



INSTITUTO GLOBAL DE ALTOS ESTUDIOS EN CIENCIAS SOCIALES (IGLOBAL)

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA (USAL)

**La Legalidad de los Actos de la Administración y la
Discrecionalidad en la Jurisprudencia Dominicana:
Estudios de casos (2008-2011)**

Tesis para optar por el título de

MÁSTER EN DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Proponente

Alfonso Jáquez De Jesús

Asesores

Dra. Zulima Sánchez Sánchez
Lic. Pedro Ortega, M.A.

6 de febrero de 2012

Santo Domingo, República Dominicana

ÍNDICE

Introducción	v
--------------	---

CAPITULO I MÉTODO

1.1 Antecedentes	viii
1.2 Planteamiento del Problema	ix
1.3 Objetivos	x
1.3.1 Objetivo general	x
1.3.2 Objetivos específicos	x
1.4 Justificación	xi
1.5 Marco teórico	xi
1.6 Hipótesis	xiii
1.7 Método	xiv

CAPITULO II LEGALIDAD DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA

2.1 La presunción de legalidad de los actos administrativos en la jurisprudencia y la ley	16
2.2 Vinculación de la administración al Derecho	17
2.3 El Principio de Legalidad en la Constitución 2010	19
2.4 Fundamentación doctrinal del principio de legalidad	21
2.5 Fuentes de la legalidad	22
2.6 Fundamento del principio de legalidad en República Dominicana	23
2.7 La invalidez de los actos administrativos en sentido general	24
2.8 El problema de la norma habilitante en la vinculación positiva	26
2.9 Legitimidad, Discrecionalidad y Estado Social y de Derecho	27

CAPITULO III

DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

3.1 Conceptualización general. _____	31
3.2 Aspectos que comprende la discrecionalidad administrativa _____	33
3.3 Juridicidad, legalidad y discrecionalidad _____	37

CAPITULO IV

EL INTERES GENERAL

4.1 Conceptualización sobre el interés general _____	41
4.1.1 Posibles significados actuales del término "Interés General" _____	42
4.2 La importancia del “interés general” _____	42
4.3 Interés General y discrecionalidad administrativa _____	45
4.4 El interés general y el Tribunal Constitucional español _____	47
CONCLUSIONES _____	50
RECOMENDACIONES _____	54
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS _____	56

INTRODUCCION

INTRODUCCION

Es posible entender que la Administración Pública solo pueda realizar actos expresamente permitidos por la ley, incluso por una “norma” jurídica no necesariamente de rango legal (vinculación positiva); o que la ley configure un marco límite de actuación administrativa válida.

En cualquiera de los casos reseñados, la constitucionalización del Derecho Administrativo y de la protección de Derechos como también la consagración del Estado Social y de Derecho, implican necesariamente que la Administración Pública se someta al interés general, que tienda a proteger el “bien común” y que preserve el “orden público” tanto si una norma específica lo ordena como si no.

La legalidad, como principio regulador de la Administración, es usualmente contrastada por la discrecionalidad: es posible la realización de ciertos actos no específicamente ordenados por una norma. En ese esquema, si no existiera una norma habilitante, la Administración pudiera acudir al criterio de los principios generales del Derecho para solucionar diferendos o normar su actuación.

Se parte del criterio de que la jurisprudencia dominicana asume la ley como un límite externo dentro del cual la Administración pública puede desarrollar sus actividades sin necesidad de norma previa que condicione su validez, esto es, tendiendo a la vinculación negativa.

En ello juega un papel preponderante la presunción de legalidad de los actos de la Administración, existiendo constancia de que esa presunción debe ser destruida por quien recurre el acto, y en este caso la jurisprudencia parece tender hacia la vinculación positiva.

El desfase aludido es evidente en los conflictos potenciales y reales entre atribuciones penales y contencioso-administrativas, como forma de perseguir sobre la base de un mismo y solo hecho, la conducta o el acto de un funcionario público: la variable cantidad de recursos o vías posibles afecta la tutela judicial efectiva, y con ello se afecta el Estado Social de Derecho y la finalidad constitucional del servicio público.

Se enfocará primero la legalidad de los actos de la Administración y la presunción de legalidad de sus actos, en la jurisprudencia y la ley, resaltando las descripciones acerca de la vinculación de la Administración al Derecho, el principio de legalidad tal como figura en la Constitución 2010; la fundamentación doctrinal del principio de legalidad, sus fuentes y la relación entre legitimidad, discrecionalidad y Estado Social y de Derecho.

La discrecionalidad administrativa se considera en el segundo punto del análisis de resultados, tanto en su conceptualización general como en los aspectos que comprende, base necesaria para abordar la relación entre juridicidad, legalidad y discrecionalidad, que se trata en tercer lugar.

El interés general en la jurisprudencia se analiza con un caso relevante presentado en el estudio, junto a la discrecionalidad, el abuso, la desviación y el exceso de poder en la jurisprudencia 2008-2001, con la finalidad de poner de relieve las dificultades de protección de Derechos humanos y fundamentales que actualmente se manifiesta, peligrosa y negativamente, como una tendencia jurisprudencial inaceptable.

El estudio termina con las respectivas conclusiones y recomendaciones.

CAPITULO I

MÉTODO

CAPITULO I METODO

1.1 Antecedentes

En esta obra se hace constar la afirmación de un connotado juez e intelectual dominicano, Biaggi Lama, J.A. (2009:7), Presidente de la Corte de Apelación Civil del Departamento Judicial de San Cristóbal, República Dominicana, para quien *durante muchos años la clase profesional de los abogados dominicanos percibía la inexplicable dejadez de nuestros talentos para la investigación en temas jurídicos.*

Se constató en visitas realizadas a las bibliotecas de las Universidades Iberoamericana, Católica Madre y Maestra y Autónoma de Santo Domingo la casi nula producción de temas de tesis o monografías relacionadas con el tema objeto de estudio (la relación entre la legalidad y la discrecionalidad administrativas), ni que abordaran específicamente el tema de la primacía del interés general y los efectos del Estado Social y de Derecho sobre la posibilidad de resolver conflictos administrativos sobre la base de los principios generales del Derecho, y no solamente sobre la base de la ley.

No obstante, en la bibliografía se cuenta con un aporte a nuestro juicio decisivo, publicado durante el periodo que abarca este estudio, como lo es la obra de Carvajal, H. titulada *Jurisdicción Contenciosa Administrativa Dominicana*, en la cual se realizan interesantes y amplios aportes acerca del origen, evolución y estado actual de la jurisdicción contencioso-administrativa dominicana.

