se apoya en que este supone velar para que los principios de buena administración que orientan el ejercicio de la discrecionalidad se hagan realidad en cada concreto supuesto de ejercicio de la función administrativa, guiando el núcleo mismo de la decisión discrecional y contribuyendo a su acierto.

En conexión con ello, también se pudo constatar el criterio de la jurisprudencia (fundamentalmente española), que incluso, tras la imposibilidad de controlar los actos discrecionales, impone como regla permisiva para la revisión del acto deberes que forman parte del contenido del deber de buena administración, de la cual un fragmento nos ilustra:

“... lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios, en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales-art. 103.1 de la Constitución Española- y, por tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita”.³⁷

³⁵ ARIAS GAYOSO, Grethel, *El control de la discrecionalidad administrativa. Una visión desde Cuba*, 1ª ed., Novum, México, p. 45.

³⁶ PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración...*, ob. cit., p. 132.

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de junio de 1994, citada por TORNOS MAS, Joaquín, en “Algunes reflexions sobre la Llei de règim jurídic de les administracions públiques i el procediment administratiu comú”, *Autonomies*, No. 16, 1993, p. 11.

El ejemplo anterior no solo permite constatar la relación entre buena administración y potestad discrecional, sino también cómo esta potestad, cuyo ejercicio generalmente concluye en un acto y que puede formar parte o dar inicio a un procedimiento, marca la necesidad de velar por que el procedimiento administrativo sea debido.

III.2. La buena administración: presupuesto insoslayable del procedimiento administrativo debido

Se torna inevitable, a los efectos de este estudio, hacer un alto en el tema del procedimiento administrativo, sobre todo si ya se ha referido la potestad discrecional, pues es justo en el desarrollo del procedimiento donde se pone de manifiesto el ejercicio de esta potestad, y todo ello conduce de nuevo al deber, visto ahora como el comportamiento racional de la Administración en el desarrollo de su función.

Sin embargo, la racionalidad a la que se hace referencia no es a la racionalidad formal que impregna la visión weberiana³⁸ de la actividad administrativa. Ese tipo de racionalidad en la que si los hechos encuadran en la norma, se aplica automáticamente la norma, o sea, la aplicación mecánica de la regla (al ser esta racional, también el comportamiento administrativo debe serlo), solo tiene sentido en el restringido ámbito de las potestades regladas puras,³⁹ pero ha sido desplazada en el actual paradigma, en el que el ordenamiento jurídico abre espacios decisionales⁴⁰ a la Administración. La racionalidad práctica o material que refiere ATIENZA debe incorporar la dimensión instrumental (finalista) y la moral referida a los fines últimos. La relación con la buena administración está en que se exige:

- un listado de alternativas;
- la determinación de las consecuencias asociadas a esos distintos cursos de acción u omisión;
- la valoración de esas consecuencias.

Por lo anterior se plantea que se trata del deber de colocarse en la mejor situación para adoptar la más racional solución posible,⁴¹ deber que se concreta en la obligación de buscar *“en tout cas á adopter l’attitude la plus rationnelle possible au regard du contexte particulier dans lequel ils agissent”*,⁴² lo cual no significa, en un recto sentido, que todo sea armónico, pues bien pudiera darse

³⁸ WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969, p. 178.

³⁹ PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración...*, ob. cit., p. 224.

⁴⁰ ATIENZA, Manuel, “Sobre lo razonable en el Derecho”, *REDC*, No. 27, 1989, p. 18.

⁴¹ PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración...*, ob. cit., p. 227.

⁴² TIMSIT, G., *Théorie de l’Administration*, Económica, París, 1986, p. 192.

que colisionen el principio de actuación racional con los de eficacia y eficiencia que exigen celeridad, casos estos en los que se debe hacer una ponderación, que otorgue a uno de los principios enfrentados un mayor paso frente al otro.

Es en el empleo de esta racionalidad que se deben tener en cuenta los criterios extrajurídicos referidos en la definición de PONCE SOLÉ sobre el deber de buena administración; pues el procedimiento garantiza que el resultado sea razonable, en el sentido de que esté dotado de una justificación resultante de un proceso argumental más o menos explícito, pero apoyado por razones exhibibles y sostenibles que posibiliten una respuesta satisfactoria, una buena respuesta, una respuesta susceptible de resistir la comparación con otras posibles, o sea, una respuesta racional. Es así que ante la necesidad de adoptar decisiones procedimentales, que pueden llegar a ser de gran trascendencia e incluso afectar a derechos, recubre gran importancia referir tres cuestiones que, aunque a los efectos de este estudio no se aborden a profundidad, no pueden dejarse de mencionar en esa búsqueda de la racionalidad de la decisión.

La primera es la figura del responsable-instructor del procedimiento, ya que será quien hará realidad el deber de buena administración y el derecho al procedimiento administrativo debido, cuya preparación también debe estar permeada de estos conocimientos y adaptarse a la realidad y situación concreta que se le presente, quien, además, debe tener un prestigio signado por la ética y la profesionalidad antes mencionada y debe haber demostrado el cumplir los requisitos que se le exigieron para situarse en tal posición.

Esto nos lleva de la mano a las otras dos cuestiones —sobre todo en el intento de demostración de la relevancia de la buena administración para la consecución del procedimiento administrativo debido—: el expediente y la motivación, uno referido esencialmente a la tramitación, de la cual se vuelve reflejo; la otra a la forma y contenido de la decisión en la que se deben exponer los criterios de racionalidad.

El expediente tiene que ver con que la Administración, en cumplimiento de las obligaciones derivadas de la buena administración, acredite en este que la decisión adoptada goza de suficiente fundamentación que la sostenga, que se apoya en datos y elementos de juicio y que ha existido una ponderación de la que se han derivado razones que justifican la elección efectuada. De ahí su extraordinaria importancia, pues en él deben estar contenidos todos los elementos que en su día posibilitarán la motivación de la resolución con la exposición de los argumentos para la decisión.

Por otra parte, la motivación es la necesidad de motivar adecuadamente, que fuerza indirectamente a la realización de las ponderaciones exigidas por la

buena administración, aunque esencialmente cuando se ve en su dimensión subjetiva, o sea, como derecho.⁴³

En tal sentido, vuelve a encontrarse aquí un elemento conector entre la potestad discrecional, el procedimiento administrativo y la buena administración, porque la exigencia fundamental que se ha derivado de la jurisprudencia en torno a las decisiones discrecionales denota la necesidad de que se motive de forma adecuada, suficiente y objetiva la resolución que se dicte en el ejercicio de dicha potestad, de manera que se expliquen cuáles son los fines que puedan justificar la decisión que en ella se adopta y los intereses generales que objetivamente aconsejen tal decisión.

El binomio que resulta de la relación entre motivación y expediente recubre la esencia del comportamiento administrativo orientado al fin de la solución adecuada. Los dos elementos registran las principales vicisitudes del ejercicio de la función administrativa.

La motivación no solo es una garantía formal, en cuanto exteriorización de razones y criterios que así pueden ser conocidos, sino que también lo es de fondo, por cuanto tiene influencia sobre la decisión finalmente adoptada, garantizando la ponderación y la coherencia lógica entre la fundamentación procedimental y la resolución final, especialmente por el ejercicio de la discrecionalidad.⁴⁴

⁴³ Las doctrinas europea e iberoamericana, en sentido general, ponen de relieve las conexiones entre motivación y buena administración, conexiones que también pueden hallarse en la jurisprudencia. Tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo español de 11 de junio de 1991, conectando la explicitación de razones con “la buena administración”.

⁴⁴ Muestra de lo que se expresa en este párrafo, es el Reglamento para el control de la discrecionalidad de los actos de la Administración pública, regulado en el Decreto ecuatoriano 3179 de 2002, que contiene en el artículo 4.20 la ponderación y la coherencia lógica entre la fundamentación procedimental y la resolución final, especialmente por lo que se refiere al ejercicio de la discrecionalidad. También en Alemania, en el famoso caso Mülheim-Karlich, el Tribunal Constitucional alemán conoció en 1979 de la impugnación de una autorización relativa a una central nuclear, que el Tribunal Constitucional alemán subrayó que la previsión legal procedimental suponía una protección de derechos, cuya violación administrativa suponía una vulneración de estos. En consecuencia, la necesaria formalización legislativa que cubra la reserva de Ley procedimental en el ámbito de los fundamentales, así como la actividad administrativa que se desarrolle, ha de permitir tanto la protección de la vertiente material del derecho frente a la injerencia administrativa como, dependiendo de la estructura del derecho concreto, su plena efectividad, en aquellos casos en que la misma esté supeditada a la realización de algún tipo de actividad administrativa. De donde se deriva que el actuar administrativo no solo tiene que estar sujeto a reglas de buena actuación, sino que debe sujetarse a los derechos, de ahí el deber de observancia de la administración, que no puede desdeñarse con la pretensión de alcanzar un procedimiento administrativo debido.

Será entonces la combinación de estos tres elementos (responsable-instructor del procedimiento, expediente y motivación), la que deberá guiar la obligación legal de seguimiento de un procedimiento adecuado al desarrollo de la función administrativa, y la observancia del principio de buena administración. Esto se respalda también en diversos ordenamientos jurídicos que adjetivan el procedimiento administrativo para indicar un plus, más allá de su mero cumplimiento formal, como lo hace el ordenamiento argentino (con el debido proceso adjetivo) o el norteamericano o británico (*due process, fair procedure*), queriendo expresar la idea de que el seguimiento de un procedimiento es condición necesaria, no suficiente.

Lo descrito, si bien es reflejo de los elementos de la actuación administrativa dentro del procedimiento que permiten comprobar las acciones concretas posibles para el logro en este de la buena administración, tiene una dimensión externa con gran impacto en el logro de ello. Se trata del diseño normativo de los procedimientos a seguir en el desarrollo de potestades administrativas, en el cual el legislador debe poner especial empeño, de manera que la norma tenga la suficiente calidad, atendiendo a los intereses que mediante estos procedimientos se dirimen.

Sobre esto, DAVIS plantea que *“codes of fair procedure, of course, cannot in and of themselves usher in a millennium of governmental loving kindness and efficiency”*, pero pueden, sin embargo, *“help create an atmosphere in which administrative performance can be measured”* y ser *“a means whereby powers can be utilized as legislators intended they should”*.⁴⁵

En similar dirección, CASSESE hace referencia a la importancia de la disciplina legislativa del procedimiento, que *“ha costituito una svolta nella storia di molti sistema politico-amministrativi (ad esempio, quello americano) e si presenta oggi come un requisito essenziale di buona amministrazione”*.⁴⁶

En cierre de este análisis, se debe señalar que la importancia del deber de buena administración para el procedimiento administrativo está en que en la medida que hace razonable, ético y adecuado el procedimiento, garantiza el ejercicio de un derecho tan anhelado por los administrados como el derecho al procedimiento administrativo debido, por medio del cual a su vez se tutelan otros derechos tan relevantes como este, aunque con naturaleza sustantiva. La motivación, por su parte, tributa a esta finalidad en la medida en que para la buena administración esta ha de conducir al abandono de la consideración de los defectos en estos aspectos como *“vicios formales”* de poca relevancia,

⁴⁵ DAVIS, R., “An Administrative Procedure Act for Arizona”, 2 *Arizona Law Review*, 1960, pp. 18 y 19.

⁴⁶ CASSESE, Sabino, “Legislative regulation of adjudicative procedures an introduction”, en *European Review of Public Law*, Número especial de 1993, p. 20.

para pasar a ser considerados defectos que afectan a la sustancia del ejercicio de las potestades y que suponen una ilegalidad.⁴⁷

Estas acotaciones del papel del deber de buena administración en el desarrollo de la función administrativa permiten constatar que no se trata de un simple mecanismo de control o del empleo de garantías tradicionales de los derechos ciudadanos, sino de actuar, pero hacerlo de conformidad con unos principios y una sujeción que debe incidir sobre la voluntad del servidor público hasta convertirlo en defensor de los intereses de la colectividad y que entre ellos no haya otro mediador.

IV. Panorama cubano en torno al deber de buena administración

Un análisis de esta envergadura requeriría, sin dudas, más líneas que las que se puedan dedicar en un artículo como este, sin embargo, no pueden terminarse sus páginas sin hacer alusión, al menos someramente, a la situación de Cuba para asimilar, o incluso, enarbolar, la buena administración, máxime cuando es firmante de la Carta Iberoamericana anteriormente aludida.

Para ello se torna necesario iniciar el análisis con la Constitución de 1976, para así entender qué teníamos, hacia dónde avanzamos y qué nos falta aún.

El primer punto de mira en este aspecto en el texto constitucional de 1976 estaba en los deberes de la Administración, en los que pueden identificarse 2 grandes insuficiencias: la primera de ellas es la escasa, casi inexistente, referencia en ella a la Administración Pública y por consiguiente, a sus deberes; y la segunda es que, de la redacción de los deberes dentro de su articulado apunta como sujeto de estos a los ciudadanos.⁴⁸ Sin embargo, un referente incipiente del régimen jurídico que se requería para la funcionalidad de la institución en estudio podía encontrarse en esa Carta Magna a partir del sistema social y los valores superiores (fundamentalmente el bienestar individual y colectivo), que se ampara en el artículo 1, el principio de legalidad en el artículo 10, el derecho de reclamación del artículo 26, el derecho a dirigir quejas y peticiones

⁴⁷ PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración...*, ob. cit., pp. 687-697.

⁴⁸ Considero preciso denotar que en su época de promulgación, la concepción mayoritaria, tanto teórica como en los ordenamientos constitucionales contemporáneos, era precisamente la de entender que los deberes eran los de los ciudadanos. Ha sido la doctrina constitucional y fundamentalmente administrativa de finales del siglo xx y lo que va del siglo xxi la que ha enmarcado a la Administración Pública como un sujeto con deberes también, llegando a ser constitucionalizados en algunos Estados cuyas Constituciones son de más reciente aparición. Tal es el caso de la Constitución del Ecuador, en su artículo 3 en relación con el 227.

a las autoridades en el artículo 63, así como los principios de organización y funcionamiento de los órganos estatales en el artículo 68, con especial mención del ordinal b; si bien era necesario construir un marco jurídico más preciso de la Administración Pública y de los principios en los que se debe sustentar su actividad, lo que demandaba un perfeccionamiento y de lo cual debía ser expresión toda la normativa jurídica en torno a ello.⁴⁹

Cuarenta y dos años más tarde, en 2018, se aprobó un texto constitucional que se ratificó en 2019 por la mayoría de los cubanos, el cual mostró avances; sin embargo, en la materia que se presenta aún resulta insuficiente, quedando mucho por hacer y por preceptuar.

La primera preocupación se nos presenta con la lectura del artículo 8, el cual no deja claro el sistema de recepción de los tratados en nuestro país, ya que este refiere que forma parte o se integra, lo que hace alusión a los dos mecanismos internacionalmente reconocidos, pero nos deja en la misma situación con respecto a cómo entender nuestra posición ante la Carta Iberoamericana, pues no tenemos certeza de si podemos entenderla como parte de nuestro ordenamiento; sobre todo porque su contenido no fue subsumido en el cuerpo de la Constitución. Se amplía el catálogo de derechos en la Constitución, con redacciones acordes a los estándares internacionales en derechos como el derecho a la información, sin embargo, no se reconoce como derecho de los ciudadanos ni a la buena administración, ni a la participación en la toma de decisiones de la Administración. Se amplía el catálogo de deberes, pero no se concibe tampoco como un deber del Estado la buena administración. Y aún más, se modifica el artículo de los principios de organización y funcionamiento de los órganos del Estado, incluyendo principios tan importantes como el de transparencia, no obstante, no se incorpora tampoco el de buena administración como tal, a lo que se une que, al igual que su antecesora, carece de un marco jurídico delimitado de la Administración Pública, que sigue generando la incertidumbre de hasta dónde puede llegar la Administración y cómo puede

⁴⁹ Los loables y serios esfuerzos en la construcción de un Derecho administrativo nuestro se han dedicado en mayor medida al análisis de instituciones que forman parte de las denominadas como clásicas para el Derecho administrativo en general y muy escasamente a las tendencias internacionales, y por consiguiente, su derivación en el nuestro, pudiendo tomar como referencia indirecta aquellas tesis, monografías y artículos en los que sin la intención de ir tras la construcción o justificación del concepto de buena administración, contribuyen al perfeccionamiento de la actuación de la Administración Pública. Tal es el caso de CASTANEDO ABAY en sus *Reflexiones acerca del acto administrativo*; SIRCE DÍAZ con *El Silencio Administrativo*; LEZCANO CALCINES en el *Procedimiento Administrativo*; RICHARDS MARTÍNEZ con *Los Recursos Administrativos*; y ARIAS GAYOSO, que en pos del mejoramiento de una institución medular como los mecanismos de control de la potestad discrecional contribuye también al logro de la buena administración.

accionar el ciudadano ante una presunta vulneración de sus derechos por parte de la Administración por la inobservancia de la buena administración.

Aun así, no se desconoce la existencia en el texto de un referente incipiente del régimen jurídico que se requiere para la funcionalidad de la institución en estudio, a partir del sistema social y los valores superiores (fundamentalmente el bienestar y la prosperidad individual y colectiva); el principio de legalidad; la obligación de cumplir estrictamente la legalidad socialista; así como la de respetar, atender y dar respuesta al pueblo, los fines esenciales del Estado; la participación ciudadana en la realización de su política educacional, científica y cultural; el derecho a recibir información veraz, objetiva y oportuna; el derecho a consumir bienes y servicios de calidad, y que no atenten contra su salud; el derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades; el derecho a un debido proceso administrativo y en él, de todos los derechos que le asisten a las personas; el derecho de reclamación y a recibir la correspondiente indemnización; así como los principios de organización y funcionamiento de los órganos estatales.

Por otro lado, no se puede dejar de referir las urgencias de revisión, reformulación y atemperación de nuestra Ley adjetiva con respecto al contencioso-administrativo, que en su concepción, en dicha normativa deja tan maniatado al ciudadano en la defensa de sus intereses con respecto a la presunta inobservancia del deber de buena administración, lo cual se puede apreciar en artículos como el 658 en relación con el 98 de la Constitución, que si bien estipula como cuestión para un contencioso-administrativo la responsabilidad patrimonial, impone un requisito –actuar indebido del funcionario– que deja por fuera muchos supuestos de los más comunes en torno a esta figura, toda vez que muchos serían los ejemplos en los que un actuar debido de la Administración podría lesionar a un ciudadano y no por eso debiera dejar de responder. A esto se suma la exigencia del requisito de existencia de un acto administrativo con el cual se está inconforme y con el que se agota la vía administrativa, para poder acudir a la vía judicial, lo que resulta menos comprensible, ya que en nuestro país nos acogemos al modelo negativo de silencio administrativo.

A estas cuestiones se suman otras cuya significación no puede dejar de destacarse. Tal es el caso de la potestad discrecional, pues como establece el artículo 657, no pueden ir a la jurisdicción administrativa los actos que se derivan del ejercicio de esta potestad, a excepción de lo que establece el Dictamen No. 284 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, lo que deja desprotegido a un sinnúmero de ciudadanos destinatarios de acciones, que en virtud de esta potestad y en contra de lo hoy entendido como deber de buena administración realiza la Administración.

A todo lo anterior añádase la inexistencia de una ley en Cuba que permita delinear, al menos en sus aspectos más generales y comunes, la correcta realización y tramitación de un procedimiento administrativo.

Por otro lado, la práctica judicial cubana, al menos en la provincia La Habana, ha acogido la buena administración como fundamento suficiente para la declaración, mediante Auto, de Nulidad de los actos administrativos que llegan a Sede Judicial, amparados en la amplia doctrina que sobre ella existe, lo que empieza a indicar que, a semejanza de otros países en los que existe mayor desarrollo sobre el tema, la jurisprudencia cubana será la llamada a sentar las primeras pautas sobre un criterio cubano de la buena administración fuera de los muros académicos.

En tal sentido, la situación que se vislumbra en torno a la buena administración en nuestro país, sobre todo después de firmar la Carta Iberoamericana en 2013, tiene dos grandes urgencias:

- La primera de ellas es la atemperación de nuestro régimen administrativo a las tendencias modernas en torno a la relación Administración Pública-administrado.
- La segunda es la necesidad de protección jurídica del ciudadano, no solo porque su bienestar debe ser el centro de la actuación de la Administración, sino también ante una realidad cada día más consolidada, como es la incorporación de nuevos actores económicos a la prestación de servicios públicos, los que hoy también se ven afectados por la inactividad material y formal de nuestra Administración y la imposibilidad en muchas ocasiones de exigir de esta un acto reparador.

V. Consideraciones finales

La buena administración, cuyos primeros rasgos jurídicos los podemos encontrar ya en la doctrina de HAURIOU, ha alcanzado un tratamiento doctrinal a la par de su regulación, pues se ha convertido en el principal anhelo de los ciudadanos en su relación con la Administración Pública y la meta y expectativa de la Administración, que en las dos últimas décadas ha cambiado sus moldes.

En la doctrina de Derecho administrativo, así como en las normas que responden a la voluntad del pueblo, ha habido una marcada intención de sujetar el actuar de la Administración, no solo en la actividad prestacional, sino también en su producción normativa, pero además no solo de sujetarla a la legalidad, sino también a los intereses de la colectividad y a lo óptimo. Estos presupuestos se ubican en un lugar especial para la determinación de que la aspiración central de la buena administración no era solo una cuestión de cambio de perspectiva teórica, sino de respuesta social; que su contenido no

debe quedarse en lo abstracto, sino que debe llegar a materializarse; que su exigibilidad no puede derivarse de subjetividades, o al menos, no solo de ellas, porque de ser así, solo podría ser enjuiciada teniendo en cuenta los principios y valores de quien debió observarla.

El régimen jurídico-administrativo cubano, en su concepción más general, denota la necesidad de atemperación de este a las corrientes modernas de Derecho administrativo, muestra de ello es la no regulación expresa de la buena administración en su triple funcionalidad, aun así, se evidencia un marco jurídico incipiente para la concepción de este deber dentro de nuestro ordenamiento jurídico y, por consiguiente, para su implementación y exigibilidad a la Administración.

El contrato administrativo como técnica jurídica: sucintas consideraciones generales

Andry MATILLA CORREA*

“El acto de gestión contractual es el contrato llamado administrativo, es decir, el contrato celebrado directamente para asegurar el funcionamiento de un servicio público. Implica por sí mismo la colaboración de un empresario o de un proveedor a cuyo concurso ha apelado la administración [...]”.

La gestión administrativa. 1899
Maurice HAURIUO

I. Preliminar

Hoy es común entender que la función administrativa tiene un contenido heterogéneo y que se manifiesta a través de formas jurídicas variadas; y que la Administración Pública, en el marco de la función administrativa, debe asumir diversos cometidos o actividades que tienden, de manera general, a satisfacer o a dar respuesta al interés general, del cual aquella entidad viene a ser garante.

Tampoco se niega que el conjunto de relaciones a partir del cual la Administración Pública puede vincularse jurídicamente con otros sujetos de Derecho, para proveer, directa o indirectamente, al cumplimiento de los fines y cometidos que le son propios, no solo está integrado por actuaciones unilaterales (cuyas concreciones típicas están ubicadas en los *reglamentos* y los *actos administrativos*), sino que dentro de dicho conjunto de relaciones pueden, asimismo, encontrarse vínculos obligacionales, resultado de acuerdos de voluntades entre esa entidad administrativa y aquellos sujetos (personas).

Como han advertido RICHER y LICHÈRE:

“... l’administration est en négociation permanente avec les acteurs économiques et sociaux qui, lorsqu’ils entrent en relations contractuelles avec les collectivités publiques, adoptent des comportements qui ne sont pas

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. Académico Titular de la Academia de Ciencias de Cuba.

fondamentalement différents de ceux que l'on rencontre dans les relations entre 'particuliers'".¹

También es posible declarar “zona de paz” la idea de que las actuaciones unilaterales de la Administración Pública (y con ello los actos reglamentarios y administrativos, principalmente) se someten, en su ordenación jurídica, a un régimen de Derecho público –de Derecho administrativo– y están regidas por este.

Sin embargo, cuando se trata de entrar a valorar los acuerdos de voluntades generadores de obligaciones –de relaciones jurídicas de carácter patrimonial–, donde al menos uno de los sujetos del nexo jurídico es la Administración Pública, podemos vislumbrar cómo, históricamente, se quiebra el panorama de armonía al estilo de lo dicho en las líneas anteriores; y vemos aparecer, al respecto, soluciones científicas y prácticas divergentes –algunas de ellas encontradas–, que se debaten en mantener ese espacio de actuación informado y regulado por el Derecho privado, de manera unívoca y bajo la forma contractual clásica de esa esfera, o en aceptar la posibilidad de que un grupo de tales relaciones jurídicas puedan estar tuteladas por el Derecho público (administrativo), sobre la base de una modalidad contractual que responda, en su funcionalidad y características, a las exigencias que revela el proceder administrativo sometido, en principio, a la égida reguladora del ámbito ius-público o iusadministrativo.

Cuando se admite esa última posibilidad, se delinea entonces una figura contractual que se ha dado en llamar –en claro matiz distintivo de su paralelo en el campo del Derecho privado–: *contrato administrativo, contrato de Derecho administrativo, contrato público, contrato de Derecho público, contrato en la función administrativa, contrato del Estado o contrato estatal*; según las denominaciones más frecuentes, que conforman una interesante policromía nominal alrededor de esa figura; aunque justo es destacar que no necesariamente esos nombres, allí donde se han empleado o se han enraizado, tienen igual connotación y, por lo tanto, no pueden considerarse siempre como equivalentes entre sí.

Apoyándonos en lo dicho hasta aquí, tendremos entonces que las tres categorías jurídicas fundamentales de actos a través de los cuales se manifiesta el ejercicio de la función administrativa –y mediante los cuales se ordenan jurídicamente las relaciones que se derivan del mencionado ejercicio– son: el *reglamento* (como tipo de acto normativo), el *acto administrativo* y el *contrato administrativo* (sin olvidar que pueden configurarse otras formas

¹ RICHER, Laurent y François LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, 10^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2016, p. 27.

convencionales que no resultan propiamente contractuales). Cada una de esas instituciones jurídicas administrativas encierra una particular dinámica funcional, estructural, sustancial y formal, que aportan los elementos esenciales para marcar las diferencias entre ellas. A su vez, la existencia de estas figuras descubre otro elemento de importancia nada desdeñable, al tiempo de apreciar y sostener el carácter heterogéneo de la función administrativa, tanto en su arista material como en su expresión formal.

En el interior del perímetro que señala la función administrativa, el instituto contractual administrativo trasciende la simple significación como instrumento de ordenación y formalización de relaciones jurídicas individuales de contenido patrimonial, en las que tal entidad interviene como una de las partes del vínculo *iuris*; para asumir, igualmente, otros enfoques interpretativos en lo atinente a su presencia y funcionalidad dentro del tráfico jurídico-administrativo.

De tal suerte, la contratación administrativa o pública se revela como una forma de la actividad administrativa; como una vía por la cual la Administración Pública puede proveer al cumplimiento de los fines y cometidos públicos cuya realización se le confiere, en el ámbito de actuación funcional de la que es titular, como un mecanismo para dar respuesta a la satisfacción de los intereses públicos, en cuanto fin primero y esencial que debe animar el ejercicio de la función administrativa. El contrato administrativo, a partir del intercambio de prestaciones que produce, es un medio para obtener prestaciones o recursos necesarios para soportar el desenvolvimiento de la actividad pública y de la vida de la comunidad. Es, también, un instrumento a través del cual las personas (administrados, ciudadanos) pueden tener participación en el ejercicio de la función administrativa; es una técnica funcional a tenor de la cual la Administración Pública puede obtener la colaboración de las personas en el desarrollo de la actuación administrativa y, por ende, en la consecución de los fines e intereses públicos que determinan a esta última.

En ese orden de ideas, no debe pasarse por alto la ocasión de destacar que la incidencia de una relación contractual sometida a un régimen de Derecho administrativo, no queda en el plano exclusivo de lo económico; aunque, como categoría contractual que es, dentro de los ordenamientos positivos en los que cobra vigencia reviste la cualidad de instrumento por excelencia sobre el que se encauza y se produce el tráfico patrimonial o económico en el sector público, así como de medio de intervención en la economía por parte de la Administración Pública o las personas públicas.²

² En afirmación del francés GUETTIER: *“Les contrats administratifs revêtent une importance déterminante pour les personnes publiques, en particulier en tant que moyen de leurs interventions dans l’économie. Cette importance se mesure, d’une part, au nombre des contrats passés quotidiennement par les administrations nationales ou locales”*. Véase GUETTIER,

En efecto, la trascendencia de la contratación administrativa o pública remonta la arista puramente económica para proyectar su grado de incidencia también en lo social y en lo político. Tal como lo advertía un antiguo autor latinoamericano en el primer tramo del siglo pasado, pero en observaciones con plena vigencia al día de hoy: “El tema no preocupa sólo por su faz financiera, económica y de contabilidad, sino también por los aspectos jurídico, administrativo y hasta social”.³

Por los sujetos que involucra –al menos uno de ellos es la Administración Pública u otra entidad en el ejercicio de la función administrativa–, por el espacio funcional –público o administrativo– en que operan sus efectos, por el objeto sobre el que puede recaer, por el juego de intereses que se manifiesta en su interior y por el fin esencial al que responde primariamente (el público), no se hace difícil intuir que el contrato administrativo, público o de Derecho público, resulta una vía nada desdeñable por la cual el contratante de la Administración puede alcanzar un espacio de determinación directa sobre la comunidad. De ahí que el tipo contractual público o administrativo pueda interpretarse como un instrumento de política económica, de actuación de intereses políticos, de ejercicio del poder público y de proyección social y política del Estado hacia la colectividad.

En reflexiones de RICCI y LOMBARD:

*“... L’action de la puissance public se veut ainsi une condition sine qua non pour la promotion et la réalisation effectives de l’ordre social désirable’ (G. Burdeau). Le contrat administratif est, parmi d’autres, un instrument juridique de l’accomplissement de cette mission. [...]”.*⁴

En definitiva, la contratación administrativa o pública deviene ‘en terreno de conciliación de intereses diversos en función de satisfacer primariamente el interés público; en un ámbito de colaboración entre sujetos con móviles distintos, orientado básicamente a dar respuesta a determinadas exigencias sociales que no pueden desconocerse. Dicha especie de contrato, so pena de desnaturalizarse irremediablemente, no debe significar un campo de confrontación de ánimos divergentes que pugnan por ver cuál de ellos prevalece, sin importar las consecuencias que de ese enfrentamiento se generen, ni el alcance que pueda tener. Tampoco debe ser un medio de legitimación para sacrificar el interés colectivo frente a las ansias económicas individuales. Como figura jurídica enmarcada en el ámbito iuspúblico, debe ser capaz de

Christophe, *Droit des contrats administratifs*, 1^{re} éd., Presses Universitaires de France, Paris, 2004, p. 1.

³ WAINER, Jacobo, *Contratos administrativos (suministros, obras y servicios)*, Librería y Editorial “El Ateneo”, Buenos Aires, 1939, p. 9.

⁴ RICCI, Jean-Claude y Frédéric LOMBARD, *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, Éditions Dalloz, Paris, 2018, p. 46.

generar, desde su dinámica funcional interior, los mecanismos requeridos para garantizar su funcionalidad como zona de conciliación (zona que viene a estar identificada por la bilateralidad y por la voluntariedad que entraña esta figura a la que nos referimos) y como forma de colaboración. A su vez, también está llamado a aportar, desde la dinámica aludida, los mecanismos adecuados para salvaguardar y sostener la finalidad esencial a la que debe su existencia, en primer orden, como institución jurídica. De eso dependerá su pertinencia y efectividad dentro del tráfico jurídico-administrativo y, en consecuencia, su utilización y subsistencia como figura jurídica dentro de ese marco.

No ha sido nada sencillo el proceso de aceptación y consolidación de un tipo contractual perteneciente al ámbito del Derecho administrativo. Sin embargo, el *via crucis* existencial de esa modalidad puede resumirse en una simple interrogante: ¿es viable admitir para el tráfico jurídico-administrativo la configuración de una especie de contrato tutelada jurídicamente por un régimen de Derecho público, que difiera, así, en determinados aspectos, del tipo contractual que tradicionalmente se ha desarrollado en el plano iusprivado, para responder de manera más idónea, por ese medio, a las exigencias que impone dicho tráfico? De tal forma, la suerte de la contratación administrativa o pública, como categoría autónoma, dependerá de la respuesta que, en uno u otro sentido, se asuma para esa pregunta.

II. El contrato administrativo como técnica jurídica y el proceso de evolución del Derecho Administrativo

Una de las instituciones jurídicas cuyo proceso de formación dogmática resulta de los más llamativos, de cuantas abarcan el espectro jurídico institucional del Derecho administrativo, es la del contrato administrativo. No solo porque haya provocado –aún lo hace– pasiones encontradas a su alrededor, sino porque ese proceso de formación, a pesar de que cubre desde el siglo XIX hasta hoy, se nos descubre con variados matices y se revela ciertamente como inconcluso todavía. El *iter* vital del contrato administrativo como figura iuspública presenta una evolución y un desarrollo constructivo, que han estado signados por la intensidad, la diversidad y la complejidad, dejando espacio abierto a nuevas aportaciones en pos de su consolidación definitiva dentro del sistema categorial del Derecho público. Como apreciara Philippe YOLKA, el Derecho de los contratos administrativos “*a des airs de chantier permanent*”.⁵

Una primera observación que pudiera saltar a la vista cuando se trata de considerar al contrato administrativo como institución jurídica, es que no es una figura cuya presencia en los ordenamientos jurídicos puede ser calificada

⁵ YOLKA, Philippe, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2013, p. 24.

de universal, pues no todos los sistemas jurídicos conocen esta especie contractual,⁶ ni en todos los ordenamientos en que se sostiene la contratación sometida a un régimen de Derecho público, esta aparece con caracteres semejantes o respondiendo a un mismo diseño conceptual y práctico. Esa observación significa, además, que no es la homogeneidad en su aceptación y articulación dentro de los ordenamientos jurídicos administrativos, precisamente, una de las características del contrato administrativo, público o de Derecho público, como categoría en abstracto.

La policromía que rodea el debate y el desarrollo de la contratación del Estado o del sector público hace que se presenten soluciones diversas, teóricas y prácticas, en los principales ordenamientos jurídicos de referencia histórica al respecto en el llamado “mundo occidental”: Francia, Alemania, Italia, España, Gran Bretaña y Estados Unidos, fundamentalmente. Las soluciones, en definitiva, han gravitado en torno a dos posiciones básicas y extremas (matices a un lado): sostener la contratación del Estado o del sector público dentro del régimen jurídico del Derecho privado; o someter una parte de esas relaciones contractuales a la tutela específica del régimen jurídico del Derecho público, incorporando así una distinción con aquellas que se colocan bajo el manto

⁶ Entre los ejemplos más ilustrativos, desde el punto de vista histórico –más allá de los matices–, de esta situación podemos mencionar los casos de los ordenamientos jurídicos inglés y norteamericano (muy vinculado a la forma en que ellos asumen la ordenación jurídica del espacio funcional iuspúblico). En lo escrito por un autor de los más antiguos dentro de la literatura jurídico-administrativa de origen anglo-estadounidense, como el norteamericano GOODNOW, puede leerse al respecto: “... Así, el Gobierno puede ser mirado como una persona jurídica cuando hace contratos o infringe agravios, y entonces se le considera como un sujeto de Derecho privado más que de Derecho público [...]”. Véase GOODNOW, Francisco J., *Derecho Administrativo Comparado*, t. II – *Relaciones jurídicas*, La España Moderna, Madrid, s/a, p. 139. Sintomático en esta cuerda de ideas, es el hecho de que en no pocas obras de corte general sobre Derecho administrativo estadounidense e inglesas podemos hallar que sus autores no incorporan referencias mínimamente orgánicas y sistémicamente desarrolladas sobre la *contratación del Gobierno* o *contratos gubernamentales* (en una denominación extendida en ese entorno) o de las entidades estatales y públicas, en cuanto figura jurídica que pudiera tener cierta identidad distintiva de los contratos amparados por un régimen común iusprivado. En la bibliografía iberoamericana, el español Gaspar ARIÑO ORTIZ ha sido uno de los que ha prestado especial atención a la contratación estatal en el sistema del *Common Law*; al respecto puede verse su importante trabajo “Contrato del Estado y Common Law”, que aparece como prólogo al libro de MONEDERO GIL, José Ignacio, *Doctrina del contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, p. 24 y ss., y también, aunque de forma más resumida, “Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el Derecho español y europeo”, en Juan Carlos Cassagne (dir.) *et al.*, *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 870 y ss. También de ARIÑO ORTIZ su “Estudio introductorio”, en Juan Carlos Expósito Vélez, *La configuración del contrato de la Administración Pública en Derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas*, 3ª reimp. de la 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 32 y 33.

regulador del régimen iusprivado. Este último presupuesto es el que determina la existencia del contrato administrativo, contrato de Derecho público o contrato público; y tampoco entre los sistemas jurídicos que lo acogen, las respuestas se presentan con una uniformidad entre sí, sino que se revelan también como soluciones con un grado de polarización entre ellas.

La suerte de la contratación administrativa en el ordenamiento jurídico-administrativo francés ha transitado por derroteros originariamente distintos a los que ha seguido la ordenación jurídica de la contratación del sector público en los casos de ordenamientos como los de Gran Bretaña, Estados Unidos⁷ y Alemania. Y ha sido precisamente el Derecho francés, como centro fundamental—seguido, entre otros ordenamientos jurídicos receptores de la influencia francesa al respecto, por países como España,⁸ Portugal, Bélgica y varias naciones del área latinoamericana—, el que ha tenido un lugar destacable en el hecho de haber dado vida y desarrollado la figura del contrato administrativo como especie de la contratación, distinta en ciertos aspectos de la contratación privada, y como técnica jurídica administrativa bajo la que se regula un grupo determinado de relaciones jurídicas individuales de contenido patrimonial que se generan entre la Administración Pública y particulares, fundamentalmente, en el marco del cumplimiento de los fines que se le atribuyen a la primera.

Según ha anotado la profesora francesa Hélène HOEPPFNER, con talante actual, la noción de contrato administrativo designa en Francia

“... les contrats généralement conclus par des personnes publiques [...] qui, en vertu d’une qualification législative ou de l’application de critères jurisprudentiels, sont soumis à un régime juridique spécial, présenté

⁷ Un interesante ejercicio comparativo en torno a la figura contractual administrativa, a propósito de los ordenamientos estadounidense, francés y brasileño, puede verse en: GIACOMUZZI, José Guilherme, *Estado e contrato. Supremacia do interesse público “versus” igualdade. Um estudo comparado sobre a exorbitancia no contrato administrativo*, Malheiros Editores LTDA., São Paulo, 2001, en todo.

⁸ Este tema de la influencia histórica que ha tenido el régimen de Derecho administrativo francés sobre la construcción del régimen de Derecho administrativo español y en sus instituciones, es un aspecto que tiene hoy su arista polémica, sobre todo porque dentro de la ciencia jurídica española, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, han aparecido cuestionamientos sobre el real alcance de esa influencia histórica sobre algunas instituciones jurídico-administrativas, según el modo que tradicionalmente se había asumido en el marco de los estudiosos a su alrededor. Sobre el contrato administrativo en especial resultan muy ilustrativas de esa situación las afirmaciones del profesor José Luis VILLAR PALASÍ, *La aparición del Derecho Administrativo*, Conferencia pronunciada con motivo de la solemne inauguración del I Seminario de Historia de la Administración, Madrid, 20 de febrero de 2001, INAP, Madrid, 2001, p. 19. También ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “Contrato y poder público...”, ob. cit., p. 881 y ss. Del mismo ARIÑO ORTIZ, su “Estudio introductorio”, ob. cit., p. 42.

comme dérogoire au droit civil du contrat (qualifié d' 'exorbitant du droit commun') et dont le contentieux relève du juge administratif. Cette notion de contrat administratif n'a pas de résonance en droit de l'Union européenne ou en en droit comparé. Dans le plupart des systèmes étrangers ou européens en effet, les contrats 'administratifs' sont soumis au même régime juridique que les contrats privés, quand bien même leur conclusion serait encadrée pas des règles de passation. C'est pourtant cette notion de contrat administratif qui sera retenue en raison de la spécificité du régime applicable en droit français".⁹

El avance científico-práctico del propio Derecho administrativo a partir del siglo XIX, con Francia como principal centro de influencias durante su momento primigenio de construcción, y la modelación y gradual consolidación de sus instituciones, condicionadas sin duda por la evolución y la transformación del contexto histórico-concreto sobre las que se iba desarrollando la Administración Pública, fueron determinando, en algunos ordenamientos jurídicos, la orientación del desarrollo de las técnicas jurídicas sobre las que esta basaba su actuación hacia perfiles más ajustados al universo jurídico-administrativo. Así, en algunos ordenamientos jurídicos –no sin polémica– se va perfilando una figura contractual dentro del campo de la actuación del Estado,¹⁰ que finalmente adopta una fisonomía con elementos distintivos del contrato que históricamente se había proyectado en los marcos del Derecho civil (privado), y ha de ser denominada inicialmente, en algunos casos, como contrato de Derecho público (Alemania)¹¹ o contrato administrativo (Francia).

⁹ HOEPPFNER, Hélène, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., Éditions Dalloz, Paris, 2019, pp. 1 y 2.

¹⁰ En el último cuarto del siglo XIX, un estudioso de la contratación del Estado en Francia exponía que: "L'État, chaque jour, est partie à une foule de conventions, qui interviennent sur tous les points du territoire et qui absorbent une notable partie de l'action administrative"; y a renglón seguido agregaba: "De ces conventions, quelques-unes sont régies par des lois spéciales [...]. Pour d'autres, la jurisprudence a formé, en prenant comme point de départ les dispositions de lois diverses, un corps de doctrine plus ou moins complet. Pour d'autres enfin, les règles à suivre résultent d'arrêts épars, dont la recherche et la coordination restent quelquefois difficiles". Véase PERRIQUET, E., *Les Contrats de l'État, Traité comprenant notamment les règles en matière des Ventes domaniales, Ventes des coupes de bois de l'État, Fournitures et Marchés, Concessions de mines, Concessions sur les cours d'eau, État des fonctionnaires, militaires et marins, Pensions civiles, militaires et de la marine, Récompenses nationales, Légion d'honneur, etc., etc.*, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal, Billars et Cz, Imprimeurs-Éditeurs, Libraires de la Cour de Cassation, Paris, 1884, p. V.

¹¹ Sin otro ánimo que el de advertir al lector sobre algún trabajo de nuestra autoría relacionado con este tópico, nos permitimos remitir a: MATILLA CORREA, Andry, "El contrato de Derecho Público en el Derecho alemán: breves anotaciones", en *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório*, No. 6, 2012, MP Editora, São Paulo, pp. 55 a 84; publicado también en la revista *Estudios de Derecho Administrativo*, Año 2013 - No. 8, La Ley Uruguay, Montevideo, pp. 767 a 795.

En definitiva, la contratación administrativa (pública en general) ha de ser una de las grandes construcciones que se han aportado al universo que abarca el Derecho administrativo –al menos el de raíz francesa–, cincelada por la doctrina y la jurisprudencia.¹² La envergadura del sentimiento al efecto ha sido interpretada de un modo tal en relación con Francia, que como resumía en su momento Prosper WEIL:

*“... Le succès de la théorie du contrat administratif fut d’ailleurs fulgurant: pour maints juristes étrangers c’est là l’institution la plus caractéristique du droit administratif français, avec elle du recours pour excès de pouvoir; plus d’un système juridique l’emprunta au droit français; et l’on se demande même à présent si l’essentiel de cette construction, à la fois hardie et pondérée, ne devrait pas être transposée dans le droit naissant des contrats passés entre les États et les sociétés étrangères, et plus spécialement dans celui des accords dits de développement économique”.*¹³

Cuando se observa en su conjunto la línea evolutiva que ha seguido la contratación administrativa o pública, con sus variados matices, se puede palpar claramente, sobre la base específica de una figura jurídica en concreto, el camino recorrido por el Derecho administrativo en aras de consolidar su existencia científica autónoma y el desenvolvimiento de su vida como sector del ordenamiento jurídico; así como se proporciona una idea de las peripecias de sus instituciones (reducidas en este caso a una única figura, pero perfectamente representativa del subsistema administrativo) para lograr alcanzar una fisonomía propia y adquirir carta de identidad dentro del sistema jurídico.

Una observación como esta no es algo nuevo, pues ya ha sido apuntada por los estudiosos del Derecho administrativo. Dentro del Derecho español,

¹² En un interesante fragmento de uno de sus escritos, Prosper WEIL discurría: *“Le contrat, cette vénérable institution du droit privé [...] paraissait bien entendu fournir la technique la plus appropriée pour ce concours de l’entreprise privée et de l’administration [...]”. Mais pour que la satisfaction de l’intérêt général fût sauvegardée en toutes circonstances, encore fallait-il ne pas trop s’accrocher aux principes traditionnels de l’égalité des co-contractants et de l’intangibilité de la volonté initiale des parties. C’est pourquoui, encouragé par les auteurs de l’époque –les Hauriou, les Duguit, les Jèze– et sous l’impulsion des commissaires de gouvernement du temps –les Romieu, les Tardieu, les Léon Blum, les Corneilles–, le Conseil d’État imagine, puis développa et raffina, cette théorie d’un contrat que était contrat sans l’être tout à fait, d’un contrat dans lequel l’administration, contractant privilégié, disposerait de certaines prérogatives pour assurer la sauvegarde de l’intérêt général sans pour autant toutefois que soient sacrifiés les intérêts pécuniaires du co-contractants privé [...]”.* Véase WEIL, Prosper, “Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés”, en AA. VV., *Mélanges en l’honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichont et R. Durand –Auzias, Paris, 1974, pp. 217 y 218.

¹³ WEIL, Prosper, “Le renouveau...”, ob. cit., p. 218.

por ejemplo, podemos mencionar a Rafael ENTRENA CUESTA, quien llegaba a considerar:

“La literatura jurídico-administrativa de todos los tiempos y países se ha ocupado con singular frecuencia de los contratos celebrados por la Administración pública. Ello obedece, sin duda, al carácter central de dicho instituto en la teoría general del Derecho administrativo. Hasta el punto de que puede afirmarse que no existe mejor piedra de toque para averiguar la medida en que un ordenamiento jurídico está dominado por los principios que informan el régimen administrativo, que la de examinar la regulación que nos ofrece de los referidos contratos”.

Este profesor español añadía seguidamente:

“Tampoco existe mejor procedimiento para ponderar la autonomía y grado de elaboración de la ciencia que toma por objeto esta rama del Derecho que el de considerar el tratamiento doctrinal de los referidos contratos [...]”.¹⁴

El movimiento originario en torno a la construcción dogmática de la contratación administrativa arrastró consigo, como aspecto de base, la relación

¹⁴ ENTRENA CUESTA, Rafael, “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración”, en *Revista de Administración Pública*, Año VIII, No. 24, septiembre-diciembre, 1957, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 39 y 40. Sin dudas, una de las muestras más gráficas al respecto ha sido lo escrito por GARCÍA DE ENTERRÍA cuando acogió: “La gravedad del problema teórico del contrato administrativo es que en él se viene a condensar el problema entero del Derecho administrativo, y en especial las tres cuestiones centrales de la modulación en su ámbito de instituciones procedentes del Derecho civil, de la posición jurídica de la Administración como sujeto y de la aplicación a la misma del Derecho privado. Por eso, puede decirse sin hipérbole que cualquier concepto del Derecho administrativo debe hacer sus armas precisamente con esta institución enigmática del contrato administrativo para justificar su exactitud, e, inversamente, que una verdadera doctrina del contrato administrativo prolonga inmediatamente sus efectos hasta la teoría general del Derecho administrativo [...]”. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La figura del contrato administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, No. 41, mayo-agosto, 1963, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 110 y 111. Para ARIÑO ORTIZ: “... contrato administrativo y derecho administrativo han seguido siempre una misma línea de evolución, madurez y desarrollo. La historia de la elaboración del derecho administrativo puede seguirse perfectamente a través de la historia de esta figura, y viceversa”. Véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “El contenido de la relación contractual: sus principios informadores”, en *Documentación Administrativa*, No. 121, enero-febrero, 1968, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, p. 26. Como otro botón de muestra, podemos recordar a José Luis MEILÁN GIL, cuando decía sobre la categoría del contrato en Derecho Administrativo: “... sus vicisitudes coinciden con la del Derecho administrativo y otras de sus instituciones, singularmente el ‘servicio público’”. Véase MEILÁN GIL, José Luis, “Teoría del contrato administrativo: Origen, evolución histórica y situación actual”, en AA.VV., *Contratos administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000, p. 439.

entre el Derecho civil y el Derecho administrativo y, al mismo tiempo, evoca necesariamente el proceso de formación autónoma de este último subsistema jurídico y, dentro de él, el de una de sus categorías principales: el contrato administrativo.

Tal como ha apuntado Benoît PLESSIX: *“La matière des contrats administratifs constitue sans nul doute l’une des terres d’élection de l’idéologie contestataire de l’autonomie du droit administratif [...]”*.¹⁵

La valoración de esa vinculación no solo cobra importancia a los efectos de comprender el tracto histórico seguido en la formación dogmática del contrato administrativo, sino que tributa al entendimiento de la estructuración y operatividad actual de esa modalidad contractual. Incluso, es pertinente la consideración de esa relación Derecho civil-Derecho administrativo a propósito de la categoría contractual, pues esta última es claro ejemplo de cómo la Administración Pública se vale, en la actuación de sus fines, de técnicas comunes a ambos sectores jurídicos, y cómo según sea la necesidad de utilizarlas a los efectos de alcanzar esos fines puede recurrir a esa técnica bajo la regulación de un régimen de Derecho privado o bajo la tutela de un régimen de Derecho público. En definitiva, el alumbramiento y posterior desarrollo dogmático de la *contratación administrativa* han estado señalados por la apoyatura y el contraste con su par en la esfera civil o iusprivada.

Si miramos en retrospectiva el *iter* seguido por el Derecho administrativo en pos de consolidar su condición de rama independiente del Derecho y, en definitiva, su desenvolvimiento como sector del ordenamiento jurídico, se puede apreciar cómo en un primer estadio –que básicamente cubre parte del siglo XIX, estableciendo un criterio de ubicación temporal sin mayores pretensiones de rigurosa exactitud– ese proceso de formación se realiza sobre la base de la utilización, y la consecuente adecuación impuesta por las peculiaridades del tráfico jurídico al que respondía, de determinadas categorías jurídicas fundamentales que históricamente se venían desarrollando –en una línea que ya en aquel momento abarcaba varios siglos de constante evolución– al amparo del Derecho civil (primero como el viejo Derecho de la *civitas* y luego como el terreno jurídico más general y común de ordenación de las relaciones entre los individuos o personas, en el marco de la comunidad políticamente organizada); y que, ante esa realidad, eran consideradas figuras pertenecientes a los dominios de ese ámbito jurídico y cargaban con el sentido esencial y unívoco que este les había impregnado.

¹⁵ PLESSIX, Benoît, *L’utilisation du droit civil dans l’élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2003, p. 715.

A propósito de esa cuestión, el francés Gastón JÈZE, escribió:

“... durante largo tiempo y hasta estos últimos años el derecho público ha consistido en adaptaciones de teorías civilistas. En otros términos: se creía poder resolver los problemas del derecho público por las soluciones jurídicas imaginadas para resolver las relaciones entre particulares. Era natural. Recuérdese que en Francia los problemas de derecho público, hasta estos últimos años, han sido estudiados por juristas cuya formación jurídica intelectual había sido exclusivamente forjada por el estudio del derecho privado romano y del derecho civil. Prevalcían las apariencias: un tratado internacional es un *contrato*; la concesión de servicio público es un *contrato*; el nombramiento de un funcionario público es un *contrato* [...]. Se aplicaban, pues, las teorías del *contrato civil*, del *mandato civil*, etcétera, sin advertir que, en realidad, los problemas de derecho público que había que resolver eran muy diferentes. Esforzábanse en calcular todas las superficies (la del círculo, la del triángulo, etc.), con la fórmula que da la superficie del cuadrado. Naturalmente, los hechos se resistían a estas fórmulas: imperturbables, los juristas imbuidos de ideas civilistas imaginaban ya ficciones, ya excepciones a sus pretendidas reglas generales extraídas del derecho civil. Los más escrupulosos completaban los términos del derecho civil con adjetivos, con epítetos destinados a hacer ver que las cosas no sucedían idénticamente igual, en derecho privado y en derecho público [...]”.¹⁶

¹⁶ JÈZE, Gastón, “Prefacio de la segunda edición francesa”, en su obra *Principios Generales de Derecho Administrativo*, t. I – *La técnica jurídica del Derecho Público francés*, traducción directa de la 3ª ed. francesa por Julio N. San Millán Almagro, Depalma, Buenos Aires, 1948, p. LXV. Sobre este tema, es clásico en la literatura jurídica administrativa en español el trabajo de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones”, publicado originalmente en 1960; nosotros hemos utilizado la siguiente edición: “El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones”, en Sebastián Martín-Retortillo Baquer, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, 2ª ed. ampliada (1ª en Civitas), Civitas, S.A., Madrid, 1996, p. 25 y ss. Según MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: “... podemos entresacar un punto de referencia común, que es válido en toda su amplitud: la existencia de figuras e instituciones administrativas que se han construido, primero, y más tarde se han desarrollado sobre las líneas básicas que el Derecho Privado les proporcionó. Se trata de un verdadero préstamo o traslado de estructuras, verdaderamente sustancial, y que no se reduce sólo, como Mayer opina, a la simple cesión de un nombre, circunstancia al fin y al cabo exterior y sin consecuencias, reducida exclusivamente a la escueta aplicación de una expresión verbal. El fenómeno que nos ocupa ha llegado a ser posible por una razón de precedencia histórica del Derecho civil. En este sentido, el Derecho administrativo fue, y es todavía –necesario es confesarlo– un Derecho secundario en relación con el Derecho civil; un Derecho en cierto modo *hijo* del ordenamiento privado. Esta secundariedad resalta todavía más si tenemos presente que por no ofrecer el Derecho administrativo un sistema jurídico completo, la corriente de intercambios de que hemos venido hablando continúa todavía efectuándose [...]”. Véase MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “El Derecho Civil en la génesis...”, ob.

Hay que agregar que sobre ese panorama influyeron, igualmente, el poco desarrollo científico que entonces presentaba el Derecho público –en contraste con la fuerza y la historia que lucía el Derecho civil¹⁷– y las condiciones políticas e ideológicas en las que se desenvolvía el proceder del Estado, con el más puro liberalismo como bandera, en lo teórico y en lo práctico, de la mecánica funcional de las relaciones Estado-individuo.

Así las cosas, esa fue una etapa en la que el Derecho administrativo se concebía como un mero desprendimiento del tronco jurídico común que representaba el Derecho civil a los efectos de someter a regulación jurídica especial un conjunto de relaciones específicas (las jurídicas administrativas); y su posición dentro del sistema jurídico era evaluada desde esa condición de ordenamiento especial, en comparación con el orden civilista. Por esa razón, las instituciones jurídicas que se vieron replicadas en ese “desgajamiento” del Derecho administrativo (entre ellas el contrato) tendieron a ser explicadas en una primera etapa, en línea mayoritaria, desde el enfoque civilista; y la distinción entre ambos grupos institucionales –de Derecho civil y de Derecho administrativo– no se asumía como de esencia o de sustancia, sino más bien su esbozo inicial llevaba una orientación adjetiva, a efectos de situar –no sin seguir en ello ciertos intereses políticos– un espacio de aplicación del Derecho (jurisdiccional) diferenciado, donde se radicara específicamente el conocimiento de los conflictos que se originaran a tenor de las relaciones jurídicas ordenadas bajo esos tipos iusadministrativos. Es decir, esa diferenciación de la que hablamos no era originariamente en un plano sustancial, sino a efectos jurisdiccionales, a partir de la exigencia estructural de la existencia de un orden jurisdiccional administrativo diverso del orden jurisdiccional civil (ya enfocado desde la dualidad de jurisdicciones, ya desde la diferenciación a lo interno del propio orden judicial);¹⁸ por supuesto, no sin adoptar planteamientos cargados de

cit., pp. 47 y 48. Con talante mucho más contemporáneo, ver lo que desarrollaba el francés PLESSIX, Benoît, *L'utilisation...*, ob. cit., p. 189 y ss. y 691 y ss.

¹⁷ Destacaba André HAURIUO: “... *il convient de remarquer que le droit administratif ne s’est élaboré que tardivement, dans un milieu juridique imprégné de tendances et de traditions civiles, grâce à l’action d’administrateurs, de juges, de membres du Parlement ou d’auteurs qui avaient été eux-mêmes formés à l’école du droit civil et du droit romain*”. Véase HAURIUO, André, “L’utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé”, en la obra colectiva, *Recueil d’études sur les sources du Droit en l’honneur de François Gény*, t. III – *Les sources des diverses branches du Droit*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1934, p. 95.

¹⁸ En el supuesto particular de la contratación administrativa, esta conclusión no causa impresión de novedad en estos momentos, pues ha sido ya señalada, desde momentos tempranos, por parte de la doctrina. Así, por solo aportar algún ejemplo numéricamente mínimo, recordemos que GARCÍA-TREVIJANO FOS sostuvo “que quierase o no, la creación de los contratos administrativos y los privados de la Administración es una necesidad ineludible desde el momento en que existen dos jurisdicciones”. Véase GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, “Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local”, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, Año XV, No. 87, mayo-junio, 1956, Instituto de Estudios de

matices que, con finalidad metodológica, hemos sometido en este párrafo a una línea explicativa muy simplificada.

Un ejemplo ilustrativo de ese sentido de especialidad de que hablamos en el párrafo anterior, ya en el plano particular del contrato administrativo, lo tenemos en las siguientes palabras del francés Félix MOREAU:

*“... Bien plus, le Droit Administratif emploie certains contrats de Droit privé les modifiant par l'intervention de la puissance publique: par exemple, l'entreprise de travaux publics est une adaptation administrative du louage d'ouvrage; dans les parties non touchées par la puissance publique, les règles du Code civil seront applicables”.*¹⁹

Administración Local, Madrid, p. 328. GARCÍA-TREVIJANO FOS indicaba además (pp. 330 y 331) que la razón histórica que fundamenta la existencia de dos tipos de contratos (los civiles y los administrativos) es, en primer lugar, la división del trabajo y, en segundo lugar, la división de jurisdicciones. Por su parte, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ enseñaron: “La distinción contratos administrativos-contratos privados comienza siendo una distinción que juega exclusivamente en el plano procesal y que carece de toda trascendencia en el plano material o sustantivo. La distinción surge inicialmente como una excepción al esquema estructural actos de autoridad-actos de gestión, que ha sido justamente llamada la primera sistematización del Derecho Administrativo: en éste –y en la jurisdicción contencioso-administrativo – se integran los actos dictados imperativamente por la Administración, en tanto que cuando ésta prescinde del *imperium* y se somete a los modos de gestión del Derecho Privado es este último quien rige su actuación, sometiéndose correlativamente a los Tribunales ordinarios. El contrato se considera entonces como el tipo mismo de los actos de gestión, es decir, de aquellas actuaciones que la Administración realiza despojada de *imperium*, descendiendo al mismo nivel de los particulares y en igualdad con ellos, no obstante lo cual, por razones pragmáticas, de simple utilidad (no por razones dogmáticas), se atribuye el conocimiento de alguno de los contratos que la Administración celebra a la jurisdicción contencioso-administrativa. A todo lo largo del siglo XIX, tanto la Ley como la doctrina y la jurisprudencia, lo mismo en Francia que en España, serán muy conscientes de que la única singularidad de los contratos administrativos es una singularidad de régimen jurisdiccional, que no afecta en ningún caso ni a su naturaleza ni a su regulación de fondo, que siguen siendo las propias de toda cuestión civil”. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 17ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 724 y 725. También, entre otros: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “El contenido de la relación contractual...”, ob. cit., p. 26.

¹⁹ MOREAU, Félix, *Manuel de Droit Administratif*, Ancienne Librairie Thoring et Fils, Albert Fontemoing, Éditeur, Paris, 1909, p. 7. Ese sentido de especialidad aparece reflejado también en el enfoque que asumen otros autores franceses del periodo decimonónico, y de los primeros momentos del siglo XX, en lo atinente a las especies contractuales –en su conjunto o individualizando alguna de ellas– que han derivado, dentro del ordenamiento jurídico de ese país, en los prototipos históricos de contratos administrativos: suministros, contrato de obras públicas (*marché de travaux publics*) y concesiones administrativas. Así, pueden verse, por ejemplo: BATBIE, A., *Traité théorique et pratique de Droit Public et Administratif*, t. VII, 12ª ed., L. Larose et Forcel Librairies-Éditeurs, Paris, 1885, p. 132 y ss.; DUCROQ, Th., *Cours de Droit Administratif et de législation française des finances avec introduction de Droit Constitutionnel et les principes de Droit Public*, t. II – *Tribunaux administratifs*, 7ª ed., Ancienne

Ahora bien, esa interpretación de la relación entre el Derecho civil y el Derecho administrativo que acabamos de describir –con la consecuente repercusión en la concepción de la contratación administrativa– estaba llamada a ser superada –como luego sucedería– tanto por las nuevas realidades que la vida pública iría imponiendo, y frente a las cuales había que adoptar soluciones más idóneas y ajustadas a ellas, desde el punto de vista jurídico, como por el ascenso científico que iría tomando el Derecho administrativo, especialmente a partir del último cuarto del siglo XIX, compulsado precisamente por el ritmo de tales realidades.

El hecho de erigirse el contrato administrativo o de Derecho público en una figura jurídica con vida propia hubo de responder a las nuevas circunstancias sociales y políticas que la época propiciaba. Cuando se lanza teóricamente su proceso de configuración definitiva –especialmente desde contextos jurídicos como Francia y España–, el régimen liberal decimonónico –con su soporte ideológico– estaba en franca decadencia, pues había demostrado en la práctica que no era la solución a los problemas con los que se enfrentaba la colectividad; y comenzaba a vislumbrarse ya una tendencia a variar el papel del Estado y su incidencia en las relaciones sociales, hacia un mayor protagonismo de este en dichas relaciones, a partir de un accionar más directo en la búsqueda de procurar la satisfacción de las necesidades generales. Se estaba produciendo el tránsito del Estado liberal hacia el Estado de corte intervencionista y la proyección y concreción definitiva del nuevo tipo contractual administrativo fue una señal en el plano jurídico de esa metamorfosis.

El gradual declive del Estado liberal como ejercicio primario, práctico y teórico del Estado constitucional, la orientación de la actuación estatal hacia una mayor intervención e incidencia en el entramado de relaciones que se trababan en los marcos de la comunidad, y la intensificación y complejización de

Librairie Thorin et Fils, A. Fontemoing, Éditeur, Paris, 1897, p. 249; BERTHÉLEMY, H., *Traité élémentaire de Droit Administratif*, huitième éd., Rousseau & C^e Éditeurs, Paris, 1916, p. 613 y ss.; JOURNÉ, Maurice, *Précis de Droit Administratif*, troisième éd., Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1925, p. 407 y ss. Dentro del Derecho administrativo español pueden mencionarse, en esta misma senda: DÍAZ UFANO Y NEGRILLO, José, *Tratado teórico-práctico de materias contencioso-administrativas en la península y en ultramar*, Imprenta de Manuel Minuesa, Madrid, 1866, p. 61; ALFARO Y LAFUENTE, Santos, *Tratado completo de lo contencioso-administrativo*, Imprenta y Litografía de Nicolás González, Madrid, 1875, p. 88 y ss. y 206 y ss.; DELGADO MARTÍN, Eleuterio, *Contratos administrativos o de obras y servicios públicos con una colección de disposiciones del ramo de hacienda*, Tipográfica de Manuel Ginés Hernández, Madrid, 1883, p. X y ss. y 4 y ss.; ABELLA, Fermín, *Tratado de Derecho Administrativo Español*, t. II, Enrique de la Riva, Impresor de la Real Casa, Madrid, 1886, p. 1240; CABALLERO Y MONTES, José María, *Lo contencioso-administrativo*, t. I – *Naturaleza y condiciones generales del recurso contencioso-administrativo*, Tip. Mariano Escar, Zaragoza, 1902, p. 549 y ss.; y GÜENECHEA, José Nemesio, *Ensayo de Derecho Administrativo*, t. II, 2^a ed. completamente refundida, Imprenta del Corazón de Jesús, Bilbao, 1915, pp. 603 y 604.

las necesidades colectivas impulsaron un replanteo en la manera de concebir las técnicas de actuación pública dentro del tráfico jurídico-administrativo y, al propio tiempo, en la funcionalidad del marco de ordenación genérico de dicho tráfico.

Es en este periodo –finales del siglo XIX y principios del XX– que comienza a advertirse el despunte científico del Derecho público en una línea en ascenso, y particularmente del Derecho administrativo como sistema científico dotado de organicidad y de principios propios (proceso que se encuentra ligado a nombres con connotación fundacional dentro del mismo, como los de Édouard LAFERRIÈRE, Paul LABAND, Otto MAYER, Vittorio Emanuele ORLANDO, por solo citar cuatro de los que integran un importante grupo; y a la labor “pretoriana” de un órgano jurisdiccional como el Consejo de Estado francés), lo que, a su vez, traería como implicación la progresiva cristalización de la identidad de la rama administrativa en un lugar propio dentro del sistema de Derecho y no a la “sombra o tutela” del Derecho civil.

De ese proceso emergería, entonces, una concepción del Derecho administrativo que dejaba atrás su perspectiva de ordenamiento excepcional y especial en comparación con el Derecho civil, para asumir un rol como Derecho común de determinado grupo de relaciones jurídicas diferenciadas de aquellas que se sujetaban a la rama civilista. De ahí resultó el planteamiento de los dos subsistemas jurídicos con vocación troncal y de ordenamientos comunes: el Derecho civil para las relaciones jurídicas entre los individuos y el Derecho administrativo para la esfera del funcionamiento administrativo público;²⁰

²⁰ Ya Otto MAYER se mostraba bien claro al respecto cuando afirmaba: “... El Derecho público no significa ya, como en el eufemismo de los antiguos doctores, una esfera en la cual, por oposición, a la del derecho civil, *no existe derecho* cuando se trata de relaciones entre Estado y súbdito. Tenemos ante nosotros el hecho de la existencia de un *derecho público administrativo* que se aplica a la administración, al lado de aquel que queda atribuido a las relaciones civiles. Ello produce necesariamente un cambio sobre los principios que rigen la delimitación de la competencia del derecho civil respecto del Estado. Éste deja de ser el único derecho posible, el único llamado a proporcionar sus normas en todo lugar y momento en que el Estado no se sustraiga a ellas [...]”. Luego decía: “Al contrario, las normas que le son propias, las del derecho público, deben considerarse respecto del Estado como el derecho común, que, en la duda, le es aplicable. Siendo el derecho civil la excepción, es menester, en cada oportunidad, justificar especialmente su aplicación”. Véase MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t. I – *Parte General*, traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 68. Por su parte, el italiano Renato ALESSI concluía: “La contraposición entre Derecho administrativo y Derecho privado, no debe por otra parte entenderse en el sentido de que el Derecho administrativo constituya un conjunto de normas *excepcionales*, un sistema jurídico especial, frente al *jus commune* representado por el Derecho civil. Por el contrario, el Derecho administrativo, respecto a un determinado conjunto de relaciones (precisamente aquellas inherentes al desarrollo de la función administrativa), constituye él mismo un *jus commune*, es decir, un sistema jurídico autónomo, paralelo al Derecho privado [...]”. Véase ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho*

pero sin perderse la perspectiva de que ambos no son sectores absolutamente aislados uno del otro, ni con una existencia en paralelo, en términos absolutos, sin conexión alguna entre sí; antes bien, son ramificaciones troncales de un mismo fenómeno, unitario en su esencia: el Derecho.²¹ Y con ese espíritu unitario en el fondo es que se asumiría, en general, el planteamiento de la relación Derecho civil-Derecho administrativo, quedando graficado en conclusiones al respecto como la que hiciera RÈNARD:

*“Le droit civil et le droit administratif son ‘autonomes’ comme les provinces d’un Etat fortement décentralisé; car les ‘spécifications’ ne sont qu’une manière de ‘décentralisation juridique’; la décentralisation ne brise ni l’unité nationale ni l’unité scientifique: ni confusion, ni séparation, mais communication”.*²²

Como es de suponer, ese movimiento –en el cual es posible avistar un segundo estadio en el *iter* de desarrollo científico del Derecho administrativo– no se dio solo en el plano de la concepción y funcionalidad generales –como subsistema– de la rama jurídica administrativa, sino que también se manifestó –en mayor o menor medida– en el nivel particularizado de las instituciones jurídicas características de esa rama. Incluso, el debate al respecto adquirió ribetes acentuados de intensidad y riqueza, cuando un sector del iuspublicismo reclamó, igualmente, para el tráfico jurídico-administrativo, no en calidad de “extensión especial de figuras del Derecho Civil”, sino con carta de naturaleza en aquel tráfico, la utilización de categorías jurídicas –como el contrato– que históricamente habían devenido baluartes –en lo jurídico– de la libertad y la igualdad de los individuos, y tradicionalmente habían sido “guardados celosamente” desde –y en– la “tierra santa” del Derecho privado.

Administrativo, t. I, traducción de la 3ª ed. italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1970, pp. 14 y 15. Sobre este tema, en la literatura jurídico-administrativa en español resulta clásico el trabajo de BALLBÉ, Manuel, “Derecho Administrativo”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. I, Francisco Seix, Editor, Barcelona, 1950, p. 55 y ss.; y el de CLAVERO ARÉVALO, Manuel, “Consecuencias de la concepción del Derecho Administrativo como ordenamiento común y normal”, publicado originalmente en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, en 1952, y consultado por nosotros en su obra *Estudios de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Civitas, S.A., Madrid, 1992, p. 27 y ss.

²¹ Cabe aquí recordar a Ludwig SPIEGEL cuando escribía: “... La Teoría general del Derecho no es Derecho Civil ni Derecho Administrativo, sino ciencia del Derecho a secas [...]”. Véase SPIEGEL, Ludwig, *Derecho Administrativo*, traducción del alemán por Francisco J. Conde, Labor, S.A., Barcelona-Buenos Aires, 1933, p. 223.

²² RÈNARD, Georges, “L’aide du droit administratif pour l’élaboration scientifique du droit privé”, en la obra colectiva, *Recueil d’études sur les sources du Droit en l’honneur de François Géný*, t. III – *Les sources des diverses branches du Droit*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1934, p. 87.

Factores como: el abandono de una percepción individualista de la vida social y de la manera de asumir el papel del Estado dentro del marco de relaciones intersubjetivas que se desenvuelven en la comunidad; el desplazamiento de esa percepción individualista – cultivada por el viejo liberalismo– por una visión más socializadora de esa vida, en la que el Estado debía tener un desempeño más activo e interventor dentro del conjunto de relaciones sociales que, en última instancia, se orientan hacia la satisfacción de las necesidades de la colectividad; el acortamiento de la distancia entre el Estado y el individuo en la forma de concebir y de plantear su interacción en el espacio social, desde el prisma del interés público y la necesidad de proveer las técnicas jurídicas que reflejan –y ordenan– de modo más adecuado, en lo formal y lo sustancial, la mecánica de colaboración consensuada que puede establecerse entre ambos sujetos, desde sus espacios propios de actuación, en función de atender primariamente al bien común; el ensanchamiento del contenido de la función administrativa a raíz del replanteo de los fines de la Administración Pública; el paso de una concepción esencial del Derecho como límite del poder y de la actuación del Estado, a una donde estos últimos han de tener en el Derecho su límite y determinantes esenciales; la fuerza ascendente del movimiento científico iuspublicista en general; el ejercicio de búsqueda, por una parte de la doctrina, de explicaciones jurídicas a realidades objetivas que caían bajo el manto ordenador y regulador del Derecho público, con la pretensión de aportar y situar, de una vez, las construcciones jurídicas que ampararan tales supuestos desde el arsenal conceptual y de categorías propio del iuspublicismo, en el que, además, no faltaron quienes adoptaron una actitud de negación de determinadas figuras ancladas, históricamente, en el Derecho civil, para proveer las soluciones finales en ese ejercicio –baste ejemplificar aquí con la construcción alemana del acto administrativo requerido de aceptación o de sumisión del particular o interesado o del acto administrativo bilateral o del acto administrativo requerido de coadyuvante,²³ como contraposiciones a la solución contractual pública o administrativa que otros sectores preconizaban o asumían–, posición que transmitía un claro mensaje de intento de emancipación decidida del subsistema jurídico civil; la aparición de la noción de

²³ Entre los alemanes, ver al respecto, entre otros: MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t. I, ob. cit., p. 129 y ss., y *Derecho Administrativo Alemán*, t. IV – Parte Especial, traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 44 y ss. y 162 y ss.; JELLINEK, George, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, traduzione italiana riveduta dell'autore sulla seconda edizione tedesca, Società Editrice Libreria, Milano, 1912, p. 224 y ss.; JELLINEK, Walter, "Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt unter Werfung", en *Verwaltungsrechtliche Abhandlungen (Festgabe en honor de la OVG de Prusia)*, 1925, p. 84 y ss., y *Verwaltungsrecht*, 3ª ed., 1931, p. 249 y ss.; y FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, traducción de la 5ª ed. alemana por Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 294 y ss.

servicio público (con su andamiaje conceptual, impulsado fundamentalmente por HAURIOU y por los principales autores de la Escuela francesa del Servicio Público –DUGUIT, JÈZE, BONNARD, ROLLAND, entre otros–) como criterio de base para encuadrar los dominios del subsistema jurídico-administrativo;²⁴ y la marcha del Derecho administrativo francés, irradiando su influencia sobre ordenamientos jurídicos y sobre la doctrina de otros países; fueron elementos de fondo que dieron lugar a que se delineara, científicamente, una especie contractual adecuada a los principios del régimen de Derecho público o de Derecho administrativo, y con ello que se entendiera como diferente al tradicional contrato privado, pero sin perder su condición de *contrato*.

La concreción científica del tipo contractual administrativo dentro de varios ordenamientos jurídicos –partiendo de su principal precursor y sostenedor: la teoría y la práctica francesas–, fue una señal, entre otras en el plano jurídico, de la metamorfosis interna del Estado constitucional en esa etapa –del tránsito del Estado liberal hacia el Estado de corte intervencionista–; de las transformaciones que estaba asimilando la rama jurídico-administrativa en el desarrollo de su ámbito objetivo de regulación; y del avance científico del Derecho administrativo.

En la segunda mitad del siglo xx, el Derecho administrativo volvería a ser arrastrado, en su marcha evolutiva, hacia un nuevo y progresivo movimiento de transformación interna como sector del ordenamiento jurídico; justamente –y animado por ello– cuando se estaban dando atisbos de una nueva adecuación en el modo de concebir y realizar la actuación estatal, y pública en general, dentro del complejo de relaciones sociales que operaban en el seno de la comunidad (lo que no fue otra cosa que el preludio de un reacomodo en la manera de ser misma del Estado constitucional), en función del

²⁴ Es oportuno evocar las conclusiones del comisario de gobierno ROMIEU, en el caso *Terrier*, de 6 de febrero de 1903, del Consejo de Estado francés, que marcaron un hito importante en este tópico: *“La doctrine qui se dégage de l’ensemble de ces décisions nous paraît pouvoir de formuler ainsi: ‘Tout ce qui concerne l’organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux, - soit que l’Administration agisse par voie de contrat, soit qu’elle procède par voie d’autorité, - constitue une opération administrative, qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative, au point de vue des litiges de toute sorte auxquels elle peut donner lieu’, ou encore, sous une autre forme: ‘Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers ou entre ces personnes publiques elles – mêmes, et fondées sur l’exécution, l’inexécution ou la mauvaise exécution d’un service public, son de la compétence administrative, et relèvent, à défaut d’un texte spécial, du Conseil d’Etat, juge de droit commun de contentieux de l’administration publique, générale ou locale’ [...]”*. Ver, entre otros, la reproducción de las conclusiones de ROMIEU al *affaire Terrier* en: HAURIOU, Maurice, *La Jurisprudence Administrative de 1892 à 1929, D’après les notes d’arrêts du Recueil Sirey réunies et classées par André Hauriou*, t. II, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929 (Nouveau tirage 1931), p. 497.

cumplimiento de los fines públicos (los que, lógicamente, no estuvieron al margen del replanteo).

Ese movimiento de conversión –que se fue manifestando gradualmente, como toda situación de este tipo– desembocaría, hacia el último cuarto del siglo xx, aproximadamente, en cierto desplazamiento del Estado interventor por una concepción neoliberal del mismo, que se habría de presentar como respetuosa del libre mercado y de la libre competencia –por un liberalismo reciclado y adaptado a las nuevas realidades políticas, económicas y sociales de finales del siglo xx y principios del xxi–; y para la rama administrativa –arrastrada por esa fuerza que son los intereses políticos– ello implicaría asumir, desde su frente, ese sentido y espíritu neoliberal,²⁵ aunque no sin encontrar una corriente de resistencia.

Desde nuestro punto de vista, esa situación abrió paso a una tercera era en el *iter* evolutivo del Derecho administrativo, donde para él –y para algunas de sus instituciones jurídicas– el debate (*el ser o no ser*, al estilo del dilema shakespeariano) no se plantearía en torno a su identidad, a su sustancialidad o al grado de funcionalidad como bloque de ordenación jurídica dentro del sistema de Derecho, sino que se revelaría, esencialmente, orientado a defender o sostener su pertinencia y operatividad como espacio de regulación –a partir de las viejas técnicas, o de nuevos instrumentos formales– más idóneo o más apropiado para tutelar jurídicamente un conjunto de relaciones sociales

²⁵ Para nosotros queda claro el mensaje de estudiosos como el argentino Juan Carlos CASSAGNE cuando enseñaba: “El futuro del Derecho Administrativo –como alguna vez hemos dicho– pasa actualmente, más que por la Administración, por la jurisprudencia y –ahora agregamos– por el buen tino del legislador, evitando caer en las tendencias de un colectivismo o intervencionismo que bloquea el funcionamiento de las reglas básicas de la economía social del mercado y el principio de subsidiariedad”. Véase CASSAGNE, Juan Carlos, “Tendencias actuales y proyección futura del Derecho Administrativo argentino”, en *Documentación Administrativa*, Nos. 269-270, mayo-diciembre, 2004, *El Derecho Administrativo en Argentina: situación y tendencias actuales (II)*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, p. 429. Uno de los estudiosos más conocidos del Derecho administrativo iberoamericano, el español Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, dejaba constancia indubitada de su pensar cuando afirmaba: “La abstención de toda intervención debe ser el ideal a que debe aspirar cualquier administración. La presencia de los agentes administrativos resulta perturbadora, molesta, desagradable. Va contra la esencia misma del hombre, contra lo que es su natural forma de ser. De todos los males que ha de soportar el hombre en su paso por la tierra, quizás no exista ninguno peor que la administración pública”. Y exponía inmediatamente GONZÁLEZ PÉREZ: “Por ello, precisamente por ello, única y exclusivamente, debe actuar la administración allí donde estrictamente sea necesario en el sentido más riguroso”; para concluir más adelante sobre la actividad industrial del Estado: “Esas mismas actividades realizadas por empresas puramente privadas prestarían al usuario un servicio infinitamente superior, sin haber costado un céntimo al contribuyente”. Véase GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Administración Pública y libertad*, 2ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2006, pp. 17 y 19.

relativas al funcionamiento administrativo y donde se involucra la consecución del interés público, frente a una tendencia de desplazar algunas de esas situaciones para ponerlas bajo formas de regulación amparadas por un régimen de Derecho Privado²⁶ –con todas las consecuencias que genera ese cambio de prisma jurídico–, a efectos de lograr mejores resultados en el discurrir y la funcionalidad de tales vínculos.

Esta nueva etapa impondría la premisa de que el Derecho administrativo no pierda terreno y significado como zona por excelencia donde se tiende a armonizar el ejercicio del poder público y la consecución del interés público con la defensa y el respeto a los derechos y libertades de las personas. Por nuestra parte, pensamos que este tercer estadio dentro del desarrollo del Derecho administrativo puede interpretarse, tal vez, como el más complejo dentro de los que ha presentado ese subsistema jurídico, por la intensidad y complejidad de la vida social y política, que ha estado *in crescendo* desde los últimos decenios del siglo pasado; por los nuevos códigos económicos donde se pretende exhibir al libre mercado y la individualidad del ser humano como la fórmula de solución de los retos que plantea la satisfacción de las necesidades de la colectividad y como el motor impulsor de la sociedad; por la diversidad que acompaña a la actuación administrativa, en lo sustancial y lo formal; y porque en ese marco laberíntico y de culto al mercado es muy fácil que se disperse la idea de que la clave de la vida social no viene dada por la simple suma de nuestros esfuerzos individuales y su prevalencia, sino de la armonía de una acción coral que trasciende nuestras individualidades para proyectarse hacia un objetivo superior a cualquiera de nosotros mismos: el bien común.

²⁶ La doctrina iusadministrativista española fue una de las que prestó especial atención a este fenómeno, particularmente en la década de los noventa del siglo pasado, que calificó como “huida de la Administración Pública del Derecho Administrativo” (a nuestros ojos el fenómeno adquiere ribetes de “estampida”), con enfoques con posiciones que enfrentaban esa realidad o desde posiciones justificativas. Entre los que se han ocupado de la cuestión, sin pretender agotar la lista, cabe mencionar a: PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, t. I – Parte General, 15ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2004, p. 27 y ss.; SAZ, Silvia DEL, “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en Carmen Chinchilla, Blanca Lozano y Silvia del Saz, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Civitas, S.A., Madrid, 1992, p. 101 y ss.; SALA ARQUER, José Manuel, “Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 75, julio-septiembre, 1992, Civitas, S.A., Madrid, p. 399 y ss.; BORRAJO INIESTA, Ignacio, “El intento de huir del Derecho Administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 78, abril-junio, 1993, Civitas, S.A., Madrid, p. 233 y ss.; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “Reflexiones sobre la ‘huida’ del Derecho Administrativo”, en *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, 2ª ed. ampliada (1ª en Civitas), Civitas, S.A., Madrid, 1996, p. 199 y ss.; RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 1998, p. 13 y ss.

Sobre la base de lo anterior, y ajustándonos a la lógica de análisis que hemos querido seguir, debemos decir que la contratación administrativa no quedó al margen del cambio. La gradual quiebra del Estado interventor y la “crisis” de su soporte conceptual e ideológico —especialmente de nociones como el *servicio público*—; el crecimiento estructural y funcional de la Administración Pública y la proliferación de entidades públicas descentralizadas (pluralismo estructural); la necesidad de dotar al aparato administrativo y a su funcionamiento de mayor eficacia y eficiencia; la mayor participación pública en la realización de actividades esencialmente industriales y mercantiles desde formas de organización pública o privada (Estado empresario); los procesos de integración económica y la tendencia globalizadora; el imperativo de armonizar los modelos de regulación jurídica de la actuación pública en los marcos del grado de homogenización que plantea esa integración;²⁷ las privatizaciones en el sector público; el respaldo al libre mercado y a la libre competencia como principios básicos del desarrollo económico; cierta tendencia al escape de la sujeción al régimen de Derecho administrativo hacia uno iusprivado de parte de la actividad de los entes públicos; y los requerimientos de mayor participación directa de los administrados en el ejercicio de la función administrativa,

²⁷ Según ha anotado tiempo atrás el español José Antonio MORENO MOLINA: “... el Derecho comunitario de la contratación pública nos proporciona un excelente ejemplo de la tendencia hacia la elaboración de un Derecho común. En efecto, la normativa comunitaria sobre contratos públicos está introduciendo técnicas de Derecho público para regir ámbitos de actividad no sólo de las Administraciones públicas y de sus organismos instrumentales, sino también de persona jurídico-privadas. Concretamente, la Directiva 93/38/CEE, sobre contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, no sólo se aplica a los entes públicos territoriales o a los ‘organismos de Derecho público’ (los cuales entran dentro del ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas sobre contratos públicos de obras, suministros y servicio), sino que también obliga a las entidades que, sin ser poderes públicos ni empresas públicas, ‘gocen de derechos especiales o exclusivos’ concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro”. Añadiendo seguidamente: “En fin, como ha observado J. Bell, el desarrollo de un sistema europeo sobre contratos públicos se mueve más en la dirección de armonizar el Derecho público y el Derecho privado, que en la línea de armonización de los distintos Derechos administrativos nacionales”. Véase MORENO MOLINA, José Antonio, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 21 y 22. Juan Carlos CASSAGNE también ha expuesto: “... tanto en Argentina como en Estados Unidos y Europa, en este último ámbito a través de la influencia que el Derecho comunitario ha irradiado en los Derechos nacionales de los países miembros de la Unión Europea, se observa una tendencia creciente hacia la ‘iuspublicación’ de los sistemas de contratación estatales [...], que se proyecta incluso hacia los antiguos esquemas contractuales regidos por el Derecho Privado”. Agregando inmediatamente: “Esa ‘iuspublicación’ se revela nitidamente en las reglas que rigen el proceso de selección (que excluyen, en principio, la libertad negocial para elegir el contratante) y en el régimen de prerrogativas públicas que acompaña la ejecución del contrato, su extensión y los efectos que ella produce. Este proceso se ha llevado a cabo hasta en los países que no utilizaban la figura del contrato administrativo en sus sistemas jurídicos”. Véase CASSAGNE, Juan Carlos, “Tendencias actuales...”, ob. cit., p. 426.

muy relacionado con el discurso democrático de los últimos tiempos; entre otros factores que se sitúan como telón de fondo; vinieron a determinar una expansión de la actuación concertada dentro del perímetro de la función administrativa²⁸ o una contractualización de la acción pública, como se ha llamado por algunos,²⁹ en contraste con las técnicas unilaterales de actuación administrativa;³⁰ que se diversificara el contenido y la forma de la actuación contractual de la Administración Pública;³¹ que allí donde opera la distinción entre contratación administrativa y contratación privada de la Administración Pública, la frontera entre lo Público y lo Privado no gane en nitidez o claridad, sino todo lo contrario; y que se afirmara la idea, también donde se manifiesta esa dualidad de técnicas contractuales para la Administración Pública, de una base de ordenación común –sometida al Derecho administrativo– para los contratos que esta celebre,³² con independencia de que ese vínculo *iuris* sea sometido luego a un régimen ius público o a uno ius privado.

²⁸ Para Ramón PARADA: “De la admisión vergonzante del contrato entre el poder y el súbdito se ha pasado en los últimos tiempos (después de una fase de normal convivencia entre el contrato y el acto administrativo, pero con neto predominio de este último) a una utilización *ad nauseam* de la técnica contractual. En la actualidad, en efecto, parece como si la Administración se avergonzara de su condición de poder público y de la imposición unilateral de su voluntad sobre los particulares o sobre otras Administraciones inferiores y necesitara del consenso de unos y otros para cumplir, incluso, con sus funciones soberanas, produciéndose así una necesidad de compromiso que lleva a un uso generalizado e intensivo de la concertación”. Véase PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, t. I, ob. cit., p. 249.

²⁹ En el Derecho francés, entre otros: UBAUD-BERGERON, Marion, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, S.A., París, 2015, p. 6 y ss.

³⁰ Ya decía DUBREUIL que: “L’époque contemporaine est marquée par une montée en puissance du contrat comme modalité d’action des personnes publiques. À tel point que l’expression contractualisation de l’action publique est dorénavant entrée dans le vocabulaire courant afin de désigner une tendance générale conduisant les pouvoirs publics à substituer l’action concertée à l’action unilatérale dans des domaines de plus en plus nombreux [...]”. Véase DUBREUIL, Charles-André, *Droit des contrats administratifs*, Presses Universitaires de France / Humensis, París, 2018, p. 2.

³¹ Por ejemplo, ver lo que enseña el argentino Agustín GORDILLO, en relación con el criterio de gradación de los diversos contratos de la Administración que sustenta en su *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, t. I – Parte General, 1ª ed. (11ª ed. del *Tratado de Derecho Administrativo*), Fundación de Derecho de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, pp. XI-18 y ss. También lo que apuntaba, por su parte, CASSAGNE, Juan Carlos, “Tendencias actuales...”, ob. cit., pp. 425 y 426.

³² Es lo que se ha dado en llamar *la zona común de la contratación administrativa*. Ver, por ejemplo: GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, “Principios...”, ob. cit., pp. 303 y 309; SOLAS RAFECAS, José María DE, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, S.A., Madrid, 1990, p. 143; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, “Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y sus consecuencias”, en Juan Carlos Cassagne (dir.) et al., *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 956 y 957; y CASSAGNE, Juan Carlos, “La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas”, en su obra *Estudios de Derecho Público*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 107.

Según hubo de reconocer el Consejo de Estado francés, mirando a su contexto nacional, en su reporte anual de 2008:

“La place accrue du contrat dans le droit public français reflète les importants changements intervenus dans le contexte politique et économique des années 1970-2000: la modification des rapports entre l’État et le marché, la construction européenne qui a encadré l’exercice de leurs compétences par les États membres et totalement appréhendé la matière des contrats administratifs, l’ouverture à la concurrence mondiale et la pénétration croissante du droit anglo-saxon qui privilégie le contrat par rapport à l’acte unilatéral, la décentralisation qui a installé de nouvelles sources de légitimité concurrentes de celle de l’État, les évolutions de notre propre système juridique comportant notamment la reconnaissance, depuis peu, de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle.

[...]

*“La contractualisation correspond à un nouveau style et à un nouveau registre de l’action politique et administrative se fondant sur la négociation et le consensus plutôt que sur l’autorité. L’État contemporain recherche l’adhésion des acteurs de préférence à l’action unilatérale, ce que les spécialistes de la gouvernance publique désignent de manière quelque peu euphorique comme la ‘coproduction’ ou la ‘coconstruction’ de la norme publique et de l’action publique”.*³³

De las líneas contenidas en este epígrafe, y de la descripción –apurada, imperfecta y a grandísimos rasgos– que hemos realizado en ellas, podemos resumir, en definitiva, que en los ordenamientos jurídicos donde se utiliza la técnica de la contratación administrativa o pública, esta no es más que una pieza dentro de un sistema (el Derecho administrativo) y, como tal parte, tributa al funcionamiento del todo; pero, a su vez, recibe sobre su ritmo de operación el reflejo de las vicisitudes que afectan a ese sistema. Como el Derecho administrativo mismo, el tipo contractual administrativo es un producto histórico y está impregnado del sentido y del espíritu que anima a esa rama jurídica. Su itinerario de vida ha estado señalado por un grupo de determinantes insoslayables: la ideología, la política, la cultura jurídica, las condiciones socio-histórico concretas de una comunidad dada en un determinado momento, la manera en que se asume la ordenación de la actuación pública y las necesidades objetivas de esa comunidad.³⁴

³³ CONSEIL D’ÉTAT, “Le contrat, mode d’action publique et de production de normes”, en *Études et documents du Conseil d’État*, 2008, p. 15, disponible en <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/rapports-publics/le-contrat-mode-d-action-publique-et-de-production-de-normes-rapport-public-2007>

³⁴ Gaspar ARIÑO ORTIZ concluía que “[...] el contrato administrativo *no es una naturaleza esencial*, sino una categorización o calificación jurídica circunstancial. Es inútil, por tanto, pretender determinar la esencia del contrato administrativo en abstracto. La calificación jurídica de un

El contrato administrativo es, pues, una figura que se enmarca en una esfera jurídica (el Derecho administrativo) que, en el modo que aparece hoy ante nosotros, es un producto de la modernidad y de su marcha; y como técnica jurídica pertenece al universo de uno de los subsistemas más complejos y cambiantes (si no el más) –por su origen, por su esencia, por su función y por el ritmo con que progresa– dentro de los que se integran en ese espacio mayor que es el Derecho.

III. En torno al rechazo y la aceptación del contrato administrativo: un rápido recuento

Cuando se trata a la contratación administrativa como técnica jurídica, no es dable pasar por alto la reacción de rechazo (especialmente en autores de Alemania e Italia) hacia la plena aceptación del contrato administrativo como institución jurídica con vida válida dentro del campo del Derecho administrativo –tal cual se venía operando en ordenamientos jurídicos como los de Francia y España–, durante la evolución de este en la etapa decimonónica y los primeros tiempos del siglo xx.

En el perímetro de esa reacción de rechazo, y al amparo de los finales del siglo xix y los comienzos del xx se trató de buscar a las posibles situaciones contractuales-públicas una justificación desde el Derecho administrativo o desde el Derecho público, pero que apartaba la idea del contrato. Por otro lado, el debate que a propósito se entablara –que no ha apagado absolutamente sus ecos al día de hoy– ha servido para la afirmación o para la sustanciación teórica y práctica de esa fenomenología que implica el contrato administrativo, especialmente en la realidad de las relaciones consensuadas de contenido económico entre el poder público y las personas o, en definitiva y con mejor precisión, entre la Administración Pública y estas últimas.

a) La negación o el rechazo a la figura del contrato administrativo

La proyección de un tipo contractual administrativo diferente al tradicional contrato de Derecho privado ha movido, históricamente, argumentos de

contrato será variable en su extensión y cambiaría con el tiempo, pues estará vinculada al entorno ideológico político del momento. Aquellas prestaciones u operaciones jurídicas de tipo contractual que tienen una importancia preponderante para el interés público en un momento dado (el abastecimiento nacional, la vivienda, o la investigación científica) serán calificadas como administrativos. El contrato administrativo no es una esencia, sino una ‘existencia’ histórico-jurídica. Por ello, se les rodeará de un régimen jurídico especial que garantice con mayor fuerza la pronta y eficaz realización de esos fines concretos [...]”. Véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “Contrato y poder público...”, ob. cit., p. 877. Del mismo ARIÑO ORTIZ, ver, igualmente, su “Estudio introductorio”, en EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *La configuración del contrato...*, ob. cit., pp. 52 y 53.

diversa índole para intentar su desmontaje conceptual como recurso para tutelar jurídicamente determinadas relaciones de carácter administrativo. Grandes voces han figurado en el concierto disidente al respecto, en una escala de diversos matices, ya más radicales o de negación absoluta, ya con un mayor viso de relativización.

No es posible pasar por alto en un ejercicio de este tipo, el hecho que dentro de la doctrina alemana del Derecho público, desde el siglo XIX se desarrolló una línea argumental que negaba, en principio, la posibilidad de que la Administración Pública –fuera de los vínculos entre entidades administrativas– utilizara la técnica contractual iuspública para vincularse normalmente con los particulares en ciertos nexos jurídicos administrativos y, por extensión, rechazaba, en principio, el reconocimiento de que, junto al acto administrativo, el contrato de Derecho Público era forma básica que servía al establecimiento de relaciones específicas entre la Administración Pública y los particulares en el campo jurídico-administrativo. De esta línea pueden contarse como abanderados –aunque no en exclusiva– importantes de autores en Alemania, Austria, Suiza e Italia, fundamentalmente.

El nombre históricamente más representativo de esta tendencia, desde el siglo XIX, ha sido el del alemán Otto MAYER, quien desarrolló su pensamiento al respecto en un trabajo titulado *Sobre la teoría del contrato jurídico público*, que data de 1888 (“Zur Lehre vom öffentlichenrechtlichen Verträge”, *AÖR* Bd. 3 (1888), S. 3 ff).³⁵ MAYER llegaría a decir claramente

“... que el contrato, en sentido propio, es inaplicable en el Derecho administrativo; lo que se llama ‘contratos’ son, en realidad, actos administrativos,

³⁵ Véase MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t. I, ob. cit., p. 128 y ss. y 182 y ss.; aunque las consideraciones que aporta este alemán sobre el tema en cuestión en su obra fundamental son muy esporádicas y no se detiene en su desarrollo. Para nosotros resulta interesante que uno de los nombres históricos principales de esa solución de negación, precisamente en el tópico de la contratación administrativa, fuera el del propio Otto MAYER, pues, dentro del iusadministrativismo alemán de su época, fue él, quizás, el mejor conocedor de la ciencia del Derecho administrativo francés de entonces –en la que ya tenían su espacio ganado ciertos tipos contractuales administrativos–, fuente de la que abrevó para levantar su visión sistémica de la rama administrativa y de la que recibió, sin dudas, importantes influencias científicas (aunque queda bien claro que no en lo relativo al tema que nos ocupa). De acuerdo con las palabras de MAYER: “... reconozco que he pasado, para edificar mi sistema, por la escuela de los juristas franceses; aprendí mucho en el estudio de su doctrina del derecho administrativo. Empero, se me ha reprochado injustamente el querer introducir puntos de vista franceses y extraños al espíritu del derecho alemán. El lector francés no dejará de reconocer, así lo espero, todo lo alemán que es mi libro, por la manera de pensar y de expresar las ideas. Si he tenido la ambición de que se vea en él algo del carácter francés, ello se debe a la claridad del estilo y la nitidez de la expresión [...]”. Véase MAYER, Otto, “Prefacio a la edición francesa”, ob. cit., t. I, pp. XXIV y XXV.

los cuales pueden resultar eficaces únicamente con el consentimiento del interesado [...]”.³⁶

Entre los argumentos que han aflorado en tiempos y contextos diversos para poner en tela de juicio la existencia de la figura contractual administrativa o pública se han manejado desde el siglo XIX planteamientos –algunos sin real validez hoy– como que la figura del contrato pertenece, única y exclusivamente, al campo del Derecho privado, sosteniéndose que para que un acto jurídico fuera un contrato debía reunir los requisitos de: igualdad jurídica de las partes en la relación;³⁷ la igualdad en la naturaleza jurídica de aquellos sujetos que adquieren la condición de partes contratantes;³⁸ la libertad o voluntad de ellas en su formación, ejecución y resolución o lo que es igual, la autonomía de las partes; la no mutabilidad unilateral de sus cláusulas y la limitación de los efectos, en principio, a los sujetos intervinientes; la necesidad de la comerciabilidad del objeto del contrato.³⁹ De lo contrario, sería un acto diferente a un contrato.

Se apuntaba, asimismo, que la Administración Pública no podía contratar actuando como “poder”, pues, una vez concertado el contenido del contrato, este se convertía en ley para las partes y no podía modificarse unilateralmente; quedando, entonces, aquella atada a una relación jurídica y sin libertad de acción para velar por el interés que está llamada a gestionar y garantizar.⁴⁰

En su momento se argumentó también, en contrario, a partir de la idea de la incomerciabilidad del objeto sobre el que podía recaer el contrato administrativo o, si se quiere, de la exigencia de que el objeto de los contratos debía estar dentro del comercio, según la normativa civil al respecto como base sobre la que se apoyaba esa valoración y en ese sentido, el objeto sobre el que podía recaer la contratación a administrativa estaba fuera del comercio.⁴¹

³⁶ Citado por: FLEINER, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo*, traducción de la 8ª ed. alemana por Sabino Álvarez Gendín, Labor, S.A., Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1933, p. 169.

³⁷ Ver, por ejemplo, lo planteado por: CAMMEO, Federico, *Corso di Diritto Amministrativo*, ristampa con note de aggiornamento, CEDAM-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1960, p. 530; MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. IV – *Derecho de las obligaciones. Parte General*, traducción de la 8ª ed. italiana por Santiago Santís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1955, p. 435; o FLEINER, Fritz, *Instituciones...*, ob. cit., p. 155.

³⁸ V. gr., RANELLETTI, Oreste, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7ª ed. riveduta e integrata, Dott. A. Giuffrè – Editore, Milano, 1945, p. 25.

³⁹ CAMMEO, Federico, *Corso...*, ob. cit., p. 531.

⁴⁰ FLEINER, Fritz, *Instituciones...*, ob. cit., p. 171; FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, “Teoría jurídica de las concesiones administrativas”, en *Revista de Derecho Privado*, No. 53, febrero, y No. 54, marzo, t. V (enero-diciembre 1918), Madrid, 1918, p. 90.

⁴¹ Así, por ejemplo: CAMMEO, Federico, *Corso...*, ob. cit., p. 531, en relación específica con la concesión administrativa.

Claro, del comercio civil sí, pero no del “comercio jurídico-administrativo”, en el sentido que esto puede implicar.

Igualmente se ha refutado la propia noción de contrato administrativo partiendo de la dificultad para encontrar un criterio de definición preciso.⁴²

Una voz como la de León DUGUIT, correspondiente al espacio jurídico francés de comienzos del siglo xx, aportaba ciertos matices a ese panorama, en tanto consideraba que la noción de contrato “[...] es una y los efectos del contrato son los mismos en derecho público que en derecho privado [...]”.⁴³ El maestro de Burdeos entendía que:

“... El contrato es un acto jurídico que tiene el mismo carácter en derecho público que en derecho privado; o más bien, no hay distinción entre el derecho público y el derecho privado y el Estado está obligado por los contratos que ha celebrado como un simple particular [...]”.⁴⁴

Desde la perspectiva de DUGUIT, todos los contratos que existían estaban regidos por las disposiciones del Código civil⁴⁵ y, en consecuencia, todos son contratos de Derecho privado; molde donde estaba encuadrado, entonces, el fenómeno contractual como género. Con ese tipo de planteamiento, DUGUIT dejaba ver su idea poco favorable a la existencia de los contratos públicos o administrativos con elementos propios y distintivos de la arquetípica contratación civil.

En la cuerda argumental que nos ocupa en este epígrafe, hay que decir que el área de países que en el siglo xx integraron a la otra comunidad de Estados socialistas, principalmente en Europa Oriental, con la extinta URSS a la cabeza,

⁴² Véase, por ejemplo, FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, “Teoría jurídica...”, ob. cit., p. 82 y ss.

⁴³ DUGUIT, León, *Las transformaciones del Derecho Público*, traducción con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jaén, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1915, p. 230.

⁴⁴ DUGUIT, León, *Las transformaciones...*, ob. cit., pp. 258 y 259. En otro de sus textos esenciales, el propio DUGUIT discurría: “*Parler de contrat de droit privé et de contrat de droit public c’est parler de choses qui n’existent pas; [...]. Il faut donc, une fois pour toutes, bannir de la langue du droit cette expression de contrat de droit privé et de droit public et parler seulement de contrat*”. Véase DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. III – *La Théorie Générale de L’Etat (suite et fin)*, 3^e éd., Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, Éditeurs, Paris, 1930, pp. 434 y 435.

⁴⁵ Esta conclusión se puede extraer de lo planteado por él en *Las transformaciones...*, ob. cit., p. 216, cuando expresaba claramente que reservaba la denominación de contrato “[...] para designar la categoría jurídica definida en el Código Civil, es decir, la convención que da origen, entre dos personas determinadas, á una situación jurídica subjetiva [...]”. En este punto resultan muy ilustrativas las disquisiciones que realizaba en: DUGUIT, Léon, *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, traducción de Carlos G. Posada, 2^a ed., Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1920, p. 133 y ss.

no estuvo de espaldas a la cuestión de la negación de la contratación administrativa o contratación pública, tal cual se venía planteando en sus diversos matices en el segmento ya aludido de la Europa Occidental. La realidad jurídica de esos antiguos países socialistas ha sido muy poco conocida fuera de los marcos de esas propias naciones y de lo que fuera su perímetro comunitario; situación que se agrava hoy ante el hecho de que ese campo socialista ya dejó de existir hace casi tres décadas, con todo lo que esa desaparición puede implicar en los órdenes teórico y práctico.

El desconocimiento, en general, del Derecho de los antiguos países socialistas por parte de la ciencia iusadministrativa europeo-occidental y latinoamericana, y en lo que aquí nos interesa el de su Derecho administrativo, no debe ser óbice para no considerar, en lo correspondiente, que allí también se negó la figura contractual administrativa según sus moldes más típicos; pues, además de que esa realidad fue en su momento Derecho vigente, una consideración de ese tipo tributa igualmente al debate y a la mejor comprensión del cosmos que ha rodeado a la categoría contractual administrativa, no importa que ahora evoquemos un contexto real y conceptual muy diferente a aquel en el que de modo más tradicional se ha desarrollado la contratación administrativa. En esa negación de la operatividad del contrato administrativo, claro está, marcaron una determinación sustancial relevante las condiciones políticas, económicas y jurídicas en que se desarrollaron esos países bajo el signo del socialismo que en ellos se practicó y durante el tiempo de vigencia de esa práctica. Ello viene a reforzar la percepción de que el Derecho todo y el Derecho público y sus técnicas jurídicas en particular, son un producto histórico, determinado por las realidades socio-histórico concretas que vive una comunidad humana políticamente organizada.

A tenor de las particularidades político-económicas y de la configuración de su espacio ius público en la mencionada etapa del siglo xx, en sentido general –matices a un lado– puede decirse que en aquellos Estados socialistas de Europa del Este –y de algún otro que tomó cierto grado de inspiración en ellos⁴⁶– no se favoreció la aceptación y aplicación de la técnica contractual

⁴⁶ Para el caso de Cuba, luego de su enrumbaramiento por la senda del socialismo a partir de la década de 1960, como resultado de la evolución política de la Revolución cubana que triunfa en 1959, puede ser de provecho, para entender históricamente la desaparición del contrato administrativo como figura jurídica, que se vean los trabajos de nuestra autoría: MATILLA CORREA, Andry, “Consideraciones mínimas sobre el contrato administrativo y el Derecho Administrativo cubano”, en Jorge Fernández Ruiz y Javier Santiago Sánchez, (coords.), *Contratos administrativos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2007, pp. 185 a 233; “Consideraciones mínimas sobre el contrato administrativo y el Derecho Administrativo cubano”, en *Revista de Derecho Público*, 2006-2; *Contratistas del Estado. Procedimiento de selección (segunda parte)*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006; “Sobre el

administrativa como modo de actuación del Estado o como instrumento de la gestión de la Administración Pública.⁴⁷ Razones prácticas y también de dogmática jurídica, en general, e iusadministrativa en particular, movieron al rechazo de ese tipo de contratación, en aquella zona sujeta al sino del Derecho socialista; y el espacio del contrato administrativo como técnica dentro del tráfico jurídico de dicho contexto fue ocupado en alguna medida por otras técnicas no consensuales de Derecho administrativo (el acto administrativo), o por formas contractuales de Derecho civil o por el llamado “contrato económico”⁴⁸ (Derecho económico).

contrato administrativo y el Derecho Administrativo cubano”, en José Antonio Moreno Molina y Andry Matilla Correa (coords.), *Contratos públicos en España, Portugal y América Latina. Un estudio de Derecho comparado*, Grupo Difusión, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Madrid, 2008, pp. 131 a 226. Sobre el Derecho administrativo cubano luego del triunfo de la Revolución y a todo lo largo de lo que restaba del siglo XX puede verse: GARCINI, Héctor y Miguel REYES, *Manual de Derecho Administrativo*, t. I – *Parte General*, Universidad de La Habana, La Habana, 1963, en todo; GARCINI, Héctor, *Derecho Administrativo. Segunda parte*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1978, en todo; GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho Administrativo*, 2ª ed. corregida y ampliada, Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1986, en todo; RODRÍGUEZ PÉREZ, Homero, *Manual de Derecho Administrativo*, tomo único, ed. provisional, Dirección de Capacitación, MINJUS-CETSS, La Habana, 1989, en todo; VALDIVIA ONEGA, Marisable, María de los Ángeles VIZOSO GARCÍA y Armando CASTANEDO ABAY, *Separata de Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1989, p. 87 y ss.; y HEVIA COSCULLUELA, Manuel, “El Derecho Administrativo en la dirección de la Economía”, en *Revista Cubana de Derecho*, No. 39, Año XVIII, octubre-diciembre, 1989, Órgano de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, p. 5 y ss.

⁴⁷ Para una visión general del Derecho administrativo de los países socialistas de Europa Oriental, entre la no muy abundante bibliografía a nuestro alcance, puede verse, por ejemplo: VLASOV, V. y S. STUDENIKIN, “Capítulo III. Derecho Administrativo soviético”, en P. Romashkin (bajo la dirección de), *Fundamentos del Derecho Soviético*, traducido del ruso por José Echenique, Instituto de Estado y de Derecho, Academia de Ciencias de la URSS, Ediciones en Lengua Extranjera, Moscú, 1962, p. 106 y ss.; TIKHOMIROV, Ju. A., *Pouvoir et Administration dans la société socialiste*, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1973, en todo; LÁZAREV, B., “Capítulo IV. Derecho Administrativo”, en V. Kudriávtsse, M. Krutogólov y V. Tumánova (redacción a cargo de), *Introducción al Derecho soviético*, Instituto de Estado y Derecho de la Academia de Ciencias de la URSS, traducido del ruso por Víctor Médnikov, Progreso, Moscú, 1988, p. 124 y ss.; VASILYENKO, P. T. et al., *Derecho Administrativo soviético*, traducción José D. Peraza Chapeaux, Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1989, en todo.

⁴⁸ Sobre la concepción de la contratación civil y los llamados “contratos económicos” en los países del antiguo campo socialista puede verse, por ejemplo: IOFFE, O. S., “El contrato en el Derecho Socialista”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, No. 29, mayo-agosto, 1957, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., p. 31 y ss.; KNAPP, Viktor, “Los contratos económicos en el Derecho Civil checoslovaco”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, No. 30, septiembre-diciembre, 1957, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., p. 9 y ss.; IOFFE, O. S., *Derecho Civil soviético*, traducción Miguel Lubán, Instituto de Derecho Comparado, Universidad Nacional Autónoma de México, Imprenta Universitaria, México, 1960, p. 247 y ss.; SEREBROVSKI, V. y R. JÁLFINA, “Capítulo IV. El Derecho Civil soviético”, en P. Romashkin (bajo la redacción de), *Fundamentos del Derecho*

En este orden de cosas téngase en cuenta que nos estamos refiriendo a un espacio comunitario socio-político-económico que, a pesar de su gran diversidad y complejidad, se presentaba con ciertos rasgos distintivos, como son: un sistema de economía fuertemente estatizado o publicitado;⁴⁹ centralizado; gravitando en torno a la planificación económica como eje estructural y funcional esa actividad;⁵⁰ con la presencia de formas organizativas estatales o públicas como el elemento básico que asumía las relaciones en el tráfico jurídico-económico en lo que a la satisfacción directa de los intereses generales se refería; y, por ende, se proyectaba una exclusión, o un importante grado de exclusión, de los sujetos de carácter privado de ese tráfico con tales miras públicas. De ahí que pueda ser comprensible que, dentro de ese perímetro de realidad, se marcara un rechazo a una figura como la contractual administrativa o pública, según se había estado desarrollando en países del occidente

Soviético, traducido del ruso por José Echenique, Instituto de Estado y de Derecho, Academia de Ciencias de la URSS, Ediciones en Lengua Extranjera, Moscú, 1962, p. 232 y ss.; VLAHOFF, Ivan Stefanov, "Le régime des contrats des organisations socialiste en Bulgarie", en *Revue internationale de droit comparé*, Année 1965, vol. 17, No. 2, París, p. 442 y ss.; IONASCO, Trajan y Eugène A. BARASH, "Les contrats économiques dans le droit de la République Socialiste de Roumanie. Quelques précisions sur certains de leurs aspects", en *Revue internationale de droit comparé*, Année 1965, vol. 17, No. 4, París, p. 887 y ss.; IONASCO, Trajan, "Les contrats économiques dans les pays socialistes", en *Revue internationale de droit comparé*, Année 1968, vol. 20, No. 3, París, p. 531 y ss.; GRIBANOV, V. P. y S. M. KORNEEV (redactores responsables) et al., *Derecho Civil soviético*, t. I, traducido del ruso por P. Boiko, Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1987, p. 330 y ss.; SUCHOZA, Iosef, *Los contratos económicos en la economía checoslovaca*, Colección de Estudios Jurídicos, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, s/a, en todo; LÁPTEV, V. (redactor responsable) et al., *Derecho Económico*, traducido del ruso por Lic. René Gómez Manzano, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, Progreso, Moscú, 1988, p. 173 y ss.; BÍKOV, Anatoli y Piotr LAJNÓ, *El derecho y el mecanismo económico en la URSS*, traducido del ruso por Aurelio Villa, Progreso, Moscú, 1989, p. 109 y ss.

⁴⁹ En las palabras de un estudioso soviético de entonces: "En la U. R. S. S. todos los medios de producción pertenecen al Estado, es decir, forman el patrimonio del pueblo. La propiedad del Estado es un fondo único que pertenece al Estado soviético. La unidad de la propiedad del Estado forma la base de la planificación de la vida económica, del Presupuesto unificado del Estado, del monopolio del comercio exterior y de la Administración en el camino económico y cultural [...]. De esta forma, en la U.R.S.S., en donde la economía se encuentra en manos del Estado, la Administración asegura la unidad de la dirección económica y política basada sobre un plan estatal único para el desarrollo de la economía nacional". Véase SToudenikine, S., "La enseñanza de las cuestiones de organización administrativa y de Derecho Administrativo en la U.R.S.S.", en *Revista de Administración Pública*, Año VII, No. 21, septiembre-diciembre, 1956, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 538 y 539.

⁵⁰ Según dejaba sentado SToudenikine: "El régimen social soviético tiene como peculiaridad el carácter planificado del desarrollo de la economía, la subordinación de todas sus ramas a un plan único de la economía nacional"; y añadía luego: "La actividad de todos los establecimientos públicos y del Estado, de todas las organizaciones y empresas, está basada en la ejecución de los planes. La modificación no autorizada de los planes, la oposición a su realización, la inacción de los funcionarios responsables de la ejecución del plan, están castigadas por la ley". Véase SToudenikine, S., "La enseñanza...", ob. cit. p. 538.

de Europa, en un contexto capitalista, bien alejado del trazado socialista que se había asumido por aquellos países del otrora “bloque socialista” europeo oriental del siglo xx.

Bajo premisas prácticas y teóricas de esa índole, es posible entender que se llegaron a conclusiones como la del soviético SToudenikine, al sostener que

“En las condiciones de la economía planificada soviética, las relaciones contractuales en el terreno de las obras de carácter público, no surgen más que sobre la base del plan del Estado y de las tareas de él derivadas, y solamente entre las organizaciones y empresas socialistas”.⁵¹

Un buen compendio para comprender los argumentos, y en el que —a su vez— se muestra parte de los argumentos en sí mismos, sobre la negación del contrato administrativo en el Derecho de los antiguos países socialistas de Europa del Este, aparece en un interesante y explicativo trabajo —publicado en Francia— del búlgaro STAINOV,⁵² donde se concluía precisamente que la existencia de los contratos administrativos, en verdad no tenía lugar en esos Estados socialistas.⁵³ STAINOV explicaba que los contratos administrativos tal como se practicaban en Francia o en (la desaparecida) Alemania Federal (contratos públicos) suponían una estructura económica, también social y política, completamente diferente a la que presentaban los Estados socialistas, y sobre todo la existencia de la propiedad privada sobre los medios fundamentales de producción; lo que suponía, a su vez, una organización muy diferente del funcionamiento en general de las instituciones del Estado.⁵⁴ Aunque no quedaba limitado solo a estos argumentos para explicar el sentido negatorio,⁵⁵ STAINOV aportaba como otra razón por la cual la teoría del contrato administrativo, ni en la acepción francesa ni en la acepción alemana, podía ser admitida en el sistema jurídico de los “Estados del Este” (de Europa), que

“... en el derecho de esos Estados es un principio unánimemente admitido por todos los juristas, que el contrato supone *partes contratantes iguales* [...]. El principio de la igualdad de las partes contratantes es por así decirlo

⁵¹ SToudenikine, S., “Aspectos fundamentales del trabajo administrativo en la U.R.S.S (Comunicación al Tema III)”, en *Revista de Administración Pública*, Año VII, No. 21, septiembrediciembre, 1956, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 492.

⁵² STAINOV, Petko, “La théorie des contrats administratifs et le droit socialiste”, en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Quatre-vingt-deuxième année, t. LXXXII, 1966, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, p. 229 y ss.

⁵³ STAINOV, Petko, “La théorie des contrats administratifs...”, ob. cit., p. 259.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 259.

⁵⁵ Ver, por ejemplo, lo que analizaba STAINOV, Petko, “La théorie des contrats administratifs...”, ob. cit., en p. 238 y ss.

un dogma para el derecho socialista. Es, en consecuencia, el derecho civil quien suele regir todos los contratos”.⁵⁶

Alejándonos geográficamente de Europa y recalando en América Latina, en tiempo más cercano a los días que corren, hay que ver que el venezolano Gonzalo PÉREZ LUCIANI hubo de esbozar:

“De manera que la noción de contrato administrativo verdaderamente estaba y está en crisis, no solamente porque no hay un criterio sino porque los criterios no son absolutamente definidos y totales, sino que están llenos de excepciones, inclusive en los aspectos que pueden llamarse de carácter fundamental”.⁵⁷

Agregando en otro momento, después de reproducir algunas definiciones de contrato administrativo:

“Como ven ustedes, con razón me quejo de la noción de ‘contrato administrativo’, porque los teóricos del Derecho Administrativo prácticamente no están de acuerdo en esa noción, discrepan sobre cuestiones elementales y el resultado es que tal noción es poco útil [...]”.⁵⁸

Por su lado, el argentino Héctor MAIRAL escribió con convicción —en lo que luego derivaría en una interesante polémica sobre la figura del contrato administrativo, que tuvo a su compatriota Juan Carlos CASSAGNE como su contraparte más visible—:

“... la figura del contrato administrativo es otra de nuestras importaciones del derecho francés que se apoya en una importante corriente doctrinaria y una jurisprudencia pacífica, pero que no cuenta con base normativa propia ni viene constitucionalmente impuesta. Por ello, hemos venido sosteniendo desde hace varios años, en cursos universitarios de postgrado,

⁵⁶ STAINOV, Petko, “La théorie des contrats administratifs...”, ob. cit., p. 259.

⁵⁷ PÉREZ LUCIANI, Gonzalo, “Los contratos administrativos en Venezuela”, en Instituto de Derecho Público, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, vol. VII, 1984-1985 – *El Derecho Público en Venezuela y Colombia*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1986, p. 260.

⁵⁸ PÉREZ LUCIANI, Gonzalo, “Los contratos...”, ob. cit., p. 260. En el caso venezolano, véase también cómo se expresaba: MÈLICH ORSINI, José, “La Noción de Contrato de Interés Público”, en *Revista de Derecho Público*, No. 7, 1981, Caracas, p. 33 y ss.; del propio MÈLICH ORSINI, “El contrato administrativo en el marco general de la Doctrina del Contrato”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, No. 16, 2000, Caracas, p. 65 y ss. También, puede ser de interés el trabajo de: CABALLERO ORTIZ, Jesús, “¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?”, en Alfredo Arismendi A. y Jesús Caballero Ortiz (coords.), *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, t. II – *Tercera parte: Derecho Administrativo*, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas, S.A., Madrid, 2003, p. 1765 y ss.

la tesis de la peligrosidad o inutilidad, en el derecho argentino, de la teoría del contrato administrativo con el alcance que corrientemente se le ha dado entre nosotros. Dado el sistema jurisdiccional argentino y dadas las características de nuestra administración pública, consideramos que la teoría tradicional del contrato administrativo es no sólo innecesaria, sino también inconveniente, tanto para quienes contratan con el Estado como para los mismos intereses públicos y, por lo tanto, debe ser abandonada o, cuando menos, significativamente acotada”.⁵⁹

Más adelante, MAIRAL señalaba:

“La peligrosidad de la teoría del contrato administrativo resulta, primeramente, de su imprecisión, tanto en lo que hace al alcance difuso de la categoría, que permite subsumir dentro de ella prácticamente a cualquier contrato que celebre el Estado, como a la indeterminación de sus consecuencias, que impide predecir las reglas que resultarán de tal subsunción. Además, las peligrosas consecuencias que derivan de esas imprecisiones se ven agravadas por la exageración que la teoría sufrió al ser transportada al derecho argentino”.⁶⁰

Por otro lado, se ha atacado la figura del contrato administrativo, apoyándose en la inseguridad jurídica que provoca el cúmulo de potestades unilaterales que tiene la Administración Pública en el vínculo contractual administrativo, ante un posible ejercicio inconsecuente de las mismas.⁶¹

Las ideas anteriormente esbozadas no son más que un rápido recuento o incompleta ilustración, para que se tenga una atropellada idea del pulseo teórico planteado por los críticos de la categoría contractual administrativa, en tanto técnica jurídica a partir de la cual puede establecerse un vínculo entre

⁵⁹ MAIRAL, Héctor A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, en revista *El Derecho-Administrativo*, Serie especial, Boletín del 18 de septiembre de 1998, t. 179, Buenos Aires, p. 655 y ss.

⁶⁰ MAIRAL, Héctor A., “De la peligrosidad...”, ob. cit, p. 655 y sigs. Asimismo, MAIRAL reafirmaba su línea en: “El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo”, en revista *El Derecho-Administrativo*, Serie especial, Boletín del 22 de diciembre de 1998, Tomo 180, Buenos Aires, p. 849 y sigs.; “La teoría del contrato administrativo”, en AA.VV., *Contratos Administrativos*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, División de Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000, pp. 209 y sigs.; y en “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas”, en GORDILLO, Agustín (Director) et al, “El Contrato Administrativo en la Actualidad.”, *Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley*, La Ley, Buenos Aires, Mayo 2004, pp. 3 y sigs.

⁶¹ Por ejemplo: Ver como se expresaba Héctor MAIRAL, en sus trabajos: De la peligrosidad...”, ob. cit, p. 655 y sigs. Asimismo, MAIRAL reafirmaba su línea en: “El aporte...”, ob. cit., p. 849 y sigs.; “La teoría del contrato administrativo”, ob. cit., pp. 212 y sigs.; “La teoría del contrato administrativo a la luz...”, ob. cit., pp. 3 y sigs.

la Administración Pública y los particulares en el perímetro del ejercicio de la función administrativa. Ciertamente, ha sido ese un pulseo atenuado ya con el paso del tiempo y el asentamiento de la figura del contrato administrativo entre los ordenamientos jurídicos que, a ambos lados del Atlántico (y cuestiones de nomenclatura a un lado), le han dado acogida, a partir de modelos como el francés y el español.

b) La aceptación del contrato administrativo

A pesar de las adversidades y reticencias en su recepción, el contrato administrativo se logró imponer como figura jurídico-administrativa en Francia y otros países que recibieron con más fuerza su influencia en este sentido.

No fueron pocos los obstáculos que tuvo que sortear la doctrina favorable –sobre todo la francesa, por ser quien sostuvo e impulsó con más fuerza en sus inicios al contrato administrativo– para hacer valer en el campo iuspublicista una especie contractual diferente, en algunos aspectos, al tradicional contrato privado.

Frente al pulseo científico planteado por los detractores de la categoría contractual iuspública, en tanto técnica jurídica a partir de la cual puede establecerse un vínculo entre la Administración Pública y los particulares en el perímetro del ejercicio de la función administrativa, los que han estado a favor de concebir al contrato administrativo, público o de Derecho público, han defendido sus planteamientos partiendo de que la categoría contrato no pertenece exclusivamente a la “tierra santa” del Derecho privado. Se apoyan en que el contrato es una categoría genérica, y no solo un acuerdo libre de voluntades en igualdad de condiciones dirigido a producir efectos jurídicos patrimoniales entre las partes contratantes.⁶² Esto último es solamente la especie iusprivada dentro del género contrato. Se parte así de un concepto amplio de esta última figura,⁶³ y se considera que a ese concepto no se le

⁶² Para Maurice HAURIU: “... En derecho no es indispensable que dos contratantes estén en pie de igualdad; el precario concluido entre el hombre poderoso y el humilde que se encomendaba, era un contrato. Las situaciones contractuales pueden tender hacia la igualdad, pero no la implican necesariamente en su base. El contrato se funda en el consentimiento, pero se puede consentir en ser inferior y desigual [...]”. Véase HAURIU, Maurice, “La gestión administrativa”, en *Obra escogida*, traducción de Juan A. Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, p. 192.

⁶³ Ver, por ejemplo: JÈZE, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, t. IV – *Teoría general de los contratos de la Administración*, Primera parte – *Formación, ejecución de los contratos*, traducción directa de la 3ª ed. francesa por Julio N. San Millán Almagro, Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 3; ROUVIÈRE, Jean, “A quels signes reconnaître les contrats administratifs”, *Thèse pour le doctorat*, Imprimerie Alençonnaise, Alençon, 1930, p. 11 y ss.; PÈQUIGNOT, Georges, *Théorie générale du contrat administratif*, Éditions A. Pédone, Paris, 1945, p. 15 y

podía encasillar únicamente en el Derecho civil porque en ese Derecho se hayan desenvuelto las líneas científicas de la categoría contractual. De acuerdo con esos autores, en el Derecho privado se habían desarrollado, por razones históricas y tradicionales, instituciones y principios jurídicos que no le pertenecían exclusivamente, sino que trascendían al campo del Derecho en general, por ser aplicables también al Derecho público. Es importante en esta línea argumental, no perder la perspectiva de que el efecto fundamental y característico del contrato como figura jurídica —a la que no escapa la contratación administrativa— es la generación de relaciones de carácter obligacional (económico o patrimonial).

En las consideraciones vertidas durante las primeras décadas del siglo xx por un autor de la talla de Gastón JÈZE —ciertamente un tratadista antiguo ya, pero que sigue siendo imprescindible referencia cuando de contratos administrativos se trata, pues fue la primera pluma francesa que intenta trazar una teoría de los contratos administrativos—:

“Existe una teoría especial del derecho administrativo, que el Consejo de Estado francés ha renovado completamente: es la de los contratos administrativos. Durante mucho tiempo, los juristas les han aplicado las reglas del derecho civil. Según ellos, no había ninguna razón para no someter estos contratos al derecho civil. Poco a poco se ha ido estudiando más detenidamente los contratos celebrados por la administración”.⁶⁴

En líneas posteriores, el otrora profesor parisino agregaba: “Paulatinamente, el Consejo de Estado ha elaborado el régimen jurídico de los contratos administrativos”.⁶⁵

En el sentir de JÈZE, el contrato era una operación jurídica bien determinada, cuyos elementos esenciales habrían de ser cuatro: 1) acuerdo de voluntades; 2) acuerdo bilateral de voluntades; 3) propósito de crear una situación jurídica; 4) la situación jurídica creada es individual y no general.⁶⁶

ss.; DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique des contrats administratif*, t. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956, p. 7; BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., corregida y actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 133 y ss.; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “La institución contractual en el Derecho Administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes”, en su obra *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, 2ª ed. ampliada (1ª en Civitas), Civitas, S.A., Madrid, 1996, p. 110 y ss.

⁶⁴ JÈZE, Gastón, “Prefacio del autor a la edición argentina”, en *Principios Generales de Derecho Administrativo*, t. I — *La técnica jurídica del Derecho Público francés*, traducción directa de la 3ª ed. francesa por Julio N. San Millán Almagro, Depalma, Buenos Aires, 1948, pp. XLI y XLIII.

⁶⁵ JÈZE, Gastón, “Prefacio del autor a la edición argentina”, ob. cit., pp. XLIII.

⁶⁶ JÈZE, Gastón, *Principios...*, t. IV, ob. cit., p. 3.

Para JÈZE, quien desarrollara su obra fundamental bajo el influjo de los postulados de la *Escuela del Servicio Público* –con lo que ello implicaba, y las limitaciones que impuso el paso del tiempo hasta hoy–, se llegaba a afirmar que había *contrato administrativo propiamente dicho*, cuando se reunían las siguientes condiciones: 1ª) es preciso un acuerdo de voluntades entre la Administración y un particular; 2ª) el acuerdo de voluntades tiene por objeto la creación de una obligación jurídica de prestación de cosas materiales o de servicio personales, mediante una remuneración (en dinero o de otro modo); 3ª) la prestación que suministrará el individuo está destinada a asegurar el funcionamiento de un servicio público; 4ª) las partes, por una cláusula expresa, por la misma forma dada al contrato, por el género de cooperación solicitada al contratante, o por cualquier otra manifestación de voluntad, han entendido someterse al régimen especial del derecho público.⁶⁷

En la opinión de un viejo maestro argentino, Rafael BIELSA:

“... el contrato en general no es una institución exclusiva de los códigos de derecho privado. La forma contractual es siempre de derecho, ya interno (contratos administrativos), ya internacional (tratados, etc.). Los contratos y otras instituciones que regla el Código Civil no son instituciones exclusivas del derecho civil. El Código civil las ha codificado para *reglar* relaciones con los sujetos de derecho privado (personas), pero por el solo hecho de incluirlas en su sistema no puede decirse que el derecho privado las haya ‘creado’. Tiene razón LABAND cuando dice que se trata solamente de una prioridad de tiempo en la adaptación o aprovechamiento de instituciones. Esto es que esas instituciones aparecen como *civilistas*, porque el derecho civil, formado antes que el derecho administrativo, se apropió de ellas, siendo así que los principios jurídicos tradicionales a veces se aplican mejor a las instituciones nuevas que a las antiguas”.⁶⁸

A partir de ideas como las que se expresan en lo anterior, y del desmontaje razonado de los diversos argumentos que se habían ido exponiendo para negar la posibilidad de la contratación administrativa como técnica jurídica, se logró imponer, en ciertos ordenamientos jurídicos, la existencia del contrato administrativo como una categoría con diferencias en relación con el tradicional contrato civil. Cobraba, entonces, identidad definitiva esa figura contractual administrativa, lográndose despojar su percepción, como

⁶⁷ JÈZE, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, t. III – *El funcionamiento de los servicios públicos*, traducción directa de la 3ª edición francesa por Julio N. San Millán Almagro, Depalma, Buenos Aires, 1949, pp. 322 y 323.

⁶⁸ BIELSA, Rafael, “Algunos principios de Derecho sobre concesiones de servicios públicos”, en Rafael Bielsa, *Estudios de Derecho Público*, t. I – *Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 614.

fenómeno jurídico, de la vetusta visión de que dicha contratación administrativa, jurídicamente, no era sino una especialidad de la contratación civil o de Derecho privado.

Recordemos cómo hacia 1918, en sus conclusiones en el caso *Société d'éclairage de Poissy*, del Consejo de Estado francés, de 8 de febrero de ese año, el comisario de gobierno Louis CORNEILLE, ya apreciaba:

"... Dans tout contrat intéressant le fonctionnement même des services publics, l'Etat ne contracte pas comme un simple particulier. Il ne cherche pas à gérer des intérêts tout restreints, des intérêts d'individualité, des intérêts individuels. Il contracte pour une collectivité; pour le public, pour les usagers du service public, pour l'intérêt collectif et général. Et alors, toutes les fois qu'il a passé véritablement un marché de service public, il fait quelque chose d'autre que ce que fait un contractant ordinaire, un contractant du Code civil ou du Code de commerce. Puisqu'il fait quelque chose d'autre que ce contractant ordinaire, il ne faut pas appliquer à ce quelque chose les mêmes règles qu'aux contrats de droit commun; c'est la logique, et, par suite, c'est le droit.

"De là est née l'idée, qui est la base de tout le droit administratif moderne, qu'il y a, dans le contrat de service public, une situation juridique différente de celles qui font l'objet du titre des obligations du Code civil, situation qui doit se traduire par des différences de principes".⁶⁹

Ahora bien, más allá de planteamientos a favor o en contra de la sustantividad del contrato administrativo como técnica jurídica, algo que actualmente sigue moviendo a discusiones, en una escala menor –ciertamente–, la evolución hasta hoy del Derecho todo ha ido dejando algo cada vez más en claro, y es que no puede afirmarse que ambas especies contractuales (la civil y la administrativa, o si se quiere la de Derecho privado y de Derecho público) son diametralmente opuestas, por la sencilla razón de que, como fenómenos jurídicos, se estructuran sobre la base de la identidad en ciertas líneas generales, por lo que vienen a ser variaciones de una figura mayor o *genus*: el contrato.

En un sentido actual, el portugués COSTA GONÇALVES resume un argumento conclusivo, trenzado y asentado hoy en relación con la figura del contrato y su proyección en el ámbito del Derecho administrativo:

⁶⁹ Hemos consultado las conclusiones de CORNEILLE en el *arrêt Société d'éclairage de Poissy*, del Consejo de Estado francés, de 8 de febrero de 1918, en la reproducción de estas que aparece en: *Revue de Droit Public et de la Science politique en France et à l'étranger*, tome trente-cinquième, XXV^e année, 1918, M. Giard & E. Brière, Libraires-Éditeurs, Paris, especialmente p. 246.

“O contrato apresenta-se, assim, como uma categoria geral do direito, impõe-se como um conceito ou instituto central da ordem jurídica no seu conjunto, revelando-se um mecanismo suscetível de ser utilizado com vista à produção de qualquer efeito jurídico: assume-se, pois, como um instrumento idóneo para constituir e disciplinar relações jurídicas de natureza muito diferente, quer na área do direito privado (civil, comercial, laboral), quer no campo do direito público (constitucional, fiscal, económico e administrativo); além disso, o contrato encontra aplicação na esfera do direito nacional e europeu, mas também, e aliás em larga escala, na arena do direito internacional.

“Enquanto categoria geral do direito, o contrato também pertence ao direito público, e, em particular, ao Direito Administrativo. De resto, a ideia de contrato acabou mesmo por vir a ocupar o centro do universo jurídico-público”.⁷⁰

⁷⁰ COSTA GONÇALVES, Pedro, *Direito dos Contratos Públicos*, vol. 1, Com a colaboração de Carla Machado e José Azevedo Moreira, 3ª ed., Edições Almedina, S.A., Coimbra, 2018, p. 12.

La potestad sancionadora de la Administración Pública: definición y principios que rigen su ejercicio (especial referencia a los principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad y *non bis in idem*)

Kenia Margarita ESPINOSA VELÁZQUEZ*

A modo de introducción

Para nadie es desconocido el hecho de que corresponde al Estado la realización de disímiles tareas, en el orden económico, político, social y jurídico, y múltiples son los órganos u organismos que deben tomar parte en su eficaz realización, entre los que destaca, sin lugar a dudas, la Administración Pública.

La preservación del orden en la sociedad constituye uno de sus más importantes cometidos y también uno de los de mayor complejidad, ello atendiendo a la pluralidad de órganos u organismos que pueden y debe tomar parte en esta tarea, la diversidad de ámbitos o sectores en los cuales estos entes deben actuar, las diversas actividades que a tal fin deben realizar y por el papel que a su vez deben asumir los ciudadanos desde su individualidad o en colectividad, en pos de contribuir al mantenimiento del orden social. Ello es complejo además si se tiene en cuenta las afectaciones que sobre las personas naturales y jurídicas, sobre sus intereses, derechos o propiedades pudieran traer consigo las distintas acciones dirigidas a salvaguardar el referido orden; las que pueden ir desde la promulgación de normas jurídicas que rijan el actuar de los ciudadanos y de los órganos del Estado, hasta la represión de las conductas que vulneren lo preceptuado en la ley.

Un recurso al que comúnmente se acude en aras de restituir el orden social y jurídico que ha sido quebrantado lo constituye la imposición de sanciones, las que pueden adoptar diferente carácter en dependencia del tipo de infracción de que se trate y del sector al cual esta se encuentre asociada.

* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo. Profesora Auxiliar de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Granma (Cuba). E-mail: kenia.espinosav@gmail.com

El ejercicio del poder sancionador de los jueces se erige en una vía trascendental que posibilita al Estado corregir las conductas que atentan contra el orden social y jurídico; sin embargo, aunque figura como una de las vías más conocidas y utilizadas, no constituye la única. Desde poco antes del siglo VIII se ha hecho acompañar de una institución jurídico-administrativa que ha venido ganando paulatinamente en expansión: la potestad sancionadora de la Administración Pública.

Esta, como el poder punitivo de los jueces, también permite reprimir comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico, de cuyo ejercicio, de igual modo, puede derivar la imposición de sanciones. Tal ha sido el nivel de expansión por esta alcanzado que podría afirmarse no existe sector de actividad de la Administración Pública en el que no se encuentre exteriorizada. Pero, ¿qué entender por potestad sancionadora de la Administración Pública?, ¿qué principios han de regir su ejercicio y que tratamiento jurídico se ha dado a los mismos? A estas interrogantes daremos respuesta en las líneas subsiguientes.

I. La potestad sancionadora de la Administración Pública, criterios en cuanto a su definición

Para la adecuada comprensión de esta institución jurídica se ha de partir en primer orden de su delimitación conceptual, lo que implica el tener que adentrarnos en el esclarecimiento de otro término dentro de ella implícito, el de *potestad*.

En este sentido, es válido destacar la figura del jurista italiano SANTI ROMANO, quien en algunas de sus obras deja constancia del estudio de esta institución.¹ Estas obras han servido de apoyadura a otros autores para la realización de posteriores investigaciones sobre el tema o han sido tomadas como punto de partida para la comprensión de otras importantes instituciones que a partir de esta se configuran; en estas se sitúa la que es objeto de nuestro análisis en el presente trabajo, la potestad sancionadora de la Administración Pública.

En cuanto al término potestad, mucho se ha polemizado, polémica que viene dada potencialmente por la similitud que esta guarda con las categorías *poder* y *derechos subjetivos*, a partir de cuya diferenciación —específicamente con esta

¹ Las que suceden son algunas de las obras en la que constan por el citado autor un tratamiento a la categoría *potestad*: SANTI ROMANO, *Corso de Diritto Amministrativo*, vol. I, CEDAM, Padova, 1930; *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, 2ª ed., Giuffrè, Milán, 1947; *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964. Vid. GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (coord.), *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1989, p. 1344.

última— se ha pretendido establecer su definición. SANTI ROMANO incursiona en el estudio de la potestad partiendo precisamente del análisis conjunto de ambas instituciones —*potestad y derechos subjetivos*²—. Pero no pretendemos en modo alguno referirnos a cada uno de los aspectos sostenidos al respecto por el citado autor, sino el dejar establecido, a partir de su criterio y el de otros importantes autores, la interpretación que se ha venido dando a esta institución.

Para SANTI ROMANO potestad, en su más simple consideración, “es poder jurídico para imponer decisiones a otros, para el cumplimiento de un fin”.

Desde una perspectiva más amplia, SUÑÉ LLINÁS considera que

“la potestad es poder político y, por lo tanto, una vocación organizadora de un conjunto social, que forma parte de la soberanía, estando más allá del Derecho cuando esta es potencial, y que entra en el mundo de lo jurídico al normalizarse el poder soberano en la Constitución, para ser distribuida por esta en los órganos depositarios de la soberanía [...]. [...] la potestad sería una esfera cualquiera del poder soberano del Estado, que por su carácter ordenador de la sociedad se le impone al individuo con mayor o menor intensidad, dentro o fuera del marco del Derecho, el cual, a su vez, es producto de la soberanía, el caso del constitucional, o de una potestad soberana constitucionalmente expresada, en los demás niveles normativos”.³

A estos criterios se añade el ofrecido por DAVID BLANQUER, para quien “la potestad es un medio jurídico que habilita a su titular para imponer sobre otros determinados comportamientos —o para influirles condicionando su actividad—”.⁴

En opinión de COSCULLUELA MONTANER:

“La potestad entraña [...] un poder otorgado por el ordenamiento jurídico de alcance limitado o medido para una finalidad predeterminada por la propia norma que la atribuye y susceptible de control por los Tribunales. La potestad no supone, en ningún caso, un poder de acción libre, según la voluntad de quien lo ejerce, sino un poder limitado y controlable”.⁵

² Para él, potestad y derechos subjetivos constituyen las esferas en las que se encuentra dividido el poder jurídico y a partir de esta idea comienza a argumentar las ideas que distinguen a una de la otra. *Vid.* GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (coord.), *Libro homenaje...*, ob. cit., p. 1344.

³ *Ibidem*, pp. 1369, 1354.

⁴ BLANQUER, David, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 201.

⁵ COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo I*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 316.

GAMERO CASADO, en un estudio más reciente, define la potestad como un poder abstracto y unilateral susceptible de provocar efectos jurídicos, que se reconoce expresamente por el ordenamiento para el cumplimiento de un fin que trasciende del propio de su titular, y cuyo ejercicio es obligado por parte de quien la ostenta.⁶

De los criterios anteriormente expuestos en relación con la categoría potestad, tres aspectos destacan: primero, se trata de un poder atribuido y limitado por el ordenamiento jurídico; segundo, se atribuye con un propósito, con una finalidad determinada; y por último, que a través de este se imponen, por quien ostenta su titularidad, determinadas decisiones o formas de actuación a otro u otros.

Tomando como presupuesto lo anterior corresponde analizar qué entender por potestad sancionadora de la Administración Pública. En relación con la delimitación conceptual de esta potestad administrativa⁷ se han asumido por la doctrina diversos criterios, unos con un enfoque más amplio y genérico, otros con un enfoque más específico y concreto.

Según MARIENHOFF, la potestad sancionadora de la Administración consiste en

“la atribución que le compete a esta para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por actos de estos contrarios a lo ordenado por la administración y sanciones disciplinarias a los funcionarios o empleados por faltas cometidas en el ejercicio de su cargo [...]”.⁸

Con un enfoque similar al del criterio sostenido por MARIENHOFF, OSSA ARBELÁEZ refiere:

“La potestad sancionadora es la que posibilita la acción punitiva de la Administración. Es una atribución propia de la Administración que se

⁶ GAMERO CASADO, Eduardo, *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, Comares, Granada, 2015, p. 27.

⁷ Refiriéndose a la categoría *potestades administrativas* COSCULLUELA MONTANER señala: “Las potestades administrativas pueden definirse como poderes de acción para la satisfacción de los intereses públicos que atribuyen las normas a la Administración, y que implican sujeción jurídica para los ciudadanos destinatarios de los actos dictados en el ejercicio de estas potestades”. *Vid.* COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual...I*, ob. cit., p. 318. En términos similares se pronuncia GAMERO CASADO, quien al referirse a estas plantea: “podemos definir la potestad administrativa como un poder jurídico unilateral, reconocido para la satisfacción del interés general, sometido a la ley, a control jurisdiccional (judicial y constitucional) y a garantías de alcance constitucional, cuyo ejercicio es obligado para su titular, quien la ostenta en virtud de una atribución articulada conforme al principio de legalidad”. *Vid.* GAMERO CASADO, Eduardo, *Desafíos*, ob. cit., p. 32.

⁸ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 4ª edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 608.

traduce en la viabilidad jurídica de la imposición de sanciones a los particulares y aun a los funcionarios que infringen sus disposiciones”.⁹

Por su parte, GARBERÍ LLOBREGAT la concibe como

“... facultad pública de fiscalización de ciertos comportamientos de los administrados y facultad, aparejada a la anterior, de imponer medidas restrictivas de derechos ante la inobservancia de las reglas que proscriben aquéllos [...]”.¹⁰

BERMEJO VERA al referirse a esta institución jurídico-administrativa establece lo siguiente:

“... la potestad de sanción o potestad sancionadora constituye una importantísima manifestación del poder jurídico de las Administraciones Públicas para el cumplimiento de sus fines. Se trata de una potestad de signo represivo, que se ejercita a partir de una vulneración o perturbación de reglas preestablecidas”.¹¹

Para COSCULLUELA MONTANER Y LÓPEZ BENÍTEZ:

“Es la potestad atribuida a la Administración Pública por la que se castiga con una sanción la comisión de infracciones administrativas, siendo éstas las conductas tipificadas como prohibidas por las leyes y reglamentos administrativos”.¹²

Con un enfoque más amplio, CANO CAMPOS, sobre esta institución jurídico-administrativa, plantea:

“En ejercicio de la potestad sancionadora, la Administración puede imponer sanciones a los particulares por las transgresiones del ordenamiento jurídico, previamente tipificadas como infracción administrativa por una norma. Dicha facultad se otorga a la Administración para que prevenga, y en su caso reprima, las vulneraciones del ordenamiento jurídico en aquellos ámbitos de la realidad cuya intervención y cuidado le han sido previamente encomendados”.¹³

⁹ OSSA ARBELÁEZ, Jaime, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2ª ed., Legis, Bogotá, 2009, p. 76.

¹⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador (Doctrina del Tribunal Constitucional y reforma legislativa)*, Trivium, Madrid, 1989, p. 51.

¹¹ BERMEJO VERA, José, *Derecho Administrativo. Parte Especial*. 4ª ed., Civitas, España, p. 79.

¹² COSCULLUELA MONTANER, Luis y Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, *Derecho Público Económico*, Iustel, Madrid, 2011, p. 223.

¹³ CANO CAMPOS, Tomás, “Derecho Administrativo Sancionador”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15, No. 43, enero-abril, 1995, p. 339.

Desde una perspectiva más actual al referirse a esta institución GARCÍA PULLÉS sostiene:

“La potestad sancionatoria administrativa consiste en la atribución otorgada a la Administración Pública, derivada directamente de la ley formal, de concretar o perfeccionar la creación de infracciones y sanciones e imponerlas a las personas físicas o jurídicas que están sometidas a ella, de una u otra manera”.¹⁴

A este planteamiento se añade el establecido por GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS, quienes refieren:

“... la potestad sancionadora debe considerarse como una función instrumental cuyo objeto es proteger los bienes e intereses definidos por el ordenamiento en cada materia o sector –industria, comercio, turismo...– [...]”.¹⁵

Como se advierte, se trata de criterios que en modo alguno resultan coincidentes. De conformidad con estos, la potestad sancionadora de la Administración Pública puede ser interpretada de dos maneras diferentes:

Por un lado, como una potestad administrativa de carácter muy amplio en virtud de la cual la Administración Pública puede imponer sanciones tanto en el ámbito interno de su organización, a funcionarios públicos o empleados, como fuera de él, a los ciudadanos o administrados, por la comisión de comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico.

Por otro lado, desde un punto de vista más estricto, puede ser entendida como aquella potestad que corresponde ejercer a la Administración para castigar las conductas infractoras cometidas por quienes se encuentran sometidos a ella en virtud de una relación de sujeción general, bien se trate de personas naturales o jurídicas. En este sentido se deja fuera de su alcance la sanción de las conductas infractoras que tienen lugar en el ámbito del funcionamiento interno de la Administración, consecuencia directa del ejercicio de la potestad disciplinaria y por ende objeto de tratamiento por el Derecho disciplinario.

En lo que al Derecho administrativo sancionador específicamente concierne, entre los criterios de definición establecidos con anterioridad, son los relativos a esta segunda línea de interpretación los que han de tomarse en consideración. De este modo, teniendo en cuenta los elementos que uno u otro criterio ofrecen, puede definirse la potestad sancionadora como aquella atribución legal otorgada a la Administración Pública para sancionar a las personas

¹⁴ GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 396.

¹⁵ GAMERO CASADO, Eduardo y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 892.

naturales o jurídicas por la comisión de conductas tipificadas como infracción administrativa en una norma, con la finalidad de proteger los bienes e intereses definidos por el ordenamiento jurídico en aquellas materias o sectores que le han sido confiados.

II. Principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública: principio de legalidad, principio de tipicidad, principio de irretroactividad y principio *non bis in idem*

Como expresión del *ius puniendi* del Estado, la potestad sancionadora de la Administración Pública, al igual que el poder de sancionar que corresponde ejercitar a los órganos judiciales penales, se rige por determinados principios, los que en sí mismos devienen límites al ejercicio de ese poder y en consecuencia, en imperiosas garantías del Derecho administrativo sancionador, que operan tanto en el ámbito material como procedimental.

Desde el punto de vista material, múltiples son los principios que rigen el poder sancionador de la Administración, entre los se encuentran los principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad, *non bis in idem*, proporcionalidad, culpabilidad y prohibición de analogía. Dado que el estudio de cada uno de estos principios conllevaría a un trabajo de mayor magnitud, en esta ocasión nos centraremos en el análisis de los cuatro primeros, entre los cuales existe una estrecha conexión.

II.1. Principio de legalidad

Desde el punto de vista de su configuración en el orden normativo y de su implementación en el orden práctico, la potestad sancionadora de la Administración Pública se encuentra sujeta a un conjunto de principios, los que devienen límites esenciales al ejercicio de esta trascendental potestad administrativa. Entre estos, ocupa un lugar primordial el *principio de legalidad*.

En lo que respecta al ámbito administrativo sancionador, el significado que reviste el principio de legalidad, no difiere en su esencia del que se le atribuye en materia penal. Este implica que nadie puede ser sancionado por la Administración Pública sino en virtud de una norma con rango de ley, en la que se establezca, previo a la comisión de la conducta infractora, los hechos constitutivos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes. El principio de legalidad supone, en consecuencia, la imposibilidad de tipificar como infracciones hechos no previstos en la ley y de imponer sanciones carentes de cobertura legal, a lo que también se añade la imposibilidad de que

la Administración Pública proceda al ejercicio de su potestad sancionadora si esta no ha sido atribuida expresamente por una norma con rango legal.

De este modo, el núcleo del principio de legalidad en materia sancionadora comprende, cuando menos, una doble garantía, formal y material, esto es, respectivamente, la exigencia de reserva de ley, en primer término, y de tipicidad, en segundo, de infracciones y sanciones.¹⁶

La exigencia de reserva de ley como garantía formal del principio de legalidad alude, en su esencia, al rango necesario de las normas tipificadoras de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes.¹⁷ En su virtud, la norma previa que tipifica las infracciones y determina las sanciones debe tener rango legal.¹⁸ En este sentido, y como mandato impuesto al legislador, han de estipularse en ley tanto las infracciones administrativas como las sanciones de igual carácter asociadas a su realización.

Sin embargo, no basta que en la ley se establezcan las conductas constitutivas de infracción y las sanciones administrativas que podrán ser aplicadas en caso de que produzcan este tipo de hechos. Como refiere SUAY RINCÓN, la exigencia de reserva de ley exige al legislador un compromiso adicional: la clasificación misma, esto es, la correspondencia entre infracciones y sanciones, también ha de incorporarse a las propias leyes. Es lógico, de nada sirve mantener el rigor en la previsión de las infracciones y sanciones si este rompe el nexo que las une: la Ley no permitiría deducir por sí sola, en tal hipótesis, las consecuencias punitivas asociadas a cada infracción.¹⁹

Con independencia de los aspectos que han sido expuestos con anterioridad, la exigencia de reserva de ley no exhibe en materia administrativa sancionadora un carácter absoluto. A diferencia del ámbito penal, su proyección es más flexible en el ámbito del Derecho administrativo sancionador; ello teniendo en cuenta que se admite la colaboración del reglamento en la tarea de tipificación de infracciones y sanciones.²⁰ No obstante, para que tal colaboración tenga lugar ha de existir a favor del reglamento una habilitación o remisión legal

¹⁶ SUAY RINCÓN, José, “La formulación del principio de legalidad en materia sancionadora y sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia”, en *Revista Justicia Administrativa*, Número Extraordinario 1, 2001, p. 10.

¹⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 11ª ed., Civitas, Madrid, 2008, p. 175.

¹⁸ CANO CAMPOS, Tomás “La actividad sancionadora”, en *La actividad de las Administraciones Públicas*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2009, p. 90.

¹⁹ SUAY RINCÓN, José, “La formulación del principio de legalidad”, ob. cit., p. 17.

²⁰ Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. XII –*Actos administrativos y sanciones administrativas*, 2ª ed., Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, pp. 305-306.

previa; es decir, la ley ha de habilitar al reglamento para que complemente, precise, o en su caso desarrolle lo regulado en ella.

Tal habilitación, sin embargo, no supone que la norma reglamentaria pueda crear *ex novo* tipos de infracción y sanción administrativas no previstas en la ley, de manera que pueda contener una regulación independiente y no claramente supeditada a la norma legal que le da cobertura, instituyéndose así en una disposición jurídica autónoma. Como normativa encaminada a colaborar en el desarrollo de la ley sancionadora, su contenido ha de ajustarse a lo previsto en la referida ley, no pudiendo, en consecuencia, ampliar el respectivo ámbito de esta. La colaboración reglamentaria, en virtud de la necesaria remisión legal debe ceñirse a precisar la definición de los tipos legales, concretando su significado, complementando espacios no totalmente agotados por la ley o reduciendo los márgenes de discrecionalidad para su interpretación o aplicación, por razones de seguridad jurídica o por exigencias técnicas.²¹

De este modo, como requerimiento adicional para que pueda efectuarse la colaboración normativa del reglamento, la ley habilitante debe tener un contenido material propio relativo a la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras;²² o sea, en esta han de quedar suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de la sanción a imponer,²³ aspectos estos de los cuales dependerá la configuración legal del reglamento, con independencia de aquellos otros que la ley señale. Y es que si bien la colaboración reglamentaria es esencial en materia administrativa sancionadora, su alcance en el referido ámbito no es ilimitado, sino que ha de adecuarse a lo establecido en la ley, la que deviene ineludible punto de partida para su realización.

Así pues, en materia administrativa sancionadora puede reclamarse la virtualidad de los llamados por la doctrina administrativista “Reglamentos ejecutivos”, los cuales desarrollan lo establecido, normalmente por autorización o mandato expreso de esta, no siendo válidos, por el contrario, los denominados “Reglamentos independientes”, que no se conectan inmediatamente con la ley, sino que operan sus disposiciones sobre ámbitos distintos a los regulados por las leyes y de acuerdo con las autorizaciones explícitas o implícitas que permitan a la Administración desarrollar sus propias competencias y cometidos.²⁴

²¹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, p. 708.

²² *Ibidem*.

²³ GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Íñigo SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 138.

²⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales...*, ob. cit., p. 82.

Aun cuando la garantía formal del principio de legalidad en materia administrativa sancionadora alude primordialmente al rango que ha de tener la norma que tipifica las infracciones administrativas y determina las respectivas sanciones que podrán ser aplicables, su alcance no se circunscribe a este único aspecto. La reserva de ley en esta materia exige además –al decir en palabras de SUAY RINCÓN– una determinada cualidad a la propia norma atributiva a la Administración de su potestad sancionadora, la necesidad, justamente, de que tal norma sea de rango legal o superior.²⁵ No puede la Administración, por tanto, invocar la potestad ejecutiva que nos ocupa ni pretender su ejercicio, si no está atribuida directamente por la ley.²⁶

La potestad sancionadora de la Administración Pública constituye un poder de actuación que reviste en manos de la Administración un carácter excepcional, toda vez que figura esta como el único ente que además de los órganos judiciales, y a diferencia de lo que acontece con otros órganos del Estado, ostenta la facultad de sancionar. En su virtud, la Administración puede imponer sanciones sumamente lesivas a los derechos e intereses de los ciudadanos, pudiendo incluso afectar derechos constitucionalmente reconocidos, tales como el derecho a la libertad, el derecho de propiedad, el derecho al trabajo, el derecho al acceso de bienes y servicios vitales para el desarrollo humano, por solo citar algunos ejemplos. En este sentido, dada la repercusión que su implementación pudiese tener en el orden práctico y dado el carácter excepcional que al propio tiempo presenta, resulta justificada la exigencia de que sea una norma de rango legal o superior la que atribuya a la Administración Pública la potestad sancionadora.²⁷

²⁵ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, ob. cit., p. 707; GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Íñigo SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, ob. cit., p. 139; ESTEVE PARDO, José, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 406; PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo*, 1ª ed., Ariel, España, 2003, p. 789.

²⁶ SUAY RINCÓN, José, “La formulación del principio de legalidad”, ob. cit., p. 17.

²⁷ Al respecto, GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES señalan: “la Administración por medio de la potestad sancionadora adquiere un contundente instrumento punitivo capaz de afectar muy agresivamente a la vida de los ciudadanos por lo que parece más que justificado que la regulación de su ejercicio se encomiende con exclusividad al parlamento [...]”. Vid. GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Íñigo SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, ob. cit., pp. 135-136. A este se añade el criterio sostenido por CORDERO QUINZACARA, quien sobre el referido particular plantea: “cualquier sanción que la Administración aplique a un particular afectará necesariamente algunos de sus derechos constitucionales (libertad de enseñanza, libertad de trabajo, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, el derecho de propiedad), todos amparados por la garantía de reserva de legal. En tal sentido, la única posibilidad que la Administración tiene para contar con poderes sancionatorios que afecten dicho ámbito es mediante una ley que así lo establezca”. Vid. CORDERO QUINZACARA, Eduardo, “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el

La ley se erige de este modo en el instrumento idóneo para legitimar e incluso limitar el ejercicio de esta trascendental potestad administrativa. Solo a partir de su atribución expresa en la ley o en su caso en una norma de rango superior, esta podrá ejercerse y por los órganos de la Administración Pública que la tengan específicamente asignada por disposición legal o reglamentaria.

Además de la garantía formal o de reserva de ley, el principio de legalidad comprende en materia administrativa sancionadora una garantía de orden material y de alcance absoluto: la exigencia de tipicidad de infracciones y sanciones.

La garantía material aparece derivada del mandato de taxatividad²⁸ o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, la consecuencia de sus acciones.²⁹

Desde esta perspectiva el principio de legalidad exige que las infracciones y las sanciones estén no solo previstas en una norma sino además descritas con la suficiente concreción de modo que no tengan cabida la interpretación analógica *in malam partem* y las formulaciones abiertas, vagas o imprecisas de las cuales pudiera depender la adopción de decisiones prácticamente libres y arbitrarias.³⁰

La referida garantía se concreta así en otro de los principios que rigen en materia sancionadora, el principio de tipicidad, a cuyo cumplimiento ha de procederse tanto en el momento de establecer las infracciones y sanciones

Derecho chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 1^{er} Semestre, 2014, pp. 399-439.

²⁸ El fundamento de tal mandato –según refieren GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES– reside en que la reserva de ley solo puede desarrollar toda su eficacia cuando la voluntad del órgano representante del pueblo se expresa tan claramente que excluye una decisión subjetiva y arbitraria del juez, en el ámbito penal o de la Administración, en el contexto del Derecho administrativo sancionador. *Vid.* GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Íñigo SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, ob. cit., p. 161.

²⁹ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. XII, ob. cit., p. 305. En este sentido véase también, HUEGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, 1^a ed., Iustel, Madrid, 2007, p. 366; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, ob. cit., p. 175.

³⁰ *Vid.* SANZ GANDASEGUI, Francisco, *La potestad sancionadora de la Administración: La Constitución Española y el Tribunal Constitucional*, EDERSA, Madrid, 1985, p. 93; NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 3^a ed., Tecnos, Madrid, 2002, pp. 199-200.

en las respectivas normas sancionadoras como en el momento de aplicarlas.³¹ Al análisis de este principio, que como otros deriva del principio de legalidad, se dedican las líneas subsiguientes.

II.1.1. Tratamiento legal del principio de legalidad en declaraciones, pactos y convenios internacionales sobre derechos

En la actualidad el principio de legalidad se encuentra reconocido en diferentes textos de carácter internacional. Se sitúan entre estos:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. En el artículo 11. 2, esta Declaración dispone:
“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional [...]”.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966. En iguales términos a los señalados en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 15. 1 de este Pacto Internacional establece:
“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional [...]”.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en fecha 22 de noviembre de 1969 y puesta en vigor el 18 de julio de 1978. Constituye otro de los documentos que hace referencia al principio objeto de análisis. De este modo en el artículo 9 este texto señala lo siguiente:
“Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad
Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable [...]”.

³¹ Al referirse a esta garantía, SUAY RINCÓN establece: Como garantía material, el principio de legalidad en materia sancionadora exige el cumplimiento del principio de tipicidad, esto es, la necesidad de que los tipos y las infracciones, por una parte, y las sanciones respectivas a ellos asociados, por la otra, estén predeterminados por las normas, al margen o más allá de cualquiera que sea su rango. De ahí, justamente, el carácter material de esta garantía que, en último término también se proyecta sobre la fase aplicativa de las sanciones, es decir en el momento de proceder a su imposición. *Vid.* SUAY RINCÓN, José, “La formulación del principio de legalidad”, *ob. cit.*, p. 18.

- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, también conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950; acoge por su parte el principio de legalidad en el artículo 7, el cual refiere:

“Artículo 7. No hay pena sin ley.

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional”.

Como se aprecia, nos encontramos frente a diferentes textos de connotación internacional, que acogen en su seno al principio de legalidad, el que si bien se enfoca exclusivamente al ámbito penal, como así lo denota la redacción de casi la totalidad de los artículos anteriormente señalados,³² en la actualidad dichos preceptos también son aplicables en el ámbito administrativo sancionador.

Aunque no todos los países del área latinoamericana y europea devienen signatarios de estos textos, aquellos en los que sí han sido acogidos, sus postulados cobran gran aplicabilidad; asimismo han incidido sobremanera en la actual redacción de varias de sus normas jurídicas tocantes a ámbitos jurídicos diversos. Sirvan estos al menos para ilustrar el modo en que se ha reconocido este trascendental principio del Derecho.

II.2. Principio de tipicidad

Estrechamente vinculado con el principio de legalidad, el *principio de tipicidad* ha sido proclamado como otros de los principios a los que debe estar sometida la potestad sancionadora de la Administración Pública.

De conformidad con este, las leyes deben precisar y delimitar con la mayor exactitud posible la conducta que constituye infracción y determinar también, dentro de márgenes relativamente estrechos, las sanciones correspondientes.³³ Dicho de otro modo, el referido principio consiste en la exigencia de que tanto los comportamientos prohibidos, o preceptuados, como las sanciones a imponer sean descritos clara e inequívocamente, de forma que no se genere

³² Señalo en este punto, casi la totalidad de los artículos anteriormente señalados, pues como se puede apreciar, en el artículo 7.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no se hace alusión, como en los preceptos legales de los textos anteriores, a actos u omisiones delictivos, sino a acción u omisión que constituya infracción, término dentro del cual bien podrían tener cabida tanto el ilícito penal como la infracción administrativa.

³³ REBOLLO PUIG, Manuel; Manuel IZQUIERDO CARRASCO, Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR y Antonio BUENO ARMIJO, “Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España”, en revista *Estudios Socio-Jurídicos*, enero-junio, 2005, Colombia, p. 35.

inseguridad jurídica. Se trata, en definitiva de que los ciudadanos puedan en todo momento prever las consecuencias sancionatorias que se pueden derivar de su conducta.³⁴

La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación; y en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica, que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos (*lex certa*).³⁵

Al decir de PAREJO ALFONSO, este principio constituye una importante especificación, con respecto a las figuras centrales de la infracción y la sanción, del principio de legalidad. En efecto, este postula, con carácter de exigencia absoluta, la predeterminación normativa de las conductas ilícitas. La tipicidad³⁶ concreta tal prescripción en el requerimiento de definición, suficiente³⁷ para su identificación, del ilícito y de su consecuencia sancionadora.³⁸

En este sentido, dos son los planos o vertientes en que se desarrolla el principio de tipicidad, los que se materializan, por un lado, en la exigencia de tipificación de las infracciones, es decir, en la exigencia de que las normas

³⁴ GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Íñigo SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, ob. cit., p. 159.

³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, ob. cit., p. 178.

³⁶ La tipicidad, como es bien sabido, consiste en la exigencia de descripción específica y precisa, por la norma creadora, de las infracciones y las sanciones, de las conductas concretas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que pueden imponerse por la comisión de cada conducta, así como de la correlación entre unas y otras. *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, t. II, 4ª ed., Lustel, 2016, p. 441. Al respecto, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ señalan: “La tipicidad es, pues, la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa”. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, ob. cit., p. 177.

³⁷ La suficiencia de la tipificación es, en definitiva, una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta. A la vista de la norma debe saber el ciudadano que su conducta constituye una infracción y, además, debe conocer también cuál es la respuesta punitiva que a tal infracción depara el ordenamiento. O dicho en otras palabras: *la tipificación es suficiente cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra*. *Vid.* NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, ob. cit., p. 293.

³⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 5ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 733.

sancionadoras describan de manera clara y precisa, las conductas que consideren constitutivas de infracción administrativa; y por otro, en la exigencia de tipificación de las sanciones, lo que se traduce en la necesidad de que las sanciones correspondientes a cada una de las infracciones previstas en la norma se encuentren claramente definidas y graduadas.

La vigencia del principio de tipicidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador impone así un doble mandato: por una parte exige que el legislador (Parlamento o Administración Pública) describa con minuciosidad cada uno de los elementos de la conducta ilícita y sus correspondientes sanciones (sería la aplicación del principio de tipicidad en la ley). Por otro, y como mandato a la Administración, reclama la absoluta adecuación entre el hecho realizado y el tipo descrito en la norma (tipicidad en la aplicación de la ley).³⁹

De este modo, desde el punto de vista de su proyección en el orden normativo, el principio de tipicidad exige que las leyes sancionadoras configuren con la mayor precisión posible las infracciones y las sanciones correspondientes, de manera tal que permitan a los ciudadanos conocer previa y claramente las conductas sancionables y las sanciones administrativas que correlativamente con estas corresponderán imponerse. Por su parte, en lo que respecta a su proyección en el orden práctico, el referido principio no solo exige que la Administración Pública ajuste los hechos cometidos a la conductas descritas como infracción en las normas sancionadoras, sino que además impone a esta la obligación de aplicar exclusivamente las sanciones establecidas en dichas normas, y dentro de los límites que la propia norma señala para cada tipo de infracción; impidiendo así que la Administración Pública opere frente a comportamientos no previstos en la ley o que proceda a la imposición de sanciones que o bien no se encuentran predeterminadas en esta o no se adecuan a la gravedad de la infracción cometida.⁴⁰

³⁹ TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel y Vicenç AGUADO I CUDOLÁ, *Derecho Administrativo Sancionador*, Cedes, Barcelona, 1995, p. 60.

⁴⁰ Al respecto, MUÑOZ MACHADO refiere: “Lo primero que exige en este punto el principio de tipicidad es que no se deje al aplicador libertad absoluta para utilizar cualquiera de las sanciones que prevé la norma, sin ninguna clase de límites, y sin usar ningún criterio de ponderación, de modo que, por ejemplo, se permita que imponga sanciones graves por infracciones leves. Una manera de evitarlo es la concreción del margen de discrecionalidad con que cuentan los órganos sancionadores. A ello contribuye, en primer lugar, la graduación de las infracciones y sanciones.

”Naturalmente, los aplicadores de las normas sancionadoras tienen la facultad, y la evidente necesidad, de interpretarlas. Pero los criterios que utilizan para hacerlo también tienen que acomodarse a ciertas exigencias: por un lado, no pueden usarse interpretaciones imprevisibles, absurdas o que utilicen criterios que nos sean los comúnmente aceptados en Derecho. Por otro lado, está prohibida la aplicación analógica de las normas sancionadoras”. *Vid.* MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General*, t. XII, ob. cit., p. 316.

En otras palabras y como bien refiere GARBERÍ LLOBREGAT, el principio de tipicidad incorpora una doble exigencia teórica y práctica: en el plano teórico exige la plasmación explícita de los hechos constitutivos de la infracción y de sus consecuencias represivas en una norma de rango legal, lo que, en el terreno de la práctica, se traduce en la imposibilidad de calificar una conducta como infracción o de sancionarla si las acciones u omisiones cometidas por el sujeto no guardan una perfecta similitud con las diseñadas en los tipos legales.⁴¹

No son admisibles por tanto, y se contraponen al principio de tipicidad, las fórmulas genéricas e indeterminadas, las que posibilitarían a la autoridad administrativa actuar con un excesivo arbitrio en el ejercicio de su potestad sancionadora, dando cabida a arbitrariedades administrativas en este ámbito y conllevando a la inseguridad jurídica de los ciudadanos. Las normas sancionadoras deben presentarse de forma clara y concreta, sin acudir a términos vagos que dejen, de hecho, en la indefinición el ámbito de lo punible.⁴²

II.3. Principio de irretroactividad

Como derivación del principio de legalidad, junto al principio de tipicidad también se encuentra el *principio de irretroactividad*,⁴³ de acuerdo con el cual resultan aplicables las disposiciones normativas de naturaleza sancionadora que se encuentren vigentes en el momento de producirse los hechos constitutivos de infracción administrativa.

Este principio determina que las disposiciones sancionadoras solo son válidas para tipificar y sancionar ilícitos cuando hayan entrado en vigencia con anterioridad al momento de la comisión de los hechos ilícitos y siempre que estén vigentes al momento de la imposición de la sanción por la autoridad.⁴⁴ De este modo el referido principio deja sentada la imposibilidad de sancionar comportamientos cometidos antes de plasmarse, a nivel legislativo, su concreta tipificación.⁴⁵

⁴¹ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El procedimiento administrativo sancionador*, 2ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 102.

⁴² MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Diccionario de Derecho Administrativo*, t. II, 1ª ed., lustel, Madrid, 2005, p. 1905.

⁴³ Vid. COSCULLUELA MONTANER, Luis y Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, *Derecho Público Económico*, 4ª ed., lustel, Madrid, 2011, p. 226; BACA ONETO, V., "La retroactividad favorable en Derecho Administrativo Sancionador", en revista *Thēmis*, No. 69, p. 28.

⁴⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos, "Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la Administración Pública en la Ley peruana", en revista *Advocatus*, No. 13, p. 244.

⁴⁵ Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, José, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales*, ob. cit., p. 87.

El principio de irretroactividad se proyecta así sobre dos aspectos fundamentales, la tipificación de infracciones y la tipificación de sanciones, cuya plasmación legal deberá anteceder a la comisión de las conductas sancionables y permanecer vigente al momento en que la autoridad actuante proceda a la aplicación de la norma sancionadora a dichas conductas.

De acontecer lo contrario se correría el riesgo de sancionar comportamientos que al momento de su comisión no figuraban como infracción administrativa en las disposiciones sancionadoras, o de estar tipificados como tal, proceder a su castigo con la imposición de sanciones que resultan improcedentes, bien porque al momento de aplicarse ya no se encontraban previstas en la norma o porque resultaban de mayor gravedad a las establecidas cuando se produjeron los hechos, a lo que se opone rotundamente el principio de irretroactividad.

Por tanto, no cabe castigar a nadie por una conducta que, cuando fue realizada, no constituía infracción o, si ya era infracción, castigarlo con una sanción superior a la que estaba establecida entonces. En suma, está prohibida la irretroactividad *in malam partem*.⁴⁶ Existe sin embargo una importante excepción al principio de irretroactividad, de sumo valor en materia sancionadora:⁴⁷ la retroactividad de las disposiciones posteriores favorables al infractor.⁴⁸ Esta excepción implica la aplicación al infractor de las normas sancionadoras beneficiosas que surjan con posterioridad a la realización de la conducta;⁴⁹ de ahí que en su virtud, al momento de sancionar una conducta corresponde aplicar no la norma que se encontraba vigente cuando esta se cometió, sino la que resulte integralmente más favorable entre ese momento y aquel en el cual se impone el castigo.⁵⁰

En tal sentido, si luego de la comisión del ilícito administrativo, según la ley preexistente, se produce una modificación legislativa, y la nueva ley es, en su consideración integral, más benigna para el administrado, bien porque priva

⁴⁶ REBOLLO PUIG, Manuel y otros, "Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España", en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, No. 7, p. 37.

⁴⁷ Sobre este particular, PERELLÓ DOMÉNECH señala: "la regla general, en este ámbito, es que solo pueden aplicarse normas sancionadoras en vigor en el momento de ocurrir los hechos, que definan la conducta u omisión como infracción administrativa. La excepción a esta regla la constituyen las disposiciones sancionadoras más favorables, que sí tendrán efectos retroactivos". Vid. PERELLÓ DOMÉNECH, I., "Derecho Administrativo sancionador y jurisprudencia constitucional", en *Revista Jueces para la democracia*, 1994, No. 22, ISSN: 1133-0627, pp. 76-81.

⁴⁸ Vid. GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Íñigo SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, ob. cit., p. 184.

⁴⁹ SANZ GANDASEGUI, Francisco, *La potestad sancionadora de la Administración*, ob. cit., p. 119.

⁵⁰ Vid. BACA ONETO, V., "La retroactividad favorable...", ob. cit., p. 28.

el carácter reprochable al acto, o porque establece una sanción de menor efecto dañino para el sujeto pasivo, entonces será dicha ley aplicada al caso (entendida como más favorable o benigna), no obstante no haber regido al momento en que se ejecutara el ilícito administrativo.⁵¹

Como se ha señalado por diferentes autores,⁵² el fundamento del principio de irretroactividad reside en la seguridad jurídica,⁵³ que impide se sancione *a posteriori* por hechos que al momento de realizarse eran concebidos como lícitos y con sanciones más graves a las señaladas cuando tuvo lugar su comisión. No obstante, para autores como GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES el fundamento de este principio no solo radica en la seguridad jurídica, sino que ha de encontrarse en otras razones. Al respecto señalan:

“El fundamento del principio de irretroactividad es múltiple. En primer lugar hay que buscarlo en el principio de legalidad. La irretroactividad es una garantía para el individuo; su quiebra supone invasiones arbitrarias del Estado en la esfera individual. Por consiguiente, hay que considerar razones de seguridad jurídica, ya que, de lo contrario la comunidad nunca sabría que comportamientos pueden o no realizarse, viviendo en un estado de continuo sobresalto. Asimismo, se entiende que se puede fundamentar en el principio de proporcionalidad, por falta de necesidad de pena o por la existencia de una necesidad menos intensa. En tercer lugar se acude al principio de culpabilidad; como veremos más adelante: para que se pueda vincular una sanción a un comportamiento es preciso que la acción sea culpable, lo que requiere entre otras cosas, la existencia de conciencia de la antijuridicidad. El sujeto debía saber que la acción estaba prohibida, de forma que pueda calcular las consecuencias jurídicas derivadas de su comportamiento. Para ello es preciso que el comportamiento se encuentre previsto en una norma en el momento de comisión de los hechos. Por último, si uno de los fines de la sanción es la disuasión, tal fin pierde su sentido si la conducta no estaba previamente prohibida”.⁵⁴

Por su parte, en lo que respecta al fundamento de la aplicación retroactiva de la norma sancionadora favorable se constatan en la doctrina diferentes criterios,

⁵¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos, “Los principios delimitadores...”, ob. cit., p. 244.

⁵² Podemos señalar entre estos: José GARBERÍ LLOBREGAT, Alejandro NIETO GARCÍA, Francisco SANZ GANDESEGUI, Manuel GÓMEZ TOMILLO e Íñigo SANZ RUBIALES.

⁵³ De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española* ha de entenderse por seguridad jurídica lo siguiente: Cualidad del ordenamiento jurídico que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación. Por su parte, el *Diccionario del Español Jurídico* la define como: Principio general del Derecho que impone que toda persona tenga conocimiento cierto y anticipado sobre las consecuencias jurídicas de sus actos y omisiones.

⁵⁴ GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Íñigo SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, ob. cit., pp. 182-183.

desde aquellos que aluden a razones de humanidad, justicia y piedad, hasta los que refieren motivos de retribución, disminución del desvalor social de la conducta o de igualdad. Este último aspecto ha sido claramente expuesto por GARCÍA NIETO, para quien resulta inocuo castigar de distinta manera a quienes han cometido la misma infracción, de ahí que sitúe a la igualdad como fundamento esencial de la retroactividad.

II.3.1. Tratamiento legal del principio de irretroactividad en declaraciones, pactos y convenios internacionales sobre derechos

En lo que a su regulación jurídica respecta, diferentes cuerpos normativos de carácter internacional se han pronunciado en relación con el principio de irretroactividad. Entre estos resulta válido señalar:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. La vigente Declaración acoge el referido principio en el artículo 11. 2 y en este sentido dispone:
“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966. En iguales términos a los señalados en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, este Pacto lo establece en el artículo 15. 1, donde refiere:
“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito [...]”.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en fecha 22 de noviembre de 1969 y puesta en vigor el 18 de julio de 1978.

De igual modo, el principio de irretroactividad se regula en el artículo 9 de la Convención Americana, el que redactado de manera prácticamente coincidente con los preceptos legales de los textos anteriores, establece:

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco

se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito [...]”.

- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), de 4 de noviembre de 1950. Este convenio por su parte, lo regula en el apartado 1 del artículo 7, en el cual se dispone lo siguiente:

“Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que ha sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”.

Tal y como sucede con el principio de legalidad, el reconocimiento que en estos textos se realiza a favor del principio de irretroactividad se orienta hacia el ámbito penal, salvo en el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que se otorga a dicho principio un mayor alcance, en tanto no se alude en este a conductas delictivas, sino a acciones u omisiones constitutivas de infracción, término genérico dentro del que bien pueden tener cabida tanto los delitos como las infracciones administrativas. De este modo, el referido Convenio deja sentado de manera clara la aplicabilidad del principio de irretroactividad, tanto en el ámbito penal como en el del Derecho administrativo sancionador.

II.4. Principio *non bis in idem*

Encuadrado bajo el aforismo latino “*non bis in idem*”, otro de los principios que rige el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa lo constituye el de la *no duplicidad de sanciones por los mismos hechos*; tradicional principio que asentado inicialmente en el Derecho penal, opera en la actualidad en otros ámbitos del Derecho, por tanto, no es de aplicación exclusiva en la referida rama jurídica.

Desde una perspectiva muy amplia, el *principio non bis in idem* ha sido definido por DEL REY GUANTER como:

“principio general del Derecho que, en base a los principios de proporcionalidad y de cosa juzgada, prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procedimientos, sea en uno o más órdenes sancionadores, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamento “de sujetos, objeto o causa material y de acción o razón de pedir, si nos referimos a la perspectiva procesal–, y siempre que no exista una

relación de supremacía especial de la Administración respecto al sujeto en cuestión”.⁵⁵

Concebido como antecede, el principio *non bis in idem* comporta dos grandes prohibiciones: la prohibición de una doble sanción y la prohibición de un doble enjuiciamiento. De lo anterior resulta que se le atribuye a este un doble significado: por una parte es un principio material, según el cual nadie debe ser castigado dos veces por la misma infracción, y por otra, es un principio procesal, en virtud del cual nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos.⁵⁶

Dos son, en consecuencia, las vertientes o perspectivas a partir de las cuales se configura el principio indicado: una vertiente material o sustantiva y una vertiente procesal o adjetiva, ello según excluya la dualidad de sanciones o la dualidad de procedimientos sancionadores.

De este modo, en su vertiente material, el principio *non bis in idem* impide que una persona sea sancionada o castigada dos o más veces, en uno o más órdenes punitivos, por un mismo hecho sobre la base de idéntico fundamento.⁵⁷ Dicho de otro modo, el principio prohíbe la aplicación de dos o más

⁵⁵ REY GUANTER, Salvador DEL, *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el Orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, p. 111. En términos similares a los anteriormente enunciados LINDE PANIAGUA lo define del siguiente modo: “El principio non bis in ídem es un principio general del Derecho que supone la prohibición o exclusión de duplicidad de sanciones administrativa y penal en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento”. Vid. LINDE PANIAGUA, Enrique, *Fundamentos de Derecho Administrativo (Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos)*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2010, p. 296. MUÑOZ QUIROGA, refiriéndose al principio señalado, sostiene: “consiste en el derecho público subjetivo del ciudadano a no ser castigado por el mismo hecho con una pena y una sanción administrativa (o dos sanciones administrativas), siendo indiferente que estas operen en el tiempo de forma simultánea o sucesiva”. Vid. MUÑOZ QUIROGA, Antonio, “El principio non bis in ídem”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 45, 1985, p. 133. Junto a estos autores encontramos a MUÑOZ MACHADO, quien en relación con este principio plantea: “El non bis in ídem significa que nadie puede ser sancionado dos veces por lo mismo. Es una regla que parte de un concurso de normas, prohibiendo la aplicación de dos o más normas sancionadoras a un solo comportamiento infractor del ordenamiento”. Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Diccionario de Derecho Administrativo*. t. II, Lustel, Madrid, 2005, p. 1906. SANZ GANDASEGUI, por su parte, hace alusión a este del modo siguiente: “En lo que respecta a las relaciones entre la potestad punitiva jurisdiccional y la administrativa, este principio implica la incorrección de la imposición sucesiva o simultánea de una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho”. Vid. SANZ GANDASEGUI, Francisco, *La potestad sancionadora de la Administración*, ob. cit., p. 126.

⁵⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales...*, ob. cit., p. 155. En términos similares se pronuncia TRAYTER JIMÉNEZ. Vid. TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, “Sanción penal-sanción administrativa: el principio ‘non bis in’ en la jurisprudencia”, en revista *Poder Judicial*, No. 22, 1995, p. 115.

⁵⁷ Vid. CANO CAMPOS, Tomás, “Non bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador”, en *Revista de Administración Pública*,

sanciones –estén referidas estas exclusivamente al ámbito administrativo o deriven de la implementación del orden administrativo y el penal– cuando concurren identidad de sujeto, hecho y fundamento.⁵⁸

En su vertiente procesal, por su parte, el principio *non bis in idem* proscribire el doble enjuiciamiento por unos mismos hechos, o sea, impide que unos mismos hechos sean objeto de dos o más procedimientos, sucesivos o simultáneos, bien se desarrollen estos en uno o más órdenes jurídicos sancionadores.⁵⁹ Ello se traduce –en palabras de CANO CAMPOS– en la prohibición de que un sujeto sea sometido por su comisión a dos o más procedimientos (penales o administrativos), siempre que tales hechos lesionen o pongan en peligro el mismo bien jurídico.⁶⁰

No. 156, septiembre-diciembre, 2001, p. 198. Sobre este particular, de manera muy acertada, GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES establecen: “el principio *non bis in idem*, en su vertiente material, puede ser definido como la prohibición de sancionar simultánea o sucesivamente dos o más veces por un mismo hecho, cuando las normas sancionatorias posean un mismo fundamento o base racional”. Vid. GÓMEZ TOMILLO, Manuel e ÍÑIGO SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, ob. cit., p. 210.

⁵⁸ En este sentido se pronuncian diferentes autores. Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo...*, t. II, ob. cit., p. 451; MORÓN URBINA, Juan Carlos, “Los principios delimitadores...”, ob. cit., p. 36; LOZANO SUÁREZ, Luis Miguel, “El principio *non bis in idem*: colisión entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador”, en *Revista de Derecho Penal*, No. 15, 2005, p. 59; MARINA JALVO, Belén, “La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio *non bis in idem* (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003 de 16 de enero)”, en *Revista de Administración Pública*, No. 162, septiembre-diciembre, 2003, p. 175.

⁵⁹ Al referirse a esta vertiente, MAÑALICH señala: “Específicamente aquí se trata de la proscripción de la posibilidad de que una persona sea sometida a juzgamiento múltiple por un mismo hecho, lo cual podría tener lugar de dos maneras: o bien por la vía de (dos o más) juzgamientos sucesivos por un mismo hecho, o bien por la vía de (dos o más) juzgamientos simultáneos por un mismo hecho”. Vid. MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “El principio *non bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”, en *Revista Política Criminal*, vol. 9, No. 18, 2014, p. 551. En este sentido también se pronuncia TRAYTER JIMÉNEZ, quien al referirse a esta vertiente sostiene: “Esta vertiente procesal impide no sólo la dualidad de procedimientos –administrativo y penal–, sino también el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos como consecuencia ‘de los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada’”. Vid. TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, “Sanción penal-sanción administrativa...”, ob. cit., p. 115.

⁶⁰ CANO CAMPOS, Tomás, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal”, ob. cit., p. 198. Tal criterio ha sido asumido por diferentes autores: Vid. MORÓN URBINA, Juan Carlos, “Los principios delimitadores...”, ob. cit., p. 36; RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes, “El *non bis in idem* en el ámbito administrativo sancionador”, en *Revista de Derecho Universidad del Norte*, No. 40, 2013, p. 22; MARINA JALVO, Belén, “La problemática solución de la concurrencia...”, ob. cit., p. 175; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio non bis in idem*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 20.

Visto desde el ámbito administrativo sancionador, el principio *non bis in idem* se concreta en la prohibición de que la Administración Pública proceda a la imposición de dos o más sanciones administrativas, o en su caso, la tramitación simultánea o sucesiva de dos procedimientos administrativos sancionadores por unos mismos hechos y bajo idéntico fundamento. Asimismo, comporta para la Administración la prohibición de sancionar un hecho constitutivo de delito o sobre el cual ya haya recaído sanción en la jurisdicción penal, independientemente de que este se encuentre tipificado, a la vez, como ilícito penal e infracción administrativa. A lo expuesto con anterioridad se añade además la imposibilidad de incoar de forma paralela un procedimiento administrativo sancionador sobre hechos que son objeto de enjuiciamiento en el ámbito penal, salvo que ello se justifique por responder en una u otra materia a la protección de diferentes bienes e intereses jurídicos; o de tramitar un procedimiento administrativo tras la realización de otro de carácter penal del que resulte la declaración de que los hechos enjuiciados son constitutivos de delito.⁶¹

II.4.1. Requisitos de aplicabilidad del principio *non bis in idem*

A pesar de la sencillez que aparentemente envuelve la formulación del principio *non bis in idem*, constituye un principio de gran complejidad y de gran connotación en el orden práctico, que como se denota en los párrafos que anteceden, no opera así sin más. Como presupuesto para su aplicación, este principio exige que exista una triple identidad: subjetiva (o de sujeto), objetiva (fáctica o de hecho) y de fundamento o causal. Es decir, lo que tradicionalmente se conoce como que concurra *eadem persona, eadem res y eadem causa petendi*.⁶²

La identidad subjetiva se erige en el primer requisito necesario para que opere el principio *non bis in idem*. Este elemento exige que el sujeto sobre el cual haya recaído o pueda recaer una doble sanción o un segundo procedimiento sancionador sea una misma persona, con independencia del grado de participación o forma de culpabilidad que le sea imputable.

⁶¹ Referido a cómo debe ser entendido el principio *non bis in idem*, específicamente en el ámbito administrativo sancionador, GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES, de manera concreta, refieren: “Desde la óptica del Derecho administrativo sancionador, tal principio debe ser concebido como la prohibición de que la Administración sancione un hecho que sea constitutivo de delito o ya haya sido sancionado como infracción administrativa, cuando ambas normas punitivas tengan igual finalidad tuitiva”. Vid. GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Íñigo SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, ob. cit., p. 210.

⁶² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio non bis in idem*, ob. cit., p. 35.

Sin embargo, la referida identidad subjetiva se quiebra en aquellos casos en que una misma persona interviene en ejercicio de distintos títulos jurídicos; o sea, si posee una relación de sujeción general para con la Administración Pública y al propio tiempo se encuentra vinculada a esta en virtud de una relación de sujeción especial, pudiendo en consecuencia ser sancionada doblemente por la comisión de un determinado hecho. Lo anterior se justifica en que, si bien se trata de un mismo sujeto, la condición bajo la cual este actúa no es la misma, ello en razón del tipo de relación que sostiene con la Administración en uno u otro caso, como ciudadano o como funcionario. Por lo tanto, no existe en el referido supuesto una identidad subjetiva jurídica.

La identidad objetiva o fáctica es el segundo requisito exigible para que pueda tener lugar la aplicación del principio; el que se traduce en que los hechos constitutivos del supuesto de la infracción deben ser los mismos.

Por último, como tercer requerimiento se encuentra la identidad de fundamento o como también se ha dado en llamar, identidad causal o del bien jurídico tutelado. De conformidad con este ha de existir una superposición exacta entre los bienes jurídicos protegidos y los intereses tutelados por las distintas normas sancionadoras, de suerte tal que si los bienes jurídicos que se persiguen en los distintos ordenamientos resultan ser heterogéneos, existirá diversidad de fundamento, mientras que si son iguales, no procederá la doble punición.⁶³

En este sentido, para que una persona sea objeto de una doble sanción o de un doble enjuiciamiento por la comisión de una conducta constitutiva de infracción, las normas sancionadoras en las que aquella se regule deben estar dirigidas a la protección de bienes o intereses jurídicos diversos.⁶⁴ Por

⁶³ MORÓN URBINA, Juan Carlos, "Los principios delimitadores...", ob. cit., p. 35.

⁶⁴ Sobre este particular, la Sentencia No. 234/1991, de 10 de diciembre, del Tribunal Constitucional español, establece: "Para que la dualidad de sanciones por un mismo hecho 'penal y administrativa' sea constitucionalmente admisible es necesario que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción 'de orden penal' intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado". Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, José, "Principio non bis in ídem y cuestiones de prejudicialidad", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, No. 11, 1997, pp. 79-122.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional peruano, en Sentencia No. 2868-2004, ha establecido que: "De ahí que se considerase que el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.

[...]

"5. Para que el ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración policial pueda considerarse contraria a dicho derecho fundamental, en su dimensión material [que es la que el recurrente, en esencia, ha alegado], es preciso que cuando menos dos de las sanciones

el contrario, cuando de la comisión de un hecho resulte la transgresión de diferentes ordenamientos sancionadores, pero que pese a su diferente carácter se encaminan a la salvaguarda de un mismo bien jurídico, no tendrá cabida la referida dualidad sancionatoria, solo será admisible en estos casos la imposición de una única sanción.⁶⁵

II.4.2. Tratamiento legislativo del principio non bis in idem en declaraciones, pactos y convenios internacionales sobre derechos

En lo referente a su tratamiento legal, el principio *non bis in idem* ha sido objeto de regulación jurídica en diferentes textos de carácter internacional –dígase convenios, pactos, cartas, por solo citar algunos ejemplos–, los que han servido de basamento para su posterior tratamiento en no pocos ordenamientos jurídicos nacionales.

Entre los múltiples textos internacionales que hacen referencia al principio, cabe mencionar, entre otros:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966. En el artículo 14.7, el referido texto establece:
“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en fecha 22 de noviembre de 1969 y puesta en vigor el 18 de julio de 1978; esta constituye otro de los documentos que aluden al principio objeto de análisis.

impuestas a un mismo sujeto, por la comisión de un acto, obedezcan a la infracción de un mismo bien jurídico, sea este administrativo o de carácter penal. Por tanto, lo importante para calificar si dos sanciones impuestas violan dicho derecho fundamental no es tanto que por un mismo acto una persona sea sancionada administrativa y disciplinariamente y, correlativamente, en un proceso penal [pues, a priori, efectivamente ello puede acontecer desde el momento en que aquel acto puede suponer la infracción de un bien jurídico administrativo y, simultáneamente, de un bien jurídico penal], sino que la conducta antijurídica, pese a afectar a un solo bien jurídico, haya merecido el reproche dos o más veces”. *Vid.* MORÓN URBINA, Juan Carlos, “Los principios delimitadores...”, *ob. cit.*, p. 36.

⁶⁵ En relación con la identidad de fundamento o identidad causal como requisito del principio *non bis in idem* GARBÉRÍ LLOBREGAT señala: “la identidad causal no suele reconducirse a la naturaleza de la sanción sino a la semejanza entre los bienes jurídicos protegidos por las distintas normas sancionadoras o entre los intereses tutelados por ellas, de forma tal que, como sucede en el ámbito penal criminal, si los bienes jurídicos afectados por un mismo hecho resultan heterogéneos existirá diversidad de fundamento, mientras que si son homogéneos, no procederá la doble punición aunque las normas jurídicas vulneradas sean distintas”.

El artículo 8 de esta Convención regula un conjunto de garantías judiciales y específicamente en su apartado 4 dispone:

“El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

- Protocolo No. 7 adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 22 de noviembre de 1984, que, por su parte, acoge el principio en el artículo 4.1, el cual refiere: “Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales de un mismo Estado por una infracción por la que haya sido absuelto o condenado mediante sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado”.⁶⁶
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF), de 7 de diciembre del 2000, y de gran connotación en el ámbito europeo. Esta ha venido de igual modo a pronunciarse sobre el principio señalado y en este sentido, en el artículo 50, bajo la denominación de derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción, establece: “... nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley”.

Como consecuencia de la regulación de este principio en estas declaraciones, pactos o convenios internacionales y en observancia de estas normativas, numerosos países lo han acogido en disposiciones legales de carácter constitucional y penal. No obstante, y pese a la orientación penalista que reviste la redacción de los preceptos legales anteriormente enunciados, ello no ha devenido obstáculo para que de igual modo haya sido objeto de regulación en materia administrativa sancionadora. En la actualidad, países como Perú,

⁶⁶ Vid. Convenio Europeo de Derechos Humanos, p. 46, disponible en www.echr.coe.int. El presente constituye una traducción de la versión oficial del Convenio. En ese sentido se sugiere la lectura de sus versiones auténticas, inglesa y francesa.

En su versión al inglés, la Convención Europea de Derechos Humanos, en el artículo 4 establece:

“Article 4: Right not to be tried or punished twice

No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State”.

Por su parte, la versión al francés del mismo artículo refiere:

“Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois

Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d’une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État”.

Ecuador, El Salvador, España y Alemania así lo recogen al interior de sus ordenamientos. Se trata por ende de un principio que no es exclusivo para determinada materia –penal o administrativa–, sino que es perfectamente aplicable en ambos órdenes sancionadores.

Como límites del poder sancionador de la Administración Pública, no cabe la menor duda de la trascendencia que los principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad y *non bis in idem* poseen; principios que como otros, constituyen importantes garantías para nuestros ciudadanos o administrados frente al privilegio de sancionar del cual goza la Administración Pública. Dada la complejidad que cada uno de ellos encierra hemos querido dejar plasmadas, en relación con estos, algunas ideas, con el anhelo de que sirvan para una mejor comprensión de su contenido y esencia.

La noción de función pública: apuntes en una perspectiva técnico-jurídica

Fernando MONZÓN PÁEZ*

“Administrar no es cosa de oprimir un botón, tirar de una palanca, dar órdenes, estudiar estados de pérdidas y ganancias, promulgar leyes y reglamentos. Administrar es más bien tener facultad de determinar lo que vaya a ocurrir con las personas y la felicidad de pueblos enteros, el poder de dar forma al destino de una nación y al de todas las naciones que forman el mundo [], por lo tanto, es tarea del hombre de Estado y las técnicas que el funcionario emplea son solo consecuencias de las fuerzas que pone en movimiento y que ayuda a dirigir”.

Marshall E. DIMOCK

I. A modo de preámbulo

Cuando se habla de *función pública* en el ámbito del Derecho administrativo, en cualquiera de las aristas que se aborde la noción de esta categoría, nos topamos con una temática cuyo estudio denota significativa complejidad. Ello se debe, entre otros factores, al uso polisémico de la expresión –*ad intra* o *ad extra* de la rama iusadministrativa–, a la ausencia de una concepción de aceptación universal, a su estrecha relación con otras nociones, igualmente polémicas, como la de funcionario público o la propia idea de lo público –como parte de las problemáticas que se derivan de la perenne dicotomía público-privado–,¹ así como de las problemáticas derivadas de su propia articulación.

* Doctor en Ciencia Jurídica (Universidad de La Habana, Cuba, 2020). Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Juez suplente del Tribunal Provincial Popular de La Habana. E-mail: fernando@lex.uh.cu

¹ El binomio público-privado ha estado caracterizado por mutaciones y redimensionamientos constantes como consecuencia de su conexión con la evolución de la relación entre el poder y la sociedad. Véase RAGGI, L., “Ancora sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato”, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, LV, 1915, Milán, pp. 111-172; BONFANTE, P., “La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato”, in *id.*, *Scritti giuridici vari*, vol. 4, Torino Tipografico-editrice torinese, Roma, 1925, pp. 28-45; BOBBIO, Norberto, *La gran dicotomía público/privado*, traducción de José F. Fernández Santillán, Editorial de la Universidad de Antioquia, Medellín, 2015, obra completa; RANELLETTI, Oreste “Il concetto di ‘público’ nel diritto”, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXXIX, 1905, Milán, pp. 337-354; BREWER

Todo ello forma parte de un proceso científico inacabado, por lo que, distante de resultar una institución de perfiles definitorios precisos, la función pública ha sido una de las que ha padecido mayores avatares en lo teórico y aún, en la actualidad, muchas de las polémicas que se entretujan en torno a ella no han sido zanjadas.

Estas dificultades son perceptibles desde un prisma universal, sin que en su aprehensión interfiera el contexto político, económico y social o la perspectiva con la que se trate el asunto. Ahora bien, si tuviera que identificarse, con fines metodológicos, los principales factores que han incidido en la complejidad planteada, sin dudas existen dos que han constituido el nudo gordiano de los debates —fundamentalmente desde que se comienza a asociar a la función pública con el fenómeno de la ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública—: un *factor teórico* y un *factor contextual*.

El primero de ellos tiene varias vías de manifestación que han gravitado sobre el tema; entre ellas, las imprecisiones derivadas de su propia gnoseología. Las referencias que aparecen de la expresión función pública muestran una perspectiva polisémica en cuanto a su sentido y alcance en el argot político-jurídico, que dificulta su comprensión teórico-jurídica; lo cual determina conflictos, en el ámbito doctrinal y práctico, para perfilar sus contornos definitorios y visualiza sus insuficiencias técnicas como institución jurídica.