Dentro de la bibliografía internacional los aportes principales utilizados son los Sánchez Morón, Peces-Barba Martínez, Parejo Alfonso, Marienhoff, y Guastini, todas ellas descritas en la bibliografía. Vale referir aquí los aportes obtenidos en la obra de Guastini, originalmente parte de su obra de derecho constitucional que, sin embargo, explica a nuestro juicio de manera suficiente todo lo relativo al principio de legalidad.

Otros aportes interesantes respecto del tema se detallan en las referencias bibliográficas.

1.2 Planteamiento del problema

La jurisprudencia dominicana, en el caso de ejemplo la contencioso-administrativa (e igualmente, la casación en materia administrativa y constitucional), ha defendido de acuerdo a la Sentencia de fecha 30 de diciembre de 2008, del Tribunal Superior Administrativo que *... es por principio del Derecho administrativo, que los actos de la Administración (...) gozan de una presunción de legalidad, la cual debe romper aquel que recurre en contra de uno de dichos actos por ante la jurisdicción contenciosa administrativa..*

Se trata de la presunción de legalidad de los actos de la administración, cuya prevalencia conduce a la vigencia actual de la teoría de la vinculación positiva, explicada en términos de validación de los actos administrativos previa ley que los determine o sustente. Esta vinculación positiva, sin embargo, no implica que la administración deje de lado el criterio del interés general como fundamento de sus actos, criterio que ha recibido validez jurisprudencial limitada entre los años 2008 y 2011, en la República Dominicana.

De allí se deduce un posible conflicto potencial entre atribuciones penales y el contencioso-administrativo: en efecto, de acuerdo a los Artículos 114 y 184 del Código Penal Dominicano, es posible perseguir la responsabilidad penal del funcionario público mediante la figura del exceso de poder, cada vez que en ejercicio de potestades discrecionales expida actos administrativos reputados válidos, pero que lesionen Derecho. Sin embargo, el recurso no ha de ser penal sino contencioso, de donde resulta la probable colisión de Derecho que se cita, y la probable lesión de la legalidad por la discrecionalidad del juez.

La cantidad de recursos o vías jurisdiccionales disponibles para el recurrente afecta la efectividad sistémica para la protección de Derechos fundamentales, particularmente en el caso del amparo en sede administrativa. Por tanto, el autor

manifiesta preocupación evidente acerca de los límites difusos de las atribuciones penales y contencioso-administrativas, que en el estudio se definirán con un estudio de casos acerca de las soluciones jurisprudenciales intervenidas en torno a la legalidad y la discrecionalidad de los actos administrativos, 2008-2011, la vigencia del principio del interés general y los principios generales de Derecho como marco general de validez de las acciones administrativas.

De manera principal vale cuestionarse acerca de ¿Cómo explica la jurisprudencia dominicana entre 2008 y 2011 la relación entre la legalidad y la facultad discrecional de la administración pública?

Accesoriamente, se formulan las siguientes interrogantes derivadas, todas en relación con la jurisprudencia dominicana 2008-2011:

- ¿Cuáles son, si ocurren, las manifestaciones jurisprudenciales de la presunción de legalidad de los actos de la administración?
- ¿Cuál es el estado actual y los aspectos integrantes de la discrecionalidad administrativa?
- ¿Cómo se manifiesta la relación entre juridicidad, legalidad y discrecionalidad?
- ¿Cómo se relaciona con el Estado Social y de Derecho la discrecionalidad administrativa y la efectividad de la protección de Derechos fundamentales?

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general

Valorar la presunción de legalidad de los actos de la Administración y la discrecionalidad en la jurisprudencia dominicana: estudio de casos (2008-2011)

1.3.2 Objetivos específicos

- Verificar la presunción de legalidad de los actos de la Administración;

- Comprobar el estado actual y los aspectos integrantes de la discrecionalidad administrativa;
- Valorar la relación entre juridicidad, legalidad y discrecionalidad;
- Apreciar la relación entre discrecionalidad y efectividad de la protección de Derechos fundamentales

1.4 Justificación

Inicialmente, el tema se ha investigado por su vinculación con el trabajo que actualmente se desempeña, como por el puro interés de enfocar un asunto, demostrar su consistencia y formas de manifestación y las soluciones intentadas y probables a los problemas que ocasione. Si bien se han realizado estudios breves colaterales, tipo informes, acerca del Crédito Público y la Contratación Pública, sobre los Principios de la Administración Pública en el ordenamiento Constitucional Dominicano y el Sistema Contencioso-Administrativo Dominicano, han sido trabajos de difusión reservada, con pretensiones de informes y no de trabajos de tesis, representando actualmente una oportunidad aprovechable para desarrollar temas considerados de interés particular.

La investigación es relevante dado que el tema enfoca la reforma de la Carta Magna en el 2010 como un punto trascendente, que redefine el servicio público e introduce el Estado Social y de Derecho como elemento característico del “deber ser social y constitucional”.

Es importante para el autor como para otros interesados en temas administrativos y constitucionales, en tanto pretende la tutela individual sobre la base de la defensa del interés general y los principios generales del derecho, ofreciendo una perspectiva hasta ahora no abordada por la doctrina local.

1.5 Marco teórico

De acuerdo a Ivanega (2008:21) la expresión “interés general” resume el conjunto de condiciones sociales que permiten a los ciudadanos el desarrollo integral de

sus potencialidades. Es, por tanto, un valor social cuya realización, participación y expansión se realiza mediante la unidad y articulación del Derecho, dado que supone un principio de orden fundamentado en la conservación, desenvolvimiento y perfección.

Descrito como “interés general” o con alguna expresión alternativa (como “bien común”, por ejemplo), el beneficio de todos es lo que legitima a la Administración Pública: la limitación del poder mediante el Derecho origina un “poder institucionalizado” es decir, abierto a valores, que pretende su eficacia a través del Derecho y que, en ese sentido, es hecho fundante básico del sistema jurídico y causa última de su validez y de su eficacia. (Peces-Barba, G. 1999: 103).