Puede adicionarse que todo el sistema categorial en el ámbito de la función pública adolece de construcciones que —hasta la fecha— evidencian trazos inconclusos con matices y modulaciones doctrinales de gran diversidad,² lo cual irradia, naturalmente, hacia el conglomerado de relaciones y situaciones que se dan en su esfera de funcionamiento jurídico y que pueden asimilarse de modo distinto en correspondencia con el ordenamiento de que se trate.

En este sentido, por ejemplo, suelen existir determinadas confusiones e interferencias teórico-prácticas entre las relaciones de servicio, de empleo y orgánica, lo que impide la adecuada diferenciación entre ellas y desencadena pugnas

CARIAS, Allan R., “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 57, 1976, Universidad Central de Venezuela, Caracas, pp. 114-135.

² Puede consultarse —para una idea preliminar, por ejemplo—: DUGUIT, León, *Traité de Droit constitutionnel*, t. II — *La théorie générale de l'État*, 2^o éd., Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs, Paris, 1928, p. 36; RUIZ Y GÓMEZ, Julián M., *Principios Generales de Derecho Administrativo. El personal de la Administración Pública. Exposición Doctrinal y de Derecho Positivo y Jurisprudencia cubana*, Cultural S.A., La Habana, 1935, p. 35 y ss.; SANTI ROMANO, *Corso di Diritto Amministrativo. Principi Generali*, 6^a ed., Cedam-Padova, Milano, 1958, p. 245 y ss.; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, vol. I, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1970, p. 397 y ss.

innecesarias con el Derecho del trabajo—que con mucha fuerza interviene hoy en el contexto de desenvolvimiento de la función pública—.

Todas estas problemáticas se agudizan, además, por los movimientos sinuosos que han caracterizado la formación de los sistemas actuales de organización de la función pública. Si se toma como referente la configuración originaria de los modelos clásicos³—abierto o de empleo y cerrado o de carrera—, claramente se concluye sobre la inexistencia de alguno de ellos en estado puro, para hallar, de inmediato, una realidad signada por la mixtura y la necesidad de implementar esquemas que se sustenten sobre la base de la conciliación de intereses.

Por su parte, el factor contextual resulta una variable de ineludible atención para cualquier análisis que se realice relativo a la función pública, pues no puede sustraerse la cuestión de la antigua y perenne problemática en torno a la organización de los medios personales al servicio del poder, donde cada hito de la evolución del Estado, la Administración Pública y el Derecho administrativo se erige condicionante de las concepciones que en cuanto a la función pública se han tenido.⁴ Esto último condiciona cualquier teorización que pueda realizarse, pues si bien técnicamente debe ser un propósito hallar una concepción con vocación universal, esta ha de tener capacidad para adecuarse a cada contexto político-jurídico nacional.

Se trata, además, de un fenómeno que se integra dentro de la singular preocupación por la eficacia y eficiencia de la actuación administrativa, lo que se inscribe—y toma mayor relevancia— dentro de los grandes debates generados durante los siglos xx y xxi, partir del redimensionamiento de los fines del Estado y la idoneidad de las instituciones, mecanismos, procedimientos y medios que

³ En trabajos como el de GAZIER o el de PRAT—por ejemplo— pueden encontrarse descripciones pormenorizadas—desde una perspectiva histórica y comparada— de los modelos de organización de la función pública y de las variantes desarrolladas en los países más importantes. GAZIER, Francois, *La fonction publique dans le monde*, Cujas, Paris, 1972, p. 15 y ss.; PRAT, Julio A., “De la función pública. Esquema de derecho comparado”, en *Revista de la Facultad de Derecho y ciencias sociales*, No. 1, año VII, enero-marzo, Montevideo, 1956, pp. 113-192.

⁴ Sobre la evolución histórica de la función pública puede profundizarse, por ejemplo, en: KAMMERER, A., *La fonction publique d'après la législation allemande*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau Éditeur, Paris, 1898, obra completa; NEZARD, Henry, *Théorie juridique de la Fonction publique*, Editorial Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1901, obra completa; KAFTANI, Chaterine, *La formation du concept de fonction publique en France*, L.G.D.J., Paris, 1998, obra completa; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, vol. I, ob, cit., pp. 1-59; NIETO GARCÍA, Alejandro, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1986, obra completa; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, pp. 17-35; WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002; PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Derecho Administrativo I – Introducción, Organización administrativa y empleo público*, 23ª ed., OPEN, Madrid, 2013.

tributan a la realización de sus cometidos en el contexto del ensanchamiento de la esfera de intervención estatal.

Ahora bien, en este escenario controversial se encuentra, sin dudas, un aspecto que no ha de ignorarse y que ha sido una constante histórica: el interés por garantizar la especialidad o particularismo jurídico de la función pública—sea cual sea su naturaleza—con el propósito salvaguardar el interés general como fin fundamental y basamento axiológico de la Administración Pública. Ello se debe a la imposibilidad de despojar a la función pública de su teleología propia, dada la indisoluble relación que como institución jurídica tiene con la Administración Pública y el Derecho administrativo.

En esta línea reflexiva se presentan las ideas que se abordan en este artículo, que dirigiré, en esta ocasión, en una dirección muy concreta: la realización de una propuesta teórica de la categoría función pública, que apunta a su tecnificación para el Derecho administrativo, como aporte al debate inconcluso en torno al tema y a la cimentación de las bases para su funcionalidad como institución jurídica.

II. Precisiones terminológicas y de contenido sobre la noción de función pública

Una de las primeras y grandes dificultades que se plantean al momento de construir una concepción de función pública sobre bases técnicas sólidas se presenta en el ámbito teórico. Tiene que ver, como se anunció previamente, con la propia polisemia de la expresión; por ello, el punto de partida ha de ser ilustrar esta realidad, mediante la presentación de los tres sentidos fundamentales que se han atribuido al sintagma ‘función pública’ en el entorno político y jurídico. Estos usos determinan contenidos y alcances dispares, que lejos de excluirse, se articulan de acuerdo con el contexto de que se trate, lo cual imprime mayor complejidad al asunto. Aquellas acepciones son resultado de su conexión con la propia evolución del Estado como fenómeno político y de la Administración Pública como segmento del poder estatal. De tal modo, la noción de función pública viene condicionada por esa dinámica, como secuela, además, de un proceso histórico inacabado, que determina la necesidad de concretar su concepción propiamente jurídica—actualmente difusa o ausente en el espacio de la ciencia del Derecho—.

En este sentido, asumiendo un criterio que resulte cómodo metodológicamente, a efectos de lograr una sistematización de los sentidos y alcances más relevantes de la ‘función pública’, es factible establecer tres niveles que transitan desde lo general a lo específico: (A) una percepción amplia; (B) una perspectiva más restringida; y (C) un sentido mucho más estricto. Una vez

analizadas estas tres dimensiones, se propone y argumenta, como cuarta concepción, la noción estrictamente jurídica de función pública (D).

II.1. La noción amplia de función pública: la función pública como función del Estado

Hallar un momento y un lugar preciso donde ubicar una determinación concreta del vocablo función pública, entendido como función del Estado, es probablemente imposible desde una óptica conceptual. Cuando se acude a la literatura política o jurídica, solo se encuentran alusiones que permiten colegir un uso tradicional del término, devenido de su identificación con el poder que ejerce el Estado, con mayor precisión, con sus funciones;⁵ de tal suerte que esta acepción se ha introducido como una noción con vocación de concentrar el ámbito funcional plural del Estado, mediante la singularización de la expresión ‘función pública’ para aludir a una perspectiva material.

Incluso, puede decirse que ilustrar este planteamiento con referencias específicas resulta sumamente complejo, por tratarse de esos usos del lenguaje que se refieren a nociones aceptadas sin mayores cuestionamientos. La idea de asimilación de función pública—sea en plural o singular— a función (es) del Estado está implícita en la propia caracterización de su poder o derivada del contenido de sus fines y funciones. La conexión debe realizarse sobre la base de entender el alcance *erga omnes* de la actuación y funcionamiento del poder organizado como fenómeno, que es lo que fundamentalmente le imprime el calificativo de *público*.⁶

⁵ Sin entrar en disquisiciones teóricas acerca de las funciones del Estado, se asumen por tales, en palabras de CARRE DE MALBERG, las diferentes manifestaciones, o diversos modos de ejercicio de la potestad estatal, que es una y consiste, de una manera invariable, en el poder que tiene el Estado de querer por medio de sus órganos especiales y por cuenta de la colectividad, imponer su voluntad a los individuos. El estudio jurídico de los actos por los cuales realiza el Estado las distintas atribuciones que él mismo pudo asignarse permite establecer su distinción y clasificarlos en grupos separados; cada uno de ellos forma una rama de la actividad que es una parte de la potestad o una función del Estado. CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, traducción de José Lión Depetre, 2ª ed. (2ª reimp.), Fondo de Cultura Económica de México, D.F., 2001, p. 248. Puede consultarse además para esta temática: DABIN, Jean, *Doctrina General del Estado. Elementos de Filosofía política*, traducción de la primera edición francesa (1939) de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, UNAM, México D.F., 2003, pp. 249, 272; HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, traducción de Luis Tobio, 2ª ed. en español de la 1ª ed. alemana (1934), Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1998, p. 256 y ss. En el ámbito cubano, pueden consultarse los criterios de CAÑIZARES ABELEDO, Diego Fernando, *Teoría del Estado*, Capítulo 1, Imprenta Universitaria André Voisin, La Habana, s/a, pp. 167 y 168; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Teoría del Estado y del Derecho*, t. I, Félix Varela, La Habana, 2001, p. 47 y ss.

⁶ Sin pretender exhaustividad, puede verse entre muchos otros: BLUNTSCHLI, M, *Théorie Générale d l'État*, ed. francesa, traducción de Armand de Riedmatten, Librairie Guillaumin

Naturalmente, esta sinonimia entre función pública y función del Estado está asociada al propio sentido de lo público, que se asimila como característica inherente al poder, cuyos mecanismos de expresión se imponen frente a la colectividad. Luego, lo calificativo del Estado, como forma de poder organizado, es que su poder es supremo y su voluntad soberana; poder y voluntad que sirven para que cumpla con su fin de realizar un determinado aspecto esencial de la comunidad humana. La vida del Estado es un talante de la vida en común. Se manifiesta en el logro, en la satisfacción de fines comunes y culmina en el hecho político.⁷

Cuando se habla de funciones del Estado, se identifican las formas de expresión de su poder, materializadas en las actividades que el propio Estado despliega para el cumplimiento de sus fines o cometidos y que tradicionalmente, con mayor precisión a partir de que el Estado moderno evoluciona y se consolida, especialmente en razón del principio de separación de poderes o división de funciones, se ha entendido su concreción en lo *legislativo, ejecutivo, judicial* y posteriormente, *administrativo*.⁸ Si al Estado, pues, lo distingue su poder y este es público por esencia, cualquier modo de expresión de aquel también lo será.

et Cie., Paris, 1877, pp. 188, 189, 420; LABAND, Paul, *Le Droit Public del Empire Allemand*, t. II, traducción de C. Gandilhon et de Th. Lacuire, ed. francesa, V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, Paris, 1901, p. 148; KELSEN, Hans, *Compendio de Teoría General del Estado*, traducción de Luis Recaséns Sichés y Justino de Azcárate, Colofón, S.A., México D.F., 1992, pp. 114, 133, 189; KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, traducción de Eugenio Bulygin, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 17 y ss.; COLMEIRO, Manuel, *Derecho Administrativo español*, t. I, Librería de Don Ángel Callejas editor, Madrid, 1850, pp. 70, 71; ORLANDO, V. E., *Principii di Diritto Costituzionale*, G. Barbéra Editore, Firenze, 1889, p. 13 y ss.; NEZARD, Henry, *Éléments de Droit Public*, 3^{ème} éd., Libraire Arthur Rousseau, Rousseau et Cie. Éditeur, Paris, 1922, pp. 2 y 3; DABIN, Jean, *Doctrina General del Estado. Elementos de Filosofía política*, traducción de la 1^a ed. francesa (1939) de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, UNAM, México D.F., 2003, pp. 36, 99, 115, 272; BONNARD, Roger, *Précis de Droit Public*, 6^{ème} éd., Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1944, pp. 13, 43.

⁷ Véase GIERKE, Otto VON, *Political Theories of the Middle Age*, 1th ed., translated by Frederic W. Maitland, LL.D, D.C.L, Cambridge at University Press, London, 1900, reprinted 1913, p. 96 y ss. Desde una concepción estrictamente jurídica—como ilustra JELLINEK— GERBER estima que el pueblo se eleva mediante el Estado a personalidad jurídica cuyos derechos arrancan del poder de querer del Estado, que es el poder de dominar y se llama poder público. Este es el poder de voluntad de un organismo ético; no es una coordinación artificiosa y mecánica de muchas voluntades particulares, sino la fuerza ética común de la conciencia que el pueblo tiene en sí mismo, es una fuerza natural contenida originalmente en el Estado por ser este la forma social más alta de la humanidad. Véase JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, t. I, traducción de la 2^a ed. alemana por Fernando de los Ríos Urruti, Librería General de Victoriano Suárez, 1914, p. 201 y ss.

⁸ Véase, por ejemplo, KELSEN, Hans, *Compendio...*, ob. cit., p. 189 y ss.; MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t. I, 1^a ed., traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 89 y ss.; CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría...*, ob. cit., p. 248 y ss.

Consecuentemente, sea cual fuere la concepción que se estudie sobre el Estado como concepto,⁹ se notará inmediatamente la proyección del carácter público de todo lo que involucra como fenómeno político. Lo público lo inunda en toda su magnitud. Se explica a partir del carácter de su poder, elementos, funciones, de su propia teleología y de los medios o formas que le permiten cumplir sus cometidos. Cada uno de estos aspectos lleva implícito el sentido de lo público, cuanto menos, para referirse a una dimensión común o general.

Esta noción se refuerza en la medida en que el concepto occidental¹⁰ de Estado logra imponerse como la única versión legítima y verdadera de lo que este es y que lo público se va identificando con lo *político* y concretamente con lo *estatal*; idea que se generaliza y evoluciona a partir de la expansión de la ideología del Estado moderno.¹¹

De esta manera se asume, en el contexto político y jurídico, que la idea de función pública queda limitada al funcionamiento del Estado como un tipo de poder organizado, sea por el despliegue de su actuación hacia la comunidad,

⁹ Sobre las varias concepciones acerca del Estado, puede verse —por ejemplo—: BODIN, Jean, *Los seis libros de la República*, 3ª ed., traducción de Pedro Bravo Calá, Tecnos, Madrid, 1997, fundamentalmente, Libro II, pp. 85-114; HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, edición preparada por C. Moya y A. Escotado, Editora Nacional, Madrid, 1980, p. 227 y ss.; LOCKE, John, *The second Treatise of Government*, with an Introduction by Joseph Carrig, Barnes & Nobles Books, New York, 2004, pp. 45-78 y ss.; ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato social*, Imprenta Herederos de Roca, Barcelona, 1836, p. 18 y ss.; WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Esbozo de sociología comprensiva, traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora, 2ª ed. en español de la 4ª alemana (2ª reimp.), Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2002, p. 53 y ss. —para ilustrar su noción como asociación o comunidad—; HEGEL, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, traducción de Angélica Mendoza de Montero, 5ª ed., Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 157 y ss., 172 y ss. —como esfera o dimensión social ideal—; ENGELS, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Fundación Federico Engels, Madrid, 2006, p. 117 y ss. —como una institución concreta separada del resto de la sociedad devenida de la división de clases y que surge de la necesidad de frenar el antagonismo de clases. Este es el punto de vista sostenido por el pensamiento marxista clásico—. Desde una perspectiva histórica y analítica conceptual del término *Estado*, puede verse SKINNER, Quentin, *El nacimiento del Estado*, traducción de Mariana Gainza, con estudio preliminar de Eunice Ostrensky, Gorla, Buenos Aires, 2003 (publicación original 1989), obra completa. Asimismo, desde una visión más actual, resulta interesante la obra de FUKUYAMA, Francis, *La construcción del Estado. Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*, traducción de María Alonso, Ediciones B, S.A., Barcelona, 2004, obra completa.

¹⁰ Para una postura crítica actual de esta concepción de Estado, puede consultarse las interesantes ideas del teórico indio Ashis NANDY (psicólogo), quien pretende demostrar la inviabilidad de la concepción moderna del Estado-nación. Véase NANDY, Ashis, *Imágenes del Estado. Cultura, violencia y desarrollo*, traducción de Guillermina Cuevas, Fondo de Cultura Económica, México, 2012 p. 19 y ss.

¹¹ Véase JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, t. I, ob. cit., p. 410 y ss.; HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, ob. cit., pp. 165-181.

sea por la asunción de los asuntos que a ella atañen. Un sentido de lo público que recuerda –de cierta manera– la vieja concepción romana contenida en el *Digesto*: “[...] *Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinent* [...]”.¹²

Según lo expuesto, se realza la importancia de tener referencias al respecto de esta concepción amplia de función pública. Más allá de una conceptualización propiamente, interesa aquí la influencia que esto tiene en el contexto de las percepciones que se fueron construyendo sobre la ordenación del personal al servicio del Estado.

Tal significación está dada, en primer lugar, porque ninguna de las acepciones que se estudian es excluyente del resto, por lo que el uso de todas es perceptible en la actualidad; de ahí la importancia de delimitar sus sentidos y alcances según el contexto de que se trate. Y en segundo lugar –ya en el contexto de la ordenación de los medios personales del Estado–, al tener un basamento material, esta idea de función pública, entendida como aquella que *se realiza* o que *se ejerce*, determinará también el ámbito de funcionamiento de quienes sirven al Estado y en qué condición jurídica se ocupan de ese “círculo de asuntos” –al decir de LABAND–.¹³

Entonces, si se asume su extensión como contentiva de la actividad del Estado en toda su magnitud y mantenemos como constante el particularismo jurídico de la función pública, dicha especialidad abarcará a toda aquella persona que ejerza cualquiera de las tareas estatales, sin importar la esfera funcional en la que se desenvuelva. Consecuentemente, debido a la amplitud de tal concepción, se verificará una realidad caracterizada por ambigüedades gnoseológicas e imprecisiones en cuanto al régimen jurídico de dicho personal.

Por tanto, ha de coincidirse en que un significado amplio de función pública es común y útil a los fines de la teoría política, por asociarse fácilmente a una noción de lo público, relativa más bien al alcance de la actividad y el funcionamiento del Estado. Sin embargo, esta percepción encuentra límites en ámbitos más específicos, como el que nos ocupa, pues determina una esfera competencial de extrema amplitud, que origina imprecisiones al momento de

¹² ULPIANO, *Instituciones*, Libro I, Título I, § 4, en *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latín, publicado por los hermanos KRIEGLER, HERMANN Y OSENBRÜGGEN, por D. Ildelfonso L. GARCÍA DEL CORRAL, Primera Parte –*Instituta-Digesto*, Jaime Molinas, Editor, Barcelona, 1889, p. 5.

¹³ Dice LABAND que la función pública es un “círculo de asuntos del Estado, delimitados por el Derecho público”. En el propio sentido dice MAYER que se trata de un “círculo de asuntos del Estado que debe manejar una persona ligada por la obligación de derecho público de servir al Estado”. Véase LABAND, Paul, *Le Droit Public...*, t. II, ob. cit., p. 3 y ss.; MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t. IV, 2ª ed., traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 9.

establecer una concepción estricta del sistema categorial que integra el elemento subjetivo del Estado y, específicamente, de la Administración Pública. Tal manejo del término atenta, además, contra la pretendida especialidad del régimen jurídico de la función pública, pues al ser tan abarcador sería incluso cuestionable la necesidad misma de ese particularismo.

II.2. La noción restringida de función pública: la función pública como función administrativa

Dentro de los estudios jurídicos puede encontrarse una segunda acepción de función pública, muy común en la literatura y hasta en la legislación y la jurisprudencia, que la vincula con la función administrativa. Naturalmente, esto ocurre en la medida en que se va construyendo la idea de una función administrativa de perfiles autónomos¹⁴ y su entendimiento, con un carácter de función del Estado, es decir, como una función pública.

A diferencia de la concepción anterior, en este caso sí es posible la identificación de los principales momentos de este proceso, que está vinculado, en un sentido más específico, a la evolución de la Administración Pública como segmento del poder del Estado y a la variación que va sufriendo el sentido de lo público en una de sus aristas, para identificarse, de a poco, con los asuntos relativos al interés colectivo que se conectan funcionalmente con el poder

¹⁴ La evolución que se llevó a cabo, en el aspecto organizacional, hacia el Estado moderno consistió en que los medios reales de autoridad y administración, que eran posesión privada, se convierten en propiedad pública y en que el poder de mando que se ejercía como un derecho del sujeto se otorga al príncipe absoluto primero y luego al Estado. La tradición absolutista del continente europeo, que unificaba todas las funciones públicas subjetivamente en el monarca, observa en el Estado un sustituto abstracto de ese centro subjetivo único. Las organizaciones administrativas no solamente se van diferenciando de las privadas, sino también comienzan a estabilizarse y a asumir funciones diversas. Sobre esta idea, véase, entre otros, WEBER, Max, *Economía y sociedad*, ob. cit., p. 225 y ss.; HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, ob. cit., p. 171 y ss.; STOLLEIS, Michael, *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police 1600-1800*, traduit de l'allemand par Michel Senellart, PUF, Paris, 1998, p. 553 y ss.; MESTRE, Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, Paris, 1985, pp. 23-50; BURDEAU, François, *Histoire de l'administration française. Du 18^e au 20^e siècle*, 2^{eme} éd., Montchrestien, Paris, 1994, pp. 25-45; RENAUT, Marie Hélène, *Histoire du droit administratif*, Ellipses, Paris, 2007, p. 13 y ss.; VILLAR PALASÍ, José Luis, *Derecho Administrativo*, t. I – *Introducción y Teoría de las normas*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1968, p. 91 y ss.; BENEYTO PÉREZ, Juan, *Historia de la Administración española e hispanoamericana*, Aguilar, Madrid, 1958, pp. 313-324 y 335 y ss.; CASSESE, Sabino, *Las bases del derecho Administrativo*, traducción de Luis Ortega, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1954, p. 25 y ss.; GIANNINI, Massimo Severo, *Premisas sociológicas históricas del Derecho Administrativo*, traducción de M. Baena de Alcázar y J. M. García Madaria, 2^a ed. en español, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, p. 45 y ss.

ejecutivo¹⁵ y luego con la función administrativa, diferenciable del resto de las funciones del Estado.

Definir la función administrativa ha sido un asunto en extremo complejo que no interesa ahora desarrollar. Sin embargo, desde el consenso, como punto de base puede tomarse su concepción como aquella función del Estado, función pública, cuya finalidad es la de procurar la satisfacción de los intereses (o necesidades) de la colectividad (denominados entonces, intereses o necesidades públicas, colectivas, generales o de interés común). Se trata de una función de contenido heterogéneo, diverso, contingente, variable, derivado de su inmediata relación con los intereses generales o colectivos y con los medios o mecanismos que existen para la satisfacción de estos, así como con los intereses políticos que animan todo el actuar del Estado.

La construcción, pues, de una función administrativa que va tomando paulatinamente identidad propia se gesta en tiempos del absolutismo.¹⁶ El primer elemento que impacta en este sentido es la ciencia de la *policía*,¹⁷ cuya noción jurídica repercute en la propia concepción de la Administración y del Derecho público al incluir una parte importante de lo que actualmente abarca la actividad administrativa. A la Administración Pública se le va atribuyendo parte del poder público y se comienza a perfilar su individualidad,¹⁸ de a poco concretada en sus aspectos material y orgánico. En la medida en que se entroniza la idea

¹⁵ Hacia finales del siglo XVIII, la Administración Pública en Europa continental se concibe como una estructura de lo que se entendía como poder ejecutivo. Así lo contemplaron los autores franceses e ingleses de la teoría de la división de poderes. Véase, principalmente, LOCKE, John, *The second Treatise of Government*, ob. cit., p. 318 y ss.; MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, *El espíritu de las leyes*, t. I, traducción de Siro García del Mazo, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906, p. 234 y ss.

¹⁶ TOCQUEVILLE, Alexis DE, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, traducción de Jorge Ferreiro, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1996, p. 272 y ss.

¹⁷ Esta tiene como objeto lo que es necesario para el mantenimiento del orden público y la satisfacción del bien común o, en otras palabras, que incluye todo aquello que constituye la base y la regla para la sociedad que los hombres han establecido. Sobre el desarrollo de la *police*, véase, por ejemplo, DE LA MARE, Nicolas, *Traité de la Police*, t. I, 2ª ed., Aux dépens de la Compagnie, Amsterdam, 1729, p. 1 y ss.; JUSTI, Juan Enrique Gottlob, *Elementos Generales de Policía*, traducción de la edición francesa de 1769 por Eulalia Piferrer, Barcelona, 1784; FORONDA, Valentín, *Cartas sobre la Policía*, Imprenta de Ramón Domingo, Pamplona, 1820.

¹⁸ MACAREL, M., *Cours de droit administratif*, t. I, Première Partie – *Organisation et attributions des autorités administratives*, 2^{ème} éd., Libraire de jurisprudence de Plon Frère, Paris, 1852, p. 12 y ss. –establece las diferencias entre gobierno y administración–. Asimismo, la Administración –dice MAYER– es la actividad del Estado para la realización de sus fines bajo su orden jurídico, exceptuadas la legislación y la jurisdicción. Véase MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t. I, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 12 (fecha de publicación original: 1895).

que precisa su actividad como aquella dirigida –mediante acciones positivas– a la realización de los fines estatales, también se va edificando estructuralmente como el segmento del Estado que gestiona el interés público.¹⁹

En consecuencia, en el lenguaje iuspúblico es apreciable la asociación paulatina del término función pública en un sentido más concreto, coadyuvando a la sinonimia con función administrativa, que va resultando visible desde los modos del lenguaje. En el contexto aún de la *police*, DOMAT²⁰ al referirse a *“des officier et autres personnes que participent aux fonctions publiques”* deja entrever la noción de funciones públicas asociadas a los asuntos de orden público y a la actividad –que luego describe– contentiva de misiones de la Administración.

Por su parte –años más tarde, en la primera mitad del siglo XIX–, DE GERANDO²¹ advierte que

“le droit administratif peut être considéré sous deux points de vue principaux: Ou relativement aux fonctions publiques par lesquelles s’exerce la mission confiée à l’administration; Ou relativement aux divers services publics auxquels cette mission s’applique”.

Puede percibirse el propio sentido, que se ilustra en FOU CART²² cuando afirmaba que

“On entend ici par fonctions publiques tout service militaire ou civil soit près de la personne, soit près d’un des membres de la famille d’un prince étranger, ou même toute fonction dans une administration publique”.

Puede verse también el uso del vocablo asociado a las funciones administrativas, por ejemplo, en SANTAMARÍA PAREDES:²³

“Las personas que ejercen los cargos administrativos se llaman [...] funcionarios si desempeñan cualquiera función pública como de su especial competencia”.

¹⁹ En palabras de MACAREL, *“L’intérêt public et le domaine proper de l’administration”*. Véase MACAREL, A. M., *Cours de Droit Administratif*, tome premier, première partie, ob. cit., p. 10.

²⁰ DOMAT, Jean, *Les Quatre livre du Droit Public 1697*, Centre de philosophie politique et juridique, URA-CNR, Université de Caen, Paris, 1989, p. 3 y ss.

²¹ De GERANDO, *Institutes du Droit Administratif français*, t. I, Palais de Justice, París, 1829, p. 16.

²² Véase FOU CART, Émile-Victor, *Éléments de Droit Public et administratif, des principes de Droit Public positif*, t. I, 4^{ème} éd., A. Maresco et E. Dujardin, Libraires-Editeurs, París, 1855, p. 249.

²³ Véase SANTAMARÍA PAREDES, Vicente, *Curso de Derecho Administrativo*, 7^a ed., Imprenta Española, Madrid, 1911, p. 70.

En sentido similar, MARTÍN MATEO²⁴ ilustra que

“precisamente la pauta que nos dará la solución para averiguar si un determinado órgano, una determinada persona, es titular de funciones públicas, si pertenece, en suma, a la administración”.

En este entendido, y como resultado de la culminación del proceso de formación de la noción de Administración Pública, se consolida la idea de que el poder estatal, dirigido a la satisfacción de las necesidades colectivas, y en cuanto objeto de un deber jurídico en relación con su aplicación,²⁵ tiene un cauce de canalización a través de la Administración Pública y la función administrativa se considera como una de las funciones del Estado, en la que se manifiesta su poder para la mejor realización de los fines públicos.²⁶

Desde el punto de vista técnico, esta consideración de función pública, en una perspectiva objetiva más estricta, coadyuva entonces a una delimitación más precisa de las categorías de personal que sirven al Estado, ya con mayor precisión a la Administración Pública. Esta acepción, que la identifica con la función administrativa, permite demarcar la esfera de actuación de quienes –otras vez, en virtud del particularismo jurídico que se defiende– merecen ordenarse mediante un régimen jurídico especial, pues el efecto inmediato al considerar esta postura es la reducción de su ámbito funcional.

Esto se debe a que al estimar que tal segmento particular de regulación se concretaría, en principio, para aquellos que ejercen materialmente una función pública (función administrativa), consecuentemente, se excluye el resto de las funciones del Estado, al asumirse su conexión directa con la Administración Pública en sus órbitas estructural y de funcionamiento.

II.3. La noción más estricta de función pública: la función pública ligada a la ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública

Las acepciones expuestas previamente se identifican con dos niveles de amplitud del vocablo: uno más extenso, función del Estado, y otro más estrecho, función de la Administración Pública o función administrativa. Sin embargo, hay un tercer uso de la categoría función pública que concreta su ámbito y alcance en un sentido mucho más estricto; ya no en un entendido material, como las

²⁴ Véase MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1974, p. 83.

²⁵ ALESSI Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. I, traducción de la 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Bosch, Barcelona, 1970, p. 7 y ss.

²⁶ GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y legislación española*, t. I, 7ª edición revisada, C. Bermejo impresor, Madrid, 1941, p. 137 y ss.

anteriores, sino asociada a un segmento objetivo dentro de la propia función administrativa: la ordenación de los medios personales de la Administración Pública. Esta es la acepción más extendida y difundida hasta la actualidad, fundamentalmente en los ordenamientos jurídicos de influencia francesa.²⁷

Con la consagración del principio de igualdad en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 26 de agosto de 1789,²⁸ desaparecen los privilegios y el carácter patrimonial de los cargos públicos y cualquier forma de propiedad sobre las funciones públicas se estima contraria a los intereses de la nación.²⁹ En este contexto –y como consecuencia del proceso posterior de profesionalización del ejercicio de las funciones públicas– comienzan a notarse referencias específicas en el ámbito doctrinal al personal al servicio del Estado, con un tratamiento de mayor rigor como parte de su organización.³⁰ Sin embargo, no es hasta finales del siglo XIX y los primeros años del XX que el uso de la expresión función pública se delinea con una autonomía propia, como un elemento categorial identificable y singular en la organización administrativa.

²⁷ Si bien lo que se pretende en esta sección es ilustrar el uso polisémico del vocablo función pública en el ámbito teórico-jurídico, debe alertarse que no se trata de un presupuesto que se encuentre exactamente así en todos los ordenamientos jurídicos. La función pública, en este entendido, es una construcción teórica moderna que como categoría jurídica encuentra su punto de mayor uso histórico en Francia, Alemania y España. Su uso, asociado a la ordenación de los medios personales del Estado o de la Administración, es perceptible, además, en algunos países de sus influencias, como Portugal, Venezuela, República Dominicana, Chile, por ejemplo. Véase Ley 11 *du janvier* 1984, contentiva de las disposiciones estatutarias de la función pública del Estado (Francia); Ley marco de la función pública, *Beamtenrechtsrahmengesetz*, de 3 de enero 1977 (Alemania); Ley 30, Medidas para la reforma de la función pública, de 2 de agosto de 1984 (España); Ley No. 35 de 20 de junio de 2014, Ley general del trabajo en la función pública (Portugal); Ley del Estatuto de la función pública, de 5 de septiembre de 2002 (Venezuela); Ley No. 41 de Función Pública, de 16 de enero de 2008 (República Dominicana); Ley No. 20.880 de 21 de diciembre de 2015, Sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos intereses (Chile). En el caso de España, debe significarse, si bien se mantiene el uso del vocablo función pública en el entendido expuesto, con la Ley 7 de 12 de abril de 2007, Del estatuto básico del empleado público, queda claro que la categoría empleo público se torna genérica para incluir al régimen jurídico de los funcionarios públicos (estatutario) y al del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas –artículo 1–

²⁸ Véase Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, artículo 6, disponible en https://www.es_ddhc.pdf [consultada el 15 de junio de 2018].

²⁹ SIEYÈS, Emmanuel, *Qu'est-ce le tiers État*, P.U.F., Paris, 1982 p. 3 y ss.

³⁰ Esta precisión se evidencia ya desde la primera mitad del siglo XIX. Véase, por ejemplo: LALOUETTE, M., *Eléments de l'Administration pratique*, Le Normant imprimeur-libraire, Paris, 1812, p. 11 y ss., 107 y ss.; BOUCHENÉ-LEFER, A. G. D., *Droit Administratif français*, Gustave Pissin, Libraire, Paris, 1835, p. 1 y ss.; DELBOUSQUET, Jules, *De l'organisation des administrations centrales des divers ministères; des droits et devoirs des employés*, Hingray, Paris, 1843; E. H. de S., *Exposé du Droit Public de l'Allemagne*, J. J. Paschoud Imprimeur-Libraire, Paris, 1821, p. 363 y ss.; OLIVAN, Alejandro, *De la Administración Pública con relación a España*, Nueva Edición, Madrid, 1843, p. 101 y ss.

En tal sentido, se entroniza una acepción que va identificando a la categoría función pública directamente con la esfera de funcionamiento de los medios personales al servicio del Estado o de la Administración Pública. No obstante, debe señalarse que se trata de una noción que se colige del propio uso lingüístico, sin que su introducción en el argot iusadministrativo estuviere derivado de precisiones conceptuales a su respecto como figura jurídica.

Así, de las primeras referencias de significación se hallan el trabajo de KAMMERER³¹ –publicado en 1898, dedicado al caso alemán– y el de NEZARD³² –publicado en 1901, para el contexto francés–. Estas constituyen las primeras obras que ofrecen un tratamiento sistemático e introducen a la función pública como concepción específica capaz de resaltar la especificidad de las situaciones jurídicas entre el Estado y sus agentes.

Asimismo, por ejemplo, GRÉGOIRE³³ toma como punto de partida que “*la fonction publique est le terme dont on use depuis quelques années pour désigner l’ensemble des personnels qui incarnent l’Administration*”. Por su parte, SERRA ROJAS³⁴ dice que “la función pública alude al régimen jurídico aplicable al personal administrativo”. PALOMAR OLMEDA³⁵ define su contenido como “el complejo organizativo que componen las instituciones públicas, en particular la Administración Pública, animado por un conjunto muy numeroso de personas físicas que en ella trabajan constituyendo la organización pública, estas personas físicas serán los empleados públicos y su conjunto, la función pública”. En tanto, al introducir el tema de la naturaleza jurídica de la función pública, LARES MARTÍNEZ³⁶ se refiere a ella como “la situación en que se haya los funcionarios y empleados del Estado”. De esta manera, el sentido que ofrece este empleo de la categoría función pública ha sido extendido hasta los tiempos corrientes.³⁷

³¹ KAMMERER, A., *La fonction publique...*, ob. cit.

³² NEZARD, Henry, *Théorie*, ob. cit.

³³ Véase GRÉGOIRE, Roger, *La fonction publique*, Librairie Armand Colin, Paris, 1954, p. 11. En tanto, LARES MARTÍNEZ, al introducir el tema de la naturaleza jurídica de la función pública se refiere a ella como “la situación en que se haya los funcionarios y empleados del Estado”.

³⁴ Véase SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo*, t. I, 8ª ed., Porrúa, México, 1977, p. 351.

³⁵ Palomar Olmeda, Alberto, *Derecho de la función pública*, 4ª ed., Dykinson, Barcelona, 1997, p. 17.

³⁶ Véase LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, 11ª ed. revisada y puesta al día, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, p. 431.

³⁷ Solo por citar algunos ejemplos, de obras específicas y otras donde se aprecia claramente el uso de la voz función pública asociada a los medios personales al servicio del Estado o la Administración Pública, puede verse en el caso francés: BISCHOFFE, G., *Qu’est-ce qu’un fonctionnaire?*, *Fonction publique et contrat*, Sirey, Paris, 1927; JÈZE, Gaston, *Cours de Droit Public, Théorie générale de la fonction publique*, Marcel Giard Libraire-Editeur, Paris, 1927; GREGOIRE, Roger, *La Fonction Publique*, Librairie Armand Colin, Paris, 1954; FOUGÈRE,

De los ejemplos referenciados puede apreciarse también que aunque la acepción de función pública utilizada hace clara y directa alusión al contexto de funcionamiento del personal al servicio del Estado o de la Administración Pública, el contenido y alcance del vocablo se evidencia muy dispar en cuanto a los criterios empleados para su delimitación conceptual; estos son variados y transitan por diferentes cánones. A lo anterior debe sumarse que en la esfera iusadministrativa, como ya es apreciable en este punto del análisis, la expresión función pública concurre con las tres acepciones estudiadas, lo cual genera no pocos inconvenientes al tiempo de su aprehensión precisa.

En ese sentido, si se hace un breve repaso a modo de ilustración, se encuentran concepciones de variada índole. Por ejemplo, DUGUIT entendía a la función pública como toda actividad que deba ser asegurada, reglada y controlada por

Louis, *La fonction publique*, Institut international des Sciences administratives, Bruxelles, 1966; PLANTEY, Alain, *Traité pratique de la fonction publique*, 3^e éd., L.G.D.J., Paris, 1971; GAZIER, François, *La fonction publique...*, ob. cit.; AYOUB, Elíane, *La fonction publique en vingt principes*, 2^e éd., Frison-Roche, Paris, 1998; BLANC, Louis, *La fonction publique*, 2^e éd., Sirey, Paris, 1978; DORD, Oliver, *Droit de la fonction publique*, 3^e éd. mise à jour, Themis droit PUF, Paris, 2007; MELLERAY, Fabrice, *Droit de la Fonction Publique*, 12^e éd., Ed. Económica, Paris, 2012; AUBY, Jean Marie, Jean Bernard AUBY, Didier JEAN-PIERRE y Antony TAILLEFAIT, *Droit de la Fonction Publique*, 7^e éd., Dalloz, Paris, 2012. Sobre el caso alemán, fuera de Alemania, destacan por su profundidad las obras de KAMMERER, A., *La fonction publique...*, ob. cit., y de MONTORO CHINER, María de Jesús, *La función pública en el federalismo alemán*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987. En cuanto a referencias españolas, pueden mencionarse: MAHILLO SANTOS, Juan, *La función pública local española y sus problemas actuales*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1976; AA.VV., *Administración Pública y función pública en Iberoamérica*, Actas del II Seminario de antiguos alumnos iberoamericanos del Instituto Nacional de Administración Pública (3 a 6 de mayo de 1988), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989; MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *Derecho Administrativo. La organización administrativa*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 433 y ss.; SANCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, 1^a ed., Tecnos, Madrid, 1996; PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la Función Pública*, ob. cit. En el ámbito latinoamericano véase, por ejemplo: BRANDAO CAVALCANTI, Themistocles, *O funcionario público e o seu regime jurídico*, 2^a ed., Livraria Editora Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1946; PRAT, Julio A., "De la función pública. Esquema de derecho comparado", en *Revista de la Facultad de Derecho y ciencias sociales*, No. 1, año VII, enero-marzo, Montevideo, 1956, pp. 113-192; PEDRO FERNÁNDEZ, Antonio DE, *Derecho de la Función Pública. La experiencia venezolana*, Vadel Hermanos Editores, Caracas, 2004; GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo, *Derecho Administrativo*, ABC editores librería, Bogotá, 2004, p. 236 y ss.; VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, 10^a ed., Legis, Colombia, 2008, p. 443 y ss.; BÉJAR RIVERA, Luis José y Alejandro ORRICO GÁLVEZ, *Régimen de la Función pública y régimen de responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, Universidad Panamericana, ESPRESS, México, D.F., 2014; MONTERO, Gregorio, *Régimen jurídico y profesionalización de los funcionarios públicos*, 3^a ed., revisada y ampliada, MAP, Santo Domingo, 2015, p. 159 y ss.; YOUNES MORENO, Diego, *Curso de Derecho Administrativo*, 10^a ed., actualizada, Temis, Bogotá, 2016, p. 173 y ss.; RODRÍGUEZ R., Libardo, *Derecho Administrativo general y colombiano*, t. I, 20^a ed., Temis, Bogotá, 2017, p. 459 y ss.

los gobernantes, lo cual es una derivación de su noción amplia como función del Estado.³⁸ Esta postura luego fue moderada por la propia escuela francesa del *servicio público* al identificar a este solo con la actividad de la Administración Pública, como lo hace JÈZE.³⁹ Sin embargo, bajo este fundamento, la función pública mantiene un sentido material, pues se identifica con actividades de titularidad estatal cuyo objeto directo es la satisfacción de un interés colectivo o, desde una perspectiva más gráfica, *une chose*, en palabras de HAURIOU.⁴⁰

Asimismo, en adición a los ejemplos que se expusieron antes, entre aquellos que han propuesto definiciones concretas de la categoría función pública, desde la perspectiva de los medios personales del poder público, BIELSA⁴¹ la identifica como un concepto abstracto e institucional. Desde una óptica orgánica y funcional, PARADA⁴² alude que con el término de función pública suele designarse tanto el conjunto de hombres a disposición del Estado que tienen a su cargo las funciones y servicios públicos, como el régimen jurídico a que están sometidos y la organización que les encuadra.

Dentro de este mismo rubro, merece un espacio singular la concepción que desde el ámbito internacional se esgrime de función pública, fundamentalmente contenida en la Carta iberoamericana de la Función Pública,⁴³ como instrumento referido a la temática de manera específica. En el propio entendido analizado en el presente acápite, aunque con un criterio más propio de la ciencia de la administración, se concibe a la función pública como un conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que lo integran, en una realidad nacional determinada. Dichos arreglos comprenden normas, escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas, cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una administración pública profesional y eficaz, al

³⁸ Véase DUGUIT, Lèon, *Las transformaciones del Derecho público*, traducción con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jaén, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1915, p. 85 y ss.; DUGUIT, Lèon, *Manual de Derecho Constitucional*, traducción de José G. Acuña, 2ª ed. española, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1926, p. 71 y ss.

³⁹ Véase JÈZE, Gaston, *Principios generales del Derecho administrativo*, t. II, traducción directa de la 3ª ed. francesa por Julio N. San Millán Almagro, Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 4 y ss.

⁴⁰ Véase HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 4ª ed., L. Larose et Forcel Editeurs, Paris, 1900, p. 586 y ss.

⁴¹ Véase BIELSA, Rafael, *La función pública*, Ed. Buenos Aires, Argentina, 1960, p. 33 y ss.

⁴² Véase PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo II – Organización y empleo público*, 18ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 407.

⁴³ Véase Carta Iberoamericana de la Función Pública, aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 26-27 de junio de 2003, disponible en [www.https://old.clad.org](https://old.clad.org) [consultada el 10 de julio de 2018].

servicio del interés general. Este, si bien pretende ser un concepto inclusivo, dada la finalidad del documento que lo propone, termina estrechando su visión a la gestión de los recursos humanos desde la perspectiva de las relaciones de empleo público.

Téngase en cuenta que, entendida la categoría función pública ya no solamente en un sentido material, sino ahora también como un ámbito objetivo de funcionamiento, la determinación concreta de ese espacio dependerá de los contornos que las propias concepciones establezcan. Por efecto reflejo, esta relativización impactará –como expresión aun de una realidad imprecisa– en la propia configuración del régimen jurídico de los servidores del Estado y de la Administración pública, pues función pública será la que materialmente ejercen aquellos, pero a la vez podrá ser un segmento institucional al que acceden, una situación o relación jurídica en la que se encuentre, un régimen legal al que se encuentre sometido o el conjunto mismo de sujetos regulados de modo especial; todo según sea el prisma teórico (institucional, objetivo-relacional, formal o subjetivo, por ejemplo) sobre el que se construya la idea de función pública.

Sin embargo, lo antes dicho no es óbice para considerar la relevancia y utilidad que tiene la noción de función pública asociada a la ordenación de los medios personales del Estado o la Administración Pública, con independencia de que no se ha conseguido instituir una concepción estrictamente jurídica que la distinga con autonomía técnica dentro del Derecho administrativo. Este significado de función pública establece márgenes más estrechos en el análisis que se realiza y permite identificarla, aunque con carencias técnico-teóricas importantes, como una institución iuspública. Esto, al menos, evidencia una tendencia al acercamiento de la función pública al régimen jurídico público y concretamente administrativo; aspecto este que resulta relevante para las ideas que aquí se defienden.

II.4. La noción de función pública como técnica iusadministrativa de ordenación del personal al servicio de la Administración Pública

Como se ha venido alertando, el carácter polisémico y difuso de la voz función pública, sumado a la inexistencia de una noción de aceptación universal de esta categoría, ponen de manifiesto sus carencias técnicas como institución jurídica; o dicho de otro modo, son el reflejo de la ausencia de una concepción técnica de función pública. Como se ilustró, el uso lingüístico del término apenas permite su aprehensión en determinados contextos con uno u otro significado. Sin embargo, no logra cuajarse una estipulación consensuada de la categoría a partir de una construcción teórica –y por tanto científica– que la

distinga, no solo como figura jurídica de perfiles autónomos, sino que permita la identificación de elementos que le son propios como tal y que requieren ser consensuados en función de su eficacia técnica.

Por lo tanto, visualizar a la función pública como técnica iusadministrativa, mediante la cual se ordene la organización, el funcionamiento y las situaciones de los medios personales al servicio de la Administración Pública, es punto de partida indispensable para asegurar, a través de una visión integradora, su carácter sistémico y la flexibilidad necesaria para que su régimen legal se materialice sobre la base de relaciones equitativas al amparo de intereses conciliados, en correspondencia con el contexto político-legal donde se articule.

El tratamiento histórico-doctrinal del tema ha discurrido por direcciones diferentes, que van, como se analizó, desde concepciones simplemente derivadas de los usos del lenguaje hasta intentos definitorios inacabados. No obstante, no se encuentra ningún estudio que responda a las exigencias científicas concretas de identificar la naturaleza de la función pública como categoría jurídica propia del Derecho administrativo, los elementos que la conforman y las características de esos componentes desde el punto de vista técnico.⁴⁴

Esta idea es importante a los efectos de los planteamientos que se realizan, pues no considerar a la función pública como una técnica jurídica impide su viabilidad y potencialidad práctica. La técnica, dice BIELSA, mira a la eficacia. Por tanto, si verdaderamente se quiere identificar a la función pública como una herramienta o un mecanismo utilizable en pos del objetivo concreto de ordenar el funcionamiento de los medios personales al servicio de la Administración, esto es solo posible a través de una visión científica del asunto, que desencadene su construcción técnico-jurídica. El problema, naturalmente, no se agota en el ámbito lingüístico. Este es solo uno de los asuntos a resolver que subyace como planteamiento polémico, a la vez que es consecuencia de la problemática principal relativa al enfoque acientífico de la cuestión.⁴⁵

Como paso inicial, desde el punto de vista terminológico, es preciso un reacomodo de los vocablos, con el objetivo de que en contextos más o menos disímiles tengan un significado unívoco. Como tendencia jurídico-cultural, la

⁴⁴ En el ámbito del Derecho, cuando se habla de *técnica jurídica*, se hace referencia, por un lado, a la disciplina que tiene por objeto el estudio de los problemas relacionados con la aplicación del Derecho objetivo a casos concretos, y por otro consiste en el adecuado manejo de los medios que permiten alcanzar los objetivos que aquel persigue. Tal adecuación supone el conocimiento de la eficacia de los mecanismos y procedimientos empleados y por tanto ese conocimiento es científico. Véase GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 53ª ed. (reimp.), Porrúa, México, 2002, p. 316 y ss.

⁴⁵ Véase BIELSA, Rafael, "Conceptos jurídicos y terminología", en *Revista jurídica argentina La Ley*, t. 56, 1949, La Ley, Buenos Aires, pp. 787-795.

noción de función pública fue acercándose cada vez más al Derecho administrativo, hasta convertirse en parte de su contenido de estudio, lo cual le imprime, como categoría, una naturaleza iusadministrativa. No solamente ello, sino que el vocablo, como se examinó, terminó asociándose a la ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública, lo que refuerza la idea anterior. Por tanto, lo más aconsejable es reservar el término función pública para este ámbito objetivo concreto y ello implicaría reajustar el uso jurídico del resto de las acepciones.

Empero, tal cuestión no trae mayores inconvenientes. Si en lugar de ‘función pública’ para referirse a las funciones del Estado, se emplea simplemente la expresión ‘función del Estado’, la conexión exacta con lo que se quiere significar es muy clara. Lo mismo ocurre si se sustituye por ‘función administrativa’ para señalar el tipo de función a la que materialmente se está refiriendo.

En el caso de la tercera acepción analizada, la solución lingüística no es tan factible, pues más que un problema de denominación, se trata de un problema de contenido. En este caso se nombra como ‘función’, algo que filológicamente no lo es. No es ‘función’ un grupo de individuos ni una relación o situación jurídica ni un régimen jurídico específico. Tales significados le son impropios porque no implican acción o manifestación concreta de un actuar en el sentido dinámico que le corresponde a la palabra.

Se trata pues de dotar al término de un sentido, contenido y alcance finalistas, exclusivamente utilizables y válidos cuando, en el contexto de su aplicación, sean concretamente precisados. Al ser este un ámbito jurídico, naturalmente, ese nivel de determinación se alcanzará teórica y normativamente.

El uso de la expresión función pública por parte de diferentes autores, dice DELGADILLO GUTIÉRREZ,⁴⁶ para referirse al conjunto de deberes, derechos y situaciones que se originan entre el Estado y sus servidores resulta incorrecto, ya que, en su criterio:

“el concepto comprende la manifestación externa del poder del Estado, no su estructuración interna. Esta confusión se ha originado a partir del hecho de que el ejercicio del poder del Estado sólo puede realizarse mediante la actuación de las personas físicas, puesto que, cuando tratamos la función pública nos referimos a la actuación de los individuos investidos de la competencia que la ley le atribuye a los órganos, por lo que, necesariamente se hace referencia a los empleados del Estado y a las características jurídicas que presentan en el desarrollo de su actividad, pero ello no justifica que

⁴⁶ DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, *El Derecho disciplinario de la función pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, México D. F., 1990, pp. 9 y 10.

se confunda el régimen jurídico de los sujetos que ejercen la acción, con la acción misma”.

Para solucionar esta problemática, en pos de la salvaguarda de la función pública como categoría jurídico-administrativa, solo es posible apelar a su tecnificación. Desde esa perspectiva, ella deja de ser una expresión cualquiera con esferas de manifestación político-jurídicas dispares, para transformarse en una noción específica, con bases definitorias propias que trascienden el ámbito semántico.

Este enfoque ofrece una utilidad práctica de suma valía pues, entre otros asuntos, coadyuva a la delimitación de un sistema categorial propio y preciso, que impida confusiones y evite la sinonimia o las desviaciones conceptuales por los usos diversos del lenguaje.⁴⁷ No es posible, sino a través de esta consideración, construir una noción jurídica estricta a fin del adecuado diseño y articulación práctica de un régimen legal propio.

De tal modo, si se aprecia a la función pública como técnica, no se renuncia a su sentido dinámico, pues ella, en sí misma, indica una manifestación funcional al tener, como parte de su contenido, un tipo específico de función, para cuyo ejercicio, a su vez, prevé y articula mecanismos de ordenación que alcanzan a las relaciones y situaciones jurídicas del personal a cuyo cargo se encuentra aquel ámbito funcional. De esta manera, la función pública estaría compuesta por un conjunto de elementos que, integrados desde una perspectiva unitaria, la estructurarían como técnica jurídica.

Un punto de inicio elemental para la tecnificación pretendida es la propia estimación de la función pública como categoría distinta e independiente de los componentes que la integran. Esta idea subyace desde que se desecha el carácter patrimonial de las funciones públicas y, asociado al ámbito funcional, se comienza a entender que el funcionario se debe a la función que realiza y no a la inversa, porque esta no le pertenece.⁴⁸ Ello implica desechar cualquier

⁴⁷ Esto se manifiesta, en cierta medida, cuando se identifican, por ejemplo, función pública y *empleo público* para referirse al mismo fenómeno. Por ejemplo, en Italia (Ley No. 93/1983, “Ley Marco sobre Empleo Público” —que ha tenido varias adecuaciones en el contexto del proceso privatizador que particularmente se ha suscitado en ese país, al que más adelante se hará referencia); Argentina (Ley No. 25.164, “Ley Marco de regulación de empleo público nacional”, de 15 de septiembre de 1999). O cuando se prefiere el uso de *servicio civil* en lugar de función pública por derivación de la traducción del inglés del término *civil service*, como por ejemplo en Ecuador (“Ley Orgánica de servicio civil y carrera administrativa”, de 12 de mayo de 2005); Honduras (Decreto No. 126, “Ley de Servicio Civil”, de 1 de octubre de 1993); Perú (Ley No. 30057, “Ley de Servicio Civil”, de 3 de julio de 2013); El Salvador (Decreto-Ley No. 507, “Ley de Servicio Civil”, de 24 de noviembre de 1961) y Guatemala (Decreto No. 1748, “Ley de Servicio Civil”, de 10 de mayo de 1968).

⁴⁸ HAURIUO, por ejemplo —al referirse a las atribuciones inherentes al *officium publicum*—, decía: “Des fonctions érigées en titre d’office, elles ont une existence indépendante du fonctionnaire, elles sont permanentes, elles demeurent quand le fonctionnaire passe”. Cfr. HAURIUO,

identificación de la función pública con alguno de sus componentes en específico y aprehenderla a partir de la configuración y presencia de todos ellos, a juicio propio, en tres dimensiones concretamente: subjetiva, objetiva y teleológica.⁴⁹

La dimensión *subjetiva* la integran los sujetos que se involucran en las relaciones y situaciones jurídicas que se suscitan en el contexto de funcionamiento administrativo. Uno de esos sujetos lo será la Administración Pública, entendida esta en un sentido amplio, es decir, en toda la magnitud de su aspecto estructural, incluidos todos los entes con función administrativa, principal o accesoria que se encuentren insertos en el aparato organizacional del Estado. El otro sujeto interviniente es la persona física que deviene servidor administrativo, entendido este, *a priori*, como aquel que ejerce o participa del ejercicio de la función administrativa, vinculado a la estructura organizativa de un ente público mediante una relación de servicio o empleo público.

Por su parte, la dimensión *objetiva* se concreta en la ordenación de la organización y el funcionamiento del personal a cuyo cargo se encuentra el ejercicio de la función administrativa, lo cual incluye el contenido derivado de las situaciones jurídicas que se suscitan entre la Administración Pública y sus servidores en el contexto de las relaciones entabladas. En función de ello estarán los mecanismos y procedimientos que se articulen desde el punto de vista técnico, para el logro de los fines concretos a los que sirve la función pública como técnica jurídica; lo cual tributará, además, a la concreción del modelo de organización que se diseñe.

Por último, la dimensión *teleológica* o *finalista* está determinada por el propósito exclusivo de esta técnica, de coadyuvar a la satisfacción de las necesidades colectivas. Se trata de un fundamento axiológico importante, pues, de conjunto con la participación como sujeto de la Administración Pública en las relaciones jurídicas establecidas, determina que su régimen jurídico sea iusadministrativo.

Maurice, *Précis*, 4^e éd., ob. cit., p. 585. Sobre esta misma idea véase: LEFAS, Alexandre, *L'État et les fonctionnaires*, 5^e éd., M. Giard & É. Brière, Libraires-Éditeurs, Paris, 1913, p. 20 y ss.; DEMARTIAL, Georges, "Le statut des fonctionnaires", en *Revue politique et parlementaire*, avril-mai-juin 1907, Paris, pp. 536-542.

⁴⁹ Es común, fundamentalmente, que se sobrevalore la dimensión subjetiva y se defina a la función pública tomando como base el factor personal. Desde esta óptica, por ejemplo, NEZARD considera que "*fonction publique est le rapport qui s'établit volontairement d'une façon générale et permanente entre un établissement public et un citoyen que s'engage à faire des actes pour satisfaire aux besoins de cet établissement*". Por su parte, BERTHÉLEMY dice que "*ce que doivent être les relations des fonctionnaires et de leurs supérieurs*", y DUGUIT estima que la "*fonction publique c'est déterminer quelle est au point de vue du droit la situation du fonctionnaire*". Véase NEZARD, Henry, *Théorie*, ob. cit., p. 23 y ss.; BERTHÉLEMY, Henry, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 7^e éd., Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1913, p. 55 y ss.; DUGUIT, Leon, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. III – *La Théorie Générale de L'Etat (suite et fin)*, 3^e éd., Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, Éditeurs, Paris, 1930. p. 103 y ss.

Con este criterio se refuerza la idea de la especialidad de la función pública, porque cualquiera que haya sido su concepción, la necesidad de su particularismo ha estado justificada y defendida sobre la base de la importancia que reviste su ordenación para la satisfacción del interés colectivo.⁵⁰

Consecuentemente, puede considerarse que función pública, en el ámbito específico del Derecho administrativo, ha de entenderse como la *técnica jurídico-administrativa mediante la cual se ordenan las relaciones y situaciones jurídicas que se suscitan entre la Administración Pública y el personal que ejerce o participa del ejercicio de la función administrativa, unido al ente de su competencia por una relación estructural*.

Delinear gnoseológicamente a la función pública sobre las consideraciones precedentes permite caracterizarla como sigue:

- 1) *Tiene una naturaleza instrumental o técnica*. Ello significa que está integrada por un conjunto de mecanismos de gestión y procedimientos varios que involucran, además, a otras disciplinas, como la ciencia de la administración y el Derecho del trabajo, esencialmente. De esta forma se genera un efecto conciliador, pues le imprime un carácter transdisciplinario a su organización y funcionamiento. Esta idea determina una visión sistémica del fenómeno y asegura una cobertura funcional flexible y dinámica, a la vez que asegura su ordenación desde la axiología propia del Derecho administrativo. Precisamente, entre los aspectos que fundamentan la necesidad de este enfoque se aludía a su utilidad práctica. Parte de ella es la posibilidad que ofrece de conciliar perspectivas que hasta hoy parecen enemistadas, principalmente en el contexto del fenómeno de mixtura de los modelos tradicionales de ordenación de la burocracia pública, o en el escenario que provee la llamada *laboralización* o precarización de la función pública. Los debates planteados al respecto invitan a la búsqueda de soluciones que permitan un acercamiento de los intereses en el propio interés del factor humano, que ha de ser el centro de consideración primario y elemental. La función pública, en su noción técnica, admite la intervención de otras disciplinas jurídicas (constitucional, laboral, penal, por ejemplo) en el sistema normativo que la ordena, sin perjuicio de su individualidad y naturaleza pública.⁵¹

⁵⁰ Véase en tal sentido las valoraciones de GRÉGOIRE, Roger, *La Fonction...*, ob. cit., p. 26 y ss.

⁵¹ Para una idea más amplia sobre los debates referidos, puede consultarse, entre muchas otras, las obras de: DEL SAZ, Silvia, *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *El empleo público entre el estatuto funcionarial y el contrato laboral*, Universidad de Castilla-La Mancha, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2001; CASTILLO BLANCO, Federico, "Reflexiones en torno a la construcción de un nuevo sistema de empleo público", en Federico Castillo Blanco (dir.) y Ana Olmedo Gaya (coord.), *Lecciones de Función Pública*, CEMCI, Granada, 2002; pp. 23-41; SANDE PÉREZ-BEDMAR, María DE, *Empleo y prestación de*

- 2) *Su ordenamiento no es unitario*. Derivado de lo anterior, esto responde a que su componente normativo puede integrarse por disposiciones jurídicas que no son solo de Derecho administrativo. Esto no desmerita a su especialidad, pues desde la égida constitucional, debe delimitarse el alcance del Derecho de la función pública y al diferenciarse con precisión los tipos de relaciones que en su virtud se generan puede determinarse claramente el régimen jurídico aplicable a la relación concreta. Asimismo, el presente es un rasgo que deriva de la presencia de múltiples disciplinas jurídicas, cuyas normativas integrarán también, en lo a ella atinente, el ordenamiento jurídico de la función pública, así como también deriva del carácter unitario del Derecho como fenómeno normativo.
- 3) *Se articula en función del interés público*. El objeto de la función pública está íntimamente ligado a la satisfacción de un interés público global, al adecuado ejercicio de las funciones administrativas y el apropiado funcionamiento de los medios personales con los que la Administración Pública cuenta para su realización. Este aspecto, como se ha expresado, es el que determina el carácter público de las relaciones y situaciones jurídicas que se materializan en sus contornos, así como su régimen legal especial. Esta característica, conectada directamente con dimensión teleológica de la función pública, constituye el fundamento esencial de su especialidad jurídica; trae consecuencia, además, de la propia teleología que envuelve al Derecho administrativo íntegro. En palabras de FORSTHOFF, “el aparato conceptual con el que trabaja el Derecho Administrativo, es –en medida muy superior

servicios en la Administración Pública, Lex Nova, Madrid, 2006; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel, “Entre el sistema de carrera y el del empleo: el modelo español de empleo público”, en Miguel Domínguez-Berrueta de Juan y Emmanuel Jiménez Franco (dirs.), *Los empleados públicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2006, pp. 57-84; “La singularidad de la Administración Pública como marco de relaciones laborales”, en Miguel Domínguez-Berrueta de Juan y Emmanuel Jiménez Franco (dirs.), ob. cit., pp. 57-84; CABALLERO ORTIZ, Jesús, *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público*, 1ª reimp., Ediciones Paredes, Caracas, 2008, pp. 17-33; GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.), Viviana BONPLAND y Marcelo UGARTE (colabs.), *Régimen jurídico del empleo público en la Administración Nacional*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, 2016, pp. 15-38; IVANECA, Mirian Mabel, *Empleo público*, Astrea, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2019; ZAMBRANO, Pedro L., “Las potestades disciplinarias de la Administración desde una perspectiva contractual”, en AA.VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 1ª ed., Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, pp. 263-274; GALEANO, Juan José, “El régimen jurídico del personal contratado de la Administración pública. La situación jurisprudencial”, en AA.VV., *Organización administrativa...*, ob. cit., pp. 275-310; RODRÍGUEZ, María José, “La laboralización del empleo público. Sentido y consecuencias”, en AA.VV., *Organización administrativa...*, ob. cit., pp. 311-334.

a lo que generalmente se admite y reconoce hoy— una creación teleológica, un resultado de la experiencia práctica orientada teleológicamente”.⁵²

- 4) *La Administración Pública ostenta determinadas potestades jurídicas de ejercicio unilateral*. Esta característica se deriva de que las actividades objeto de la prestación de servicio por parte de los servidores públicos administrativos son de naturaleza pública. Se justifica, además, por la intervención de la Administración Pública en calidad de garante de los intereses colectivos y tomando en consideración que el ámbito objetivo de funcionamiento de la función pública es el ejercicio de la función administrativa. Como espacio de actuación administrativa, no escapa al ejercicio de las potestades que por naturaleza la Administración Pública ostenta. Se trata de una manifestación de la exorbitancia reconocida al Derecho administrativo, que tiene una expresión en el Derecho de la función pública. En el caso específico de la relación de servicio o de la relación de empleo público, la Administración Pública, ciertamente, puede exigir más de sus agentes que el empleador privado. Esto se expresa, fundamentalmente, dice MELLERAY, en materia de limitaciones de determinados derechos como la libertad de expresión; la obligación de neutralidad política, de moralidad, de no consagrarse más que a sus funciones; el deber de obediencia y de continuidad del servicio.⁵³ En líneas globales, las prerrogativas de ejercicio unilateral que la Administración Pública puede ostentar en materia de función pública versan en torno a la potestad reglamentaria que ha de expresarse en la capacidad de desarrollar la ordenación de la técnica, a partir de los correspondientes postulados constitucionales y legislativos. Por otro lado, es portadora de la potestad disciplinaria, de facultades de nombramiento, ascenso y remoción, así como de prerrogativas relativas a la modificación de las tareas o funciones y terminación anticipada de la relación (en caso de no gozarse de la garantía de estabilidad), en razón de las necesidades del servicio.⁵⁴ En un nivel más concreto, que merece especial mención, esa exorbitancia administrativa tiene una vía de revelación en las relaciones de empleo público, en virtud de *ius variandi*.⁵⁵

⁵² Véase FORSTHOFF, Ernest, *Tratado de Derecho Administrativo*, traducción de la 5ª ed. alemana por Legaz y Lacambra, Garrido Falla y Ortega y Junge, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 228.

⁵³ Véase MELLERAY, Fabrice, *Droit de la Fonction Publique*, ob. cit., p. 46.

⁵⁴ En tal sentido, puede consultarse GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 15ª ed., Thomson-Civitas, Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 465 y ss.; SUÑÉ LLINÁS, Emilio, “Sobre el concepto de potestad”, en Rafael Gómez-Ferrer Moránt, (coord.), *Libro homenaje a Villar Palasí*, 1ª ed., Civitas S.A., Madrid, 1989, pp. 1343-1370; DUBOS, Oliver, “L’exorbitance du droit de la fonction publique”, en AA.VV., *L’exorbitance du droit administratif en question (s)*, LGDJ, Paris, 2004, p. 243 y ss.

⁵⁵ Véase, por ejemplo —en el sentido también en el sentido de los límites que el *ius variandi* ha de tener en función del equilibrio jurídico— BALDINI Papini, Ubaldo, *Il rapporto d’impiego pubblico*, CEDAM, Padova, 1942, p. 169 y ss.; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antoni, *Tratado...*,

- 5) *Tiene carácter permanente*. Esto se debe a que su existencia es inalterable como figura jurídica. La actividad administrativa, parafraseando a ALESSI, dirigida a la realización del interés público mediante la satisfacción de necesidades concretas de orden colectivo, puede asumir formas y fines inmediatos distintos. Puede tender a la organización jurídica objetiva y subjetiva del ente administrativo, a reunir los medios necesarios para el funcionamiento de la máquina estatal y para la consecución de sus fines, asegurar el orden jurídico y la seguridad social en las relaciones internas y la seguridad en las relaciones exteriores o a procurar una utilidad a los particulares, tanto de orden jurídico como de orden económico social.⁵⁶

III. Ideas de cierre

El funcionamiento de la sociedad toda depende, en gran medida, de la realización eficaz de la actividad administrativa, lo cual no es posible sin el personal que la realiza. El efecto más sobresaliente de la implementación de la función pública como técnica es la puesta en marcha, ordenada, de la acción del Estado encaminada a la satisfacción de las necesidades colectivas. Importa no solo al orden jurídico, sino también a la eficacia y eficiencia de la gestión pública, y su principal ingrediente es el factor humano, imprescindible para vitalizar la maquinaria estatal. Sin su existencia teórica y articulación práctica, el Estado se ve imposibilitado de ordenar al personal que sirve a la realización de la función administrativa que le es inherente.

Al conseguirse una tecnificación de la función pública como categoría jurídica ocurre una identificación de sus principales elementos, se fortalece la idea de su particularismo y puede distinguirse con precisión el sistema de relaciones

ob. cit., p. 449 y ss.; SANDE PÉREZ-BEDMAR, María DE, *Empleo y prestación*, ob. cit., p. 246 y ss.; IVANEGA, Mirian Mabel, *Empleo público*, ob. cit., pp. 84-86; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo Oscar, "Ius variandi en el empleo público", en *Revista de Derecho Público*, 2012-1: Empleo Público I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires. Sobre todo cuando el modelo que se adopte prevea la formalización del vínculo mediante la técnica contractual administrativa, en cuyo fundamento ha de sustentarse ese rasgo que se presenta como parte de la fisonomía de la función pública. Véase DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 12^a ed., Ciudad Argentina, Hispania Libros, Buenos Aires-Madrid-México, 2009, p. 290 y ss.; ENTRENA CUESTA, Rafael, "Consideraciones sobre la teoría de los contratos de la Administración", en *Revista de Administración Pública*, Año VIII, No. 24, septiembre-diciembre, 1957, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 39-74; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La figura del contrato administrativo", en *Revista de Administración Pública*, Año VI, No. 41, mayo-agosto, 1963, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 99-130; MATILLA CORREA, Andry, "Consideraciones mínimas sobre el contrato administrativo y el Derecho Administrativo cubano", en Jorge Fernández Ruiz y Javier Santiago Sánchez (coords.), *Contratos administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2007; pp. 185-233.

⁵⁶ Véase ALESSI, Renato, *Instituciones...*, t. I, ob. cit., pp. 363 y 364.

jurídicas que se establecen entre la Administración Pública y sus servidores en el contexto del ejercicio de la función administrativa. Esto permite, asimismo, el diseño de un esquema terminológico propio, que tendrá un efecto positivo en el orden legislativo, lo cual coadyuvará a mitigar las confusiones y polémicas teóricas que comúnmente se generan en torno de este tema, con especial relevancia respecto del esquema categorial que integra su dimensión subjetiva; pero ello habrá de posponerse para otra ocasión.

Baste ahora realzar, a modo conclusivo, que la noción de la función pública que se propone favorece la solución de problemáticas teóricas y prácticas tradicionales en materia de organización del personal administrativo, lo cual se debe a que dicha concepción permite identificar los elementos fundamentales que la integran como categoría jurídica y las interrelaciones que se establecen entre ellos. Asimismo, se refuerza su autonomía jurídica en tanto puede concretarse con mayor exactitud el contenido, objeto y alcance del Derecho que la ordena y se clarifica el sistema de relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración Pública y sus servidores públicos, en el contexto del ejercicio de la función administrativa.

La potestad disciplinaria de la Administración Pública: elementos necesarios para su individualización teórica

Reynaldo Jorge LAM PEÑA*

I. La organización disciplinaria en la Administración Pública

El ser humano forma parte de una realidad compleja construida por un sinnúmero de relaciones sociales que se transforman constantemente. Su naturaleza física, entendida de forma individual, se inserta en un conjunto dinámico de acciones sociales que funcionan de manera organizada. Sin embargo, la propia complejidad de estas relaciones, unido a otros elementos propios del desarrollo del ser humano,¹ que se despliegan en el seno de la comunidad social, dieron surgimiento a una ficción jurídica que, desde la superestructura, dirige y orienta jurídicamente a la sociedad hacia sus fines determinados en el mantenimiento de la convivencia social: el Estado.

El Estado representa una parte de la realidad social,² que une a un conjunto de individuos en la consecución de un fin históricamente determinado. Para llevar a cabo sus fines se autoorganiza a través del reconocimiento de un poder que unifica y otorga coherencia³ a la organización social, entendida, según ROMANO, y desde la visión institucionalista de este autor, como un ordenamiento jurídico.⁴ La organización social está compuesta por un conjunto de reglas de conducta que pueden tener prevalencia sobre otras, a partir de

* Master en Derecho Constitucional y Administrativo. Profesor Asistente de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Juez profesional suplente no permanente del Tribunal Provincial Popular de La Habana.

¹ ENGELS, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Ed. Política. La Habana. 1963. Además, vid. CAÑIZARES ABELEDO, Fernando D., *Teoría del Estado*, Pueblo y Educación, La Habana, 1979, pp. 130-133; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Teoría del Estado y el Derecho. Teoría General del Estado*, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 32-36.

² Esta realidad, según DROMI, se transforma, en lo político, en la relación entre el ciudadano y el Estado. Vid. DROMI, Roberto J., *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 82.

³ Vid. CASSAGNE, Juan C., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 11ª ed. actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 40.

⁴ Vid. ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, traducción de Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 21 y ss.

su posesión por organizaciones que detentan la fuerza y el poder normativo para crear ordenamientos jurídicos superiores.⁵

El aparato estatal posee toda esta fuerza normativa para crear dichos ordenamientos jurídicos que responden a estructuras organizadas, necesarias para el cumplimiento de sus fines. Estas estructuras organizadas responden a una determinada función que se establece jurídicamente sobre la base de condicionantes históricas y que responden a las necesidades que ha de cubrir determinado ente estatal. Así, las funciones del Estado⁶ se perfilan y se entienden como la distribución del ejercicio del poder a determinados entes públicos para la consecución de sus fines.

De manera general, las funciones del Estado suelen identificarse con los ámbitos legislativo, ejecutivo y judicial, atendiendo a la influencia que tuvo la clásica doctrina de la separación de poderes, generalizada a finales del siglo XVII.⁷ El aparato estatal se integra por estructuras organizativas que funcionan dentro de su conglomerado, que constituye en sí mismo un sistema unitario, interconectado de manera coherente y armónica. Desde la idea de una independencia funcional, a esas estructuras estatales se les encomienda, por mandato constitucional y legal, la realización de una determinada función. Así, en tiempos modernos, el Estado constitucional organiza el ejercicio de su poder a partir de la norma fundamental, la Constitución, y otras normas jurídicas que se estructuran jerárquica y coherentemente dentro del ordenamiento jurídico.

Como una de las estructuras del conglomerado estatal se crea la Administración Pública para el desempeño de una determinada función, en este caso la función administrativa. La norma constitucional la perfila y organiza regulando sus principales órganos, prerrogativas y principios organizativos. Además, le atribuye potestades jurídicas para que pueda cumplir la función asignada. Una de estas potestades jurídicas es la potestad organizatoria,⁸ la cual es un mecanismo de respuesta interna para determinar los órganos y autoridades competentes para cada actuación administrativa y su forma de funcionamiento, a partir de la ordenación constitucional previamente concebida. Esta potestad nace del poder de organización, propio de las estructuras modernas para lograr los

⁵ Vid. GIANNINI, Massimo S., *Derecho Administrativo*, vol. I, traducción de Luis Ortega, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991, p. 119.

⁶ Vid. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., reimp., Ariel, Barcelona, 1969.

⁷ Vid. LOCKE, John, *The second Treatise of Government*, with an introduction by Joseph Carrig, Barnes & Nobles Books, New York, 2004, p. 79 y ss.; MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, t. I, traducido con notas y observaciones por Sira García del Mazo, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid, 1906, pp. 227-241.

⁸ Vid. BREWER-CARIAS, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. La Administración Pública*, vol. II, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 386-397.

finos que se le encomienda. Según FORSTHOFF,⁹ en el ámbito administrativo, el poder de organización puede entenderse en un sentido estricto y uno amplio. El primero hace referencia a la estructura de los órganos administrativos y la distribución de los cargos públicos; el segundo incluye pautas asociadas a las normas que rigen la conducta de todos los individuos que forman parte del ente administrativo.

Al decir de SCHMIDT-ASSMANN,¹⁰ la organización ocupa un lugar central en el sistema del Derecho administrativo, pues es justamente el Derecho de la organización el que permite que las actividades prestacionales de la Administración y las posibilidades de participación de los ciudadanos se inserten en estructuras. De este modo, siguiendo las ideas de FORSTHOFF,¹¹ una combinación de las teorías sobre la organización administrativa muestra cómo no puede acabarse su entendido en la composición de los órganos y sus atribuciones, sino que se debe incluir un sistema de normas de conducta¹² a partir de las relaciones intersubjetivas que se desarrollan a su interno.

En igual línea de pensamiento, MORELL OCAÑA¹³ expresa que cuando se aborda el estudio de los aparatos o estructuras de los que se vale el poder público para el cumplimiento de la función administrativa, no solo se analiza lo referente a la conformación de empleos públicos o dependencias internas, sino que además se tienen en cuenta las diferentes relaciones que se entablan entre sus titulares. La interrelación de las normativas concernientes a la estructura orgánica y las normas de conducta responden, según sus características, a modelos de organización administrativa, que combinan estas normativas con los elementos¹⁴ materiales, financieros y humanos que conforman el armazón administrativo. La doctrina¹⁵ ha esbozado variados modelos de organización,

⁹ Vid. FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., traducción de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 546; DELLIS, Georges y Spyros A. PAPPAS, "Desde la mera disciplina hasta una verdadera deontología", en *Documentación Administrativa*. No. 241-242, Madrid, 1995, pp. 501-514.

¹⁰ Vid. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Teoría General del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, traducción de Javier Barnés Vázquez et al., Instituto Nacional de Administración Pública, reimp., Marcial Pons, Madrid, 2006, p.251.

¹¹ Vid. FORSTHOFF, Ernst, *Tratado...*, ob. cit., p. 555.

¹² Sobre esta postura vid. GIANNINI, Massimo S., *Derecho Administrativo*, vol. I, ob. cit., pp. 117-118.

¹³ Vid. MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo y sus fuentes. La organización Administrativa y sus medios*, t. I, 4ª ed. revisada, ampliada y puesta al día, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 9 y ss.

¹⁴ Según GARCINI, la Administración Pública necesita para su funcionamiento medios personales, materiales y financieros. Vid. GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho Administrativo*, 2ª ed., Pueblo y Educación, La Habana, 1986, pp. 154-173.

¹⁵ Una sistematización de los principales modelos de organización desde diferentes ciencias puede verse en: RAMIÓ, Carles, *Teoría de la Organización y Administración Pública*, Tecnos,

resultando la más extendida, la clasificación de WEBER,¹⁶ que habla de un modelo burocrático, propio de las organizaciones contemporáneas.

La organización burocrática fue la respuesta de los Estados modernos para hacerse cargo de las funciones que se heredaban del viejo régimen feudal. Es un sistema caracterizado por la determinación de atribuciones oficiales fijas, determinadas por normas o reglamentaciones creadas para este fin, una jerarquía funcional que diferencia entre superiores y subordinados, la necesidad de una actividad especializada para hacerle frente a una función pública más compleja y dinámica y el desempeño de un cargo funcional basado en normas generales estables, lo que supone el dominio de algún tipo de disciplina. Esta última característica que hace alusión a normas disciplinarias, el propio WEBER¹⁷ se la atribuye a un poder inherente intrínseco del complejo organizado para lograr sus fines propuestos. Como resultado, el establecimiento de una disciplina se considera un elemento esencial en las organizaciones.

La ordenación disciplinaria¹⁸ en la Administración Pública adquiere un matiz protagónico, sobre la base de elementos heredados de la burocracia, a saber, la determinación de funciones específicas, la profesionalización de su factor humano y la inamovilidad de sus funcionarios, como mecanismo de garantía necesario para el mantenimiento de los individuos al servicio de un aparato administrativo creciente¹⁹ y eficiente. La inamovilidad sirvió de límite a la

Madrid, 1999; TREVERA JUÁREZ, Adrián, "Las corrientes administrativas y su relación con el estudio de la burocracia", en *Revista Internacional: La Nueva gestión organizacional*, Año 6, No. 11, Universidad Autónoma de Tlaxcala, México, 2010, pp. 13-35; ALVARADO PECHIR, Om, *La teoría de la organización en la Administración Pública. Hacia una redimensión convergente*, Instituto de Administración Pública, México, 2019.

¹⁶ Los modelos más difundidos de organización administrativa han sido esbozados por WEBER y se traducen en tradicional, carismático y burocrático. El modelo tradicional se fundamenta en vínculos de vasallaje; el modelo carismático se legitima en la lealtad hacia el jefe; por último, el modelo burocrático se fundamenta en la racionalización y la norma jurídica. Sobre ello *vid.* WEBER, Max, *Economía y sociedad*, traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora, 2ª ed. en español de la 4ª alemana (2ª reimp.), Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2002.

¹⁷ *Vid.* WEBER, Max, *Economía y sociedad*, *ob. cit.*, p. 7.

¹⁸ NIETO GARCÍA, Alejandro, "Problemas capitales del Derecho disciplinario", en *Revista de Administración Pública*, No. 63, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t III, vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, p. 17; SORIANO GARCÍA, José E., *Los fundamentos históricos del Derecho Administrativo en Francia y Alemania*, Instituto de Estudios Constitucionales, Colombia, pp. 15-16.

¹⁹ Desde el Derecho administrativo surge la concepción de servicio público. *Vid.* DUGUIT, León, *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, traducido del francés por Adolfo C. Posada y Carlos Posada, Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1975; JÈZE, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo. El funcionamiento de los servicios públicos*, t. III, traducción directa de la 3ª ed. francesa por Julio N. San Millán Almagro, Depalma, Buenos Aires, 1949.

discrecionalidad del poder jerárquico para separar a los funcionarios, permitiéndola solo por justa causa. La causa se expresaba mediante infracciones disciplinarias, las que a su vez se delimitaban desde las funciones que realizaba el sujeto, necesitando un procedimiento administrativo para su comprobación. El modelo burocrático desempeñó un papel importante en la ordenación disciplinaria, pero también lo fue la consagración del principio de legalidad, como vertebrador de la actuación administrativa, quien permitió que la ordenación disciplinaria se transformara en un régimen jurídico y se juridificaran estos mecanismos de ordenación del personal a través de técnicas de organización.

El régimen disciplinario resultó útil al preestablecer formas de actuación que permitieron realizar los fines públicos encargados a la propia estructura administrativa y permitió guiar la actuación de cada sujeto sobreponiendo los intereses colectivos a los individuales. La disciplina administrativa incorporó a los preceptos de conducta generales y otros impuestos por la propia autoridad jerárquica, principios éticos que debían informar la función administrativa como función pública. Todos se traducen en deberes funcionariales determinados en dependencia de la función particular que desempeña cada individuo para contribuir al logro del interés colectivo.²⁰ La disciplina marca el actuar deontológico del universo personal como un medidor de la eficacia²¹ con la que la Administración Pública logra y gestiona sus propósitos en el ejercicio de la función administrativa. Constituye el presupuesto para el establecimiento de un sistema de responsabilidades individuales para cada individuo, en dependencia del rol que desempeña, de ahí que sea necesario para la Administración Pública velar por el cumplimiento de sus normas disciplinarias, a través de mecanismos jurídicos que en el Estado constitucional se convirtieron en potestades jurídicas a partir del valor transversal de la juridicidad. Según RONDEAU,²² con la disciplina se obtiene el grado más desarrollado de la organización; de ahí la importancia de establecer todas las reglas que encarnarán el estándar de conducta del personal.

Dentro del conglomerado de individuos al servicio de la Administración Pública y obligados a respetar su régimen disciplinario se encuentran los funcionarios públicos, que constituyen la categoría fundamental dentro de

²⁰ Así, PAREJO concibe una dimensión del interés general como subjetiva u organizativa para hacer mención a la organización administrativa como medio de lograr dicho interés público. Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo*, Ariel Derecho, Barcelona, 2003, p. 773.

²¹ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, "El principio de eficacia en el Derecho y en la ciencia de la Administración pública", en *Documentación Jurídica*, No. 218-219, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1978; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios del Derecho Administrativo*, t. I, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2009, p. 67.

²² Vid. RONDEAU, Christian, "Le droit disciplinaire", en *Bull. Acad. Vét. de France*, No. 69, París, 1996, pp. 61-71.

su universo personal. Esto se debe al grado de responsabilidad que poseen en el desenvolvimiento de la función pública y sobre los que recae el mayor grado de profesionalidad y deberes públicos que se ha mencionado. Por ello, el aparato burocrático vela y controla la sujeción de estos a la ordenación administrativa, a través del conjunto de deberes y derechos de que son destinatarios.

II. La potestad disciplinaria de la Administración Pública: precisiones conceptuales

La Administración Pública, como organización, está formada por un conjunto de órganos e individuos encaminados a la satisfacción del interés colectivo. Por ello, las conductas de sus elementos se sujetan a una ordenación de naturaleza disciplinaria que armonizan las acciones de su personal. Sin embargo, para velar y exigir por su cumplimiento la organización administrativa, como organización, necesita un poder jurídico que la faculte, no solo a instaurar dicha ordenación, sino a reprimir su vulneración. El poder disciplinario es propio y está presente en todas las organizaciones sociales sin importar la finalidad que posea o la naturaleza de las normas que lo conforman; existe en las organizaciones privadas y públicas, desde las familias, las empresas o las asociaciones e instituciones estatales, como lo es la Administración Pública, alcanzando a todos los sujetos físicos que interactúan con ella. La trascendencia de la organización administrativa para lograr un interés colectivo conlleva un régimen jurídico disciplinario riguroso para aquellas personas que tienen una actuación determinada dentro de la función administrativa, en especial el funcionario público, a partir del grado de responsabilidad en el desempeño de dicha función.

En la Administración Pública, al ser una construcción jurídica, este poder es atribuido por el ordenamiento jurídico a través de una potestad jurídica. Sin embargo, la presencia de este poder en todas las organizaciones y la confluencia dentro de la propia Administración Pública de una pluralidad de sujetos físicos con distintos regímenes jurídicos obliga a particularizar teóricamente la institución mencionada cuando tiene como destinatario al funcionario público, toda vez que el conjunto de deberes y derechos que componen su cargo conforman un estatuto público. Por ello, en esta investigación se hace necesario precisar algunos aspectos de la potestad disciplinaria de la Administración Pública, en aras de su individualización teórica como presupuesto para el análisis de cualquier categoría o institución afín a esta. En este caso se considera oportuno sentar bases teóricas sobre su conceptualización, los elementos teóricos que la componen, a saber, elemento subjetivo, objetivo, formal y teleológico y su naturaleza jurídica.

II.1. Aspectos conceptuales de la potestad disciplinaria

La potestad disciplinaria tuvo su nacimiento a partir de dos elementos fundamentales. En primer lugar, la vertebración en el Estado constitucional del principio de legalidad, que trajo aparejado el otorgamiento por el ordenamiento jurídico constitucional de potestades jurídicas a la Administración Pública y, en segundo lugar, la determinación de funciones específicas para el funcionario y su inamovilidad a partir de la construcción de un modelo burocrático de organización;²³ ello sin desconocer la existencia de un poder disciplinario propio de la organización estatal anterior.

Los estudios doctrinales sobre la potestad disciplinaria no ocuparon una atención central hasta entrado el siglo xx, como resultado de los conflictos suscitados en torno a los derechos adquiridos por los funcionarios, que comenzaban a ser objeto de análisis a partir del contenido de la relación estatutaria, los preceptos del Estado social en cuanto a la constitucionalización del derecho al trabajo y las limitaciones a las potestades administrativas a partir del principio de legalidad. En la actualidad, variados han sido los autores que han aportado criterios para su conceptualización, determinándose cinco elementos indispensables a tener en cuenta para su definición: 1) se considera una potestad jurídica; 2) su campo de actuación se circunscribe a los actos del funcionario público; 3) es una potestad represiva para castigar la vulneración del orden disciplinario; 4) es aplicable cuando se afectan los deberes públicos que forman parte de la función encomendada al funcionario público; y 5) tiene como finalidad restablecer el orden interno de la Administración Pública. Sobre algunos de estos, la doctrina ha encontrado consenso, y sobre otros, aún persisten análisis dicotómicos que llevan a conceptualizaciones que poseen puntos semejantes y diferentes. Por ello es necesario sentar consideraciones sobre cada uno de los aspectos señalados desde las exposiciones conceptuales de los autores que la han estudiado.

Considerar a la potestad disciplinaria como una potestad jurídica²⁴ es coherente con el ordenamiento jurídico administrativo. La Administración Pública

²³ TRAYTER ha mencionado que la propia idea y esbozo teórico de la potestad disciplinaria ha estado ligada a la propia concepción del Derecho disciplinario, debido a que el segundo es reflejo de la aplicabilidad de la propia potestad y comenzó a surgir a partir de la concepción de modelos de organización administrativa según criterios de NIETO. Sobre ello *vid.* NIETO GARCÍA, Alejandro, "Problemas capitales...", *ob. cit.*, p. 44; TRAYTER JIMÉNEZ, Manuel, *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 28; RINCÓN CÓRDOBA, Jorge I., *La potestad disciplinaria en el Derecho Administrativo*, IJ International Legal Group, Argentina, 2018, p. 50.

²⁴ Existen autores que no la entienden como tal, sino como un poder inherente a la organización. *Vid.* GOANE, René M., "El poder disciplinario de la Administración Pública", en Juan Carlos Cassagne (dir.), *Derecho Administrativo. Obra en colectivo en homenaje al profesor Miguel*

es una ficción jurídica creada por el ordenamiento constitucional. La propia norma le atribuye potestades jurídicas, prerrogativas y facultades para que pueda cumplir la función encomendada. Este conjunto de potestades desnivela la relación jurídica de servicio que surge entre el funcionario público y la Administración Pública. Sin embargo, la potestad jurídica, al ser determinada por la ley, enmarca la actuación administrativa en el principio de legalidad, sirviendo de garantía para los funcionarios y de limitante para la regulación y aplicación desmedida de toda la actividad administrativa, incluido el ejercicio de su régimen jurídico disciplinario.²⁵ Entenderla como una potestad permite concederle la cualidad de “potestad-función”,²⁶ destinando su regulación y ejercicio al mantenimiento del orden que garantiza el correcto funcionamiento administrativo para lograr el interés colectivo.

En cuanto al campo de actuación existen dos corrientes, “amplias”²⁷ y “estrictas”,²⁸ a partir de entender como su sujeto pasivo al funcionario público. La relación entre el orden disciplinario y el funcionario público se traduce a partir del marco estatutario que une al funcionario público con la Administración Pública, diferenciándolo del resto del personal que sirve al complejo administrativo. La potestad disciplinaria se aplica cuando se afecta el funcionamiento de la Administración, el cual se traduce en la vulneración de los deberes de los funcionarios públicos incorporados en su *status* funcional. Asumir la postura estricta de potestad administrativa permite diferenciarla de otras

Marienhoff, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1013; COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo. Acto Administrativo, procedimiento administrativo y otros estudios*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 591.

²⁵ Vid. ROMANO, Santi, *Fragments de un Diccionario Jurídico*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin, Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1964, p. 240 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 7ª ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 449; ARIAS GAYOSO, Grethel, “Las potestades administrativas. Apertura y cierre al ejercicio del poder público”, en Andry Matilla Correa (coord.), *Tendencias del Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Dr. Héctor J. Garcini Guerra*, UNIJURIS, La Habana, 2017, p. 132.

²⁶ Vid. SUÑÉ LLINÁS, Emilio, “Sobre el concepto de potestad”, en Rafael Gómez-Ferrer Morán (coord.), *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, p. 1370.

²⁷ Entre los defensores de una concepción amplia se encuentran: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso...*, vol. II, ob. cit., p. 169; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 5ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 628-629; ROYO VILLANOVA, A., *Elementos de Derecho administrativo*, 25ª ed., t. I, Autor-editor, Valladolid, 1960, pp. 77-78.

²⁸ Entre los defensores de una concepción estricta se encuentran: JÈZE, Gastón, *Principios...*, ob. cit., p. 92; ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. I, 3ª traducción de la versión italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Bosch, Barcelona, 1970, p. 231; SUAY RINCÓN, José, “Potestad disciplinaria”, en Rafael Gómez-Ferrer Morán (coord.), *Libro Homenaje...*, ob. cit., p. 1315; PRAT, Julio A., *Derecho Administrativo. Los funcionarios públicos*, t. III, vol. I, Acali, Montevideo, 1978, p. 154; DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis H., *El Derecho disciplinario de la función pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 1990, p. 123.

potestades disciplinarias que recaen sobre el personal laboral contratado por la Administración Pública y de la potestad sancionadora de la Administración, con la cual algunos autores²⁹ reconocen una relación de género-especie.

En tercer lugar, se considera una potestad represiva, pues busca castigar y reprimir las acciones u omisiones de los funcionarios públicos que se tipifican como infracciones, imponiendo sanciones disciplinarias. Estos constituyen los elementos estructurales de la potestad disciplinaria sobre los cuales existe consenso en la doctrina. La naturaleza represiva ha sustentado criterios para expresar que la potestad disciplinaria emana del *ius puniendi* del Estado. ÚBEDA TARAJANO³⁰ explica que reconducir el *ius puniendi* del Estado a una doble manifestación (administrativa y penal) es una enorme simplificación de la realidad. Resulta evidente que junto a la manifestación administrativa y penal aparece una tercera vía, a través de la cual el *ius puniendi* del Estado se manifiesta sin impregnarse de un tinte administrativo o penal. Este aparte permite entender que su interés es el restablecimiento del orden disciplinario lacerado.

El cuarto aspecto ha entendido que se ejerce cuando se afecta la función encomendada. La función es definida a partir del conjunto de deberes y derechos públicos que se le atribuyen al funcionario público y que forma parte del *status* funcional, de lo cual se configura un catálogo de las infracciones disciplinarias que conforman el presupuesto necesario para el ejercicio de la potestad disciplinaria.³¹ *In supra* se analizó que la relación estatutaria constituye el anclaje para determinar el deber afectado y, por ende, la exigibilidad

²⁹ Vid. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos A., "El Derecho disciplinario como disciplina jurídica autónoma", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXXIV, No. 403, Argentina, 2012, p. 62; IVANEGA, Mirian, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho a la defensa*, RAP, Buenos Aires, 2013, p. 42.

³⁰ Vid. ÚBEDA TARAJANO, Francisco E., "Sanciones disciplinarias de Derecho público: Las relaciones entre ilícitos administrativos y penales en el marco constitucional", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 61, No. 2033, España, 2007, p. 1013. También comparten este criterio: CASTILLO BLANCO, Federico y Rosa María ILDEFONSO HUERTAS, ob. cit., p. 14; DE PEIOTTI, Irma P. y María Inés del C. ORTÍZ DE GALLARDO, "Potestad disciplinaria de la administración: Principios constitucionales desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación", en *Cuadernos de Derecho Público*, vol. 7, Universidad Católica de Córdoba, 2019, pp. 143-163; MORELL OCAÑA, Luis, *Curso...*, t. I, ob. cit., p. 465; GÓMEZ PÉREZ, Ángela, "Tutela legal a las contravenciones y los delitos paralelos en Cuba", en Leonardo B. Pérez Gallardo et al. (coord.), *Perspectivas del Derecho Cubano Actual*, t. I, 1ª ed., Reus, Madrid, 2006, pp. 520-563.

³¹ Sobre infracciones disciplinarias vid. NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 259-323; CASTILLO BLANCO, Federico, *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 282-292; MARINA JALVO, Belén, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, 3ª ed., Lex Nova, Madrid, 2006, pp. 327-370; COUTINHO, Vanda, "Infração disciplinar e sanção disciplinar", en *Direito das relações laborais na Administração Pública*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2018, p. 652; GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos, "La ilicitud sustancial", en AA.VV., *Lecciones de Derecho Disciplinario*, t. I,

de responsabilidad, pues se afecta la función administrativa que recae en el funcionario público. No obstante, algunas definiciones de autores entienden que la función encomendada se puede definir a través de la relación de servicio, el cargo o la supremacía especial que lo une a la Administración Pública.³²

Por último, se comprende que está dirigida a restablecer el orden interno de la Administración, desde la protección a la disciplina administrativa, tema al que se dedicarán líneas posteriores. Baste ahora mencionar que su finalidad ha formado parte de la estructura conceptual de la institución. Este elemento ha servido de base para varios autores, con el objetivo de considerarla una potestad doméstica³³ aplicable a los actos de sus funcionarios públicos en el marco de sus deberes públicos.

II.2. Elementos de la potestad disciplinaria de la Administración Pública

Del análisis de los presupuestos teóricos para conceptualizar la potestad disciplinaria se desgajan elementos que la configuran e individualizan. Estos son: el elemento subjetivo, el objetivo, el formal y el teleológico.

A. Elemento subjetivo

Un elemento esencial es entender los sujetos de la potestad disciplinaria. Ellos son: el funcionario público y la Administración Pública.

Sobre el primero, solo se añade, sin entrar en disquisiciones teóricas que sobrepasarían los fines de este ensayo teórico, que el funcionario público es el sujeto físico encargado de ejecutar la función administrativa³⁴ a través de

Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, Colombia, 2006, p. 21.

³² Ejemplo de estas definiciones pueden ser: ALESSI, Renato, *Instituciones...*, t. I, ob. cit., p. 231; SUAY RINCÓN, José, "Potestad disciplinaria", ob. cit., p. 1315; FLORES DAPKEVICIUS, Rubén, *Derecho Penal Administrativo. El procedimiento disciplinario*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 2004, p. 61.

³³ Vid. NIETO, Alejandro, "Problemas capitales...", ob. cit., p. 66; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso...*, vol. II, ob. cit., p. 170; PÉREZ BARRIO, Agustín, "La nueva configuración de la potestad disciplinaria de la Administración. Sus límites constitucionales", en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 13, Instituto Vasco de Administración Pública, España, 1985, p. 217; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 386.

³⁴ Este elemento ha sido dicotómico para la noción de funcionario público al dividir los conceptos desde posturas amplias o estrictas sobre la base del contenido de la función pública. Dentro de las definiciones de alcance general se pueden citar las de GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 12ª ed., C. Bermejo Impresor, Madrid, 1952, p. 285; CARBONERO GALLARDO, José M., "El concepto de funcionario público. Clases de personal al servicio del

una actividad prestacional.³⁵ El nexo jurídico que une al funcionario público y el aparato administrativo es una relación de servicio.³⁶ Dicha relación adquiere una naturaleza jurídica, sin profundizar en otros debates al respecto,³⁷ legal o reglamentaria. La postura asumida en esta investigación se basa en la finalidad teleológica de la Administración Pública. La defensa del interés general a través de la función administrativa necesita establecer un cúmulo de derechos y deberes que precisen el actuar del funcionario público en pos de que su desempeño contribuya al bienestar colectivo, el que además, se ha precisado, responde a una forma de organización moderna. Estos derechos y deberes son impuestos desde la norma constitucional y legal de forma unilateral y son

sector público”, en Federico A. Castillo Blanco (dir.), Ana Olmeda Goya (coord.), *Lecciones de función pública*, CEMCI, Granada, 2002, p. 123; PRAT, Julio A., *Derecho Administrativo*, t. III, vol. I, ob. cit., p. 29. Dentro de las definiciones de alcance estricto se encuentra la de PÉREZ BOTIJA, Eugenio, “El problema de los no funcionarios en las entidades públicas”, en AA.VV., *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencia*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1952, p. 128 y ss.; ROYO-VILLANOVA, Segismundo, “El concepto de funcionario público y la relación de función pública en el nuevo Derecho Español”, en *Revista de Administración Pública*, No. 44, Madrid, 1964, p. 9; RUIZ Y GÓMEZ, Julián M., *Principios del Derecho Administrativo. El personal de la Administración Pública. Exposición Doctrinal y de Derecho Positivo y Jurisprudencia cubana*, 1ª ed., Cultural S.A., La Habana, 1935, p. 45 y ss.