El poder institucionalizado de que habla Peces-Barba es la característica evidente del Estado Social y de Derecho. Esta reciente adquisición teórica del constitucionalismo dominicano, no tan reciente si se toma en cuenta que su origen europeo puede situarlo a mediados del siglo XX, se manifiesta como un requisito indispensable de orden jurídico para la actuación del poder... pero también expresa una finalidad ideal del sistema (léase Administración Pública) para propender al interés general. La Administración Pública, junto al Derecho Administrativo, “hunde sus raíces en la Constitución”, como lo afirma en su obra Rodríguez-Arana (2009) *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional* (2009:9): “las necesidades colectivas deben ser satisfechas y son previas a la existencia misma de la Administración. Entonces, los intereses colectivos o generales deben tener un papel fundamental en el proceso de la definición del Derecho Administrativo”.

Por supuesto, se reconoce que el contenido y los límites del Derecho administrativo distan de ser pacíficos y claros, tal como lo reconoce Parejo en su obra *Lecciones de Derecho Administrativo*, pero aún así se aclara rápidamente que:

(...) si bien la existencia de una organización... encargada de la gestión de los intereses generales parece una constante... el tipo de Administración Pública que es objeto de nuestra atención es el que resulta de un proceso histórico... en el que tiene un papel central la división o separación de poderes o funciones, el principio de legalidad de la Administración y el del control judicial pleno de su actividad. (2010:19).

La “legalidad de la Administración” de la que habla Parejo plantea el tipo de vinculación de dicha administración respecto de la ley: se ha dicho que esa vinculación es distinta de la que tienen otros sujetos jurídicos, en concreto los particulares: para éstos, la ley marca un límite “negativo”, esto es, un marco de lo que es lícito y lo que no lo es. Pero cuando se trata de la Administración Pública, completamente sometida a la ley y al Derecho, le estaría vedada cualquier iniciativa propia, como lo sostiene Sánchez Morón, M. en *Derecho Administrativo, Parte General* para el ejercicio válido o legítimo de la actividad de que se trate:

...de forma que solo podría llevar a cabo aquellas actividades que al ley le permite expresamente. En consecuencia, ninguna actuación administrativa sería lícita si no existe una previa habilitación o apoderamiento legal, esto es, si la ley no ha atribuido a la Administración el poder o la potestad de realizarla, fijando los límites y condiciones.... (2008:86).

La legalidad como principio define, en consecuencia, lo que es posible o válido realizar, por decirlo de alguna manera, respecto de la administración pública. Pero ante la verdadera hipertrofia normativa o “dictadura del positivismo” de la que habla Rodríguez-Arana (2009:84), resulta indispensable repensar en el Derecho Administrativo y el sentido y función que cumple en relación con el poder. Los principios generales del Derecho funcionan, en el precedente esquema, como barreras contra la pretensión de conversión del Derecho Administrativo en herramienta del poder económico: si bien no tienen mucho sentido dentro del positivismo más radical, excepto por reconocerse en términos abstractos que son la expresión pura del sistema normativo, en un Estado Social y de Derecho se convierten en elementos centrales, sustento sobre el que se asienta la actividad pública en su más amplio sentido.

1.6 Hipótesis

La jurisprudencia dominicana 2008-2011 tiende a la vinculación positiva, mientras el sistema constitucional tiende a la vinculación negativa bajo el esquema del Estado Social de Derecho, la finalidad del servicio público y la primacía del interés general en la medida que no violente la reserva de ley.

Variables e indicadores

- a) Variable independiente: La jurisprudencia dominicana 2008-2011 tiende a la vinculación positiva;

Indicadores de la variable independiente: sentencias del Tribunal Contencioso-Administrativo y de la Suprema Corte de Justicia, emitidas durante el periodo 2008-2011.

- b) Variable dependiente: el sistema constitucional tiende a la vinculación negativa bajo el esquema del Estado Social de Derecho, la finalidad del servicio público y la primacía del interés general.

Indicadores de la variable dependiente: Artículos 6 y 7 de la Constitución dominicana de 2010.

1.7 Método

La investigación es, inicialmente, cualitativa, de orientación deductiva, ya que se aborda el problema sobre la base del material teórico referido a la hipótesis de investigación.

Se trata igualmente de una investigación de tipo descriptivo, (Madé, 2009:144), en cuanto trata de describir situaciones, eventos y hechos relacionados con el ejercicio de facultades discrecionales y la presunción de legalidad de los actos administrativos. En ese sentido, es también cuantitativa, dado que se utilizarán decisiones jurisprudenciales de la Corte de Casación, en atribuciones administrativas y constitucionales, y del Tribunal Contencioso-Administrativo, en primer término, para recabar informaciones en un contexto judicial específico, compuesto por diferentes actores jurisdiccionales.

Estas informaciones son contrastadas con el material teórico bibliográfico, con el objetivo de elaborar planteamientos concluyentes sobre el tema central y los subtemas derivados de la investigación.

CAPITULO II
LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE
LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN

CAPITULO II

LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN

2.1 La presunción de legalidad de los actos administrativos en la jurisprudencia

La presunción de legalidad de los actos de la Administración implica que, mientras dicho acto no sea dejado sin efecto por una decisión de la propia administración, a través del recurso jerárquico, o por vía judicial, es considerado por la ley conforme al ordenamiento jurídico. En otras palabras, la Administración, en sentido general, tiene un privilegio de ejecutoriedad de sus actos en virtud del cual desde el momento en que es realizado, dicho acto debe ser acatado por el destinatario hasta tanto no sea revocado o anulado en sede administrativa o jurisdiccional. De esta forma, la presunción de legalidad es un “carácter” del acto administrativo, pero se trata en todo caso de una presunción que admite la prueba en contrario pues está sujeta a que se demuestre la ilegitimidad del acto en cuestión y por tanto, cese su presunción de validez.

Dado que los efectos del acto administrativo son inmediatos, salvo disposición expresa en contrario, produce sus efectos propios y queda a los particulares a quienes dicho acto afecte obedecerlo en todas sus partes, pues la Administración puede forzar su ejecución directa e inmediata. Es lo que se conoce como “presunción de legalidad” de los actos de la Administración. La legislación dominicana contempla varias formas de combatir la presunción de legalidad del acto administrativo, entre otras mediante un recurso de amparo ante el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, que puede suspender incluso de oficio (de manera preventiva o provisional) los actos que hayan vulnerado algún Derecho fundamental, mientras decida del amparo de que se trate (como lo admite la Sentencia No. 030-08-00252 de la Primera Sala del Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo del 2/12/2008, P. 12).