³⁵ Para los alemanes se sustentaba en principios de fidelidad más allá del prestacional. Vid. MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán. Parte Especial. Obligaciones Especiales*, t. IV, 2ª ed. inalterada, Depalma, Buenos Aires, 1982.

³⁶ Esta postura dependerá de la posición que se asuma con respecto al funcionario público y el contenido que se le otorgue la relación de servicio, desligándola de la relación de empleo público, la relación estatutaria o la relación orgánica. Vid. GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A., “Relación orgánica y relación de servicios en los funcionarios públicos”, en *Revista de Administración Pública*, Año 5, No. 13, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pp. 53-103.

³⁷ Apoyan esta postura los autores: JÈZE, Gastón, *Principios...*, ob. cit.; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1953, p. 261; DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, t. III, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, p. 355. Entre los detractores se sitúan: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III, 5ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 187; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General*, t. I, 8ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, pp. XIII-20. Debates sobre el resto de las posturas más difundidas en: SERRA PIÑAR, Antonio, “Naturaleza Jurídica de la Relación Jurídica que une al funcionario con la Administración”, en AA.VV., *Estudios dedicados al Profesor Gascón y Marín*, ob. cit., Estudios de la Administración Local, Madrid, 1952, pp. 187-203; PRAT, Julio A., *Derecho Administrativo*, t. III, vol. I, ob. cit., pp. 31-37; ROYO-VILLANOVA, Segismundo, “El concepto de funcionario público”, ob. cit., pp. 18-20; MONZÓN PÁEZ, Fernando, “La noción de funcionario público como categoría iusadministrativa: una propuesta para Cuba”, *Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencia Jurídica*, La Habana, 2020, pp. 153-164.

preexistentes a la incorporación del funcionario público al aparato administrativo conformando, al decir de ALESSI,³⁸ un *status* funcional.

El estatuto funcional o la relación estatutaria es el reservorio de los deberes y derechos públicos que son el contenido material de las normas relacionadas con la disciplina organizacional, que al quedar reguladas sirven de fuente para la construcción de un régimen disciplinario. Estos derechos y deberes de naturaleza pública son objetivamente determinados para el cargo que desempeña el funcionario; también otros que emanan del poder jerárquico de la estructura donde se inserta. Por último, estarán los asociados a preceptos éticos y conductuales a tono con la actividad pública que desarrolla el ente.³⁹

Por otro lado, se encuentra la Administración Pública, en quien recae la titularidad de la potestad. Empero, la materialización del aparato administrativo se realiza a través de los órganos y el personal que le dan virtualidad; por ello las potestades jurídicas que establece el ordenamiento jurídico se expresan en atribuciones competenciales a los distintos órganos administrativos.

Particularizando, el sujeto activo de la institución en cuestión será el órgano que posee la competencia para sancionar a sus funcionarios subordinados dentro del marco de la relación jerárquica⁴⁰ que se genera. No podrá ser el titular la persona física que dinamiza el órgano. Según GOANE, “al ser la potestad jurídica- una potestad se trata de una competencia o aptitud del órgano función y no un derecho en cabeza de la persona que enviste la función”.⁴¹ Las particularidades del órgano que asuma la facultad dependen de la regulación particular del ordenamiento jurídico.⁴²

³⁸ Vid. ALESSI, Renato, *Instituciones...*, t. I, ob. cit., p. 96; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, 6ª ed., Tecnos, España, 2010, p. 455.

³⁹ Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. IV – *La actividad administrativa*, Iustel, Madrid, 2011, p. 133; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho administrativo. Organización y empleo público*, t. I, 14ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 601-607.

⁴⁰ Esto hace referencia a la existencia de una característica de la potestad. Es una potestad jerárquica. Vid. PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo...*, t. I, ob. cit. p. 518; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1982, p. 137.

⁴¹ Vid. GOANE, René M., “El poder disciplinario...”, ob. cit., p. 1028. También, SUAY RINCÓN, José, “Potestad disciplinaria”, ob. cit., p. 1312; QUINTANA LÓPEZ, Tomás, “La potestad disciplinaria de las administraciones sobre los empleados públicos”, en *Documentación Administrativa*, No. 282-283, Madrid, 2009, p. 334; MORELL OCAÑA, Luis, *Curso...*, t. I, ob. cit., p. 464; DELPIAZZO, Carlos E., *Derecho Administrativo General*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ed. Amalio Fernández S.R.L., Uruguay, 2017, p. 85; PRAT, Julio A., *Derecho Administrativo*, t. III, vol. I, ob. cit., p. 155.

⁴² Los análisis en algunos ordenamientos pueden verse en: RAYÓN BALLESTEROS, María C., “Responsabilidades de empleados públicos y altos cargos de la Administración”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, España, No. XLVIII, 2015, pp. 131-158; ROLO, Ana, “Ejercicio do poder disciplinar e procedimento disciplinar”, en *Direito das Relações Laborais*

B. Elemento objetivo

El elemento objetivo de la potestad disciplinaria lo constituye la sanción disciplinaria. La sanción disciplinaria se configura como un tipo de sanción administrativa⁴³ que se impone en el ámbito interno de la Administración Pública para garantizar el cumplimiento de los deberes públicos que le son impuestos a los funcionarios públicos.

Las características enunciadas por SUAY⁴⁴ en torno a las sanciones administrativas se pueden extrapolar al marco del ilícito disciplinario, en busca de una caracterización de las sanciones disciplinarias. De esta forma, se puede decir, en primer lugar, que son impuestas por la Administración Pública como mecanismo de autoprotección de su ordenación disciplinaria por la autoridad competente. Son de naturaleza aflictiva, lo que significa para el funcionario la pérdida de algún derecho –derecho de inamovilidad, el derecho al cargo o el derecho a la remuneración– o la generación de alguna obligación –multa disciplinaria–. También son consecuencia directa de la comisión de acciones y omisiones antijurídicas por parte de los funcionarios, que se configuran en la norma jurídica como infracciones disciplinarias. Poseen una finalidad represora, a tono con la esencia de la potestad disciplinaria, por cuanto generan un castigo para el disciplinado y, por último, suponen la existencia de un procedimiento administrativo como vehículo para la imposición de las mismas. La naturaleza aflictiva y punitiva permite diferenciar las sanciones disciplinarias de otras medidas disciplinarias –como las provisionales–⁴⁵ que se pueden imponer en el ámbito disciplinario.

na Administração Pública, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2018, pp. 693-713; RINCÓN CÓRDOBA, Jorge I., *La potestad...*, ob. cit., p. 30; CABRAL, Pablo y Marcelo J. SCHREGINGER, *El régimen de empleo público de la Provincia de Buenos Aires*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 594-615.

⁴³ Sobre sanciones administrativas *vid.* SUAY RINCÓN, José, *Sanciones Administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989; CARRETERO PÉREZ, Adolfo y Adolfo CARRETERO SÁNCHEZ, *Derecho Administrativo Sancionador*, Revista de Derecho Privado - EDERSA, Madrid, 1992, pp. 151-187; HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007; BERMÚDEZ SOTO, Jorge, “Elementos para definir las sanciones administrativas”, en *Revista Chilena de Derecho*, No. Especial, Chile, 1998, pp. 323-334; CORDERO QUINZACARA, Eduardo, “El Derecho Administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal”, en *Revista de Derecho*, vol. XXV, No. 2, Chile, 2012, pp. 131-157.

⁴⁴ *Vid.* SUAY RINCÓN José, *Sanciones...*, ob. cit., p. 57. También en: DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis H., *El Derecho disciplinario...*, ob. cit., pp. 97-102.

⁴⁵ *Vid.* CASINO RUBIO, Miguel, “La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía (Comentario a la STS de 2 de febrero de 1998, Ar. 2060)”, en *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, Madrid, 2000, pp. 569-574; REBOLLO PUIG, Manuel, “El contenido de las sanciones”, en AA.VV., *Justicia Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 155-157.

En definitiva, las sanciones disciplinarias son un instrumento de la Administración Pública orientado a reprimir conductas tipificadas como infracciones disciplinarias que afectan el ordenamiento disciplinario, garante del buen funcionamiento administrativo. Son tipificadas por la ley y se establecen en *numerus clausus*,⁴⁶ reflejo del principio de legalidad. La doctrina ha clasificado las sanciones disciplinarias atendiendo a varios criterios en dependencia de las regulaciones de los ordenamientos jurídicos, su contenido o su finalidad, donde las más generalizadas son las que diferencian entre depurativas o correctivas.⁴⁷ Las primeras hacen alusión a las sanciones disciplinarias que separan de forma definitiva al funcionario público de la organización administrativa, mientras las correctivas imponen un castigo que no representa la ruptura del vínculo jurídico del funcionario, sino alguna obligación pecuniaria o de hacer.

C. Elemento formal

Como una de las características de las sanciones administrativas y que se aplica a las disciplinarias se encuentra la necesidad de un procedimiento administrativo para la imposición de la mencionada sanción. El procedimiento administrativo es la ordenación de actuaciones que poseen efectos jurídicos concatenados para lograr una decisión administrativa, de ahí que la imposición de una sanción administrativa debe seguir determinadas pautas procedimentales, que garanticen el obrar de la autoridad administrativa acorde a preceptos esenciales regulados en la ley.⁴⁸ Representa la fiabilidad de un tratamiento uniforme para todos los destinatarios. El procedimiento disciplinario es cauce por el que se ejercita la potestad disciplinaria y constituye el elemento mediante el cual se forma un acto administrativo.

Por su parte, el régimen disciplinario de la Administración responde al mantenimiento del actuar organizado del aparato desde las conductas de su personal. Se analizó que si bien la disciplina es inherente a las organizaciones, su transformación en un régimen jurídico disciplinario, en parte se debió la presencia del principio de legalidad. La legalidad no solo se materializa en la regulación de las faltas y sanciones, sino en la regulación de

⁴⁶ Vid. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, ob. cit., p. 464.

⁴⁷ Respondiendo a preceptos jurídicos de cada ordenamiento, autores como MAYER entienden que las sanciones disciplinarias pueden ser correctivas o depurativas. Para BIELSA serán correctivas y expulsivas depurativas. Para DROMI serán correctivas, expulsivas y represivas (en la cual incluye únicamente el arresto como sanción administrativa). DELPIAZZO las cataloga según su finalidad como correctivas y depurativas, por su naturaleza como morales, pecuniarias y profesionales, por su gravedad serán leves, medias y graves; y por su contenido dependerán de la regulación taxativa en las normas jurídicas nacionales. Vid. MAYER, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, t. IV, ob. cit., p. 77; BIELSA, Rafael, *La función pública*, Depalma, Buenos Aires, 1960. p. 594; DROMI, Roberto J., *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 286; DELPIAZZO, Carlos E., *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 86.

⁴⁸ Vid. ANABITARTE GALLEGU, Alfredo et al., *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Barcelona, 2001, p. 135.

un procedimiento para imponer la sanción disciplinaria correspondiente,⁴⁹ otorgando garantías procedimentales al funcionario público disciplinado y limitaciones al actuar de la Administración Pública. El procedimiento disciplinario se ha transformado más que en un elemento de la potestad disciplinaria en un derecho del funcionario –derecho al debido procedimiento o a la tutela administrativa efectiva–; debe investigar la comisión de la falta, el grado de responsabilidad y la sanción correspondiente atendiendo a los presupuestos jurídicos determinados.

D. Elemento teleológico

El aspecto teleológico se refiere a la finalidad que se persigue con la regulación y el ejercicio de la potestad disciplinaria, lo cual se puede ir analizando en el discurso teórico presentado. La potestad disciplinaria se aplica en el marco de la relación jurídica que se establece entre el funcionario público y la Administración Pública, de ahí que las particularidades teóricas que sostienen la naturaleza jurídica de dicha relación jurídica influirán en su fundamento. Para aquellos⁵⁰ que sostienen la naturaleza bilateral, asemejándolo a un contrato administrativo, de la relación entre la Administración Pública y el funcionario, su finalidad está en el respeto a las cláusulas contractuales que rigen la relación de servicios.

Para MAYER, la finalidad radica en el mejoramiento del servicio que presta el funcionario público, toda vez que la relación se nutre del deber de fidelidad y devoción.⁵¹ Otros⁵² la atribuyen a la organización administrativa, pero desde el presupuesto del poder inherente. Estas cuestiones fueron superadas, ya que la finalidad de la potestad disciplinaria encuentra su fundamento en un elemento más amplio que sobrepasa la relación de servicios, y lo constituye: la organización administrativa.

Sin embargo, las acepciones anteriores examinan la finalidad de la potestad disciplinaria desde la coherencia de sus explicaciones teóricas, pero dejan fuera un análisis más abarcador. Ninguno de los planteamientos anteriores se considera incorrecto, todos tributan a un común denominador: “el interés general” como fin en sí mismo de la Administración Pública. La organización

⁴⁹ Vid. CASSAGNE, Juan C., *Curso...*, ob. cit., p. 3.

⁵⁰ Vid. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B – *Contratos administrativos. De los contratos en particular*, 3ª ed. Actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 411.

⁵¹ Vid. MAYER, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, t. IV, ob. cit., pp. 73-74. También para JÈZE la finalidad se encuentra en el mejoramiento del servicio público. Vid. JÈZE Gastón, *Principios...*, ob. cit., p. 92.

⁵² Vid. COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 561; GOANE, René M., “El poder disciplinario...”, ob. cit., pp. 1020-1022.

administrativa busca el funcionamiento adecuado de la Administración Pública desde la imbricación armónica de todos sus elementos materiales, orgánicos, personales y financieros, de ahí que la imposición de un régimen disciplinario en el marco de la relación estatutaria contribuya al direccionamiento adecuado de las conductas de su personal como garante del orden administrativo. Por ello, MARINA JALVO⁵³ entiende que la potestad disciplinaria constituye una técnica de organización. Sin embargo, la propia organización administrativa tiene como fin, no solo mantener el funcionamiento del aparato, sino también la eficacia y la buena administración, como forma de garantizar el interés colectivo a través de la satisfacción de las necesidades públicas.

La potestad disciplinaria, entonces, desde la regulación de las faltas y sanciones, así como desde el respectivo procedimiento, exige responsabilidad a sus funcionarios públicos, en pos de contribuir al correcto desempeño administrativo para lograr el interés colectivo. Su finalidad no será la aplicación de una sanción aflictiva al disciplinado, sino concebir un instrumento de gobierno que garantice el actuar administrativo uniforme desde los deberes públicos que previamente son impuestos al funcionario público. Al decir de IVANEGA:⁵⁴

“la potestad disciplinaria de la Administración encuentra su fundamento en la preservación y autoprotección de la organización administrativa, en el correcto funcionamiento de los servicios administrativos, siendo específica de la relación que vincula a los agentes públicos con las Administración pública. La Administración se protege a sí misma, a su orden interno y a las personas que trabajan a su servicio, lo que hace que justifique que sean objeto de un tratamiento distinto”.

El mejoramiento del servicio desde la función administrativa o desde la fidelidad que sostiene la relación jurídica funcionarial, y la organización administrativa, desde su esencia misma, tributan al funcionamiento administrativo para la satisfacción del interés general, lo que también se corresponde con la función que le atañe a la propia potestad en su entendido de potestad-función.

II.3. La naturaleza jurídica de la potestad disciplinaria

Los análisis de la naturaleza jurídica de la potestad disciplinaria es un tema en el que aún se derrocha tinta, y hoy es uno de los principales problemas

⁵³ Vid. MARINA JALVO, Belén, *El régimen disciplinario*, ob. cit., p. 25.

⁵⁴ Vid. IVANEGA, Mirian, *Cuestiones de potestad...*, ob. cit., p. 43; BIELSA, Rafael, *La función pública*, ob. cit., p. 291; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, ob. cit., pp. 408-415; SENDÍN GARCÍA, Miguel A., “Derecho disciplinario”, en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez (dir.) y María C. Rodríguez Martín-Retortillo (coord.), *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, Instituto Nacional de Administración Pública, Comares, Granada, 2015, p. 533.

que enfrenta el Derecho disciplinario. De cada una de las posturas existen presupuestos teóricos que de una manera u otro condicionan la construcción dogmática de la institución. Las posturas más extendidas son aquellas que le atribuyen naturaleza penal, civil y administrativa.

La naturaleza penal de la potestad disciplinaria se justifica en que sus aspectos estructurales, la infracción y la sanción, poseen iguales presupuestos teóricos que el poder punitivo. Los defensores de estos postulados, que tuvieron como primer exponente a STOCK,⁵⁵ entienden que el ilícito disciplinario posee identidad sustancial con el ilícito penal y que la única diferencia radica en elementos cuantitativos⁵⁶ asociados a la magnitud de la sanción que se impone. Esta teoría fue criticada por BEHMKE,⁵⁷ para quien la identidad sustancial suscitaba la aplicabilidad de iguales regímenes jurídicos para ambos procedimientos sancionadores, lo cual no era posible desde la primaria distinción de los órganos que ejercían cada uno de ellos, judiciales o administrativos.

Afirmar la *ratio* penal de la potestad disciplinaria tuvo como principal error considerarla homogénea a la potestad sancionadora de la Administración Pública. La diferencia cuantitativa entre ilícitos administrativos e ilícitos penales es válida, a pesar de que algunos defensores sustentaron criterios cualitativos sobre la base de la existencia de distintos bienes jurídicos, los primeros, intereses del aparato administrativo y los segundos, bienes jurídicos penales. Cierto es que entre ilícitos penales e ilícitos administrativos las magnitudes de las sanciones son distintas, sobre la base de la gravedad que dista entre sus objetos de protección. Sin embargo, ambos protegen bienes

⁵⁵ Este autor habla de razones históricas que llevaron a este debate entre Derecho penal y Derecho disciplinario. Este autor sustenta sus ideas desde el estudio del Código penal prusiano de 1794 y el estudio de sus delitos funcionariales. Vid. NIETO, Alejandro, "Problemas capitales...", ob. cit., p. 57.

⁵⁶ Esta postura dio lugar a la tesis cuantitativa sobre la identidad sustancial entre sanciones penales y administrativas. Autores defensores de esta vertiente son: MERKL, Adolf, *Teoría general del Derecho Administrativo*, Ediciones Coyoacán, México, 2014, pp. 348-349; ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, traducción de la 2ª ed. Alemana, notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensas, Civitas, Madrid, 2006, p. 53; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, vol. II, ob. cit., pp. 167-174. Contraria a ella apareció una tesis cualitativa, que encontraba diferencias sustanciales sobre la base de distintos objetos de protección, la penal bienes jurídicos y la sancionadora intereses internos de la Administración Pública, la cual ha quedado superada desde el entendido de que ambas protegen bienes jurídicos relacionados con el orden social. Vid. GARRIDO FALLA, F., "Los medios de policía y la Teoría de las sanciones Administrativas", en *Revista de Administración Pública*, Instituto de Administración Pública, Año X, No. 28, Madrid, 1959, pp. 11-51. NIETO expresa que la infracción disciplinaria, a diferencia del delito, no atenta contra bienes jurídicos, sino, cosa muy distinta, contra los deberes del servicio funcional. Vid. NIETO, Alejandro, "Problemas capitales...", ob. cit., p. 57.

⁵⁷ Los argumentos de este autor son citados por: GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A, *Tratado...*, t. III, vol. I, ob. cit., p. 966; NIETO, Alejandro, "Problemas capitales...", ob. cit., p. 57.

jurídicos destinados al orden social, pero desde distinta fuente de regulación normativa. No ocurre así con los ilícitos disciplinarios, que sí se diferencian de los anteriores porque su objeto de protección está destinado a salvaguardar la organización administrativa, existiendo una diferencia cualitativa entre los administrativos y los disciplinarios. Una clara diferencia entre potestad disciplinaria y sancionadora hubiese posibilitado entender la disimilitud de sus objetos de protección y, por ende, con los ilícitos penales. Para GARCÍA DE ENTERRÍA⁵⁸ existe una clara diferencia entre sus objetos de protección, al decir que la distinción entre la potestad sancionatoria y la punitiva penal es prácticamente imposible en un plano general y de principio. Aquí la Administración no está autotutelando sus propias exigencias de funcionamiento, como en el caso anterior –haciendo referencia a la potestad disciplinaria–, sino tutelando el orden social en su conjunto; es, pues, una heterotutela, un verdadero abuso, por ello, de la autotutela, cuyas técnicas autoritarias y privilegiadas se aplican fuera de su ámbito propio.

La concepción civil intermedió entre la penal y la administrativa y se debió a que le fue atribuido a la sanción disciplinaria un carácter resarcitorio.⁵⁹

La doctrina que le atribuye naturaleza contractual a la relación de servicios sirvió de fundamento para la naturaleza civil de la potestad, toda vez que esta encontraba su *ratio* en el contrato administrativo. Esta teoría quedó desechada por dos elementos fundamentales. El primero de ellos tiene que ver con la naturaleza aflictiva que se le reconoce a la sanción disciplinaria, sobre la cual ya se han esbozado criterios, ya que su objetivo es restablecer el orden disciplinario imponiendo sanciones que afectan los derechos de los funcionarios públicos y que pueden llevar a sanciones depurativas. El segundo elemento radica en la naturaleza estatutaria de la relación de servicio, al ser los deberes públicos que integran dicho *status* funcional los que sirven de contenido para la formulación de infracciones disciplinarias y, por ende, el punto de anclaje para la exigibilidad de responsabilidad disciplinaria.

La concepción administrativa tuvo su origen a partir de la teoría sobre las relaciones de especial sujeción de MAYER,⁶⁰ como sustento para un régimen disciplinario que tributará al mejoramiento del servicio. En la actualidad, la

⁵⁸ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, “El problema de las sanciones administrativas”, en *Revista española de Derecho Administrativo*, No. 10, Civitas, Madrid, 1976, p. 399 y ss. También GOANE plantea que los bienes jurídicos que constituyen figuras delictivas distan en alcance y trascendencia social de los que protegen las infracciones disciplinarias. Vid. GOANE, René M., “El poder disciplinario...”, ob. cit., pp. 1026-1027.

⁵⁹ Sus exponentes son citados y analizados por RASPONI. Su defensor principal fue LABAND, seguido por PACINOTTI, PRESUTTI, BINDING, HECKER, LAFFERRIERE. Vid. RASPONI, Enrico, *Il potere disciplinare. Natura giuridica e soggetti attivi*, vol. I, Casa Editrice Dott. Giuffrè, CEDAM, Milán, 1942, pp. 8-24.

⁶⁰ Vid. MAYER, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, t. IV, ob. cit., p. 76.

mayor parte de la doctrina se decanta por la naturaleza administrativa de la potestad disciplinaria, aspecto en que se coincide en esta investigación, no así con justificarla a partir de la relación de especial sujeción. Su construcción teórica sufre constantes críticas, toda vez que en su momento sirvió para justificar potestades y facultades que podían limitar los derechos de los funcionarios públicos, cuestión que hoy en el marco de la juridicidad le es imposible al aparato administrativo sin límites y garantías impuestas por el ordenamiento jurídico.

En este discurso son otros los presupuestos para hacer mención a la naturaleza administrativa de la potestad disciplinaria, sobre los cuales giran debates más actuales. En las críticas a la naturaleza penal se sustentó que la potestad disciplinaria protege bienes jurídicos asociados al orden interno y que su fundamento descansa en la organización administrativa, que es el soporte del deber de sujeción del funcionario público a la Administración Pública, desde la disciplina administrativa que esta impone a través de los deberes y derechos públicos que rigen su actuar y que son predeterminados unilateralmente por el aparato público.

Este fundamento justifica el origen administrativo de la potestad disciplinaria, ya que las infracciones disciplinarias se configuran en relación con la mencionada organización administrativa. Igual ocurre con las sanciones disciplinarias, las cuales se reconoce que tienen su *ratio* en las sanciones administrativas y tal como advierte SUAY,⁶¹ su diferenciación responde a aplicaciones prácticas, por lo que no puede dejar de entenderse que la naturaleza de las sanciones disciplinarias es administrativa, como se ha defendido en líneas precedentes. En consecuencia, se entiende la necesaria coherencia entre infracción y sanción. De resultas, delitos e infracciones administrativas tienen la misma naturaleza jurídica; igual que las penas y las sanciones. Los primeros son ilícitos punibles, las segundas son los castigos correspondientes a aquellos ilícitos; no hace falta afirmar que sean ilícitos o castigos exactamente iguales o idénticos,⁶² es suficiente con reconocer simplemente que ambos lo son.

Además, al ser la infracción disciplinaria reservorio de los deberes públicos inherentes a la función administrativa, la responsabilidad disciplinaria que

⁶¹ SUAY alega que esta diferencia es puramente práctica, pues reconoce que las sanciones disciplinarias protegen intereses distintos, porque en ellas se protege a sí mismo, a su orden interno y a su relación con el personal de servicio. *Vid.* SUAY RINCÓN, José, *Sanciones...*, ob. cit., pp. 68-70; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso...*, vol. II, ob. cit., p. 170; ÚBEDA TARAJO, Francisco E., "Sanciones disciplinarias...", ob. cit., p. 990.

⁶² *Vid.* ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, "Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador", en *Revista de Administración Pública*, No. 195, Madrid, 2014, pp. 135-167.

genera su vulneración es una responsabilidad administrativa.⁶³ DROMI⁶⁴ sostiene que la responsabilidad del empleado público encuentra su fundamento teológico en la necesidad de la sociedad de contar con agentes con un adecuado nivel de idoneidad, acorde con las funciones que se le han encomendado, y que la comunidad halle una respuesta adecuada y eficiente frente a los actos ilícitos y culpables de sus funcionarios. Sus presupuestos se erigen en recaer sobre un funcionario público, que la acción u omisión debe consistir en la vulneración de un deber público y en involucrar una participación culpable.

De esta manera se puede sustentar la naturaleza administrativa de la potestad disciplinaria desde la delimitación de su propio fundamento y la naturaleza de las infracciones y sanciones disciplinarias, así como del tipo de responsabilidad que genera.

III. Los principios jurídicos fundamentales que informan el régimen jurídico de la potestad disciplinaria de la Administración Pública

Sentar criterios sobre los principios jurídicos constituye un tema controversial desde la propia complejidad que involucra a esta institución.⁶⁵ Sin embargo, sus funciones en el ordenamiento jurídico no dejan de reconocer su importancia en la configuración teórica y normativa de cualquier otra institución del Derecho. La temática de los principios jurídicos en el terreno de la potestad disciplinaria de la Administración Pública ha sido objeto de estudio a lo largo de su decursar histórico, los cuales han ido moldeando su régimen jurídico. Sus puntos de contacto con otras disciplinas e instituciones le atribuyen principios jurídicos de diversa índole, desde los inherentes al ordenamiento jurídico en general,⁶⁶

⁶³ ALESSI explica que la responsabilidad disciplinaria es una especie dentro de la responsabilidad administrativa porque se construye a partir de la vulneración de deberes administrativos. Vid. ALESSI, Renato, *Instituciones...*, t. I, ob. cit., p. 233. Así la entiende también FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, "La potestad sancionadora", en AA.VV., *Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*, Comares, INAP, Granada, 2015; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, ob. cit., p. 803; DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, t. III, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, p. 355. Entre los detractores se sitúan: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III, ob. cit., p. 123; COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 561; IVANEGA, Miriam M., *Cuestiones de potestad...*, ob. cit., p. 95; MONTERO CARTES, Cristian, "La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos: un estudio introductorio", en *Revista de Derecho Público*, vol. 82, Chile, 2015, p. 114.

⁶⁴ Vid. DROMI, Roberto J., *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 48.

⁶⁵ Vid. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002, p. 72; ALEXI, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 5, 1988, pp. 143-144.

⁶⁶ Vid. VERGARA BLANCO, Alejandro, "Los principios jurídicos y la tarea de construir el Derecho Administrativo en clave científica", en Flavia Carbonell (coord.), *Principios jurídicos. Análisis y*

los propios del Derecho administrativo⁶⁷ y algunos comunes a otras potestades punitivas. Ello abre un diapasón suficientemente amplio para enunciar los principios jurídicos que informan la potestad disciplinaria. Incluso, aquellos autores que abordan solo los aplicados al régimen jurídico de la potestad disciplinaria poseen un catálogo extenso,⁶⁸ más cuando algunos lo relacionan con los principios que deben informar el procedimiento disciplinario.⁶⁹

Por cuanto, se ha entendido que los principios que se analizan a continuación (legalidad, tipicidad, culpabilidad, proporcionalidad, *non bis in idem*, debido procedimiento y tutela judicial efectiva) se consideran los fundamentales para la construcción jurídica de un régimen disciplinario que posibilite un régimen jurídico garantista, que aporte seguridad jurídica para los funcionarios públicos y someta la actuación administrativa disciplinaria a los principios constitucionales de legalidad, eficacia y buena administración.

III.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad es un elemento configurador del Derecho administrativo y condiciona la existencia misma de la Administración Pública a través de la regulación y limitación de su actividad administrativa. El contenido y las apreciaciones teóricas en torno a este postulado han sido arduamente explicadas por la doctrina⁷⁰ desde su influencia en la función administrativa, en la actividad sancionadora y en el ámbito disciplinario. De forma concreta,

crítica, Abeledo-Perrot, Universidad Alberto Hurtado, Chile, 2011, pp. 315-339; BRITO, Mariano R., *Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad y perspectiva*, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004, p. 408.

⁶⁷ CASTILLO BLANCO menciona el principio de jerarquía y autoridad. Vid. CASTILLO BLANCO, Federico, *Función pública*, ob. cit., pp. 211-217; MATILLA CORREA, Andry, "Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo (excepto el reglamento)", en AA.VV., *Temas de Derecho Administrativo Cubano*, t. I, Félix Varela, La Habana, 2004.

⁶⁸ Autores hablan de otros principios como la irretroactividad, presunción de inocencia, *non reformatio in peus*, principio de oportunidad. Vid. HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, ob. cit., pp. 423-434; REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo, "El Derecho Sancionatorio en Argentina. En especial en materia disciplinaria", en Víctor Rafael Hernández-Mendible y José Luis Villegas Moreno (coords.), *Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al Profesor José R. Araujo-Juárez*, Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2018.

⁶⁹ Vid. FLORES DAPKEVICIUS, Rubén, *Derecho Penal...*, ob. cit., pp. 88-93; LOPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *La responsabilidad administrativa de los servidores públicos en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013, pp. 107-132.

⁷⁰ Algunos autores que dentro de la esfera administrativa hacen mención a la legalidad son: RIVERO, Jean, *Derecho Administrativo*, 9ª traducción, Instituto de Derecho Pública, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pp. 84-95; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, ob. cit., pp. 54-61; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo...*, ob. cit., t. IV – *La actividad administrativa*, lustel, Madrid, 2011, pp. 965-971; ALEJANDRINO, Marcelo y

el principio de legalidad significa la sujeción de la Administración Pública al Derecho. Se hace válido hacer referencia al “Derecho” y no a “la ley”, pues en la actualidad se enfoca la legalidad administrativa como el respeto del aparato burocrático, su personal y sus instituciones, no solo a la Ley en un sentido estricto, sino a todo el ordenamiento jurídico, comenzando por la Constitución, las leyes y las disposiciones reglamentarias reguladas por el ente administrativo. De ahí se hace mención al principio de juridicidad.⁷¹

El principio de legalidad adquirió mayor importancia a raíz del Estado de Derecho.⁷² En el plano disciplinario marcó un punto importante en la evolución de la materia disciplinaria. Las relaciones de especial sujeción habían construido la ordenación disciplinaria ajena al Derecho sobre la justificación de que el ámbito interno de la Administración Pública quedaba fuera de regulación por pertenecer a la esfera doméstica donde no era necesaria la regulación normativa. La consagración del principio de legalidad sometió el orden interno al orden jurídico.

La sujeción al Derecho significa para la Administración Pública la vinculación positiva de su actividad administrativa. El aparato administrativo podrá hacer lo que le sea permitido por la norma jurídica reuniendo, sus actos, requisitos de validez.⁷³ Dos vertientes posee la legalidad administrativa: material y formal.

La primera, la existencia de *lex scripta*, *lex previa* y *lex certa* y la segunda, la regulación de las infracciones y sanciones disciplinarias en una ley en sentido estricto, lo que se traduce en el principio de “reserva de ley”.

Los criterios materiales son reflejo de otros principios jurídicos y en el caso de la *lex certa* se asocia a la tipicidad de las infracciones, lo cual se trata en el

Vicente PAULO, *Direito Administrativo Descomplicado*, 16ª ed. revisada, Método, São Paulo, 2008, pp. 193-195; MATILLA CORREA, Andry, *Comentarios...*, ob. cit.

⁷¹ Vid. MERKL, Adolf, *Teoría general*, ob. cit., pp. 208-229; REBOLLO PUIG, Manuel, “Juridicidad, Legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno”, en *Revista de Administración Pública*, No. 125, Madrid, 1995, pp. 7-172. De esta manera, dentro de la esfera disciplinaria existen autores que han enunciado sus discursos teóricos sobre los principios aplicables a la potestad disciplinaria desde la juridicidad. Vid. IVANEGA, Mirian, *Cuestiones de potestad...*, ob. cit., p. 66; RINCÓN CÓRDOVA, Jorge I., *La potestad...*, ob. cit., p. 80.

⁷² Vid. ESTEVE PARDO, José, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 101; LINDE PANIAGUA, Enrique, *Fundamentos del Derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2010, pp. 112- 115; PEÑA SOLÍS, José, *El principio de legalidad y la discrecionalidad administrativa en Venezuela*, Fondo Editorial Contraloría General de la República, Caracas, 1990; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Filosofía del Derecho*, Félix Varela, La Habana, 2005, pp. 300-301.

⁷³ Vid. CRUCETA, José A., “Análisis del principio de legalidad”, en *Estudios Jurídicos*, vol. X, No. 1, Universidad de Jaén, Jaén, 2000, pp. 5-30.

siguiente epígrafe, a partir de la sustantividad propia que ha adquirido dicho principio al encontrar su acabado en la definición de las infracciones.

El principio de legalidad en materia disciplinaria se ha aplicado con matizaciones⁷⁴ que se diferencian de otros ámbitos sancionadores. Estas modulaciones aparecen en la expresión de la formalidad del principio. Por su parte, el principio de reserva de ley⁷⁵ establece que se disponga por norma jurídica de carácter legal determinados contenidos jurídicos. Así, la potestad disciplinaria configura disímiles supuestos de infracciones disciplinarias relacionadas con los deberes específicos que cumplen los funcionarios públicos en el desempeño de la función pública, por lo que se reconoce una correspondencia entre la ley y el reglamento como normas regulatorias de la cuestión. No obstante, el contenido fundamental de las infracciones debe ser previamente regulado en una ley en sentido formal. Por ello se habla de establecer una cobertura legal⁷⁶ de las infracciones y sanciones administrativas, lo cual exige regular, por ley formal, una descripción genérica de las conductas sancionables, las clases y cuantías de las sanciones. No resulta coherente dejar al amparo de la norma reglamentaria la determinación de las normas disciplinarias cuando su elemento causal –la infracción disciplinaria– emerge de los deberes públicos. Por ello se considera contrario a derecho la creación por vía reglamentaria de las infracciones y las sanciones a partir de que, en el régimen disciplinario, estas deben tener cobertura legal lo más detalladamente posible, restringiéndose el campo del reglamento a los mínimos detalles y pormenores, los que en ningún caso pueden implicar el agravamiento de las figuras.

El principio de legalidad proyecta el centro de la función administrativa y se imbrica con toda la estructura burocrática. Es reflejo de la seguridad jurídica pues otorga garantías a los funcionarios públicos en un doble sentido; material al determinar las conductas que son sancionables, y formal, que deja sentada la norma que la puede regular como freno al exceso de uso de la potestad

⁷⁴ Vid. SUAY RINCÓN, *La potestad sancionadora...*, ob. cit., p. 1336; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A., *Tratado...*, t. III, vol. I, ob. cit., p. 973; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso...*, vol. II, ob. cit., p. 176.

⁷⁵ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, t. I, ob. cit., p. 410 y ss. Otros autores que han hablado del tema son: REBOLLO PUIG, Manuel, "Juridicidad...", ob. cit., pp. 7-172; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., pp. 318-319. Traído al plano disciplinario, puede consultarse: SUAY RINCÓN, José, "El Derecho Administrativo sancionador: perspectivas de reforma", en *Revista de Administración Pública*, No. 109, Madrid, 1986, pp. 197-198; IVANEGA, Mirian, *Cuestiones de potestad...*, ob. cit., p. 92 y ss.; LIZÁRRAGA GUERRA, Víctor, *El régimen disciplinario de la función pública*, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, pp. 89-98.

⁷⁶ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano (coord.), *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel S.A., Barcelona, 1990, p. 248; PARADA, Ramón, *Derecho...*, ob. cit., p. 434; PÉREZ BARRIO, Agustín, "La nueva configuración", ob. cit., p. 43.

disciplinaria o reglamentaria por parte de la Administración Pública.⁷⁷ La legalidad se configura como un derecho fundamental del funcionario público a no ser sancionado sin la existencia previa de una infracción disciplinaria. De ahí la trascendencia para el régimen jurídico de la potestad disciplinaria.

III.2. Principio de tipicidad

El principio de tipicidad es la expresión de la *lex certa*. Forma parte del contenido material del principio de legalidad que adquiere individualidad, toda vez que la legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la norma jurídica, mientras la tipicidad necesita la definición de las conductas que se consideraran ilícitas y las sanciones disciplinarias que podrá imponer la autoridad competente. La tipicidad se define como la regulación legal de las infracciones y las sanciones disciplinarias. Su contenido abarca la taxatividad de la infracción disciplinaria que parte de la correspondencia que debe existir entre esta y el hecho disciplinable; la regulación de un catálogo de sanciones disciplinarias y la correlación entre infracciones y sanciones, como medio para predecir con certeza el grado de sanción que le puede corresponder al sujeto disciplinado.⁷⁸ Para ello es necesario una descripción exacta y abarcadora de los elementos de la conducta disciplinable. Es un principio inherente, también al Estado de Derecho, que limitó la potestad discrecional de la Administración Pública.

Heredado de la doctrina penal,⁷⁹ sus preceptos teóricos fueron también abordados por autores administrativos⁸⁰ y ha sido desarrollado con modulaciones⁸¹ en la esfera disciplinaria. El análisis de la tipicidad parte de la premisa de la imposibilidad fáctica de regular todas las infracciones en que pueden incurrir

⁷⁷ Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva M., “Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Legalidad e irretroactividad”, en *Documentación Administrativa*, No. 280-281, Madrid, 2008, pp. 65-93.

⁷⁸ Vid. GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones...*, ob. cit., pp. 458-459; OVALLES RODRÍGUEZ, Francisco, “Reflexiones sobre los criterios aplicados para determinar la gravedad o levedad de las faltas disciplinarias, en el derecho disciplinario colombiano”, en *Revista Academia & Derecho*, Año 6, No. 11, 2015, Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia, pp. 227-258.

⁷⁹ Vid. ZAFFARONI, Eugenio, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1982, pp. 167-195; BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1996, pp. 79-87.

⁸⁰ Vid. NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, ob. cit., pp. 283-333; PRIETO SANCHÍS, Luis, “La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 4, Madrid, 1982, p. 100.

⁸¹ Vid. TRAYTER JIMÉNEZ, Manuel, *Manual...*, ob. cit., pp. 211-255; MARINA JALVO, Belén, *El régimen disciplinario*, ob. cit., pp. 147-172; CASTILLO BLANCO, Federico, *Función pública*, ob. cit., p. 156; RINCÓN CÓRDOBA, Jorge I., *La potestad...*, ob. cit., pp. 122; BRITO RUIZ, Fernando, “Jurisprudencia Disciplinaria. Estudio Integrado y Sistemático de los Pronunciamientos de la Corte Constitucional”, en AA.VV., *Lecciones de Derecho Disciplinario*, vol. II, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Colombia, 2007, p. 109.

los funcionarios públicos, debido a la multiplicidad de deberes públicos que compone la función administrativa, cuestión por la cual la configuración de las infracciones disciplinarias se regulan en tipos abiertos⁸² al no poder hacer la norma jurídica una regulación detallada de todos los deberes públicos⁸³ que configurarían la conducta antijurídica. Por ello existe la tipificación por remisión, teniendo en cuenta la necesidad de remitir a otras normas que enuncien los deberes públicos que configuran las infracciones. No obstante, esta regulación debe ser por vía de ley de las infracciones disciplinarias, dando paso a la colaboración reglamentaria en los términos antes expuestos.

En la taxatividad de las infracciones disciplinarias se pueden dar tres supuestos que marcan particularidad en la aplicabilidad del principio de tipicidad; estos son: los conceptos jurídicos indeterminados, las leyes en blanco y las llamadas infracciones deontológicas.⁸⁴

Los conceptos jurídicos indeterminados pueden existir en la regulación de las infracciones disciplinarias. No son reflejo de una discrecionalidad, ni en la norma, ni en la actuación de Administración Pública, sino representan una acción de interpretación de la ley. Poseen carácter técnico-social, pues generan la adecuación a la realidad ontológica, pero bajo criterios de razonabilidad evitando expresiones vagas e imprecisas.⁸⁵

⁸² La presencia de los tipos abiertos en la esfera disciplinaria fundamenta la eficacia del orden disciplinario al no encasillar preceptos y permitir una adecuación a la realidad social. *Vid.* PASTOR DE PEIROTTI, Irma y María Inés del C. ORTÍZ DE GALLARDO, “Potestad disciplinaria de la administración”, *ob. cit.*, p. 150; GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos, “El Derecho disciplinario...”, *ob. cit.*, pp. 79-91; QUINTERO RESTREPO, León David, “Tipicidad en materia disciplinaria: Tipos Abiertos y *Numerus Apertus*”, en *Revista Electrónica Diálogos de Derecho y Política*, No. 7, Año 2, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Colombia, 2011.

⁸³ El contenido de la infracción disciplinaria es lo que se asocia al principio de ilicitud sustancial. *Vid.* GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos, “La ilicitud sustancial”, *ob. cit.*, pp. 17-39; RINCÓN CÓRDOBA, Jorge I., *La potestad...*, *ob. cit.*, pp. 122-147.

⁸⁴ De igual manera existen otros aspectos teóricos que no sufren modulación, sino que mantienen los mismos presupuestos teóricos que el resto del ordenamiento punitivo; tal es el caso de la prohibición de analogía. Sobre ello: PRIETO SANCHÍS, Luis, “La jurisprudencia...”, *ob. cit.*, p. 100; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, t. I, *ob. cit.*, p. 398; PASTOR DE PEIROTTI, Irma y María Inés del C. ORTÍZ DE GALLARDO, “Potestad disciplinaria de la administración...”, *ob. cit.*, pp. 148-149.

⁸⁵ *Vid.* COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, t. II, 20ª ed., Civitas, Madrid, 2009, p. 308; CUETO PÉREZ, Miriam, “Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tipicidad y responsabilidad”, en *Documentación Administrativa*, No. 280-281, Madrid, 2008, pp. 95-117; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, “El indeterminado concepto de los conceptos indeterminados”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 56, 2000, pp. 145-163.

Las infracciones deontológicas,⁸⁶ que se asocian al contenido ético de los deberes públicos, contienen conceptos jurídicos indeterminados. Estas responden a un mecanismo para garantizar la confianza de los ciudadanos en la Administración, al ser la función administrativa expresión del actuar público frente a la comunidad social, a partir de la atención y satisfacción de las necesidades colectivas.

En el caso de las normas penales en blanco,⁸⁷ deberán permitirse solo para establecer las condiciones, las circunstancias o los límites, una vez que la norma jurídica fundamental ha establecido los elementos esenciales que configuran la infracción. De esta manera se logra una coherencia teórica entre la reserva de ley y la llamada cobertura legal, pues el propio principio de tipicidad le pone coto al ámbito de la mencionada cobertura legal.

De resultas, la centralidad del principio de tipicidad radica en la seguridad jurídica⁸⁸ que representa para el funcionario público la configuración legal del hecho imputado y la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de las conductas, cuando estas no puedan ser definidas con absoluta certeza.⁸⁹ Asimismo, constituye una garantía, no solo sustantiva al enunciar la infracción, sino procedimental al servir de base para un debido procedimiento. La tipicidad es una fórmula necesaria como expresión formal del poder de sancionar y como concreción de lo prohibido.

III.3. Principio de culpabilidad

La culpabilidad es un elemento añadido a la conducta indisciplinada del funcionario público, que le genera responsabilidad al incurrir en una acción u

⁸⁶ Según GARCÍA DE ENTERRÍA, la regulación de ilícitos disciplinarios bajo criterios deontológicos es una de las características particulares de la materia disciplinaria, *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso...*, vol. II, ob. cit., p. 170; TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel, *Manual...*, ob. cit., pp. 211-256; GONZÁLEZ MARIÑAS, Pablo, “Reflexiones sobre el Derecho Disciplinario: delimitación de la llamada ‘falta de probidad’”, en *Documentación Administrativa*, No. 150, Madrid, 1972, pp. 61-88; CASTILLO BLANCO, Federico, *Función pública*, ob. cit., p. 267 y ss.; MARTÍN-RETORTILLO BLAQUER, L., “Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades”, en *Revista de Administración Pública*, No. 130, Madrid, 1993, pp. 23-97.

⁸⁷ *Vid.* MARINA JALVO, Belén, *El régimen disciplinario*, ob. cit., p. 165; ZAPATA FLÓREZ, Jonathan, “Los tipos sancionatorios en blanco en el proceso disciplinario. Un análisis desde el debido proceso”, en *Revista Opinión Jurídica*, vol. 16, No. 31, Universidad de Medellín, Colombia, 2017, pp. 175-196.

⁸⁸ *Vid.* MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado...*, t. IV, ob. cit., p. 32; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso...*, vol. II, ob. cit., p. 165.

⁸⁹ CASTILLO BLANCO establece otros principios dentro de la tipicidad como forma de garantías, a saber: especialidad, consunción, subsidiariedad y otros inherentes al procedimiento disciplinario. *Vid.* CASTILLO BLANCO, Federico, *Función pública*, ob. cit., pp. 279-282.

omisión antijurídica y tipificada. Por ende, es un presupuesto de configuración de la responsabilidad disciplinaria del funcionario público, que exige no solo la valoración del resultado objetivo del ilícito disciplinario,⁹⁰ sino su combinación con el elemento subjetivo. Este elemento subjetivo se expresa en el dolo y la culpa. Es un principio heredado de la dogmática penal que se importó al Derecho sancionador administrativo,⁹¹ teniendo en cuenta determinadas adecuaciones, las cuales también fueron matizadas en el Derecho disciplinario.

El deber de sujeción del funcionario público al orden disciplinario, traducido en los deberes públicos que conforman su *status* funcional, particulariza la presencia del aspecto subjetivo en la esfera disciplinaria desde la configuración jurídica del dolo y la culpa y su apreciación para la exigencia de la responsabilidad disciplinaria.⁹²

En primer lugar, en materia disciplinaria opera el carácter inexigible del dolo y la prevalencia de la culpa.⁹³ El mencionado deber de sujeción genera para el funcionario la carga de respetar los deberes públicos y la previsión de su actuar para no atentar contra la ordenación disciplinaria que representan dichos deberes. Por tanto, no será necesaria la intencionalidad de la acción para generar responsabilidad, sino que bastará con la falta de previsión o el descuido del

⁹⁰ Al configurarse como un elemento para la exigibilidad de responsabilidad disciplinaria descarta la exigencia de responsabilidad objetiva en materia disciplinaria. Estos elementos son compartidos por autores como: MARINA JALVO, Belén, *El régimen disciplinario*, ob. cit., p. 227; IVANEGA, Mirian, *Cuestiones de potestad...*, ob. cit., p. 104; GÓMEZ TOMILLO, Manuel, "Derecho Administrativo Sancionador y Derecho Penal. Análisis del derecho positivo peruano. Especial consideración de los principios de legalidad, culpabilidad y oportunidad", en *Revista de Derecho*, vol. 4, Universidad de Piura, Perú, 2003, p. 51; MONTERO CARTES, Cristian, "La responsabilidad disciplinaria...", ob. cit., p. 136; CASTRO LORIA, Juan Carlos, *Derecho Administrativo Sancionador y garantías constitucionales*, Ed Jurídica FPDP, Costa Rica, 2006, p. 101; RINCÓN CÓRDOBA, Jorge I., *La potestad...*, ob. cit., p. 147.

⁹¹ Administrativistas estudiosos de esta temática son: CARRETERO PÉREZ, Adolfo y Adolfo CARRETERO SÁNCHEZ, *Derecho Administrativo Sancionador*, ob. cit., p. 161; HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, ob. cit., pp. 359-394; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "La Autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho Penal", en *Revista de la Administración Pública*, No. 126, Instituto de Administración Pública, Madrid, 1991, pp. 263-267; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., pp. 689-692.

⁹² Igualmente existen otros elementos que se desprenden del principio de culpabilidad, como la imputabilidad y las causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria, que pueden ser profundizadas en: DE PALMA DEL TELO, Ángeles, *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1996; MONTERO CARTES, Cristian, "La responsabilidad disciplinaria...", ob. cit., p. 114; TORRES, Flor A.; CÉSAR A. AMAYA y Manuel D. CARO, "La culpabilidad en el Derecho disciplinario", en AA.VV., *Lecciones de Derecho Disciplinario*, vol. I, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Colombia, 2006, pp. 65-67.

⁹³ Vid. GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A., *Tratado...*, t. III, vol. I, ob. cit., p. 977; QUINTANA LÓPEZ, Tomás, "La potestad disciplinaria...", ob. cit., p. 338; MARINA JALVO, Belén, *El régimen disciplinario*, ob. cit., pp. 225-23; RINCÓN CÓRDOBA, Jorge I., *La potestad...*, ob. cit., p. 147.

funcionario público. En cuanto a la apreciación de la culpabilidad, la doctrina debate su presencia intrínseca en la infracción⁹⁴ o en la sanción disciplinaria.⁹⁵ Si bien cada postura parte desde sus presupuestos, lo cierto es que ambas se complementan pues ninguna descarta la existencia de la otra. Su presencia intrínseca en la infracción disciplinaria parte del deber funcional que se desprende de la condición de funcionario público y de los deberes que se generan de su estatuto público para el desempeño de la función administrativa; aun cuando el legislador puede enunciar un determinado grado de intencionalidad en el momento de su configuración jurídica para la mejor imputación del hecho. También puede servir de presupuesto para agravar la sanción disciplinaria, para lo cual se puede utilizar la técnica del *numerus apertus*, pues en determinados supuestos queda a la discrecionalidad de la autoridad competente la determinación de la sanción a aplicar, lo cual no resulta ilimitado ya que los mismos principios jurídicos de legalidad, tipicidad y proporcionalidad restringen el ejercicio de la potestad disciplinaria.

El principio de culpabilidad, con los matices enunciados, se impone como una garantía del sujeto disciplinado que en la actualidad se ancla a la dignidad de los seres humanos. Se consagra como un presupuesto de justicia expresión del principio de presunción de inocencia, porque la subjetividad del funcionario graduará la gravedad de la sanción disciplinaria a imponer. Así, se conforma como una garantía del debido proceso porque supone la comprobación de la intención dolosa o culposa del autor a través de un procedimiento establecido.

III.4. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un principio limitador de toda la actividad estatal y protector de los derechos fundamentales.⁹⁶ Su esencia es

⁹⁴ La existencia de esta forma de culpabilidad intrínseca en la infracción, al estar relacionada los deberes permite un análisis más riguroso de las formas de exculpación de la responsabilidad disciplinaria. Sobre ello *vid.* QUINTANA LÓPEZ, Tomás, “La potestad disciplinaria...”, *ob. cit.*, p. 338; MARINA JALVO, Belén, *El régimen disciplinario*, *ob. cit.*, p. 229; GÓMEZ PAJAVEAU, Carlos, *El Derecho Disciplinario...*, *ob. cit.*, p. 67; MAYA VILLAZÓN, Edgardo J., “Estado actual de la Dogmática del Derecho Disciplinario”, en AA.VV., *Lecciones de Derecho Disciplinario*, vol. III, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Colombia, 2006, p. 24; BERMÚDEZ SOTO, Jorge, “Elementos...”, *ob. cit.*, p. 326.

⁹⁵ *Vid.* CASTILLO BLANCO, Federico, *Función pública*, *ob. cit.*, p. 333; RINCÓN CÓRDOBA, Jorge I., *La potestad...*, *ob. cit.*, pp. 151-156.

⁹⁶ *Vid.* WINFRIED, Kluth, “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán”, en *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5, Instituto de Administración Pública, Madrid, 1996, p. 222; ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 91, Madrid, 2011, pp. 11-29; BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de

prohibir, desde la ley, el exceso en la imposición de sanciones y su concordancia con el hecho que la causa.⁹⁷ Se compone de tres subprincipios fundamentales que buscan el equilibrio entre la actuación administrativa y los derechos del destinatario del acto administrativo, a saber: principio de adecuación, principio de necesidad y principio de proporcionalidad en sentido estricto.⁹⁸

El primero comprende el análisis de medio a fin, a partir del objetivo perseguido con la actuación administrativa y la sanción impuesta. La necesidad descansa en la idoneidad de la sanción disciplinaria, escogida a partir de la razonabilidad de que constituye la menos gravosa para el funcionario disciplinado en la búsqueda de la restauración de la organización administrativa. Por último, la proporcionalidad en sentido estricto es una ponderación entre los beneficios y riesgos de la imposición de la sanción.

En el marco disciplinario, la proporcionalidad alcanza una configuración distinta⁹⁹ a partir de la imposibilidad de establecer una estructura normativa de hecho y sanción. El principio de proporcionalidad puede analizarse en la concepción de la norma y en su aplicación. En la configuración de la infracción y la sanción disciplinaria, el legislador o la autoridad administrativa, según sea el caso, debe establecer indicadores para la gravedad de la infracción, pudiendo establecer grupos de infracciones o criterios reglados de adecuación. Ambos métodos permiten a la autoridad disciplinaria limitar su actuación sobre la base

Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2003. Desde la doctrina penal fue desarrollado por: BECCARIA César, *De los delitos y de las penas*, introducción, notas y traducción por F. Tomás Valiente, reimp., Madrid, 1979, p. 71.

⁹⁷ Vid. VILLAR PALASÍ, José L., *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, t. I, Universidad de Madrid, Madrid, 1961, pp. 552-556; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo...*, ob. cit., t. III, pp. 293-296; COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 83.

⁹⁸ Vid. BLAQUER, David, *Introducción al Derecho Administrativo*, tirant lo blanch, Valencia, 1998, pp. 266-268.

⁹⁹ Vid. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Estudios de Derecho Administrativo. Parte general*, Mastergraf srl, Montevideo, 1999, pp. 305-306; ROA SALGUEDO, David, "El principio de proporcionalidad: cortapisa al abuso de la potestad disciplinaria", en *Revista de Ciencias Penales y Criminología*, vol. 35, No. 99, Colombia, 2014, pp. 139-156; TIRADO BARRERAS, José Antonio, "Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional", en *Revista Derecho PUCP*, Pontificia Universidad Católica de Perú, Perú, No. 67, 2011; OCAMPO VÁZQUEZ, Fernando, "El principio de razonabilidad como límite a la tipificación reglamentaria de los Organismos Reguladores", en revista *Ius et veritas*, No. 42, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2011, pp. 290-304; LÓPEZ LÓPEZ, Sandra M., "Aplicación de los principios de proporcionalidad y legalidad en el derecho disciplinario al momento de la tasación de la sanción disciplinaria para los funcionarios de la rama judicial", en *Via Inveniendi et Iudicandi*, Colombia, 2018, pp. 129-161.

de los parámetros establecidos por el legislador.¹⁰⁰ Si bien puede emplearse ambos resulta más oportuno el segundo.

La determinación de grupos de infracciones según la gravedad permite un análisis subjetivo en manos del legislador; no así con la valoración de criterios reglados asociados a elementos personales, objetivos, de desempeño, de perjuicios causados, de obligatoria observancia por el sujeto titular de la potestad disciplinaria. La proporcionalidad es la expresión de la justeza precisa entre la conducta indisciplinada y la sanción disciplinaria. Es límite a la discrecionalidad.¹⁰¹ Constituye un pilar orientador del constitucionalismo moderno como medio de equilibrio y ponderación de valores. La potestad disciplinaria, como toda potestad está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto a la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales. En la prosecución de procedimientos administrativos disciplinarios está obligada ineludiblemente al irrestricto respeto del derecho al debido proceso, entre otros que lo conforman. Es el complemento de la triada legalidad-tipicidad-culpabilidad.

III.5. El principio de *non bis in idem*

El principio de *non bis in idem* se entiende como aquel precepto que prohíbe la doble imposición de sanción cuando concurre similitud en el sujeto, el hecho y el fundamento.¹⁰² Se le reconoce una doble vertiente: material y formal; la primera es la prohibición de doble sanción por un mismo hecho y la segunda se refiere a la prohibición de dos procedimientos o procesos.

Principio también nacido en el campo de la dogmática penal, llegó al Derecho administrativo tras las doctrinas que sustentaron la separación del Derecho administrativo sancionador del Derecho penal. Si bien los estudios se han esforzado más por establecer diferencias entre las sanciones penales y

¹⁰⁰ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, t. I, ob. cit., p. 422; CASTILLO BLANCO, Federico y Rosa María ILDEFONSO HUERTAS, ob. cit., p. 42; MARINA JALVO, Belén, *El régimen disciplinario*, ob. cit., pp. 239-263.

¹⁰¹ Vid. NIETO, Alejandro, "Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria", en *Revista de Administración Pública*, No. 44, Instituto de Administración Pública, Madrid, 1964, pp. 147-163; MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, "De la discrecionalidad administrativa a la discrecionalidad judicial", en *Revista de Administración Pública*. No. 100-102, Instituto de Administración Pública, Madrid, 1983, p. 1095; LEÓN UNTIVEROS, Miguel A., "El principio de proporcionalidad en el procedimiento sancionador. Metodología para la determinación de la sanción administrativa", en revista *IUS*, vol. 10, No. 38, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, 2016, pp. 296-310.

¹⁰² Vid. PARADA VÁZQUEZ, Ramón. *Derecho Administrativo...*, t. I, ob. cit., pp. 438-441; DEL REY GUANTER, Sebastián, *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, Colección Estudios, No. 7, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pp. 79-142; GÓMEZ PÉREZ, Ángela, *El principio de non bis in idem...*, ob. cit., p. 38.

administrativas, la individualidad de la potestad disciplinaria y su sometimiento al ordenamiento jurídico y el control judicial le han otorgado atención al tema.

La diferencia sustancial que se defiende entre las infracciones disciplinarias con respecto a las administrativas y penales constituye el fundamento para otorgar una excepción en materia disciplinaria al principio de *non bis in idem*; sobre la base de que si bien —analizando la vertiente material del principio— se está ante iguales hechos y sujetos; no lo es así para el fundamento. Los intereses internos que protegen la potestad disciplinaria, vinculados a la organización administrativa permiten establecer esta diferencia cualitativa, que ampara las peculiaridades del mencionado axioma. Bajo este precepto se admite la doble sanción en cuestiones penales o administrativas y disciplinarias.¹⁰³ Más allá de las regulaciones del principio en los distintos ordenamientos jurídicos, a los fines de esta investigación debe trascender al régimen jurídico de la potestad disciplinaria las cuestiones siguientes: en el ámbito material, la diferencia de objetos de protección de los delitos y las infracciones disciplinarias; de ahí la importancia del principio de proporcionalidad en pos de aplicar juicios de razonabilidad que permitan fundamentar la lesión causada como presupuestos para la determinación de la sanción a imponer.¹⁰⁴

En la vertiente procesal impera la cosa juzgada, por cuanto un hecho sancionado por un procedimiento determinado impide instar un procedimiento posterior de igual naturaleza. También un elemento discordante lo constituye la inhibición del procedimiento administrativo frente al penal cuando existen idénticos sucesos. A lo largo de la presente investigación se ha sustentado el fundamento propio de la potestad disciplinaria, dirigido a la protección de la organización administrativa para el buen funcionamiento del aparato burocrático, negando una identidad sustantiva entre delitos e ilícitos disciplinarios.

¹⁰³ Vid. TRAYTER JIMÉNEZ, Manuel, “Sanción Penal y Sanción disciplinaria: el principio de non bis in idem en la jurisprudencia”, en *Poder Judicial*, 2ª Época, No. 22, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, pp. 113-133; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso...*, vol. II, ob. cit., p. 185; SUAY RINCÓN, José, “El Derecho Administrativo sancionador”, ob. cit., p. 1337; PÉREZ BARRIO, Agustín, “La nueva configuración”, ob. cit., pp. 247-257; BIELSA, Rafael, *La función pública*, ob. cit., p. 355; MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, ob. cit., p. 434. Igualmente existe un sector de la doctrina, encabezado por Octavio de TOLEDO, que defiende la aplicabilidad del principio sobre la base de que el bien jurídico que protege la Administración Pública se encuentra dentro del bien jurídico que protege las sanciones penales. Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *La prevaricación del funcionario público*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980.

¹⁰⁴ Vid. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, ob. cit., p. 434; VILLASANA RANGEL, Patricia, “Principio de non bis in idem del régimen disciplinario de los funcionarios públicos”, en David Cienfuegos Salgado (coord.), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, contratos y servicios públicos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 465-476.

Por ello se defiende la pertinencia de la marcha de un procedimiento administrativo, independiente del proceso penal,¹⁰⁵ pues la finalidad de este será contribuir a la protección de los administrados desde el resguardo del interés colectivo, todo ello garantizando un posterior control judicial de la decisión administrativa como medio de tutela judicial efectiva.

El principio de *non bis in idem* configura una garantía para el sujeto disciplinario, que le evita inseguridad jurídica frente a los poderes represivos y correctivos impidiéndole causar un mal desproporcionado e injusto. Debe conformar uno de los preceptos fundamentales de la potestad disciplinaria por cuanto garantiza la armonización de los postulados de legalidad y tipicidad.

III.6. Principio del debido procedimiento

La potestad disciplinaria se ejerce a través de un procedimiento administrativo, elemento esencial de esta según un criterio formal. El rol que este desempeña en la actividad administrativa, como canalizador de la función de la Administración Pública, lo configura como instrumento de control, reflejo de legalidad y principio jurídico indispensable en la configuración de un régimen jurídico.

La regulación de las pautas esenciales del procedimiento y su observancia por la Administración Pública conforman el principio jurídico del debido procedimiento.¹⁰⁶ El debido procedimiento es la estricta observancia que debe mantener el aparato burocrático de las actuaciones y garantías que conforman el procedimiento reflejo de preceptos constitucionales y procedimentales.¹⁰⁷ Su aplicación al régimen disciplinario de la potestad disciplinaria se debe a la congruencia que debe existir en la actuación administrativa, condicionante del principio de juridicidad; también a los

¹⁰⁵ Autores que defienden esta postura son: NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador...*, ob. cit., p. 486; MARINA JALVO, Belén, “La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio de non bis in ídem”, en *Revista de Administración Pública*, No. 162, Instituto de Administración Pública, Madrid, 2003; LIZÁRRAGA, Víctor, *El régimen disciplinario*, ob. cit., p. 79. La postura sobre la prevalencia del proceso penal es defendida por: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, t. II, ob. cit., p. 407; CANO CAMPOS, Tomás, “Non bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador”, en *Revista de Administración Pública*, No. 156, Madrid, 2001, pp. 191-249.

¹⁰⁶ Para algunos autores, el debido procedimiento es un principio de la tutela administrativa efectiva, la cual es el presupuesto cronológico de otros principios eminentemente procesales como el debido proceso y la tutela judicial efectiva. Vid. CANOSO, Arnaldo, “Capítulo XIV: Principio de tutela administrativa efectiva”, en Héctor Pozo Gowland (dir.), *Procedimiento Administrativo. Aspectos Generales del Procedimiento Administrativo. Relaciones con otras ramas del Derecho*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2012, pp. 645-681.

¹⁰⁷ Vid. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pp. IX-1, IX-48; BREWER-CARIAS, Allan, *Principios del procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 1990.

derechos adquiridos por los funcionarios públicos que son afectados una vez incoado el expediente disciplinario,¹⁰⁸ entre los que pueden citarse el derecho a la inamovilidad del cargo adquirido por el funcionario u otros de naturaleza laboral. El debido procedimiento debe presentar en cada etapa, a saber, formación de la decisión, la mera tramitación y su impugnación una razonabilidad adecuada.

El principio en cuestión adquiere una trascendencia indispensable para el régimen jurídico de la potestad disciplinaria, aun cuando no ha sido muy desarrollado por los estudiosos¹⁰⁹ de los mencionados principios. Como justificante más relevante se encuentra que el debido procedimiento constituye una garantía de la adecuación de la actividad administrativa a criterios de objetividad y eficacia y de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública.¹¹⁰ Es un mecanismo de control y límite de la discrecionalidad administrativa al respetar el bloque de legalidad establecido en los órdenes jurídicos. Asimismo, en la actualidad se entiende como componente del derecho a una buena administración.¹¹¹

III.7. Principio de tutela judicial efectiva

La tutela judicial efectiva es un principio que parte de una concepción garantista y tutelar para asegurar tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia.¹¹² Se relaciona con todo aquello que permita

¹⁰⁸ Vid. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Teoría General...*, ob. cit., pp. 363-365; BIELSA, Rafael, *La función pública*, ob. cit., p. 169. También puede verse: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Estudios...*, ob. cit., pp. 308-312.

¹⁰⁹ Han desarrollado el principio: SIBURG GÜTTINGEN, Friedrich-Wilhelm, "La Jurisdicción Disciplinaria de la República Federal Alemana", en *Revista de Administración Pública*, No. 46, Madrid, 1965; FLORES DAPKEVICIUS, Rubén, *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 89; SÁENZ CARBONELL, Jorge F., "La potestad disciplinaria en la Administración y la prescripción para el inicio de los procedimientos", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 124, Costa Rica, 2011, pp. 45-62.

¹¹⁰ Vid. AA.VV., *La discipline dans la fonction publique de l'Etat*, Direction Générale de Administration et de la Fonction Publique, Ed. La Documentation française, Paris, 1998, pp. 63-82; ROYO VILLANOVA, Segismundo, "El procedimiento administrativo como garantía", en *Revista de Estudios Políticos*, No. 48, Madrid, 1949, pp. 55-118; DROMI, Roberto J., *El procedimiento administrativo*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 24; RICHARDS MARTÍNEZ, Orisell, *Los recursos administrativos en Cuba. Fundamentos teóricos de su régimen jurídico*, Ed. ONBC, La Habana, 2018, p. 28.

¹¹¹ Vid. PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, LexNova, Buenos Aires, 2001.

¹¹² Vid. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, "Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Titularidad, ámbito y caracteres generales del derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a una resolución sobre el fondo. Derecho a los recursos. Derecho a una Resolución fundada en Derecho)", en *Cuadernos de Derecho Público*, No. 10, Madrid, 2000, pp. 14-38; GIMENO SENDRA, Vicente,

la actuación de los ciudadanos en el proceso judicial. Es el sometimiento de la acción administrativa al control de legalidad ejercido por los órganos del poder judicial.¹¹³ Los estudiosos del tema le dan al principio una estructura policéntrica, dotándolo de una serie de garantías sustantivas y procesales que permitan su concreción. Su contenido se compone por tres aristas: el acceso a la justicia, entendida como la capacidad para ser parte en el proceso y poseer requisitos de legitimación; el derecho a la defensa, el cual compone el debido proceso adjetivo y la facultad de intervenir en cada uno de los actos procesales; y la ejecutoriedad de la sentencia, con la cual se accede a una sentencia razonada y motivada y que tenga plena fuerza ejecutoria.¹¹⁴

La potestad disciplinaria como expresión de la autotutela interna de la Administración Pública sometida al principio de juridicidad debe ser controlada por un órgano externo, más cuando las decisiones administrativas afectan derechos de los funcionarios públicos. No es suficiente un debido procedimiento en la esfera administrativa, sino también, propio del Estado de Derecho, un posterior control jurisdiccional, sobre todo cuando se ha hecho alusión en el discurso teórico a que la esfera interna de la Administración Pública, si bien se le reconocen privilegios y prerrogativas, no queda ajena a la sumisión al bloque de constitucionalidad.¹¹⁵ El funcionario debe tener el acceso efectivo a los órganos judiciales para reclamar los derechos que entiende han sido lesionados por el aparato administrativo. Debe tener garantizado el derecho a la defensa y a un proceso sin dilaciones innecesarias, que le otorgue iguales armas procesales que a la Administración Pública para combatir sus pretensiones. También deberá poseer la resolución judicial toda fuerza ejecutoria y efecto de cosa juzgada, que permita hacer valer frente a terceros sus derechos y active otros principios jurídicos como el *non bis in idem*. Los debates que hoy son cruciales para la tutela judicial efectiva en sede administrativa¹¹⁶

Manual de Derecho Procesal Penal, 2ª ed., Colex, 2010, p. 239; PICÓ JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 2011.

¹¹³ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, t. I, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., reimp., Madrid, 1991, pp. 204-208; MARCHECO ACUÑA, Benjamín, *Fundamentos de la justicia administrativa*, UNIJURIS, La Habana, 2017, pp. 10-14.

¹¹⁴ Vid. PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne y Luis A. HIERRO SÁNCHEZ, *La tutela judicial efectiva en el proceso civil*, Leyer, Bogotá, 2019, pp. 62-116.

¹¹⁵ Vid. MAYER, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, t. IV, ob. cit., pp. 76-82; GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 33, 1982, Civitas, Madrid, p. 184.

¹¹⁶ Problemas asociados al efectivo cumplimiento de la tutela jurisdiccional se esbozan en torno a la previa evacuación de la vía administrativa, o la concreción del órgano jurisdiccional a los contornos del acto administrativo de la Administración. Vid. NIETO, Alejandro, "La inactividad de la Administración Pública", en *Revista de Administración Pública*, No. 37, Madrid, 1962, pp. 75-126; CASSAGNE, Juan C., "Las proyecciones del principio de tutela judicial efectiva", en revista *Ius Veritas*, No. 45, pp. 150-165.

pueden ser trasladados al régimen disciplinario.¹¹⁷ El principio que se analiza es el último eslabón donde se comprueba la aplicación de todos los principios anteriormente mencionados para el juzgamiento del ilícito disciplinario. La tutela judicial efectiva constituye un principio de vital trascendencia para el sometimiento de la Administración Pública a la legalidad. De nada serviría la enunciación de principios jurídicos si luego no pueden ser verificados por un órgano ajeno al que impone la sanción administrativa.

IV. Conclusiones

Sobre la base de los elementos teóricos sistematizados con anterioridad en pos de la individualización teórica de la potestad disciplinaria de la Administración Pública, se puede arribar a la conclusión de que la potestad disciplinaria es una potestad jurídica de naturaleza administrativa, instrumental de la potestad organizatoria, toda vez que su finalidad es la protección de la organización administrativa, generando una responsabilidad administrativa disciplinaria que se configura por la vulneración de las funciones administrativas inherentes al cargo que ocupa el funcionario público comisor.

Los elementos que configuran la potestad disciplinaria son: el elemento subjetivo, entendido en la Administración Pública que se materializa en la autoridad disciplinaria facultada por ley y el funcionario público. El elemento objetivo es la sanción disciplinaria que se impone ante la tipificación de una infracción disciplinaria. Está compuesta por un procedimiento disciplinario que regula la iniciación, tramitación e impugnación de la sanción disciplinaria; y su elemento teleológico destinado a la protección de la organización administrativa, como vía de garantizar la función administrativa.

Por último, el régimen jurídico de la potestad disciplinaria es informado por un amplio catálogo de principios jurídicos generales, otros propios del Derecho administrativo y los inherentes a la cuestión disciplinaria, que contribuyen al sustento de garantías sustantivas y procesales de los derechos subjetivos adquiridos por los funcionarios públicos. Se entienden como principios fundamentales: legalidad, tipicidad, culpabilidad, proporcionalidad, *non bis in idem*, debido procedimiento y tutela judicial efectiva.

¹¹⁷ Vid. CASTILLO BLANCO, Federico, *Función pública*, ob. cit., p. 374 y ss.; SUAY RINCÓN, Juan, *La potestad disciplinaria...*, ob. cit., pp. 1338-1342; DE PEIROTTI, Irma P. y María Inés del C. ORTÍZ DE GALLARDO, "Potestad disciplinaria de la administración...", ob. cit., pp. 159-162.

La expropiación forzosa como institución jurídica: orígenes, justificación teórica y delimitación conceptual*

Raudel NAVARRO HERNÁNDEZ**

Introducción

La expropiación forzosa es una institución jurídica típica del Derecho contemporáneo, cuya configuración actual es propia del constitucionalismo moderno, sin desconocer sus antecedentes medievales¹ relacionados con el derecho de propiedad y las funciones públicas que debía cumplir entonces el Estado en la satisfacción de necesidades comunes a toda la sociedad. Sin embargo, solo en el contexto del Estado moderno, donde el derecho de propiedad es garantizado a nivel constitucional, fue posible oponerle legalmente como excepción una facultad de imperio, en virtud de cuyo ejercicio la Administración Pública puede disponer que bienes o derechos de propiedad privada pasen al patrimonio público para satisfacer intereses más amplios que los del propietario original.

Ese traspaso de bienes o derechos del patrimonio individual al patrimonio público, o las delimitaciones expropiatorias sin desplazamiento de la titularidad, en un marco legal donde tanto los individuos como el Estado también están sometidos al Derecho, es legítimo cuando se cumplen los requisitos básicos que justifican la expropiación forzosa, que son esencialmente la utilidad pública o el interés social que se espera satisfacer con los bienes expropiados, el pago de un precio justo determinado a partir de reglas claras, objetivas y previas al acto expropiatorio, los cuales deben ser acreditados a través de un procedimiento administrativo o judicial en el que se garanticen las reglas

* Este artículo tiene sus antecedentes inmediatos en el proyecto de investigación titulado “Bases teóricas para una reforma del régimen jurídico de la expropiación forzosa en Cuba”, desarrollado por el autor para la obtención del título de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, en el marco de la 5ª edición del programa de Maestría en Derecho Constitucional y Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Dicho resultado de investigación fue sustentado en el año 2019.

**Máster en Derecho Constitucional y Administrativo (Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Cuba). Profesional en libre ejercicio (Guayaquil, Ecuador). E-mail: raudelnhdez1986@gmail.com

¹ Cfr. NIETO, A., “Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa”, *Revista de Administración Pública*, 2014, pp. 67-124.

del debido proceso y los derechos del expropiado, que incluye entre otros la posibilidad de que los bienes le sean devueltos si una vez expropiados su uso o destino no se corresponde con lo declarado inicialmente por la Administración Pública como causa *expropiandi*.

Por el contrario, si alguno o todos los requisitos necesarios para una expropiación forzosa legítima no se cumplen, en lugar del ejercicio de una potestad legalmente conferida, la Administración Pública incurriría en un despojo arbitrario e ilegítimo de la propiedad privada, lo que va en contra de las reglas mínimas del Estado de Derecho, de los derechos fundamentales de las personas y del principio de legalidad, que es consustancial a toda actuación de los poderes públicos. En síntesis, lo que distingue a la expropiación forzosa del despojo arbitrario de la propiedad privada es la causa que la determina (utilidad pública o interés social), el derecho que surge para el afectado a recibir una compensación (justiprecio o indemnización), y el procedimiento seguido para hacerla efectiva (procedimiento administrativo o judicial, o ambos, de acuerdo con lo que disponga la legislación sobre la materia).

Este esbozo desde una perspectiva teórica sobre el instituto expropiatorio tiene su fundamento en el hecho de que el Derecho administrativo se halla abocado a una profunda reflexión sobre sus postulados teóricos, a fin de hacerlos compatibles con los nuevos escenarios en que se desarrollan las funciones de la Administración.² “Sus técnicas, métodos e instituciones son el producto de las exigencias sociales a las que tiene que dar respuesta en cada momento; lo que lo obliga a un proceso evolutivo continuo que lo adapte a las nuevas condiciones”.³

Por supuesto que tal diseño no se guía únicamente por las reglas de lo que debería ser, por cuanto en ello influyen otras variables externas como el régimen político vigente, el contenido y alcance de las formas de propiedad que se establezcan y las facultades de sus titulares, el uso que se haga de la expropiación forzosa y los derechos que se reconozcan a los propietarios en el marco general de interacciones entre los poderes públicos y los ciudadanos respecto a la propiedad y su régimen jurídico.

Como regla general pudiera afirmarse que mientras mayor extensión tenga la propiedad privada, más uso podría tener la expropiación forzosa; por el contrario, en un régimen jurídico de propiedad limitada a ciertos bienes o categorías de personas, la expropiación forzosa puede constituir tanto una forma

² MARCHECO ACUÑA, B., “Los desafíos de la ciencia del derecho administrativo ante la globalización”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 2018, p. 17.

³ MARCHECO ACUÑA, B., “Acerca del concepto de Derecho Administrativo”, en A. Matilla Correa, *Tendencias actuales del Derecho Administrativo, homenaje al Profesor Dr. Héctor J. Garcini Guerra*, UNIJURIS, La Habana, 2017, pp. 8-33 (p. 27).

de sanción real o potencial aplicable a los propietarios infractores, como una garantía de los derechos de los propietarios.⁴ Esa última precisión representa un dilema al momento de estudiar un concreto diseño de la expropiación forzosa, considerada por lo general como una garantía al derecho de propiedad y muy raramente como una sanción a propietarios infractores.

De esta manera, el presente trabajo, estructurado en tres subtítulos y unas conclusiones finales, tiene el propósito de caracterizar las líneas generales del instituto expropiatorio, respecto a su origen, definición, justificación teórica; así como la delimitación entre esta figura y otras con las que suele tener semejanzas. Todo lo anterior canalizado por los cauces de los métodos tradicionales de investigación jurídica, tales como el histórico-jurídico, el teórico-jurídico, el análisis jurídico, etc.; y como técnica fundamental de investigación, el análisis de documentos.

I. Orígenes y definición de la expropiación forzosa como institución jurídica

El objetivo de este epígrafe es sistematizar los elementos teóricos esenciales que configuran la expropiación forzosa como institución jurídica propia del Derecho moderno, partiendo de la hipótesis de que, si bien en el Derecho romano y en la Edad Media se encuentran antecedentes importantes de la actual institución de la expropiación forzosa, solo a partir del constitucionalismo moderno adquirió su fisonomía propia.

Es cierto que varios autores con criterios de autoridad sobre el tema sostienen que la expropiación forzosa no es una construcción jurídica originada en el constitucionalismo moderno, pero no ofrecen fundamentos al respecto, más allá de esa apreciación general. Así procede, por ejemplo, A. MUÑOZ MACHADO, quien afirma que:

“... la expropiación forzosa no es, desde luego, una institución nacida con el constitucionalismo. En toda la literatura medieval pueden encontrarse muchas referencias a la privación forzosa de la propiedad particular por parte del monarca. La Constitución de Cádiz recoge esta misma práctica, si bien lo hace en un contexto totalmente nuevo. La expropiación sólo podrá acordarse cuando medie una causa de utilidad pública”.⁵

⁴ SANTAELLA QUINTERO, H., “El régimen constitucional de la expropiación en Colombia”, en J. Pimiento Echeverri & H. Santaella Quintero, *La expropiación forzosa en América y Europa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 59-120 (p. 63).

⁵ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, Madrid, 2006, p. 867.

Sin embargo, el autor no ofrece otros argumentos de su afirmación, la cual no obstante ha sido repetida en otros estudios posteriores, sin mayores precisiones y como una verdad incontestable.⁶ En ambos casos, la única cita a que remiten no es para nada medieval, sino de la Constitución de Cádiz de 1812, en la que textualmente se dispuso entonces, en su artículo 172, disposición décima, que:

“No puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella; y si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer, sin que al mismo tiempo sea indemnizado, y se le dé el buen cambio a bien vista de hombres buenos”.

Si se indaga sobre los posibles antecedentes de la institución en el Derecho romano, M. MORINEAU IDUARTE y R. IGLESIAS GONZÁLEZ afirman, en el análisis que realizan de la propiedad, que

“... en cuanto a la expropiación por causa de utilidad pública, no se conocen disposiciones expresas que la reglamenten, pero dadas las grandes construcciones que a lo largo de su territorio nos dejaron los romanos, es congruente pensar que sí se hubiera conocido”.⁷

Su existencia en aquel Derecho es una mera deducción derivada de premisas más generales, pero no una verdad histórica acreditada.

Lo anterior expresa una hipótesis no confirmada por los propios autores, ni por otros romanistas de relevancia como J. IGLESIAS, quien ni siquiera se refiere a la expropiación forzosa como una de las limitaciones de la propiedad en el Derecho romano.⁸ Por su parte, N. NICOLIELLO, en su *Diccionario del latín jurídico*, ubica a la expropiación forzosa en la definición de *publicatio bonorum*,

⁶ Por ejemplo, en la tesis doctoral “Particularidades procedimentales del sistema de expropiación. Análisis crítico”, de Agustín Díez QUESADA (2017), el autor se limita a citar a MUÑOZ MACHADO en los términos siguientes: “Por su parte, la expropiación forzosa, como indica Muñoz Machado, no es una institución nacida con el constitucionalismo, ya que en toda la literatura medieval se pueden encontrar referencias a la privación forzosa de la propiedad por el Rey. La Constitución de 1812 recoge la misma práctica, pero lo hace en un nuevo contexto, ya que determina que la expropiación solo podrá acordarse si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad común” (p. 30). Más adelante el propio autor sostiene que “la actual regulación del sistema de expropiación es fruto de una larga evolución histórica que, entre otras cuestiones, ha estado muy vinculada a la evolución de la normativa urbanística [y que] las normas para crear ciudades o pueblos y regular sus construcciones son inherentes a la historia de cualquier civilización” (*ibidem*).

⁷ MORINEAU IDUARTE, M. & R. IGLESIAS GONZÁLEZ, *Derecho Romano*, Oxford University Press, México, 2000, p. 122.

⁸ IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, Ariel, Barcelona, 1986.

y la asimila a la confiscación o el embargo de bienes, dado que entonces no poseía una fisonomía propia.⁹

Por lo que se refiere a etapas posteriores del desarrollo del Derecho occidental, tampoco en la Edad Media ha sido acreditada la existencia de la institución de la expropiación forzosa con los caracteres modernos; por más que algunos estudiosos del Derecho administrativo han hurgado en el Derecho premoderno, no han conseguido encontrar en él las características básicas de dicha institución sino después de la Revolución Francesa de 1789,¹⁰ aunque ciertamente encuentran raíces que luego se fueron expandiendo y dieron lugar a la institución moderna, como sostiene el profesor A. NIETO en su celebrado estudio sobre el tema.¹¹

Siendo así, los antecedentes de la expropiación forzosa tal cual es conocida hoy, como instrumento de la Administración Pública para actuar legalmente sobre la propiedad privada de rango constitucional, son de data más bien reciente, y su acta de nacimiento sería el artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

En ese mismo año fue aprobada la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, la que entre otras cosas reconocía el derecho de las personas a no ser privadas de “la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal”, al tiempo que prohibía la ocupación de la propiedad privada “para uso público sin una justa indemnización”.¹²

No hay expropiación forzosa si no es a condición de que existan propietarios privados reconocidos legalmente; de ahí que cualquier análisis de dicha institución debe hacerse cargo del estudio del derecho de propiedad como uno de sus presupuestos básicos, el cual también adquirió rango constitucional y cualidad de derecho natural por excelencia en la modernidad.

Esa tesis está en la base del mencionado artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, así como en las constituciones modernas que se estudiarán de manera comparada más adelante. El artículo en cuestión dispone lo siguiente:

“Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada,

⁹ NICOLIELLO, N., *Diccionario del latín jurídico*, B de F, Buenos Aires, 2004, p. 241.

¹⁰ HUAPAYA TAPIA, R. A. & L. A. SÁNCHEZ POVIS, “El régimen jurídico de la expropiación forzosa en el ordenamiento administrativo peruano. Evolución normativa y perspectivas actuales”, *Themis, Revista de Derecho*, 2016, pp. 87-113 (p. 88 y ss.).

¹¹ NIETO, A., “Evolución expansiva”, ob. cit., pp. 67-124.

¹² Convención Constitucional de Filadelfia, *Constitución de los Estados Unidos*, Filadelfia, 1787, Archivos Nacionales, Washington D. C.

lo exija de modo evidente, y con la condición de una justa y previa indemnización”.¹³

Sin embargo, por los avatares propios de la época revolucionaria, no fue sino hasta 1810 que se regularizó detalladamente la expropiación forzosa en el Derecho francés de la época. Efectivamente, fue mediante Ley de 8 de marzo de 1810 que se estableció por primera vez en el país una regulación jurídica con la finalidad de asegurar el derecho a la propiedad privada de las personas frente a las necesidades del Estado de construir obras públicas y apoderarse de bienes pertenecientes a aquellas.

En el ordenamiento jurídico español, base de la institución en la mayoría de los países iberoamericanos, la primera disposición jurídica efectiva que establece un sistema unificado de expropiación forzosa fue la Ley sobre Enajenación Forzosa por Motivos de Utilidad Pública, de 17 de julio de 1836,¹⁴ la que bajo la influencia de la legislación francesa ya mencionada estableció un sistema donde la determinación de la necesidad de expropiar a un particular correspondía a un tribunal y no a la propia Administración Pública.

Una ley posterior, la de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879,¹⁵ estableció un procedimiento que permitía ocupar la finca antes de fijar el justiprecio, y exigía como requisito previo que la administración expropiante efectuara el depósito del justiprecio provisional determinado unilateralmente por el expropiado. La ley vigente en España sobre la materia es la Ley sobre Expropiación Forzosa de 1954,¹⁶ por lo que la mayoría de los estudios de autores españoles citados en este trabajo deben ser entendidos, salvo indicación en contrario, en relación con esta.

¹³ “La historia constitucional de la expropiación forzosa inicia con el acta de nacimiento del constitucionalismo moderno, en el artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, precisamente al mismo tiempo en el que el derecho de propiedad se configuraba también como sagrado e inviolable”. Véase HUAPAYA TAPIA, R. A. & L. A. SÁNCHEZ POVIS, “El régimen jurídico”, ob. cit., p. 88.

¹⁴ Las Cortes, “Ley sobre enajenación forzosa por motivos de utilidad pública”, *Gaceta de Madrid*, 1836, Madrid. Ello no implica desconocer el citado artículo 172.10 de la Constitución de Cádiz (Cortes Generales españolas, 1812), que incluía los elementos que definen actualmente a la expropiación forzosa: utilidad pública e indemnización decía entonces el texto constitucional. La diferencia es que la Constitución de Cádiz, aunque fue proclamada y estuvo formalmente vigente durante dos años, no fue de hecho efectiva en general, ni con respecto a la expropiación forzosa en particular. Al respecto puede verse CASSAGNE, J. C., “El bicentenario de la Constitución de Cádiz y su proyección en Iberoamérica”, *Revista de Administración Pública*, 2011, pp. 459-480.

¹⁵ Presidencia del Consejo de Ministros, “Ley de Expropiación Forzosa”, en *Gaceta de Madrid*, 1879, Madrid.

¹⁶ Jefatura del Estado, “Ley sobre Expropiación Forzosa”, en *Boletín Oficial del Estado*, 1954, Madrid.

Precisamente, esta última ley contiene en su artículo 1 lo que bien puede considerarse una definición legislativa de la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social, cuando señala que en ella

“se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o Entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio”.

Como puede apreciarse, el pago de un justiprecio no forma parte de la definición, por lo que es tratado en la propia ley como consecuencia de que el propietario no acceda a la venta voluntaria del objeto de la expropiación, en cuyo caso el “expediente de justiprecio” se pasará al juzgado provincial que corresponda. Según esa interpretación, el justiprecio solo entra a formar parte de la expropiación cuando no hay acuerdo entre la Administración Pública y el expropiado en el precio inicialmente ofrecido por aquella.

A partir de esa definición inicial, que en principio va más allá de lo que tradicionalmente se entiende por expropiación forzosa como se verá enseguida, se puede iniciar el estudio de la definición de la referida institución jurídica, respecto de la cual existen tantos pronunciamientos como autores se han ocupado de ella, aunque ciertamente la mayoría coincide en los elementos básicos.

De lo dicho hasta aquí se puede ensayar una primera aproximación al concepto de expropiación forzosa, que puede ser definido como la privación de la propiedad de una persona por parte de la Administración Pública utilizando como argumento la utilidad pública o el interés social; a cambio de lo cual la Administración Pública deberá pagar un precio al propietario, a manera de indemnización.

En esa breve definición están comprendidos tres aspectos esenciales como son el hecho de la privación de la propiedad, el fundamento de esa acción que es la utilidad pública o el interés social, y la consecuencia que se deriva de ello, como es la indemnización, la compensación o el pago de un precio justo, que debe ser determinado de diversas formas, según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, por sí sola la definición no permite determinar quiénes son los sujetos que intervienen en ese hecho, respecto de cuáles de ellos surgen los derechos y las obligaciones y cuál es el carácter de la relación jurídica que se establece entre ellos.

GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ califican la expropiación como un sacrificio de las situaciones patrimoniales de los administrados, que debe ser

compensado de alguna manera para que se configure plenamente la institución jurídica.¹⁷ En igual sentido, A. GORDILLO, quien afirma que “la expropiación implica la pérdida de un derecho de propiedad sobre una cosa o un bien y su transformación en un derecho personal a la indemnización”.¹⁸

Desde una perspectiva más sociológica, sobre el carácter justo o injusto de la indemnización o compensación que debe recibir el expropiado, pueden considerarse los criterios de T. DE LA QUADRA-SALCEDO, por un lado, y por otro los de A. AZUELA, C. HERRERA, y C. SAAVEDRA-HERRERA. El primero define la expropiación forzosa desde un doble punto de vista: como una “institución de garantía de la propiedad y de los bienes y derechos de las personas; [y como] la negación del derecho de propiedad, pero paradójicamente es también, si se quiere, su consagración”.¹⁹

Como garantía, supone que nadie puede ser privado de su propiedad si no se cumplen los requisitos y las condiciones legales de la expropiación forzosa, mediante el procedimiento legalmente establecido. Como negación de la propiedad, porque cualquier propietario puede ser despojado de sus bienes, derechos o intereses en uso de la potestad expropiatoria de la administración pública.

A. AZUELA, C. HERRERA y C. SAAVEDRA-HERRERA le asignan el mismo sentido sociológico:

“La expropiación es uno de los poderes fundamentales de todo estado: el de suprimir legítimamente la propiedad a nombre de un interés que se considera superior [...] la expropiación es un momento de (des)estructuración o, si se quiere, de (re)estructuración social, en el que unos propietarios son reemplazados por otros”.²⁰

Desde esa perspectiva, la expropiación forzosa no es solo un acto particular entre la Administración Pública, que ejerce su potestad expropiatoria, y el propietario que es despojado de sus bienes, sino un momento donde la estructura social se modifica como consecuencia del desplazamiento de la propiedad, derechos e intereses del expropiado, hacia el Estado. Como consecuencia, el

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2017, p. 210.

¹⁸ GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2014, p. 388.

¹⁹ DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “La expropiación forzosa (i): concepto, régimen jurídico, sujetos y requisitos previos”, en T. De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, J. Vida Fernández & J. L. Peñaranda Ramos, *Instituciones Básicas del Derecho Administrativo*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2017, pp. 1-60 (pp. 4 y 5).

²⁰ AZUELA, A., C. HERRERA & C. SAAVEDRA-HERRERA, “La expropiación y las transformaciones del Estado”, *Revista Mexicana de Sociología*, 2009, pp. 525-555 (p. 526).

Estado adquiere una nueva propiedad y el expropiado la pierde, aunque recibe una indemnización o compensación por la pérdida.

Por nuestra parte, en lugar de formular una definición de la expropiación forzosa a partir de la anterior sistematización, consideramos más pertinente señalar los elementos básicos que se pueden encontrar en cada una de aquellas y, en consecuencia, considerarlos como características definitorias del concepto de expropiación forzosa.

Esas características son las siguientes:

- **Ámbito de la relación jurídica:** se trata de una relación jurídica de Derecho público, lo que significa que el decreto expropiatorio en sí mismo es una decisión soberana del Estado, y por tanto no sujeta a negociación con el expropiado.
- **Afecta al derecho de propiedad de las personas:** como consecuencia del decreto expropiatorio, el propietario privado es despojado de algún bien, derechos o acciones particulares que forman parte de su patrimonio, que son de interés público para realizar fines distintos a los que estaban destinados hasta ese momento. Además del propietario, terceras personas con derechos reales sobre el bien expropiado podrían ser sujetos a indemnizar, puesto que el bien expropiado pasa al patrimonio público libre de toda carga o gravamen anterior.
- **Surge un nuevo derecho para el expropiado:** como resultado del menoscabo sufrido en su patrimonio, surge para el expropiado el derecho a recibir una indemnización o compensación por parte del Estado, cuyo monto sí puede ser negociado previamente, y si no se llega a un acuerdo amigable, el expropiado o la propia Administración pública pueden iniciar un proceso jurisdiccional.
- **El ejercicio de la potestad expropiatoria no es arbitrario:** se trata de una potestad parcialmente discrecional y parcialmente reglada y como tal deben cumplirse los requisitos constitucionales y legales para que proceda la expropiación: deben acreditarse la utilidad pública o el interés social como presupuesto del decreto expropiatorio.

II. El derecho de propiedad y la función social de la propiedad como presupuesto y justificación de la potestad expropiatoria

La institución jurídica de la expropiación forzosa carecería de sentido si no existiera el derecho de propiedad de las personas sobre los bienes susceptibles

de expropiación por parte de la Administración Pública.²¹ Es por esa razón que los orígenes de la institución referida no se pueden encontrar en el Derecho romano o el medieval; ambos regían en sociedades donde, obviando todas las diferencias posibles, la propiedad más que un derecho de cualquier persona constituía un privilegio de ciertos grupos o ciertas categorías de sujetos.

La extensión del derecho de propiedad debió esperar mucho tiempo más, no solo por cuestiones fácticas de las formas concretas de organización de las sociedades o la inestabilidad política, sino además por el desarrollo del derecho de propiedad y las formas jurídicas de hacerlos valer frente al poder del Estado, y las garantías de poder ejercerlo o reclamar por su violación por parte de terceros.²²

Esa confluencia de circunstancias fácticas y desarrollo de la dogmática jurídica vino a darse precisamente en el contexto de la Revolución francesa, aunque con fuertes antecedentes en el iusnaturalismo desde inicios del siglo XVII, donde el derecho de propiedad constituía tanto un derecho natural como uno de los límites más explícitos que se oponía a la arbitrariedad de las monarquías absolutas europeas de inicios de la modernidad. Siendo así, la propiedad, en tanto derecho natural proclamado desde diferentes instancias, requería leyes claras que lo protegieran y un Estado comprometido a respetarlo, excepto en casos legalmente previstos donde este podía interferir con el derecho de propiedad privada para alcanzar fines públicos y realizar obras en beneficio de toda la sociedad.

Ambos extremos se hicieron coincidir precisamente en el artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,²³ y pasaron a recogerse de diversas maneras en las constituciones posteriores hasta la actualidad, aunque ciertamente con diferentes matices derivados, entre otras

²¹ Como afirma O. KIMMINICH, "allí donde no exista propiedad, la expropiación no será necesaria ni posible". Véase KIMMINICH, O., *La propiedad en la Constitución alemana*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 164.

²² Un análisis sistemático de las relaciones de interdependencia entre la propiedad privada y la expropiación forzosa puede verse en SANTAELLA QUINTERO, H., "El régimen constitucional", ob. cit., pp. 63 y 64: "propiedad y expropiación se encuentran tan entrelazados que una noción no puede estudiarse en sus aspectos fundamentales con independencia de la otra [] el predominio de una concepción restrictiva o stricto sensu de la propiedad constitucional se traduce en una visión igualmente estrecha del objeto de la expropiación (en esencia, cosas materiales y en lo fundamental, bienes inmuebles) y de su sentido y función: el instituto expropiatorio suele concebirse como un medio para obtener la transferencia forzada de bienes privados a manos públicas con el fin ampliar el patrimonio público y posibilitar la ejecución de proyectos materiales concretos de interés general".

²³ Asamblea Nacional Constituyente, "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", en *Gazette Nationale de France*, Versailles, 1789.

cosas, del desarrollo del concepto de propiedad privada y de las funciones sociales que debía cumplir el Estado.

En ese contexto del constitucionalismo moderno, fundado en el respeto al derecho a la propiedad privada de las personas y las garantías necesarias para su protección, la pregunta a responder sería la siguiente: “¿cuál es el alcance, en la constitución, del derecho de propiedad (y, por tanto, bajo qué condiciones puede el gobierno suprimirla)?”.²⁴ En principio, el derecho de propiedad se constituye como un derecho natural que no debe ser limitado por el poder público sino dentro de ciertos parámetros estrictamente delimitados, cuya concurrencia debe ser verificada exhaustivamente antes de proceder a su afectación.²⁵

Así, entre los “derechos naturales y civiles” garantizados por la Constitución francesa de 1791²⁶ se encuentra el derecho a “la inviolabilidad de las propiedades, o la justa y previa indemnización de las que, por necesidad pública, legalmente constituida, se exija el sacrificio”. Por su parte, la Constitución de 1793²⁷ definía en su artículo 16 el derecho de propiedad como “aquel que tiene todo ciudadano de gozar y de disponer como lo desee de sus bienes, de sus rentas, del fruto de su trabajo y de su industria”. Concurrentemente, disponía en su artículo 19 que “nadie puede ser privado de la mínima porción de su propiedad sin su consentimiento, sino cuando lo exija la necesidad pública legalmente constatada, y a condición de una justa y previa indemnización”.