Por supuesto, hay formas de suspensión de actos administrativos en sede contenciosa o jurisdiccional, aunque sea de manera implícita en la ley 1494 de 1947, que instituye el contencioso administrativo dominicano: el Tribunal puede disponer medidas de instrucción como *el incidente de la suspensión del acto recurrido* amparado por el Artículo 27 de la citada ley. La suspensión provisional de actos administrativos presumiblemente ilegítimos es admitida por el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, sobre una doble base legal y doctrinal. Se ha opinado al respecto (en sentencia N. 50-04, del 29 de julio de 2004):

(...) la posibilidad de suspensión provisional de un acto administrativo por ante la jurisdicción contencioso administrativa, teniendo la base legislativa de que “nuestra legislación no lo expresa pero no lo excluye” y la base doctrinal de que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa decidir sobre las controversias surgidas en cuanto a la ejecución de los actos administrativos y que por tanto le corresponde decidir sobre la suspensión provisional de su ejecución, que viene a ser un apéndice vinculado intrínsecamente al recurso principal.

Asimismo, las medidas cautelares según la Sentencia No. 009-2008, del 19/08/2008 del Tribunal Contencioso Tributario:

(...) tienen por efecto la suspensión provisional de actos administrativos no constituye una excepción sino una facultad que el órgano judicial puede ejercer cada vez que resulte necesario, principalmente cuando se alega la vulneración de Derechos fundamentales cuya garantía se consagra en la normativa nacional y supranacional perteneciente al denominado bloque de constitucionalidad .

2.2 Vinculación de la Administración al Derecho

Tradicionalmente se han aceptado dos teorías, incluso pasibles de explicar con el apelativo de “clásicas”, al momento de explicar la relación entre la Administración pública y el Derecho. Se trata de la “teoría de vinculación negativa” y de la “teoría de la vinculación positiva”. A esas dos se añade una tercera, la teoría o tesis “eclectica”.

La vinculación negativa explica la ley como un límite externo o “marco general”, dentro del cual todos los actos de la Administración son validos sin necesidad de que una ley expresamente la habilite previamente.

La vinculación positiva, por el contrario, exige que todo acto de la Administración se encuentre previamente designado o previsto por la ley.

La tesis “ecléctica” explicada por el profesor Rodríguez Huerta, defiende la necesidad de régimen legal previo sin el cual las actuaciones administrativas son nulas: en cualquier otro caso, la regla general imperante es la vinculación negativa. De las tres posturas mencionadas la más frecuentemente aceptada es la vinculación positiva, vista como parte de la postura ideológica de los revolucionarios franceses en su intento por construir un Estado basado en la legitimidad que solo puede conferir la ley; un postulado que, tal y como ha sido referido por García de Enterría, (1994:127, 128) está marcado por “...un sentido técnico riguroso: todo órgano público (del Rey abajo) ejerce el poder que la Ley ha definido previamente, en la medida tasada por la Ley, mediante el procedimiento y las condiciones que la propia Ley establece...” .

De esta forma, según este autor la actividad administrativa es una derivación íntegra de la ley en la medida en que toda actividad administrativa debe fundamentarse necesariamente en una norma previa a la realización del acto. Esta es la más pura acepción de la vinculación positiva.

La vinculación negativa, sin abundar en demasía, pretende justificar los actos del soberano desde la óptica de la “constitución otorgada”: si el soberano auto limita su poder, todo lo que no se encuentre expresamente reservado a la norma es parte de su poder, o sea, era posible realizarlo sobre la base del “principio monárquico”, como lo explican Enterría y Fernández (1999:4).

La jurisprudencia acepta la vinculación positiva al sostener que los órganos jurisdiccionales solo pueden anular o modificar decisiones administrativas causantes de estado, y sustituir esas decisiones por otras, según la Sentencia de fecha 20/05/1957 de la Suprema Corte de Justicia:

(...) cuando se trata del ejercicio por los funcionarios y órganos administrativos de facultades regladas por la ley, esto es, de aquellas en que, reconocida la existencia de ciertos hechos o el cumplimiento de ciertas condiciones, se hace imperativa la decisión en un sentido determinado, y la

única misión de los órganos jurisdiccionales... es la de comprobar y declarar... si la facultad discrecional ha sido ejercida dentro del propósito de la ley al conferir esa facultad. (Suprema Corte de Justicia. B.J. No. 562, Pág. 990).

Pero no se trata solamente de la aceptación de la vinculación positiva, sino evidentemente también de la limitación de la discrecionalidad en base al “propósito de la ley al conferir esa facultad”, y esa expresión está íntimamente ligada con la proposición esencial de esta investigación, como se dirá más adelante.

2.3 El Principio de Legalidad en la Constitución 2010

Como precursor de la idea del Estado Social suele citarse al alemán Lorenz Von Stein, quien había dicho en el siglo XIX que el haber terminado la época de las revoluciones políticas implicaría comenzar la de las reformas sociales, afirmando la distinción entre sociedad y estado, en el sentido de que el segundo tiende al desarrollo de la personalidad del individuo, mientras la sociedad tiende a la miseria, servidumbre de la personalidad debido a las relaciones de propiedad: *la dominación de las cosas se trastoca en la dominación de las personas.* (Younes Jerez, 2005).

No obstante lo anterior, fue en realidad Hermann Héller quien formuló el concepto de Estado Social de Derecho en la década de los años treinta (siglo XX), enfrentándose con ello, a la crisis que vivía el Estado de Derecho y la democracia. En este contexto, Alemania tiene que culminar y superar primero la dictadura nazi para finalmente acoger la forma de estado social de Derecho en la Constitución de Bonn de 1949. Aquí no se concibe el abandono del Estado de Derecho formado sobre el positivismo jurídico, sino que por el contrario, busca fortalecerse con un contenido económico – social tendiente a una mejor distribución de bienes y servicios, dando mayor importancia al individuo que hasta entonces es concebido solamente como un ser libre e igual.

En República Dominicana, la adopción del Estado Social y de Derecho se hace en 2010, mediante el Artículo 7 de la Constitución de ese año, cuyo texto es el siguiente:

La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los Derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos.

El Estado Social de Derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, Derechos y deberes sociales de orden constitucional, pues amplía su concepto en cuanto integra aspectos políticos, económicos, jurídicos y sociales. Ciertamente, estas cláusulas que recogen las Constituciones se suelen interpretar fraccionadamente: “Estado social”, “Estado democrático” y “Estado de derecho”. Puede resultar extraña la interpretación que se hace aquí de “Estado Social de Derecho”, pero es la designación que hace el Art. 7 de la Constitución 2010, lo que se reiterará en lo adelante para evitar confusiones.

El Estado Social de Derecho creado por la Constitución Dominicana (2010) tiene como fundamento básico el respeto de la dignidad humana, orientando la actividad pública hacia la protección efectiva de los Derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los Derechos de todos y todas (Artículo 8, Constitucional).

Esa protección “efectiva” de Derechos sólo puede realizarse a través de una Administración de justicia ejercida por jueces imparciales e independientes, quienes hagan valer leyes pre-establecidas a los hechos ilícitos de cualquier naturaleza (Fernández G. et al. 2005:33). De esta forma, el principio de legalidad, en sentido amplio, cumple la doble función de permitir a la autoridad el procesamiento de las conductas socialmente prohibidas, al tiempo de restringir los límites del poder estatal. En pocas palabras, la “legalidad” de los actos públicos se refiere al conjunto de normas que brindan seguridad y protección a los Derechos ciudadanos de los destinatarios del ordenamiento jurídico, es decir, la Administración solo puede actuar en función de lo que ordena o permite la ley. Y no solo en el caso de restricción de derechos por conductas socialmente prohibidas, sino que también aquellas que en derecho civil serían válidas y para el derecho administrativo no en beneficio del interés general (autorizaciones, licencias...etc.).

En el sentido de limitación del poder estatal Cruceta (2001:7) habla de *limitación de la Administración por las leyes formales*, esto es, entendiendo por la referencia al “principio de legalidad” el hecho de que “(...) todos los actos emanados de los órganos del poder público deben realizarse en completa armonía con las reglas de Derecho, tal como fue originalmente propuesto por la Constitución francesa de 1791, en virtud de cuyo Artículo 3º, “no hay en Francia autoridad superior a la de la ley. El Rey no reina más que por ella, y sólo en nombre de la ley puede exigir obediencia”

El triunfo de las nuevas ideas político-sociales y su propagación determina que el principio de legalidad, como garantía fundamental de la libertad civil, sea recepcionado en las legislaciones de los demás países. La primera y más esencial formulación de la legalidad como principio jurídico implica que “no hay delito, no hay pena sin ley”.

2.4 Fundamentación doctrinal del principio de legalidad

Diversos autores han tratado de explicar y fundamentar el principio de legalidad desde diversos puntos de vista. La obra de Feuerbach jurista alemán que formuló la expresión latina del principio (citado por Hurtado, 1987:12), y que propugnó por su aceptación y consolidación sobre la base del carácter preventivista de la pena, pero considerando que la primacía de tal principio propiciaba una concepción liberal del Derecho.

En general, esto es, abarcando no solamente el aspecto penal del término, “legalidad” significa conformidad a la ley y “principio de legalidad” aquel en virtud del cual “los poderes públicos están sujetos a la ley”, de tal forma que todos sus actos deben ser conforme a la ley, bajo la pena de invalidez. Dicho de otra forma: es inválido todo acto de los poderes públicos que no sea conforme a la ley.

Se entiende que esta regla se refiere especialmente —aunque no de forma exclusiva— a los actos del Estado que pueden incidir sobre los Derechos subjetivos (de libertad, de propiedad, etcétera) de los ciudadanos, limitándolos o extinguiéndolos.

2.5 Fuentes de la legalidad

La legalidad es el resultado de las reglas de Derecho impuestas a la Administración pública (Cruceta, 2001:8), de donde se colige que, en sentido estricto, no solamente “la ley” es fuente de la legalidad, sino también otras las normas, incluso las de origen no legislativo.

Sin embargo, esta definición exige algunas aclaraciones, ya que todas las expresiones que involucra (“conformidad”, “ley”, “poderes públicos”) requieren ser analizadas. Por un lado, se puede entender el término “ley” en el sentido técnico de “ley formal” ordinaria, o sea como acto del órgano —por lo general representativo— que es titular de la función legislativa. Así entendido, el principio de legalidad es un corolario de la doctrina política que ve en la ley (formal) la expresión de la “voluntad general”, y que ve en los órganos representativos, a los cuales les es atribuida la función legislativa, a los titulares, o al menos a los depositarios, de la “soberanía”, que se impone al Poder Judicial y el Ejecutivo, pero no puede obviamente valer para el Poder Legislativo, el cual no encuentra límites que sortear (o, al menos, no los encuentra en la ley positiva).

Por otro lado, se puede entender el término “ley” en el sentido completamente genérico de “ley material”; (Guastini, 2001:118), por tanto, en el sentido de norma o conjunto de normas jurídicas (cualquiera que sea la fuente de la que provengan). En este sentido, la ley no es una cosa distinta al “Derecho objetivo”. Así entendido, el principio de legalidad se extiende también al Poder Legislativo, que a pesar de no estar sujeto a la ley formal, puede sin embargo estar sujeto a normas de Derechos, y precisamente a normas de rango constitucional, reconvirtiéndose en un corolario de la doctrina política que ve no en la ley, sino más bien en la Constitución la expresión insustituible de la “soberanía”. De modo que de acuerdo a Guastini:

(...) allí donde el principio de legalidad valga en relación a los Poderes Ejecutivo y Judicial, estaremos frente a un Estado de Derecho (sin ulteriores especificaciones); allí donde el principio de legalidad se extiende también al Poder Legislativo, estamos frente a un Estado constitucional de Derecho. (2001:119).

2.6 Fundamento del principio de legalidad en República Dominicana

No existen dudas de que la vinculación positiva es la teoría imperante en el constitucionalismo dominicano actual (2010), dado que es definido en esa forma sobre todo por el artículo 138 de la Carta Magna, en virtud del cual *“La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado (...)”*.

Igualmente, pueden observarse al respecto las disposiciones de los Artículos 6 y 40.15 Constitucionales, en virtud de los cuales:

- Artículo 6, Constitución 2010: *Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno Derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución.*
- Artículo 40.15, Constitución 2010: *Toda persona tiene Derecho a la libertad y seguridad personal. Por lo tanto: 15) A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedírsele lo que la ley no prohíbe. La ley es igual para todos: sólo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más que lo que le perjudica.*

En ese mismo sentido ha sido reconocido el principio de legalidad por la jurisprudencia, estrictamente como obligación que se impone a toda persona, institución y órgano de someter su actuación al mandato legal, lo cual constituye un límite y una condición de las actuaciones de la Administración (Sentencia de la Suprema Corte de Justicia. 19 de noviembre de 2008). En esta investigación se sustenta al respecto que, sin afectar la legalidad ni disminuir su importancia, es necesario que los jueces tengan en consideración el interés general, particularmente después de la reforma constitucional dominicana de 2010, en la que se consagró literalmente en el Art. 7 de la Carta Magna el denominado “Estado Social y de Derecho”. Se explicará más adelante por qué se tiene esta opinión.