Sin embargo, ninguna de las dos constituciones define qué características concretas tiene el derecho de propiedad así garantizado, algo que sí realizó posteriormente el Código civil (Código napoleónico) de 1807,²⁸ en su artículo 544. En este se define el derecho de propiedad como “el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o reglamentos”. El único modo legítimo en que una persona podía ser forzada legalmente a ceder parte de

²⁴ AZUELA, A., C. HERRERA & C. SAAVEDRA-HERRERA, “La expropiación”, ob cit., pp. 525-555 (p. 533).

²⁵ Esa relación entre el carácter del derecho de propiedad y la expropiación forzosa fue señalada por R. MARTÍN MATEO hace ya bastante tiempo: “la propiedad realmente surge en tanto que el Estado configura cuáles son los derechos del propietario y también cuáles son sus obligaciones. Este enfoque es decisivo para comprender el ámbito de la expropiación forzosa, qué es lo que sólo con estas técnicas se puede realizar y las cargas y obligaciones que aun sin expropiación pueden ser impuestas a los propietarios”. Véase MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, p. 474.

²⁶ Asamblea Nacional Constituyente, “Constitución Francesa de 1791”, en *Gazette nationale de France*, París, 1791.

²⁷ Convención Nacional, “Constitución Francesa de 1793”, en *Gazette Nationale de France*, París, 1793.

²⁸ Parlamento, “Código Napoleónico”, en *La Gazette Nationale*, París, 1807.

su propiedad está previsto en el artículo 545, y sería “por causa de utilidad pública, y precediendo una justa indemnización”.

Con respecto a las regulaciones constitucionales y legales anteriores, conviene señalar lo siguiente: la propiedad es concebida de manera absoluta, sin más limitaciones que las que se deriven de la utilidad pública, lo que concede al propietario amplias facultades de uso, disfrute y disposición de sus bienes, lo cual queda asegurado a través del Derecho como conjunto de normas escritas, claras y apropiadas para asegurar tanto los derechos reconocidos como garantizar que, en caso de ser violados o desconocidos, el propietario pueda activar el sistema de instituciones públicas, de policía y judiciales, para hacer valer sus derechos.

Esas circunstancias se dan en el marco del llamado Estado liberal burgués, donde a este le corresponde, por encima de cualquier otra, la función de crear las condiciones legales e institucionales para asegurar, proteger y garantizar los derechos individuales de las personas; esas funciones exigen, por tanto, una actitud de mero garante de la propiedad, sin intervenir en la esfera de atribuciones personales del propietario y garantizando a este la disponibilidad de todo el aparato del poder público para asegurar sus derechos.

Algo muy distinto sucede en el contexto del llamado Estado social burgués, donde además de las funciones de regulación, control y protección de los derechos individuales, el Estado debe hacer frente a otros problemas sociales hasta entonces postergados, como los derechos sociales relacionados con la salud, la educación, el trabajo o el desarrollo económico del país, para lo cual es preciso algo más que propietarios encerrados en sus derechos sin ninguna responsabilidad social.

La idea de la función social de la propiedad parte precisamente de esos presupuestos: el Estado debe hacerse cargo de corregir las relaciones sociales asimétricas e intervenir en ellas de modo tal que se pueda asegurar la legitimidad política, la estabilidad social y la satisfacción de necesidades básicas de los seres humanos, que no pueden quedar al libre juego de una sociedad de propietarios que ven en el Estado solo un poder capaz de asegurar sus privilegios sin exigirles nada a cambio.

Para cumplir sus funciones sociales, el Estado requiere de la cooperación de todos, especialmente de los propietarios que, sin necesidad de que sean privados coactivamente de sus bienes, deben contribuir con los gastos en que incurre aquel, así como poner sus propiedades, o por lo menos una parte de ellas, en función del desarrollo general de la sociedad y la estabilidad política del Estado.

Sin embargo, sería erróneo pensar que la doctrina de la función social de la propiedad constituye un presupuesto de la expropiación forzosa; por el

contrario, esta institución se fundamenta en la mera existencia de la propiedad privada, y no en las funciones que puedan llegar a cumplir con respecto a seres distintos a los propietarios. Lo que sí parece acertado es sostener que la función social de la propiedad privada y las funciones intervencionistas del Estado expandieron el uso de la expropiación forzosa, tanto en los tipos de bienes pasibles de afectación como en la frecuencia de su uso.²⁹

Por esas razones, además de la utilidad pública alegada por las primeras constituciones francesas y en el Código napoleónico, en el contexto del Estado social burgués se fue incorporando paulatinamente, hasta generalizarse, el interés social como argumento para afectar la propiedad privada y ponerla en función de intereses sociales que no se correspondían ya con el mero hecho de la utilidad pública que pudiera reportar la expropiación forzosa.

La extensión en el uso de la expropiación forzosa con fines de utilidad pública o interés social no significa que los derechos de los propietarios hayan sido postergados, porque paralelamente se fueron desarrollando mecanismos legales e institucionales cada vez más sofisticados para alcanzar un equilibrio entre las necesidades y los intereses públicos con los derechos de los propietarios legítimamente adquiridos.

Como afirman A. Azuela, Carlos Herrera, y C. Saavedra-Herrera,

“... la contrapartida necesaria de esa tendencia [en el uso de la expropiación forzosa] es el fortalecimiento de los derechos de los propietarios, sean estos individuos o colectividades. Por una parte, el tema de la indemnización tiende a estabilizarse en valores de mercado. Por la otra, las autoridades habilitadas para realizar expropiaciones están sujetas a procedimientos cada vez más exigentes”.³⁰

La misma idea, de una manera más técnica, es expresada por T. DE LA QUADRA-SALCEDO, quien refiriéndose a la propiedad afirma que:

“... nadie puede ser privado de ella, si no es por razones fundadas de interés público y a través de un procedimiento ritualizado que trata de garantizar que sólo si se dan determinadas condiciones puede privarse a alguien de su propiedad y siempre mediando la adecuada indemnización”.³¹

Por su parte, D. BERMÚDEZ ALFONZO sostiene que como consecuencia del ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado surgen para este, como

²⁹ Un análisis sociológico de esa relación puede verse en AZUELA, A., C. HERRERA & C. SAAVEDRA-HERRERA, “La expropiación”, ob cit., pp. 525-555.

³⁰ *Ibidem*, p. 532.

³¹ DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “La expropiación forzosa (i)”, ob. cit., pp. 1-60 (p. 6).

restricciones fundamentales en su actuación, “la finalidad de utilidad pública y el pago de justa indemnización”.³²

En ambos casos los autores señalan la búsqueda de un punto de equilibrio entre las necesidades del Estado para cumplir sus funciones y los derechos de propiedad privada del individuo, el cual viene a manifestarse en el pago de una justa indemnización al expropiado y cuya exigencia es en la actualidad un lugar común, tanto en los ordenamientos jurídicos nacionales como en diferentes instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos³³ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁴

En el plano internacional, a tenor de las disposiciones citadas, la propiedad privada sigue siendo un derecho fundamental, que debe ser reconocido, asegurado y protegido por el Estado, pero subordinado en todo caso a la función social que debe cumplir la propiedad privada, lo que impide que una persona pueda ser “privada arbitrariamente de ella”, y que la privación legal de la propiedad solo esté justificada “por razones de utilidad pública o de interés social”, y siempre que el propietario despojado reciba una justa indemnización.

III. Delimitación conceptual de la expropiación: distinción con otras instituciones jurídicas afines

La expropiación forzosa consiste en una privación singular de la propiedad con carácter indemnizable, lo que llevaría a distinguirla de otras instituciones jurídicas, precisamente sobre la base de estas cuatro variables: i) de otras formas de privación de los derechos de propiedad que no son singulares pero sí indemnizables (como las nacionalizaciones o ciertas limitaciones regulatorias); ii) de privaciones no singulares ni indemnizables (regulaciones delimitadoras de la propiedad); iii) de las privaciones singulares no indemnizables (por infracciones del ordenamiento jurídico vigente: comiso, confiscación o extinciones de dominio); y iv) de otras formas de transmisión de la propiedad que no constituyan una “privación” forzosa (como en los contratos de Derecho privado).

³² BERMÚDEZ ALFONZO, D., “La justa indemnización en la actividad expropiatoria”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 1998, pp. 248-316 (p. 250).

³³ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, ONU, París, 1948.

³⁴ Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, 1969.

III.1. Distinción entre la expropiación y las actividades delimitadoras del derecho de propiedad

Una primera aproximación sugiere que el criterio de distinción más apropiado entre la expropiación forzosa y otras instituciones jurídicas similares es la obligación de indemnizar al expropiado: “La indemnización es algo más que una consecuencia de la expropiación, es parte esencial de la misma, es uno de sus elementos jurídicos. Desconocerle ese carácter derivaría en la ilegitimidad de la expropiación”.³⁵ A ello se puede añadir la afirmación de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ cuando señalan:

“... la indemnización es un elemento esencial de la institución expropiatoria, si no está presente estaríamos ante otra institución diferente [...] la indemnización no es un efecto o consecuencia de la expropiación, sino un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad expropiatoria, un presupuesto esencial y de validez y no simplemente una condición de eficacia, de tal modo que sin él no hay expropiación sino simple vía de hecho”.³⁶

La distinción de la institución expropiatoria de otras figuras jurídicas afines parte, en primer lugar, de deslindar dentro de las actividades limitativas de la propiedad llevadas a cabo por la Administración Pública, cuáles cuentan con la garantía patrimonial de la indemnización y cuáles no; es decir, qué actividades ablatorias generan para el sujeto pasivo el derecho a ser compensado de manera adecuada por la disminución que debe sufrir inexcusablemente en su patrimonio.

Esta interrogante, al decir de J. A. SANTAMARÍA PASTOR, figura, por mérito propio, entre las de más difícil respuesta de todo el Derecho administrativo, hasta el punto de que no existe un criterio específico, concreto y fiable que permita distinguir las actividades ablatorias indemnizables de las que no dan lugar a indemnización por parte de la Administración Pública,³⁷ particularmente aquellas que derivan de la función regulatoria de la Administración.

No resulta sencillo en todos los casos distinguir las actividades de privación de las meramente regulatorias, dado que estas también pueden suponer limitaciones y sacrificios a derechos patrimoniales. La diferencia se ha establecido desde diversos criterios. Para parte de la doctrina y la jurisprudencia constitucional española (siguiendo en este punto a S. MUÑOZ MACHADO), la distinción reside en la singularidad de la privación del derecho en que consiste la expropiación, dirigida de modo directo a la consecución de la finalidad del

³⁵ BERMÚDEZ ALFONZO, D., “La justa indemnización”, ob. cit., pp. 248-316 (p. 254).

³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., p. 210.

³⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Iustel, Madrid, 2015, p. 425.

despojo, al contrario de las medidas regulatorias que operan ordinariamente con carácter general.

Este criterio, por sí solo no es lo suficientemente explicativo dada la existencia, como reconoce el mismo autor, de operaciones expropiatorias generales que afectan, a “zonas o grupos de bienes”, así como regulaciones generales que pudieran tener un contenido expropiatorio,³⁸ por lo que, para salvar la excepción, se recurre como criterio distintivo adicional al dato del enriquecimiento o beneficio que produce la expropiación al sujeto beneficiario de esta, lo que no sucede con las restricciones derivadas de la actividad de regulación.³⁹ Así,

“... la privación de utilidades positivas, el sacrificio que el acto expropiatorio implica para el afectado, debe, pues traducirse paralelamente en un beneficio para alguien, bien mediante atribución directa e inmediata de aquellas utilidades (enriquecimiento, *lucrum emergens*) [...] bien mediante la cesación o eliminación de una situación dañosa [...] donde no hay enriquecimiento, positivo o negativo, a favor de un beneficiario o de una suma de beneficiarios que eventualmente la Administración personifica en su posición común de ‘gestor del público’, no hay expropiación, sino actos de poder que no generan un deber de indemnizar”.⁴⁰

A este criterio se le ha objetado el que no resulta del todo convincente,⁴¹ en el entendido de que todos los actos de los poderes públicos deben reportar algún tipo de beneficio o utilidad para alguien, pues la Administración Pública debe actuar siempre al servicio de los intereses generales; aun en el supuesto que se refiera la expropiación a un círculo relativamente reducido de beneficiarios, quedaría por explicar entonces la existencia de privaciones expropiatorias que solo producen un beneficio abstracto a la colectividad; por ejemplo, la expropiación de un edificio cuyo derribo permite realzar la belleza de un lugar histórico.⁴²

³⁸ En todo caso, señala el mismo autor, algunas leyes sectoriales de infraestructuras y bienes públicos muestran la dificultad de establecer en qué supuestos han de ser indemnizadas las restricciones del contenido de los derechos por no poder ser consideradas medidas regulatorias, sino de contenido expropiatorio, como aquellas que imponen servidumbres y limitaciones a la propiedad privada, por exigencias de protección de las costas, carreteras, aguas públicas, ferrocarriles, navegación aérea, etcétera. Véase MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado...*, ob. cit., p. 376.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., p. 248. En el mismo sentido véase BLANQUER, D. *Introducción al Derecho Administrativo*, tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 594-597.

⁴¹ DOMÉNECH PASCUAL, G., “Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2012, pp. 1-60 (p. 17).

⁴² SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios...*, ob. cit., p. 445.

Otro de los criterios a los que se recurre de forma alternativa para distinguir la expropiación de las regulaciones ablatorias se refiere a la intensidad o alcance de la restricción impuesta a los derechos en cuestión. La Corte Suprema de los Estados Unidos se ha servido de este criterio en diversas ocasiones para delimitar la aplicación de la *taking clause*, recogida en la Quinta Enmienda de su Constitución,⁴³ a través de la doctrina de la *diminution-of-value*.

En una célebre opinión del juez O. WENDELL HOLMES en 1922, la Corte sostuvo que si una regulación fuera “demasiado lejos”, podría constituir un *taking* (expropiación) que requeriría una compensación justa por parte del gobierno: desde entonces el problema ha sido el determinar cuándo se llega “demasiado lejos”. Salvo algunas pautas determinadas por la propia Corte Suprema, a saber, cuando las regulaciones que privan a una persona de toda capacidad de desarrollar o utilizar su propiedad para cualquier propósito económico⁴⁴ o cuando se efectúa una invasión física permanente de la propiedad⁴⁵, no existe mayor claridad sobre los criterios de distinción.

Otro criterio establecido por el Tribunal Supremo norteamericano sobre el alcance de la regulación (*whether it goes too far*) es que para definir si se está o no en presencia del *taking* se debe partir de una determinación contextual y *ad hoc*, que implica la ponderación de una serie de factores, siendo el principal la magnitud del impacto económico de la regulación y el grado en que interfiere con los intereses legítimos de la propiedad.⁴⁶ En la práctica, en la mayoría de los casos la compensación se produce solo si la propiedad se vuelve prácticamente inútil.⁴⁷

⁴³ “*Nor shall private property be taken for public use, without just compensation* (ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización)”. Véase Convención Constitucional de Filadelfia, *Constitución de los Estados Unidos*, Archivos Nacionales, Washington D. C., Filadelfia, 1787.

⁴⁴ *David H. Lucas v. Consejo Costero de Carolina del Sur*, pp. 91-453 (Corte Suprema de los Estados Unidos de América 29 de junio de 1992).

⁴⁵ *Penn Central Transportation Company y col. v. Nueva York, et al.*, pp. 77-444 (Corte Suprema de los Estados Unidos 26 de junio de 1978). En este sentido consultar, además, el caso *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp. et al.*, pp. 81-244 (Corte Suprema de los Estados Unidos 30 de junio de 1982).

⁴⁶ FUNK, B., *CPR Perspective: The Takings Clause of the Fifth Amendment*, Estados Unidos de Norteamérica, obtenido del Centro para la Reforma Progresiva, disponible en <http://progressivereform.org/perspTakings.cfm>

⁴⁷ PILON, R., *The Constitutional Protection of Property Rights: America and Europe*, Estados Unidos de Norteamérica, obtenido de <https://www.progressfoundation.ch/en/document/285>, p. 35. “En este caso –continúa el alto tribunal– no hay privación total del uso y goce pero si una limitación que hace ilusorio estos atributos del dominio y que es indudable que en la especie causa daño y que éste debe ser indemnizado” (pp. 35 y 36).

Con similar criterio ha resuelto también el Tribunal Constitucional de Chile en su sentencia de 2 de diciembre de 1996 (Rol No. 245, Considerando 34), sobre la limitación de los derechos de los propietarios colindantes:

“... si bien no les priva del dominio [de su propiedad], se les limitan las facultades de uso y de goce de tal forma que estas pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho de dominio...y que es indudable que en la especie causa daño y que éste debe ser indemnizado”.⁴⁸

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, por su parte, desde la sentencia 27 de 1988 utiliza como criterio delimitador el concepto de “contenido esencial”⁴⁹ del derecho.⁵⁰ De esa manera:

“la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente”.⁵¹

Este razonamiento es reprochado por G. DOMÉNECH PASCUAL por resultar “sumamente evanescente”, “indeterminado”, e inservible en la práctica para efectuar la distinción con un mínimo de racionalidad y claridad; y que sostener la distinción en función de la vulneración de la “esencialidad” del contenido del derecho conduce a resultados cuestionables, dada la existencia de medidas ablatorias que suponen un sacrificio total del correspondiente derecho, o bien que hacen absolutamente impracticable su ejercicio o aprovechamiento o que ocasionan una pérdida esencial de su utilidad económica, pero cuya naturaleza expropiatoria nadie sostiene, como lo sería, por ejemplo, la orden

⁴⁸ Senadores y Diputados v. Decreto Supremo No. 1/1996 del Ministerio de Bienes Nacionales, Rol No. 245 (Tribunal Constitucional de Chile 3 de diciembre de 1996).

⁴⁹ Sobre el contenido esencial del derecho como criterio de distinción, también en el caso chileno, véase ALDUNATE LIZANA, E., “Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”, *Revista Chilena de Derecho*, 2006, pp. 285-303.

⁵⁰ “Entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable” (Recurso de inconstitucionalidad No. 685/84, Sentencia 37 (Tribunal Constitucional de España 26 de marzo de 1987). Al respecto ver también, de ese mismo tribunal, Recursos de inconstitucionalidad vs. Ley de Suelo/2007, Sentencia No. 141 (Tribunal Constitucional de España 11 de septiembre de 2014).

⁵¹ Cuestión de inconstitucionalidad No. 818-2017, Sentencia No. 45 (Tribunal Constitucional de España 26 de abril de 2018).

de destrucción de productos peligrosos o el sacrificio obligatorio de animales sospechosos de padecer determinadas enfermedades.⁵²

Otro criterio delimitador consiste en la afirmación de que la expropiación supone un quiebre del principio de igualdad ante las cargas públicas, y por tanto debe ser restituido mediante

“un equivalente dinerario para que la carga pública que la extinción de la propiedad supone no recaiga sobre la sola persona del afectado y se reparta entre toda la colectividad, a través del sistema fiscal que nutre los fondos de que la indemnización procede”.⁵³

El mismo fue utilizado por el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, William REHNQUIST, en su voto particular en el caso *Penn Central Transp. Co. vs. New York City*, cuando afirmó que “es exactamente esta imposición de costos generales para unos pocos individuos [los que derivaban para los propietarios de inmuebles las prohibiciones urbanísticas impuestas por el gobierno] a la que la protección ‘*taking*’ está dirigida”,⁵⁴ y cuando se rinde a la comunidad algo más y diferente de lo que se le exige a otros miembros, debe ser devuelto con un equivalente justo.⁵⁵

También se ha utilizado como criterio adicional de delimitación, el carácter nocivo de determinadas actividades sobre las que operan las regulaciones ablatorias. De esta forma no serían indemnizables, por ejemplo, la prohibición de fabricación de ciertas sustancias o productos que pudieran resultar perjudiciales,⁵⁶ aunque este criterio, claro está, solo sería funcional en presencia de actividades potencialmente nocivas, no así en el resto.

Un último criterio, que pretende superar las insuficiencias teóricas de los anteriores, es el de naturaleza económica, propuesto por G. DOMÉNECH PASCUAL, sobre la base de la ponderación coste-beneficio. Según este criterio, habría expropiación cuando los beneficios sociales derivados de indemnizar superen a los costes sociales que a la comunidad le ocasionaría no pagar el justiprecio; en caso contrario, se trataría de una delimitación de la propiedad no indemnizable.⁵⁷

⁵² DOMÉNECH PASCUAL, G., “Cómo distinguir”, ob. cit., pp. 1-60 (pp. 10 y 11).

⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, p. 226.

⁵⁴ *Penn Central Transportation Company, y col. v. Nueva York, et al.*, pp. 77-444 (Corte Suprema de los Estados Unidos 26 de junio de 1978).

⁵⁵ *Monongahela Navigation. Co. v. United States*, p. 722 (Corte Suprema de los Estados Unidos 27 de marzo de 1893).

⁵⁶ *Hadacheck v. Sebastian*, jefe de policía de la ciudad de Los Ángeles, p. 32 (Corte Suprema de los Estados Unidos 20 de diciembre de 1915).

⁵⁷ DOMÉNECH PASCUAL, G., “Cómo distinguir”, ob. cit., pp. 1-60 (p. 23). Entre los beneficios de las indemnizaciones estarían: que se asegura el riesgo de sufrir privaciones por causas de interés público; se incentiva la realización de actividades socialmente valiosas; se reducen los riesgos

Como el mismo autor reconoce, la perspectiva del análisis económico no elimina enteramente las dificultades que encierra la distinción, debido principalmente a la complejidad que supone la ponderación que ha de llevarse a cabo en cada caso a estos efectos, con las dosis de subjetividad que ello entraña, por lo que sus resultados serán, en muchos casos, discutibles.⁵⁸ A estas objeciones habría que añadir el hecho de que, a los fundamentos jurídicos de la expropiación, subyacen también razones éticas, ínsitas en el deber ser del Derecho, a las que no pueden simplemente sobreponerse en todos los casos criterios de cálculo económico, so pena de conducirse hacia un orden injusto.

Con todo, señala el autor, el paradigma económico, permitiría “justificar, definir y articular racionalmente varios de los criterios que vienen empleando intuitivamente los Tribunales para realizar tal distinción, proporcionando así una útil guía orientativa que facilita la solución racional del problema”.⁵⁹

III.2. Distinción entre expropiación y compraventa forzosa

Cabe también distinguir la expropiación de otra figura aparentemente similar, pero con una finalidad y características distintas, como lo es la compraventa forzosa de determinada clase de bienes de consumo,⁶⁰ en lo que podría operar el elemento del enriquecimiento patrimonial como criterio diferenciador. Las ventas forzosas son técnicas regulatorias establecidas con carácter general, destinadas a todos los productores, con la intención de ordenar un sector de la economía, y se ejecutan sobre productos destinados precisamente al comercio, cuyos precios se determinan de conformidad con técnicas de ordenación de la economía y los mercados.

Las compraventas forzosas, a diferencia de la expropiación, no se justifican en una causa específica de utilidad pública o interés social sobre los bienes en que operan, sino en una necesidad de intervención y ordenación económica de carácter general, en que la Administración, cuando adquiere,

de que los ciudadanos desarrollen actividades socialmente perjudiciales, con el fin de evitar el sacrificio de sus derechos, de que las autoridades coaccionen a ciertos propietarios con la amenaza de la confiscación o se adopten medidas ablatorias ineficientes, perjudiciales para los intereses generales. Entre los costes estarían los derivados de aumentar la presión fiscal, los de determinación del justiprecio y de la calificación de una medida como expropiatoria o delimitatoria; los riesgos de sobreinversión en los bienes a expropiar, de estimular actividades privadas anormalmente peligrosas o de inhibir actuaciones estatales de interés público (pp. 23-46).

⁵⁸ DOMÉNECH PASCUAL, G., “Cómo distinguir”, ob. cit., p. 46.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 46 y 47.

⁶⁰ Tal y como ocurre en Cuba con la producción agropecuaria, por solo citar un ejemplo.

“lo hace con fines puramente instrumentales de intermediación en el mercado [...], o por su vocación especial a la titularidad –genérica– de un tipo semipúblico de bienes (los histórico-artísticos, los forestales), pero no por una imprescindible necesidad de realizar una específica y singular actuación propia”.⁶¹

En síntesis, siguiendo a J. L. VILLAR PALASÍ,⁶² las diferencias de estas transferencias coactivas con la expropiación resultan de las siguientes notas:

- En las compras forzosas no se expropia un *corpus certum*, sino más bien una indeterminada cantidad de un *genus*, siendo consustancial a la misma técnica su carácter de generalidad y, aparte de ello, de periodicidad, es decir, se trata no de una prestación instantánea y repetible para el sujeto, sino periódica para entregas presentes y futuras;
- en el mismo sentido, el sujeto destinatario de la privación no es una persona determinada, sino un grupo indefinido de personas –*Gruppeneigentum*–, de tal modo que la transferencia implica una medida general y no una privación singular;
- como resultado de su carácter general, la indemnización o precio no se fija de manera contradictoria, sino unilateralmente, por la Administración;
- en la expropiación se trata de un acto de imperio, por cuya virtud se priva a un particular de un bien patrimonial para destinarlo a finalidades distintas de aquellas para las que su propietario lo destinaba, produciéndose, por tanto, una diversión del fin, mientras en las transferencias coactivas no se produce, por el contrario, esta mutación en el destino del bien particular, sino que justamente se lo destina a los mismos fines que hubiera cubierto de continuar en manos privadas, solo que en lugar de llegar al mercado de un modo libre y espontáneo, lo hace de forma organizada y mediante un acto de imperio administrativo. No se trata, por tanto, de un interés prevalente en el fin, como sucede en los supuestos de la expropiación forzosa tradicional.

III.3. Distinción con las instituciones del decomiso, confiscación y extinciones de dominio

Otras figuras jurídicas con similitudes a la expropiación forzosa serían el comiso, la confiscación y las extinciones de dominio. En cada una de ellas hay transmisión coactiva de la propiedad del propietario privado al Estado, aunque

⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., p. 122.

⁶² VILLAR PALASÍ, J. L., “Justo precio y transferencias coactivas”, *Revista de Administración Pública*, 1955, pp. 11-72 (pp. 23 y 24).

por diferentes causas y en cumplimiento de diferentes requisitos que no se relacionan con la utilidad pública o el interés social.

El decomiso (o comiso), al igual que la expropiación consiste en la privación de los bienes; sin embargo, la principal diferencia es que aquella es una medida de restablecimiento de la legalidad vulnerada por la tenencia irregular de algunos bienes, tenencia que es considerada contraria a Derecho⁶³ y, por consiguiente, no da lugar a indemnización. No puede hablarse de “expropiación” en un sentido estricto del término (como privación de la propiedad), pues, aunque en algunos casos el bien decomisado se encuentre de hecho dentro de la esfera de disposición del sujeto pasivo, no le corresponde a este su propiedad. Ordinariamente se configura como medida accesoria de una sanción administrativa o penal, ya sea porque los bienes afectados han sido utilizados en la comisión de la conducta punible, o sean un producto de ella.

La confiscación de bienes, por su parte, comporta una sanción más grave y de un alcance mayor que el decomiso, por cuanto en estos casos la privación no se refiere precisamente a los bienes de tenencia irregular, sino que se trata de una pena impuesta a quien incurre en una conducta tipificada como delito, que la tenga prevista expresamente con ese carácter y supone, por lo general, la pérdida completa del patrimonio del autor del delito.⁶⁴ Dado su carácter accesorio, puede ser impuesta incluso, por vía administrativa.⁶⁵

La extinción de dominio es una especie de decomiso de bienes, pero definida en relación con determinados delitos asociados generalmente al crimen organizado o a la corrupción y supone la pérdida de los bienes, así como de las ganancias, los frutos, productos, rendimientos o las permutas de origen o procedencia ilícita o delictiva, que se aplica ordinariamente a través de un procedimiento jurisdiccional autónomo en relación con el proceso penal.⁶⁶ Se trata, en consecuencia, de un tipo de privación no indemnizable.

⁶³ BLANQUER, D., *Introducción*, ob. cit., pp. 551 y 552.

⁶⁴ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El decomiso de activos ilícitos*, Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 130.

⁶⁵ Ver, por ejemplo, en la Constitución de la República de Cuba, su artículo 59, que en lo pertinente dispone: “La confiscación de bienes se aplica solo como sanción dispuesta por autoridad competente, en los procesos y por los procedimientos que determina la ley. Cuando la confiscación de bienes sea dispuesta en procedimiento administrativo, se garantiza siempre a la persona su defensa ante los tribunales competentes”. Pueblo de Cuba, “Constitución de la República de Cuba”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 2019.

⁶⁶ Al respecto confrontar, por ejemplo, la Ley de Extinción de Dominio de Guatemala. Honorable Congreso de la República de Guatemala, “Ley de Extinción de Dominio (Decreto No. 55)”, en *Diario de Centro América*, Ciudad de Guatemala, 2010.

III.4. Distinción entre expropiación forzosa y nacionalización

En el análisis de la distinción entre la expropiación forzosa y la nacionalización existen opiniones diversas. Así, mientras autores como R. BIENDSCHIEDLER niegan la utilidad o posibilidad de establecer una línea de distinción clara, otros como A. R. BREWER-CARÍAS reconocen una especie de conexión o semejanza con el instituto expropiatorio, al establecer que en ambos casos se manifiesta la llamada *publicatio*, a la que en el supuesto de la expropiación califica como *publicatio* específica “en el sentido de que el bien expropiado pasa de ser de propiedad privada a propiedad pública”;⁶⁷ como regla, pero que no excluye la posterior apropiabilidad del bien por parte de otros particulares, además de que supone una afectación individualizada respecto del bien y del sujeto propietario, lo cual no sucede en las nacionalizaciones (que son de naturaleza impersonal, y donde además de bienes, el Estado puede traspasar a su patrimonio sectores completos de la economía o actividades económicas concretas), salvo en los casos en que el bien, derecho, sector o actividad nacionalizados se otorguen con posterioridad por el Estado, en régimen de concesiones u autorizaciones, a ciertos particulares.

Por su parte, E. NOVOA MONREAL sostiene que “la finalidad específica de la nacionalización es transformar bienes de propiedad privada en propiedad pública. En cambio, la expropiación recae en bienes de uso para destinarlos a una finalidad diversa de aquella a la que los destinaba su propietario”.⁶⁸ La diferencia estaría, entonces, en la transformación del carácter de los bienes (de privados a públicos), y no en el destino que deban tener, lo que sí es definitivo en el caso de la expropiación y no en la nacionalización.

Otra diferencia, aunque con menos posibilidades de defensa, a nuestro entender, es la que alude a la obligatoriedad del pago indemnizatorio propio del instituto expropiatorio, y que en el marco de la nacionalización experimenta cierto grado de relajación, en especial en países con economías deficitarias, que por el mismo motivo que acuden a ella se ven imposibilitados luego de pagar. Una última diferencia consiste en la manera en que formalmente se manifiestan la una y la otra: mientras que la nacionalización se realiza en virtud de una ley, la expropiación lo hace mediante un procedimiento concreto, bien sea este judicial, administrativo o mixto.

⁶⁷ BREWER-CARÍAS, A. R., “Prólogo”, en J. Pimiento Echeverri & H. Santaella Quintero, *La expropiación forzosa*, ob. cit., pp. 15-27 (p. 17).

⁶⁸ ARAUJO GARCÍA, A. E. & M. SALOMÓN DE PADRÓN, *Estudio comparativo entre la nacionalización y la reserva, la expropiación, la confiscación, la requisición y el comiso*, Venezuela, (s.f.), disponible en <http://derechoadministrativoucv.com.ve/files/library/ADPCA-03a-04.pdf>, pp. 136-137.

Además de sus diferencias con la compraventa forzosa y la nacionalización, en la doctrina administrativista se discuten los límites precisos entre la expropiación propiamente dicha en el sentido que fue definida con anterioridad, y las llamadas expropiaciones legislativas. A estas últimas, E. GARCÍA DE ENTERRÍA hace referencia como un viejo problema,⁶⁹ respecto del cual ni la doctrina ni la jurisprudencia han delimitado exhaustivamente.

Conclusiones

1. Con independencia de los antecedentes del instituto expropiatorio en el Derecho romano y en la Edad Media, solo a partir del constitucionalismo moderno adquirió su fisonomía propia, por tanto, la consideramos una institución jurídica propia del Derecho moderno, cuya acta de nacimiento es el artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.
2. La expropiación forzosa puede ser definida como la privación de la propiedad de una persona por parte de la Administración Pública por motivos de utilidad pública o interés social; como consecuencia de lo cual el sujeto expropiado recibirá una adecuada y justa indemnización o compensación.
3. La expropiación forzosa carecería de sentido si no existiera el derecho de propiedad de las personas sobre los bienes susceptibles de expropiación por parte de la Administración Pública, por lo que actúa como límite de ese derecho, siempre que causas de utilidad pública o interés social justifiquen su aplicación.
4. La expropiación forzosa como garantía del derecho a la propiedad se configura en la medida en que una persona pueda ser privada de un bien o derecho, y que dicha privación legal esté justificada por un interés público verificable, siempre que el propietario despojado reciba una justa indemnización.
5. La expropiación forzosa consiste en una privación singular de la propiedad con carácter indemnizable y en ese sentido se distingue de otras instituciones jurídicas como las nacionalizaciones o ciertas limitaciones regulatorias, las regulaciones delimitadoras de la propiedad, el comiso, la confiscación o las extinciones de dominio; y de otras formas de transmisión de la propiedad que no constituyan una “privación” forzosa, como en los contratos de Derecho privado.

⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional, en particular, el caso de la Ley de Costas”, *Revista de Administración Pública*, 1996, pp. 131-154 (p. 131).

La servidumbre administrativa en Cuba: consideraciones teóricas a partir del análisis doctrinal y legislativo

Irina PÉREZ TRUJILLO*

Introducción

La servidumbre, institución jurídica ancestral, resalta con relevancia trascendental por su vigencia y utilidad tanto en el Derecho civil como en el Derecho administrativo. Con sus múltiples imprecisiones conceptuales, no ha dejado de incluirse en legislaciones antiguas y modernas en pos de dar respuesta a necesidades de la existencia social; pero, lamentablemente, la falta de uniformidad en su concepción y las consecuentes ambigüedades en su tratamiento legislativo afectan su adecuada implementación y, consecuentemente, la seguridad jurídica.

La servidumbre administrativa coadyuva en la conciliación entre la utilidad pública o el interés social y la propiedad particular, manteniendo derechos y garantías que asistan al equilibrio entre estos intereses contrapuestos, sin necesidad de medidas tan invasivas como la expropiación forzosa.

La institución de las servidumbres administrativas no puede estudiarse en el contexto cubano sin valorar el tratamiento doctrinal y legislativo, especialmente bajo la vigencia del Código civil español de 1889 complementado por múltiples legislaciones administrativas en materia de minas, aguas, puertos, carreteras y electricidad.

La regulación legal que respalda actualmente la servidumbre administrativa transcurre por diversas legislaciones en sectores estratégicos en los que predomina la dispersión legislativa y el acogimiento de la concepción de servidumbre desde el ámbito privado. Resulta imperativo superar las insuficiencias en pos de la adecuada aplicación de un régimen jurídico especial, diferente, exorbitante, propio del Derecho administrativo. En el ámbito jurídico patrio urge una disposición normativa que contenga los fundamentos teóricos básicos

* Licenciada en Derecho. Especialista en Asesoría Jurídica. Profesora Auxiliar de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Central “Marta Abreu” de Las Villas (Villa Clara). E-mail: irinap@uclv.edu.cu

de la institución para la ordenación del régimen jurídico administrativo que incide sobre la propiedad.

Con el fin de sistematizar y divulgar el estado de la institución en Cuba, el presente trabajo se propone un acercamiento a los estudios patrios que han incluido el tópico de las servidumbres motivadas por la utilidad pública, y al reflejo de la institución en legislaciones de sectores estratégicos de la Administración Pública, en diferentes momentos históricos.

I. Referencias doctrinales de las servidumbres administrativas en Cuba

En la primera obra cubana de Derecho administrativo se resalta la relevancia del derecho de propiedad en el progreso social. De ahí que su autor sostuviera que:

“La ley política le concede garantías: la civil determina su adquisición y modos de transmitirse; la penal la defiende de los atentados que contra ella pudieran cometerse; y la administrativa modera su uso en beneficio de la comunidad y con el mismo fin procura su acrecentamiento”.¹

En el ámbito administrativo se regula el uso de la propiedad individual para que, sin dejar de ser libre, se subordine al bien de la comunidad.² En ese contexto tiene cabida la servidumbre administrativa. Aunque su reconocimiento expreso en la doctrina no se produce hasta la década de 1880 con la denominación de servidumbres públicas,³ disposiciones legales de la época respaldaban situaciones jurídico-administrativas constitutivas de servidumbre de utilidad pública.⁴

En el *iter* evolutivo de las servidumbres administrativas requiere mención especial la institución de las serventías. A partir del 1 de octubre de 1857, con motivo de uniformar el régimen y gobierno de los campos de la Isla de Cuba, se ponen en vigor las Ordenanzas Rurales. El objeto de su Título 3º eran las denominadas serventías, que se definían como “las vías que sirven para poner a varios fundos en comunicación con poblaciones, con la costa, con algún

¹ MORILLA, J. M., *Breve tratado de Derecho Administrativo español general del Reino y especial de la Isla de Cuba*, Tipografía de Don Vicente de Torres, Habana, 1847, p. 252.

² *Ibidem*.

³ Véase en GOVÍN Y TORRES, A., *Elementos teórico-prácticos del Derecho Administrativo vigente en Cuba*, t. II, Imprenta “El correo militar”, La Habana, 1883, p. 187.

⁴ Véase como ejemplo la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866, remitida a Cuba por Real Orden del mismo mes y año, artículos 8 al 10; 70 al 73, 111 al 116, 117 al 122 y otros, disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1866/219/00001> [consultado el 3 de octubre de 2020].

camino de hierro, carretera general o camino vecinal”.⁵ Complementa esta definición el Reglamento de serventías promulgado por el Gobierno General de la Isla de Cuba, de 22 de septiembre de 1885, reformativo del de 4 de abril de 1862, que establece que “se considerarán legalmente constituidas las servidumbres o serventías públicas que reuniendo las circunstancias expresadas en el título 3º de las Ordenanzas rurales vigentes en esta Isla, cuenten un año y un día de existencia”.⁶

Lamentables confusiones se generaron en aquella época entre servidumbres y serventías. Desde el propio texto de las antemencionadas disposiciones legales, ambas se enfocan con similar significado, sin embargo, trabajos científicos de la época destacan notables diferencias.⁷ Profundizar en lo intrínseco del tema cambiaría el rumbo de este trabajo, pero sin llegar a opiniones concluyentes pueden plantearse las distinciones señaladas por REYES Y PÉREZ. En primer lugar, la servidumbre de utilidad pública se establece por un interés general, mientras que la serventía tiene un carácter de bien público indiscutible, pero su finalidad es favorecer fincas enclavadas entre otras para darles salida a los lugares que se referían en las Ordenanzas rurales, y cuyos propietarios o poseedores hayan permitido ese tránsito. La naturaleza de la serventía exige para su existencia que se dé comunicación a varios fundos a través de otro u otros, propiciando la coexistencia de derechos para todos los que la usan; mientras que en la servidumbre se presenta un predio que sirve al interés general. En otro acápite, la serventía se establece por el uso y el transcurso del tiempo y se adquiere por prescripción; mientras que la servidumbre no.

Siguiendo el hilo evolutivo, es en 1886 que aparece por primera vez en la doctrina cubana,⁸ la definición de servidumbres de utilidad pública: “son una limitación de la propiedad particular; y así existen con absoluta independencia, de la voluntad de los dueños, porque es una ley de utilidad pública, quien las impone y la Administración las declara en beneficio de intereses mayores al particular”.⁹ De la mano de MORENO se marcaba el inicio del tormentoso camino evolutivo de las servidumbres administrativas en Cuba. En esto debe comenzarse por explicar que aunque es incuestionable la relevancia de la

⁵ En *Ordenanzas rurales de la Isla de Cuba*, Imprenta del Gobernador y Capitanía General por S. M., Habana, 1857, p. 20.

⁶ En *Reglamento para la tramitación y resolución de los expedientes gubernativos sobre conservación, apertura o cierre de caminos o serventías públicas*, Imprenta del Gobernador y Capitanía General por S. M., Habana, 1857, pp. 3 y 4.

⁷ REYES Y PÉREZ, A. M., *Las serventías públicas en el Derecho vigente*, Imprenta y papelería de Rambla y Bouza, Habana, 1911.

⁸ Ya se había reconocido el término en GOVÍN Y TORRES (*Elementos teórico-prácticos...*, ob. cit., p. 187), pero solo al transcribir legislaciones de la época.

⁹ MORENO, F., *La Administración y sus procedimientos*, Imprenta de El Eco Militar, Habana, 1886, pp. 31-32.

intención del autor al definir la categoría, hay que señalar que también bajo esa calificación se sombreaban otras que han devenido instituciones afines, pero no verdaderas servidumbres administrativas.¹⁰

Ya con el respaldo de las servidumbres de utilidad pública en el Código civil y en legislaciones especiales, el reconocimiento a las servidumbres públicas, aún lejos de ser el deseado, fue más frecuente. En programas de estudio de la carrera de Derecho se incluían estos temas,¹¹ incluso, en varios estudios de las servidumbres de Derecho civil se hace mención a las servidumbres de utilidad pública y se reconoce su regulación por el Derecho administrativo y sus leyes especiales.¹²

También autores de Derecho administrativo incorporaron en sus obras las temáticas de servidumbres motivadas por utilidad pública. NÚÑEZ Y NÚÑEZ, en su *Tratado de Derecho Administrativo*, además de incursionar en el tópico de la definición, incorpora relevantes consideraciones sobre el diferendo limitaciones-servidumbres públicas. Ante todo reconoce la institución como servidumbres públicas administrativas y defiende que surgen en virtud del interés público y son una restricción al exclusivismo de la propiedad, porque desde ese momento no disfruta solo el propietario de ella, sino que aparece el predio público dominante, que va a disfrutar de algún derecho sobre el predio sirviente. En caso diferente aprecia las limitaciones, pues con ellas se establecen regulaciones del ejercicio del derecho de propiedad por causa de utilidad pública: no supone una merma del derecho de propiedad sino una regulación del ejercicio de ese derecho. También se dedica un breve apartado a la clasificación de las servidumbres.¹³

¹⁰ V. gr., la prohibición de edificar dentro de las zonas polémicas militares, sin permiso del gobierno; la tala de árboles colindantes a carreteras y caminos sin licencia superior; la prohibición de entorpecer el libre curso de las aguas públicas. MORENO, F., *La Administración...*, ob. cit., pp. 468-469.

¹¹ Puede verse ARAMBURO Y MACHADO, M., *Elementos de Derecho Civil*, Imprenta EL Siglo XX, La Habana, 1927, Lección 8ª, pp. 93-102; DÍAZ CRUZ, M., *Propiedad y derechos reales. Extracto de las conferencias del Doctor Félix Martínez Giralte*, ALFA; Habana, 1937, donde en la Conferencia XLII se estudian las servidumbres legales de utilidad pública y se especifican las siguientes: A) En interés de la navegación: la flotación, la pesca y el salvamento; B) Camino de sirga. También puede verse LANCÍS Y SÁNCHEZ, A., *Programas de la Cátedra "G" Derecho Administrativo 2do curso y Legislación electoral. Curso 1941-1942*, Facultad de Ciencias Sociales y Derecho Público, Habana, 1941; TRIAY LEÓN, A., *Curso de propiedad y derechos reales, Segunda parte. Conferencias de cátedra*, Imprenta F. Sabín y Co., Habana, 1942, pp. 467-509.

¹² CAMUS, E. F., *Código civil explicado*, Cultural S.A., p. 478 y ss.; TRIAY LEÓN, A., *Derechos reales*, vol. I, 4ª ed., Librería Martí, 1956, pp. 279-280; LÓPEZ DE GOICOECHEA, *Las servidumbres en el Derecho. Estudio doctrinal y práctico*, Jesús Montero Editor, La Habana, 1956, p. 39.

¹³ NÚÑEZ Y NÚÑEZ, E. R., *Tratado de Derecho Administrativo* (Con arreglo al Programa de la Asignatura en la Universidad Nacional Dr. Enrique Hernández Cartaya), t. II. 3ª ed., Imprenta "Casa Girón", Habana, 1920, pp. 248-252.

Aunque hay elementos imprescindibles en la actual noción de servidumbre administrativa que no se aprecian con claridad en la definición dada, se definen tipicidades de la institución que marcan el camino para identificarla en el complejo sistema jurídico administrativo. Es cierto que no es un estudio exclusivo para las servidumbres públicas, pero no puede obviarse su análisis porque aporta nuevos razonamientos en pos de la construcción teórica del Derecho administrativo cubano. Como puede apreciarse, se deja sentado que el objeto de las servidumbres públicas es la utilidad pública y que con su imposición se generan derechos sobre una propiedad ajena.

También como un tema incluido en una obra general de Derecho administrativo se presenta el estudio de LANCÍS Y SÁNCHEZ.¹⁴ En la definición plantea que son aquellas restricciones que una conveniencia general aconseja imponer sobre unas propiedades en beneficio de otras o en vista de un interés público. Se señala como elemento importante en la servidumbre que es concreta –no general– y que otorga un poder jurídico ajeno y especial sobre el bien inmueble. Es importante resaltar que el autor enuncia los elementos más polémicos sobre la institución: procedencia o no de indemnización,¹⁵ la independencia de la categoría respecto a las limitaciones a la propiedad¹⁶ y el complejo campo de las clasificaciones.¹⁷ En los tipos de servidumbres públicas incluye las serventías, exponiendo las diferencias en relación con el régimen de servidumbres de paso del Derecho privado.

Las consideraciones de LANCÍS Y SÁNCHEZ también tienen incuestionable valor en el panorama científico de las servidumbres administrativas. A pesar del certero sendero marcado por este autor en su libro *Derecho Administrativo*, entre otras cuestiones, determinando expresamente las diferencias entre limitaciones y servidumbres de utilidad pública, se mantiene en la doctrina cubana el criterio de considerarlas en la misma tipología jurídica. Para RUIZ Y GÓMEZ, las servidumbres públicas son limitaciones impuestas sobre el dominio privado por razón de utilidad pública.¹⁸ El reconocimiento expreso a la institución de la servidumbre pública en su obra debe considerarse como aspecto positivo, pero su contenido dista de lo que necesita la doctrina para conseguir la consolidación de la institución.

¹⁴ LANCÍS Y SÁNCHEZ, A., *Derecho Administrativo*, Cultural S.A., La Habana, 1945, pp. 373-388.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 374-375.

¹⁶ *Idem*, pp. 375-376.

¹⁷ *Idem*, pp. 376-388.

¹⁸ RUIZ Y GÓMEZ, J. M., *Principios de Derecho Administrativo. Primero y segundo semestres*, Material de clases, 4ª ed., Escuela de Ciencias Comerciales, Universidad de La Habana, La Habana, 1955, p. 113.

Si bien puede hablarse de la servidumbre con finalidad pública y de su reconocimiento como categoría del Derecho administrativo desde finales del siglo XIX, los estudios no fueron suficientes. Al decir de MATILLA CORREA:

“La historia del Derecho Administrativo en Cuba, ya en su perspectiva más general, ya en las cuestiones particulares que involucra, está aún por revelarse en su real dimensión y significación, pues, en verdad, muchísimo está por descubrirse en ella. En inmensidad de puntos desconocida, o no ponderada adecuadamente, para los propios cubanos, la falta de la búsqueda y del análisis histórico en el plano jurídico-administrativo hace hoy que nuestra memoria histórica al respecto sea muy limitada y presente grandes zonas de vacío y desconocimiento, en lo que a los acontecimientos (de todo tipo) que la sustentan se refiere”.¹⁹

A esa realidad no escapa la servidumbre administrativa. Como ya se ha evidenciado, coexisten en detrimento de apreciar con claridad su proceso evolutivo, los escasos saberes específicos y detallados y lo fragmentado que se presenta el tema en las disposiciones jurídicas de la época.

Varios años de vacío del Derecho administrativo acunaron también a las servidumbres administrativas. El renacer se produjo en la pluma de GARCINI GUERRA, pero también en el contexto de una obra general de Derecho administrativo. En ese texto ofrece la definición de servidumbre administrativa, entendiéndose como las cargas que recaen sobre las cosas inmuebles y que tienen por origen, no una necesidad de otra cosa privada que con ella colinda, sino la vecindad de cosas públicas, y su causa es, por consiguiente, un interés general. Recalca que existen cuando la propiedad sobre las cosas inmuebles se ve disminuida al constituirse sobre ella una carga jurídica en favor de la sociedad, representada por la Administración, titular de una cosa pública también inmueble, integrante del patrimonio administrativo, esto es, que la disminución le viene impuesta por disposiciones administrativas sin que haya acaecido un hecho jurídico que motive esas condiciones.²⁰ Y cierto es que la facultad de uso que conforma el ejercicio del derecho de propiedad se comparte por motivos de utilidad pública; pero tiene que producirse un acto jurídico administrativo para que la servidumbre administrativa se constituya y produzca plenos efectos jurídicos.

Como otros autores ya comentados, GARCINI intenta distinguir las categorías de limitaciones de la propiedad y servidumbres. De manera atinada logra

¹⁹ MATILLA CORREA, A., *Los primeros pasos de la ciencia del Derecho Administrativo en Cuba. José María Morilla y el Breve tratado de Derecho Administrativo (1847)*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2011, p. 19.

²⁰ GARCINI GUERRA, H., *Derecho Administrativo*, 2ª ed., corregida y ampliada, Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1986, p. 184.

reconocer significativos elementos,²¹ pero gran confusión genera cuando respecto a las limitaciones incluye obligaciones de dejar hacer. Permitir la instalación en su propiedad de buzones para el servicio postal, placas con los nombres de las calles y números de las casas, faroles de alumbrado público y soportes de las instalaciones telegráficas y telefónicas son situaciones jurídicas que tipifican servidumbres administrativas. El propio autor reconoce que “las servidumbres administrativas se confunden a menudo con las limitaciones y aún una misma restricción puede ser de una u otra categoría jurídica según sus circunstancias originantes. Ello está en dependencia de la existencia o no de un predio dominante”.²² Este criterio viene a reforzar los desórdenes que sobre el tema se presentan, porque no es posible que una misma situación jurídico-administrativa pueda ser limitación y servidumbre administrativa; mucho menos que lo que marque el punto de diferenciación sea la presencia de un predio dominante. Las servidumbres administrativas constituyen un derecho real administrativo que permite el efectivo uso o aprovechamiento de un bien inmueble ajeno, por motivos de utilidad pública o interés social, para beneficiar un bien de dominio público o un servicio público. La existencia de un predio dominante no es imprescindible para que se constituyan servidumbres administrativas.²³

En sentido general, en la obra de GARCINI hay que reconocer que en pocas líneas intenta sentar las bases para la comprensión de una institución tan antigua como actual y tan compleja como necesaria. De manera muy precisa muestra la finalidad de la servidumbre administrativa, los objetivos para su establecimiento, las formas de constitución, las clasificaciones y sus diferencias con las servidumbres civiles; pero las carencias de las bases teóricas de la institución se reflejan en los criterios del autor e impiden depurar acertadamente los elementos básicos de su construcción jurídica. Ahora sí, aunque GARCINI no establece de manera expresa que la servidumbre es un derecho real administrativo, confirma que entre las formas de extinción no puede estar la prescripción, y lo justifica alegando que “al integrar en sentido funcional el patrimonio estatal y ser este imprescriptible, no puede admitirse que sobre ella, para obtener su desaparición, se alegue la prescripción”.

Reconocer que la servidumbre administrativa integra el patrimonio administrativo es un importante paso de avance en pos de la comprensión de la servidumbre administrativa como derecho real administrativo que conforma

²¹ Ver GARCINI GUERRA, H., *Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 183-184.

²² *Ibidem*, p. 185.

²³ Refuerzan este criterio MARIANI, A., “Comentarios a la ley sobre servidumbres de conductores eléctricos”, en *Revista de Derecho Público*, No. 4, octubre-diciembre, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 103; y DROMI, R., *Derecho Administrativo*, 11ª ed., Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2006, p. 598.

el dominio público. Con el deseo de que esa idea se consolide en la doctrina administrativa nacional ya se ha compartido un estudio sobre el tema.²⁴

II. Regulación legal de las servidumbres en el ordenamiento jurídico cubano

Veamos a continuación, un repaso por la regulación legal de las servidumbres en el ordenamiento jurídico cubano:

a) En el ámbito jurídico civil

El Código civil español de 11 de mayo de 1888, hecho extensivo a la Isla de Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889 y vigente desde el día 5 de noviembre de 1889, regulaba la institución de las servidumbres en su Título VII, y las conceptualiza al decir que: “La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño”.²⁵

Este concepto es concordante con la definición de servidumbres prediales; sin embargo, más adelante el propio Código reconoce la existencia de servidumbres a favor de una o varias personas, incluso regula las servidumbres a favor de una colectividad. En este contexto pudieran tener cabida las servidumbres administrativas; pero el Código es más explícito, pues regula servidumbres legales, dentro de las cuales incluye servidumbres civiles y las de utilidad pública. Las servidumbres legales, según la norma civil, son las que “impuestas por la ley, tienen por objeto la utilidad pública o el interés de los particulares”.²⁶ Las servidumbres legales por razones de utilidad privada las regula de acuerdo con las diferentes materias, haciendo referencia a las servidumbres de aguas, de paso, de medianería, de luces y vistas, de desagüe de los edificios, y las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones. Respecto a las servidumbres impuestas por utilidad pública establece que serán reguladas por leyes y reglamentos especiales que las determinen, estableciendo la posibilidad de utilizar el propio Código de forma supletoria ante posibles lagunas legislativas.²⁷ A pesar de tal pronunciamiento,

²⁴ Ver PÉREZ TRUJILLO, I., “Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de las servidumbres administrativas”, en A. Matilla Correa y D. P. Viteri Núñez (coords.), *Reflexiones sobre Derecho Público I*, UNIJURIS, 2019.

²⁵ Código Civil del Reino de España, de 11 de mayo de 1888, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889, hecho extensivo a la Isla de Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889 y vigente desde el día 5 de noviembre de 1889, artículo 530, en *Gaceta de la Habana del 3 de septiembre al 16 de octubre de 1889*.

²⁶ *Ibidem*, artículo 549.

²⁷ *Idem*, artículo 550.

se destacan en el cuerpo legal servidumbres por utilidad pública en materia de aguas: en interés de la flotación, la navegación, la pesca y el salvamento; de saca de agua y abrevadero; de parada o partidior; de acueducto y la servidumbre indemnizable de camino de sirga para el servicio de la navegación y flotación fluvial.

En el capítulo que recoge las servidumbres, el Código civil español incluye situaciones jurídicas que describen limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad; por ejemplo, al regular las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones.²⁸ No es objetivo de este trabajo profundizar en este tema, pero sí, en aras de la mejor comprensión del tema, dejar planteados los principales caracteres de las limitaciones que marcan sustanciales diferencias con la institución de las servidumbres: 1) la generalidad; 2) no requieren un acto concreto de imposición —el estar tipificados en el Código implica, de manera directa, la prohibición para realizar estas acciones—; 3) no constituyen derechos reales en cosa ajena; y 4) no conllevan indemnización.²⁹

En resumen, el Código civil español, vigente en Cuba hasta 1988, tuvo aciertos y desaciertos en la regulación de las servidumbres: a pesar de no denominar expresamente las servidumbres administrativas, sí sistematiza las servidumbres legales, dentro de las cuales incluye las civiles y las de utilidad pública. Vale señalar que lo que omitió esta Ley fue la referencia denominativa a las relaciones de vecindad; aunque sí regulaba algunas de ellas incluyéndolas dentro de las servidumbres.

La norma civil cubana actual³⁰ presenta una situación totalmente diferente. Este problema fue aparentemente superado porque se incluyó todo un capítulo sobre las “Limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad”,³¹ sin embargo, la Ley cubana incurre en un nuevo equívoco, solo que en sentido opuesto, al dejar innominadas a las servidumbres y subsumiéndolas dentro del mencionado capítulo.

Si bien es cierto que en el articulado del Código civil cubano se encuentran verdaderas limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad, también es posible encontrar, bajo el mismo título, típicas servidumbres. Así es que cuando el artículo 170.1 de dicho Código dispone el derecho de paso que tienen los

²⁸ *Idem*, artículo 589.

²⁹ Para profundizar puede verse PÉREZ TRUJILLO, I., “Consideraciones...”, ob. cit., pp. 218-221.

³⁰ *Ley No. 59., Código Civil de la República de Cuba*, de 16 de julio de 1987, vigente desde el 12 de abril de 1988, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988.

³¹ Código Civil de la República de Cuba, Libro Segundo, Título II, Capítulo IV.

propietarios por los inmuebles vecinos para salir a la vía pública, está haciendo referencia a una verdadera servidumbre de paso. Este criterio lo sostiene el Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba al reconocer la existencia de este tipo de servidumbre cuando dice:

“... lo pretendido equivale en lo que doctrinalmente se conoce como servidumbre de paso, que entraña la imposición de una carga u obligación a un predio, en beneficio de otro, a fin de conferirle a aquel una salida indispensable a la vía pública [...]”.³²

A pesar de la ausencia denominativa de la figura en la legislación civil, el máximo órgano de justicia en Cuba reconoce la existencia de servidumbres al hacer alusión a ellas en varias sentencias.³³

Pero, ¿qué sucede con las servidumbres administrativas? Con la misma denominación de relaciones de vecindad, la Ley civil cubana esboza una verdadera servidumbre administrativa, cuando en el artículo 172.1 dice:

“Los propietarios de inmuebles urbanos o rústicos no pueden oponerse al paso por ellos, si resulta indispensable para la realización de obras de utilidad pública [...]”.

Ya se expuso que el derecho al paso por fundos ajenos era una servidumbre, y es conocido que la servidumbre administrativa siempre debe responder al interés social o utilidad pública, lo que la diferencia de las servidumbres civiles. En este sentido es posible afirmar que el artículo citado se corresponde con el reconocimiento tácito de una servidumbre administrativa de paso.

El hecho de que no exista en el Código civil una sistemática organizada de las servidumbres influye en el adecuado tratamiento a la institución, incrementa las confusiones y atenta contra su necesario desarrollo. Aunque la independencia de las servidumbres civiles y las administrativas es incuestionable, por la similitud en elementos básicos de la institución, la adecuada regulación de una facilita el conocimiento y la mejor comprensión de la otra y, consecuentemente, perfeccionaría la efectividad en su implementación.

³² Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No. 255 de 22 de abril de 2006, segundo Considerando, citado por: PÉREZ GALLARDO, L. B., *Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado)*, Ediciones ONBC, La Habana, 2007, p. 122.

³³ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No. 327, de 28 de abril de 2000; Sentencia No. 492, de 30 de mayo de 2000; Sentencia No. 533, de 27 de junio de 2000; Sentencia No. 1380, de 31 de octubre de 2011; tomadas del *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, años 2000 y 2011.

b) Las servidumbres públicas en materia de minas

Hasta 1995 rigió en Cuba la Ley de Minas de 6 de julio de 1859,³⁴ cuya promulgación fue anterior al Código civil español, pero se mantuvo vigente hasta que fue derogada por la actual Ley de Minas, de 21 de diciembre de 1994.

Esta Ley regulaba algunas servidumbres mineras, como la del artículo 44, que disponía que toda pertenencia minera estaba obligada a permitir el paso a una galería general, configurándose así una servidumbre de paso.

El artículo 55 hacía referencia a tres servidumbres: la obligación de todo minero que tuviera minas colindantes a permitir la ventilación de estas; así como permitir el paso subterráneo de las aguas con destino al desagüe general, por lo cual debería ser indemnizado si fuera necesario; además de soportar el tránsito necesario por su propiedad para el servicio de las ajenas.

Otro cuerpo legal de la época en materia de minería era el Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1868, “Bases Generales para la Nueva Legislación de Minas”,³⁵ que en su artículo 24 establecía:

“Todo minero deberá facilitar la ventilación de las minas colindantes, estará sujeto a la servidumbre del paso de aguas de dichas minas hacia el desagüe general, y asimismo a las reglas de policía que en el reglamento especial se determine. Pero en todas estas servidumbres procederá la correspondiente tasación e indemnización”.

En términos generales, este precepto establece las mismas servidumbres del artículo 55 de la Ley, pero se debe apuntar como aspecto positivo que lo hace con mayor profundidad al darle expresamente el nombre de servidumbres, lo que no sucedía en el antes citado precepto. Además regulaba la indemnización por la imposición de dichas servidumbres.

Complementaba la legislación sobre minas respecto a las servidumbres por utilidad pública la Orden No. 78 de 15 de marzo de 1902, de Servidumbre de Paso en las Minas.³⁶ En su contenido hacía referencia a lo establecido en los artículos 564 y 565 del Código civil español, vigente en la época. Dentro de las pertenencias mineras se fijaban 20 metros de anchura para una faja de terreno destinada al paso de los mineros en la forma más conveniente a sus intereses; y quedaba expresamente determinado que el establecimiento de tal servidumbre solo procedía cuando hubiere declaración de que la mina no

³⁴ Consultada en SÁNCHEZ ROCA, M., *Leyes administrativas de Cuba y su jurisprudencia*, vol. I, Materia V, “Legislación de Minas”, Lex, La Habana, 1942, p. 11 y ss.

³⁵ *Ibidem*, p. 53.

³⁶ *Idem*, pp. 415-416.

tuviere otra salida posible, excepto por la propiedad particular. La posición adoptada en estos artículos al hacer referencia al Código civil español es prueba de la sistemática ordenada que existía en aquellos momentos entre las diferentes normas jurídicas. Así como la norma civil hacía referencia a leyes especiales y establecía la posibilidad de ser utilizado de forma supletoria, la norma especial ampliaba en su articulado los planteamientos de este, evitando las contradicciones entre cuerpos legales de un mismo ordenamiento jurídico.

Esta Orden también regulaba la servidumbre para la construcción de ferrocarril o tranvía, la cual estaba sujeta a las reglas de la Orden No. 34 de 1902, sobre la Expropiación Forzosa en materia de Ferrocarriles y Tranvías.³⁷ La vía férrea o de tranvía que se construyera en propiedad privada debía usarse solamente para el transporte de empleados, productos y materiales para las minas. Previo a la construcción de las vías se debía depositar una fianza que se correspondía con los perjuicios sufridos por la propiedad privada con motivo de la servidumbre. Si se abandonaba la mina o se suspendían los trabajos por un periodo de dos años –excepto por fuerza mayor–, dichas vías férreas, con todas sus pertenencias, pasaban a la propiedad de los dueños del terreno sobre el que se estableció la servidumbre, sin posibilidades de reclamación o de indemnización para la compañía minera.

Cuando los dueños de minas no llegaban a un acuerdo sobre el establecimiento de la servidumbre con los propietarios de los terrenos colindantes, podían acudir a los tribunales de justicia, quienes resolverían sobre la servidumbre y sus efectos, de acuerdo con el procedimiento establecido en la Orden No. 34 de 7 de febrero de 1902. De esta manera se respaldaba como formas de constitución de las servidumbres por utilidad pública, el acto jurídico voluntario y la vía judicial.

Todos estos cuerpos jurídicos en materia de minería abordaban, de una forma u otra, las servidumbres; pero no existía uno solo de ellos que regulara la institución íntegramente, sino que entre todas regulaban lo referente a formas de constitución y extinción, indemnización y derechos y obligaciones de las partes. Aunque se puede señalar como aspecto positivo la regulación expresa y amplia de las servidumbres mineras, es de mencionar que la diversidad de disposiciones provoca dispersión legislativa, con sus lógicas consecuencias jurídicas.

En la actualidad, la legislación minera en el país establece el procedimiento para la constitución de las servidumbres administrativas. La Ley No. 76, Ley de

³⁷ La Orden Militar No. 34 de 7 de febrero de 1902, De ferrocarriles, establecía el procedimiento expropiatorio y de adquisición de derechos de posesión, privilegios, acciones o servidumbres pertenecientes a particulares o a sociedades. Consultar en SÁNCHEZ ROCA, M., *Leyes administrativas de Cuba y su jurisprudencia*, vol. II, Materia X, pp. 40-51.

Minas,³⁸ establece que las servidumbres son “un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro, perteneciente a distinto dueño. El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente”. Este concepto no es el más adecuado para las servidumbres administrativas, pues más que definir esta institución, caracteriza a las servidumbres civiles; lo que se fundamenta además en que es una copia exacta de la definición que sobre las servidumbres ofrecía el derogado Código civil español.

El concepto carece de los elementos básicos que no deben faltar en materia de servidumbres administrativas: el interés social que le da fundamento a la imposición de estas, y que el beneficiado con ella es la Administración como representante de los intereses colectivos. Además, al hacer referencia a un predio sirviente y uno dominante incurre en otro error, porque en las servidumbres administrativas no es imprescindible la predialidad activa.

Es importante en este punto hacer mención al artículo 11 de la Ley 76, ya que a través de él se pone de manifiesto uno de los aspectos característicos de las servidumbres administrativas que mayor polémica ha ocasionado.

“ARTÍCULO 11.- Para realizar la actividad minera los concesionarios pueden ser autorizados por el Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo a ocupar o utilizar bienes de propiedad estatal. En los casos de bienes de propiedad privada se aplica, cuando es posible, el régimen especial de las servidumbres mineras así como cualquiera otras alternativas de solución que no impliquen el desplazamiento o la afectación de posesión disfrutada por un tercero [...]”.

En este precepto es relevante señalar lo referido a los bienes que se requieran en la actividad minera, ya sean de propiedad estatal o privada, disponiendo que sea en este último donde se aplique el régimen especial de servidumbre. El artículo excluye por tanto la posibilidad de constitución de servidumbres administrativas sobre bienes de propiedad estatal, al disponer que para su uso lo que requerirá el concesionario es una autorización del Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo. Esto refuerza la tesis de constitución de las servidumbres administrativas solo sobre bienes ajenos a las administraciones públicas. Sin embargo, más adelante, la propia Ley se contradice en su artículo 49, al establecer que para tener acceso al área minera por terrenos estatales o particulares se deberá utilizar el régimen especial de servidumbre, disponiendo entonces que se constituyen servidumbres sobre bienes de propiedad estatal, aspecto que aparentemente había superado desde el principio.

³⁸ Ley No. 76, Ley de Minas, de 21 de diciembre de 1994, vigente desde el 23 de enero de 1995, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria, de 23 de enero de 1995, La Habana.

Según lo preceptuado por el artículo 49 de la Ley de Minas, todo concesionario que obtenga una servidumbre minera debe evitar causar con su ejercicio grandes perjuicios al titular del bien gravado, intentando establecerlas por las vías menos perjudiciales. En este mismo artículo y en el artículo 54 reconoce también la obligación del titular de la servidumbre de pagar una indemnización por todo daño y perjuicio ocasionado al titular del bien gravado. Este es un ejemplo de normativa cubana que reconoce el derecho a la indemnización cuando se causen daños y perjuicios con la constitución de servidumbres.

La Ley de Minas, en su artículo 50, reconoce el derecho que tiene el titular de una concesión minera a solicitar el establecimiento de servidumbres en terrenos vecinos de terceras personas; este derecho se le otorga siempre y cuando la servidumbre responda a necesidades relacionadas con la actividad minera.

A partir del artículo 51 se respaldan dos clases de servidumbres mineras: legales y voluntarias, y en atención a esta clasificación se establece el procedimiento para constituir las, ampliándose este en la Sección Quinta, del Capítulo 1 del Reglamento de la Ley.³⁹ Las servidumbres voluntarias son aquellas que otorga el propietario del bien gravado con la servidumbre al titular de la concesión. Dicha autorización debe ser consultada con las autoridades responsables del uso de la tierra; y quedará plasmada la servidumbre en escritura pública que se inscribirá en el Registro Minero,⁴⁰ encargado de llevar, entre otros particulares, la constitución de las servidumbres mineras. Por otro lado, las servidumbres legales solo proceden cuando no se pudo constituir de forma voluntaria por la negativa del titular del inmueble sobre el que se debe imponer la servidumbre. Estas se otorgan por el Ministerio de Industria Básica —actualmente Ministerio de Energía y Minas—, por conducto de la Autoridad Minera, oído el parecer de las autoridades responsabilizadas con el uso de los inmuebles.

Así mismo, la Ley de Minas establece las causas por las que se podrá extinguir la servidumbre minera: nulidad, anulación o extinción de la concesión, o por reunirse en una misma persona la propiedad del predio sirviente con el dominante.

La Ley de Minas es el cuerpo normativo que con mayor amplitud ha regulado las servidumbres administrativas incluyendo algunas de sus particularidades: autorizados para solicitarlas y sus obligaciones, clases de servidumbres mineras, el procedimiento para su constitución y extinción, así como lo referido a la indemnización. No obstante, la ley no está exenta de imprecisiones y

³⁹ Decreto No. 222, “Reglamento de la Ley de Minas”, de 16 de septiembre del 1997, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 32, de 19 de septiembre de 1997, La Habana.

⁴⁰ Ley No. 76, Ley de Minas, artículo 15 e); y Decreto No. 222, “Reglamento de la Ley de Minas”, artículo 91 c).

confusiones, como el hecho de tomar de una ley anterior un concepto civilista e intentar introducir dentro de este a las servidumbres administrativas o, aunque aparentemente superado en sus inicios, incurrir en el típico error de aplicar el régimen especial de servidumbres para la propiedad estatal. A pesar de las deficiencias en el respaldo legal de las servidumbres mineras, es loable reconocer el intento acertado del legislador, de una regulación amplia y especializada de las servidumbres administrativas en materia de minería.

c) Las servidumbres administrativas en materia de aguas

El antecedente más completo sobre las servidumbres en materia de aguas fue la Ley de Aguas del 13 de junio de 1879, extensiva a Cuba mediante el Real Decreto de 9 de enero de 1891. Esta dedicaba un título a las referidas servidumbres, distinguiendo las naturales y las legales; las cuales se comentan a continuación desde el texto de la Ley.⁴¹

Servidumbres naturales de aguas

Consistían en la disposición de que los terrenos inferiores debieran recibir las aguas, piedra o tierra que se arrastraran de los terrenos superiores, siempre y cuando la caída se produjera sin intervención humana. Cuando la caída del agua fuere producto de la actividad del hombre, el predio sirviente podría adquirir la servidumbre a su favor, y de no hacerlo tendría derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el dueño del predio ubicado en un plano superior.

El dueño del predio inferior podía realizar obras que le permitieran obtener aprovechamiento de estas aguas o regularizar su caída, evitando que no aconteciera la interrupción de su curso.⁴² Similar concepción poseía el Código civil:

“Los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que, naturalmente y sin obra del hombre, desciendan de los predios superiores, así como la tierra o piedra que arrastran en su curso. Ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior obras que la agraven”.⁴³

⁴¹ La Ley de Aguas de España, de 13 de junio de 1879, extensiva a la Isla de Cuba por Real Decreto de 9 de enero de 1891, publicada en la *Gaceta de la Habana* del 26 de febrero al 3 de marzo de 1891, reguló las servidumbres de aguas en su Título Tercero, artículos del 69 al 125.

⁴² Ver artículos del 69 al 74 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879.

⁴³ Artículo 552 del Código civil español de 11 de mayo de 1888, hecho extensivo a la Isla de Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889 y vigente desde el día 5 de noviembre de 1889.

Para un importante sector doctrinal, la situación jurídica antes descrita no califica realmente como servidumbre en tanto es consecuencia de las ineludibles relaciones de vecindad, en las que se establece un nexo signado por la igualdad y la reciprocidad.⁴⁴

La servidumbre implica un uso contrario al que de forma natural tienen los fundos y parte de una necesidad extraordinaria, tendente a aumentar la utilidad del fundo dominante a partir del provecho del sirviente. El simple hecho de que suceda de forma natural es convincente para no considerarla como tal. La servidumbre debe interesar un efectivo goce al predio dominante y en este caso ese goce no se ha interesado a favor del predio superior, sino que sucede por naturaleza. Lo que la ley hace al configurar esta situación es respaldar la condición natural de los fundos y evitar su agravamiento, con los consiguientes perjuicios. La verdadera naturaleza de tal régimen es el de limitaciones recíprocas de los predios colindantes, que se compensan y no dan lugar a indemnización.

Entre las servidumbres administrativas no se reconoce la servidumbre natural de caída de las aguas.

Servidumbres legales de aguas

En cuanto a las servidumbres legales en materia de aguas, la Ley regulaba la servidumbre de acueducto, la de estribo de presa, de parada o partididor, de abrevadero y saca de agua y la de camino de sirga.

La servidumbre legal *de acueducto* podía imponerse tanto por motivos de interés privado como público, y consistía en hacer pasar el agua por predios ajenos para servirse de ella. Este tipo de servidumbre gozó de una extensa regulación que, por su importancia, resulta valedero examinar.⁴⁵

La imposición de la servidumbre de acueducto con motivo del interés privado se reconocía para el aumento de riegos, el establecimiento de baños y fábricas, la desecación de lagunas y terrenos pantanosos o la salida de aguas procedentes de alumbramientos artificiales o de drenajes. Por razones de interés público se podía imponer para conducir las aguas destinadas a algún servicio público que no exigiera la expropiación de terrenos.

La autoridad facultada para imponer esta servidumbre era el Gobernador de la provincia, ante quien se debía presentar un expediente justificativo de su utilidad. Tenían derecho a oponerse los dueños de los terrenos cuando quien

⁴⁴ GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., *Manual de servidumbres*, 3ª ed., Ediciones Nauta S.A., Barcelona, 1965, pp. 168 y 169. El autor cita a Clemente DE DIEGO, señalando cómo un sector doctrinal se afilia a este criterio y él se muestra seguidor de esta posición.

⁴⁵ Ver artículos del 75 al 101 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879.

solicitarla la servidumbre no fuera el dueño de las aguas o del terreno en el que intentara utilizarla para fines privados, o porque se pudiera establecer sobre otros predios que ofrecieran las mismas ventajas para el dominante y menos daños al sirviente. Si decretada la servidumbre alguna persona se sentía afectada, podía interponer el recurso de alzada ante el Ministro de Obras Públicas.

La servidumbre de acueducto podía establecerse de forma temporal, en dependencia de la necesidad concreta, o perpetua, cuando su duración era superior a seis años. En ambos casos la ley establecía el procedimiento para indemnizar al dueño del predio pasivo por la imposición de la servidumbre.

Las obras para la conservación, construcción o limpieza de la servidumbre de acueducto correrían a cargo de quien se estaba beneficiando con ella. El dueño del predio sirviente no podía realizar plantaciones ni operaciones de cultivo en los márgenes de la servidumbre; sin embargo, sí podía cerrar y cercar su terreno, así como edificar sobre el acueducto, siempre y cuando no perjudicara a aquel ni dificultara su reparación y limpieza.

La servidumbre de acueducto caducaba si no se hacía uso de ella dentro del plazo fijado en su imposición. Así mismo, esta servidumbre se extinguía por: reunirse en una misma persona la propiedad del terreno y la propiedad de las aguas; por expirar el plazo menor de diez años fijados en la concesión de la servidumbre temporal; por el no uso durante el tiempo de veinte años, ya fuera por actos del titular de la servidumbre o por actos contrarios a ella del titular del predio sirviente sin reclamo del beneficiado; o por expropiación forzosa a causa de utilidad pública.

Como puede apreciarse, esta modalidad de servidumbre tuvo una apropiada formulación para el desarrollo del sistema categorial de las servidumbres. En ella se manifiestan todos los caracteres de esta institución, y ha tenido y mantiene gran utilidad tanto en el Derecho civil como en el Derecho administrativo. Así se encuentran: la ajenidad, es decir, recaer sobre cosa ajena; el ser un derecho subjetivamente real; el afectar la absolutividad del goce del propietario del predio sirviente y que resulte de utilidad; el requerir de un acto especial de constitución y generar derecho a indemnización. Podían constituirse como servidumbre civil, si el paso del agua se requiere con fines privados, o como servidumbre administrativa si con este se satisfacen intereses colectivos.

La Ley de Aguas determinaba que cuando para la derivación o toma de agua de un río o arroyo o para el aprovechamiento de otras corrientes continuas o discontinuas fuere necesario establecer una presa, y el que ha de hacerlo no es el dueño de las riberas o terrenos en donde necesita apoyarlas, se podría

establecer la servidumbre *de estribo de presa*.⁴⁶ Al titular del predio sirviente se le abonaría el valor que correspondía por la ocupación de los terrenos y se le debía indemnizar también por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la imposición. La servidumbre podía ser constituida por motivos de interés público o privado, en este último caso siempre que cumpliera los requisitos exigidos para la servidumbre de acueducto de interés particular: establecimiento o aumento de riego y establecimiento de baños o fábricas. El Código no estipulaba tal particularidad porque regulaba la servidumbre de estribo de presa sin detallar las causales, pero realmente no hay contradicción normativa, pues lo que sucede es que la Ley limita a los dos supuestos mencionados el alcance general que el Código respaldaba.

Respecto a la servidumbre *de parada o partidor*, la Ley de Aguas establecía quién concedía el permiso, en qué término y de qué forma,⁴⁷ complementando lo regulado sobre esta servidumbre en el Código civil, que estipulaba que quien para dar riego a su heredad o mejorarla necesitara construir parada o partidor en el cauce por donde haya de recibir el agua, podría exigir que los dueños de las márgenes permitieran su construcción, previo abono de daños y perjuicios a dichos dueños y a los demás regantes.⁴⁸

Las servidumbres *de abrevadero y saca de agua*⁴⁹ consistían en la obligación de los predios sirvientes de dar paso a personas y ganados hasta el punto donde se abrevaba o sacaba agua. El titular de dicho predio tenía que ser indemnizado por la servidumbre. Obviamente se constituía para sacar agua o beberla *in situ* por personas que no eran propietarios de la heredad donde estaba el manantial, fuente, corriente o estanque, pues sobre las aguas propias no se necesita servidumbre y sobre las aguas públicas, todos pueden beber, lavar, bañarse o llevar animales, siempre acorde con las regulaciones existentes. Pero esta servidumbre sufrió una modificación respecto a su concepción romana ya que se limita su imposición a razones de utilidad pública a favor de alguna población o caserío, y se requiere siempre la debida autorización de la autoridad competente.

Como en la servidumbre de abrevadero y saca de agua el titular del predio sirviente está obligado a permitir el paso por la finca hasta el lugar de saca de agua o abrevadero, se da una servidumbre de paso accesoria a la servidumbre principal: accesoria pero imprescindible, ya que sin el paso la efectividad de la servidumbre de saca de agua o de abrevadero sería imposible. La Ley respalda que la indemnización habría que calcularla en

⁴⁶ Ver artículos del 102 al 104 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879.

⁴⁷ *Idem*, artículos 105 y 106.

⁴⁸ Artículo 562 del Código civil español de 11 de mayo de 1888.

⁴⁹ Ver artículos del 107 al 111 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879.

correspondencia con ambos aspectos, lo que podría resultar muy costoso para la Administración Pública.

La servidumbre *de camino de sirga*⁵⁰ era la que se establecía sobre los predios privados contiguos a las riberas de los ríos navegables o flotables para llevar desde tierra una embarcación, tirando de ella desde ese camino. Esta servidumbre tenía un metro de ancho si estaba destinada a peatones y dos metros si se destinaba a caballerías. Si por las condiciones del terreno era necesario excederse en estas medidas, se le abonaba a los dueños el valor del terreno ocupado. En estas áreas no podían hacerse plantaciones, cercas, ni ningún tipo de obra que dificultara su uso. Era exclusiva para el servicio de navegación o flotación fluvial; si el río dejaba de servir a estos efectos, la servidumbre dejaba de existir.

En los ríos que adquirieran las condiciones de navegables o flotables por obras que en ellos se ejecutaran, también procedería el establecimiento de esta servidumbre, con su correspondiente indemnización, determinada según lo que prescribía la Ley de Expropiación Forzosa.

La zona afectada con la servidumbre de camino de sirga coincidía con la que se afecta también para otras actividades en interés de la navegación y de la pesca. Entre esas otras servidumbres que se podían establecer sobre los predios ribereños se destacaban aquellas en las que se disponía de tres metros para responder al interés general de la navegación, flotación, la pesca y el salvamento; y aquellas que obligaban a permitir que en ellos se sujetaran los cables necesarios para el establecimiento de barcas de paso, o el amarre accidental, en casos extremos, de embarcaciones u objetos flotantes. Los propietarios de estos predios también estaban sujetos a permitir que en sus terrenos se colocara toda clase de objetos conducidos a flote por el río con el objetivo de prevenir su pérdida; debían consentir el depósito en sus terrenos de las mercancías descargadas y salvadas en caso de avería, naufragio u otra necesidad, y asimismo, permitir la colocación de las materias extraídas de los ríos con el propósito de su limpieza. Además estaban obligados a consentir el tendido de las redes de los pescadores y que depositaran temporalmente el producto de la pesca. Para todas estas servidumbres los propietarios tenían derecho a recibir indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

El establecimiento de las mencionadas servidumbres era competencia de las administraciones públicas; no obstante, la propia Ley, en la sección destinada a la competencia de los tribunales contencioso-administrativos en materia de aguas, establecía que estos debían conocer de los recursos contra las

⁵⁰ Se regula en los artículos del 112 al 119 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 y en el artículo 553 del Código civil español de 11 de mayo de 1888.

providencias dictadas por la Administración que impusieran una servidumbre forzosa sobre la propiedad particular; o sobre los daños y perjuicios que se debían resarcir como producto de la imposición de dicha servidumbre.

También reguló la competencia de los tribunales civiles para el conocimiento de las servidumbres de agua y de paso por los márgenes de los ríos, cuya imposición se había fundado en título de derecho privado. La posibilidad de discutir en sede judicial cualquier conflicto suscitado en materia de servidumbres constituye un elemento valioso dentro de la normativa vigente, ofreciendo a la institución mayor protección legal y seguridad jurídica.

En términos generales, la referida Ley de Aguas tuvo una vasta regulación de las servidumbres, incluidas las establecidas por interés público, determinando formas de constitución, derechos y obligaciones, extinción, indemnización y vías de reclamación. Aunque no faltaron imprecisiones e incongruencias respecto a las servidumbres en materia de aguas, esta legislación marcó pautas en su ordenación que trascienden a la actualidad.

Situación diferente se presentó con la vigencia del Decreto-Ley No. 138, “de las Aguas Terrestres”,⁵¹ que derogó la antes comentada Ley de Aguas para la República de Cuba de 13 de junio de 1879. De su articulado se excluyó por completo la referencia a las servidumbres administrativas que tan ampliamente fueron reguladas por su antecesora. En tanto en el mundo jurídico uno de los sectores de la actividad administrativa más beneficiados con la imposición de las servidumbres administrativas es el de aguas, en Cuba pasaron décadas de abstención en la implementación de la institución. Sus normas jurídicas fueron totalmente omisas en relación con las servidumbres.

El respaldo actual a las aguas se sistematiza en la Ley No. 124/14, De las aguas terrestres; y el Decreto No. 337 de 2017, “Reglamento de la Ley No. 124, De las aguas terrestres”.⁵² En ambas legislaciones se retoma el reconocimiento a las servidumbres.

El Título VI de la Ley No. 124 se dedica al respaldo legal de las servidumbres de aguas en el ordenamiento jurídico cubano, estableciendo distinción entre servidumbres naturales, legales y voluntarias.

A los efectos de esta Ley, se considera servidumbre natural la relación constituida entre propietarios de terrenos colindantes, que les obliga a permitir

⁵¹ Decreto-Ley No. 138, “De las Aguas Terrestres”, vigente desde el 2 de agosto de 1993, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 9, de 2 de julio de 1993, La Habana, Cuba.

⁵² Ley No. 124/14, De las aguas terrestres; y Decreto No. 337 de 2017, “Reglamento de la Ley No. 124, De las aguas terrestres”, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 51, de 16 de noviembre de 2017, La Habana.

el paso o escurrimiento de las aguas, que sin la intervención de la acción del hombre descendan de los planos superiores; así como la tierra o sustancias que naturalmente estas arrastran en su curso. Se establece que las servidumbres naturales, a los efectos de su título constitutivo, pueden ser legales y voluntarias. Como ya se comentaba en este trabajo, es cuestionable si la verdadera naturaleza jurídica de la denominada servidumbre natural de aguas se encuentra en las servidumbres o en las limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad.

Respecto a las servidumbres legales, la Ley dispone que sean las que se constituyen por razón de utilidad pública o interés social, mediante disposición jurídica de la autoridad competente, la cual norma su contenido y duración, de conformidad con lo establecido en la Ley. La denominación que se da a estas servidumbres amerita consideraciones: servidumbres legales son todas aquellas que encuentran su respaldo en preceptos jurídicos, es decir, todas las que admita la norma. Especialmente las servidumbres impuestas por razón de utilidad pública deben contar con protección jurídica expresa, en correspondencia con la sumisión positiva al principio de legalidad que prima en el Derecho administrativo: es lícito el actuar que tenga expreso respaldo legal.⁵³ La Ley es quien tipifica, configura, constituye su fuente formal; pero el acto de imposición mismo es posterior y es particular para cada caso.

Respecto a los tipos de servidumbres por razón de utilidad pública o interés social, en materia de aguas terrestres, la Ley determina servidumbres de construcción de obra de infraestructura hidráulica; de uso público, en la zona de protección de los cuerpos de agua, que facilite el tránsito fluvial, la recreación, la pesca y la transportación por flotación; de paso de personas para la toma de agua y de ganado para el abrevadero; y de paso de aguas terrestres por los terrenos intermedios.

Pueden pactarse a título gratuito u oneroso y las discrepancias o conflictos que se deriven de la declaración, el contenido y la duración de las servidumbres legales se resuelven por el tribunal competente.

El título constitutivo de las referidas servidumbres se inscribe en el Registro de Aguas Terrestres por el propietario del terreno sirviente, otorgándose reconocimiento expreso a esta particularidad. También posee claro respaldo legal la procedencia de indemnización, solo que se deja abierta a la circunstancia de cuando fuere interesado.

⁵³ Para ampliar sobre la vinculación positiva de la Administración Pública a la legalidad, puede consultarse GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, t. I, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1980, pp. 368-370.

El respaldo de las servidumbres voluntarias incluye que se constituyen por acuerdo de los propietarios de los terrenos no estatales involucrados, a título gratuito u oneroso, en documento público ante notario, en el que se define su contenido y duración. El título constitutivo de la servidumbre se inscribe además en el Registro de las Aguas Terrestres.

Otro aspecto a destacar en la Ley de las Aguas Terrestres es que el legislador previó causales de extinción para las servidumbres.

La Ley de las Aguas Terrestres tiene el mérito de ofrecer expreso y extenso respaldo a la institución de las servidumbres. Si bien se mantienen deficiencias en los elementos teóricos fundamentales de la institución, debe reconocerse la intención del legislador para reincorporarlas al tráfico jurídico-administrativo.

d) Las servidumbres administrativas en materia de ferrocarriles

La Orden No. 34 de 1902, sobre la Expropiación Forzosa en materia de Ferrocarriles y Tranvías, respaldaba la servidumbre para la construcción de ferrocarril o tranvía, sujeta a las mismas reglas de la expropiación forzosa. En el Capítulo VII, apartado tercero, se prescribía lo relativo a la adquisición de cualquier clase de propiedades, derechos de posesión, de servidumbres y otros. En su Capítulo VIII desarrollaba el articulado relativo a las particularidades de las servidumbres constituidas sobre los terrenos de los ferrocarriles, incluyendo la obligación de inscripción registral.⁵⁴

La actividad de los ferrocarriles en Cuba hoy se regula en el Decreto-Ley No. 180 de 1998, "De los Ferrocarriles",⁵⁵ y la Resolución No. 93 de 1998, "Reglamento del Decreto-Ley de los Ferrocarriles".⁵⁶ Ambas disposiciones legales son omisas en cuanto a servidumbres administrativas, aunque existe un artículo en que pudieran ventilarse como tal: el artículo 6, inciso d), de la Resolución No. 93, cuando hace referencia a los derechos de los ferrocarriles y sus entidades operadoras, da la posibilidad a estos de construir desagües a través de las tierras colindantes a las fajas de derecho de vías.⁵⁷

⁵⁴ Ver en SÁNCHEZ ROCA, M., *Leyes administrativas...*, vol. II, Materia X, ob. cit., pp. 40-56.

⁵⁵ Decreto-Ley No. 180, "De los Ferrocarriles", vigente desde el 5 de abril de 1998, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 1, de 5 de enero de 1998, La Habana.

⁵⁶ Resolución No. 93, "Reglamento del Decreto-Ley de los Ferrocarriles", vigente desde 1 de junio de 1998, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 27, de 1 de junio de 1998. La Habana.

⁵⁷ Faja de derecho de vía: es la superficie de terreno requerida para la operación y seguridad de los ferrocarriles. Decreto-Ley No. 180, "De los Ferrocarriles", artículo 2.

Si se tomara como base que estas tierras colindantes pueden ser de propiedad privada, entonces se constituiría una verdadera servidumbre administrativa, que permitirá construir dichos desagües. Aunque el artículo deja planteada una posibilidad que pudiera resolverse por la vía de las servidumbres administrativas, lo cierto es que se desconoce en esta materia una regulación exacta y pormenorizada de la institución.

e) Las servidumbres administrativas en el sector eléctrico

La Ley de 15 de mayo de 1924, Servidumbres forzosas que afecten a ferrocarriles, publicada en la *Gaceta Oficial de la República* el 17 de mayo, establecía la servidumbre forzosa de corriente eléctrica, gravándose el inmueble ajeno para la instalación de líneas aéreas, terrestres y subterráneas de conducción de energía y tracción eléctrica y para la conservación constante de estas; previéndose siempre la indemnización para el dueño del predio sirviente.⁵⁸

Llama la atención en esta disposición normativa el respaldo a la imposición de servidumbres de paso de corriente eléctrica sobre cualquier propiedad pública. A pesar de ser un tópico ampliamente discutido en la doctrina administrativista,⁵⁹ en esta Ley se determina que la autoridad competente para otorgar la servidumbre sobre estos bienes es la Comisión Nacional de Transportes.

Hoy las servidumbres administrativas en el sector eléctrico resultan imprescindibles en diversos contextos, pero especialmente al establecer postes o torres en terrenos de particulares. Respecto a esta materia, la actual Ley Eléctrica,⁶⁰ vigente en Cuba desde 1975, y su Reglamento, no incluyen pronunciamientos. El Decreto No. 177 de 1992, “Reglamento para la instalación y protección de líneas aéreas, soterradas y enterradas de comunicaciones y eléctricas, y sus contravenciones”,⁶¹ aunque tampoco las menciona expresamente, sí regula la servidumbre administrativa de paso en su artículo 9 cuando establece que los poseedores de tierras situadas en una zona de protección deberán permitir, con coordinación previa, el acceso a ellas del personal designado por las entidades correspondientes de los ministerios de Comunicaciones y de la

⁵⁸ Ver en SÁNCHEZ ROCA, M., *Leyes administrativas...*, vol. II, Materia X, ob. cit., pp. 131-132.

⁵⁹ Ver MARTÍNEZ USEROS, E., “Improcedencia de Servidumbres sobre el dominio público”, en *Estudios dedicados al profesor García Oviedo*, t. I, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 1952, pp. 137-176.

⁶⁰ Ley No. 1287, Ley Eléctrica, de 2 de enero de 1975 (facilitada en soporte electrónico por la Empresa Eléctrica de Villa Clara, sin otros datos).

⁶¹ Decreto No. 177, “Reglamento para la instalación y protección de líneas aéreas, soterradas y enterradas de comunicaciones y eléctricas, y sus contravenciones”, de 8 de diciembre de 1992, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 15, de 18 de diciembre de 1992, La Habana.

Industria Básica (hoy Ministerio de Energía y Minas) para efectuar trabajos de instalación, reparación y mantenimiento en sus líneas aéreas, soterradas y enterradas.

Y también se pronuncia respecto a la indemnización, al regular en su artículo 10 que en los casos en que al realizar los trabajos mencionados en el artículo precedente se ocasionen daños en sembrados, cercas y edificaciones de cualquier tipo, el monto de dichos daños deberán indemnizarlo las autoridades correspondientes en un término no mayor de noventa días.

En estudios realizados se ha podido constatar que en los anteproyectos legislativos para modificar la actual Ley Eléctrica sí está incluida la institución de la servidumbre administrativa; pero con imprecisiones y carencias desde el punto de vista técnico-jurídico. En este momento no se exponen esos preceptos pues carecen aún de valor legal alguno y es muy probable su modificación en cualquier sentido, antes de su definitiva puesta en vigor.

III. Consideraciones finales

La valoración doctrinal y legislativa desarrollada ha permitido constatar la problemática que padece la regulación actual de las servidumbres administrativas en Cuba, que más allá de perfeccionarse con la puesta en vigor del Código civil de 1987, sufrió olvido y generó mayor confusión en las legislaciones especiales.

Aunque no puede catalogarse perfecto, el régimen jurídico de las servidumbres tuvo su mejor esplendor bajo la vigencia del Código civil español, reconociéndose incluso las servidumbres de utilidad pública.

Cierto es que no hay en la actualidad régimen jurídico perfecto para las servidumbres administrativas, pues ha resultado una de las instituciones jurídicas que más ha estado marcada por infinidad de confusiones. Como pudo apreciarse en epígrafes precedentes, actualmente se mantiene su confusión con otras figuras afines. Aunque ya hay un importante número de autores que reconocen la independencia de las servidumbres como categoría jurídica, incluso, las servidumbres administrativas como derechos reales administrativos, se mantiene la diversidad de opiniones sobre sus presupuestos teóricos.

Es imprescindible que el tratamiento legislativo de las servidumbres, especialmente de las servidumbres administrativas, reciba un cambio en pos de su adecuada funcionalidad.

La necesidad de una ley que respalde los presupuestos básicos para las servidumbres administrativas es incuestionable. Sea una disposición legal específica para el régimen jurídico administrativo de la propiedad, o sea una disposición

especial que sirva de ley marco al resto de los sectores administrativos; pero su relevancia en el contexto actual es indiscutible.

El respaldo legal que poseen actualmente las servidumbres administrativas en Cuba está presente en pocas legislaciones especiales, y estas últimas no están exentas de una serie de deficiencias, que hacen inoperante su adecuada implementación.

Estas legislaciones adolecen de una adecuada definición de servidumbres administrativas o si lo ofrecen, no se ajusta a sus características, más bien la definen desde un punto de vista civilista –Ley de Minas, Ley de las Aguas Terrestres–. En estas legislaciones que se aventuran a dar una definición, no hay uniformidad ni puede apreciarse adecuada técnica jurídica. Específicamente respecto a las formas de constitución de las servidumbres administrativas, también se requiere pronunciamiento uniforme, ya que se respaldan servidumbres voluntarias y legales. Si ya está determinado el fin único de la institución, dado por razones de utilidad pública o interés social, procede el establecimiento de la servidumbre mediante acto administrativo como mecanismo jurídico para su imposición, partiendo de que es la Administración Pública quien determina la conveniencia de la utilización del bien inmueble ajeno para responder a las necesidades requeridas en relación con su objeto social. Aunque sobre este particular hay respaldo en las legislaciones de minas, y aguas, que parte del reconocimiento de servidumbres voluntarias –se constituyen por escritura pública, acuerdo o convenio– y de servidumbres “legales” –se constituyen por autoridades administrativas–, no logra apreciarse claridad ni uniformidad en la redacción de los textos normativos mencionados.

Resulta atinado comentar acerca de los bienes sobre los que recaen las servidumbres. El hecho de no tener una norma que generalice las particularidades de la institución provoca que algunas leyes especiales, por ejemplo la Ley de Minas, contemplen la posibilidad de establecer servidumbres administrativas sobre bienes inmuebles de propiedad estatal. Vale recordar que en dependencia del interés público a satisfacer habría que valorar la pertinencia de la utilización de la servidumbre o de otra institución jurídico-administrativa.

En ninguna de las legislaciones estudiadas puede verse con definición el contenido de las servidumbres. Debería regularse, al menos en términos generales, los derechos y las obligaciones que a cada parte corresponden con su imposición.

Respecto a la procedencia de indemnización, tampoco puede hablarse en Cuba de un respaldo adecuado ni uniforme. Aunque las legislaciones que reconocen claramente a las servidumbres instituyen su inclusión, dista aún la adecuada técnica jurídica para hacerla efectiva. En la Ley de Minas se respalda para cada

servidumbre constituida,⁶² pero en el resto de las disposiciones jurídicas no, incluso llega a prescribirse que se indemnice cuando fuere interesado por el titular del predio sirviente.

La inscripción registral es otro de los elementos a considerar en las servidumbres administrativas. Aunque se respalda en las legislaciones de minas y aguas, el Registro público establecido es el correspondiente al bien público (Registro minero y Registro de aguas), obviando la relevancia que el hecho tiene para el Registro de la Propiedad, en el que debe constar la servidumbre administrativa como derecho real administrativo en cosa ajena.

Las causales de extinción de las servidumbres de utilidad pública tampoco gozan de feliz regulación. Solo la Ley de Minas y la Ley de las Aguas terrestres las incluyen expresamente. Vale resaltar que las causales establecidas en la Ley de las Aguas terrestres muestran un avance en su redacción técnico-jurídica. Esta legislación, de reciente vigencia, pauta el interés del legislador en reconocer las servidumbres, especialmente por razones de utilidad pública, pero el texto de la Ley deja ver que se mantienen indefiniciones y confusiones que atentan contra la adecuada implementación de la institución en el tráfico jurídico-administrativo.

La regulación legal expresa, que garantice seguridad jurídica, es necesaria en todas las ramas administrativas que se requiera, pero en el sector eléctrico es imprescindible; sin embargo, el ordenamiento jurídico cubano hoy no reconoce claramente la institución en ese sector.

La solución para superar las problemáticas planteadas requiere varias modificaciones legislativas, que deben iniciarse con el claro reconocimiento de las servidumbres administrativas en el Código civil y la inclusión en las legislaciones especiales de los fundamentos teóricos básicos de la institución para la ordenación del régimen jurídico-administrativo de la propiedad.