2.7 La invalidez de los actos administrativos

El Derecho que puede reclamar el recurrente en sede administrativa es a través de los recursos de reposición, apelación y extraordinario de revisión, que son los medios de impugnación que el recurrente puede solicitar ante los órganos de la Administración pública con el fin de obtener la revocatoria, restitución o la modificación de la resolución emitida por la Administración, cuando el administrado considere que el acto es ilegítimo y se encuentra lesionando en sus Derechos.

De acuerdo a Cobo Olvera (1999: Pág. 425) dos consecuencias directas que impiden la validez del acto administrativo, o en otras palabras, que caracterizan la invalidez de ciertos actos jurídicos propios de la materia administrativa, son la nulidad absoluta (para aquellos actos que se reputarán nulos totalmente) y la anulabilidad o nulidad relativa, ambas como sanción correlativa a la ineficacia del acto de que se trata.

De acuerdo a esto, ambos grados de nulidad se definen en términos de “*pleno Derecho*” el primero, en caso de tal grado de afectación del acto que ella resulta intrínseca (esto es, el acto es total, radical o absolutamente nulo) y debe serlo incluso sin necesidad de previa impugnación; y como nulidad devenida, de efectos limitados y con imperio de la seguridad jurídica, el segundo. (González, 2000:241).

En palabras sencillas, la invalidez del acto administrativo ocurre siempre que a su vez se presenta el quebrantamiento de las formas en grado tal que se impide la realización de efectos “normales” al acto en cuestión. La nulidad “de pleno Derecho”, o absoluta como también se la conoce, representa el máximo grado de invalidez del acto cuestionado, que en sentido amplio necesariamente debe producirse en relación ciertos actos, a saber:

- a) Actos que lesionen Derechos y libertades fundamentales, nulos “de pleno derecho” según los describe el Artículo 73 de la Carta Magna. Entre los actos que se consideran nulos “absolutamente” se encuentran, particularmente, *las acciones o decisiones de los poderes públicos, instituciones o personas que alteren o subviertan el orden*

constitucional... Dado que dicho “orden constitucional”, en cuanto se relaciona con la finalidad última de los actos de la Administración, es la satisfacción “de las necesidades de interés colectivo” de que habla el Art. 147 constitucional;

- b) Incompetencia manifiesta. La incompetencia constituye un vicio esencial del acto administrativo determinante de invalidez, cuando ocurre como acto expedido por una autoridad pública no apoderada legalmente para emitirlo. Ello solía ocurrir como violación del Artículo 7, Literal f) de la Ley 1494, que instituye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Dominicana, al tratarse de asuntos civiles, comerciales o penales y en general todas aquellos en los que la administración o un órgano administrativo autónomo obre como persona jurídica de Derecho privado. (SCJ. Tercera Cámara 21 de octubre del 1998. BJ. 1055. Sentencia No 38. 616-620). Es el vicio que afecta una decisión cuando su autor no tenía el poder legal para tomarlo. De todas las formas de ilegalidad es la más grave, en razón de que los agentes públicos solo tienen poderes sobre la base y en los límites de los textos que fijan sus atribuciones. Es por ello que las reglas de competencia son de orden público, puede ser declarada de oficio aún cuando el litigante no haya pensado en invocarla en apoyo a su recurso y no puede ser cubierta por la aprobación ulterior de la autoridad competente.
- c) Actos de contenido imposible, una causal no existente en la literalidad de la ley dominicana pero que se manifiesta, al menos en el ámbito internacional, siempre que resulte física o legalmente imposible cumplir lo dispuesto en el acto cuestionado.
- d) Actos constitutivos de infracción penal o que se dicten como consecuencia de ésta. La jurisdicción penal es exclusiva, inderogable e indelegable, por aplicación de los Artículos 57 y 58 del Código Procesal Penal. Ello implica que la realización de un hecho penal, para

su nulidad como acto administrativo, debería ser primero radicado y resuelto en la jurisdicción exclusiva, descrita como conducta típica, antijurídica y culpable. Pero puede ocurrir que el acto administrativo sea constitutivo de delito, sin que constituya uno de los supuestos específicos de infracción jurídico-administrativa que así se sanciona, como ocurre con la prevaricación. Igualmente, es posible que el acto en sí mismo considerado no sea constitutivo de delito, pero que tenga su origen en un hecho delictivo, como sería, por ejemplo, que en el procedimiento de elaboración del acto se hubieran aportado documentos falsos o se hubiesen producido testimonios falsos, o hubiera existido cohecho o violencia.

- e) Actos que prescinden de manera totalmente de la norma prescrita para su válida realización. Este tipo de nulidades requiere no ya la violación de un trámite, sino, específicamente, que esa transgresión suponga la omisión total, manifiesta y ostensible de la disposición particularmente necesaria para su validez. Ello ocurre cuando hay ausencia total del trámite requerido; como también cuando se realiza un procedimiento distinto al prescrito.
- f) Los actos cuya realización contravenga el Art. 6 constitucional, en la medida que establece la Constitución como norma suprema y pronuncia la absoluta nulidad de todo acto contrario.

2.8 El problema de la norma habilitante en la vinculación positiva

Si bien es criterio generalmente aceptado que la existencia de una norma previa es condición para que la Administración pueda realizar alguna actividad, es conveniente advertir, sin embargo, que no existe tal acuerdo en la definición de la “norma habilitante”: algunos defienden que es necesario a dicha norma habilitante tener rango de ley.

Otros, en cambio, se decantan por la aceptación de que el principio debe entenderse en forma lo más amplia posible. En consecuencia, se acepta que la “norma habilitante” puede ser tanto una con rango formal de ley como en general cualquier otra norma jurídica o incluso partes del bloque de la legalidad, en la expresión ya clásica de Hauriou (1967:473).

La diferencia entre ambas posturas radica evidentemente en que para primeros, la vinculación positiva debe ser respecto de la Ley —no de cualquier norma— por ser ésta una exigencia del principio democrático. Así, toda actuación de la administración tiene que tener fundamento en una Ley previa, única forma de garantizar la legitimidad democrática. Para los segundos, en cambio, la vinculación positiva es una consecuencia necesaria del sometimiento de la Administración al Derecho y, por tanto, el Derecho debe estar representado en ese esquema teórico por una norma previa que fundamente y regule toda acción administrativa, algo que puede hacer cualquier norma, no necesariamente una ley.