En la difícil tarea de la consolidación jurídica del Derecho administrativo cubano, plantearse metas en el estudio de cada una de sus instituciones coadyuva al logro del objetivo final, y en ese camino se gestan otros estudios sobre las servidumbres administrativas, que esperamos resulten de gran utilidad.

⁶² Cfr. Ley 76, Ley de Minas: "ARTÍCULO 54.- En todos los casos de servidumbres, corresponde una indemnización al propietario del inmueble por los daños y perjuicios que se le causen".

Perspectiva histórica y conceptual de la autorización administrativa

Daniel ARAGÓN PÉREZ*

“Las categorías no son sino representaciones abstractas de las relaciones sociales reales, tal y como existen en momentos determinados de la historia”.

Karl MARX¹

I. Introducción

En todo tiempo, el poder público ha intervenido en las actividades llevadas a cabo por los particulares, con el objetivo de salvaguardar y proveer directamente a la gestión y satisfacción de un conjunto de intereses públicos predefinidos, que responden a la variedad de fines que ha debido cumplimentar en cada periodo histórico el aparato público.

Precisamente, dentro del conjunto de medios o técnicas jurídicas de intervención administrativa que asisten a garantizar la realización de dichos fines se ubica la autorización administrativa, la cual en todo su *iter* evolutivo ha ocupado una posición de centralidad en el cumplimiento de tales finalidades. Consideración que es fácil de aceptar, si se tiene en cuenta el potencial de la técnica iusadministrativa para asegurar que las situaciones jurídicas activas de los particulares se realicen de conformidad con intereses públicos concretos. Tal argumento, además de fundamentar su éxito como instrumento jurídico-administrativo de limitación, sirve para que esta sea calificada, en palabras de ARROYO JIMÉNEZ, como “[...] un invento genial [...]”.² También ha suscitado la especial atención que la figura ha merecido por parte de la doctrina administrativa foránea, la cual ha hecho recurrente su inclusión en manuales académicos, o bien como el típico caso a utilizar a la hora de explicar qué es el acto administrativo y sus consecuencias jurídicas, o como un subepígrafe dentro del capítulo dedicado a la actividad administrativa de limitación. De

* Máster en Derecho Consitucional y Administrativo.

¹ Ver MARX, Karl, *Miseria de la Filosofía. Respuesta a la Filosofía de la Miseria de Pierre-Joseph Proudhon*, 10ª ed., corregida y aumentada, Siglo XXI editores, México, 1987, p. 64.

² Ver ARROYO JIMÉNEZ, Luis, *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004, p. 373.

igual forma, su tratamiento doctrinal ha sido objeto de numerosas monografías y demás materiales científicos.

Sin embargo, pese a la antigüedad de la técnica, es curioso que hoy en día siga siendo una figura compleja que despierte numerosas interrogantes. Un punto crucial, al cual se ha dedicado un gran número de páginas, es la tarea de delimitar su sentido y alcance, labor que no ha estado exenta de polémicas a lo largo de su realización; si se tiene en cuenta que desde sus orígenes hasta la actualidad, el rol de la autorización en el tráfico jurídico-administrativo ha estado vinculado a las concepciones políticas y económicas que han imperado en cada contexto, lo cual ha provocado que su noción jurídica se vincule indisolublemente a los cometidos esenciales que en cada periodo histórico ha debido garantizar el aparato administrativo del Estado.

En tal sentido, el presente artículo tiene el propósito de caracterizar las líneas generales del desarrollo histórico de la noción jurídica de autorización administrativa, a los fines de comprender su concepción actual y de esa forma poder contribuir a delimitar los aspectos teóricos esenciales que conforman la noción jurídica contemporánea de autorización administrativa.

II. El Estado de Derecho y su influencia en la delimitación teórica de la noción jurídica de autorización administrativa

A principios del siglo XIX, los cometidos esenciales que guiaban la actuación estatal durante el periodo absolutista sufrieron importantes transformaciones. En consecuencia, los amplios derechos de supremacía del príncipe, que le daban extensas potestades de intervención sobre sus súbditos conformando positivamente su existencia bajo un supuesto interés de garantizar su bienestar o felicidad,³ se

³ Para el periodo absolutista, el fin esencial del Estado fue consolidar y expandir, por vía de la intervención pública en la esfera jurídica de los individuos, las fuerzas de la propia organización política y estimular la prosperidad y el bienestar de la nación. Ver BODINO, Jean, *Los seis libros de la República*, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, 3ª ed., Tecnos, S.A., Madrid, 1997, p. 163 y ss. Para ello, el poder absoluto del monarca buscó su fundamento en lo que NIETO GARCÍA reconoce como un “verbo cultural al que se dota pronto de una carga política formidable, en cuanto corporeiza la idea del interés objetivo de la comunidad, y que, [...] andando los años alcanza un nivel administrativo [...] concreto”: la policía. Ver NIETO GARCÍA, Alejandro, “Algunas precisiones sobre el concepto de policía”, en *Revista de Administración Pública*, No. 81, septiembre-diciembre 1976, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 37-38. La policía será entonces, debido a lo genérico que llega a ser su objeto en un primer momento, el título jurídico idóneo que servirá para fundamentar todo actuar del poder público en el logro y mantenimiento de sus fines, de forma tal que caracterizará al Estado en sus relaciones con el súbdito. Se identificará con el buen gobierno público de la ciudad y el Estado; conclusión que se advierte desde la obra de los propios clásicos del absolutismo. Ver JUSTI, Juan Enrique VON, *Ciencia del Estado*, Instituto de Administración Pública del Estado de México, A.C., México, 1996, pp. 22 y 38; MARE, Nicolás DE LA, *Traité de la Police*, t. I, París, 1705, pp. 1-4; DOMAT,

ven profundamente disminuidos⁴ ante el avance de una nueva conciencia individual que reclama para sí los más amplios espacios de autodeterminación. La vieja estructura de dominación política fundada en un esquema de mando-obediencia,⁵ que hacía operar la relación entre la sociedad y el Estado desde la total dependencia política y jurídica de los súbditos respecto al poder real, se transforma y se asienta en nuevos paradigmas que dan un vuelco sustancial a la posición jurídica de los individuos frente al poder público.

El Estado surgido de los procesos revolucionarios acaecidos en el siglo XVIII, principalmente los relacionados con la Revolución francesa de 1789, abandona toda idea de intervención absoluta en el ámbito jurídico de los individuos y se ve forzado a adoptar una conducta neutral respecto a un orden social que se entiende preformado. Esta conducta, que va a estar determinada por la sujeción de la actuación estatal a un orden jurídico preestablecido, el cual reconoce los principios característicos de la época, define la organización y funcionamiento del propio aparato estatal y establece límites precisos para su actuación. A partir de tales condicionantes, afirma DÍAZ que “[...] se generalizará la fórmula de lo que después se llamaría: Estado de Derecho”.⁶

Por otra parte, la ciudadanía inspirada en las ideas revolucionarias de igualdad, libertad y fraternidad se asume como tal, al amparo del reconocimiento

Jean, *Les Quatre Livres du Droit Public 1697*, Centre de Philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1989, pp. 241-244; FORONDA, Valentín DE, *Cartas sobre la Policía*, Imprenta De Cano, Madrid, 1801, p. 128.

⁴ Antes del periodo histórico que se analiza, la policía ya puede ser acotada en su alcance y sentido. En una primera reducción de su contenido, responderá a funciones públicas singulares; específicamente se limitará a los actos propios de la Administración interior del Estado, dando mayor objetivación a la ejecución de los cometidos estatales de índole general. La policía queda igualada a toda acción interventora desarrollada por el aparato administrativo de la época que se impone, de forma permanente, a todos los súbditos, conformando positivamente su existencia. Ver SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios del Derecho Administrativo General II*, Iustel, Madrid, 2009, p. 247. Con el establecimiento del Derecho público moderno, la policía sufrirá una última reducción en su contenido. Se desecha para siempre la idea de policía de prosperidad que debe hacer felices a los hombres y se le asigna un rol negativo: su misión consiste en defender a la sociedad y a los individuos de los peligros que pueden amenazarlos. Ver MAYER, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, t. II – *Parte Especial*, traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 6; GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, S.A., Buenos Aires, 2015, pp. 533-535.

⁵ Ver HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia. Forma y poder de una República eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, p. 226.

⁶ Ver DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 7ª reimpr., Taurus Ediciones, Madrid, 1991, p. 27. Una explicación más detallada de la evolución del concepto Estado de Derecho puede encontrarse en RAGGI, Luigi, “La parabola di un concetto”, *Discorso Inaugurale per l’anno accademico 1907-1908*, Letto Nell’Aula Magna della Università di Camerino, Savini, il 17 novembre 1907, en *Annuario dell’Università per l’anno 1907-1908*, pp. 3-43.

jurídico de un grupo de derechos inherentes a la condición humana, que frente a la actuación estatal actúan como verdaderas barreras que no deben ser más que protegidas y salvaguardadas por la acción pública.⁷ En consecuencia, los fines del Estado, fundados en la triunfante ideología liberal que considera al Estado políticamente individualista y administrativamente no intervencionista, se restringen a la mera conservación del orden público, es decir, a la salvaguarda de la paz, la moralidad y la seguridad públicas.⁸

En lo sucesivo, la acción estatal, y la administrativa específicamente,⁹ quedará orientada dentro del marco de lo dispuesto por las disposiciones jurídicas, a reprimir el ejercicio de los derechos de los particulares en cuanto el uso de estos perturbe o pueda perturbar el orden establecido. La actuación pública ya no estará encaminada a garantizar el bienestar de los individuos en los mismos términos que en la época anterior y lo que en la época pasada había sido la piedra angular de toda intervención pública absoluta, considerada la herramienta ideal para moldear el orden social: la policía, recibe el contenido

⁷ Ver MONCADA LORENZO, Alberto, "Significado y técnica jurídica de la policía administrativa", en *Revista de Administración Pública*, No. 28, enero-abril 1959, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 82-83.

⁸ La vinculación tradicional de la actuación pública dirigida a la salvaguarda del orden público se hace recurrente en la doctrina administrativa del siglo XIX. En tal sentido puede verse BOUCHENÉ-LEFER, M., *Principes et notions élémentaires du Droit Public-Administratif ou Précis de l'organisation politique et administrative de la France de 1789 à ce jour*, Librairie générale de jurisprudence, Paris, 1862, p. 561; HAURIUO, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*, 4^e éd., Librairie du Recueil Général des Lois et Arrêts, Paris, 1900, p. 538; ROLLAND, Louis, *Précis de Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 1947, p. 397; ORLANDO, *Principii di Diritto Amministrativo*, G. Barbèra Editore, Firenze, 1891, p. 238; GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *Instituciones del Derecho Público español*, t. I, Imprenta de D. Vicente de Zalama, Madrid, 1843, p. 140; ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel, *Elementos de Derecho Público*, t. II, Librería de Sanz, 1843, p. 21.

⁹ En lo que respecta a la Administración Pública, sus antecedentes directos los podemos encontrar en el proceso de delimitación conceptual de la noción de policía, a partir de los esfuerzos teóricos realizados por los estudiosos de la ciencia de la policía durante el absolutismo, de ahí que LEGENDRE calificara a la policía, como: "*première appellation du Droit Administratif*". Ver LEGENDRE, Pierre, *Histoire de l'Administration, de 1750 à nos jours*, Themis, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1968, p. 249. Su comprensión como una organización propia del aparato estatal, ligada a la consecución de los fines propios del Estado mismo y delimitada por la existencia de un Derecho específico que regule su organización y funcionamiento, se debe buscar en el surgimiento y consolidación del Estado de Derecho. Ver FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, traducido por Legaz y Lacambra, Garrido Falla, y Gómez de Ortega y Junge, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 37-46; GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, vol. I, traducido por Luis Ortega, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1991, pp. 58-53; GUERRERO, Omar, *Teoría administrativa del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, s/a, pp. 32-34.

y los límites que las leyes, como expresión de la voluntad de los ciudadanos, le imponen.¹⁰

En tal sentido, la transformación esencial de este periodo, en relación con la actuación interventora del Estado, radica en el reconocimiento de una esfera jurídica individual frente a la cual el poder público debe abstenerse de toda idea omnicompreensiva de intervención. El Estado se verá, pues, obligado a asumir una función puramente negativa, puesto que esto es lo más conveniente para conseguir el bienestar de un ciudadano que identifica a la libertad como el valor sustancial que vertebraba la estructura social.¹¹ De ahí que el control público ejercido sobre las actividades llevadas a cabo por los particulares solo tuviese cabida en función de salvaguardar la seguridad, la tranquilidad y la moralidad pública, mientras que medie la requerida habilitación legal para llevar a cabo tal actuación pública, a través de los medios propios de la recién delimitada actividad administrativa policial.

En lo que respecta a la autorización durante el periodo histórico que se analiza, su previsión normativa fue recurrente, identificándose dentro de las técnicas propias de la clásica actividad administrativa de policía, al quedar estructurada sobre la base de la satisfacción de los cometidos esenciales de dicha

¹⁰ No obstante, es preciso tener presente que tal repliegue de la actuación interventora de los poderes públicos solo encontraría cabida en el plano ideológico. En la práctica, como bien afirma MAYER: “el Estado nacido bajo el régimen de Derecho no puede renegar de sus orígenes; las ideas que recibió no las olvida, ni las rechaza, antes bien las desarrolla”. Ver MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t. I – *Parte General*, traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 67. Para entender dicha afirmación resulta prudente comprender la bifurcación de la noción de policía que promovió la doctrina francesa de la época, ante los diversos espacios de intervención del poder público que persistían en la esfera jurídica de los ciudadanos. Se habla entonces de una policía general y una especial. La policía general asegurará el orden público y la especial encarnará una idea más amplia del propio concepto. Una exposición más detallada de la cuestión puede consultarse en MACAREL, L. A., *Elementos de Derecho Público y Políticos*, Librería de los señores Viuda e Hijos de Calleja, Madrid, 1843, pp. 230-231; BATBIE, A., *Précis du cours de Droit Public et Administratif*, 10^e éd., Paris, 1864, p. 194 y ss.; BERTHÉLEMY, Henry, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 7^e éd., Librairie nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1913, p. 225. En la doctrina administrativa europea, también siguieron este criterio: DUO Y DE BASSÓLS, Ramón Lázaro DE, *Instituciones del Derecho Público general de España*, t. V, Oficina de Don Benito García y Compañía, Madrid, 1802, pp. 381-396; COLMEIRO, Manuel, *Derecho Administrativo Español*, t. I, Librerías de Don Ángel Calleja, Madrid, 1850, p. 303. Desde una visión historicista, en la doctrina más reciente, puede verse BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Tecnos, Madrid, 1966, pp. 83-89; GARRIDO FALLA, Fernando, “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, No. 11, mayo-agosto 1953, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 20.

¹¹ Ver HAURIU, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, traducción, estudio preliminar, notas y adiciones por Carlos Ruiz del Castillo, Reus, Madrid, 1927, p. 65.

actividad.¹² Así, la autorización administrativa quedará asociada a la idea de una intervención singular y transitoria en la esfera jurídica de los particulares, que operaría, esencialmente, en los márgenes de la potestad reglada asignada al ente público, en función de la afectación que para los derechos individuales representaría tal actividad, con el objetivo de prevenir toda actuación privada contraria al orden público.¹³

Sin embargo, no es hasta a finales del siglo XIX que se producen importantes aportaciones teóricas en torno a la autorización, que la reconocen como una técnica jurídico-administrativa de perfiles autónomos. De ahí que los aspectos teóricos esenciales que caracterizan a la técnica autorizatoria, en un primer momento quedan influenciados por un contexto político-jurídico donde el accionar interventor de la Administración Pública en la esfera jurídica de los particulares puede calificarse como circunstancial y momentáneo, frente al ejercicio de unos derechos individuales que solo pueden ser restringidos cuando su desarrollo natural perturbe el orden público establecido. Tales impulsos doctrinales en relación con la configuración teórica de la autorización administrativa se deben, fundamentalmente, a la doctrina alemana e italiana, las cuales, además de develar los rasgos primigenios que caracterizaron a la figura, propiciaron lo que se ha conocido con posterioridad como la comprensión clásica de la autorización administrativa.

II.1. La noción clásica de autorización administrativa

El punto de partida en la determinación del sentido y alcance de la autorización administrativa es reconocido de forma unánime por la doctrina administrativa a partir de las construcciones teóricas del alemán Otto MAYER, en su obra general de Derecho Administrativo, y del italiano Oreste RANELLETTI, en su monografía dedicada a la teoría general de la autorización y la concesión administrativas, a finales del siglo XIX.¹⁴

¹² Ver COLMEIRO, Manuel, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., pp. 43-44.

¹³ Un mayor exposición de los criterios hasta aquí sostenidos en relación con la actividad administrativa de policía puede consultarse en LEJARZA A., Jacqueline, *La actividad de policía administrativa*, Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carias de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, No. 4, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 1997, p. 20 y ss.

¹⁴ Entre los autores que así lo reconocen destacan: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, "Inscripciones y autorizaciones industriales", en *Revista de Administración Pública*, No. 52, enero-abril 1967, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 423; MEILÁN GIL, José Luis, "Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión. A propósito del régimen jurídico de las Centrales Lecheras", en *Revista de Administración Pública*, No. 71, mayo-agosto 1973, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 80; CASSESE, Elisabetta, "Le trasformazioni dell'autorizzazione amministrativa: autorizzazioni e concorrenza", disponible en <http://archivioceradi.luis.it> [fecha de consulta: 1 de diciembre de 2020], pp. 2-7; COVILLA

Antes de la publicación de ambas obras, el tratamiento doctrinal dado a la autorización fue bastante superficial. Como lo hace notar LAGUNA DE PAZ:

“Las primeras décadas del Estado constitucional no permiten una racionalización suficiente de la autorización como técnica de intervención administrativa [...] en vano se buscará el menor atisbo de construcción jurídica en relación con la autorización”.¹⁵

En efecto, de la lectura del *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, por ejemplo, se puede advertir tal indeterminación al quedar definida la autorización como: “El consentimiento tácito o expreso que damos a una persona, para que haga alguna cosa que no podía hacer sin este requisito”.¹⁶ En la doctrina administrativa de dicha época lo más común fue analizar la intervención de la Administración Pública en la esfera jurídica de los particulares desde los fines generales de la policía administrativa.¹⁷

No obstante, esa falta de caracterización jurídico-administrativa no impide que ya desde dicha época se pueda reconocer la razón de ser de la autorización. En tal contexto, el sometimiento de determinadas actuaciones individuales a la previa obtención de una autorización administrativa con el objetivo de comprobar que esta no daña el interés general era un hecho ineludible;¹⁸

MARTÍNEZ, Juan Carlos, *Autorizaciones y concesiones en el Derecho Administrativo colombiano*, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 23 y ss.

¹⁵ Ver LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *La autorización administrativa*, Aranzadi, S.A., Navarra, 2006, p. 108.

¹⁶ Ver ESTRICHE Y MARTÍN, Joaquín, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, nueva edición reformada y considerablemente aumentada, t. I, Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, 1874, p. 920.

¹⁷ Criterio que puede consultarse en las obras de OLIVAN, Alejandro, *De la Administración Pública con relación a España*, nueva edición, Madrid, 1843, pp. 93-98; GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *Instituciones...*, ob. cit., pp. 140-171 y 186-187; ABELLA, P. Fermín, *Tratado de Derecho Administrativo español*, t. I, impreso por Enrique de la Riva, impresor de la Real Casa, Madrid, 1886, pp. 527-528; V. E., Orlando, *Principios de Derecho Administrativo*, traducción de Álvaro Rodríguez Bereijo, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1978, pp. 190-200; BERTHÉLEMY, Henry, *Traité...*, ob. cit., pp. 225, 266 y 294; CHANTAGREL, M., J., *Droit Administratif. Théorique et pratique*, 10^e éd., Masson Éditeur, Paris, 1859, pp. 171-177; DE FOOZ, J. H. N., *Le Droit Administratif Belge. De l'ordre public ou de la police administrative en Belgique*, t. III, H. Casterman Tournai, Paris, s/a, pp. 118 y 518-522; MARIE, J., *Éléments de Droit Administratif*, L. Larose et Forcel Libraires-Éditeurs, Paris, 1890, p. 215 y ss.; DE SARALEGUI Y MEDINA, Leandro, *Nociones Generales de Administración, de Derecho Administrativo y de economía política*, Establecimiento tipográfico de Estrada, Díaz y López, Madrid, 1865, pp. 54-53.

¹⁸ Así lo describe COLMEIRO a mediados del siglo XIX. Dicho autor destaca la utilidad de la autorización como una técnica de control preventivo, encaminada a comprobar que los intereses particulares no perturben el orden público. En consecuencia, revela la exigencia de autorización administrativa ante la apertura de escuelas, la exhumación y traslación de cadáveres, el ejercicio de las profesiones médicas y la venta de medicamentos, la tenencia

por tanto, develar dicha realidad no implica negar la valía de los argumentos esgrimidos por parte de la doctrina administrativa de la época en torno a la autorización administrativa. Sean estos insuficientes o epidérmicos –lo cual se explica por las carencias propias de la época en relación con la comprensión del Derecho público–, sirvieron de resortes para el impulso doctrinal dado a la técnica iusadministrativa, a partir de las propuestas doctrinales formuladas por MAYER y RANELLETTI.¹⁹

La tesis expuesta por el alemán Otto MAYER se estructuró a partir de la descripción del mecanismo sobre el que la autorización actuaba, lo cual el autor explica teniendo en cuenta la relación que existe entre el acto administrativo de autorización y la prohibición que la disposición jurídica establece. MAYER consideró la autorización administrativa como un acto del cual la Administración hace uso con el fin de permitir la realización de determinada actividad privada que en principio resulta prohibida por la norma, en tanto sea comprobado que no implica una perturbación para el orden público. Dicho con palabras del propio MAYER:

“La prohibición de policía con reserva de permiso –denominación que utilizó para referirse a la autorización– se dirige a las manifestaciones de la vida individual que no son consideradas en absoluto como perturbadoras del buen orden de la cosa pública, pero que pueden presentar una perturbación según la persona de la cual emanan, según la manera como la empresa está instalada, administrada y dirigida. Por lo tanto, al iniciar esta actividad, se impone [...] que esta haya sido certificada mediante un

de armas, la realización de espectáculos dirigidos al público, para la publicación de escritos, la constitución de compañías mercantiles, entre otros. Ver COLMEIRO, Manuel, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., pp. 43-44, 152-156, 305-338 y 524-547.

¹⁹ En tal sentido vale destacar la exposición que realiza TEODISIO en relación con las restricciones administrativas que pueden gravitar sobre la libertad de profesión e industria. Desde la posición del autor, se hace notar el incipiente desarrollo doctrinal sobre el que se sostenía la autorización a mediados del siglo XIX, hecho que se evidencia al tener en cuenta el paralelismo entre las técnicas autorizatoria y concesional que el citado autor defiende. Este aspecto, en su versión contraria, representará en todo tiempo un rol importante en la configuración teórica de la autorización como una técnica jurídico-administrativa de perfiles autónomos. Ver TEODISIO, Lares, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Imprenta de Ignacio Cumplido, México, 1852, pp. 65-74. En cambio, ya en las postrimerías del propio siglo, SARAVÍA, al analizar las medidas preventivas que recaían sobre la libertad de imprenta, advierte el sustrato ideológico que condicionaría la configuración teórica de la autorización administrativa a partir de su fórmula clásica. De acuerdo con este planteamiento, el citado autor sostiene: “... entre esta clase de medidas de carácter arbitrario, se cuenta la necesidad de autorización previa [...] La autorización previa contradice el principio de libertad [...]”. Este argumento resulta perfectamente coherente con el momento histórico en el que se formuló. Ver GONZÁLEZ SARAVIA, Antonio, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tipografía El Progreso, Guatemala, 1882, pp. 129-142 y 240-244.

acto de autoridad. Dicha certificación está contenida en el permiso que descarta la prohibición”.²⁰

De tal forma, para el autor alemán la autorización se desarrollaría a partir de dos elementos estructurales que permitían entender el procedimiento autorizador. El primero de ellos, sostiene MAYER, hace referencia a la existencia de una

“... prohibición que se origina en la ley o en la ordenanza [...] y dice siempre lo mismo: no debe ejercerse tal empresa (...) Esta especie de prohibición consiste en una medida de vigilancia. No requiere, pues, un hecho contrario al orden público; supone [...] el peligro de una perturbación que pueda existir en una empresa”.²¹

El efecto de tal prohibición sería –argumenta el propio autor– “[...] crear un obstáculo uniforme para la empresa designada; importa la obligación, para todos a quienes concierne, de no poner en acción directamente semejante empresa”.²²

Finalmente, la reserva de permiso que está prevista en la disposición jurídica, al mismo tiempo sería el segundo elemento. Esta, indica MAYER:

“... otorga a la autoridad competencia para descartar la prohibición en el caso individual. El efecto que de ello resulta para el sujeto interesado depende de la manera como la regla de derecho determina las condiciones del permiso a otorgar [...] El permiso descarta la prohibición para el caso dado. Declara posible una empresa determinada”.²³

Por su parte, el italiano RANELLETTI, para estructurar su tesis, hizo énfasis en la posición jurídica de los particulares frente a la Administración Pública en los marcos del procedimiento autorizador; perspectiva que lo llevó a fundamentar su construcción teórica sobre la base de la diferenciación conceptual que existe entre la concesión y la autorización administrativas. A diferencia de la concesión, considerada por el autor con claros efectos constitutivos en la esfera jurídica de los particulares, en tanto los habilita para el ejercicio de una actividad de naturaleza pública, sin que anteceda reconocimiento de derecho subjetivo alguno,²⁴ reconoció a la autorización como un acto declarativo de derecho que se limita a habilitar el ejercicio de una situación subjetiva de

²⁰ Ver MAYER, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, t. II, ob. cit., p. 60.

²¹ *Ibidem*, p. 61.

²² *Idem*, pp. 62-63.

²³ *Idem*, pp. 63 y 66.

²⁴ Así lo reconoce cuando expresa: “[...] *in essi si esce fuori del campo di attività propio di ogni individuo e si passa al di là, in una nuova sfera, che lo Stato viene a lui ad aprire, si ha in altere parole un nuovo diritto [...]*”. Ver RANELLETTI, Oreste, *Teoria generale delle autorizzazioni*

poder que ya existía en la esfera jurídica del particular.²⁵ En consecuencia, para RANELLETTI, el aspecto que marcaba el sentido y alcance de la autorización administrativa no estaba tanto en el mecanismo prohibición-levantamiento de esta, sino, más bien, en la preexistencia de un derecho subjetivo que la autorización viene a restablecer. Tal situación subjetiva de poder, para el autor, no era absoluta y debía quedar limitada en su realización por razones de orden público, siempre y cuando tal limitación se realizara dentro de la órbita de la ley.²⁶ Así, a juicio de RANELLETTI, el efecto del acto administrativo de autorización sería “[...] *la rimozione di limiti legali, posti alla libera esplicazione dell’attività di ogni uomo [...]*”,²⁷ afirmación que, en lo adelante, marcaría de forma sustancial la operatividad de la técnica autorizatoria.

De las similitudes que se advierten en las consideraciones que en torno a la técnica autorizatoria expusieron los autores ya citados y sin desconocer las diferencias existentes entre ambas que, de acuerdo con SANTAMARÍA PASTOR, “[...] son meramente de perspectiva y, sin duda, de ideología y de talante político”,²⁸ se deduce que la autorización es concebida como una técnica de la

concessioni amministrative, parte prima, concetto e natura, Unione Tipografico, Torino, 1894, p. 38.

²⁵ De acuerdo con RANELLETTI: “*in questi casi non è l’amministrazione pubblica quella, la quale crea il diritto nel soggetto giuridico, del quale si tratta, ma il diritto subiettivo in lui preesiste, perché o creato da una legge precedente generale, o da altre persone; ma è desso un diritto puramente possibile, oppure potenziale, e che può divenire attuale, cioè essere acquistato, oppure esercitato, quando l’autorità pubblica riconosca che tutte le condizioni, in vista delle quali la legge ha posti quei limiti al libero esplicamento dell’attività individuale, esistono in una maniera rispondente alle esigenze di quell’interesse, che la legge colla proibizione condizionata vuole tutelare, e quindi conceda il permesso. Questa maniera di atti amministrativi la comprendo tutta sotto il nome di autorizzazioni*”. *Ibidem*, p. 31.

²⁶ En la opinión de RANELLETTI: “*... l’individuo, pur conservando la sua libera sfera d’azione nei vari campi, nei quali si realizza l’umana destinazione, non ha una libertà astratta, senza limiti, ma una libertà obbiettiva, concreta, cioè nell’orbita dell’ordine e della legge, per trovarsi in armonia coll’azione dello Stato e concorrere all’attività del tutto; e questo importa una serie di limiti per l’attività dei singoli; limiti, che derivano dalla necessità dell’organizzazione e della vita dello Stato: solo in questo senso può affermarsi il diritto di libertà [...] limitazione per ragioni di ordine pubblico [...] che importano la necessità di autorizzazioni preventive [...]*”. *Idem*, pp. 22-23.

²⁷ *Idem*, p. 25.

²⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, ob. cit., p. 261. Ello puede evidenciarse desde los propios argumentos de MAYER. Si bien su posición se centró en el establecimiento de prohibiciones de acción individual, salvo que quedara comprobado por la autoridad competente que tales acciones no perturbarían el orden público, no desechó de su tesis la significación que traen para el posicionamiento jurídico de los particulares frente a la Administración Pública tales observaciones. Desde este punto de vista, reconoce expresamente que aunque “[...] el permiso no se confunde con un simple reconocimiento de la libertad [...] significa el restablecimiento de la misma; no tiene contenido propio. No da a quien lo obtiene nada que ya no tuviera sin él. Una vez descartada la prohibición, existe para el permisionario la posibilidad de hacer valer en la dirección dada, todas sus fuerzas y

policía administrativa, que habilita al sujeto que la requiere para el libre ejercicio de un derecho que preexiste en su esfera jurídica y que se ve imposibilitado de realizar producto de la existencia de una prohibición impuesta por la ley.²⁹ Por tanto, la técnica autorizatoria, bajo los postulados de ambos autores, es un acto administrativo de control previo de carácter negativo, que tiene como único objetivo verificar si la actividad que se pretende realizar cumple con los requisitos previstos por la norma. De ahí que ambos autores identificaran como efectos de la técnica, los del acto administrativo de naturaleza declarativa, ya que la autorización no significa una ampliación del ámbito de facultades del particular interesado. Además, el acto administrativo de autorización no tiene un contenido propio y la relación jurídica establecida entre la Administración autorizante y el particular autorizado se extingue una vez otorgada la habilitación para actuar.³⁰ De esta forma, la autorización administrativa se enfoca en remover la limitación impuesta por la norma jurídica al ejercicio del derecho, el cual solo se entiende limitado por razones de orden público. Estas características convierten a la mencionada técnica iusadministrativa en un acto meramente formal, con el que la Administración Pública adopta una posición pasiva, conteste con la noción de actividad administrativa de policía que defendió la ideología liberal, en el periodo del Estado de Derecho.

A partir de lo anterior, desde MAYER y RANELLETTI, la doctrina administrativa persistió en el mismo discurso al considerar a la autorización como una técnica que simplemente hace posible el ejercicio de derechos preexistentes mediante la remoción de los límites impuestos por la norma jurídica en función de garantizar el interés general. Esa consideración se mantuvo a todo lo largo de las primeras décadas del siglo xx.³¹ Es decir, la autorización administrativa

todos sus recursos. El individuo llena, mediante valores materiales, el espacio que el permiso ha creado; sus bienes están entonces protegidos frente a terceros de la misma manera en que, por lo general, están protegidos los bienes, por sí mismos, y no a causa del permiso"; por lo que la autorización administrativa también se configura, para MAYER, como un acto declarativo sin un contenido positivo, o sea, en un acto que se limita a restablecer la libertad inicial del sujeto. Ver Mayer, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, t. II, ob. cit., p. 66.

²⁹ Referencias claras a la autorización administrativa como una técnica de la policía administrativa pueden advertirse en la obra de RANELLETTI. Ver RANELLETTI, Oreste, *Teoria generale...*, ob. cit., pp. 26-31. En lo que respecta a las consideraciones de MAYER, basta con señalar la inclusión del permiso dentro del Libro primero de su obra, denominado: *Poder de policía*.

³⁰ Criterio este que se observa en las consideraciones expuestas por MAYER. Ver cita 28.

³¹ A los efectos de confrontar cómo influyeron las posiciones doctrinales de MAYER y RANELLETTI en la doctrina administrativa de finales del siglo XIX y durante las primeras décadas del siglo XX y los pronunciamientos que la propia doctrina realizara para fundamentar los aspectos teóricos esenciales que informan la noción clásica de autorización administrativa puede consultarse: DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, Archivo Giuridico Filippo Serafini, 1903, p. 22; VIGNOCCHI, Gustavo, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Facoltà di Scienze Politiche della Università di Padova, Padova, 1944, p. 13; ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho administrativo. Parte General*, vol. I, traducción de la 5ª

consiente el ejercicio de un derecho del que el interesado ya es titular, idea sobre la que se fundamenta la construcción de lo que se hizo llamar más tarde como noción clásica de autorización. Bajo el sello de tal noción jurídica, la técnica autorizatoria opera a partir de un estado originario de libertad del individuo, limitado luego en abstracto por normas jurídicas que establecen prohibiciones relativas, susceptibles, por tanto, de remoción mediante el acto administrativo de autorización, el cual viene a restablecer dicho estado previo en el que se encuentra el particular interesado.

En ese sentido, la noción clásica de autorización se estructuró sobre la base de los aspectos teóricos esenciales siguientes: a) la centralidad del derecho preexistente, como el aspecto determinante de la noción; b) la naturaleza declarativa del acto dirigido a la simple remoción de límites y, por último; c) a partir de la naturaleza reglada de la potestad administrativa. Estos aspectos facilitan la comprensión de la figura como una técnica jurídico-administrativa de perfiles autónomos frente otros títulos habilitantes, especialmente frente a la concesión administrativa.

A pesar de la aparente solidez teórica que presentó la noción clásica de autorización, al encuadrar de forma perfecta dentro de los paradigmas ideológicos de la época, dicha comprensión, como expresa ARROYO JIMÉNEZ, adoleció desde sus inicios, “[...] de un problema estructural que va a conducir a la crisis de dicha comprensión [...]”.³² La incapacidad de encuadrar dentro de los aspectos teóricos clásicos de la técnica iusadministrativa, la pluralidad de tipos autorizatorios que tomaron auge en las disposiciones jurídicas, representaron el principal déficit de tal comprensión. No obstante, no es hasta mediados del siglo xx, con la transformación de la relación Estado-sociedad a partir de la reconfiguración de las finalidades del aparato estatal y del aumento de la intervención pública en la esfera jurídica de los particulares, en función de cumplimentar esos nuevos fines, que los postulados esenciales que informaron la concepción tradicional de la técnica mostraron con toda su amplitud esa incapacidad antes enunciada.

ed. italiana por Héctor Masnatta, y actualizada con la 6ª ed. por Francisco Humberto Picone, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954, pp. 335-336. En la doctrina alemana puede consultarse a MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 219; FLEINER, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo*, traducción de la 8ª ed. alemana por Sabino A. Gendín, Labor. S.A., 1933, Barcelona, pp. 325-326; VELASCO CALVO, Recaredo F. DE, *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, t. I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1930, p. 185; GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y Legislación española*, t. I – *Doctrina General*, 7ª ed., C. Bermejo impresor, Madrid, 1941, p. 187; BOQUERA OLIVER, J. M., “El condicionamiento de las licencias”, en *Revista de Administración Pública*, No. 37, enero-abril 1962, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 177.

³² Ver ARROYO JIMÉNEZ, Luis, *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 381.

III. La redefinición de los fines del Estado durante el siglo XX y su significación para la noción jurídica de autorización administrativa

Para finales de la segunda década del siglo XX y de forma más acentuada a partir de los años cincuenta del propio siglo, las condiciones socioeconómicas sobre las que se daba la relación Estado-sociedad sufrieron importantes modificaciones. La primera y la segunda guerras mundiales, la aparición y puesta en práctica de las ideas socialistas en Europa del Este y los males económico-sociales provocados por la crisis del sistema económico liberal son algunas de las causas más aceptadas en relación con tales transformaciones.³³ Los hechos históricos mencionados, a raíz de las consecuencias que se derivaron de cada uno, trajeron consigo que el problema social se convirtiera en centro de atención desde la propia finalidad de la actuación estatal. Por consiguiente, y sin negar los cometidos esenciales de la época pasada, el aparato estatal se verá redimensionado en su actuar, mostrándose como oferente de seguridad en el contexto social y reductor de riesgos, a la par de tomar un papel activo en la satisfacción de las necesidades sociales.³⁴ De tal manera se puede apreciar un mayor interés y responsabilidad del Estado en torno a la configuración de la vida en sociedad, de la mano de un creciente intervencionismo estatal en la esfera de actuación individual, a los efectos de compatibilizar dicha actuación con la plantilla de los nuevos intereses a salvaguardar.

De tal suerte puede afirmarse que la idea del orden social autónomo considerado durante el siglo XIX como un dato presupuesto claudicó ante la existencia de otro orden, sujeto a una intervención pública que centra su máxima de actuación en la labor conformadora de las relaciones sociales; es decir, mientras que la concepción liberal supuso la separación formal entre Estado y sociedad, el nuevo escenario intervencionista va a terminar con ese divorcio al derribar las antiguas fronteras existentes entre ambos en la búsqueda de un orden social más justo.³⁵

³³ Una explicación de las causas que desencadenan este cambio funcional del Estado puede consultarse en la obra de JORDANA DE POZAS, "El problema de los fines de la actividad administrativa", en *Revista de Administración Pública*, No. 4, enero-abril 1951, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 16. También puede consultarse BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Régimen jurídico...*, ob. cit., pp. 19-23.

³⁴ Ver JELLINEK, George, *Teoría del Estado*, traducción española, Albatros. Buenos Aires, 1978, p. 192; MARIN OJEDA, Alfonso, *Estado social y crisis económica*, Editorial Complutense, Madrid, 1993, p. 19; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, traductores AA.VV., 1ª ed. en castellano, Marcial Pons, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2006, p. 181.

³⁵ Para el logro de tales fines se fraccionan los muros del individualismo y se busca en el intervencionismo la solución más óptima para la satisfacción de la justicia social. La solidaridad se convierte en el fundamento de tales pretensiones; esta no solo como un concepto moral y

Concretamente, las nuevas funciones conformadoras se concentran principalmente en las relaciones económicas, ámbito en donde las tensiones entre el poder público y los derechos individuales se hicieron cada vez más evidentes, al no darse ya, como afirmaría FORSTHOFF, “[...] las condiciones para un funcionamiento autónomo de la economía”.³⁶ Los nuevos cometidos estatales de protección social demandaron del Estado la adopción de políticas de intervención social y económica, que trajeron consigo la quiebra de la doctrina económica del *laissez faire*, según la cual el Estado debía dejar hacer a la iniciativa privada y no intentar regularla o controlarla, en tanto la libre competencia y el ánimo de lucro llevarían a los individuos, en la búsqueda de sus propios intereses, a servir al interés público.³⁷ A partir de este momento, la regulación de las relaciones de producción y comercialización quedaron sujetas a una fuerte intervención estatal, que definió las sendas por las que debían transitar tales relaciones.³⁸ De tal forma, lo que era un problema individual

filosófico, sino también con un contenido jurídico específico. La idea de la solidaridad como sustrato del nuevo intervencionismo se advierte desde épocas tempranas en la obra de DUGUIT al resaltar el valor de la solidaridad o interdependencia social como verdadero fundamento de la intervención del Estado. Ver DUGUIT, León, *Manual de Derecho Constitucional. Teoría general del Estado. El Derecho y el Estado. Las libertades públicas. Organización política*, 2ª ed. española, traducción de José G. Acuña, Librería española y extranjera, Madrid, 1926, pp. 5-14. Esta visión de la solidaridad como idea que se conecta con el deber del Estado de dirigir los procesos sociales, también fue defendida por BONNARD, quien tuvo el mérito de haberle asignado el carácter jurídico al concepto de solidaridad. Ver BONNARD, Roger, *Précis de Droit Administratif*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1943 pp. 514-516; ideas que tendrán cierta relación con las que desarrolla FORSTHOFF en FORSTHOFF, Ernst, *Tratado...*, ob. cit., pp. 102-109 y 116.

³⁶ Ver: FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial. El modelo de la República Federal de Alemania*, traducción de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 21.

³⁷ Dicha doctrina fue desarrollada por Adam SMITH, a quien en la historia de la economía se le considera como el mayor exponente de la economía clásica y el creador de los fundamentos filosóficos del liberalismo económico. Ver SMITH, Adam, *La riqueza de las naciones*, Libros I-II-II y selección de los Libros IV y V, traducción y estudio preliminar de Carlos Rodríguez Braun, Alianza, Madrid, 1994, p. 556.

³⁸ Para este periodo, el Estado abandona toda actitud meramente vigilante de un orden económico orientado a la creación de riqueza y al bienestar individual, como valores en sí mismos. Su máxima de actuación estará centrada en la labor positiva de conformación o regulación de los espacios de mercado, con el propósito de encauzar los esfuerzos individuales hacia la consecución de unos objetivos sociales definidos con antelación por las normas jurídicas. Tales funciones no supusieron la disminución de las funciones clásicas de control y limitación, sino un cambio de concepción ante los nuevos escenarios de intervención. Obra de gran relevancia para entender los cambios de perspectiva introducidos en los procesos económicos, resulta: KEYNES MAYNARD, John, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965. Un estudio breve, pero sustantivo, sobre el papel del Estado en la economía, también puede consultarse en STIGLITZ, Joseph E., *La economía del sector público*, 3ª ed., traducción de María Esther Rabasco y Luis Toharia, Antoni Bosch editor, Barcelona, 2000, pp. 11-34. Desde la perspectiva jurídico-administrativa

durante el periodo histórico anterior, caracterizado por la labor abstencionista del Estado, para este momento se convertirá en interés de la sociedad y por ende conllevará una solución supraindividual, correspondiéndole al Estado la resolución de tales males.³⁹ Surge de este modo un nuevo modelo de Estado, que se conocerá como Estado social de Derecho, lo cual supuso, en palabras de MARTÍN RETORTILLO:

“... la concreción histórica de un determinado modelo socioeconómico, en el que, salvaguardando siempre los principios del Estado de Derecho, la intervención pública no resulta ya un fenómeno contingente y esporádico, sino que se institucionaliza como algo habitual, permanente y sistemático”.⁴⁰

Tal panorama intervencionista, a los efectos del accionar público se tradujo, a grandes rasgos, en la publicación de los más disímiles espacios de actuación que anteriormente se habían dejado a la iniciativa privada en un régimen de libertad “absoluta”. En consecuencia, la participación pública en la economía, ordenada fundamentalmente en términos de monopolio, se convirtió en el principal motor para impulsar el desarrollo económico y social. Por último, en ese contexto, la actividad de los poderes públicos estaría abocada también hacia una constante regulación y control directo de los mecanismos de entrada, permanencia y salida de los propios espacios de concurrencia, ello, como es de esperarse, en función de los nuevos mandatos de bienestar y seguridad social que informaban la actuación del Estado en este periodo y que impactaron todo su accionar.

Sin embargo, tal situación no persistió en el tiempo, al menos en toda su dimensión, al resultar modificada por una diversidad de causas generadas por la propia dinámica del desarrollo social⁴¹ y que conllevaron, advierte

puede consultarse: BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Régimen...*, ob. cit., pp. 28 y 161-162; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “La configuración de la Administración Pública y el concepto de Daseinvorsorge”, en *Revista de Administración Pública*, No. 38, mayo-agosto 1962, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 35; VILLAR PALASÍ, José Luis, “La actividad Industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, No. 3, septiembre-diciembre 1950, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 54-58.

³⁹ Ver MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho Administrativo económico*, t. I, La Ley, Madrid, 1988, p. 42.

⁴⁰ Ver MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “Las nuevas perspectivas de la Administración económica”, en *Revista de Administración Pública*, No. 116, mayo-agosto 1988, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 33.

⁴¹ Una explicación, breve, pero ilustradora de las causas que generan la reestructuración de la accionar administrativo en el contexto del Estado social y que dieron origen a un nuevo repliegue de la actuación pública puede consultarse en BALDEÓN MIRANDA, Carlos, *La autorización de servicio público. Bases para una liberalización plena del sector telecomunicaciones*, Editores ADRUS, Lima, 2014, pp. 123-126.

CASSAGNE, “[...] a uno de los procesos de transformación de mayor magnitud acerca del papel que corresponde asumir al Estado [...]”.⁴² En este momento se cambia de perspectiva, el Estado deja de considerarse prestador y asegurador directo del funcionamiento de la economía, y se concibe como garante de los mismos procesos, a partir de su ordenación o regulación; contexto en el que se distingue por la liberalización de actividades económicas estratégicas, la desregulación de varios aspectos de la conformación de dichas actividades, la subsidiariedad estatal y la gestión económica en un escenario de concurrencia de sujetos públicos y privados. Mientras, se le otorga un nuevo sentido a las relaciones entre el Estado y la sociedad, caracterizadas por el principio de corresponsabilidad en el cumplimiento de ciertos fines de interés general y por la utilización de una diversidad de instrumentos jurídicos, tanto de carácter normativo como no normativos, los cuales vienen a orientar el funcionamiento de los diversos espacios de mercado, en el marco de la retirada del Estado en la prestación directa de servicios.⁴³ Ello constituye una modificación en torno a la forma de intervención del Estado, sustituyéndose, afirma HERNÁNDEZ-MENDIBLE, la *publicatio* por la *ordenatio*.⁴⁴

Corresponde advertir que, a pesar de lo profundo y radicales que fueron los cambios, ello no implicó el abandono total de la responsabilidad estatal en la materialización del interés general, ni tampoco un retorno a la época del Estado liberal del siglo XIX. Se trata, más bien, de la conjugación de ambos modelos de Estado, donde la propia evolución de la relación Estado-sociedad hace evidente la necesidad de permanencia de mecanismos de regulación que armonicen dos intereses, en principio contrapuestos: el de la iniciativa económica privada, que aspira a los máximos beneficios, y el de la sociedad en su conjunto, que sigue deseando mayor calidad de vida;⁴⁵ o sea, no se debe

⁴² Ver CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención Administrativa*, 2ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 108.

⁴³ Ver DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè, “La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana”, en Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. Fundamentos e instituciones de la regulación I*, Iustel y Fundación Instituto Universitarios de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009, p. 385; MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Fundamentos e instituciones de la regulación”, en Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la Regulación...*, ob. cit., p. 111.

⁴⁴ Ver HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael, “La libertad de empresa y los títulos habilitantes en el contexto de la alianza del pacífico”, en J. Danós Ordóñez, y otros (coords.), *Derecho Administrativo: innovación, cambio y eficacia*, Libro de Ponencias del Sexto Congreso de Derecho Administrativo de Perú, ECB Ediciones S.A.C., Lima, 2014, p. 697.

⁴⁵ Ver KRESALJA BALDO, R., “El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos”, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110169.pdf> [fecha de consulta: 12 de junio de 2020].

hablar de la ruptura del intervencionismo o de su reducción, sino más bien de una forma distinta de intervenir. A juicio de VILLAR EZCURRA:

“... no puede decirse, en términos globales, que haya disminuido el nivel de intervención de los poderes públicos. Lo que ha disminuido es el peso del sector público respecto al privado, pero ello ha sido a costa de sustituir la *publicatio* por la *ordenatio* de actividades utilizando para ello técnicas encuadrables en la actividad de policía”.⁴⁶

En el caso particular de la relación dada entre la Administración Pública y los particulares, el contexto que se analiza implicó, indiscutiblemente, un cambio de perspectiva al quedar modificados los parámetros en los que se enmarcaría la actuación del propio ente público, si se tiene en cuenta que la vieja maquinaria administrativa del siglo XIX dejará de ser –solo– una estructura de la organización política con funciones de garantía del orden público, para adoptar un papel activo en el logro de los nuevos cometidos que le asisten, sea por medio del intervencionismo, en un primer momento, sea a partir de la ordenación o regulación de la actividad individual, para un segundo estadio. En cuanto a la situación jurídica de los particulares ante la Administración Pública, esta se verá profundamente modificada, puesto que estos últimos, a raíz de las transformaciones comentadas, ya no se enfrentarán al ente público desde una posición de independencia, sino en situación de dependencia, viéndose afectada la sagrada libertad de acción económica que defendieron los ideólogos del siglo XIX, la cual, en palabras de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ:

“... pasa a ser de este modo, más que un reducto exento, un principio de valor informador que no puede funcionar aisladamente, sino engranado con aquellos que, juntamente con él, presiden la vida económica”.⁴⁷

En función de ello y en correspondencia con el objetivo que se propone la presente investigación, el principal efecto que introduce el nuevo panorama es el otorgamiento de amplias facultades o cláusulas habilitadoras de intervención administrativa en la esfera jurídica de los particulares que, a los efectos técnico-jurídicos, se traducirán en un cambio de perspectiva en relación con la función de control administrativo y en un inevitable auge de la potestad discrecional. De esta manera, el control administrativo ve desbordado sus límites clásicos, en función de la ocasión y la intensidad de su ejercicio, al no limitarse solo a constataciones previas, sino que se extiende a momentos posteriores, lo que se traduce en una exhaustiva regulación administrativa de los requisitos y de las condiciones en las que se deben

⁴⁶ Ver VILLAR EZCURRA, José Luis, *Derecho Administrativo especial. Administración pública y actividad de los particulares*, Civitas, Madrid, 1999, p. 50.

⁴⁷ Ver FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Inscripciones...”, ob. cit., p. 425.

desempeñar las actividades individuales, a los efectos de lograr la adecuada vinculación entre el ejercicio de estas y los nuevos intereses públicos a garantizar. Por otro lado, en el caso de la potestad discrecional, el aumento en su utilización viene ligado a la imposibilidad de sujetar a la fijación normativa la totalidad de requisitos expresos que habiliten cada acción del ente público dentro del propio ámbito de actuación del control administrativo, lo cual resultaría un evidente obstáculo a la hora de configurar un régimen de control eficaz. De ahí que la atribución normativa ofrezca un margen de valoración administrativa sobre la conveniencia o no que para el interés general representaría el desarrollo de las actividades individuales sujetas a control, sería indeclinable y al mismo tiempo alimentaría inevitablemente el auge de la discrecionalidad administrativa.⁴⁸

En cuanto a la autorización administrativa, figura que en esta época sigue ocupando un lugar central dentro de las técnicas jurídico-administrativas de control previo, las nuevas prerrogativas de la Administración Pública en materia de intervención económica demandaron, “quizás como en ninguna otra técnica” –advierten GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ–,⁴⁹ el remozamiento de sus postulados clásicos, a los efectos de propiciar su adaptabilidad a las nuevas ideas políticas y jurídicas.

III.1. La revisión de la noción jurídica de autorización administrativa

El proceso de revisión de la noción jurídica de autorización administrativa fue un movimiento teórico determinado por la introducción, en el orden normativo, de una serie de tipos autorizatorios que, imbuidos de los cambios acaecidos en la acción interventora del aparato administrativo del Estado en la esfera jurídica de los particulares, dejaron estrecha dicha noción, tal y como se venía planteando desde finales del siglo XIX; dado que la noción clásica de autorización al quedar circunscrita en función del modelo liberal a la remoción de límites, no dió cabida a las diversas manifestaciones de la figura que, con el objetivo de contribuir a la eficacia de la intervención administrativa en la esfera jurídica de los particulares, adoptaron una finalidad instrumental de cara a la tutela del interés general. De ahí que pueda reconocerse que buena

⁴⁸ Ver SARMIENTO ACOSTA, Manuel Jesús, “Control de la discrecionalidad y derechos fundamentales”, en *Revista Poder Judicial*, No. 31, España, 1996, pp. 207-208; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 15ª ed., Aranzadi, S.A., Navarra, 2011, p. 480. En el ámbito nacional puede consultarse: ARIAS GAYOSO, Grethel, “A vueltas con la discrecionalidad administrativa”, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6119805.pdf> [fecha de consulta: 12 de junio de 2020].

⁴⁹ Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 11ª ed., Civitas, Madrid, 2008, p. 135. Argumento que también se advierte en SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, ob. cit., p. 182.

parte de la polémica suscitada en torno a la noción tradicional de autorización se deba a la distinción entre las autorizaciones de otorgamiento reglado, las cuales responderían al modelo clásico de la figura y aquellas otras que son el reflejo de la intensidad de los poderes discrecionales que se le atribuyen a la Administración Pública en materia autorizatoria con el objetivo de tutelar los nuevos intereses propuestos.⁵⁰

En definitiva, si la Administración Pública podía denegar la autorización al particular interesado que cumplía los requisitos previstos por la norma jurídica que la regula y limitar el número de autorizaciones a otorgar, básicamente en aquellos supuestos dirigidos a regular la actividad individual con mayor intensidad, como es el caso de la actividad económica privada, además de, como bien afirma MARTÍN MATEO, “[...] precisar condiciones, términos, establecer imperativamente modalidades de ejercicio, sujetar las actividades futuras a la disciplina administrativa y realizar aportaciones indispensables para el desarrollo de las actividades autorizadas”,⁵¹ lo cual generaría para el sujeto interesado, un cúmulo de obligaciones que tendrán como objetivo condicionar su entrada y permanencia a determinado “ordenamiento seccional”,⁵² que lo pondrían en una situación de dependencia respecto a dichas regulaciones previas y a poderes especiales de supervisión y control que se ejecutan en un momento posterior al mismo otorgamiento; en ese caso, a duras penas se podía sostener cómo los aspectos teóricos esenciales eran capaces de explicar todos los tipos autorizatorios presentes en las disposiciones jurídicas: la existencia de un derecho subjetivo previo, la naturaleza declarativa del acto, dirigido a la remoción del límite impuesto al ejercicio de tal derecho y mucho menos la existencia de una potestad administrativa exclusivamente reglada.

⁵⁰ Ver AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, ABC-COR, Civitas, Madrid, s/a, pp. 712-713. En igual sentido se expresan GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso...*, II, ob. cit., p. 142.

⁵¹ MARTÍN MATEO, Ramón, “Silencio positivo y autoridad autorizante”, en *Revista de Administración Pública*, No. 48, septiembre-diciembre 1965, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 215.

⁵² Tal calificación es obra del autor italiano GIANNINI y, como enfatiza el propio autor, hace referencia a “[...] aquellos ordenamientos que, como los estatales, son establecidos y organizados por el Estado mediante sus leyes y para fines de interés general [...] se componen de sujetos que tienen ya subjetividad en el ordenamiento general del Estado [...] estos son sujetos de los ordenamientos seccionales por el hecho de desarrollar una actividad determinanda [...] para desarrollar su actividad tienen necesidad de un acto de la autoridad que es la autorización, la cual automáticamente, *opes legis*, les convierte en sujetos del ordenamiento seccional y les somete al mismo”. Ver GIANNINI, Massimo Severo, *Lezioni di Diritto amministrativo*, I, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1950, p. 171 y ss., citado por: ENTRENA CUESTA, Rafael, “El servicio de taxis”, en *Revista de Administración Pública*, No. 27, septiembre-diciembre 1958, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 53.

Como resultado de tal escenario, la técnica autorizatoria más bien trasladaría su ámbito funcional hacia la compatibilización de la pretendida actividad privada con el interés público genérico que las leyes disponen;⁵³ circunstancia que fragmentó su vinculación exclusiva con los rasgos tradicionales de la actividad administrativa de policía, concepto matriz que la forjaría como un simple mecanismo de control previo y negativo, dirigido a la remoción de los límites impuestos al ejercicio del derecho subjetivo, con el objetivo de salvaguardar la tranquilidad, la salubridad y la seguridad públicas.⁵⁴ La autorización pasaría de ser una técnica ligada en exclusividad a la protección del orden público,

⁵³ Tales cambios en el ámbito funcional de la autorización administrativa se advierten en las obras de: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “Acción administrativa sanitaria: La autorización para la apertura de farmacias”, en *Revista de Administración Pública*, No. 24, septiembre-diciembre 1957, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 138; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Inscripciones...”, ob. cit., p. 441. En la doctrina italiana puede verse: FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti fra l'Amministrazione e i privati, s/e*, Milano, 1957, p. 15 y ss., citado por MANZANEDO MATEOS, José Antonio, *El Comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1968, p. 380; FRACCHIA, Fabrizio, “Autorizzazioni amministrative”, en CASSESE, Sabino, *Dizionario di Diritto pubblico*, vol. I Abe-Buo, Giuffrè Editore, Milán, 2006, pp. 599-560. No obstante, es dable advertir que el cambio funcional experimentado por la técnica jurídico-administrativa no significó la total ruptura de la noción clásica de la técnica, la cual, aunque no en toda su dimensión, seguiría dándole respuesta a aquellos supuestos en donde no se requería de un aumento de las prerrogativas administrativas para garantizar la satisfacción del interés general.

⁵⁴ De acuerdo con los argumentos sostenidos por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, precisamente tal vinculación en exclusividad entre autorización y actividad administrativa de policía en su visión más estricta ha sido otro de los factores que ha contribuido a la crisis de la noción jurídica de autorización administrativa. En la opinión del propio autor: “Las autorizaciones pueden rebasar, y de hecho así ocurre, el campo estricto de la policía administrativa [...] no hay duda que mediante propias y verdaderas autorizaciones, puede la Administración llevar a cabo su función reestructuradora. Nada más lejos del clásico y viejo concepto de la policía administrativa”. Ver MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “Acción administrativa sanitaria...”, ob. cit., p. 153. Al respecto, la doctrina administrativa ha reaccionado, o bien restringiendo la autorización propiamente dicha a la noción de policía convencional o incorporando las nuevas manifestaciones de la figura a conceptos generales con diferente finalidad, como es el caso de la actividad de regulación. Ver ESTEVE PARDO, José, “El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público”, en Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la Regulación...*, ob. cit., pp. 389-391 y 395-396; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I – *Introducción a los conceptos de la Administración Pública y el Derecho Administrativo*, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 41-43. Por otra parte, también se aprecian criterios doctrinales que sostienen una ampliación de los fines de la actividad administrativa de policía a los efectos de su mejor encuadre con las realidades donde opera en la actualidad. Los partidarios de esta postura, además, enfatizan en la necesidad de un cambio de denominación que no represente perjuicio alguno sobre su origen ni sobre su régimen jurídico. En consecuencia, prefieren el término de actividad de limitación u ordenación. Ver SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, ob. cit., p. 250.

a regular u ordenar la realización de las actividades privadas, con vistas a garantizar un determinado interés general. Asimismo, afectada por tales observaciones, la relación jurídica establecida entre la Administración autorizante y el particular interesado sufre importantes transformaciones en relación con su desarrollo en el tiempo. El vínculo jurídico establecido entre ambos sujetos, hasta entonces de tracto único al extinguirse de forma instantánea una vez cumplidos los requisitos establecidos en la norma aplicable y otorgada la habilitación para actuar, se desplaza hacia los márgenes de una relación duradera en el tiempo o de tracto sucesivo, teniendo en cuenta los amplios poderes de intervención que posee la Administración Pública.

Por otra parte, la función de control ligada a la técnica autorizatoria también se transforma, en la medida en que, a través de la autorización, la Administración autorizante no se limita solo a ejercer un control inicial, sino que, además, a partir de su otorgamiento se configuran una serie de controles posteriores ligados a la efectividad de la propia técnica iusadministrativa.

Los mencionados controles posteriores se dirigen a comprobar el cumplimiento de la norma jurídica que determina las pautas en las que debe desarrollarse la pretendida actividad individual y las cláusulas impuestas en el propio título con el objetivo de dirigir u orientar el desarrollo de esta; ello con el fin de adecuar y supervisar la puesta en marcha de los intereses privados, desde el prisma del interés general afectado.⁵⁵

Como se avizoró con anterioridad, tales transformaciones acaecidas en la estructura teórica de la autorización administrativa fueron el resultado, principalmente, del quehacer del legislador; contrario a lo sucedido con otras figuras jurídicas, que han sido delimitadas en su sentido y alcance, en gran medida por la labor de la doctrina y la jurisprudencia. Y si bien, desde una visión contemporánea, pueden ser simplificadas las principales modificaciones normativas que dieron lugar a la crisis de la noción clásica de autorización administrativa, el panorama legislativo que le sirvió de medio para su realización estuvo caracterizado por una variedad de regímenes jurídicos de la técnica en cuestión, plagados de una clara dispersión y particularismo en su configuración, lo cual, al no respetar un criterio ordenado y coherente, dificultaría la determinación de una idea general en cuanto al sentido y el alcance de la autorización administrativa.⁵⁶

⁵⁵ Ver SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, ob. cit., p. 267.

⁵⁶ Ver GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, vol. secondo, 3ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993, p. 609.

En tal sentido, la doctrina administrativa se embarcará, pues, en un proceso de revisión de los aspectos teóricos esenciales de la noción jurídica de la técnica iusadministrativa, con el objetivo de delimitar cuáles serían esos nuevos aspectos teóricos que sustentarían su noción jurídica contemporánea, a los efectos de propiciar la configuración de un régimen jurídico capaz de sintetizar los nuevos derroteros que la actualidad le impuso a la técnica jurídico-administrativa en cuestión.

En concreto, gran parte de la doctrina administrativa apostó por el desarrollo de una particularización diferenciadora dentro del *genus* de autorización, con la intención de depurar su noción jurídica. En consecuencia, se separaron de la figura una serie de actos (licencias y permisos) que, a partir de sus formulaciones legales, se oponían a la esencia clásica del acto autorizatorio. Por otra parte, la propia doctrina continuó centrando su atención en la diferencia entre autorizaciones y concesiones;⁵⁷ distinción que ganaría mayor virtualidad en todo este contexto de ordenación o programación de la actividad económica privada a los efectos de su compatibilización con el interés general, dado que entre ambas figuras se dan zonas de influencia recíproca, al vincularse la aplicación de la técnica iusadministrativa a una noción de servicio público que evolucionaría a raíz de las transformaciones operadas en el curso del siglo xx.⁵⁸ Tal evolución, advierte CASSAGNE,

“... viene a plantear nuevos problemas, tales como el deslinde de otras actividades de prestación (actividades de interés público) pero cuya titularidad originaria privada torna suficiente la recurrencia a las técnicas de la policía para fiscalizar dichas actividades [...]”.⁵⁹

Se trata de una serie de actividades que siguen siendo propias de los particulares al no darse una declaración formal de servicio público, pero respecto a las cuales, por razón del interés público especial que encierran, se le reserva a la Administración unos poderes de intervención y control que se llevan a cabo en régimen de autorización y no de concesión, pero con la particularidad de que van mucho más allá de la mera autorización inicial.⁶⁰

⁵⁷ Ver ARROYO JIMÉNEZ, Luis, *Libre empresa...*, ob. cit., p. 382.

⁵⁸ Ver ENTRENA CUESTA, Rafael, “Servicio...”, ob. cit., p. 29 y ss.; MEILÁN GIL, José Luis, “Sobre la determinación...”, ob. cit., pp. 80-84; BALDEÓN MIRANDA, Carlos, *La autorización...*, ob. cit., pp. 121-137.

⁵⁹ Ver CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención...*, ob. cit., p. 33.; y CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 11ª ed. actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 104.

⁶⁰ Ver ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado. Gestión Pública. Regulación Económica*, Universidad externado de Colombia y Fundación de Estudios de Regulación (Madrid), Bogotá, 2003, pp. 541-545. Idea que también reconocen: COSCULLUELA MONTANER, Luis y Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, *Derecho Público Económico*, 2ª edición, Iustel, Madrid, 2008, p. 232.

IV. La noción jurídica contemporánea de autorización administrativa: diferentes perspectivas doctrinales

IV.1. Posiciones restrictivas

En función de los argumentos expuestos en el epígrafe precedente, los cuales marcan los nuevos patrones bajo los que se desenvuelve la técnica iusadministrativa en periodos actuales, una corriente doctrinal ha optado por tratar de mantener la tesis clásica de autorización administrativa, pero relativizando o ajustando su alcance.⁶¹ Así pues, la tesis del derecho preexistente sirve para explicar teóricamente el grupo de autorizaciones administrativas presentes en las disposiciones jurídicas que operan bajo los postulados del acto reglado y declarativo. En cambio, en los actos autorizatorios donde, a simple vista, no se evidencia una correlación entre la existencia del derecho subjetivo previo y la obligatoriedad en el otorgamiento de la autorización que habilite el ejercicio de este, tales postulados no operan de la misma forma. En esos casos, la Administración, en función de las potestades discrecionales que le asisten, puede negar dicho otorgamiento, limitar el número de autorizaciones a otorgar e incluso desatar una serie de controles que condicionan el actuar del sujeto autorizado y que, por ende, difuminan la idea de un derecho subjetivo previo.⁶²

⁶¹ A pesar de los nuevos aires revisores de la noción jurídica de la autorización administrativa, ante el nuevo escenario funcional al que la técnica iusadministrativa se enfrentó, un grupo de autores, de importante calado dentro de los ámbitos del Derecho administrativo, siguieron afirmando la concepción clásica de autorización administrativa en toda su dimensión. Ver PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I, Parte General*, 14ª ed., Marcial Pons, Madrid 1990, p. 378; NEBREDÁ PÉREZ, Joaquín María, *Títulos habilitantes en el sector de las telecomunicaciones*, La Ley, Madrid, 2000, p. 57; LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *La autorización...*, ob. cit., pp. 105-107; BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 4ª ed., Aranzadi, S.A., Navarra, 2012, p. 53. En la doctrina latinoamericana, este criterio puede confrontarse en: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, pp. 608-609; RIZO OYANGUREN, Armando, *Manual Elemental de Derecho Administrativo I*, Editorial Universitaria de la UNAN, Nicaragua, 1991, pp. 239-240; FRAGA MAGAÑA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 4ª ed. revisada y actualizada por Manuel Fraga, Porrúa, México, 2000, p. 236; BALDEÓN MIRANDA, Carlos, *La autorización...*, ob. cit., pp. 63-64; MATTAR ARANCIBIA, Jaime, "Las autorizaciones administrativas: bases conceptuales y jurídicas", en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, No. 32, julio-diciembre 2020, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, p. 30.

⁶² Desde los inicios de la configuración dogmática de la autorización, la doctrina administrativa alemana, desde el propio MAYER, defendía dicha tesis. El autor alemán solo reconocía los rasgos clásicos de la figura, en los actos autorizatorios donde la habilitación de la actividad sea un mandato legal que la autoridad competente no puede desconocer si se cumplen los requisitos que la norma impone. Ver MAYER, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, t. II, ob. cit., pp. 62-63.

La operatividad de tales tipos autorizatorios se explicaría, pues, a partir de un desdoblamiento del derecho subjetivo preexistente, pero sin abandonar su centralidad dentro de la estructura teórica de la noción de autorización y sus efectos declarativos. De esa manera, a pesar del reconocimiento previo de cierta situación subjetiva de poder, el ejercicio de esa titularidad activa existente en la esfera jurídica de los administrados solo sería válido contando con el título habilitante; de lo contrario, la actuación llevada a cabo sin la obtención del requisito previo de autorización adolecería de todo criterio de validez. Los autores partidarios de dicha postura basaron sus argumentos en la distinción entre la titularidad del derecho subjetivo y su ejercicio, bajo la idea de que dicha titularidad nace desprovista de su ejercicio concreto, el cual se activa a partir de un ejercicio de control administrativo previo de oportunidad de la actuación, que finaliza con el otorgamiento, o no, de la autorización.

En esta línea de pensamiento se destacan los criterios sostenidos por SANDULLI, quien parte de las diferencias existentes entre los tipos autorizatorios que proliferaron en los ordenamientos jurídicos. Los primeros, los cuales reconoce como autorizaciones propiamente dichas, seguirían siendo admitidos como actos de remoción de límites impuestos al ejercicio del derecho subjetivo que preexiste en la esfera jurídica de los particulares, tal y como se concibió desde sus inicios. En cambio, los segundos, a los cuales denomina licencias, en contraposición a las autorizaciones propiamente dichas, supondrían una técnica de limitación y control administrativo previo, con ciertos efectos innovadores en la esfera jurídica de los administrados. Para SANDULLI, las licencias se verterían a la activación del grupo de facultades que se derivan de la titularidad del derecho subjetivo,⁶³ lo cual le permitiría seguir afirmando la diferencia entre: concesiones, autorizaciones y licencias, está última como una figura intermedia entre las otras dos.⁶⁴

Si bien la tesis expuesta, sin alejarse considerablemente de los rasgos clásicos de la figura, dio una posible respuesta a los cuestionamientos académicos

⁶³ De ahí que afirmara: “... non consiste più, come avviene per l’autorizzazione, nella rimozione di un limite all’esercizio di un preesistente diritto. Il provvedimento infatti non opera eliminando un impedimento all’attività del titolare di un diritto, bensì agisce ammettendo un soggetto a operare in un settore, cui sovrintende l’Amministrazione, per l’innanzi precluso alla sfera giuridica di lui”. Ver SANDULLI, Aldo María, “Abilitazioni. Autorizzazioni. Licenze”, en *Studi in onore di Francesco Messineo per il suo XXXV anno d’insegnamento*, vol. Terzo – Diritto industriale – del lavoro agrario – amministrativo processuale civile, Dott. A. Giufferrè Editore, Milano, 1959, p. 357.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 358. En la propia doctrina italiana se advierte el mismo criterio en: ZANOBINI, Guido, *Curso...*, ob. cit., p. 335; ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. I, traducción de la 3ª ed. italiana por Buanaventura Pellisé Prats, Bosch, Barcelona, 1970, p. 313. Postura que en la doctrina española se defiende en la obra de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “Acción administrativa sanitaria...”, ob. cit., pp. 148-151.

sobre la técnica en cuestión, no parece resultar idónea. De ahí que salten interrogantes como: ¿en el caso de los tipos autorizatorios que operan bajo la fijación normativa de la totalidad de las condiciones y requisitos para su otorgamiento (autorizaciones regladas), se podía seguir apelando al formalismo de la remoción de límites impuestos a la libertad de acción, como finalidad de la técnica? ¿No sería ingenuo pensar que la libertad de acción de los particulares condicionada a la carga de la constatación administrativa de licitud y no así a la verificación de oportunidad de dicha actuación estaría descartando los nuevos mandatos de compatibilización de intereses que informan la operatividad de la técnica⁶⁵? ¿En función del esclarecimiento de la naturaleza de los nuevos actos autorizatorios presentes en el Derecho positivo, sería viable el reconocimiento de figuras intermedias con un contenido sustancial distinto del de la autorización propiamente dicha? ¿Dicho reconocimiento no provocaría un ejercicio de abstracción innecesario, amparado solo en la necesidad de preservar una ideología liberal que de forma evidente no podía seguir jugando el mismo rol que en épocas precedentes? ¿La separación hecha entre derechos subjetivos y facultades implícitas en el mismo para explicar la operatividad de los nuevos tipos autorizatorios, no sería contradictoria desde el punto de vista teórico, al ir en contra de la interdependencia que existe entre derecho subjetivo y las facultades derivadas del mismo⁶⁶? No obstante, el reconocimiento, al menos en

⁶⁵ En el ámbito de las autorizaciones sujetas a la potestad reglada de la Administración Pública, también se podría afirmar que su esencia, aunque esté llamada a realizar solo controles de licitud y no de oportunidad, es la compatibilización de intereses y no la mera remoción de límites impuestos por la norma aplicable al ejercicio del derecho subjetivo. En estos casos, la valoración de la oportunidad se efectúa de una vez por todas en la norma general y no hay lugar a su análisis en cada caso concreto. Ver MANZANEDO MATEOS, José Antonio, J. HERNANDO y E. GÓMEZ REINO, *Curso de Derecho administrativo económico. Ensayo de una sistematización*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1970, pp. 695 y 698. Argumento que también puede apreciarse en ESTEVE PARDO, José, “El encuadre de la regulación...”, ob. cit., p. 396.

⁶⁶ No parece que sea correcto afirmar la existencia de un derecho preexistente en los particulares, desprovisto de poderes de ejercicio. Lo más razonable sería advertir que en realidad dichos derechos estarían limitados o condicionados en su realización, en función de garantizar un interés general determinado, ya que los derechos subjetivos no se entienden como derechos absolutos. Por tanto, decir que las nuevas tipologías que de la autorización administrativa pululan, van dirigidas a activar, en cada caso concreto, el ejercicio del derecho subjetivo previo, a partir de un control administrativo previo de oportunidad de la actuación, no sería lo más correcto. El derecho subjetivo nace ligado a la capacidad de obrar de cada individuo, la autorización administrativa no vendría, pues, a crear esos poderes de actuación, sino a limitarlos en función de que no colisionen con otros intereses determinados. De ahí que se pueda afirmar que derecho subjetivo y facultades son dos caras de la misma moneda; argumento que sostiene Abelardo TORRÉ al afirmar: “... el derecho subjetivo es una posibilidad de acción autorizada por una norma jurídica [...]”. Ver TORRÉ, Abelardo, *Introducción al Derecho*, 14ª ed. ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 220-221. En el ámbito académico cubano puede verse VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (coord.), *Derecho Civil, Parte General*, Félix Varela, La Habana, 2006, p. 97.

caso de las licencias, de la nueva funcionalidad de la técnica y de su distinción respecto a la concesión administrativa, son elementos a tener en cuenta en la formulación de una nueva noción jurídica de autorización administrativa.

IV.2. Posiciones moderadas

En contraposición a las posiciones teóricas restrictivas, se advierten criterios que proponen renunciar del todo al dogma del derecho preexistente como el aspecto determinante de la noción de autorización administrativa, amparados en su incapacidad para explicar las nuevas tipologías que del acto autorizador se advierten. Sin embargo, se debe indicar que tal planteamiento no fue del todo radical, por ello la posición doctrinal de los autores que a continuación se sistematizan son consideradas moderadas.

El criterio de mayor calado en la doctrina administrativa es el proporcionado por GIANNINI, el cual reconoce tipos autorizatorios que en su estructura teórica excluyen toda idea de preexistencia de derecho al poseer carácter constitutivo, sin dejar de advertir, al mismo tiempo, la presencia de otros que mantenían los rasgos clásicos de la técnica. De esta forma, el autor plantea que las autorizaciones declarativas o "*autorizzazioni permissive*" operarían bajo la lógica de la "*rimozioni di impedimenti all'esercizio di diritto*", por lo que serían indicativas de que el administrado interesado es titular de un poder jurídico preexistente, cuyo ejercicio real está condicionado por la obtención, previamente, de la autorización administrativa, la cual tendría un "*contenuto prescrittivo*".⁶⁷ Por el contrario, las autorizaciones constitutivas o "*licenze*", para GIANNINI tendrían un efecto conformador sobre la esfera jurídica de los administrados.⁶⁸ De ahí que destacara que las licencias, lejos de estar dirigidas

⁶⁷ Ver GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto...*, ob. cit., pp. 633-638.

⁶⁸ Así lo declara, al expresar: "... nel caso della licenza, il provvedimento autorizzatorio potrebbe essere visto come fatto giuridico costitutivo della capacità d'agire [...] sono costitutivi di diritti [...] Trattasi di tipico procedimento autorizzatorio in funzione di controllo di opportunità [...] è amplissimamente discrezionale [...]". *Ibidem*, pp. 621-623. Dicha concepción es reconocida en la doctrina española por: ROYO-VILLANOVA, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, 21ª ed. corregida y aumentada por Segismundo Royo-Villanova, Librería Santarén, Valladolid, 1948, p. 344; PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo*, Ariel, S.A., Barcelona, 2003, pp. 651-654; REVUELTA PÉREZ, Inmaculada, *El control integrado de la contaminación en el Derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 281-284, citado por ESPINOSA MOLINA, Vanessa, "Los nuevos títulos habilitantes de actividades privadas de la Administración tras la Directiva de Servicios", *Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, Universitat de València, Facultad de Derecho, Valencia, 2015, p. 34; LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, Agustín GARCÍA URETA, Iñigo LAZCANO BROTONS, *Derecho Ambiental. Parte General*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2004, pp. 105-106; SANZ RUBIALES, Iñaki, "Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto Invernadero", en *Revista española de Derecho Administrativo*, No. 125, 2005, p. 55, citado por ESPINOSA MOLINA, Vanessa, *Los nuevos títulos...*, ob. cit., p. 34. En la doctrina

a remover el límite que impide activar la posibilidad de ejercer el derecho subjetivo preexistente, como sí sucede en las permisivas, crearán una situación jurídica de poder nueva para los particulares.⁶⁹

De la construcción teórica expuesta por el profesor italiano se puede evidenciar una posición similar a las anteriores respecto a las autorizaciones declarativas, donde la finalidad de la técnica está encaminada a remover el límite que la norma prevé para el ejercicio del derecho subjetivo preexistente. En el caso de las licencias, su declaración de acto administrativo que discurre por un procedimiento encaminado a controlar la conveniencia de la actuación individual para el interés público resulta un elemento positivo a tener en cuenta. En cambio, el reconocimiento de efectos constitutivos no resulta del todo idóneo a la hora de explicar los cambios estructurales que la técnica debe afrontar. Afirmar tales consecuencias provoca un desbordamiento de los efectos de esta que no parece advertirse en las formulaciones normativas de la propia figura. Es decir, es cierto que los nuevos cometidos asignados al acto autorizatorio revelan elementos que expresan con mayor nitidez la idea de que la autorización administrativa es un título constitutivo de derechos, dado que los amplios poderes de programación o planificación que posee la Administración Pública, especialmente en aquellos sectores vitales para el desarrollo económico de la sociedad, la inclinan hacia el ámbito de actuación de otros títulos que sí poseen por naturaleza efectos constitutivos⁷⁰ y desvanecen la idea de existencia de un derecho subjetivo previo que se ejerce en régimen de libertad. No obstante, se es del criterio de que en la esfera jurídica de los administrados sí preexiste una situación jurídica subjetiva, solo que no parece ser un derecho subjetivo, con todo lo que ello implica. En estos casos, más bien se configura una declaración genérica de capacidad tutelada por el ordenamiento jurídico, lo cual, a los efectos jurídico-administrativos se reconoce como un interés legítimo. O sea, bajo el rótulo de los nuevos tipos

latinoamericana siguen este mismo criterio: ARI SUNDFELD, Carlos, *Direito Administrativo ordenador*, Malheiros editores, Brasil, 2003, p. 26; ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidoro, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Advocatus, Córdoba, 2005, pp. 449-450; y CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, ob. cit., pp. 104-105.

⁶⁹ Por otro lado, otro grupo de autores, aunque en menor medida, sí llegaron a plantearse el fenómeno autorizatorio desde perspectivas más radicales. Desde esta posición, la noción de autorización dejaría de tener su centro de gravedad en la preexistencia del derecho subjetivo, para buscar en el efecto constitutivo de las nuevas autorizaciones, el elemento definidor de la comprensión de autorización administrativa. En la obra de LAGUNA DE PAZ se puede confrontar una relación de los autores que en la doctrina administrativa española negaron la centralidad del derecho preexistente y exacerbaron el carácter constitutivo de la autorización administrativa como el aspecto determinante de su noción. Ver LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *La autorización...*, ob. cit., pp. 134-137.

⁷⁰ Este es el criterio seguido por el propio autor para llegar a tal afirmación. Ver GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto...*, ob. cit., pp. 617-620.

autorizatorios, la actuación administrativa no estaría dirigida a la mera declaración de preexistencia del derecho subjetivo, ni a crear un nuevo derecho en la esfera jurídica de los administrados, sino que la autorización administrativa vendría a condicionar determinada actuación individual, que la norma sigue considerando como propia de los particulares, al cumplimiento de una serie de requisitos establecidos por la propia norma aplicable y en el mismo título habilitante, con el objetivo de acomodarla en su desarrollo, al interés general; bajo la lógica de que dicha actividad, que la norma considera como propia de los particulares, no estaría configurada en los términos del derecho subjetivo previo, sino, más bien, como un interés cualificado reconocido por el ordenamiento jurídico, pero condicionado por el interés general, que equivale a una situación en virtud de la cual deriva para quien la ostenta, un beneficio o perjuicio propio real, actual o potencial de la aceptación de sus pretensiones, o sea, un interés legítimo.⁷¹

Dentro de esta última línea de pensamiento se inserta un sector de la doctrina española que también defendió la inadecuación del formalismo clásico de la autorización para explicar el nuevo escenario que la técnica afrontaba. Los autores partidarios de esta postura pusieron el acento en la finalidad de los nuevos tipos autorizatorios, aspecto que calificaron como determinante para entender el acto administrativo de autorización en el nuevo contexto intervencionista; por ende, declararon inadmisibles la distinción entre la titularidad del derecho y su ejercicio concreto. Por otra parte, a diferencia de lo considerado por GIANNINI, propusieron que la idea de defender ciertos efectos constitutivos en las nuevas manifestaciones de la técnica iusadministrativa resulta redimensionada.

⁷¹ Ver SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, 6ª ed., Tecnos, España, 2010, p. 450. Respecto a la afirmación realizada, resultan esclarecedoras las palabras de ZANOBINI: "... el interés legítimo puede designarse como un interés individual estrictamente vinculado a un interés público y protegido por el ordenamiento solo mediante la tutela jurídica de este último interés". Ver ZANOBINI, Guido, *Curso...*, ob. cit., p. 242. Otro criterio de gran utilidad es dado por CLARICH. El autor, para reconocer las características distintivas de ambas situaciones jurídicas subjetivas (derechos subjetivos e intereses legítimos), se basa en dos criterios fundamentales. Uno primero, basado en la estructura de la norma atributiva de las potestades de actuación asignado a la Administración Pública y un segundo criterio fundado en la naturaleza de dichas potestades (regladas o discrecionales). Ver CLARICH, Marcello, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 138-142. En función de los criterios sostenidos por los autores citados se puede llegar a la conclusión de que para que se reconozca la existencia de un derecho subjetivo es imprescindible que el desarrollo legal de lo que este derecho implique quede entregado a la voluntad de su titular y no a voluntades ajenas. Por tanto, si se hace referencia a que, en el caso que nos ocupa, la Administración Pública está facultada para negar o limitar en número, por ejemplo, el otorgamiento de la autorización en función de criterios de oportunidad, no se puede afirmar, entonces, la existencia de un derecho subjetivo previo al quedar este desprovisto de toda posibilidad real de ejercicio.

En relación con dichas cuestiones, sobresalen los argumentos defendidos por MANZANEDO MATEOS, quien cuestionó el apego a criterios políticos que se advierte en la formulación de la noción clásica de autorización y en las tesis que insistieron por su permanencia. A la par destacó, como elemento determinante de dicha noción, los nuevos ámbitos funcionales que la técnica experimentaba, lo cual, a su juicio, era el escenario más apegado a la realidad práctica y teórica de la técnica jurídico-administrativa en cuestión. En tal sentido, el propio autor hace notar:

“... cuando se recurre al hipotético derecho preexistente para explicar la autorización administrativa en su manifestación discrecional, se practica un verdadero fraude con los administrados [...] la autorización, entendida como remoción del límite impuesto al ejercicio de un derecho preexistente surge como la solución fácil que permite conciliar la libertad formal con una realidad intervencionista, utilizando el recurso técnico de distinguir entre la titularidad del derecho y la posibilidad de su ejercicio [...] lo cual la convierte en una ininteligible abstracción carente de efectividad”.⁷²

A juicio del autor, cuando la Administración Pública goza de amplias prerrogativas discrecionales para intervenir en el ejercicio del derecho subjetivo, negando su realización, por su incompatibilidad con el interés general, se hace forzoso seguir recurriendo a la remoción de límites impuestos al ejercicio del derecho subjetivo preexistente para explicar el cometido esencial de la autorización. En cambio, parece más apegado a la realidad operativa de la misma, reconocer

“... su verdadera y real misión: componer el hipotético conflicto entre el interés específico y el interés público [...] lo cual, viene a recordar que el esquema clásico basado en la libertad de acción ha quedado totalmente superado, al reducirse la efectividad de dicho principio a una mera declaración genérica de capacidad [...] por ello, en lugar de derechos subjetivos preexistentes —en el caso de las autorizaciones discrecionales, refiere el autor— apreciamos exclusivamente intereses legítimos que solo se tutelan por el ordenamiento jurídico en cuanto se adecuan al interés público”.⁷³

⁷² Ver MANZANEDO MATEOS, José Antonio, *El Comercio exterior...*, ob. cit., pp. 384-387.

⁷³ *Ibidem*, pp. 389-400. Criterio que también se sostiene en MANZANEDO MATEOS, José Antonio, J. HERNANDO y E. GÓMEZ REINO, *Curso de Derecho administrativo económico...*, ob. cit., pp. 699-702. En igual sentido se expresan: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, II, ob. cit., p. 136; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo. Parte general. Conclusión*, vol. II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, p. 188; MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de Derecho Administrativo. La Actividad de las Administraciones Públicas. Su Control Administrativo y Jurisdiccional*, t. II, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 46; NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen, *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Barcelona, 2001, p. 96, nota al pie 68; MARTÍN MATEO, Ramón, “Silencio positivo...”, ob. cit., p. 213. En la doctrina administrativa italiana, tal criterio es

En relación con la naturaleza de los nuevos tipos autorizatorios, el propio autor propone:

“... al tratar la autorización nos movemos en el campo de las *conditio iuris*, elemento esencial y no accidental [...] En el lógico desarrollo de la autorización como *conditio iuris* debe mantenerse que la autorización no es constitutiva ni declarativa de derechos [...] la autorización no puede ser en forma alguna acto meramente declarativo, pues preexistente a la autorización discrecional no hay derecho subjetivo, sino, a lo sumo, intereses legítimos [...] tampoco la autorización es constitutiva de derechos ya que por sí sola es incapaz de producir derecho alguno [...]”.⁷⁴

En resumen, en esta línea teórica, la noción jurídica de autorización queda escindida. Según la posición defendida originalmente por GIANNINI, se debe tratar el tema desde la óptica de las autorizaciones propiamente dichas que operan bajo el rótulo del acto administrativo de naturaleza declarativa, lo que indica que el particular interesado es titular de un derecho subjetivo preexistente y, por otra parte, bajo el sello de las llamadas licencias con efectos constitutivos en la esfera jurídica de los particulares. Por otro lado, en función de los argumentos sostenidos por MANZANEDO MATEOS, la noción de autorización debe quedar vinculada solamente a las autorizaciones discrecionales

sostenido por CASSETTA, Elio, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 7ª ed. riveduta ed aggiornata, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 313-317.

⁷⁴ Ver MANZANEDO MATEOS, José Antonio, *El Comercio exterior...*, ob. cit., p. 407. El calificativo de *conditio iuris* o acto condición para explicar la naturaleza de los tipos autorizatorios discrecionales fue advertido tempranamente por la doctrina administrativa francesa. Ver DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. I – *La règle de Droit-Le problème de l'État*, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie Éditeurs, Paris, 1927, pp. 430-431; JÈZE, Gaston, *Principios generales del Derecho Administrativo I. La técnica jurídica del Derecho Público francés*, traducción directa de la 3ª ed. francesa, Depalma, Buenos Aires, 1948, pp. 48-50 y 224-226; BONNARD, Roger, *Précis...*, ob. cit., pp. 31-33. Posteriormente ha sido defendida en la doctrina española por: ENTRENA CUESTA, Rafael, “Servicio...”, ob. cit., pp. 52-54; MARTÍN MATEO, Ramón, *Derecho Ambiental*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977, pp. 91-92; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho...*, ob. cit., p. 193. En la doctrina latinoamericana puede verse: BREWER CARIAS, Allan-Randolph, *Las instituciones del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Colección Tesis de Doctorado, vol. IV, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p. 119; POMPEU, Cid Tomanik, “Naturaleza jurídica da autorização”, en *Revista de Direito Administrativo*, No. 142, outubro-dezembro 1980, Rio de Janeiro, p. 20; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa*, Abeledo-Perrot S.A., Buenos Aires, 1995, pp. 107-108; JORDANO FRAGA, Jesús, “El Derecho Ambiental del siglo XXI”, en *Medio Ambiente & Derecho, Revista electrónica de Derecho Ambiental*, No. 9, julio 2003, Universidad de Sevilla, Grupo de Investigación de Medio Ambiente y Derecho, Sevilla, p. 96; VÁZQUEZ PEDROUZO, María Cristina, “Posición jurídica del particular frente a la Administración”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 30, enero-julio 2011, Universidad de la República Oriental del Uruguay, Montevideo p. 313.

sobre la base de los aspectos teóricos ya comentados y reservar el concepto de constataciones regladas para los supuestos que se formulen a partir de la comprensión clásica de la figura.⁷⁵

IV.3. Posiciones que abogan por una noción jurídica amplia

Finalmente, un sector de la doctrina administrativa española apuesta por una línea teórica que defiende una noción jurídica de autorización administrativa con vocación a la generalidad. Así pues, destaca el criterio sostenido por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, los cuales defienden la idea de que se debe apostar por

“... formular una nueva concepción de autorización, capaz de comprender todas las diferentes variedades del acto autorizatorio, sin perjuicio de una especificación posterior de ese concepto genérico –o amplio– en base a las peculiaridades estructurales y funcionales de cada uno de los tipos. Ello, sobre la base de otros criterios –o aspectos teóricos esenciales– que permitan adecuar a las nuevas circunstancias la teoría de la autorización”.⁷⁶

Este argumento también es sostenido por autores como MORELL OCAÑA, para quien la autorización es

“... el acto que, con carácter discrecional o reglado, habilita al particular para el ejercicio de una situación jurídica activa, a los efectos de coordinar el interés particular y el público”.⁷⁷

MARTÍN MATEO, el cual afirma que:

“... entendemos por autorización la declaración administrativa de la concurrencia de las condiciones necesarias para el ejercicio de una actividad [...]”.⁷⁸

⁷⁵ Ver MANZANEDO MATEOS, José Antonio, *El Comercio exterior...*, ob. cit., p. 402. Una exposición más detallada del concepto constataciones regladas, esgrimido por el propio autor, puede verse en MANZANEDO MATEOS, José Antonio, J. HERNANDO y E. GÓMEZ REINO, *Curso de Derecho administrativo económico...*, ob. cit., pp. 695-696.

⁷⁶ Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, II, ob.cit., p. 137; posición que también sistematiza DESDENTADO DAROCA. Ver DESDENTADO DAROCA, Eva, *El Precario Administrativo. Un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario*, 2ª ed., Aranzadi, S.A., Navarra, 2006, pp. 71-72.

⁷⁷ Ver MORELL OCAÑA, Luis, *Curso...*, ob. cit., p. 45.

⁷⁸ Ver MARTÍN MATEO, Ramón, “Silencio positivo...”, ob. cit., pp. 214-215.

Por su parte, NÚÑEZ LOZANO también considera que la noción de autorización administrativa debe moverse hacia un criterio abocado a la generalidad al afirmar:

“... la autorización es un acto administrativo fruto del ejercicio de una actividad de intervención legalmente atribuida a la Administración, en cuya virtud se permite a los ciudadanos el ejercicio de una actividad”.⁷⁹

Con igual claridad se expresa SÁNCHEZ MORÓN al afirmar:

“Mediante el acto autorizador, la Administración controla con carácter previo, que cualquier actividad que un particular desee iniciar o realizar y que esté sometida a esta intervención es conforme a la ley y, en su caso, no resulta contraria a los intereses públicos. En virtud de tal verificación la Administración deniega o permite el ejercicio de la actividad pretendida, imponiendo si procede las condiciones necesarias para garantizar el cumplimiento de la legalidad o salvaguardar los intereses públicos afectados, siempre que tales condiciones estén previstas por el ordenamiento o, al menos, no sean contrarias a él [...]. Por otro lado, el sometimiento de una actividad a autorización administrativa puede tener como finalidad simplemente comprobar que la misma no es contraria a Derecho o, además, que no lesiona intereses públicos que la Administración tiene el deber de tutelar”.⁸⁰

V. Reflexiones finales

En correspondencia con lo hasta aquí analizado, a modo de cierre pueden concluirse que:

La noción clásica de autorización administrativa estuvo marcada, sustancialmente, por la ideología liberal que se generalizó en el continente europeo luego de la instauración del Estado de Derecho. En consecuencia, tal noción se explica sobre la base de la centralidad dada al derecho subjetivo que preexiste en la esfera jurídica del particular. Asimismo, bajo el rótulo de su comprensión

⁷⁹ Ver NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen, *Las actividades...*, ob. cit., p. 92.

⁸⁰ Ver SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, pp. 654-655. En términos similares a los expuestos, se expresan: VILLAR EZCURRA, José Luis, *Derecho...*, ob. cit., p. 83; FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, “Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable”, en *Revista catalana de dret públic*, No. 42, Generalitat de Catalunya, Escola d’Administració Pública de Catalunya, España, junio de 2011, pp. 88-89; RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, “El impacto de la Directiva de servicios en el procedimiento administrativo: autorización, declaración responsable y comunicación”, en *Revista Jurídica de Navarra*, No. 49, enero-junio 2010, Gobierno de Navarra, Departamento de Presidencia, Justicia e Interior, Navarra, pp. 105-106.

originaria, la técnica se caracteriza por: estar dirigida a la remoción de los límites impuestos al ejercicio del propio derecho y por la naturaleza exclusivamente reglada de la potestad administrativa que encierra la emisión del acto. Tales aspectos convierten a la técnica autorizatoria en un acto meramente formal, de naturaleza declarativa y sin contenido propio, al no significar una ampliación de la esfera jurídica del particular autorizado. En ese sentido, la actuación de la Administración Pública se limita a la realización de un control previo de carácter negativo a los efectos de habilitar al sujeto que la requiere para el libre ejercicio de un derecho que preexiste en su esfera jurídica y que este se ve imposibilitado de realizar, como resultado de la existencia de una prohibición impuesta por la ley por razones de orden público.

Es por la vía de la ordenación pública de la economía, a raíz de los procesos de reconfiguración de los fines del Estado durante el siglo XX, que la autorización administrativa sufre un profundo replanteamiento de su estructura teórica clásica. En general, las transformaciones acaecidas fueron el resultado del reconocimiento normativo de una serie de tipos autorizatorios, los cuales, en función de la finalidad que les quedaría asignada, desbordarían el cometido primigenio de la técnica autorizatoria y alterarían, de forma considerable, su configuración teórica. En consecuencia, la autorización administrativa se configura como un acto que condiciona el ejercicio de determinada situación jurídica activa de los particulares y sin el cual no podrá llevarse a cabo la actividad individual en toda su dimensión; puesto que la actividad autorizada debe desarrollarse en función de los parámetros establecidos en la norma aplicable y en el propio título habilitante, a los efectos de compatibilizar dicha actividad con el interés general afectado; aspectos que difuminan la centralidad de un derecho subjetivo previo, la existencia de una potestad administrativa exclusivamente reglada y destierran la idea de la mera remoción de límites.

Al abordar el tratamiento doctrinal respecto a la configuración contemporánea de la noción jurídica de autorización administrativa, lo único que parece ser una constante es la falta de consenso en relación con el sentido y alcance de la figura, lo cual demuestra que el tema para nada ha tenido o tiene una solución unánime en el contexto foráneo. La asunción de uno u otro recurso doctrinal para delimitar la noción jurídica contemporánea de autorización administrativa ha estado condicionada por la asimilación que en cada contexto político, económico y social han tenido los rasgos primigenios de la propia técnica, así como por las variaciones que de estos ha hecho la doctrina para acomodarlos al escenario interventor actual.

Ante tal panorama revisionista, caracterizado por la falta de uniformidad de criterios en relación con la noción jurídica contemporánea de autorización administrativa, parece más oportuno defender la tendencia doctrinal que apuesta por la concepción amplia de autorización administrativa. En tal

sentido, tal formulación es capaz de explicar la diversidad de tipologías que hoy se advierten de la técnica autorizatoria en los ordenamientos jurídicos foráneos, sin recurrir a explicaciones restrictivas y sin plantear una división de la figura sobre la base de unas supuestas diferencias entre la autorización propiamente dicha, y demás actos administrativos reflejo de las manifestaciones discrecionales de la propia técnica, como es el caso de las licencias y permisos, lo cual tiende a crear más problemas teóricos que soluciones; si se tiene en cuenta que la previsión normativa de la técnica iusadministrativa ha estado caracterizada por una variedad de regímenes jurídicos, plagados de una clara dispersión y particularismo en su configuración, lo cual, al no respetar un criterio ordenado y coherente, dificulta la formación de un criterio universal en torno a la noción jurídica de la figura.

Por tanto, resulta más idóneo plantear la diversidad de tipos autorizatorios desde la óptica de su pertenencia al mismo acto administrativo: la autorización, lo cual contribuye a la configuración de un régimen jurídico que dota a la técnica de mayor eficacia en el escenario interventor actual, ante la posibilidad de poder identificar un conjunto de reglas comunes que pueden ayudar al proceso de interpretación de la norma jurídica y con ello colmar las lagunas que esta pudiese tener en materia autorizatoria.

En dicha concepción han de permanecer dos presupuestos extraídos de la construcción clásica de la figura, que hoy todavía desempeñan un papel importante en el entendimiento del procedimiento autorizatorio. Por un lado, debe permanecer el dato de la existencia de una prohibición relativa previa, que actúa sobre actividades que la norma considera propias de los particulares, pues a los fines del control administrativo, justifica la intervención de la Administración en la esfera jurídica del particular y permite distinguir la autorización de la concesión administrativa.⁸¹ No obstante, tal aspecto, de cara a su relación con el acto administrativo de autorización, también queda matizado en lo que respecta a su alcance.⁸²

⁸¹ Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, II, ob. cit., p. 137.

⁸² En este punto debe tenerse en cuenta que si la actividad interventora de la administración ha dejado de ser estrictamente policial, o como lo hace notar GORDILLO, ha dejado de ser "solamente prohibitiva" en el sentido más estricto de la palabra. Ver GORDILLO A., Agustín, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, pp. 537-538. Por ende, la autorización ya no se limita a ser la contrapartida de una mera prohibición relativa de actuación, *stricto sensu* o formal, como propusiera MAYER. Ver MAYER, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, t. II, ob. cit., p. 63. En la actualidad, si se tiene en cuenta la finalidad instrumental de la autorización administrativa de cara a la garantía del interés general, esta, más allá de cómo se configure luego cada tipo autorizatorio, opera más bien como la contrapartida de una prohibición relativa de hacer sin cumplir determinados requisitos establecidos por la ley y en el propio título. Ver MARCONDES MARTINS, Ricardo y Ana Claudia SANTANO, "Una lectura neoconstitucional de la teoría del poder de policía", en

De igual forma, en el seno de tal formulación debe persistir la idea del derecho que preexiste en la esfera jurídica de los particulares, aunque con la salvedad de que tal elemento quedaría limitado a la operatividad de ciertos tipos de autorizaciones; concretamente a las de carácter reglado, toda vez que en ellas la actuación de la Administración va dirigida, sin más, a verificar que la actuación que pretende realizar el sujeto interesado cumple con los requisitos legales impuestos por la norma jurídica y una vez comprobados, el propio ente público tiene la obligación de consentir la realización de la pretendida actividad. Esta dinámica responde, de forma indiscutible, a que en la esfera jurídica del particular existe un derecho subjetivo preexistente que obliga a un pronunciamiento positivo por parte de la Administración Pública si se cumplen las exigencias establecidas por la disposición jurídica aplicable. En cambio, en los tipos autorizatorios de carácter discrecional, como se ha propuesto, no es dable afirmar la existencia de un derecho subjetivo previo, sino, más bien, una declaración genérica de capacidad tutelada por el ordenamiento jurídico: un interés legítimo, en vista de que la acción administrativa va dirigida a programar, planificar u orientar la actividad que el sujeto interesado pretende realizar, antes y después de consentir su realización, lo cual desvanece la idea de un derecho subjetivo previo que se ejerce en régimen de libertad. O sea, bajo el sello de la noción jurídica amplia de autorización administrativa se seguiría afirmando la existencia de un derecho subjetivo previo, pero ya no como el aspecto definitorio de la estructura teórica de la propia figura; visto que ya no puede desempeñar el mismo rol, por entrar en abierta contradicción con los nuevos derroteros que el intervencionismo administrativo le impuso a la autorización y al posicionamiento jurídico del sujeto autorizado antes y después del otorgamiento del título.

De conformidad con los análisis realizados, la configuración de una noción jurídica amplia de autorización administrativa responde a los siguientes aspectos teóricos esenciales: a) es una técnica de limitación administrativa; b) es un título habilitante que se concreta en una decisión de la Administración; c) es un acto administrativo; d) su obtención presupone el desarrollo previo de un procedimiento de control administrativo de carácter negativo o positivo, según sea el caso; y e) tiene como finalidad la compatibilización de las situaciones

Revista de Investigações constitucionais, vol. 3, No. 2, maio-agosto, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016, pp. 95-95. Puesto que la autorización es más que un acto de control previo de carácter negativo dirigido a la mera remoción de límites. Recuérdese que su ámbito de actuación se extiende en la actualidad a la regularización u ordenación positiva de la actividad autorizada, elevando así el nivel de incidencia que se vierte sobre la actuación que se pretende llevar a cabo por el particular interesado. Ver SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel y Juan Vicente GARCÍA MANJÓN, “De la concesión...”, ob. cit., p. 248 y ss. Estos argumentos justifican su caracterización como técnica jurídica propia de la actividad administrativa de limitación, como categoría general.

jurídicas activas de los particulares con el interés público afectado; de forma tal que se proponga como noción jurídica de autorización administrativa la siguiente: título habilitante mediante el cual, y en virtud de una potestad de intervención legalmente atribuida a la Administración Pública, se habilita al particular para el ejercicio de una situación jurídica activa que se encuentra dentro de su esfera jurídica de actuación, aunque inicialmente prohibida con fines de control administrativo de su ejercicio, luego de compatibilizar dicha actuación con el interés público afectado.

Apuntes sobre la configuración jurídica del principio de precaución ambiental

Yaraí TOLEDO BARRIOS*

“En prever está todo el arte de salvar”.

José MARTÍ

“La lección de un viaje”, en *Patria*, edición 79, New York, septiembre 23 de 1893.

I. Glosas introductorias

La historia de las relaciones entre el hombre, la naturaleza y la tecnología es pródiga en muestras tanto de miedos infundados como de expectativas desmedidas, en cuanto a los efectos del desarrollo tecnológico sobre el ambiente y la salud. Si bien en un primer momento el hombre debió preocuparse exclusivamente por los peligros naturales, sus propias acciones le han impuesto enfrentarse a otros temores, los derivados de los descubrimientos científicos, las nuevas tecnologías y la industrialización. Como se ha dicho:

“Antes el riesgo advenía, ahora estamos situados en el riesgo como un estilo de vida. Así, antes el riesgo era considerado un objetivo a calcular –gestión, pólizas– y a describir con métodos prospectivos [...]. Ahora el riesgo constituye el punto de partida de toda situación y reflexión”.¹

De esta manera, nos encontramos ante lo que BECK denominó “modernidad reflexiva”, una peculiar etapa de la sociedad moderna determinada, no por la seguridad y la certeza sino por la contingencia y el riesgo.² Para BECK “[...] la sociedad del riesgo no es una sociedad revolucionaria, sino más bien una sociedad de las catástrofes. En ella, el estado de excepción amenaza con convertirse en el estado normal”.³ Se trata de riesgos que surgen en el saber y en el saber pueden ser reducidos, engrandecidos o eliminados. Su origen

* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo. Profesora de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. E-mail: yarai@lex.uh.cu

¹ BUXÓ REY, María Jesús, “Bioética y Ecología: Perspectivas de contraste ante el riesgo ecológico”, en María Jesús Buxó Rey y María Casado (coords.), *Riesgo y precaución. Pasos hacia una bioética ambiental*, Publicacions de la Residència d'Investigadors, Barcelona, 2005, p. 11.

² BECK, Ulrich, *La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Madrid, 1998, p. 19.

³ *Ibidem*, p. 87.

ya no está en la ignorancia ni en un dominio deficiente de la naturaleza, sino en el perfeccionado, ni en la falta de acción humana, sino precisamente en las decisiones y restricciones establecidas en la época industrial.⁴ Ante una sociedad infaliblemente dependiente de la técnica y dominada por esta, la necesidad de hacer frente a los riesgos tecnológicos se ha hecho cada vez más latente, convirtiéndose en una cuestión de interés para los Estados y, consiguientemente, objeto de atención por el Derecho.

Así, frente el desafío constante que supone la sociedad del riesgo, el Derecho ambiental ha resultado piedra angular en la gestión de este elemento consustancial a nuestro tiempo. Esta joven rama del Derecho, que aunque en sus primeras manifestaciones se configuró como un Derecho “reactivo”,⁵ en su configuración actual puede afirmarse que atiende en mayor medida a prever y evitar los posibles efectos dañosos sobre el ambiente. Ello significa que el Derecho del ambiente, en su dinámica línea de evolución se ha preocupado no solo por reaccionar ante los daños concretos que se le han infligido al bien jurídico objeto de tutela, sino que ha diseñado mecanismos que permiten anticiparse a la ocurrencia efectiva de estos. Es así que se ha configurado la prevención como un rasgo característico de esta rama y a su vez como un principio informador de las disposiciones jurídicas ambientales, el cual opera siempre que se conozca de la posibilidad real de ocurrencia de lesiones al medio ambiente. Sin embargo, el Derecho ambiental no ha podido conformarse con activar sus mecanismos solo cuando existe conocimiento científico sobre la probabilidad de ocurrencia de daños, sino que ha tenido que dar respuestas ante los tantos riesgos inciertos que hoy son consustanciales a la sociedad postindustrial.

Se nos presenta un desafío de incalculable dimensión y es el de decidir en la incerteza, al no poder determinar nexo causal entre la actividad y el resultado dañoso, ni poder conocer la magnitud del daño o la probabilidad de que ocurra. Se trata entonces de uno de los grandes retos a los que se ha tenido que enfrentar el Derecho ambiental en su corta vida, buscar una respuesta anticipada en aquellos casos donde el conocimiento científico no ha podido aun despejar ciertas incógnitas en cuanto a la causalidad, características, magnitud y probabilidad de riesgos potencialmente graves, difícilmente previsibles y cuantificables. De esta manera ha debido romper con algunos dogmas,

⁴ *Idem*, pp. 51, 84 y 237.

⁵ *Vid.* MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Trivium, Madrid, 1991, p. 93; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Derecho Ambiental. Fundamentación y Normativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 50; ALMEIDA CAETANO, Matheus, “A conservação da biodiversidade e o tratamento das mudanças climáticas pelo estado de direito ambiental brasileiro: para além do programa de decisão da precaução”, en José Rubens Morato Leite, Helene Sivini Ferreira y Matheus Almeida Caetano, *Repensando o Estado de Direito Ambiental*, Coleção Pensando o Direito no Século XXI, vol. III, Fundação Boiteux, Florianópolis, SC, 2012, pp. 248-259.

incluso aplicar reglas de forma inversa, y en este caso concreto, se aprecia el giro necesario que ha debido experimentar al tener que operar ya no solo en la certeza sobre la que tradicionalmente se ha erigido el Derecho, sino sobre la incertidumbre, aportando herramientas para el gobierno de lo incierto. La posibilidad de adaptarse a las nuevas exigencias de una sociedad moderna, no quedándose estático, es lo que ha permitido que el Derecho ambiental pueda brindar al juez y a las Administraciones públicas soluciones coherentes para orientar la gestión pública ambiental cuando la ciencia no ha sido suficiente.

Si bien en determinado momento de la evolución de la sociedad se defendió la idea del conocimiento científico como veraz e irrefutable, tal como lo manifestó DESCARTES: “Toda ciencia es un conocimiento cierto y evidente”,⁶ hoy lo que no alberga lugar a dudas es que la incertidumbre científica se corona como protagonista de los tiempos que corren. La complejidad de la tecnología crece cotidianamente, de forma tal que las normas jurídicas se ven superadas por esta al igual que quienes la aplican y ello, en muchas ocasiones, se debe a la ausencia de conocimiento científico o que este es limitado, y no es suficiente aún para dar respuesta al problema concreto. Se impone la necesidad de transitar de los mecanismos clásicos de la prevención a herramientas novedosas que permitan evaluar con cautela y proporcionar respuestas de modo anticipatorio ante situaciones de incertidumbre.

Ello ha requerido de una suerte de “innovación” por parte del Derecho, lo que ha derivado en acoger en su seno a la precaución como principio jurídico, con lo que ha puesto al servicio del legislador, de la Administración Pública y de los tribunales, un instrumento novedoso, desconcertante, capaz de evitar que la incertidumbre científica nos lleve a la incertidumbre jurídica. No en vano esta rama jurídica, encomendada hacia la tutela del ambiente, ha sido llamada revolucionaria,⁷ pues ha exigido cambios en el Derecho, nuevos métodos, nuevos principios e institutos, que demandan del operador jurídico una metamorfosis profunda. La precaución permite hacer frente a uno de los más grandes retos que se le ha presentado a esta disciplina jurídica, y es la gestión de una realidad científicamente incierta, pues la incertidumbre está en la esencia misma del conocimiento científico.

Hoy la necesidad de optar por la precaución es manifiesta y ello se refleja en los tantos riesgos a los que se encuentran expuestos el hombre y el ambiente, a partir del desarrollo de la biotecnología, de la producción farmacéutica y

⁶ DESCARTES, René, *Reglas para la dirección del espíritu*, Estudio Introductorio por Cirilo Florés Miguel, traducción y notas de Luis Villoro, Gredos, Madrid, 2012, p. 5.

⁷ Vid. PIGRETTI, Eduardo A., “El Derecho Ambiental como revolución social político jurídica”, en *Revista Jurídica La Ley*, Año LXVIII, No. 187, septiembre 2004, Thomson Reuters, Buenos Aires, p. 69, disponible en <http://biblioteca.calp.org.ar/meran/opac-detail.pl?id1=71076> [consultado 5/11/2020, 3:05 p.m.].

alimentaria, las telecomunicaciones, la genética, la industria química, biológica y nuclear, entre otras esferas. Se trata entonces de que el arquitecto de la ley se inspire en la precaución, de tal forma que quede contenida en ella, para que pueda fungir como guía de aplicación del Derecho, como pauta argumentativa e instrumento de interpretación para los aplicadores del mismo. La incertidumbre y el riesgo son elementos consustanciales al Derecho ambiental y a la sociedad postindustrial, donde la certeza sobre la que ha venido operando el Derecho tradicional en muchas ocasiones se quiebra, y es ahí donde adquiere relevancia jurídica dicho principio –se trata del aporte de la ciencia jurídica para el gobierno de lo incierto–.

Sin embargo, al ser un principio con cierto grado de novedad, diseñado para operar en un escenario de incertidumbre científica, ha sido un tanto controvertido lograr una definición homogénea sobre este, así como definir el contenido que lo informa. No obstante la necesidad perentoria de dejar en claro lo relativo a estos particulares, la doctrina, el legislador y la jurisprudencia no han llegado a consenso sobre ello, por lo que hemos considerado necesario dirigir nuestra investigación a la precisión de tales elementos, dado que ello significa delimitar su ámbito de aplicación y con ello evitar que se utilice la precaución para perseguir fines paralelos a la protección del ambiente y la salud, como: amparar posturas estatales proteccionistas, crear cortapisas en el comercio y limitar derechos ciudadanos; de ahí la necesidad de prever límites concretos en su aplicación.

II. Un acercamiento a las problemáticas relativas a la conceptualización y delimitación del contenido del principio de precaución

El empeño en lograr consolidar un estudio teórico sobre el principio de precaución ha sido una ardua tarea de los que, a lo largo su evolución, se han enfrascado en tornarlo operativo. Si bien el principio precautorio está presente en disímiles tratados internacionales y en legislaciones nacionales, lo cual muestra cierto consenso y aceptación, desde el punto de vista teórico, variadas son las consideraciones sobre este. Con ello se quiere significar que la mayoría de los instrumentos jurídicos se han limitado a esbozar el principio, sin conceptualizarlo al menos, e incluso sin llegar a lograr homogeneidad en ello. De esta manera, el principio de precaución ha adolecido de la ausencia de una configuración normativa fortalecida, que sirva de sustento a su aplicación, argumento este que ha sido utilizado para negar su trascendencia jurídica.

Los debates asociados al principio de precaución versan sobre la necesidad de lograr su conceptualización, de dotarlo de contenido al establecer sus elementos configuradores, así como la importancia cardinal de prever límites en su

aplicación dados los peligros que entraña. Estos reclamos que desde el punto de vista teórico se vislumbran encuentran origen en las propias dicotomías que se presentan entre el legislador y los operadores del Derecho, donde, aun cuando es clara la intención del primero, al reconocer a la precaución como un auténtico principio jurídico, en muchas ocasiones positivado, se observan reticencias en cuanto a su aplicación, alegando la falta de precisión sobre el mismo.

Así, el principio de precaución ha estado matizado por la indeterminación del contenido que lo informa, la gran mayoría de los autores no han contemplado un concepto al respecto y salvo ciertas excepciones, los numerosos textos jurídicos que lo recogen no terminan de dejar en claro su alcance. Sin dudas, la doctrina y el legislador han sido esquivos a la hora de definir al principio de precaución.⁸ Ello en gran medida denota la urgencia de reformular la configuración tanto teórica como normativa del principio de precaución, en aras de alcanzar aquiescencia en su utilización, tan necesaria en la sociedad actual, donde cada día ganan mayor terreno las situaciones de riesgo incierto.

Se trata de un principio que ha demostrado ser acogido en el ámbito normativo y jurisprudencial,⁹ y también en el plano teórico,¹⁰ aunque

⁸ MOYA MARCHI, Francisca, *El Principio de Precaución*, Premio Tribunal Constitucional 2013, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, No. 52, Año 2013, Santiago de Chile, 2013, p. 168.

⁹ El principio precautorio ha tenido un aliado en la jurisprudencia, puesto que se ha hecho latente en la labor pretoriana de diversos tribunales. Algunos ejemplos que así lo demuestran lo constituyen: Decisión No. 194348 del Conseil D'Etat francés, de 25 de septiembre de 1998, "Greenpeace-Francia", disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008006411> [consultado 6 de noviembre de 2019, 4:35 p.m.]; Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 5 de mayo de 1998, National Farmers' Union, Asunto C-157/96, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61996CJ0157&from=FR> [consultada 2 de octubre de 2019, 3:05 p.m.]; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPI) de 26 de noviembre de 2002, Artogodán y otros/Comisión, Asuntos acumulados (T-74/00, T-76/00, T-83/00 a T-85/00, T-132/00, T-137/00 y T-141/00 Rec.p II-4945), disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000TJ0074&rid=7> [consultado 2 de octubre de 2019, 3:15 p.m.]; Sentencia del TJCE de 21 de marzo de 2000, Greenpeace France y otros, Asunto C-6/99. Rec.p I-1651, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0006&rid=19> [consultado 8 de noviembre de 2019, 1:25 a.m.].

¹⁰ Vid. DE SADELEER, Nicolas, *Le principe de précaution dans le monde. Le principe de précaution en droit international et en droit de l'Union européenne*, Fondation pour l'innovation politique et Fondation Jean-Jaurès, Paris, 2011; DE FUR, Peter L. and Michelle KASZUBA, "Implementing the precautionary principle", in *The Science of the Total Environment*, No. 288, 2002, Elsevier, Virginia, pp. 155-165, disponible en http://www.usask.ca/biology/312/precautionary_principle.pdf [consultado 4/5/2021]; REBOLLEDO AGUIRRE, Sebastián, "La relación entre los riesgos, la precaución y la responsabilidad en los daños al medio ambiente por la liberación de organismos genéticamente modificados", en *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, Año I, No. 1, mayo, Palermo, 2012, disponible en <https://www.palermo.edu/>

en este último, dadas las imprecisiones antes señaladas, ha encontrado detractores.¹¹

En este sentido, se hace necesario reconocer que han emergido ciertas críticas sobre la precaución como principio jurídico, las cuales han estado alentadas tanto por los límites que puede imponer su aplicación a los derechos fundamentales, a la libertad de empresa, al comercio internacional y también, fundadas en las propias imprecisiones heredadas de las insuficiencias que caracterizan su consagración normativa tanto en la esfera internacional como nacional.

En cuanto a la primera de las cuestiones, ELLIS y FITZGERALD, sin ánimo de desvirtuar el principio, llaman la atención sobre sus potencialidades y a la vez sobre los temores que encierra. Dichos autores reconocen que el principio de precaución, como todos los principios, tiene sus beneficios e inconvenientes, los que no pueden entenderse fácilmente en abstracto, por lo que su capacidad para la resolución de problemas depende mucho más de los procesos particulares en los que se asume que de sus características inherentes. A su vez se refieren a los peligros que de él emanan, dado que el principio, concebido para la toma de decisiones en condiciones de incertidumbre, se ha convertido en una fuente de mucha incertidumbre y los debates sobre su estatus y significado permanecen, así como los temores sobre sus implicaciones para el comercio, la industria tecnológica, la agricultura.¹²

derecho/revistaderechoambiental/pdfs/REV1-2012-Derecho_Ambiental_06.pdf [consultado 8/3/2021, 7:50 a.m.]; ZACCAÏ, E. et J.-N. MISSA (éds.), *Le principe de précaution: significations et conséquences*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000.

¹¹ Vid. SUNSTEIN, Cass R., "Beyond the Precautionary Principle", in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151:1003, 2003, Pennsylvania, Penn Law, pp. 1003-1058, disponible en https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3241&context=penn_law_review [consultado 19/4/2021, 9:00 p.m.]; WILDAVSKY, Aaron, "But is it true? A Citizen's Guide to Environmental Health and Safety Issues", en *Journal of Public Policy*, vol. 15, No. 3, septiembre 1995, Cambridge University Press, pp. 299-301, disponible en <https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-public-policy/article/abs/aaron-wildavsky-but-is-it-true-a-citizens-guide-to-environmental-health-and-safety-issues-cambridge-ma-harvard-university-press-1995/796924F3C2CC6400E1A46CF16F8EF25E#> [consultado 19/4/2021, 10:00 p.m.]; MARCHANT, Gary, et al., "Impact of the Precautionary Principle on Feeding Current and Future Generations", en *Council for Agricultural Science and Technology*, Issue Paper 52, junes, 2013, Carol Gostele, Managing Scientific Editor, Ames, Iowa, pp. 5-13, disponible en <https://www.semanticscholar.org/paper/Impact-of-the-Precautionary-Principle-on-Feeding-Felsot/58c3800ff2cb02e88b2a2884c71c6c8e0af9fd16> [consultado 20/4/2021, 1:27 a.m.]; GROS, Manuel et David DEHARBE, "La controverse du principe de précaution", *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, No. 3, mai-juin 2002, Université de Lyon, pp. 836-840, disponible en <https://soporte.dialnet.unirioja.es/portal/es/kb/articulos/acceso-a-documentos-a-texto> [consultado 19/4/2021, 9:05 p.m.].

¹² ELLIS, Jaye and Alison FITZGERALD, "The Precautionary Principle in International Law: Lessons from Fuller's Internal Morality", in *Revue de droit de McGill*, No. 49 2004, McGill Law Journal, p. 781.

Referido a la segunda de las cuestiones, según REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO:

“Ensalzado o denostado, del principio de precaución se han dicho muchas cosas: se le ha considerado revolucionario, subversivo, novedoso, democrático o peligroso. Pero todo ello sin definirlo ni mostrar su contenido y alcance con precisión [...]. [...] se ha hecho habitual afirmar que el principio de precaución no tiene un contenido exacto ni admitido por todos, que no se deja definir ni encerrar dentro de límites precisos. Probablemente haya algo de esto y quizá esa característica sea esencial a su propia naturaleza y grado de abstracción. Tal vez, por el contrario, el origen de las dificultades esté en que algunos quieren hacer decir al principio más de lo que dice, aunque sea incluso para desactivarlo”.¹³

Ciertamente, se trata de un principio sobre el cual se han generado debates no pacíficos y aún no zanjados del todo, máxime cuando no se han alcanzado criterios unánimes a nivel doctrinal, legislativo y jurisprudencial. Sin embargo, nos parece sumamente radical el hecho de llamar a la precaución un principio carente de sustancia, así como opacar su autonomía. Negar el contenido propio del principio de precaución significa desconocer toda la jurisprudencia que al respecto se ha generado, no solo en el ámbito de la Comunidad Europea, sino también por tribunales nacionales, los cuales han venido perfilando el contenido del principio de precaución, de naturaleza tan controvertida. Igualmente, desconocer la existencia *per se* del principio precautorio no encuentra cabida si se tiene en cuenta la ausencia de mecanismos que permitan proteger bienes jurídicos como la vida, la salud o el ambiente ante situaciones de incertidumbre científica, frente a lo cual el principio de prevención resulta inoperante.

Como se apuntase en líneas anteriores, es cierto que no se ha llegado a una definición homogénea sobre el principio de precaución y que su contenido aún continúa perfilándose al calor de los teóricos, la labor jurisprudencial y legislativa, sin embargo, ello ocurre de igual manera con la mayoría de los principios e instituciones jurídicas que todavía no alcanzan madurez teórica, pero ello no es óbice, a nuestro juicio, para desechar la función que este cumple en la sociedad del riesgo. Llama la atención cómo, incluso, los que se oponen¹⁴ a la aplicación del principio y le restan significación, tampoco han

¹³ REBOLLO PUIG, Manuel y Manuel IZQUIERDO CARRASCO, “El principio de precaución y la defensa de los consumidores”, en *Documentación Administrativa*, No. 265-266, enero-agosto 2003, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 186-187, disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/5598/5651> [consultado 27/4/2021, 3:27 p.m.].

¹⁴ Varias críticas pueden encontrarse en: PÂQUES, Michel, “La précaution en droit administratif”, en *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3, december 2007, pp. 5 y 6, disponible en <http://www.ejcl.org> [consultado 8/3/2021, 2:00 p.m.]; BENEDICTIS, Leonardo DE, “El principio

brindado una definición al respecto ni aportan a la configuración teórica de su contenido, más allá de críticas radicales. Se trata entonces, no de negar su operatividad como principio jurídico, sino de delimitarlo en función de evitar que se convierta en un arma peligrosa, legitimadora de actuaciones arbitrarias, lesiva de derechos individuales; la determinación de su contenido demostrará las potencialidades que el principio de precaución posee cuando de protección del ambiente y de la salud se trata.

Igualmente, no existe homogeneidad en cuanto a la denominación del principio en estudio, los instrumentos internacionales y las legislaciones nacionales utilizan variadas denominaciones¹⁵ para hacer referencia a la precaución. Es

precautorio y la defensa del ambiente. Consideraciones para su aplicación”, *Memorias 6° Encuentro Internacional de Derecho Ambiental*, Foro Consultivo Científico y Tecnológico, A.C., México DF, 2008, pp. 173 y 174; ARTIGAS, Carmen, *El principio precautorio en el derecho y la política internacional*, Editorial CEPAL, Serie Recursos naturales e infraestructura, No. 22, Santiago de Chile, 2001, pp. 17-18.

¹⁵ Esta diversidad de denominaciones puede ser contrastada en los instrumentos internacionales y legislaciones nacionales: Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), adoptado en Río de Janeiro, Brasil, el 05 de junio de 1992. Preámbulo, párrafos séptimo y noveno, disponible en <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es> [consultado 18 de octubre de 2019, 10:28 a.m.]; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, adoptado en New York, Estados Unidos, el 9 de mayo de 1992, artículo 3, disponible en <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp> [consultado 18 de octubre de 2019, 10:30 a.m.]; Código de conducta para la pesca responsable, adoptado en Roma, Italia, el 31 de octubre de 1995, artículo 6.5. Disponible en: <http://www.fao.org/3/a-v9878s.pdf>, consultado 18 de octubre de 2019, 10:20am; *Ministerial Declaration of the Second International Conference on the Protection of the North Sea, London, 24-25 November 1987*, disponible en <https://seas-at-risk.org/old/1images/1987%20London%20Declaration.pdf> [consultado 13/4/2021, 5:45 p.m.]; *Ministerial Declaration of the Third International Conference on the Protection of the North Sea, The Hague, 8 March 1990*, disponible en <http://www.vliz.be/imisdocs/publicaciones> [consultado 13/4/2021, 5:45 p.m.]; “Tratado de la Unión Europea”, versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 7 de junio de 2016, artículo 191.2, [disponible en <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6...1> [consultado 12/2/2019, 10:00 a.m.]; *Charte de L’environnement* de 2004, integrada a la *Constitution de la République française* de 1958 en 2005, disponible en www.conseil-constitutionnel.fr/root/bank_mm/espagnol/carta_del [consultado 24 de septiembre de 2019, 11:40 a.m.]; Constitución de la República de Ecuador, 2008, disponible en https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf [consultado 20 de noviembre de 2018, 9:50 a.m.]; Code de l’environnement français, 2000, última modificación 06/09/2019, disponible en codes.droit.org/CodV3/environnement [consultado 24 de septiembre de 2019, 11:25 a.m.]; Ley No. 64-00, “Ley General sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales”, de 18 de agosto de 2000, República Dominicana, disponible en www.vertic.org/media/Dominican_Republic/DO_Ley_General_sobre... [consultado 19 de octubre de 2019, 10:34 a.m.]; Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, No. 36, 22 febbraio 2001, disponible en https://www.architettrapani.it/pro_data/legge36 [consultado 24 de septiembre de 2019 11:10 a.m.]; Ley No. 21, “De evaluación ambiental”,

así que se utilizan términos como enfoque,¹⁶ medidas, criterio, principio, entre otras, sin embargo, ello no ha hecho variar su significado. En este sentido, TROUWBORST ha señalado que la variedad de definiciones responde a una intencional confección a medida de conveniencia y oportunidad y que las distintas expresiones contenidas en los instrumentos jurídicos para referirse a la cautela (enfoque, actitud, idea, acción, principio) carecen de importancia en la práctica, ya que no han puesto en evidencia uniformidad de percepción en las distinciones.¹⁷

En aras de adentrarnos en el contenido del principio precautorio, se hace necesario partir de una definición de este, y si bien es cierto que existen múltiples referencias¹⁸ al respecto, tal y como se ha hecho saber *supra*, no se ha alcanzado una aceptación generalizada por los teóricos del tema, lo cual nos obliga entonces a decantarnos por alguno de los intentos de conceptualización aportados en los instrumentos internacionales que han reconocido el principio en cuestión. Es así que tomaremos como referencia el reconocimiento que del principio de precaución se ha hecho en dos instrumentos jurídicos, dígase la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, clasificada como “el aval internacional más significativo del principio de precaución”¹⁹ y la Declaración de *Wingspread* sobre el Principio de Precaución.²⁰ Para la selección de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo como

de 9 de diciembre de 2013, España, disponible en <https://www.boe.es> > buscar > pdf > BOE-A-2013-12913-consolidado [consultado 19 de octubre de 2019, 9:10 a.m.], entre otras.

¹⁶ Según la UNESCO, aunque existe una cierta polémica sobre el sentido de las expresiones principio y criterio en cuanto a la precaución, en general se emplea principio como fundamento filosófico de la precaución y criterio cuando se trata de su aplicación práctica. Por tanto, en la mayoría de los casos los términos estarán estrechamente vinculados. *Vid.* UNESCO, *Informe del Grupo de Expertos sobre...*, ob. cit., p. 22.

¹⁷ *Vid.* TROUWBORST, Arie, *Precautionary Rights and Duties of States*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, pp. 21-161, traducción de la autora.

¹⁸ En la gran mayoría de las investigaciones consultadas en la realización de esta investigación sobre el principio de precaución no se aporta una definición propia de los autores sobre este, sino que se hace referencia a alguna de las menciones del principio en los instrumentos jurídicos internacionales.

¹⁹ PERCIVAL, Robert V., “Who’s Afraid of the Precautionary Principle?”, in *Pace Environmental Law Review*, vol. 23, No. 1, February 2006, Pace University, New York, p. 6, disponible en <https://ssrn.com/abstract=831824> [consultado 30/4/2021, 11:00 a.m.].

²⁰ Adoptada en 1998, esta Declaración es el resultado de la conferencia académica denominada: *Wingspread Conference on the Precautionary Principle*, que tuvo lugar del 23 al 25 de enero de 1998 en Wingspread, en Racine, Estado de Wisconsin, en la que participaron científicos, filósofos, juristas, funcionarios del gobierno, activistas comunitarios y miembros de asociaciones ecologistas de Estados Unidos, Canadá, Alemania, Gran Bretaña y Suecia. El objetivo que perseguían era definir el principio de precaución y discutir sobre la necesidad de su reconocimiento y aplicación, siendo esta Declaración el origen conceptual del principio de precaución. Disponible en www.rachel.org/?q=es/node/4738 [consultado 19 de febrero de 2019, 1:00 p.m.].

referente se han tenido en cuenta tres elementos, a saber: el carácter general de dicha declaración, la cual no se circunscribe a una esfera específica de protección del ambiente; la significación que ha tenido para el Derecho ambiental la Cumbre de Río, donde fue adoptada y, por último, el hecho de ser de las más recurrentes en estudios académicos referidos a esta temática. En el Principio 15 se establece: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.²¹

Igualmente, la Declaración de *Wingspread* tiene gran significación, por ser un instrumento dirigido específicamente a la definición del principio de precaución, que por primera vez se hacía en este ámbito y a su necesidad de reconocimiento y aplicación. En este sentido estableció: “Cuando una actividad amenaza con dañar la salud humana o el ambiente, deberían tomarse medidas precautorias; incluso si algunas relaciones entre causas y efectos no están totalmente establecidas científicamente. En este contexto el proponente de una actividad, más que el público, es quien debería cargar con las evidencias [concernientes a la seguridad, inocuidad y necesidad]”.²²

Es importante aclarar que el hecho de tomar como referentes estos instrumentos jurídicos no significa que las alusiones que en ellos se hace sobre el principio sean las más acertadas ni que puedan estar exentas de señalamientos. De hecho, GOLDSTEIN²³ llama la atención en cuanto a la fortaleza de la Declaración de *Wingspread* al ser más amplia, por no circunscribirse al ámbito de la protección del ambiente, además de no restringir el principio de precaución a las amenazas de daños graves e irreversibles y no hacer supeditar su aplicación al análisis costo-beneficio. Igualmente, CLARKE²⁴ considera una versión más fuerte la establecida en la Declaración de *Wingspread*, al prever expresamente la inversión de la carga de la prueba. Sin embargo, ambas referencias sobre el principio de precaución constituyen, a nuestro juicio, las más completas en relación con un intento de conceptualización.

²¹ Disponible en <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm> [consultado 29 de enero de 2020, 11:30 a.m.].

²² Párrafo quinto de la Declaración.

²³ GOLDSTEIN, Bernard D., “The Precautionary Principle: Is It a Threat to Toxicological Science?”, en *International Journal of Toxicology*, No. 25, November 2005, American College of Toxicology, Thousand Oaks, p. 3, disponible en <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1080/10915810500527051> [consultado 4/5/2021, 3:30 p.m.].

²⁴ CLARKE, Steve, “The Precautionary Principle and the Dual-Use Dilemma”, in Brian Rappert and Michael J. Selgelid (Eds.), *On the Dual Uses of Science and Ethics: Principles, Practices and Perspectives*, UNA E-Press, Canberra, p. 224.

III. Contenido del principio precautorio

Si algo caracteriza a la abundante doctrina que sobre el principio de precaución se ha generado, es el hecho de hacer énfasis en los elementos que lo configuran y lo tornan operativo. En gran medida se ha puesto mayor ímpetu en delimitar su contenido que en conceptualizarlo, para lo cual se han tomado como referencia los instrumentos internacionales que lo reconocen y la amplia jurisprudencia al respecto. Así, la delimitación del contenido de este principio gana cada vez mayor trascendencia al ser esta la vía más idónea para establecer su alcance y límites, pues atendiendo a que opera en un contexto de incertidumbre científica, las medidas precautorias pueden llegar a ser drásticas y colindar con la arbitrariedad. En los ordenamientos jurídicos que acogen a la precaución como principio, la determinación de su contenido se convierte en un imperativo para garantizar no solo la conservación del ambiente y la salud, sino para evitar el ejercicio abusivo de las potestades de los poderes públicos, con lo cual, a partir del esclarecimiento de los elementos configuradores de la precaución, quedan sometidos estrictamente en su actuación a su observancia.

En este sentido, es de suma importancia enfatizar en que el contenido del principio precautorio no se agota en la determinación de los presupuestos necesarios para su aplicación, sino que este queda arropado de un grupo de aspectos que, de conjunto con sus elementos esenciales, conforman el entramado precautorio. Ello responde a la necesidad imperiosa de consolidar la fisonomía propia del principio, puesto que limitarse solo a determinar los requisitos para su aplicación dejaría desprovisto de reglas a las autoridades una vez se decidan aplicar medidas basadas en la precaución. Es así que el principio de precaución se ha configurado teóricamente sobre la base de sus requisitos de esencia, las características que deben revestir las medidas que de su aplicación se derivan y los efectos de las mismas.

DRNAS DE CLÉMENT llama la atención en cuanto a la posible confusión entre los elementos esenciales y las condiciones y componentes de las medidas de aplicación del principio.²⁵ Por su parte, CIERCO SEIRA aprecia el contenido del principio precautorio de manera amplia, no lo circunscribe a sus presupuestos, sino que en él incluye además una definición precisa de las condiciones de aplicación del principio, requisitos y características que deben reunir las medidas precautorias, entre otras cuestiones.²⁶ Sin dudas la propia dinámica

²⁵ Tal el caso de la evaluación del riesgo, de la exigencia de proporcionalidad entre riesgo y medida cautelar, del deber de transparencia en la difusión de los riesgos potenciales de los productos y la toma de decisiones por parte de las autoridades, de la denominada inversión de la carga de la prueba. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (dir.), *El Principio de Precaución Ambiental. La práctica argentina*, LERNER Editora S.R.L, Córdoba, Argentina, 2008, p. 53.

²⁶ CIERCO SEIRA, César, "El Principio de Precaución: Reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos Comunitario y Español", en *Revista de Administración Pública*, No. 63, enero-abril

sobre la que se ha venido perfilando el principio de precaución ha establecido el imperativo de fijar su contenido, lo cual permite quede encuadrado en límites y propicia para la Administración un diálogo más adecuado con lo científicamente incierto.

El contenido del principio de precaución es una temática en la que, si bien se aprecian opiniones variadas, se ha logrado cierto consenso en cuanto a la necesidad de esclarecer tales elementos configuradores. Para ANDORNO:

“... resulta imprescindible precisar sus condiciones de aplicación, a fin de evitar que sea empleado abusivamente. Teniendo en cuenta las normas nacionales e internacionales que hacen referencia a él, pueden desde ya deducirse una serie de condiciones para su puesta en práctica: 1. Situación de incertidumbre acerca del riesgo; 2. Evaluación científica del riesgo; 3. Perspectiva de un daño grave o irreversible; 4. Proporcionalidad de las medidas; 5. Transparencia de las medidas; 6. Inversión de la carga de la prueba”.²⁷

Por su parte, BERIZONCE es del criterio que los elementos esenciales pueden reducirse a solo dos: la incertidumbre científica y el nivel de gravedad del daño, en tanto la exigencia de evaluación científica del riesgo se puede considerar inserta en el elemento de incertidumbre científica como en aquel otro de la magnitud o gravedad del daño, e identifica otros elementos calificados de accesorios por ANDORNO, como la inversión de la carga de la prueba y su concepción dinámica al momento de su evaluación.²⁸

De las referencias doctrinales anteriores se colige cierto consenso en cuanto a algunos de los elementos que determinan el principio en estudio, dígase la presencia de incertidumbre científica sobre el riesgo, evaluación científica, perspectiva de daño grave e irreversible y la inversión de la carga de la prueba. No obstante, otros autores, como es el caso de Patricia JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, consideran otros elementos constitutivos del principio de precaución; para esta autora

“... los elementos que vertebran el principio de precaución son: *la dimensión intertemporal, la falta de certidumbre científica absoluta del riesgo*

2004, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 102-122, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=904617> [consultado 7/5/2021, 7:40 p.m.].

²⁷ ANDORNO, Roberto, “Validez del principio de precaución como instrumento jurídico para la prevención y la gestión de riesgos”, en Carlos Romeo-Casabona (coord.), *Principio de Precaución, biotecnología y derecho*, Editorial Bilbao-Granada, Universidad Deusto/Comares, Bilbao, 2004, p. 23.

²⁸ BERIZONCE, Roberto O., “La incertidumbre científica como presupuesto del principio precautorio”, en *Anales*, No. 43, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P., La Plata, 2013, p. 247.

*ecológico pero con peligro de daño grave e irreversible y la adopción de medidas de precaución”.*²⁹

En esta línea de pensamiento, la aplicación del principio de precaución estaría condicionada a la existencia de cuatro elementos, de los cuales dos resultan novedosos con respecto a los autores antes citados. A saber, además de la recurrente situación de falta de certeza científica y la posibilidad de ocurrencia de daños graves e irreversibles, se refiere a riesgos a corto, mediano y largo plazo, vinculado ello al principio de desarrollo sostenible³⁰ en relación con la protección de las generaciones futuras. Un cuarto elemento se denomina medidas de precaución, elemento este que consideramos, más que un requisito esencial para su configuración, resulta inherente a la propia aplicación del principio en cuestión, la perentoriedad de adoptar medidas constituye una consecuencia directa de su observancia y no un presupuesto para su aplicación. Condicionar la adopción de medidas precautorias a la valoración de los costes, a nuestro juicio, puede poner en juego la eficacia del principio, puesto que se trata de enfrentar, en la mayoría de las veces, la protección ambiental a criterios económicos, enfrentamiento en el cual en la mayoría de las ocasiones la balanza se inclina a favor del proteccionismo económico. El criterio costo-beneficio³¹ puede convertirse en una justificación más para no aplicar la precaución ambiental. La valoración de los costos sociales, considero, es algo intrínseco a la propia preocupación por el ambiente y la salud, siendo ello un factor a tener presente en todas las medidas de esta naturaleza que adopte la Administración Pública. Con respecto a la condicionante referida a las “capacidades”, ciertamente cada Estado aplicará las medidas precautorias, al igual que lo hace con el resto de las medidas de protección ambiental, de conformidad con sus potencialidades y posibilidades, por lo que nos parece innecesario referirse a esa condicionante de forma específica para la aplicación de la precaución, máxime cuando esa condicionante, en gran medida resulta una constante que se refleja en muchos instrumentos internacionales de protección general del ambiente.

²⁹ JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia, “Análisis del principio de precaución en Derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea”, en *Política y Sociedad*, vol. 40, No. 3 2003, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, p. 15.

³⁰ Para profundizar sobre el principio de desarrollo sostenible *vid.* Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Informe “Nuestro Futuro Común o Informe Brundtlan”, 1987.

³¹ SACHS considera que el principio de precaución es más atractivo en contextos en los que el análisis costo-beneficio no es adecuado. *Vid.* SACHS, Noah M., “Rescuing the Strong Precautionary Principle from its Critics”, *UR Scholarship Repository*, School of Law, Law Faculty Publications, University of Richmond, 2011, p. 1291, disponible en <http://scholarship.richmond.edu/law-faculty-publications> [consultado 18/4/2021, 7:40 p.m.]; Sobre el análisis costo-beneficio y el principio de precaución: *vid.* CLARKE, Steve, “The Precautionary Principle...”, *ob. cit.*, pp. 223-226.

Avezados en el tema como LORENZETTI y BERBEROFF AYUDA parecen compartir un criterio homogéneo en cuanto a los elementos esenciales que justifican recurrir a la aplicación del principio de precaución. Para estos doctrinarios, la incertidumbre científica y la amenaza de daño grave e irreversible constituyen caldo de cultivo para el principio de cautela. El primer autor reconoce la existencia de amenaza de daño grave o irreversible como primer requisito y la incertidumbre científica como segundo requisito, puesto que el daño potencial derivará de un fenómeno que, aunque ya identificado, la evaluación científica no permite evaluar el riesgo con suficiente exactitud.³² Por su parte, BERBEROFF AYUDA afirma que:

“A estos efectos, destacaremos como presupuestos básicos para su aplicación, la incertidumbre científica (existente tras una previa evaluación lo más completa posible de los riesgos) y lo que denominaremos riesgo grave inaceptable, y por ende no permitido, ingredientes éstos que han provocado un auténtico cambio de actitud en el ámbito de políticas, con una proyección clara en el ámbito de la salud y medio ambiente”.³³

Aunque se ha podido apreciar variedad de criterios doctrinales en cuanto a los elementos esenciales que dan lugar al principio de precaución, los dos presupuestos antes mencionados (incertidumbre científica acerca del riesgo y amenaza de daño grave e irreversible)³⁴ se erigen denominador común dentro de tal diversidad.

De igual manera que la doctrina, la jurisprudencia ha contribuido efectivamente a precisar tales presupuestos. En este sentido resultan muy ilustrativas la STJCE *National Farmers' Union*, y la STJCE Reino Unido/Comisión, ambas de 5 de mayo de 1998, relativas a la llamada “crisis de las vacas locas”. En la

³² LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del Derecho Ambiental*, Porrúa, México DF, 2008, pp. 88 y 91.

³³ BERBEROFF AYUDA, Dimitry, “Incertidumbre científica y riesgo: Cinco ideas-fuerza a propósito del principio de precaución”, en Dimitry Berberoff Ayuda (dir.), *El principio de precaución y su proyección en el Derecho administrativo español*, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada, Madrid, 2005, p. 28.

³⁴ Otros autores también coinciden al defender ambos elementos como esenciales en la configuración del principio de precaución. Vid. WALLACE HAYES, A., “The Precautionary Principle”, in *Archives of Industrial Hygiene and Toxicology*, No. 56, 2005, Europe PMC, Reino Unido, p. 162, disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/14375077.pdf> [consultado 30/4/2021, 1:05 p.m.]; ARTIGAS, Carmen, *El principio...*, ob. cit., p. 14; RODRÍGUEZ, Hannot, “Riesgo y principio de precaución. Hacia una cultura de la incertidumbre”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, No. 13, 2003, Institut de Seguretat Pública de Catalunya, Catalunya, pp. 149 y 150, disponible en <https://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/view/133172> [consultado 8/3/2021, 3:38 p.m.]; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Responsabilidad civil y transgénicos”, en María Jesús Buxó Rey y María Casado (coords), *Riesgo y precaución. Pasos hacia una bioética ambiental*, Publicacions de la Residència d'Investigadors, Barcelona, 2005, p. 165; ALMEIDA CAETANO, Matheus, “A conservação da biodiversidade”, ob. cit., p. 253.

primera sentencia, al pronunciarse el Tribunal sobre el motivo basado en la violación del principio de proporcionalidad, parte de la decisión quedó justificada en los elementos esenciales del principio de cautela.³⁵ En la STJCE Reino Unido/Comisión, igualmente quedan reflejados los presupuestos de esencia de la precaución, en este caso en relación con la motivación de la medida de prohibición de las exportaciones procedentes del Reino Unido.³⁶ Aunque aún en este momento, el TJCE no llamó al principio por su nombre, no cabe lugar a dudas que hizo referencia al mismo, con lo cual en ambos fallos se acogió de forma expresa y decidida un principio jurídico que se había aplicado, tal vez, inconscientemente con anterioridad.³⁷

La contribución de los tribunales en favor de lograr una mayor precisión en cuanto a los elementos que justifican la aplicación del principio de cautela también se aprecia en Latinoamérica. Así, la Corte Constitucional de la República de Colombia en su Sentencia C-293/02,³⁸ de 23 de abril de 2002, se pronuncia al respecto por motivo de conocer de una demanda donde se alega la inconstitucionalidad de las normas que establecen el principio de precaución. En este sentido la Corte Constitucional, en su decisión dejó claro la concordancia necesaria en la aplicación del principio de cautela con la Constitución, las políticas y ley ambiental, así como la exigencia de fundamentar la decisión, para lo cual hizo énfasis en los elementos que motivan la adopción del principio.³⁹

³⁵ Dicho tribunal estableció: “En el momento en que se adoptó la Decisión, existía una gran incertidumbre en cuanto a los riesgos que suponían los animales vivos, la carne de vacuno o los productos derivados (Apartado 62). Pues bien, ha de admitirse que, cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las Instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos. (Apartado 63)”. *Vid.* STJCE National *Farmers’ Union*, de 5 de mayo de 1998, Asunto C-157/96, RJTJ, p. I-2211.

³⁶ El Tribunal, en el Apartado 73 de dicha sentencia, prescribió: “Por otra parte, la prohibición de las exportaciones estaba suficientemente motivada por la incertidumbre en cuanto al riesgo, por la urgencia y por el carácter provisional de la medida, y la aplicación de tal prohibición a las exportaciones a terceros países estaba motivada además por el riesgo de distorsiones comerciales”. *Vid.* STJCE Reino Unido/Comisión de 5 de mayo de 1998, Asunto C-180/96, RJTJ, p. I – 2291.

³⁷ RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso, “El desarrollo comunitario del principio de precaución”, en Dimitry Berberoff Ayuda (dir.), *El principio de precaución y su proyección*, ob. cit., p. 71.

³⁸ Sentencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia, de 23 de abril de 2002, C-293/02, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-293-02.htm> [consultado 23/11/2020, 11:25 a.m.].

³⁹ Al respecto precisó: “cuando la autoridad ambiental debe tomar decisiones específicas, encaminadas a evitar un peligro de daño grave, sin contar con la certeza científica absoluta, lo debe hacer de acuerdo con las políticas ambientales trazadas por la ley, en desarrollo de la Constitución, en forma motivada y alejada de toda posibilidad de arbitrariedad o capricho. Para tal efecto, debe constatar que se cumplan los siguientes elementos: 1. Que exista peligro de daño; 2. Que éste sea grave e irreversible; 3. Que exista un principio de certeza científica, así no sea ésta absoluta; 4. Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a

El reflejo de los elementos configuradores del principio de precaución en las sentencias comentadas *supra* muestra, al igual que se ha podido apreciar en la doctrina consultada, variedad de criterios, dentro de los cuales también se aprecian criterios coincidentes en cuanto a dos de los elementos, y aunque se utilizan términos diferentes para hacer referencias a ellos, estos son: la incertidumbre científica y la posibilidad de daño grave e irreversible. Igualmente, en la decisión de estos tribunales se vislumbran ciertos elementos como la provisionalidad de las medidas, la motivación de la decisión, la urgencia de actuar, los cuales, si bien no constituyen presupuestos esenciales del principio de precaución en la mayoría de las opiniones de los autores anteriormente referenciados, sí forman parte del contenido del principio y serán objeto de análisis en esta investigación.

Una vez analizado el tema relativo a los elementos configuradores o esenciales del principio de precaución desde el prisma doctrinal y jurisprudencial, creemos pertinente hacer referencia a la labor de la Comisión de las Comunidades Europeas,⁴⁰ teniendo en cuenta la importancia de este órgano y su repercusión en lo que a protección del ambiente concierne. Ante la imperiosa necesidad de precisar cómo y cuándo aplicar el principio de precaución con vistas a evitar prácticas divergentes, la Comisión adoptó el documento titulado “Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución”, la cual persigue objetivos⁴¹ perfectamente delimitados.

En lo que a los presupuestos esenciales del principio de cautela respecta, la Comisión, en varios momentos en la Comunicación, hace referencia a ellos, lo cual demuestra la intención de recalcar dichos componentes en pos de una aplicación uniforme.⁴² De los criterios vertidos en el documento de referencia

impedir la degradación del medio ambiente. 5. Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado”. Sentencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia, de 23 de abril de 2002, C-293/02.

⁴⁰ Ante el grado de confusión existente en relación con el principio de precaución y su aplicación, el Consejo Europeo instó a la Comisión Europea, a través de Resolución de fecha 13 de abril de 1999, a definir orientaciones claras y eficaces sobre el principio de precaución. Así, con el objeto de ofrecer una interpretación auténtica u oficial de este principio, se aprobó la “Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de precaución”, de 2 de febrero de 2000, que resulta muy clarificadora en algunos aspectos. Disponible en www.lugo.es/.../04-COMUNICACION_DE_LA_UE_SOBRE_PRINCIPIO_DE_PREC... [consultado 12/2/2019, 5:02 p.m.].

⁴¹ *Vid.* “Comunicación”, ob. cit., p. 3.

⁴² En ese sentido reconoce que la decisión de invocar o no el principio de precaución se ejerce cuando la información científica es insuficiente, poco concluyente o incierta, y cuando hay indicios de que los posibles efectos sobre el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pueden ser potencialmente peligrosos e incompatibles con el nivel de protección elegido; pero recalca que es en los casos en que una evaluación científica objetiva preliminar hace sospechar de que existen tales motivos. *Vid.* “Comunicación”, pp. 8, 9, 11 y 16.

quedan demarcados tres presupuestos como los necesarios para acoger el principio de precaución, a saber: identificación de efectos potencialmente peligrosos incompatibles con el nivel de protección elegido; una evaluación científica del riesgo y la ausencia de certeza científica. Ello permite apreciar cómo los juicios emitidos por la Comisión Europea en cuanto a los elementos configuradores de la precaución no distan de la opinión teórica mayoritaria, la que, como se ha venido estudiando en estas páginas, acoge como tales estos elementos.

Si bien es cierto que los términos escogidos por la Comisión para determinar tales presupuestos son distintos a los formulados por la jurisprudencia y doctrina analizadas, es importante puntualizar que tal diferencia es eminentemente terminológica y no conceptual. Igualmente puede apreciarse cómo en varios momentos, la propia Comisión, para hacer referencia a tales elementos configuradores, utiliza expresiones diferentes; tal es el caso relativo a la incertidumbre científica acerca del riesgo, a la cual se refiere de tres maneras diferentes: “información científica es insuficiente, poco concluyente o incierta”, “incertidumbre científica no permite una evaluación completa del riesgo” y “debido a la insuficiencia de los datos, a su carácter no concluyente o a su imprecisión, no permite determinar con una certeza suficiente el riesgo en cuestión”. Con respecto a la amenaza o posibilidad de que el daño sea grave e irreversible, la Comisión utiliza las expresiones “indicios de que los posibles efectos sobre el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pueden ser potencialmente peligrosos e incompatibles con el nivel de protección elegido” y “el nivel elegido de protección del medio ambiente o de la salud humana, animal o vegetal puede verse amenazado”. A pesar de la multiplicidad terminológica, en ambos casos puede apreciarse la coincidencia entre la Comunicación, la jurisprudencia y la doctrina analizadas, en cuanto a los presupuestos esenciales que justifican la aplicación del principio de precaución.

Nos parece oportuno, antes de continuar el análisis del resto del contenido del principio de precaución, hacer referencia a un elemento que, como se puede apreciar *supra* ha sido señalado por los autores citados y por la Comisión como esencial: la evaluación científica del riesgo. Respecto a tal elemento, consideramos no asumirlo como un elemento esencial independiente para la aplicación del principio, sino que este se presenta como un componente intrínseco dentro de los dos elementos que se han asumido como indispensables para determinar la aplicación del principio de precaución, dígame, la incertidumbre científica y la amenaza de daño grave e irreversible. Con ello se quiere significar que para determinar la confluencia de ambos elementos, inexorablemente se necesita de una evaluación científica del riesgo,⁴³ por lo

⁴³ La necesidad de realizar una evaluación de riesgo para identificar la incertidumbre científica y el riesgo grave e inaceptable ha quedado reflejada en la jurisprudencia. *Vid.* STPI Pfizer Animal

que, más que un elemento esencial del principio, este constituye una “condición inserta en ambos elementos”.⁴⁴ También BERBEROFF AYUDA refuerza un tanto este criterio al afirmar que

“... el principio de precaución se ubica en el ámbito de la gestión de los riesgos, [...] debiéndose por ende distinguir este ámbito, de otros diferentes que operan con carácter previo a la gestión del riesgo, como es el de la evaluación del riesgo, en la que podríamos ubicar otras técnicas o mecanismos más cercanos a la prevención propiamente dicha [...]”.⁴⁵

Con tal consideración se refuerza nuestra idea en cuanto a la evaluación científica del riesgo,⁴⁶ la que además de no ser exclusiva de la precaución, es propia de una etapa anterior a la gestión del riesgo y por ende a la aplicación del principio precautorio, por lo cual no la apreciamos como un elemento esencial del principio, sino como un requisito inserto en ambos elementos.

A la par de los elementos esenciales antes valorados, los cuales se retomarán de forma más detallada en páginas posteriores, otros requerimientos determinan el contenido del principio de cautela. Tal es el caso de elementos como la provisionalidad, proporcionalidad, no discriminación, coherencia, reglas sobre la carga de la prueba, entre otros. Estos elementos comprenden de forma general lo que se denomina “límites sustanciales”,⁴⁷ también se les

Health, de 11 de septiembre de 2002, T-13/99, apartado 155; STJCE de 9 de septiembre de 2003, Monsanto Agricultura Italia y Otros, C-236/01, apartado 107; Sentencia del Tribunal de la AELC de 5 de abril de 2001, Órgano de Vigilancia de la AELC contra Reino de Noruega, asunto E-3/00, pp. 151, 158 y 168, disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1695b2e3-ce3f-4472-b0c7-9bb3dce4b5d4/language-es> [consultado 6/3/2021, 3:00 p.m.].

⁴⁴ Este criterio es defendido por autores como: BERIZONCE, Roberto O., “La incertidumbre científica”, ob. cit., p. 246; DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (dir.), *El Principio de Precaución*, ob. cit., pp. 54 y 63.

⁴⁵ BERBEROFF AYUDA, Dimitry, “Incertidumbre científica y riesgo”, ob. cit., p. 32.

⁴⁶ La cual no siempre podrá ser completa. Así se reconoce en la STPI *Pfizer Animal Health*, apartado 160: “la imposibilidad de realizar una evaluación científica completa de los riesgos no puede impedir, so pena de vaciar de contenido el principio de cautela, que la autoridad pública competente adopte medidas preventivas [...]”; “Comunicación”, ob. cit., apartado 5.1.2, p. 15. Según la Comisión Europea: “La *Evaluación de Riesgos* se compone de cuatro elementos, a saber: identificación del peligro, caracterización del peligro, evaluación de la exposición y caracterización del riesgo (anexo III). Los límites del conocimiento científico pueden afectar a cada uno de estos componentes, influyendo sobre el nivel global de incertidumbre consiguiente y, en última instancia, afectando a la toma de decisión de una acción protectora o preventiva. Antes de adoptar la decisión de actuar, **deberá intentarse completar estas cuatro fases**” (la negrita es de la autora).

⁴⁷ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 285.

identifica como “condiciones y componentes de las medidas precautorias”.⁴⁸ La Comisión Europea en la citada Comunicación los reconoce como principios generales de aplicación.⁴⁹

Más allá de los aportes puntuales de cada autor, puede apreciarse cierta homogeneidad entre la doctrina citada y la labor de la Comisión, en dos vertientes: coinciden tanto en la necesidad de precisar tales requisitos y también en delimitar cuáles son concretamente, cuestiones a las que ha contribuido notoriamente la jurisprudencia. Algunas implicaciones prácticas derivadas de la aplicación del principio también deben ser valoradas a los efectos de ultimar su contenido. Una vez realizado un recorrido, que *grosso modo* ha permitido explorar teóricamente el principio de precaución, entonces es momento oportuno para llevar a cabo un análisis con mayor profundidad en torno a los elementos que vertebran el principio en estudio, en aras de precisar en mayor medida su contenido y alcance.

III.1. La incertidumbre científica y el riesgo grave e inaceptable como elementos esenciales del principio precautorio

La determinación de los elementos esenciales del principio de precaución implica necesariamente el consorcio entre el binomio ciencia-Derecho, lo cual queda materializado en el procedimiento de análisis de riesgo. “El análisis de riesgo comprende tres etapas fundamentales, evaluación del riesgo, gestión del riesgo y comunicación del riesgo. El principio de precaución atañe especialmente a la gestión del riesgo”.⁵⁰ Adentrarse en los elementos que hemos señalado como esenciales para la aplicación del principio de precaución implica definirlos y caracterizarlos. En esta línea de pensamiento, MARTÍNEZ DE VELASCO se refiere a ambos elementos del principio y deja claro en qué consiste el riesgo y la incertidumbre científica si de precaución se trata; plantea que

“... dicho principio resulta operativo si existe un riesgo que, sin estar basado en meras hipótesis no verificadas científicamente, aún no se ha podido demostrar cabalmente, por razón de la naturaleza insuficiente, no concluyente o imprecisa de los estudios realizados”.⁵¹

⁴⁸ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (dir.), *El Principio de Precaución*, ob. cit., p. 53.

⁴⁹ Principios que no limita a la aplicación del principio de precaución, sino que deben aplicarse a toda medida de gestión de los riesgos. Invocar el principio de precaución no permite hacer una excepción a los principios generales de una buena gestión de los riesgos. Los principios generales implican: proporcionalidad, no discriminación, coherencia, análisis de las ventajas y los inconvenientes que se derivan de la acción o de la falta de acción, estudio de la evolución científica. *Vid.* “Comunicación”, p. 18 y 19.

⁵⁰ Así lo considera la Comisión. *Vid.* “Comunicación”, ob. cit., p. 3.

⁵¹ MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín Huelin, “El control judicial del principio de precaución ¿control judicial de la incertidumbre?”, en Dimitry Berberoff Ayuda (dir.), *El principio de precaución y su proyección*, ob. cit., p. 369.

Según el Grupo de expertos sobre el principio precautorio de la UNESCO:

“El PP se aplica cuando existe una apreciable incertidumbre científica acerca de la causalidad, la magnitud, la probabilidad y la naturaleza del daño; [...] La incertidumbre es más que un error estadístico o una inexactitud en las cifras: se entiende cada vez más como un concepto multidimensional que contiene dimensiones cuantitativas (inexactitud) y cualitativas (pensar en la falta de seriedad debida a las limitaciones de los métodos de evaluación utilizados; la ignorancia; el empleo de hipótesis; y la limitada solidez social de las conclusiones y los métodos)”.⁵²

Ambos criterios, si bien no brindan un concepto de incertidumbre científica, dejan en claro los elementos que la determinan, como es la inexactitud, la imprecisión y la naturaleza no concluyente de los fenómenos que se evalúan científicamente.

En la Consulta Técnica sobre el Enfoque Precautorio en Pesquerías (CTEP), la incertidumbre quedó definida como “la imperfección en el conocimiento sobre el estado o los procesos de la naturaleza”.⁵³ Para la Comisión Europea, la incertidumbre científica proviene de cinco características del método científico.⁵⁴ Según reconoce ASHFORD, con los avances en la ciencia y la tecnología se han producido cambios en los tipos de incertidumbre. Estos tipos incluyen, la incertidumbre clásica (expresada como distribuciones de probabilidad de las relaciones dosis-respuesta y oscurecida por la falta de información suficientemente definitiva, evidencia contradictoria o una deficiencia en el conocimiento de los mecanismos y vías causales), la indeterminación y la ignorancia. Es así que la naturaleza general de la incertidumbre se ha desplazado de la incertidumbre clásica, que ahora se entiende que es más compleja de lo que se imaginó originalmente, hacia la indeterminación, como es el caso del alcance del calentamiento global y la ignorancia, por ejemplo, en relación con los posibles riesgos para los ecosistemas por cultivos genéticamente modificados.⁵⁵

⁵² UNESCO, UNESCO, *Informe del Grupo de Expertos sobre el principio precautorio de la COMEST*, París, 2005 p. 28, disponible en http://depa.fquim.unam.mx/amyd/archivero/Principio_precautorio_UNESCO_.pdf [consultado 8/3/2021, 3:00 p.m.], pp. 13 y 27.

⁵³ Consulta Técnica sobre el Enfoque Precautorio en Pesquerías (CTEP), FAO/Gobierno de Suecia, 1995, p. 9, disponible en <http://www.fao.org/3/a-w3592s.pdf> [consultado 28/11/2020, 1:05 p.m.].

⁵⁴ La variable escogida, las medidas realizadas, las muestras tomadas, los modelos utilizados y la relación causal empleada. Igualmente, puede derivar tal incertidumbre de controversia sobre los datos existentes o sobre la falta de algunos datos pertinentes. La incertidumbre puede estar en relación con elementos cualitativos o cuantitativos del análisis. *Vid.* “Comunicación”, apartado 5.1.3, p. 15.

⁵⁵ ASHFORD, Nicholas A., “The Legacy of the Precautionary Principle in US Law: The Rise of Cost-Benefit Analysis and Risk Assessment as Undermining Factors in Health, Safety and Environmental Protection”, in SADELEER, Nicolas DE (Ed.), *Implementing the Precautionary*

La controversia sobre los datos existentes o sobre la falta de algunos datos pertinentes, como parte de la incertidumbre clásica, es considerada por EMBID TELLO como “una de las razones más comunes de incertidumbre, y no implica necesariamente un desconocimiento científico, sino más bien la existencia de diversas y contradictorias opiniones científicas”.⁵⁶ Tal contradicción también ha sido calificada por el Órgano de Apelación de la OMC en el asunto Hormonas, como una situación de incertidumbre científica.⁵⁷ Otra situación que guarda relación con la anterior es la que se presenta cuando al existir tales discrepancias, a qué opinión debe atender la autoridad decisora, ¿mayoritaria o minoritaria? En este sentido, la Comisión prevé la posibilidad de que la autoridad pública pueda fundamentar su actuar en la opinión de una fracción minoritaria, pero lo supedita a que “la credibilidad y reputación de esta fracción estén debidamente reconocidas”.⁵⁸

Tal como se puede apreciar, la incertidumbre científica resulta un elemento controvertido por su propia esencia, por lo que autores como ESTEVE PARDO y CIERCO SEIRA han calificado y establecido requisitos para la incertidumbre, teniendo en cuenta su condición de elemento esencial en la aplicación del principio de cautela. Para el primero existen dos tipos de incertidumbres: originaria y sobrevenida. La incerteza originaria es la que se deriva de los efectos de actividades y tecnologías novedosas, mientras que la incerteza sobrevenida proviene de productos, actividades o tecnologías conocidas, de las cuales se conocía plenamente sus efectos negativos o se pretendían inocuos y que a la luz de nuevos avances del conocimiento científico o de la experiencia en su utilización, se derivan riesgos inciertos.⁵⁹ Según CIERCO SEIRA, la incertidumbre

Principle. Approaches from the Nordic Countries, EU and USA, Earthscan, London, 2007, pp. 352 y 353, traducción de la autora.

⁵⁶ EMBID TELLO, Antonio Eduardo, *Precaución y Derecho. El caso de los campos electromagnéticos*, Iustel, Madrid, 2010, p. 174.

⁵⁷ Ha reconocido que: “En algunos casos, la existencia misma de opiniones discrepantes sostenidas por científicos calificados que han investigado la cuestión particular objeto de examen puede indicar un estado de incertidumbre científica [...]”. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación de la OMC de 16 de enero de 1998, WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R, apartado 194, p. 88, disponible en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/26abr.pdf [consultado 19/11/2020, 8:00 p.m.].

⁵⁸ “Comunicación”, *ob. cit.*, apartado 6.2, p. 18. También el Órgano de Apelación de la OMC lo prevé en su informe de 16 de enero de 1998, asunto Hormonas, apartado 194; STJCE de 13 de diciembre de 2001, Comisión/Francia, Asunto C-1/00, apartado 89. El tribunal reconoce que el principio precautorio no obliga a seguir las opiniones minoritarias, sino a tenerlas en cuenta.

⁵⁹ ESTEVE PARDO, José, “La intervención administrativa en situaciones de incertidumbre científica. El principio de precaución en materia ambiental”, en *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2004, p. 207, disponible en https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1113/medio_ambiente_14_esteve.pdf [consultado 20/2/2021, 9:00 p.m.].

científica debe reunir tres requisitos, ha de ser: objetiva, razonable y transparente. La objetividad implica que la evaluación científica se realice por instituciones neutras, desligadas de los intereses del poder público y de sectores involucrados. La incertidumbre razonable consiste en que sea determinada a partir de procedimientos lógicos que arrojen hipótesis sensatas, que se trate de análisis científicos rigurosos basados en los conocimientos disponibles más actuales. La transparencia respecto a la incertidumbre demanda que la colectividad, dígase comunidad científica, sectores sociales más afectados, tengan conocimiento de la evaluación del riesgo efectuada y de los datos disponibles en cada momento de la gestión del riesgo.⁶⁰

Sin duda, ambos criterios permiten encuadrar la actuación precautoria de la Administración Pública, puesto que brindan estrictas pautas para la toma de decisiones en situación de incertidumbre científica. En consecuencia, teniendo en cuenta estos elementos, el principio precautorio no queda circunscrito a los nuevos productos y actividades, sino que obliga a una vigilancia tecnológica por parte de la Administración, de aquellos que hasta el momento se presumen inocuos y pueden generar efectos adversos no conocidos. Igualmente, tales requisitos que deben acompañar a la incertidumbre establecen reglas de actuación que van desde la imparcialidad que tiene que primar en las autoridades científicas y la racionalidad, hasta el respeto del derecho de acceso a la información, del cual también goza la ciudadanía en materia precautoria.

La incertidumbre científica por sí sola no es significativa en lo que a la aplicación del principio de precaución concierne, sino que esta resulta relevante cuando se refiere al riesgo, constituyéndose el binomio riesgo-incertidumbre científica. Por lo tanto, la incertidumbre recae sobre el riesgo, ya sea sobre su naturaleza o alcance. Ello invita entonces a reflexionar sobre cuál debe ser el alcance de esa incertidumbre sobre el riesgo, teniendo en cuenta los tipos de incertidumbres antes referidas, de tal forma que se realice una aplicación del principio de precaución de forma legítima. Teniendo en cuenta eso, una pregunta puede señalarnos el camino para determinar tal alcance: ¿es posible aplicar el principio de precaución cuando la incertidumbre científica no permite identificar el riesgo? La búsqueda de respuestas a esta interrogante inevitablemente conllevará a determinar hasta dónde puede alcanzar la incertidumbre en lo que al riesgo se refiere o, dicho de otra manera, si es posible aplicar la precaución cuando existe ignorancia⁶¹ científica, ya no sobre la probabilidad

⁶⁰ CIERCO SEIRA, César, "El Principio de Precaución: Reflexiones", ob. cit., pp. 107-110.

⁶¹ Sobre los momentos de maduración del conocimiento científico respecto a los riesgos *vid.* GODARD, Olivier, "Le principe de précaution comme norme de l'action publique, ou la proportionnalité en question", *Cahier*, No. 025, École Polytechnique Centre National de

de que se produzca un daño y su magnitud, sino sobre la posibilidad de existencia del propio riesgo.

La obligación o no de señalar un riesgo concreto para poder aplicar el principio de precaución es un extremo en el cual la doctrina y la jurisprudencia no parecen ser contestes, lo cual se evidencia en el camino que han seguido una y otra. En Alemania, teniendo en cuenta la distinción entre peligros y riesgos que han adoptado, tal como se pudo apreciar en el primer epígrafe, sí es posible aplicar la precaución ante riesgos hipotéticos. En la doctrina alemana, SCHMIDT-ASSMANN considera que

“... el concepto de riesgo hace referencia a situaciones en las que no se puede calcular la probabilidad de que se produzca una variante conocida (incertidumbre en sentido amplio), o en las que ni siquiera es predecible el posible curso de los acontecimientos o sus consecuencias (incertidumbre en sentido estricto)”.⁶²

Ello evidencia la posición que adopta la doctrina alemana al respecto, donde es posible adoptar medidas precautorias no solo cuando se ha identificado un riesgo concreto sobre el cual recae cierto grado de incertidumbre, sino que también es posible adoptar el principio de precaución en los casos donde no se puede establecer una relación de causalidad entre un producto o actividad y el resultado dañoso, siendo el riesgo en este caso hipotético.

Sobre la posición alemana en este sentido, EMBID TELLO concluye que cuando el riesgo es una mera posibilidad científica cuyo nexo causal no se ha podido determinar, no es posible organizar la precaución en cuanto al riesgo a prevenir, pues se desconocen los mecanismos que lo actualizarán, sino en torno al objeto a proteger; conclusión esta que se apoya en el criterio de uno de los exponentes de la doctrina alemana, Roland FLEURY, quien reconoce que la precaución va encaminada a garantizar la existencia, por lo que al centrarse en el objeto a perpetuar y no en el peligro a evitar, la precaución puede existir en condiciones de incertidumbre científica altísima respecto a estos peligros.⁶³ Este criterio parece ser el seguido por GAFNER-ROJAS, quien asume que la precaución se dirige no tanto a evitar un suceso, como sí ocurre con la

la Recherche Scientifique, 2003, pp. 7, 8 y 9, disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/194082872.pdf> [consultado 8/3/2021, 6:49 p.m.].

⁶² SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2006, pp. 176-177. El propio autor señala como partidario de este criterio a LADEUR, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, p. 111.

⁶³ EMBID TELLO, Antonio Eduardo, *Precaución y Derecho...*, ob. cit., pp. 138 y 178.

prevención, sino más bien a preservar un bien, como la salud o el ambiente.⁶⁴ Se aprecia en este sentido una concepción amplísima⁶⁵ sobre la precaución que admite la posibilidad de aplicación del principio de cautela ante riesgos abstractos, no siendo requisito señalar un riesgo concreto, sino que es legítimo actuar de manera precautoria cuando aún no se tiene la certeza científica de que la probabilidad de ocurrencia de daño exista. Si bien, hasta este punto, la respuesta a nuestra interrogante inicial pudiera ser afirmativa, dados los aportes de la doctrina alemana en este sentido, la jurisprudencia comunitaria europea no parece haber asumido tales criterios, por lo cual tal respuesta puede variar, cuestión que analizaremos a continuación.

Si se comienza el análisis por dos de las sentencias de mayor significación en el ámbito de la aplicación del principio de precaución, como son la STJCE *National Farmers' Union* y la STJCE Reino Unido/Comisión, puede apreciarse cómo ambas resoluciones judiciales reconocen expresamente la posibilidad de adoptar medidas de protección cuando subsisten **dudas sobre la existencia o alcance de riesgos** para la salud de las personas, sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos.⁶⁶ Igualmente, en ambas sentencias, ante la imposibilidad de identificar científicamente un riesgo concreto, puesto que no se había podido determinar la relación de causalidad entre la enfermedad del ganado bovino (encefalopatía bovina espongiiforme) y la enfermedad humana (enfermedad de Creutzfeldt-Jakob), el Tribunal fundamentó la decisión de prohibición de exportaciones de dicho ganado en indicadores de riesgo como: el desconocimiento de los modos de transmisión de la enfermedad, la falta de identificación de los animales mediante marcas, la falta de control de sus movimientos, así como fraudes en materia de restituciones a la exportación, todo lo cual impedía conocer qué animales estuviesen sanos y cuáles no.⁶⁷

⁶⁴ GAFNER-ROJAS, Claudia, "Análisis jurídico conceptual de los principios de prevención y precaución en materia ambiental", en María del Pilar García Pachón y Oscar Darío Amaya Navas (comps.), *Principios e instrumentos de evitación del daño ambiental*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 22.

⁶⁵ La AEMA ha adoptado una concepción amplia y novedosa sobre la precaución bastante acorde con la doctrina alemana, puesto que delimita teóricamente tres opciones de gestión pública frente a riesgos. Vid. AEMA, *Lecciones tardías de alertas tempranas: el principio de cautela, 1896-2000. Algunos apuntes a modo de resumen*, Copenhague, 2002, disponible en https://www.concienciaeco.com/wp-content/uploads/2015/06/ES_summary_points.pdf [consultado 3/12/2020 11:00 a.m.].

⁶⁶ STJCE *National Farmers' Union*, de 5 de mayo de 1998, apartado 63; STJCE Reino Unido/Comisión de 5 de mayo de 1998, apartado 99 (la negrita es de la autora).

⁶⁷ STJCE *National Farmers' Union*, de 5 de mayo de 1998, apartado 66; STJCE Reino Unido/Comisión de 5 de mayo de 1998, apartados 90 y 102. En la doctrina, este criterio es defendido por DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *Derechos fundamentales y riesgos...*, ob. cit., p. 284; y EMBID TELLO, Antonio Eduardo, *Precaución y Derecho...*, ob. cit., p. 181.

El rumbo que había emprendido la jurisprudencia en este sentido cambió a la luz de una importante sentencia que luego fue fundamento de otras para esgrimir la obligatoriedad de señalar un riesgo concreto como condición de aplicación del principio de precaución. Se trata de la Sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio *Nordisk Kellog's*, de 5 de abril de 2001, la cual tiene causa en la negativa de Noruega de permitir la comercialización de copos de avena enriquecidos con vitaminas tales como tiamina, riboflavina, niacina y hierro, puesto que tales productos pudieran generar riesgos para la salud. El citado Tribunal, en este caso exigió al país escandinavo la identificación de un riesgo concreto y determinado para poder prohibir la comercialización de dichos productos enriquecidos, al no ser suficiente la sospecha de posibles riesgos para la salud.⁶⁸ Lo hace notar el TPI en su sentencia *Pfizer Animal Health*,

“... no puede constituir una motivación válida para una medida preventiva una concepción del riesgo puramente hipotética, basada en meras suposiciones aún no verificadas científicamente [...]. [...] sólo puede adoptarse una medida preventiva cuando el riesgo, cuya existencia y alcance no han sido ‘plenamente’ demostrados mediante datos científicos concluyentes, resulta sin embargo suficientemente documentado, a la vista de los datos científicos disponibles en el momento en que se adopte la medida”.⁶⁹

Como se puede apreciar, la jurisprudencia introduce respecto al riesgo, calificativos novedosos como son: plenamente demostrado, suficientemente documentado, no se refiere a los conceptos manejados teóricamente como riesgo potencial o riesgo hipotético, sino a categorías, digamos, intermedias, que se mueven de manera nebulosa en el campo de la incertidumbre, pero sobre las que no se clarifica su significación en aras de la aplicación eficaz del principio en cuestión. A esta problemática puede decirse que también ha contribuido la Comisión, puesto que en su Comunicación ha especificado

⁶⁸ Sentencia del Tribunal de la AELC de 5 de abril de 2001, Órgano de Vigilancia de la AELC contra Reino de Noruega, Sentencia *Nordisk Kellog's*, Asunto E-3/00, disponible en <https://eftacourt.int/download/3-00-judgment/?wpdmdl=1481> [consultado 3/5/2021, 7:55 a.m.].

⁶⁹ STPI *Pfizer Animal Health*, apartados 143 y 144; STJCE de 23 de septiembre de 2003, Comisión c. Reino de Dinamarca, Asunto C-192/01, apartado 49; STJCE de 9 de septiembre de 2003, Monsanto Agricultura Italia y otros, Asunto C-236/01, apartado 106. Puede consultarse también la STPI de 11 de septiembre de 2002, Alpharma/Consejo, T-70/99, apartado 157, la cual se basa en argumentos jurídicos prácticamente idénticos a los de la sentencia *Pfizer Animal Health*, por lo cual, lo que se diga en relación con el primer fallo es también válido para el segundo. Así lo refiere GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, “El principio de precaución en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas: ¿un principio de buen gobierno?”, en *Estudios sobre consumo*, No. 68, 2004, disponible en https://www.researchgate.net/publication/28243585_El_principio_de_precaucion_en_la_jurisprudencia_del_Tribunal_de_Justicia_de_las_comunidades_europeas_un_principio_de_buen_gobierno [consultado 5/2/2021, 3:55 p.m.], p. 11.

que “El recurso al principio de precaución sólo se produce en la hipótesis de riesgo potencial”,⁷⁰ con lo que también introduce un nuevo concepto: hipótesis de riesgo potencial, sin especificar su contenido ni determina en qué difiere la “hipótesis de riesgo potencial” del “riesgo hipotético”; ¿acaso no se trata de lo mismo? Es así que se cae en un terreno de gran incertidumbre ya que no se deja en claro los significados de los términos empleados, no se ponen de acuerdo la doctrina, la jurisprudencia y la Comisión en una cuestión que necesita la mayor precisión posible, pues de tal precisión depende la autoridad pública para aplicar el principio y de esta forma se queda en el ámbito subjetivo descifrar tales elementos.

Ante estas disyuntivas, a nuestra interrogante inicial no le corresponde una respuesta absoluta, sino que depende enteramente de los puntos de vista manejados. Ciertamente, si adoptamos la variante de aplicar el principio ante riesgos hipotéticos, es decir, riesgos meramente posibles, ello implica una protección fuerte, que pudiera calificarse de extrema y perfectamente justificable si se tienen en cuenta los bienes jurídicos en juego como son la salud humana y el ambiente, bienes indiscutiblemente valiosos por los cuales una posibilidad incierta de daño debe bastar para desplegar el entramado precautorio. Sin embargo, tal posición, si no se maneja de forma adecuada, puede implicar frenos mayores a derechos individuales, así como al comercio, la libre circulación de mercancías, el progreso tecnológico, por lo que la exigencia de identificar un riesgo concreto pudiera ser el pretexto para paliar tales intromisiones.

Llama la atención cómo, a partir de las consideraciones vertidas por los tribunales europeos y la Comisión, sobre el grado de incertidumbre que puede recaer sobre el riesgo para poder aplicar la precaución, se visualiza una mutación de la concepción original al respecto. Nos referimos a la variación que ello implica en relación con la idea original de precaución proveniente de Alemania y que parte de la distinción germánica entre peligro y riesgo. En palabras de DOMÉNECH PASCUAL:

“Esa resistencia a interpretar flexiblemente el concepto de peligro y aceptar su existencia sobre la base de consideraciones hipotéticas e inseguras ha provocado que la ‘defensa frente a peligros’ resultara insuficiente para proteger satisfactoriamente ciertos bienes socialmente valiosos, y ha determinado la aparición de otras figuras como [...] la ‘precaución contra riesgos’”.⁷¹

⁷⁰ “Comunicación”, apartado 5.1, p. 14.

⁷¹ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *Derechos fundamentales y riesgos...*, ob. cit., p. 259.

Con ello se quiere significar que si bien la precaución nació ligada a riesgos hipotéticos, para suplir una necesidad de protección frente a posibilidades de daños no corroboradas empíricamente, hoy ha quedado restringida a situaciones en las que debe haber incertidumbre científica pero el riesgo tiene que estar determinado, no pudiendo operar el principio en condiciones de ignorancia científica.

Consideramos que optar por una u otra variante constituye una decisión política que depende de la valoración de múltiples factores, no solo ambientales, sino económicos y sociales, así como del contexto en que hoy se vive, ya que el propio avance de la ciencia y la técnica, si bien puede demandar una concepción reforzada del principio de precaución, pues cada vez el riesgo está más presente en nuestras vidas, a un mismo tiempo puede ser útil para que riesgos hipotéticos sean, lo más pronto posible, contrastables científicamente. Igualmente, asumir una protección frente a riesgos hipotéticos o no depende del grado de protección que asuma la sociedad, el nivel de riesgo que esté dispuesta a soportar y cuáles sean inaceptables. Una idea de GOMEZ SANZ puede ilustrarnos el camino: “Cuanto mayor sea la importancia de los bienes e intereses protegidos por la medida, el umbral de certeza de las premisas fácticas es menos intenso”.⁷²

Se ha podido apreciar cómo la doctrina, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales que han intentado definir el principio y precisar sus elementos esenciales otorgan calificativos al riesgo en función de su magnitud, como grave e irreversible, significativo, inaceptable. Ello evidencia que cualquier riesgo no amerita adoptar medidas precautorias, sino aquellos que, dada su dimensión, imponen el imperativo de la precaución. Porque determinar *a priori*, en un contexto dominado por la incertidumbre científica, la gravedad o irreversibilidad del daño puede resultar imposible, consideramos que el calificativo “inaceptable”,⁷³ puede paliar en gran medida las dificultades que

⁷² GOMEZ SANZ, Xabier, “Seguridad alimentaria y derecho del consumo”, en Dimitry Berberoff Ayuda (dir.), *El principio de precaución y su proyección*, ob. cit., p. 334.

⁷³ Para VON SCHOMBERG, los términos ‘negativo’, ‘grave’ o ‘significativo’ no pueden operacionalizarse en un contexto de las políticas públicas, ya que su uso daría inicio a una nueva discusión sobre su grado de seriedad, importancia, etc. El único calificador adecuado es, por lo tanto, el ‘nivel de protección elegido’, de modo que cualquier posible infracción de ese nivel pueda contabilizarse como un efecto adverso y por tanto implica una infracción de ese nivel de protección. *Vid.* SCHOMBERG, René VON, “The precautionary principle and its normative challenges”, Fisher, Elizabeth; Jones, Judith and Von Schomberg, René, *Implementing The Precautionary Principle, Perspectives and Prospects*, chapter 12, ELGAR, Cheltenham, 2006, p. 37. ASHFORD, sin embargo, considera que el principio de precaución no necesita estar restringido a casos de efectos irreversibles, sino que también podría aplicarse para mitigar un daño que es finalmente reversible—si revertir el daño podría ser más costoso que prevenirlo—. *Vid.* ASHFORD, Nicholas A., “Implementing the precautionary principle: incorporating science, technology, fairness, and accountability in environmental, health, and

se presentan en este sentido. El riesgo, como probabilidad de ocurrencia de un daño, si se califica de inaceptable, a un mismo tiempo amplía o restringe el diapasón de situaciones en que se aplicaría la precaución, puesto que será entonces la sociedad quien determine qué riesgo es inaceptable y cuál decide soportar, lo que, evidentemente, dibuja una etapa de gestión del riesgo más democrática,⁷⁴ con mayor participación de los que en definitiva son los destinatarios del riesgo. Con ello se quiere significar que referirse a “riesgo inaceptable” puede englobar los riesgos graves, significativos, irreversibles y los que al no cumplir esas características, el poder público, en representación de la sociedad, decida no asumir. En función de ello, son las disposiciones jurídicas las que deben prever cuándo un riesgo debe calificarse como grave,⁷⁵ irreversible o inaceptable; sin embargo, debe dejarse cierto margen de actuación a la autoridad en función de la variabilidad de las condiciones y del nivel de protección que se requiera alcanzar en cada momento. Lo óptimo sería que el legislador se ocupara de determinar qué riesgos son aceptables para la sociedad y en defecto de tal previsión, entonces le corresponda a la Administración Pública decidirlo, siempre que prime en esa decisión la protección de los intereses generales, lo cual puede lograrse con un proceso de gestión de riesgos lo más democrático posible.

La determinación de la aceptabilidad o no de los riesgos ha suscitado debates en cuanto a la fijación de valores límites de tolerancia y la consiguiente posibilidad de perseguir el riesgo cero. El punto álgido de la cuestión radica en la posibilidad o no de que las autoridades públicas puedan fijar un nivel de riesgo cero o si indefectiblemente se deba comprometer la protección de ciertos bienes jurídicos en función de ponderar otros derechos o por lo utópico que puede resultar alcanzar el riesgo cero.⁷⁶ El objetivo de perseguir el riesgo cero

safety decisions”, in *International Journal of Occupational Medicine and Environmental Health*, 17(1), 2004, National Center for Biotechnology, National Library of Medicine, Rockville Pike, p. 61, disponible en <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15212207/> [consultado 27/4/2021, 7:20 p.m.].

⁷⁴ RIECHMANN señala que el principio de precaución presupone y fomenta cinco virtudes específicas: responsabilidad, respeto, prevención, obligación de saber e informar y obligación de compartir el poder. Estas dos últimas refuerzan la democratización de la toma de decisiones en relación con la ciencia y la tecnología. Vid. RIECHMANN, Jorge, “Introducción al Principio de Precaución”, en J. A. Ortega García, A. Navarrete Montoya y J. Ferris Tortajada (Eds.), *El cáncer, una enfermedad prevenible*, 1ª ed., FFIS, Murcia, 2007, p. 7. La democratización de la gestión del riesgo también fue una exigencia plasmada en la Declaración de *Wingspread* en su párrafo sexto al exigir que: “El proceso de la aplicación del Principio de precaución debe ser abierto, bien fundado y democrático, y debe incluir las partes potencialmente afectadas”.

⁷⁵ Por ejemplo, en Cuba, el Decreto-Ley 309, “De la Seguridad Química”, de 26 de febrero de 2013, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 15, de 20 de marzo de 2013, en su artículo 4, inciso c), determina qué es un daño grave en materia de seguridad química, lo cual puede constituir un referente en este sentido.

⁷⁶ Vid. SACHS, Noah M., “Rescuing the Strong Precautionary...”, ob. cit., pp. 1311-1316.

y con ello lograr un nivel de protección bien elevado ha encontrado soluciones diversas por parte de la jurisprudencia⁷⁷ comunitaria en el ámbito europeo. La Comisión ha reconocido que la reducción del riesgo hasta un nivel cero es raramente posible, así como que elegir la respuesta que debe darse en determinada situación es una decisión política que está en función del nivel de riesgo aceptable para la sociedad.⁷⁸ Si bien la Comisión reconoce lo difícil que se torna alcanzar el nivel de riesgo cero, no prohíbe la posibilidad de establecer tal nivel de protección, lo cual evidentemente deja a elección de los destinatarios directos del riesgo y sus representantes, las autoridades públicas.

Tal y como refieren RIECHMANN y TICKNER, “no existe el riesgo cero, pero el objetivo de un buen sistema de toma de decisiones debería ser que nunca más se impusieran al medio ambiente y la salud humana riesgos tan graves como los que hemos impuesto en el pasado”.⁷⁹ Ciertamente, proponerse como meta a alcanzar un nivel de riesgo cero parece ser una posibilidad que queda descartada en la contemporaneidad, donde el riesgo ya se aprecia como endógeno en la sociedad que se ha construido. Sin embargo, no significa que desaparezcan todos los riesgos, sino que al fijar un nivel de tolerancia tan elevado ello propiciará una continua reducción de riesgos, serían menos los riesgos aceptados por la sociedad, lo cual impediría una actualización y crecimiento de estos. Incluso no debería descartarse la posibilidad de fijación de un riesgo cero respecto a un ámbito o producto determinado, es decir, con respecto a un riesgo en concreto, lo que se aprecia de forma constante en las medidas adoptadas por la mayoría de los países, que consisten en la retirada de un medicamento del mercado, la prohibición de un proceso o de la utilización

⁷⁷ Tal es así que el TPI en su sentencia *Pfizer Animal Health* reconoce que “las instituciones comunitarias tienen prohibido adoptar una concepción puramente hipotética del riesgo y fijar como objetivo para sus decisiones el ‘riesgo cero’, *Vid. STPI Pfizer Animal Health*, de 11 de septiembre de 2002, Asunto T-13/99, apartado 152. Sin embargo, el TJCE en su sentencia *Walter Hahn*, del mismo año de la anterior, admitió que los Estados miembros fijaran un nivel de tolerancia cero en lo concerniente a la listeria en el pescado. *Vid. STJCE* de 24 de octubre de 2002, *Walter Hahn*, Asunto C-121/00, apartado 33. El propio Tribunal en Sentencia de 6 de junio de 1984, *Melkunie*, Asunto 97/83, Rec.p.2367, punto 15, admitió la posibilidad de fijar un nivel de riesgo cero en relación con la presencia de microorganismos patógenos en los productos alimentarios. En el marco de la OMC, al estar reconocido el principio precautorio en el Acuerdo MSF en su artículo 5.7 y referirse el propio artículo en sus apartados 3 y 4 al nivel de protección adecuado, el Órgano de Apelación, en interpretaciones de tales preceptos, ha admitido como nivel adecuado de protección el riesgo cero, al reconocer el derecho soberano de cada Estado miembro de establecer el nivel de protección que estime pertinente. *Vid. Informe del Órgano de Apelación de la OMC* de 16 de enero de 1998, Asuntos WT/DS26 y WT/DS48, apartado 240.

⁷⁸ “Comunicación”, Resumen, apartados 5.2.1y 6, pp. 5 y 16.

⁷⁹ RIECHMANN, Jorge y Joel TICKNER, *El principio de precaución en medio ambiente y salud pública: de las definiciones a la práctica*, Icaria Editorial, Barcelona, 2002, p. 37.

de una sustancia en la fabricación de un producto.⁸⁰ Al ser la democratización de la gestión del riesgo una exigencia, esto es un aspecto que no debería estar limitado. Sin dudas, la determinación del nivel de protección ante riesgos es una cuestión eminentemente social, que depende de factores culturales, económicos y donde cada Estado determina tal nivel de protección en función de sus ciudadanos, que en definitiva son los receptores directos del riesgo y como tales deben decidir los límites. Es así que existen riesgos residuales, que no necesitan ser combatidos porque son riesgos socialmente tolerados, ya que se encuentran por debajo de los valores límites de aceptación, límites que establece la propia sociedad.

Una vez analizados la incertidumbre científica y el riesgo grave e inaceptable como elementos esenciales del principio precautorio, así como los matices que envuelven a tales elementos, es momento oportuno para hacer referencia al resto del contenido del principio, es decir, a los límites y efectos de las medidas precautorias.

III.2 Determinantes y efectos de las medidas precautorias

Constatados los requisitos que legitiman la adopción del principio de precaución deviene la decisión de adoptar o no medidas precautorias, medidas que pueden ser de diversa naturaleza e índole, dependiendo de la situación puntual, incluso la propia inacción de las instancias públicas es una decisión legítima en función del nivel de riesgo aceptable, según establece la Comisión.⁸¹ Si bien no existe un catálogo de lo que pueden considerarse medidas precautorias, dada la amplitud y complejidad que pueden caracterizar el escenario en que tales medidas son necesarias, estas deben revestirse de un conjunto de caracteres que devienen límites, al intentar impedir que la aplicación del principio precautorio sea arbitraria e injusta. Nos referimos entonces a los principios de proporcionalidad, no discriminación, coherencia, análisis de las ventajas y los inconvenientes que se derivan de la acción o de la falta de acción, estudio de la evolución científica, entre otros; principios estos aplicables a toda gestión del riesgo, que de forma obligatoria deben informar las medidas precautorias.⁸²

⁸⁰ SADELEER, Nicolas DE, "Le principe de précaution: un nouveau principe général de droit communautaire", en *Journal de droit européen*, No. 99, p. 132, disponible en <http://hdl.handle.net/2078.3/141738> [consultado 8/3/2021].

⁸¹ "Comunicación", apartado 5.2.1. En la STPI de 26 de noviembre de 2002, Artegoda y Otros/ Comisión, Asuntos Acumulados, apartado 184, el Tribunal parece imponer la **obligación** de adoptar medidas precautorias.

⁸² "Comunicación", apartado 6.3, p. 18. El Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología de Ecuador reconoce tales principios como características de la aplicación del principio de precaución. *Vid.* Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología – Ministerio de Ciencia,

GONZÁLEZ VAQUÉ, al referirse a la naturaleza de las medidas precautorias hace alusión a dos de sus características esenciales: el carácter transitorio o provisionalidad (estudio de la evolución científica según la Comisión) y la proporcionalidad. La provisionalidad de las medidas resulta consustancial al principio, pues así como la acción precautoria es necesaria antes de disponer de certeza científica del daño, entonces cuando tales dudas científicas se disipen, deberán modificarse las medidas adoptadas. Igualmente, las medidas adoptadas deben ser proporcionadas en relación con el riesgo que debe limitarse o suprimirse.⁸³ Para ESTEVE PARDO, la proporcionalidad consiste en

“... un límite material, que ha de dimensionar las medidas que se pretendan adoptar [...]. Debe existir una razonable proporción entre la magnitud e inminencia del riesgo que se advierte y la intensidad de las medidas que se adoptan” y la provisionalidad resulta “[...] el límite temporal. Las medidas gravosas características del principio de precaución han de tener una duración limitada, mientras se mantenga la situación de incertidumbre que las originó. Es deber de los poderes públicos hacer lo posible –mediante estudios, investigaciones o cualquier otra actuación– para superar un estado de incertidumbre [...]”.⁸⁴

La coherencia que debe primar en la aplicación del principio implica que las medidas a adoptar deben ser afines con medidas similares ya adoptadas en circunstancias parecidas. Ello guarda relación con el principio de no discriminación, que exige un trato igualitario a situaciones semejantes y que a situaciones diferentes se le otorguen un tratamiento diferenciado, lo que a su vez implica que se puedan lograr niveles de protección equivalentes sin dar lugar a tratos discriminatorios por la naturaleza de la actividad, origen, entre otros. El análisis de las ventajas y los inconvenientes también es un principio que debe acompañar a las medidas precautorias, así lo han reconocido la UNESCO y la Comisión, e insisten en que tal análisis no puede reducirse exclusivamente a un análisis económico de costes y beneficios, sino que su alcance es más amplio

Tecnología e Innovación Productiva, *Anotaciones para una ética en la ciencia y la tecnología*, No. 2, Ecuador julio 2010, p. 4.

⁸³ GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, “La aplicación del principio de ‘precaución’ en la legislación alimentaria: ¿una nueva frontera de la protección del consumidor?”, en *Estudios sobre consumo*, No. 50, 1999, pp. 22-23, disponible en https://www.researchgate.net/publication/28244029_La_aplicacion_del_principio_de_'precaucion'_en_la_legislacion_alimentaria_una_nueva_frontera_de_la_proteccion_del_consumidor/link/54f6fdb50cf2ccffe9d8ad0f/download [consultado 3/3/2021, 8:10 a.m.].

⁸⁴ ESTEVE PARDO, José, “La intervención administrativa...”, ob. cit., pp. 209-210. Véase también, “Comunicación”, apartados 6.3.1 y 6.3.5, pp. 19 y 21; y STPI *Pfizer Animal Health*, de 11 de septiembre de 2002, Asunto T-13/99, apartado 411.

e incluye consideraciones no económicas. El TPI refirma ello al reconocerlo como una manifestación específica del principio de proporcionalidad.⁸⁵

En íntima conexión con la exigencia de proporcionalidad, CIERCO SEIRA ubica al principio *in dubio pro libertatis*, el que entraña que ante la posibilidad de elegir entre varias medidas precautorias idóneas para alcanzar el fin previsto, habrá de otorgar preferencia a aquellas que supongan la menor restricción o injerencia en la esfera de las libertades de los administrados.⁸⁶ Igualmente, el propio autor se refiere a la eficiencia, la que si bien se relaciona con la valoración de los costos y beneficios, va más allá, y se refiere a que las medidas para que logren operatividad práctica deben ser aceptadas por los destinatarios de la decisión, por lo que la consulta a la colectividad afectada se hace necesaria en aras de lograr que sea eficiente.⁸⁷ Ello conecta directamente con el criterio de CAFFERATTA, quien prevé otra exigencia para la aplicación de la precaución: la transparencia, la cual debe primar tanto en la difusión de los riesgos como en la toma de decisiones por las autoridades.⁸⁸

En relación con los efectos de las medidas precautorias, *brevitatis causa*, nos referiremos a dos de ellos por considerarlos trascendentales en la aplicación del principio. Así, para ESTEVE PARDO:

“El principal y típico efecto que pueden alcanzar las medidas adoptadas por los poderes públicos sobre la base del principio de precaución es, ni más ni menos, que el de excepcionar el régimen jurídico vigente”.⁸⁹

Según este criterio, de la aplicación del principio precautorio derivan medidas tendentes a modificar el orden establecido, incorporando nuevas reglas bajo las cuales operar. Otros efectos, sobre todo en relación con el procedimiento administrativo y el ámbito jurisdiccional, se desgajan de la aplicación de la cautela, como es el caso de la inversión de la carga de la prueba. Tal como señala ANDORNO:

“Según el criterio tradicional en la protección del medio ambiente y de la salud pública, mientras las autoridades no pudieran probar con certeza científica la existencia de un riesgo, las actividades o productos en cuestión no podían sufrir ninguna traba. Pero el principio de precaución viene a modificar esta actitud: cuando se teme la existencia de un daño

⁸⁵ UNESCO, *Informe del Grupo de Expertos...*, ob. cit., p. 30; “Comunicación”, apartado 6.3.4, pp. 20-21; STPI *Pfizer Animal Health*, de 11 de septiembre de 2002, Asunto T-13/99, apartado 410.

⁸⁶ CIERCO SEIRA, César, “El Principio de Precaución: Reflexiones”, ob. cit., p. 122.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 121.

⁸⁸ CAFFERATTA, Néstor A., “El principio precautorio”, en *Gaceta Ecológica*, No. 73, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, México DF, 2004, p. 7, disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/539/53907301.pdf> [consultado 10/1/2021, 1:00 p.m.].