En realidad, la conclusión necesaria es que, ciertamente, el principio de legalidad exige que toda la actividad de la Administración se encuentre sometida al Derecho, pero esa sujeción no implica necesariamente que la Administración no pueda actuar si previamente no se encuentra habilitada al efecto por una norma, porque hay supuestos de vinculación negativa en los que actúa discrecionalmente: lo que significa es que la Administración, si actúa, debe hacerlo respetando el “ordenamiento jurídico”, que para el caso puede describirse también con la expresión “respecto del interés general”. Se entiende que en este punto se deja de lado la referencia a la vía de hecho porque de lo que se trata es de fundamentar que, en su actuación, la Administración pública debe estar sometida a derecho pero, haciendo la salvedad correspondiente a la explicación del acto según la vinculación negativa.

2.9 Legitimidad, Discrecionalidad y Estado Social y de Derecho

Es defendible actualmente la tesis de la vinculación ecléctica porque, necesitando un mandato legal específico para actuar, la Administración, en el nivel más general posible, se encuentra sometida a la doble legitimidad democrática que en

nuestro caso es una exigencia constitucional del “Estado Social y de Derecho” (Artículo 7, Constitución 2010. Se entiende que ésta es la denominación constitucional, aunque pueda válidamente entenderse que lo “social” está sobreentendido en lo de “Derecho”). Igualmente, del principio de Función Esencial del Estado (Artículo 8, Constitución 2010).

En efecto, como resultado de la combinación de ambos textos y particularmente por la segunda disposición citada, resulta que el Estado (la administración) tiene como fin específico proteger los Derechos, debe respetar la dignidad y debe proporcionar los medios que permitan el “perfeccionamiento general” (...) “de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los Derechos de todos y todas”.

Resulta de ello que de la consagración constitucional del principio de legalidad no cabe deducirse únicamente la exigencia de que toda actuación administrativa deba ir precedida de una norma previa que específicamente habilite a la administración para actuar, ni que existan áreas en las cuales la administración pueda actuar aunque una norma especial no la habilite para ello, sino necesariamente que la actuación de la administración está condicionado en su nivel más alto por el bienestar general (interés o perfeccionamiento) sólo es posible dentro de “un marco de libertad”, “justicia social” y “orden público”.

El “Estado Social y de Derecho” –según lo describe el Art. 7 de la Constitución dominicana–, en consecuencia, sólo es posible si la Administración actúa para el interés general, y se supone que en ello debe apegarse a la norma. Si no existe una norma, el interés general, la libertad, la justicia social y el orden público “es la norma”.

El Tribunal Contencioso-Tributario y Administrativo dominicano ha aceptado, en ocasión de considerar la legitimidad de los actos administrativos, que es necesario de acuerdo a la Sentencia No. 007-2008, del 3 de marzo de 2008, del Tribunal Contencioso-Tributario y Administrativo: (...) *tutelar de la manera más amplia posible al recurrente, para que tenga la posibilidad de reclamar la acción judicial...* En este sentido, puede afirmarse con Comadira en “*Derecho Administrativo: acto*

administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios”, (2003:493) que actualmente la acción de la Administración Pública se sujeta no solamente a la ley, sino también al Derecho como conjunto normativo que establece un marco de juridicidad óptimo: no se debe hablar de “*requisitos de legitimidad del acto administrativo*”, sino más bien de sus “*exigencias de juridicidad*”, y por vía de consecuencia del control de la juridicidad, y tanto o no solamente de la “legalidad” de que trata la terminología actual. Por supuesto, nada de lo dicho podría interpretarse como una exclusión del principio de legalidad.

CAPITULO III

LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

CAPITULO III

LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

3.1 Conceptualización general

Se admite la existencia de una “potestad discrecional” siempre que la atribución otorgada por el legislador a la Administración no establezca todos y cada uno de los requisitos y condiciones para su ejercicio, esto es, cuando una facultad administrativa no fija de antemano las conductas admisibles, ni su contenido válido, resultando de ello un margen de apreciación del órgano administrativo sobre sus atribuciones al momento de adoptar ciertos actos.

La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas que se suponen igualmente justas. En nuestro sistema es posible ilustrar el punto de la discrecionalidad a través de la forma en que se recurren los actos administrativos: de acuerdo al Art. 1 de la ley 1494, para poder recurrir contra un acto es necesario:

- a) Que se trate de actos contra los cuáles se haya agotado toda reclamación jerárquica dentro de la propia Administración o de los órganos administrativos autónomos;
- b) Que emanen de la Administración o de los órganos administrativos autónomos en el ejercicio de aquellas de sus facultades que estén regladas por las leyes, los reglamentos o los decretos;
- c) Que vulneren un Derecho, de carácter administrativo, establecido con anterioridad a favor del recurrente por una ley, un reglamento un decreto o un contrato administrativo;

- d) Que constituyan un ejercicio excesivo, o desviado de su propósito legítimo, de facultades discrecionales conferidas por las leyes, los reglamentos o los decretos.

Como se evidencia de lo precedente, la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público, y todo acto discrecional, aunque permitido, debe ser realizado en cuanto lo permiten las normas, no solamente leyes, sino también reglamentos y decretos.

Vale recordar entonces, a De Laubadère, citado por Beladiez Rojo, (1998: 316), que “...se llamaban actos discrecionales (o de pura Administración) a ciertos actos respecto de los cuales ninguna crítica de legalidad parecía concebible y que escapaban así por su naturaleza a todo control”. En la actualidad, las atribuciones administrativas pueden ser regladas como discrecionales, pero es imposible en la práctica que una norma prevea hasta el último detalle de lo que el órgano debe hacer, pues siempre quedará algún pequeño margen que deberá dejarse necesariamente al arbitrio del funcionario actuante.

De allí que el problema de la discrecionalidad se reduzca actualmente a la posibilidad de emisión de regulaciones excesivas, fruto de una discrecionalidad inaceptable en cuanto apartan a la Administración del cumplimiento del postulado básico del Estado Social de Derecho, esto es, evitar el compromiso de satisfacer el interés general como elemento legitimante fundamental de la actividad administrativa.