⁸⁹ ESTEVE PARDO, José, “La intervención administrativa...”, ob. cit., p. 208.

grave o irreversible, quien introduce el producto o desarrolla la actividad potencialmente riesgosa es quien debe aportar los elementos contrarios a la presunción del riesgo”.⁹⁰

La Comisión reconoce expresamente la inversión de la carga de la prueba, sin embargo, no la prevé de forma estricta.⁹¹ Lo más trascendente en este sentido lo es el hecho de que la inversión de la carga probatoria no es obligatoria para todos los casos, sino que se otorga un margen de discrecionalidad, por lo que es posible examinarse en cada caso la pertinencia o no de invertir la carga de la prueba en virtud de una medida de precaución. Una de las formas más habituales de invertir esa carga probatoria puede apreciarse mayormente en el ámbito de comercialización de medicamentos, aditivos alimentarios o plaguicidas, donde el sistema de autorización previo desplaza la responsabilidad de producir las pruebas a los productores y comercializadores, al exigirles la prueba de la inocuidad del producto como requisito imprescindible para que sea autorizada su circulación.

IV. A modo de conclusión

Ante la crisis ambiental, exacerbada por el desarrollo exponencial de las tecnologías y con ello el advenimiento de la sociedad del riesgo, el Derecho ambiental, en su desarrollo, ha debido asumir innumerables retos, dentro de los cuales se destaca la necesidad de mutar desde una óptica de un derecho reactivo a un derecho preventivo, diseñado no para actuar *ex post*, sino *ex ante*, puesto que los daños ambientales se caracterizan por ser irreversibles, por lo que no cabe reparar, sino prevenir. Es así que surge el principio de precaución como respuesta ante la imposibilidad de aplicación del principio de prevención en situaciones de falta de certeza científica sobre un riesgo, porque el apego del principio preventivo a verdades científicamente probadas lo hace insuficiente ante situaciones de riesgo incierto.

La precaución como principio jurídico goza de gran desarrollo tanto en el Derecho internacional público, a partir de su reconocimiento en declaraciones y convenios internacionales, como en el Derecho comunitario europeo,

⁹⁰ ANDORNO, Roberto, “Validez del principio de precaución”, *ob. cit.*, p. 24. Esta idea también es compartida por BERIZONCE, quien además de aceptar la inversión de la carga de la prueba como un efecto directo en la aplicación de la precaución, se refiere también a la concepción dinámica de la prueba en lo que al principio precautorio resulta. *Vid.* BERIZONCE, Roberto O., “La incertidumbre científica”, p. 247; THOMÉ DA SILVA, Romeu Faria, *Manual de Direito Ambiental*, 5ª ed., Edições JusPODIVM, Salvador-Bahia, 2015, p. 71. En la Declaración de *Wingspread*, párrafo quinto, también se reconoce la inversión de la carga probatoria como necesaria en la aplicación del principio.

⁹¹ “Comunicación”, apartado 6.4, pp. 22-23.

a partir de su reconocimiento normativo y jurisprudencial, donde ha logrado en algunos casos ser un principio con rango constitucional y también legal, lo que ha propiciado sea considerado un principio general que se extiende a la protección del ambiente, la salud y los consumidores. Sin embargo, su configuración teórica queda matizada por la ausencia de una definición precisa sobre este, así como por la indeterminación del contenido que lo informa, lo cual dificulta establecer su alcance. A pesar de ser un principio que se ha forjado al calor de la jurisprudencia y que ha sido acogido en el ámbito teórico y normativo, aun subsisten imprecisiones teóricas sobre este que necesitan ser saldadas, lo que se ha convertido en un reclamo por parte de la doctrina, tanto de los defensores de la precaución como de los detractores.

No obstante, ha quedado claro que su contenido no se agota en la determinación de los presupuestos necesarios para su aplicación, sino que abarca los determinantes y efectos de las medidas precautorias. Además, ha quedado determinado tanto por la jurisprudencia como por los teóricos del tema que los elementos esenciales del principio precautorio son la incertidumbre científica y el riesgo grave e inaceptable. Como determinantes se identifican la proporcionalidad, la provisionalidad, la transparencia, la no discriminación, entre otros. Como efectos más relevantes de su aplicación se reconocen la inversión de la carga de la prueba y la excepción del régimen jurídico vigente.

La protección del medio ambiente como fin extrafiscal del tributo: especial referencia a las tasas ambientales en Cuba

Liana SIMÓN OTERO*
Orisel HERNÁNDEZ AGUILAR**

Introducción

La preocupación por preservar el medio ambiente alcanzó hacia inicios del siglo xx una posición superior en la escala de prioridades científico-sociales, primero, y político-jurídicas, después. Es en este contexto que se perfila una de las ramas más jóvenes de las ciencias jurídicas: el Derecho ambiental, la cual no alcanza aún un acabado deseable en sí misma y en su integración con otras que podrían respaldar sus regulaciones, tal vez por la reconocida novedad de esta o por la transversalidad de algunos de sus elementos medulares.

A pesar de esta debilidad, el interés por la materia aumenta en proporción directa a la urgencia de un cambio en las relaciones hombre-naturaleza, por lo que se hace necesaria la implementación de regulaciones jurídicas de la más alta jerarquía, que obligue a todos los factores sociales, económicos, y políticos a una consecuente interacción con el medio ambiente.

Ello ha dado paso a nuevas transformaciones y retos, entre los que se cuentan la consideración del derecho a un medio ambiente sano y sostenible como derecho humano, constitucional o fundamental, poniendo en cuestión su propia eficacia; la titularidad individual o colectiva del medio ambiente; la legitimación para actuar en su defensa ante cualquier instancia; la determinación y utilización de instrumentos y técnicas jurídicas tradicionales y novedosas; los enfoques preventivos, reparadores y sancionadores; entre otros.

En pos de la preservación y defensa del medio ambiente se ha recurrido al empleo de los que han dado en llamarse tributos ambientales, a través de los que se puede potenciar o desestimular determinadas prácticas, incentivándose

*Máster en Derecho Constitucional y Administrativo (Universidad de La Habana). Profesora de la Universidad de Pinar del Río.

**Doctora en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana). Profesora de Historia General del Estado y el Derecho y de Derecho Romano del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Pinar del Río.

la creación de tasas por la naturaleza de su hecho imponible. Cuba no ha queda ajena a su implementación, si bien su uso aún presenta un carácter limitado. En este estudio se ofrece un análisis del desarrollo dentro de la legislación cubana de los mecanismos tributarios, particularmente las tasas, que pudieran asociarse a una finalidad ambiental.

I. La protección constitucional del medio ambiente como principio para el resto del ordenamiento jurídico

Antes de adentrarnos en el estudio de las normas particulares de naturaleza tributaria, debe hacerse una mención a los presupuestos, que desde la carta magna, sientan los principios que se reconocen con respecto al medio ambiente.

I.1. La protección constitucional al medio ambiente. Análisis histórico tendencial

Si analizamos algunos cuerpos legales constitucionales, constataremos que estos han experimentado una tendencia a la inclusión de los contenidos ambientales en forma progresiva, describiendo una línea evolutiva ascendente.

Existe un primer grupo de constituciones que al no tener referencias expresas a la protección ambiental suplen dicha carencia mediante la interpretación jurisprudencial de artículos a los que han asimilado ese derecho.

Son varias las sentencias italianas, por ejemplo, que aun cuando reconocen la inexistencia expresa de regulaciones ambientales, las consideran, aplicando una interpretación lógico-evolutiva, implícitas en la referencias constitucionales existentes referentes a la tutela del paisaje, la defensa de la salud como interés de la colectividad y que la iniciativa económica privada no puede desarrollarse en contra de la utilidad social.¹

¹ Esta tendencia de la jurisprudencia queda evidenciada en Cassazione Penale Sezione III, 10 novembre 1982, No. 2087: *“la Costituzione, con l’art. 9 collega questi aspetti naturalistici (paesaggio) e culturali (promozione dello sviluppo della cultura e tutela del patrimonio storico-artistico) in una visione non statica ma dinamica, non meramente estetica od estrinseca, ma di protezione integrata e complessiva dei valori naturali insieme con quelli consolidati dalle testimonianze di civiltà; allo stesso modo con l’art. 32 la salute viene elevata a diritto fondamentale dell’individuo ed interesse della collettività; sotto altri profili si assicura al diritto all’ambiente, in quanto espressione della personalità individuale e sociale, una adeguata protezione; ambiente come sede della partecipazione (artt. 2, 3, 5); oggetto di difesa per tutti (art. 24); sostrato necessario per l’apprendimento, l’insegnamento, l’arte, la scienza (artt. 34, 35); limite alla proprietà e all’iniziativa economica (artt. 35, 41, 42, 43, 44); oggetto de coagularsi di forze politiche (art 49)”* y en la Ordenanza No. 184 del 9 giugno 1983, en la que de igual forma la Corte Constitucional habla en una resolución de *“tutela di beni rilevanti*

El reconocimiento por esta vía es meritorio en cuanto a una deficiencia sobrevenida por el avance de la ciencia del Derecho, pero deja latente una serie de carencias que solo puede suplir la regulación positiva, la cual, claro está, puede hacerse en forma de ley. Esta primera etapa ciertamente es la más elemental y primaria.

Conformando el siguiente punto de esta línea ascendente aparecen los textos constitucionales que formulan la obligación estatal de conservar el medio ambiental y el derecho, en abstracto, de los ciudadanos a disfrutar de este; tal es el caso de Portugal, cuya constitución señala en su artículo 9 c) que es el Estado responsable de la promoción del *“bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais [...]”*,² a la vez que establece que todos tienen derecho *“[...] a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”*.³ La implicación más relevante en ambos casos se refiere a los medios de protección que se pueden emplear para reclamar o defender ese derecho, pues en tales condiciones solo se tienen vías mediatas u ordinarias, no los mecanismos, medios y vías que poseen los derechos fundamentales clásicos, tal vez porque “[...] esta nueva generación lleva implícito problemáticas teóricas de nuevo tipo dadas por la propia heterogeneidad de sus figuras, su carácter de derechos marcos que se interrelacionan con todos los demás, la difícil delimitación de su titularidad en tanto sus sujetos suelen ser no solo los individuos sino también colectivos humanos [...]”.⁴ No obstante, no es menos cierto que “[...] derechos sin garantía son una mera fórmula legal [...]”.⁵

Parte de establecer una norma programática o un principio general que obliga a todas las instituciones estatales al desarrollar sus múltiples funciones a velar por hacerlo, tomando en consideración el interés ambiental, implica un primer paso en el establecimiento de la responsabilidad estatal, el cual no es suficiente porque se deja a su consideración la estimación de lo acertado o no de su propia labor. Es por ello que aparece la contraparte que se beneficia del medio ambiente, los ciudadanos, los cuales deberían estar en condiciones de actuar cuando el Estado no cumpla su deber o no lo haga correctamente.

costituzionalmente, quale la protezione dell’ambiente”. MAGLIA STEFANO *et al.*, *Il codice dell’ambiente*, 9ª ed., Editrice la tribuna – Piacenza, Italia, 1998, p. 61.

² Constitución de la República Portuguesa, en vigor desde el 25 de abril 1976. Consultado en www.parlamento.pt/leis, em fecha 20 de febrero de 2008.

³ *Ibidem*.

⁴ VILLABELLA ARMENGOL, C., “Los derechos humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución cubana”, en L. Pérez Hernández (comp.), *Selección de lecturas sobre el Estado y el derecho. Curso de formación de trabajadores sociales*. p. 127.

⁵ PRIETO VALDÉS, M., “El sistema de defensa constitucional cubano”, en *Revista Cubana de Derecho*, No. 26, julio-diciembre 2005, La Habana, p. 10.

Queda claro que este reconocimiento del derecho al medio ambiente es legítimo, pero casi insignificante si no está respaldado por medios adecuados para su ejercicio.

La controversia sobre la posibilidad y la forma de implementar ese derecho al medio ambiente ha marcado desde los inicios los debates ambientales porque se reconoce que como parte de los derechos de tercera generación comparte sus problemáticas.

Le siguen las constituciones que consagran el derecho fundamental al medio ambiente, articulado a todas las garantías que ofrece esta, con carácter de derecho individual. Veamos que la Constitución Política de la República del Ecuador contempla como derecho de la persona en su artículo 19.2, “El derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, a la vez que establece: “Es deber del Estado que ese derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

Como parte de los intentos de establecimiento del derecho al medio ambiente es evidente que este grupo de constituciones recurre a la fórmula de derecho fundamental, lo que significa un avance respecto al escalón anterior al dotar al individuo de garantías de su derecho y vías para defenderlo, aunque recurra solo a su reconocimiento como derecho individual, no por desconocimiento, sino porque es una forma de reconocer y proporcionar algunas garantías que mejor conoce el legislador, pues es propia del resto, o la mayoría, de los derechos que incluye en su texto constitucional y con esto salva del mero enunciado al derecho al medio ambiente y se garantiza una vía familiar de implementación.

Por último, unos pocos países han previsto su normativa constitucional al respecto desde una óptica más avanzada, como Venezuela, que consagra el derecho al medio ambiente como fundamental, señalando que son sus titulares los ciudadanos individualmente considerados y también la colectividad, derecho complementado por el deber del Estado de protección a este, deber que no se detiene en su configuración general, sino que establece principios rectores sobre aspectos específicos de esta política de protección.⁶

⁶ Artículo 127: “Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia [...]”. Constitución de Venezuela, en *Gaceta Oficial*, No. 5.453, de 24 de marzo de 2000.

Estos cuerpos constitucionales rompen con el tradicionalismo y ante la evidencia del doble carácter del derecho al medio ambiente se atempera creando soluciones nuevas ante un fenómeno novedoso, a la vez que establece algunas pautas sobre aspectos ambientales que considera significativos, con lo cual se alcanza el punto más alto en la implementación de regulaciones ambientales hasta el momento.

Aun en aquellos casos en que se haya alcanzado el más alto grado de previsión legal, el medio ambiente se encuentra interconectado al resto de los factores socioeconómicos, culturales y políticos y padece las consecuencias de “[...] la economía de libre mercado —el neoliberalismo— el derroche y el consumismo [...], la deuda externa extorsiona a los pueblos de los países pobres; los negocios más lucrativos se encuentran en el sector de la economía degradante; y su lógica productiva es alcanzar el máximo de ganancias en el menor plazo posible, sin tener en cuenta las afectaciones al medio ambiente ni la calidad de los productos”,⁷ lo que demanda que todos los factores fundamentales de una sociedad se armonicen y los intereses se equilibren con su preservación, con lo cual se fortalecen a su vez las garantías del derecho al medio ambiente.

En eso consiste precisamente el gran reto de corte ambiental de las constituciones modernas, en equilibrar el resto de sus intereses con la protección del medio ambiente y al cual no escapa la nuestra.

1.2. La protección del medio ambiente como fin extrafiscal del tributo: especial referencia a las tasas ambientales

La propia naturaleza económica de los tributos trae consigo que, aun cuando su fin pueda ser esencialmente recaudatorio, su instrumentación produzca efectos más allá de la obtención de ingresos. En principio, estos efectos, aunque necesariamente deben ser tomados en cuenta, poseen un carácter secundario, y solo son valorados con el objetivo de no afectar el fin primordial: la recaudación. En este sentido, PATON GARCÍA sostiene que

“no es posible concebir un tributo que sea puramente recaudatorio y ajeno a cualquier efecto no fiscal, como tampoco será posible encontrar tributos exclusivamente extrafiscales, encontrándose en la práctica una mixtura del fin recaudatorio y de los fines extrafiscales”.⁸

Ahora bien, cuando esos posibles efectos secundarios se convierten en el fin principal del tributo, cuando su objetivo fundamental no es obtener ingresos,

⁷ FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, A., “Derecho ambiental, democracia e instituciones políticas”, en *Revista Jurídica*, Año 4, No. 8, julio-diciembre 2003, MINJUS, La Habana. p. 45.

⁸ PATON GARCÍA, G., “Las políticas fiscales y el Estado de Bienestar”, disponible en <http://www.ual.es/congresos/econogres/docs/Institucional2/Paton.pdf>

sino influir en la sociedad desde otros puntos de vista, entonces estamos haciendo referencia a los denominados tributos extrafiscales. Tal y como argumenta VARONA ALABERN:

“... el tributo puede, además, dirigirse hacia fines distintos de los recaudatorios, mostrándose como instrumento idóneo para lograr otros objetivos constitucionales de gran interés público, como son, por ejemplo, la redistribución de la renta, el fomento del empleo o la protección del medio ambiente”.⁹

A este tipo de tributos se les designa también como tributos de ordenamiento, por la capacidad que poseen para incidir en ámbitos más amplios que el tributario, y según sea mayor o menor la manifestación de la finalidad extrafiscal que persigan, se les clasifica en tributos propios y tributos impropios.

“Dentro de la extrafiscalidad cabe, por tanto, distinguir los tributos que son genuinamente recaudatorios pero que contienen elementos extrafiscales ajenos a la fiscalidad, de aquellos otros que en su fundamento y estructura están concebidos para lograr un objetivo de carácter extrafiscal. En rigor, solo éstos últimos pueden calificarse de tributos propiamente extrafiscales”.¹⁰

Los tributos extrafiscales impropios vienen siendo aquellos tributos que dentro de su configuración admiten determinados elementos que persiguen fines distintos al recaudatorio, ya sea a través de incentivos fiscales, deducciones o bonificaciones, o a través del aumento de la carga tributaria. A manera de ejemplo podemos citar dentro del primer supuesto, la Resolución No. 13 de fecha 25 de mayo de 1999, del Ministerio de Finanzas y Precios, que en su primer apartado dispone una bonificación del 50 % del pago del Arancel de Aduanas para las importaciones de maquinarias, equipos, partes de equipos, y accesorios, que constituyan como sistema, una tecnología para el control y tratamiento de residuales de instalaciones existentes, que reduzcan significativamente las cargas contaminantes que están emitiendo al medio ambiente. Muestra del segundo supuesto lo constituye el artículo 39, inciso b), de la también derogada Ley No. 77, De la Inversión extranjera, de fecha 5 de septiembre de 1995, al establecer que cuando concurre la explotación de recursos naturales, renovables o no, puede aumentarse el tipo impositivo del impuesto sobre utilidades por decisión del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, hasta un 50 %.

⁹ VARONA ALABERN, J. E., *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009, p. 20.

¹⁰ *Ibidem*, p. 24.

Por su parte, los tributos propiamente extrafiscales, según VARONA ALABERN, deben poseer determinadas características:

“En primer lugar, el tributo debe perseguir con claridad una finalidad no recaudatoria [...] En segundo lugar, la estructura interna del tributo debe impregnarse de los aspectos extrafiscales [...] deben informar sus elementos esenciales con tal intensidad que sin estas notas extrafiscales el impuesto perdería su lógica interna y quedaría notablemente desfigurado, [y] en tercer lugar, como corolario del requisito anterior, el tributo debe fomentar las conductas u operaciones acordes con la finalidad extrafiscal perseguida, para lo cual es necesario que incorpore mecanismos que reduzcan la carga tributaria cuando los contribuyentes realicen actos encaminados al logro de la finalidad extrafiscal y viceversa, esto es, que la aumenten cuando muestren una actitud contraria a la misma”.¹¹

El tributo extrafiscal tiene a fin de cuentas una finalidad conductista, pues persigue persuadir al contribuyente para que mantenga conductas más beneficiadas fiscalmente, a la vez que lo disuade de efectuar aquellas que reciben mayor carga tributaria.

Uno de los fines más importantes que persiguen los tributos extrafiscales es la protección del medio ambiente, y en este sentido se puede hablar de tributos ambientales o ecológicos. La tributación ambiental ha estado marcada por el principio económico “quien contamina paga”, según el cual el sujeto que contamina es el encargado de sostener el coste derivado de paliar el daño ambiental; no obstante, este principio ha sido ampliado al punto de atribuirle efectos que de una primera interpretación no se desprenden.

Este principio no se aplica solamente al ámbito fiscal, pudiéramos afirmar que es más propio de otros espacios jurídicos, pues cuando la conducta contaminante es demasiado agresiva para el medio ambiente, puede llegar a constituir una infracción administrativa o incluso un delito, por lo que en estos casos pudiera aplicarse la máxima “quien contamina paga”, la que sigue siendo muy simplista para un tema tan complejo.

En el ámbito tributario, la conducta que constituye el hecho imponible del tributo, aun cuando pueda resultar perjudicial para el medio ambiente es lícita, pues teniendo en cuenta el grado de contaminación y la posibilidad real de evitarla, el legislador ha decidido utilizar otros mecanismos económicos para proteger el medio ambiente más allá del Derecho sancionatorio.

Algunos autores se refieren a los tributos ambientales como de naturaleza reparadora; en ese sentido, SOLER ROCH afirma que estos tributos responden “al

¹¹ *Idem*, pp. 28 y 29.

principio según el cual quien perjudica el medio ambiente debe reparar el daño causado mediante una aportación económica que financiará, de modo genérico o específico, una parte del gasto ocasionado por la protección medioambiental”.¹²

Desde nuestro punto de vista, el establecimiento de los tributos ambientales está marcado por el principio de capacidad económica, no basta que la actividad contaminante sea lícita y que sea difícil evitarla a través de una sanción, resulta imprescindible que esta sea indicadora de capacidad contributiva, pues aun cuando el fin perseguido sea extrafiscal, el instrumento utilizado sí es fiscal y por tanto tiene que adaptarse a los principios de justicia tributaria que rigen esta materia. Sobre este aspecto, JIMÉNEZ HERNÁNDEZ sostiene que

“al diseñar un tributo cualquiera el legislador debe ser muy cuidadoso de gravar una efectiva manifestación de capacidad contributiva, situación que se complica en el caso de los tributos ambientales, ya que el hecho imposible debe corresponder con una actividad nociva para el medio ambiente que a la vez sea indicativa de una determinada capacidad económica”.¹³

Por este motivo es que precisamente es el principio de capacidad económica el que fundamenta o sostiene la posibilidad de utilizar al tributo con fines ajenos al fiscal, y no el argüido principio de quien contamina paga. Teniendo en cuenta la finalidad perseguida podemos hablar de variantes de tributos ambientales:

- “Los denominados tributos ‘redistributivos’ o de ‘recuperación de costos’, que han sido los primeros en implementarse con el objetivo de financiar la protección ambiental mediante la recuperación de los costos públicos ocasionados por el sujeto contaminante.
- Los más modernos, tributos ‘incentivadores’ o de ‘modificación de conductas’, que se establecen con la intención única de mejorar el comportamiento ambiental de los productores y consumidores y sin ninguna intención de obtener rendimientos.
- Los tributos que, aplicándose a productos o actividades contaminantes o perjudiciales para el medio ambiente, se establecen con finalidad fundamental de aumentar la recaudación por esta vía. [...] Se habla en estos casos de ‘impuestos ambientales de finalidad fiscal’”.¹⁴

¹² SOLER ROCH, M. T., “El principio de capacidad económica y la tributación medioambiental”, en *Tratado de Tributación Medioambiental*, vol. I, Thompson - Aranzadi/Iberdrola, Pamplona, 2008, p. 101.

¹³ JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, J., “El tributo ecológico y su carácter extrafiscal. Un estudio de las figuras autonómicas”, en *Impuestos*, vol. I, Año 12, No. 1, 1996, p. 92.

¹⁴ Universidad Británica de Keele, disponible en www.keele.ac.uk, citado por ÁGUILA CARRALERO, A. y J. NAVARRO RICARDO, “Consideraciones sobre la tributación ecológica como una alternativa para la protección ambiental”, en *Revista Cubana de Derecho Ambiental*, Año I, No. 4, abril-junio 2011, s/p.

En menor o mayor medida, las tres modalidades provocan efectos positivos en la protección del medio ambiente, si bien debemos resaltar que los tributos incentivos son los propiamente extrafiscales, y aunque su configuración resulta más compleja, son mucho más efectivos para el logro de su finalidad ambientalista.

Las actividades que generalmente pueden resultar perjudiciales al medio ambiente, porque implican uso y/o disfrute de este, en principio siempre conllevan una autorización administrativa y se constituyen en una utilización o un aprovechamiento especial del dominio público, es por esto que las tasas, como tributo cuyo hecho imponible prevé este tipo de situaciones, cobran un lugar especial dentro de la tributación ambiental.

Si bien el principio de capacidad contributiva resulta controversial en el ámbito de la tributación ambiental, en el caso particular de las tasas este dilema se agrava, pues en contrario se enarbolan los principios de provocación de costes y de equivalencia. GARCÍA FRÍAS sostiene:

“La tasa no utiliza como parámetro fundamental la capacidad contributiva, sino el coste del servicio, a pesar de que esta se deba tener en cuenta por su carácter de tributo a la hora de fijar la cuantía de la prestación”.¹⁵

En este mismo sentido, VILLEGAS argumenta:

“La tasa tiene límites que son naturales a su propia conformación objetiva y que están referidos a su cuantía [...] De allí que la fijación del monto no pueda tomar en cuenta circunstancias inherentes a la persona o a los bienes del obligado (que son hechos generadores del impuesto), sino únicamente circunstancias atinentes a la actividad vinculante en sí misma, por ser ella y no otra cosa, lo que genera la obligación de tributar tasas”.¹⁶

Según el principio de equivalencia debe existir cierta proporción entre la cuantía del tributo y el costo del servicio que constituye el hecho imponible de la tasa, lo cual ha sido criticado por autores como FONROUGE, quien ha sostenido que “la cuantía de la tasa no es elemento que pueda influir en su configuración jurídica”,¹⁷ y VALDÉS COSTA, que ha manifestado:

“La cuantía de la contraprestación en sí misma no puede determinar un cambio de naturaleza jurídica. Pero si se tiene en cuenta el fundamento de la tasa, que sin duda es el de imponer una obligación a quienes dan lugar al

¹⁵ GARCÍA FRÍAS, Á., “Los fines extrafiscales en las tasas”, en *Tasas y Precios Públicos en el ordenamiento jurídico español*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 174.

¹⁶ VILLEGAS, H. B., *Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario*, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 101.

¹⁷ FONROUGE, G., *Derecho Financiero*, t. 2, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 992.

funcionamiento de determinados servicios estatales, forzoso es establecer alguna relación entre el producto de las tasas y las necesidades financieras del servicio. Aunque no se exija una igualdad entre el producto de la recaudación y costo del servicio, es necesario buscar alguna relación. Ella puede encontrarse en una razonable equivalencia entre ambos rubros, la que a nuestro juicio deriva del principio de que el producto de la recaudación de las tasas debe tener como único destino las necesidades financieras del servicio correspondiente”.¹⁸

A nuestro modo de ver, el problema relativo a la limitación de la cuantía de la tasa al coste del servicio y al principio de equivalencia se suscita debido a tres cuestiones básicas:

En primer lugar, porque se concibe a la tasa como contraprestación, y como bien sostiene PÉREZ ROYO, “dicho concepto, entendido en su sentido técnico-jurídico, queda reservado para las prestaciones sinalagmáticas y en ningún caso para los tributos, que son prestaciones unilateralmente impuestas o coactivas”,¹⁹ el contribuyente no paga porque recibe una contraprestación, no estamos hablando de precios públicos, la obligación no nace de la prestación del servicio o actividad, la obligación nace de la ley, el contribuyente paga porque tiene el deber constitucional de contribuir a los gastos públicos, lo que en el caso de la tasa la obligación de pago se vincula con un actuar del Estado por una cuestión de ingeniería fiscal, ya que cada tributo va a contribuir a la obtención de ingresos de una manera diferente.

En segundo lugar, porque se ha dejado de estimar que si fijamos la cuantía de la tasa teniendo en cuenta aspectos como la importancia del servicio, su utilidad social y particular, la jerarquía del órgano que lo presta o el costo general y por individuo, podría darse el caso de que el contribuyente no pueda enfrentar el pago de la obligación, pues los criterios para llevar a cabo la cuantificación nada tienen que ver con su capacidad contributiva. Por esto es que consideramos que las tasas, incluyendo por supuesto las ambientales, sí se acogen al principio de capacidad contributiva, el que no tiene por qué ser valorado de la misma forma que en los impuestos, pues en la configuración de las tasas la capacidad contributiva puede ser asumida a partir de estudios económicos (nivel de vida, salario promedio, etc.) que permitan determinar tasas ajustadas a las circunstancias concretas donde se impongan.

El otro aspecto que incide en este criterio, específicamente en el ámbito ambiental, es precisamente el mencionado principio “quien contamina paga”,

¹⁸ VALDÉS COSTA, R., *Curso de Derecho Tributario*, Depalma, Themis, Marcial Pons, Buenos Aires, Santa Fe de Bogotá, Madrid, 1996, pp. 159-160.

¹⁹ PÉREZ ROYO, F., *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 47-48.

pues siguiendo esta regla el contribuyente solo debe aportar en la medida que contamina y no según el fin incentivador que persiga la tasa.

En resumen, podemos sostener que los elementos cuantificadores de la tasa ambiental no dependen del coste que la conducta contaminante provoque, sino que se derivan de la finalidad perseguida y de los principios de justicia tributaria.

Otro aspecto controversial ha sido el fin o destino específico de las tasas ambientales, aunque esto se debate en las tasas en sentido general, en este contorno cobra mayor significación.

La doctrina latinoamericana ha fundamentado la división de las especies tributarias basándose en dos aspectos básicos del tributo: “los elementos constitutivos del *presupuesto de hecho* y el *fin* perseguido con su creación o el *destino* de su producto”.²⁰

Sobre el particular compartimos el criterio sostenido por VALDÉS COSTA cuando afirma:

“En cuanto al destino es indudable que integra la noción de tasas y contribuciones, ya que no se justificaría de modo alguno que la ley asignara el producto de estos tributos a destinos ajenos a las necesidades del servicio o la obra que constituyen su fundamento esencial por integrar su presupuesto de hecho. El desconocimiento de este requisito haría perder a la prestación el carácter de tasa o de contribución”.²¹

Resulta digno resaltar que a este razonamiento se le ha criticado que el fin de la tasa concluye con la recaudación, por lo que la asignación del ingreso forma parte del Derecho presupuestario, no del Derecho tributario, y en correspondencia, los recursos obtenidos a través de este tipo especial de tributo deben ser destinados a financiar los gastos generales del presupuesto, sin afectaciones particulares; también se ha argumentado que si se recauda más cantidad de la necesaria para cubrir el gasto al que el producto de un tributo se encuentra afecto, esto podría ocasionar problemas prácticos en la gestión presupuestaria al recibir unas cantidades adicionales, que forzosamente deben destinarse a un fin que ya se encuentra cubierto.²²

A pesar de estos argumentos, apreciamos que las tasas, desde su propia concepción, nacen ligadas a una actividad o servicio, por lo que el principio de no afectación lo consideramos propio de los impuestos; en las tasas, el fin

²⁰ VALDÉS COSTA, R., *Curso de Derecho Tributario*, ob. cit., p. 91.

²¹ *Ibidem*, p. 92.

²² Vid. VILLEGAS, H. B., *Curso de Finanzas...*, ob. cit., p. 92; FERREIRO LAPATZA, J. J., *Curso de Derecho Financiero Español*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 93; y SAINZ DE BUJANDA, F., *Hacienda y Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1963, p. 258.

específico de su recaudación permite una mayor legitimación social del tributo y puede simplificar el problema de la distribución de los ingresos.

“La afectación encuentra asimismo [...] sentido en los tributos extrafiscales [...]. Si para un tributo de esta naturaleza la finalidad extrafiscal ocupa un papel especialmente relevante, resulta coherente que se quieran destinar las cantidades derivadas de su recaudación a afrontar los gastos vinculados al logro de aquel objetivo”.²³

Desde el punto de vista de su clasificación, aunque con alguna diferencia, asumimos en principio la posición sostenida por VILLEGAS, quien siguiendo las concepciones de PUGLIESE y VALDÉS COSTA propone la sistematización siguiente:

I) *Tasas judiciales*

- a) De jurisdicción civil contenciosa (juicios civiles propiamente dichos, comerciales, rurales, mineros, contencioso-administrativos, etc.).
- b) De jurisdicción civil voluntaria (juicios sucesorios, informaciones sumarias, habilitaciones de edad, venias supletorias, etc.).
- c) De jurisdicción penal (procesos de derecho penal común y derecho penal contravencional).

II) *Tasas administrativas*

- a) Por concesión y legalización de documentos y certificados (autenticaciones, legalizaciones, documentos de identidad, pasaportes, etc.).
- b) Por controles, fiscalizaciones, inspecciones oficiales (salubridad, pesas y medidas, seguridad en las construcciones, etc.).
- c) Por autorizaciones, concesiones y licencias (permisos de edificación, de conducir, de caza y pesca, de espacio para puestos de venta o para publicidad en la vía pública, etc.).
- d) Por inscripción en los registros públicos (registro civil, del automotor, prendario, de propiedades, etc.).
- e) Por actuaciones administrativas en general (sellado por trámites y actuaciones en vía administrativa).²⁴

A nuestro juicio, coincidiendo con autores como GIANNINI²⁵ y gran parte de la doctrina española,²⁶ y en concordancia, disintiendo del criterio sostenido por

²³ VARONA ALABERN, J. E., *Extrafiscalidad...*, ob. cit., p. 43.

²⁴ VILLEGAS, H., *Curso de Finanzas...*, ob. cit., p. 98.

²⁵ GIANNINI, A. D., *Instituciones de Derecho Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1957, p. 556.

²⁶ PÉREZ ROYO, F., *Derecho Financiero...*, ob. cit., p. 42.

los anteriores autores citados, consideramos que también poseen el carácter de tasas tributarias, las obligaciones pecuniarias coactivas que se cobran por el uso especial de las cosas de dominio público.

VALDÉS COSTA argumenta que este caso “corresponde en principio, a remuneraciones que el Estado recibe con el carácter de prestación por la utilización de bienes. La circunstancia de que estos bienes integren el dominio público y estén sometidos a un régimen especial en cuanto a su enajenación y uso no implica necesariamente que las prestaciones que efectúen los particulares por su uso adquieran naturaleza tributaria”;²⁷ lo que sí defendemos teniendo en cuenta que al ser bienes de dominio público su utilización debe ser gratuita y en consecuencia, dicha exacción cumple con todos los presupuestos para ser considerada tributo y específicamente tasa.

II. La regulación del medio ambiente en la vigente Constitución cubana

La actual regulación constitucional del medio ambiente presenta una considerable proyección de transversalidad. En tal sentido se aprecia una articulación notable entre los preceptos ubicados en distintos capítulos del magno texto, que triangulan las distintas aristas en que la protección de este bien colectivo se hace relevante.

Nótese el carácter prioritario atribuido a la temática desde su inclusión en el Capítulo I de la Constitución, referido a los Principios Fundamentales entre los Fundamentos Políticos del Estado. En este apartado se preceptúa, primeramente, que “el Estado ejerce su soberanía sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país”²⁸ y, a continuación, se incluye entre sus fines esenciales el de “promover un desarrollo sostenible que asegure la prosperidad individual y colectiva, y obtener mayores niveles de equidad y justicia social, así como preservar y multiplicar los logros alcanzados por la Revolución”.²⁹ Estas normas, solo por su ubicación en la estructura constitucional, alcanzan carácter de principios rectores de actuación e irradian al resto de los contenidos normativos.

La coherencia esperada entre estas disposiciones y el actuar al que vendrían obligadas todas las instancias del aparato estatal se coligen de la lógica articulación que tienen estas con los dictados de los artículos 7 y 9, relativos a la primacía constitucional y a la observación de la legalidad, respectivamente.

²⁷ VALDÉS COSTA, R., *Curso de Derecho Tributario*, ob. cit., p. 168.

²⁸ Artículo 11 b), Constitución de la República de Cuba, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, La Habana, 10/4/2019.

²⁹ Artículo 13 f), Constitución de la República de Cuba, 2019.

Siendo así, queda bien delineada la implementación hacia lo interno de una política de sostenibilidad respaldada por el control estatal.

Este enfoque se ve complementado por una consecuente vocación en la esfera de las relaciones internacionales. Según el artículo 16, inciso f):

Cuba “promueve la protección y conservación del medio ambiente y el enfrentamiento al cambio climático, que amenaza la sobrevivencia de la especie humana, sobre la base del reconocimiento de responsabilidades comunes, pero diferenciadas; el establecimiento de un orden económico internacional justo y equitativo y la erradicación de los patrones irracionales de producción y consumo”.

Sobre tales bases, cabe considerar que se ha establecido una concepción ambientalmente responsable de lo que se entiende por “desarrollo” en Cuba, siendo su contenido el resultado de la integración dialéctica de los distintos elementos aludidos.

Con tal idea en mente ha de asumirse el fundamento económico del artículo 19 cuando sostiene que

“El Estado dirige, regula y controla la actividad económica conciliando los intereses nacionales, territoriales, colectivos e individuales en beneficio de la sociedad. La planificación socialista constituye el componente central del sistema de dirección del desarrollo económico y social. Su función esencial es proyectar y conducir el desarrollo estratégico, previendo los equilibrios pertinentes entre los recursos y las necesidades”.

En consecuencia, la presencia estatal en toda la actividad económica debe velar, entre otras cuestiones, por la materialización de una noción de desarrollo con las características anteriormente descritas. Ello implica, en el actual escenario de la dinámica nacional, la armonización de una pluralidad sensible de sujetos. A pesar de la complejidad que ello supone, la Estrategia Ambiental Nacional 2016-2020 lo considera una fortaleza, en tanto se cuenta

“... con el accionar individual y a través de las diversas formas de organización (entorno asociativo) políticas y de masas, así como asociaciones formales y no formales (incluye grupos ecologistas y proyectos comunitarios, centros de educación alternativa, sociedades). Estas tienen significativo impacto en la implementación de experiencias demostrativas innovadoras para la solución de problemas ambientales locales, en la generación de debates, participación activa en la discusión de estrategias y planes

nacionales, así como en su implementación a todos los niveles, en aras de formar un nuevo paradigma ambiental”.³⁰

La culminación necesaria de este estado de cosas es la consagración en el artículo 75 del derecho de todas las personas “a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado”. Con ello se supera la limitada concepción de la ley suprema precedente, que se restringía a establecer el deber, exclusivo de los ciudadanos, de “contribuir con la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de la naturaleza”.³¹

La superioridad del actual pronunciamiento no radica solo en el ascenso a la categoría de derecho, sino en que este es un pronunciamiento más abarcador y universal. Ya no se alude a un conjunto de recursos, sino que se engloba la totalidad de estos bajo el rubro del “medio ambiente”; el empleo de los adjetivos “sano y equilibrado” dan una cualidad añadida que califica, aunque sea con imprecisiones, las expectativas que se tienen al respecto y, además, se rebasa la limitación de solo dirigirse a los ciudadanos por medio del empleo del término *persona*, que indica la inclusión de otros actores sociales.

A la regulación de este derecho le sigue la previsión de que

“El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo sostenible de la economía y la sociedad para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras”.

Vale la pena señalar que este enunciado reitera una fórmula del texto anterior al distinguir los recursos naturales del medio ambiente. Ello se atribuyó, en su día, a un interés del legislador constitucional por especificar al menos un elemento que consideró esencial, puesto que el medio ambiente no estaba, y sigue sin estarlo, definido en la Constitución. No obstante, aquí no parece válida tal puntualización, ya que la Ley No. 81 Del Medio Ambiente³² ofrece una conceptualización que no se asemeja en sus criterios al seguido por el constituyente.³³

³⁰ Estrategia Ambiental Nacional 2016-2020, recuperada de <http://repositorio.geotech.cu/jspui/bitstream/1234/2727/1/Estrategia%20Ambiental%20Nacional%202016-2020.pdf> [consultado en fecha 5 de mayo de 2020].

³¹ Artículo 27, Constitución de la República de Cuba, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Especial, La Habana, 24/02/1976; reformado por la Ley de Reforma Constitucional, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 9, La Habana, 13/07/1992, y por la Ley de Reforma Constitucional, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 10, La Habana, 16/07/2002.

³² Ley No. 81, Del Medio Ambiente, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 7, La Habana, 11/7/1997.

³³ “Artículo 8: A los efectos de la presente Ley se entiende por:

Medio ambiente, sistema de elementos abióticos, bióticos y socioeconómicos con que

En la lectura del citado artículo, seguidamente se consigna el reconocimiento de “su estrecha vinculación con el desarrollo sostenible de la economía y la sociedad para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras”. Este constituye el punto de cierre y convergencia de la mayor parte de los enunciados constitucionales referidos, al nuclear en torno a un derecho fundamental la proyección de la política del Estado en tal sentido. Este dictado tiene por su particular enfoque la capacidad de “encontrar equilibrio entre tres diversos polos o perspectivas: intereses ecológicos, intereses sociales e intereses económicos. [Puesto que] La protección del ambiente, la solidaridad y la eficiencia económica son, en otras palabras, las tres más importantes dimensiones del concepto de sostenibilidad”.³⁴

La sistemática constitucional alrededor del medio ambiente no se agota necesariamente en estos enunciados normativos. También hay importantes repercusiones para su preservación, ligadas a derechos tales como la salud (artículo 72), la seguridad y salud en el trabajo (artículo 69), al agua (artículo 76), la alimentación sana y adecuada (artículo 77), entre otros. Esto se encuentra en relación directa, además, con el artículo 1 y el artículo 13, inciso f), del magno texto, que aluden a la dignidad plena del hombre y su desarrollo integral, toda vez que para alcanzar tales aspiraciones se requiere de ciertos estándares de bienestar, económico y espiritual, que conforman la calidad de vida, y para los cuales es necesario un medio ambiente sano y sostenible.

Por último, el sistema de garantías que acompaña a estos derechos confiere un plus de respaldo, que sería viable poner en función del medio ambiente, según resulte de su desarrollo normativo. Entre ellas destacan el acceso a la justicia para obtener tutela efectiva; el debido proceso y procedimiento; el derecho a reclamar y a obtener reparación o indemnización frente a daño o perjuicio causado indebidamente por directivos, funcionarios y empleados del Estado en el ejercicio de su cargo, el cual se espera obtenga eficacia a través del acceso a la justicia; y la posibilidad de reclamar frente a la actuación u omisión lesiva de entes estatales, no estatales o cualquier persona, mediante un proceder preferente, expedito y concentrado.³⁵

En consecuencia, puede sintetizarse lo expuesto en que la vigente regulación constitucional en materia de medio ambiente excede a su predecesora

interactúa el hombre, a la vez que se adapta al mismo, lo transforma y lo utiliza para satisfacer sus necesidades”. Ley 81, Del Medio Ambiente.

³⁴ CHIRINO, A., *Derecho constitucional a un ambiente ecológicamente sostenible*, disponible en ftp://10.2.71.212/FTP%20Derecho/5_Quinto/Derecho%20Ambiental/ [consultado en fecha 20 de febrero de 2008].

³⁵ Vid. PRIETO VALDÉS, M., “Las novedades de la Constitución cubana aprobada el 24 de febrero de 2019”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, No. 17, 2019, pp. 58-59.

y cuenta con un conjunto importante de potencialidades a explorar en la práctica jurídica.

II.1. Valoraciones críticas sobre la posible existencia de tasas ambientales en Cuba

La Constitución cubana, si bien se refiere en su artículo 27 a la protección del medio ambiente, al menos de forma clara y expresa no regula el deber de contribuir a los gastos públicos, ni prevé al tributo como instrumento de recaudación o de política económica;³⁶ en correspondencia, la regulación del Sistema Tributario Cubano y su posible utilización con el fin extrafiscal de proteger al Medio Ambiente solo cuenta con rango de ley.

En el año 1994 es cuando por primera vez podemos vincular estos dos conceptos, la Ley No. 73, Del Sistema Tributario, de fecha 4 de agosto de 1994, estableció en su artículo 4 que “los tributos además de ser medios para recaudar ingresos, han de constituir instrumentos de la política económica general y responder a las exigencias del desarrollo económico-social del país”, con lo cual se estaba posibilitando el camino para una posible tributación extrafiscal, permitiendo así el establecimiento de tributos ambientales.

Por su parte, tres años después, la Ley No. 81, Del Medio ambiente, de fecha 11 de julio de 1997, dispuso en su artículo 61 que “El uso de la regulación económica como instrumento de la política y la gestión ambiental se concibe sobre la base del empleo, entre otras, de **políticas tributarias**, arancelarias o de precios diferenciados para el desarrollo de actividades que incidan sobre el medio ambiente”; lo que complementaron los artículos 62³⁷ y 63³⁸ del propio

³⁶ Vid. SIMÓN OTERO, L., “El deber de contribuir como fundamento del Sistema Tributario: un reto para el constitucionalismo cubano”, en *Boletín de Actualidad Tributaria*, Boletín No. 7/2013, ISSN 0210-2919, pp. 42-46.

³⁷ “ARTÍCULO 62.- Corresponde al Ministerio de Finanzas y Precios, oído el parecer del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente y demás órganos y organismos correspondientes, determinar los aranceles e impuestos que resulten convenientes para la protección del medio ambiente”.

³⁸ “ARTÍCULO 63.- Sobre la base de las políticas y disposiciones que se establezcan, derivadas de los artículos anteriores, podrán adoptarse, entre otras, las medidas siguientes:

- a) Reducción o exención de aranceles a la importación de tecnologías y equipos para el control y tratamiento de efluentes contaminantes;
- b) Reducción o exención de aranceles a la importación de materias primas o partes necesarias para la fabricación nacional de equipos o instrumentos destinados a evitar, reducir o controlar la contaminación y degradación ambiental;
- c) Autorización, en casos excepcionales, de la depreciación acelerada de inversiones realizadas en el desarrollo, compra o instalación de equipos, tecnologías y procesos que favorezcan la protección del medio ambiente;
- d) Otorgamiento excepcional de beneficios fiscales o financieros a determinadas actividades que favorezcan el medio ambiente”.

cuerpo legal al establecer que se determinarían los impuestos convenientes para la protección del medio ambiente y las deducciones y exenciones necesarias en ese sentido.

Si prestamos especial atención a la Ley Ambiental, nos percatamos que circunscribe la posibilidad de crear tributos ambientales al caso particular del impuesto, lo que en principio pudiera parecer no demasiado relevante dada la regulación general de la Ley Tributaria vigente es ese momento; sin embargo, el análisis que vamos a efectuar nos demostrará que ese precepto ha macado, a nuestro juicio no con efectos positivos, toda la tributación vinculada a la protección del medio ambiente, pues ha forzado a darle el tratamiento de impuesto o en su defecto de ingreso no tributario a todos aquellos tributos que pudieran tener naturaleza diversa, por ejemplo, que pudieran configurarse como tasas.

Debemos comenzar este examen con el impuesto sobre la utilización o explotación de los recursos naturales y para la protección del medio ambiente, “este novedoso impuesto, que por primera vez aparece formando parte de un sistema fiscal cubano con esta Ley n°. 73/1994, se establece sustantivamente por disposición de los artículos 50, 51 y 52 de la misma. Constituyendo su regulación un mero esbozo del mismo ya que se deja en manos del ministro de Finanzas y Precios la determinación de la casi totalidad de los elementos esenciales del impuesto, y sus reglas para la cuantificación y pago de la cuota tributaria”.³⁹

Siguiendo la fórmula empleada en dicha Ley, es a través de sus disposiciones complementarias que podemos conocer la verdadera instrumentación del referido impuesto, pues su regulación legal solo nos aclara que puede establecerse tanto por el mero uso de un recurso natural como por su explotación, es decir, por la obtención de beneficios por parte del operador.

No obstante, coincidimos con VALDÉS LOBÁN cuando sustenta que

“Del análisis sistémico de la denominación del tributo, el hecho imponible constitutivo del mismo y los sujetos pasivos que lo realizarían, podríamos concluir interpretando que la frase utilizada por el legislador al final del título del Impuesto –‘... y para la protección del medio ambiente’–, no significa que se extienda la objetividad del mismo a gravar la protección del medio ambiente en sentido amplio –como si fuera un típico tributo ambiental, de los que últimamente se tienen bastantes noticias–, sino más bien se expresa la voluntad finalista del gravamen que nos ocupa: coadyuvar a la

³⁹ VALDÉS LOBÁN, E., *La imposición sobre el consumo en Cuba. Valoración crítica y propuesta de reforma*, Publicaciones Universidad de Alicante, Alicante, 2002, p. 318.

protección del medio ambiente, a través de la imposición por la utilización y explotación de los recursos naturales, parte esencial de aquél”.⁴⁰

Durante el tiempo de su vigencia, este impuesto nunca tuvo una reglamentación general, como sí ocurrió con otros tributos, sino que el Ministerio de Finanzas y Precios, amparado en el mencionado artículo 52 de la Ley No. 73/94, dictó tres resoluciones que regularon varias modalidades de este.

La primera de ellas fue la Resolución No. 50 de fecha 29 de agosto de 1996⁴¹, la que expresa en su exposición de motivos que “Es necesario regular las normas para la aplicación del Impuesto sobre la Utilización o Explotación de los Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente, en lo concerniente a la explotación y conservación de los recursos forestales y la fauna silvestre”.

La segunda fue la Resolución No. 51, de fecha 29 de octubre de 1997, la que en uno de sus por cuantos argumentó que se hacía “necesario establecer las normas para la aplicación del Impuesto sobre la Utilización o Explotación de los Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente en lo concerniente a los cánones por la ejecución de una actividad minera y a las regalías por la explotación de recursos minerales; así como del derecho de superficie para la construcción de instalaciones de procesamiento”.

La Ley No. 76, Ley de Minas, de fecha 21 de diciembre de 1994, promulgada meses después de la mencionada Ley Tributaria, estableció en su artículo 41, inciso i), y en el artículo 75 y siguientes, la obligación de todos los concesionarios de pagar al Estado, según el caso, el derecho de superficie, los cánones por la ejecución de una actividad minera y las regalías por la explotación de recursos minerales que igualmente se establecían en esa Ley; por lo que podemos interpretar que expresamente se le está otorgando el carácter de tributo, particularmente de impuesto, a los cánones o regalías, los que debemos entender se concibieron como desarrollo del mencionado Impuesto sobre la Utilización o Explotación de los Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente.

Por último se dictó la Resolución No. 36 de 21 de diciembre de 1999, en la que se expuso que: “Teniendo en cuenta el deterioro ambiental que presenta la Bahía de La Habana, y como parte de las medidas encaminadas a alcanzar un desarrollo socioeconómico sostenible, se hace necesario establecer las regulaciones jurídicas que posibiliten la aplicación del Impuesto sobre la

⁴⁰ *Ibidem*, p. 319.

⁴¹ La primera resolución fue dictada en esta fecha, aun cuando la Ley No. 73/94 establecía en su disposición final primera que el impuesto por la explotación y utilización de los recursos naturales y para la conservación del medio ambiente entraría en vigor en 1995. Nótese que en este precepto ni siquiera se utiliza correctamente el nombre del tributo, técnica legislativa poco feliz.

Utilización o Explotación de los Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente, por el uso o explotación de este importante recurso natural”.

La técnica legislativa seguida para la reglamentación de este impuesto no fue la mejor, sobre todo si tenemos en cuenta que nunca se reguló de manera general y abarcadora todos los supuestos que podían conformar el hecho imponible del tributo, sino que esto se fue haciendo, en palabras de VALDÉS LOBÁN, “como una especie de ‘legislación a la carta’”.⁴²

Desde la propia concepción del impuesto en la Ley No. 73/94, y del análisis de sus posteriores regulaciones complementarias, se vislumbra una característica distintiva en su hecho imponible: “uso o explotación de los *recursos naturales*”, bienes que en nuestro país son de dominio público,⁴³ por lo que el nacimiento del tributo se está vinculando a la utilización o aprovechamiento de este tipo de bienes y, en consecuencia, se está configurando una tasa y no un impuesto.⁴⁴

Ahora bien, desde el punto de vista de su finalidad, tampoco podemos defender que se trate de un tributo ambiental propiamente dicho, pues en principio no se grava solo la conducta contaminante, ni los elementos cuantificadores de la potencial tasa están diseñados para modificar la conducta del sujeto pasivo.

La mencionada Ley No. 73/94 mantuvo su vigencia hasta el año 2012, pues el 1º de enero de 2013 entró en vigor la Ley No. 113 de 21 de noviembre de 2012, Ley Tributaria, promulgada como parte de la nueva política fiscal cubana, encaminada a incrementar la eficiencia económica y los ingresos al presupuesto del Estado.

Esta nueva Ley fue aprobada en el marco de la implementación de los Lineamientos de la política económica y social,⁴⁵ aprobados en el VI Congreso

⁴² VALDÉS LOBÁN, E., *La imposición sobre el consumo*, ob. cit., p. 319.

⁴³ Vid. artículo 15, inciso a), de la Constitución de la República de Cuba, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 3, de fecha 31 de enero de 2003, p. 10.

⁴⁴ Aun cuando la Ley 73/94 establece en su artículo 11, inciso c), que la tasa es el tributo por el cual el obligado a su pago recibe una contraprestación de servicio o actividad por parte del Estado, en sus artículos 64, 65 y 66 regula una Tasa por la Radicación de Anuncios y Propaganda Comercial en los espacios públicos o privados con proyección pública.

⁴⁵ Los lineamientos establecen que: “El sistema tributario debe avanzar gradualmente en amplitud para elevar su eficacia como elemento redistribuidor del ingreso, a la vez que contribuya a la aplicación de políticas encaminadas al perfeccionamiento del modelo de gestión económica; El sistema tributario estará basado en los principios de la generalidad y la equidad de la carga tributaria. En su aplicación se tendrá en cuenta la capacidad económica de los sujetos obligados a su cumplimiento y las características de los territorios. Se establecerán mayores gravámenes para los ingresos más altos, a fin de contribuir, también por esta vía, a atenuar las desigualdades entre los ciudadanos”. *Información sobre el resultado del Debate de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución*, La Habana, 2011, p. 11.

del Partido Comunista de Cuba el 18 de abril de 2011 y en el Séptimo Periodo Ordinario de Sesiones de la VII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, el 1 de agosto de 2011.

La vigente Ley No. 113/12 dedicó su Título VIII a la Tributación por el Uso o Explotación de Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente,⁴⁶ nombre que prácticamente heredó de su predecesora, pues aun cuando se haya utilizado la categoría general tributación (además en plural), en lugar de impuesto, en el aspecto material esto no cambió mucho, pues se les denominó como impuestos a todos los tributos previstos bajo dicho título.

En el presente caso se reguló un hecho imponible general, a partir del cual se establecieron cinco impuestos concretos. El artículo 238 de la Ley estableció que “Se regulan bajo el presente Título los tributos por el uso o explotación de playas, bahías, recursos forestales y el vertimiento de residuales en cuencas hidrográficas que tributan a las bahías y por el uso de aguas terrestres, que tienen como fin la conservación y cuidado de los ecosistemas y recursos naturales que resulten dañados”. Del análisis de este precepto se desprende que la Ley Tributaria se deslinda del canon y las regalías,⁴⁷ previstos en la mencionada Ley de Minas, pues en el referido título no prevé la actividad minera como materia imponible. Sin embargo, somos del criterio que el régimen especial regulado en la Ley No. 76/94 sí posee naturaleza tributaria, más allá de que su propio Capítulo XIV se denomine “Del Régimen Tributario”, pues aunque la Ley No. 113/12 circunscribe los tributos a tres especies concretas: impuestos, tasas y contribuciones, la denominación de canon o regalía no impide que dichas obligaciones coactivas respondan en su esencia a esta clásica distinción tripartita; máxime si analizamos que el canon se cobra por la ejecución de una actividad minera, de ahí que realmente su hecho imponible lo constituya el otorgamiento de la concesión, requisito *sine qua non* para poder usar o explotar un recurso mineral, y que conforma indudablemente la estructura de una tasa. En el caso de la regalía ocurre algo similar, pues su hecho imponible se

⁴⁶ La propia Ley No. 113/12 estableció en su Disposición Transitoria Cuarta que “La aplicación de los tributos establecidos en el Libro Segundo, Título VIII de la presente Ley, ‘Tributación por el Uso o Explotación de Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente’, se realizará gradualmente al año posterior de su entrada en vigor, en tanto, mantienen su vigencia las disposiciones del Ministro de Finanzas y Precios referidas al Impuesto sobre la Utilización o Explotación de los Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente, en lo concerniente a la explotación y conservación de los recursos forestales, naturales y artificiales, y la fauna silvestre, y por el Uso y Explotación de la Bahía de La Habana”. En la actualidad, a través de la Ley No. 119, Ley del Presupuesto del Estado para el año 2015, de fecha 19 de diciembre de 2014, de una forma u otra entraron en vigor todos los tributos que conforman el referido Título VIII.

⁴⁷ No me refiero al derecho de superficie, ya que evidentemente estamos en presencia de un derecho real.

conforma por la propia explotación del mineral, y en correspondencia, también puede ubicarse dentro del concepto de tasa.⁴⁸

Desde el punto de vista extrafiscal, la Ley de Minas tampoco nos aporta la presencia de tasas ambientales, ya que su configuración no depende de las posibles afectaciones al medio ambiente, se trata por tanto de tasas cuyo fin esencial se desdibuja entre la obtención de ingresos y el espíritu proteccionista que pudo haber inspirado la norma.

Dentro del mencionado Título VIII de la Ley No. 113/12 se previeron 5 tributos:⁴⁹ el impuesto por el uso y explotación de las playas, el impuesto por el vertimiento aprobado de residuales en cuencas hidrográficas, el impuesto por el uso o explotación de bahías, el impuesto por la utilización y explotación de los recursos forestales y la fauna silvestre y el impuesto por el derecho de uso de las aguas terrestres. Una simple lectura de sus denominaciones y particularmente de sus hechos imponible pone en tela de juicio su clasificación como impuestos, al menos en 4 de los casos estamos hablando de uso y/o explotación de recursos naturales, lo que como ya vimos constituye el hecho imponible de una tasa; solo en el caso del impuesto por el vertimiento aprobado de residuales en cuencas hidrográficas concordamos con su configuración, pues no podemos considerar que el vertimiento aprobado de residuales constituya uso o explotación de las cuencas hidrográficas, las que naturalmente no tienen esa función.

El hecho imponible y la estructura de los elementos cuantificadores de las referidas tasas tampoco demuestran la finalidad claramente ambiental que

⁴⁸ En contra se ha aducido lo regulado por la Ley No. 76/94 en su artículo 79 inciso c): “Como negación de la naturaleza tributaria de esta exacción, aparece la idea del pacto entre las partes [...] Al dejarse la posibilidad de que la cuantía del gravamen se modifique en virtud de los intereses de las partes, se aleja mucho de poder configurar este gravamen en correspondencia con los principios que ordenan el deber de contribuir. Por ello se nos asemeja más esta figura a un acto de naturaleza privada”. *Vid.* LÓPEZ CLEVÓ, A. E., “La actividad minera a cielo abierto en Cuba como materia imponible de la tributación orientada a la protección del Medio Ambiente”, inédito, 2013, p. 64. En nuestra defensa podemos argumentar que el referido artículo regula la base imponible de la potencial tasa y la referencia a “el valor que expresamente se pacte” puede interpretarse como “el método de determinación de la base que expresamente se pacte”, lo que no sería descabellado si tenemos en cuenta que la sujeción al método de presunción directa en principio es voluntaria; aunque por supuesto reconocemos la mala regulación de la norma analizada, lo que tiende a la profusión de interpretaciones diversas.

⁴⁹ La Ley No. 113/12 estableció en su Disposición Especial Primera: “Se faculta al Consejo de Ministros para establecer otros tributos y modificar o actualizar los hechos imposables de los ya previstos, por el uso o explotación de recursos naturales y para la protección del medio ambiente, cuando las condiciones así lo aconsejen”. No podemos dejar de tener en cuenta las amplias facultades que en materia tributaria esta propia Ley le otorga al gobierno cubano; aun cuando haya avanzado mucho en la configuración de los elementos principales del tributo, la ausencia del Principio de Reserva de Ley en nuestra realidad constitucional se hace sentir.

enuncia la denominación del título que las agrupa, porque como en el resto de los casos analizados, no siempre se grava la capacidad contaminante y la ausencia de tipos impositivos progresivos evidencia la incapacidad de estos tributos para influir en las conductas agraviantes del sujeto pasivo.⁵⁰

Conclusiones

La evolución de la regulación constitucional de los contenidos ambientales ha experimentado una evolución ascendente, que ha llegado a su reconocimiento como derecho y deber fundamental de los ciudadanos y deber del Estado.

La Constitución cubana presenta una regulación del medio ambiente que requiere, a la luz de las transformaciones sociales, económicas y políticas de la sociedad, un perfeccionamiento que permita su mejor ajuste a la naturaleza alternativa de su proyecto social socialista.

El régimen tributario desempeña un papel fundamental como garantía del derecho a un medio ambiente sano, pues el fin extrafiscal del tributo permite influir en la conducta del sujeto estimulando proceder menos contaminantes.

Las actividades que pueden resultar perjudiciales al medio ambiente, generalmente conllevan la utilización o aprovechamiento especial del dominio público, es por esto que las tasas, como tributo cuyo hecho imponible prevé este tipo de situaciones, cobra un lugar especial dentro de la tributación ambiental.

En Cuba, aun cuando se regulan algunas tasas, formalmente denominadas impuestos, con el fin expreso de proteger el medio ambiente, desde el punto de vista de su estructura no podemos defender que se trate de tributos ambientales propiamente dichos, pues en principio no se grava solo la capacidad contaminante, ni sus elementos cuantificadores están diseñados para modificar la conducta del sujeto pasivo; de ahí la necesidad de perfeccionar nuestro ordenamiento en este sentido.

⁵⁰ También resulta digno resaltar las regulaciones de los artículos 88, inciso k), relativo al Impuesto sobre Utilidades; y 344 y 345, relativos a la Tasa por radicación de anuncios y propaganda comercial, todos de la Ley No. 113/12, además del supuesto previsto en la Ley No. 118, en su artículo 36, apartado 4, los que permitirían afirmar que estamos ante tributos ambientales impropios.

Estudios de impacto ambiental y derechos de la naturaleza en Ecuador

Diego Paúl VITERI NÚÑEZ*

Introducción

A diferencia de las ramas tradicionales del Derecho, el Derecho ambiental se ha desarrollado partiendo de principios generales hasta su formulación y expresión normativa mediante las leyes de diferente jerarquía y materias; dicho de otra manera, mientras en sectores como el Derecho civil o el Derecho penal los principios fueron y son en su mayoría resultado de la interpretación o aplicación de las normas jurídicas, en el Derecho ambiental el proceso ha sido al revés.

Primero han sido formulados los principios en declaraciones, tratados, convenios o documentos internacionales sobre la materia, y luego se ha pasado a su expresión normativa en los ordenamientos jurídicos nacionales. Como afirma R. GOROSITO:

“... en el campo del Derecho ambiental la exposición sistemática de los principios ha precedido, cronológicamente, a la producción normativa propiamente tal”.¹

Uno de esos principios que deben regir la aplicación de las normas del Derecho ambiental es el de prevención, en virtud del cual, toda acción humana capaz de causar un impacto perjudicial significativo en el ambiente debe estar precedida de un estudio de impacto ambiental, exigencia que fue formulada por primera vez de manera expresa en una ley aprobada por el Congreso de Estados Unidos en 1969, la que se considera pionera en su género, y a partir de la cual esa exigencia se expandió al resto del mundo en un tiempo relativamente breve.²

* Abogado. Escuela Superior Politécnica de Chimborazo, Unidad de Admisión y Nivelación. E-mail: diego.viteri@yahoo.de

¹ GOROSITO ZULUAGA, Ricardo, “Los principios en el Derecho Ambiental”, *Revista de Derecho (UCUDAL)*, No. 16/2017, p. 106.

² Sobre los antecedentes y desarrollo de los estudios de impacto ambiental pueden verse los trabajos siguientes: MARTÍN MATEO, Ramón, *Derecho ambiental*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977, pp. 95-98; AGUILAR, Gretel y Alejandro IZA, *Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica*, UMCN, San José, Costa Rica, 2005, p. 157 y ss.; y PERVOCHTCHIKOVA, María, “La evaluación del impacto ambiental y la importancia de los indicadores ambientales”, *Gestión y Política Pública*, No. 2/2013, p. 285.

La ley de referencia es la conocida en los estudios de Derecho ambiental como NEPA (*National Environmental Policy*);³ esa ley exige, entre otras cosas, que a todas las agencias del gobierno federal, cuando desarrollen obras o proyectos que puedan afectar negativamente el ambiente, deben considerar el impacto de la acción propuesta, los efectos ambientales adversos que no puedan ser evitados en caso de que se implemente la propuesta y las alternativas a la acción prevista.

De conformidad con lo dispuesto en su sección 2, entre los objetivos de la ley se encuentran promover esfuerzos que prevengan o eliminen el daño al medio ambiente y la biosfera, que estimulen la salud y el bienestar del hombre y eleven la comprensión de los sistemas ecológicos y los recursos naturales importantes para la nación.⁴

En el ámbito internacional, una propuesta similar es la recogida en el Principio 17 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, que sugiere a los Estados emprender “una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.⁵

Después de dicha declaración, la exigencia de un estudio de impacto ambiental previo a cualquier proyecto, obra o actividad humana susceptible de afectar el ambiente en cierto grado es común en la legislación ambiental, por lo que puede decirse que se pasó de una exigencia normativa particular (en la NEPA), a una exigencia universal incorporada al Derecho ambiental nacional como una expresión del principio de prevención.

Los estudios de impacto ambiental son unos de los tantos instrumentos de gestión ambiental concebidos para pronosticar los daños que pueden ocasionar al ambiente obras, proyectos o actividades humanas, y adoptar las medidas necesarias para prevenirlos o mitigarlos, e incluso para modificar o abandonar el proyecto si los impactos ambientales negativos fueran demasiado elevados, tanto al momento de su ejecución como en su funcionamiento o cierre del proyecto, pues el estudio inicial debe incluir una serie de elementos que

³ Un análisis crítico de los alcances y limitaciones de la NEPA puede verse en DAVIS, Robert, “25 años de NEPA. Cómo funciona, sus fortalezas y debilidades”, *Estudios Públicos*, No. 61/1996, pp. 77-114.

⁴ Ver https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/ceq/NEPA_full_text.pdf. Purpose Sec. 2 [42 USC § 4321]. *The purposes of this Act are: To declare a national policy which will encourage productive and enjoyable harmony between man and his environment; to promote efforts which will prevent or eliminate damage to the environment and biosphere and stimulate the health and welfare of man; to enrich the understanding of the ecological systems and natural resources important to the Nation; and to establish a Council on Environmental Quality.*

⁵ ONU, Río de Janeiro, 1992.

permitan tomar la mejor decisión, de acuerdo con los principios ambientales y sus posibles afectaciones.

Aunque el principio de prevención en materia ambiental es universal, la forma concreta en que se aplique corresponde decidirla al legislador nacional, y en su caso a la autoridad ambiental competente, según las dimensiones del proyecto, obra o actividad susceptible de afectar el ambiente. En su contenido y forma concreta de aplicación influye además la visión general sobre las interacciones del hombre con la naturaleza, la comprensión de la responsabilidad humana con respecto al medio ambiente, y la cosmovisión subyacente a la cultura ambiental común en una sociedad o un contexto particular.

Esta apreciación es especialmente importante en Ecuador, donde la naturaleza no es solo una fuente de recursos para satisfacer las necesidades humanas, sino un sujeto de derechos equiparable al ser humano y como tal declarado en la Constitución de 2008.⁶ De conformidad con ese reconocimiento en el más alto nivel normativo del país, y considerando que a la naturaleza se le atribuyen derechos específicos en los artículos 71 y 72 del texto constitucional, el presente ensayo tiene como objetivo analizar el lugar de los derechos de la naturaleza en los estudios de impacto ambiental, a partir de una muestra de estudios realizados en los últimos años.

La hipótesis a considerar es que, a pesar del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, en los referidos estudios no hay un reflejo adecuado de esa condición jurídica de la naturaleza; en los que se analizaron en la exploración inicial ni siquiera se hace mención de sus derechos, excepto cuando se transcriben literalmente los artículos de la Constitución que confieren aquellos derechos y atribuyen aquella condición jurídica. Si el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos tiene como propósito asegurarle una mejor protección y elevar los estándares de calidad y sustentabilidad de las acciones, obras o proyectos que puedan afectarla, puede afirmarse con certeza que ese objetivo no se cumple a través de los estudios de impacto ambiental consultados.

El texto se divide en tres epígrafes: en el primero se hace un análisis de los estudios de impacto ambiental como instrumento de gestión ambiental y de política ambiental; en el segundo se sistematiza el régimen jurídico de los estudios de impacto ambiental en Ecuador y sus características principales; y en el tercero se comparan cuatro estudios de impacto ambiental recientes, para determinar la influencia de los derechos de la naturaleza en la prevención de los posibles impactos ambientales que podría producir en caso de ser ejecutados.

⁶ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial de 20 de octubre de 2008.

I. Estudios de impacto ambiental

En la NEPA aplicada en Estados Unidos, el estudio de impacto ambiental corresponde realizarlo a la agencia federal responsable de la obra, proyecto o actividad potencialmente dañina para el medio ambiente; en el resto de los países, lo normal es que sea el contratista, titular del proyecto o gestor de la actividad quien deba realizar dicho estudio, pues es el más interesado en obtener la autorización administrativa o licencia ambiental que le permita seguir adelante. En ese sentido, el estudio de impacto ambiental es un documento habilitante previo a cualquier autorización o concesión administrativa que puedan hacer las autoridades competentes para la exploración o explotación de recursos naturales.

Al ser una obligación del interesado, el estudio de impacto ambiental es susceptible de falseamiento o manipulación por parte de quien lo realice, razón por la cual en la mayoría de los casos se hace solidariamente responsable al ejecutor del estudio y a quien lo solicitó, pues generalmente es realizado por un ente externo al interesado, que debe estar registrado ante la autoridad ambiental competente y habilitado para realizar el tipo de estudio de que se trate, para que tenga plena validez. No se trata, por tanto, de un mero documento administrativo, sino de uno elaborado como paso previo a la solicitud de una licencia o concesión para una obra, proyecto o actividad que pueda afectar el ambiente de manera considerable, para que el ente decisor pueda contar con la información necesaria para conceder o no la autorización solicitada.⁷

Esa aproximación inicial sobre los estudios de impacto ambiental es importante para distinguirlos de la evaluación ambiental, que a diferencia de aquellos sí es un proceso administrativo realizado por la autoridad competente, con la finalidad de evaluar el impacto ambiental ocasionado en un contexto determinado y en una dimensión temporal concreta. Sin embargo, es común encontrar en las publicaciones especializadas sobre el tema el uso indistinto de estudio de impacto ambiental y evaluación de impacto ambiental como si fueran sinónimos, aunque se diferencian, como hemos señalado, tanto por el sujeto que lo realiza como por sus objetivos.⁸

⁷ FOY VALENCIA, Pierre y Walter VALDEZ MUÑOZ, *Glosario Jurídico Ambiental Peruano*, Academia de la Magistratura, Lima, 2012. Para estos autores, Estudio de impacto ambiental: "Documento de evaluación ambiental de aquellos proyectos de inversión cuya ejecución puede generar impactos ambientales negativos significativos en términos cuantitativos o cualitativos", p. 206.

⁸ Véase al respecto de la importancia de la distinción a DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, "Elementos esenciales del principio de precaución ambiental", en Zlata Drnas de Clément (coord.), *El principio de precaución ambiental la práctica argentina*, Lerner Editora, Córdoba, Argentina, pp. 66-67.

Por ejemplo, G. ESPINOZA define la evaluación ambiental como un

“proceso de análisis sistemático, reproducible e interdisciplinario de los impactos potenciales, tanto de una acción propuesta como de sus alternativas, en los atributos físicos, biológicos, culturales y socioeconómicos de un área geográfica en particular”.⁹

En su definición no señala quién debe realizarlo, si la Administración pública competente en materia ambiental o el promotor el proyecto, y lo sitúa en la etapa previa a su aprobación como insumo para la toma de decisiones anteriores al otorgamiento de la autorización administrativa, cuando en verdad la evaluación del impacto es posterior a la fase de aprobación.

Evaluar significa hacer un juicio de valor sobre un impacto pasado o en curso, no sobre uno potencial a futuro, que es donde entra el estudio de impacto ambiental. La misma confusión entre evaluación de impacto ambiental y estudio de impacto ambiental puede apreciarse en J. BUSTAMANTE: para este autor, la evaluación de impacto ambiental es

“un proceso por el cual una acción que debe ser aprobada por una autoridad pública y que puede dar lugar a efectos colaterales significativos para el medio, se somete a una evaluación sistemática cuyos resultados son tenidos en cuenta para la autoridad competente conceder o no su aprobación.”¹⁰

II. Definición y contenido

Por los que se refiere a los estudios de impacto ambiental, lo primero es definir qué suele entenderse por impacto en las publicaciones sobre el tema. En Ecuador, un acuerdo ministerial lo define como

“todas las alteraciones, positivas, negativas, directas, indirectas, acumulativas o no...que una actividad económica, obra o proyecto pública o privada, o alguna de sus acciones, produce sobre el ambiente, sus componentes, interacciones y sus relaciones”.¹¹

⁹ ESPINOZA, Guillermo, *Fundamentos de la evaluación de impacto ambiental*, Banco Interamericano de Finanzas y Centro de Estudios del Desarrollo, Santiago de Chile, 2001, p. 33.

¹⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 101.

¹¹ Ecuador. Ministerio del Ambiente, Acuerdo No. 169/2012. Dispónese que en relación a la rectoría de las políticas públicas ambientales, fundamentales y necesarias para la gestión ambiental, se expiden los principios y definiciones. Registro Oficial de 7 de marzo de 2012.

En consecuencia, el estudio de impacto ambiental es aquel que mide cada una de esas variables que pueden verse afectadas por la intervención de la actividad humana sobre el medio ambiente. En palabras más simples, “el impacto ambiental es la modificación del ambiente ocasionada por la acción del hombre o de la naturaleza.”¹²

Interesa en esta parte abordar tres conceptos distintos implicados en el análisis. El primero se refiere al proceso de *Evaluación de Impacto Ambiental* (EIA), entendido como el conjunto de requisitos, pasos y etapas que deben cumplirse para que un análisis ambiental preventivo sea suficiente como tal según los estándares internacionales. El segundo es el *Sistema de evaluación de impacto ambiental*, que es la forma de organización y administración del proceso de EIA, según la realidad y capacidad de quien lo aplique. Finalmente, el *Estudio de impacto ambiental* en sentido estricto, entendido como los documentos que sustentan el análisis ambiental preventivo y que entregan los elementos de juicio para tomar decisiones informadas en relación a las implicancias ambientales de las actividades humanas.

El centro de análisis del presente trabajo es este último concepto, que consiste en un

“esfuerzo técnico de carácter multidisciplinario para anticiparse a los impactos ambientales negativos que pueda generar un proyecto, programa, actividad, obra o decisión política; con el objeto de identificar los efectos ambientales que puedan producir, así como predeterminar las acciones a ejecutar para reducir, mitigar o eliminar los efectos ambientales y socioeconómicos negativos”.¹³

Otros autores lo definen como

“un proceso de análisis que anticipa los futuros impactos ambientales negativos y positivos de la actividad humana, permitiendo maximizar los beneficios y reducir los impactos no deseados”.¹⁴

Por su parte, V. VERNA CORONADO señala que el estudio de impacto ambiental es

“el documento que contiene los resultados de una investigación multidisciplinaria y compleja sobre el entorno ambiental, socioeconómico y cultural que interactuará con un proyecto determinado”.¹⁵

¹² LÓPEZ SELA, Pedro y Alejandro FERRO NEGRETE, *Derecho Ambiental*, Iure Editores, México, 2006, p. 254.

¹³ ANDALUZ WESTREICHER, Carlos, *Manual de Derecho Ambiental*, Proterra, 1999, p. 436.

¹⁴ AGUILAR, Gretel y Alejandro IZA, *Manual...*, ob. cit., p. 156.

¹⁵ VERNA CORONADO, Vito, “Tres áreas en la evolución de la regulación del impacto ambiental”, *Revista de Derecho PUCP*, No. 70/2013, p. 69.

De las definiciones anteriores se pueden extraer varios elementos importantes, que se refieren a su naturaleza, carácter y finalidad. Se trata de un documento que contiene el resultado del estudio realizado para modelar las posibles consecuencias de la acción humana sobre el medio ambiente si se ejecuta un proyecto respecto del cual se solicita el estudio. Por tanto, se puede hablar de su naturaleza predictiva o de proyección con base en las características ambientales del entorno donde se pretende ejecutar el proyecto, la magnitud de este, que mientras mayor sea menos posibilidades existen de disminuir el daño ambiental a mediano y largo plazo.

En segundo lugar, en cuanto a su carácter se trata de un estudio multidisciplinario: en su ejecución deben intervenir diferentes especialistas en materia ambiental, como biólogos, ingenieros forestales, ingenieros geológicos y abogados, en dependencia del tipo de proyecto que se pretende ejecutar; la convergencia de esos saberes permite que se toman en cuenta las aristas más relevantes del medio ambiente que puedan verse afectadas, y las medidas de prevención más idóneas, si es que definitivamente se decide pasar del proyecto a la acción.

El carácter multidisciplinario implica además que el documento que contenga el estudio de impacto ambiental no sea un agregado de información sectorial, sino una evaluación de conjunto que permita a la autoridad competente decidir sobre la base de argumentos científicos, más allá del interés económico involucrado en el proceso; en tal sentido, la independencia de los expertos es fundamental, pues de lo contrario podrían omitir datos relevantes que concedan o nieguen la autorización administrativa para la exploración o explotación de recursos naturales sin una proyección ambiental objetiva.

El tercer elemento del estudio de impacto ambiental es su finalidad, que responde a la pregunta de para qué sirve la información contenida en ese documento. En los autores analizados el denominador común es la pretensión de adelantarse a los impactos adversos del proyecto o actividad humana que, desde su concepción, se sabe que va a impactar negativamente el medio ambiente del lugar donde se planea ejecutarla.

En consecuencia, se puede hablar de una doble finalidad del estudio: por una parte busca determinar la magnitud del daño que se producirá, proyectando la actividad humana a ejecutar con las características del sitio escogido, y por otra busca determinar cuáles deberían ser las medidas a adoptar en caso de que se apruebe el proyecto, para que el impacto ambiental sea menor, o para mitigar el daño ambiental y que se mantenga el entorno lo más cercano posible al momento anterior a su intervención.

En cualquier caso, el estudio de impacto ambiental parte de un presupuesto indiscutible: cualquier proyecto o actividad humana que se realice sobre

el medio ambiente o los recursos naturales, sobre todo si es a una escala moderada o grande, tiene un impacto ambiental considerable sobre la flora y la fauna, y también sobre los demás elementos bióticos o abióticos que se encuentran en el lugar.

La afectación es mayor cuando se trata de proyectos a ejecutarse en territorios ancestrales de pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, pues además del daño ambiental propiamente dicho se afecta la vida y la cultura de esas poblaciones, así como sus fuentes de abastecimiento de alimentos y sus lugares sagrados, y se abre la posibilidad de que el contacto con personas externas afecte su salud o el equilibrio ecológico de la zona, como se pone de manifiesto con la aplicación del Decreto Ejecutivo 751 de 2019, sobre los pueblos indígenas *Tagaeri Taromenane* que viven en aislamiento voluntario en la amazonía ecuatoriana.¹⁶

El objetivo del estudio de impacto ambiental y lo expresa claramente E. ONGAY DELHUMEAU; éste debe

“llegar a una decisión balanceada que concilie, los intereses y objetivos del proyecto, con los factores ambientales, socioeconómicos, políticos y técnicos que intervienen en la construcción y operación de la obra [...] debe contener la enunciación de los impactos ambientales significativos al ambiente (reales y potenciales) en el área de influencia, y la descripción general de las medidas para evitar, atenuar o remediar impactos negativos”.¹⁷

III. Principios constitucionales de los estudios de impacto ambiental

Los elementos anteriores respecto a los estudios de impacto ambiental pueden ser llevados a la práctica en diferentes ámbitos, pero corresponde al Estado establecer, mediante la legislación, los principios y las normas que debe cumplir quien está obligado a presentar un estudio previo a la aprobación de un proyecto que tenga impacto ambiental considerable, digo, que determine previamente la posible gravedad y las medidas que deban implementarse para mitigarlo o repararlo.

De acuerdo con el peso de los temas ambientales, esos principios y normas pueden tener una mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico vigente.

¹⁶ Fundación Aldea, *La amenaza del Decreto Ejecutivo 751 a la supervivencia de los Pueblos Indígenas en Aislamiento Tagaeri Taromenane*, Fundación Aldea, Quito, 2019.

¹⁷ ONGAY DELHUMEAU, Enrique, “Las evaluaciones ambientales y la delimitación de la responsabilidad jurídica”, en AA.VV., *La responsabilidad jurídica en el daño ambiental*, UNAM/PEMEX, México, 1998, p. 142.

En el Ecuador, con la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, los temas relacionados con el medio ambiente adquirieron una nueva dimensión, y los principios más importantes recogidos en los instrumentos internacionales fueron incorporados al texto como obligaciones del Estado o de la sociedad; además de la inclusión de esos principios, un hecho inédito es la consideración de la naturaleza como sujeto de derechos, lo que agrega un plus a las exigencias habituales que se pueden encontrar en el Derecho y la legislación ambiental.

El centro de la temática ambiental en el texto constitucional lo constituye el derecho humano a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, sobre cuya base se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.¹⁸ La finalidad de ese derecho es asegurar a las personas el buen vivir, *sumak kawsay*, un paradigma de vida tomado de la cosmovisión indígena, que propugna una vida en armonía con la naturaleza. La inclusión del buen vivir como modelo de vida presuntamente indígena en la Constitución ha sido criticado por diversas voces, señalando que tendría una función puramente simbólica,¹⁹ mediante la banalización de símbolos de la cultura indígena con fines políticos, que nada tiene que ver con su sentido original.²⁰

Otro principio ambiental de rango constitucional es la obligación del Estado de promover tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto; ese principio se hará cumplir hasta el punto en que no afecte la soberanía alimentaria o el derecho al agua, que también reconoce la propia Constitución.²¹ Otros principios constitucionales se encuentran en los artículos 396 y 397: el primero se refiere a la obligación del Estado de adoptar políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, medidas eficaces, la responsabilidad objetiva del daño ambiental y la obligación de restaurar íntegramente los ecosistemas dañados con independencia de la imposición de las sanciones correspondientes. El mismo artículo declara imprescriptibles las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales.

El artículo 397 dispone que ante un daño ambiental, el Estado debe actuar de manera inmediata para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas,

¹⁸ Artículo 14.

¹⁹ VICIANO PASTOR, Roberto y Rubén MARTÍNEZ DALMAU, "Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, CCE, Quito, 2010, pp. 26-28.

²⁰ DÁVALOS, Pablo, "*Sumak kawsay* y Estado Plurinacional", disponible en <https://www.puce.edu.ec/documentos/CuestionessobreelSumakKawsay.pdf>, p. 2.

²¹ Artículo 15.

debiendo repetir contra el causante del daño para que cumpla las obligaciones que exige la reparación integral, que incluye tanto a las personas naturales y jurídicas como a los servidores públicos si fuera el caso. Desde el punto de vista procesal, cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano puede ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.

Las normas y los principios constitucionales mencionados tienen su desarrollo en la legislación vigente, y en particular en el Código Orgánico del Ambiente,²² que establece el marco regulatorio general, con el objeto garantizar el derecho de las personas a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como proteger los derechos de la naturaleza para la realización del buen vivir o *sumak kawsay*.²³ Otras leyes anteriores y posteriores al Código también contienen disposiciones aplicables a los estudios de impacto ambiental, donde se determina cuándo deben hacerse, en qué casos proceden, quién debe hacer el estudio y su finalidad.

IV. Régimen jurídico

A esos criterios responde el análisis comparado de diferentes leyes que se presenta a continuación.

Ley de Caminos²⁴

- a) *Cuándo debe hacerse*: cuando se trate de la construcción de una carretera nueva.
- b) *En qué casos debe hacerse*: cuando cause mediano y alto impacto o riesgo ambiental.
- c) *Quién debe hacerlo*: Ministerio de Obras Públicas, consejos provinciales, concejos municipales, concesionarios o contratistas.
- d) *Contenido*: proyecto del impacto ambiental.
- e) *Finalidad*: prevenir, remediar y mitigar el impacto ambiental producido por la obra.

²² Registro Oficial de 12 de abril de 2017.

²³ Artículo 1.

²⁴ Registro Oficial de 7 de julio de 1964, vigente.

Ley 37/1999, De Gestión Ambiental²⁵

- a) *Cuándo debe hacerse*: cuando se construyan obras públicas privadas o mixtas y los proyectos de inversión públicos o privados.
- b) *En qué casos debe hacerse*: cuando puedan causar impactos ambientales.
- c) *Quién debe hacerlo*: quien ejecutará la obra, proyecto, servicio que requiere licencia ambiental.
- d) *Contenido*: estudios de línea base; evaluación del impacto ambiental, evaluación de riesgos; planes de manejo; planes de manejo de riesgo; sistemas de monitoreo; planes de contingencia y mitigación; auditorías ambientales y planes de abandono.
- e) *Finalidad*: estimar los efectos causados a la población humana, la biodiversidad, el suelo, el aire, el agua, el paisaje y la estructura y función de los ecosistemas presentes en el área previsiblemente afectada; 1) las condiciones de tranquilidad públicas, tales como: ruido, vibraciones, olores, emisiones luminosas, cambios térmicos y cualquier otro perjuicio ambiental derivado de su ejecución y la incidencia que el proyecto, obra o actividad tendrá en los elementos que componen el patrimonio histórico, escénico y cultural.

Ley de Minería²⁶

- a) *Cuándo debe hacerse*: previamente a la iniciación de las actividades mineras en todas sus fases.
- b) *En qué casos debe hacerse*: en todas las actividades mineras previstas en la ley.
- c) *Quién debe hacerlo*: los titulares de concesiones mineras y plantas de beneficio, fundición y refinación.
- d) *Contenido*: efectuar y presentar estudios de impacto ambiental en la fase de exploración inicial, estudios de impacto ambiental definitivos y planes de manejo ambiental en la fase de exploración avanzada y fases subsiguientes.
- e) *Finalidad*: prevenir, mitigar, controlar y reparar los impactos ambientales y sociales derivados de sus actividades.

Ministerio del Ambiente, Acuerdo No. 169/2012²⁷

- a) *Cuándo debe hacerse*: obras o proyectos, nuevos o ya existentes.
- b) *En qué casos debe hacerse*: cuando pueden potencialmente generar impactos ambientales y que son promovidos por entidades públicas o privadas.

²⁵ Registro Oficial de 30 de julio de 1999, derogada.

²⁶ Registro Oficial de 29 de enero de 2009, vigente.

²⁷ Registro Oficial de 7 de marzo de 2012, vigente.

- c) *Quién debe hacerlo*: el contratista de la obra o proyecto nuevo o existente.
- d) *Contenido*: confrontar las condiciones del ambiente, con el desarrollo de la actividad económica.
- e) *Finalidad*: predecir, identificar, cuantificar, evaluar, valorar, mitigar y compensar, los impactos ambientales que dicha obra actividad o proyecto generará sobre el ambiente, así como la de medir la capacidad de carga y de recuperación (límite de cambio aceptable) del ecosistema que se alterará.

Código Orgánico del Ambiente

Cuándo debe hacerse: en todo proyecto, obra o actividad.

- a) *En qué casos debe hacerse*: cuando causen mediano y alto impacto o riesgo ambiental.
- b) *Quién debe hacerlo*: la persona natural o jurídica que desea llevar a cabo una actividad, obra o proyecto.
- c) *Contenido*: descripción de la actividad, obra o proyecto, área geográfica, compatibilidad con los usos de suelo próximos, ciclo de vida del proyecto, metodología, herramientas de análisis, plan de manejo ambiental, mecanismos de socialización y participación ciudadana, y demás aspectos previstos en la norma técnica.
- d) *Finalidad*: para una adecuada y fundamentada evaluación, predicción, identificación e interpretación de dichos riesgos e impactos.

Como se aprecia en las diferentes leyes derogadas o vigentes, la exigencia del estudio de impacto ambiental está arraigada en la legislación ecuatoriana con una misma finalidad, que es la de determinar previamente el posible impacto ambiental y sugerir las medidas que deben adoptarse para prevenirlo, mitigarlo o remediarlo cuando se haya producido, todo ello antes de que efectivamente se inicie la ejecución del proyecto respecto al cual se hizo el estudio, el cual debe llenar aspectos mínimos previstos por el legislador para ser aprobado.

La legislación posterior a 2008 debería incluir además el posible impacto sobre los derechos de la naturaleza, toda vez que estos fueron reconocidos como consecuencia de su cualidad de sujeto de derechos; sin embargo, como se aprecia en el Código Orgánico del Ambiente, esa exigencia no existe siquiera como una referencia marginal, pues se siguen básicamente los mismos criterios previstos en la legislación ambiental tradicional, que tomaba al ambiente como un dato y no como parte de un sujeto de derechos llamado naturaleza.

Para constatar esa apreciación general se hizo una revisión de varios estudios de impacto ambiental, de entre los cuales se seleccionaron cuatro para exponer en la presente investigación. Como método de investigación, el estudio de casos permite contrastar los principios y normas vigentes con su aplicación

práctica. Para esta investigación fueron revisados varios casos de proyectos de infraestructura o extracción de minerales, para cuya aprobación se exige como requisito el estudio de impacto ambiental. Todos ellos son posteriores al año 2008, en que se atribuyó la naturaleza la cualidad de sujeto de derechos y se le adjudicaron derechos específicos.

V. Caracterización de estudios de impacto ambiental

Caso No. 1, 2013

Estudios de tráfico, impactos ambientales e ingeniería pre-preliminar, preliminar y definitivos de los pasos laterales de: La Concordia-La Independencia y la unión de la carretera Santo Domingo-Quinindé. Santo Domingo, provincia Santo Domingo de los Tsáchilas. El estudio de impacto ambiental contiene un apartado relativo al régimen jurídico aplicable, denominado marco legal, administrativo e institucional, donde se copiaron textualmente los principios y normas relativas a la protección del ambiente y la naturaleza, sin ninguna referencia los derechos de ésta.

Para el manejo del impacto ambiental producido por el proyecto se diseñó un plan preventivo correctivo, se identificaron las afectaciones con sus respectivas indemnizaciones, se elaboró un plan de seguimiento y monitoreo ambiental, y se presentó un plan de inversiones ambientales que incluye el presupuesto ambiental y el presupuesto para medidas ambientales.

Caso No, 2, 2015

Estudio de Impacto Ambiental. Proyecto Depósito de Pesca Artesanal Petrocomercial San Mateo, cantón manta, provincia de Manabí. Es un estudio multidisciplinario; al igual que el anterior contiene un apartado denominado marco legal e institucional, donde literalmente transcribe 41 páginas de disposiciones jurídicas nacionales, tratados, convenios e instrumentos internacionales, y resoluciones de los poderes públicos ecuatorianos.

En ningún caso se expresan consideraciones sobre la protección de los derechos de la naturaleza, pero sí se hace una lista de los posibles riesgos de la ejecución del proyecto, que van desde los riesgos biológicos y del medio social y cultural hasta la paralización de actividades por los pobladores, atentados a la propiedad privada o huelga de los trabajadores.

En cuanto al impacto ambiental propiamente dicho, fueron evaluados aspectos como la calidad del aire, el incremento substancial de gases de efecto invernadero, el ruido, daño irreparable a la salud humana, vida acuática o usos benéficos de los ecosistemas acuáticos, degradación de la calidad de las aguas superficiales o subterráneas, degradación del valor recreacional,

degradación de la importancia comercial, recreacional, ecológica o científica de los recursos biológicos o hábitats críticos.

Caso No. 3, 2020

Construcción del nuevo puente “Cornelio Dávalos” (Salsipuedes) y obras complementarias, ubicado en la carretera Balbanera-Pallatanga-Cumandá, provincia de Chimborazo, 2020. Estudio realizado por una sola persona con el objetivo de evaluar los impactos ambientales directos e indirectos que potencialmente se pueden presentar en todas las fases del proyecto, y definir el Plan de Manejo Ambiental que considere las acciones necesarias para prevenir, controlar y mitigar los impactos identificados.

En el apartado marco legal relaciona una gran cantidad de disposiciones jurídicas aplicables, desde la Constitución hasta resoluciones de diferentes instituciones públicas ecuatorianas, pasando por tratados, convenios y declaraciones internacionales, relativas a la materia ambiental y ordenanzas municipales, en un total de 27 páginas. En todo el estudio no se hace referencia los derechos de la naturaleza o las medidas que deban adoptarse para protegerlos como manda la Constitución vigente.

Para mitigar los posibles daños se prevé la aplicación de diferentes planes de manejo ambiental, destinados a prevenir y reducir la contaminación ambiental, manejo de desechos, de capacitación, comunicación y educación ambiental, de participación ciudadana y relaciones comunitarias, de contingencia y atención a emergencias ambientales, de cierre, abandono y entrega del área y finalmente un plan de rehabilitación de las áreas afectadas.

Caso No.4, 2020

Plan de reparación integral de los pasivos ambientales (relaveras e infraestructura civil abandonadas) ubicadas en la Comunidad Macuchi, Cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi. Estudio elaborado por la empresa Nature Strategy Consultores Cía. LTDA. El apartado dedicado al análisis del marco normativo por el que debe regirse la ejecución del proyecto es más bien breve en comparación con los anteriores, ya que consta de 5 páginas únicamente, donde se copian literalmente los artículos relevantes de la Constitución vigente, así como los del Código Orgánico del Ambiente y su Reglamento,²⁸ este último vigente desde 2019.

La única mención que se hace de la naturaleza como sujeto de derechos es cuando se transcriben los artículos del texto constitucional, y no existe ninguna

²⁸ Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, Decreto Ejecutivo No. 752/2019, Registro Oficial de 12 de junio de 2019.

reflexión en cuanto a su consideración como aspecto a tener en cuenta en la ejecución del proyecto de reparación integral de los pasivos ambientales. Debe tenerse en cuenta que se trata de la reparación de los daños ocasionados, y como tal puede interpretarse como una forma de hacer efectivo el derecho a la restauración reconocido a la naturaleza en el artículo 72 de la Constitución.

En tal sentido contiene un conjunto de acciones que deben realizarse, para lo cual presenta criterios metodológicos para la remediación de los pasivos ambientales, la remediación de los componentes físicos, de los componentes biológicos, los criterios para la restauración, y para promover la dinámica socioeconómica de la zona de estudio. Asimismo incluye una metodología de ejecución del plan de reparación integral, que contiene las acciones de monitoreo, gestión y evaluación participativa, así como un plan de inversiones y análisis financiero y de costos.

De los estudios de impacto ambiental analizados hasta el momento, este es el que contiene aspectos más relevantes sobre los derechos de la naturaleza, aunque no los menciona expresamente como un objetivo de la reparación integral de los pasivos ambientales. Los pasivos ambientales el Código Orgánico del Ambiente los define en su glosario como aquel daño generado por una obra, proyecto o actividad productiva o económica, que no ha sido reparado o restaurado, o aquel que ha sido intervenido previamente, pero de forma inadecuada o incompleta y que continúa presente en el ambiente, constituyendo un riesgo para cualquiera de sus componentes.

Conclusiones

Los estudios de impacto ambiental se realizan con una proyección de futuro, analizando las posibles afectaciones que puede tener sobre el ambiente y el entorno natural la ejecución de una obra o proyecto, y proponiendo consecuentemente acciones para prevenirlos, mitigarlos o corregirlos durante la ejecución u operación del proyecto. Con una finalidad distinta existen los proyectos de evaluación ambiental, que se realizan *a posteriori* de la puesta en marcha de la obra o proyecto, y buscan determinar qué daños se han producido efectivamente y qué acciones se han tomado o deben tomarse para remediarlos.

Así, mientras el estudio de impacto ambiental es un requisito para que las autoridades públicas competentes autoricen la ejecución de la obra o proyecto previsto por el concesionario, la evaluación de impacto ambiental constituye un requisito para su continuidad, de manera tal que si el estudio no es aprobado, no se autoriza el avance de las acciones del contratista, mientras que si la evaluación resulta negativa, se puede imponer diferentes tipos de sanciones, además de la ejecución de un plan de remediación ambiental de los daños.

Con la entrada en vigencia de la Constitución ecuatoriana de 2008 se dio un salto cualitativo en la protección del ambiente y los recursos naturales, al atribuir a la naturaleza la cualidad de sujeto de derechos y adjudicarle derechos específicos que deberían ser desarrollados mediante políticas públicas, la legislación y la jurisprudencia. También debería reflejarse la protección de los derechos de la naturaleza en los estudios de impacto ambiental, pero una revisión del régimen jurídico vigente y de estudios concretos arroja como saldo que la cualidad de sujeto de derechos y los derechos de la naturaleza no tienen ninguna relevancia en el régimen jurídico de los estudios de impacto ambiental, ni en los estudios consultados. En estos últimos solo se menciona la naturaleza y sus derechos cuando se transcriben las normas jurídicas aplicables, pero en las acciones diseñadas para prevenir, mitigar o reparar el daño ambiental no se les alude ni se consideran un parámetro de evaluación o un objeto de reparación.



Reflexiones sobre Derecho Público II es otro esfuerzo para colocar en el debate jurídico cubano actual, análisis y consideraciones de sus autores que resultan de suma utilidad en el momento que vive nuestro país, particularmente luego de la entrada en vigencia del texto constitucional de 2019. Es una obra que sigue la línea de trabajo y colaboración impulsada desde la cátedra de Derecho Administrativo, perteneciente al Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad.

Este libro es una buena muestra de algunas de las inquietudes intelectuales, de su diversidad y pluralidad, que, ahora mismo, se mueven entre los profesores, investigadores y profesionales del Derecho que en él participan. Este texto es, también, expresión de los esfuerzos por la renovación teórica, conceptual y práctica de nuestro Derecho público. Una renovación que se procura impulsar y acometer como forma de tributar al mejoramiento del sistema jurídico patrio.

El contenido de este nuevo empeño bibliográfico resulta diverso y policromático, donde se plantean estudios sobre cuestiones poco tratadas, o cuyos tratamientos no son frecuentes, dentro de la literatura iuspublicística nacional.