La discrecionalidad ha jugado un papel importante a través de los años, en la jurisprudencia administrativa dominicana, dado que es consignado como causa del recurso contencioso-administrativo siguiendo las disposiciones del Artículo 1º, Ordinal 2º, Letra d) de la Ley 1494, citada, en virtud del cual ... el acto administrativo haya sido constituido por un ejercicio excesivo, o desviado de su propósito legítimo, de facultades discrecionales conferidas por las leyes, los reglamentos o los decretos.

Carvajal afirma al respecto (Pág. 83) que esa disposición tiene una doble virtud, dado que en primer lugar refiere a las causas que pueden “...dar lugar al ejercicio del

recurso contencioso ... y por el otro lado, en sí mismo es considerado un motivo único que puede dar lugar a la interposición de un contencioso-administrativo especial denominado “por exceso y desviación de poder”. Este aspecto se verá más adelante.

3.2 Aspectos que comprende la discrecionalidad administrativa

Valga por ahora sostener que la predeterminación de la conducta administrativa a través de normas jurídicas, puede realizarse de distintas maneras, descritas por Gordillo en su obra “Tratado de Derecho Administrativo, parte general” (1998) como sigue:

a) En lo referido a la competencia, y por lo común también en cuanto al procedimiento o las formalidades, igual que respecto del objeto, en los casos en que la ley predetermina qué circunstancias de hecho dan lugar a un acto;

b) En cuanto los casos regulados legalmente que protegen el Derecho del administrado, a su propia actividad o su conducta libre;

c) En cuanto a casos de vulneración de la esencia del Derecho subjetivo privado (denominada “regulación residual”);

d) Si se violan reglas de la técnica o la ciencia, pues no es posible aceptar la invalidación de un acto realizado conforme lo prescriben los modelos generalmente aceptados para su realización;

e) En tanto exista una única posible solución justa y razonable al caso.

Como elemento de clara trascendencia procesal la discrecionalidad ha sido controlada en nuestro caso mediante elementos reglados (tales como la potestad, la competencia y la finalidad) como también mediante otras técnicas alternativas, entre ellas el control del motivo del acto (como hecho determinante); la distinción entre discrecionalidad y los “conceptos jurídicos indeterminados”, entre otros.

De hecho, para Cassagne (2007:271-272) el control de la discrecionalidad administrativa se ha convertido en uno de los asuntos de Derecho público de mayor trascendencia y significación para la protección de los Derechos e intereses individuales y colectivos. Aunque ello parezca exagerado, puede encontrarse sustento porque no ha sido posible interpretar el fenómeno de lo discrecional dentro de la ley y del Derecho como una actividad jurídica de la Administración controlable por los jueces.

La discrecionalidad no es, como se ve, un mal estricto: lo negativo es la arbitrariedad que puede derivar de ella y que da lugar a que se considere la existencia de un “principio de interdicción de la arbitrariedad”, tal como habla de él Rodríguez-Arana, 2009:114) vinculándolo directamente con el Estado de Derecho en tanto “servicio objetivo” al interés general. La objetividad, la racionalidad y la congruencia entre el fin de interés general y los actos de la Administración son, pues, *principios que a su vez se derivan del sometimiento pleno de la administración a la ley y al Derecho*.

La discrecionalidad como tema doctrinal ha tropezado con ciertas dificultades, como resultará ya obvio, y eso porque fuera del campo lógico o del método jurídico de interpretación que proporciona la teoría general del Derecho para desentrañar la problemática de lo discrecional, se advierte la influencia ejercida por las diferentes teorías que nutren la ciencia política y disciplinas afines, las cuales se proyectan en las tesis y posturas puramente administrativas, afectándolas de dispersión conceptual. En todo caso, la propia actividad de la Administración se manifiesta a través de actos que reflejan siempre una combinación de poderes reglados con poderes discrecionales, algo de lo que se ha hablado extensamente en países como Argentina.¹

Pero es necesario reenfocar el tema y darse cuenta de que toda aproximación de carácter histórico o evolutivo (en lo jurídico, por supuesto) evidencia que la discrecionalidad es un concepto más o menos variable en el tiempo, en el campo del Derecho público. Si bien se le consideraba originalmente como la actividad administrativa incontrolada por el poder judicial, es claro que los esfuerzos reductivos han producido en cuanto a la discrecionalidad se refiere, ajustados patrones jurídicos

¹ Consultar a M.S Marienhoff (1993): *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº II, Pág. 425.

impuestos por las tendencias jurídicas dominantes en la sociedad y en el funcionamiento del Estado moderno.

Que no quepa ya la posibilidad de que actividad administrativa inmune al control judicial es de hecho fruto de la teoría administrativa ibérica representada por García de Enterría y Fernández, especialmente, después de la votación de la Constitución de 1978, cuando se introdujeron los principios de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos y de la tutela judicial efectiva.

Y corolario necesario de esas aportaciones, tal como se la acepta actualmente, la facultad discrecional de la administración ha quedado recudida a poder de decisión controlado por los “conceptos jurídicos indeterminados” (enunciados en forma de “interés público”, “utilidad pública”, “bienestar general” u otras similares): esos conceptos tienen compleja estructura, y sin embargo, como regla general, admiten “una” variable justa al quehacer de la administración, aunque pueda darse la posibilidad de elegir entre varias soluciones igualmente justas.

Naturalmente, la discusión en torno a las facultades de control judicial de la Administración, defendida por Enterría y Fernández, encuentra obstáculo serio en la posición contraria, que defiende la existencia de áreas simplemente exentas de tal control. Al efecto, se recordará la tesis de Parejo (1993:48) en el sentido de que la tutela judicial efectiva sólo habilita al control de la legalidad de los actos de la administración, *particularmente cuando se postula su conversión en fuente positiva, concluyendo que no puede aceptarse que la distinción entre legitimidad y oportunidad plantee un falso dilema que conduzca a la necesidad de que el juez sustituya la decisión administrativa.*

Es justo concluir que el sistema constitucional dominicano actualmente se decanta por el sistema de plenitud del control judicial sobre los aspectos discrecionales de la actividad administrativa.

En efecto, si bien “la jurisprudencia no ha alcanzado a la Constitución”, es claro que en nuestro caso el juez puede incluso sustituir a la Administración si fuera necesario

para la protección de Derechos fundamentales, incluso del simple intereses de personas lesionadas.

Que pueda hacerlo no significa que lo haya hecho. Por ejemplo, se argumentó ante la Corte de Casación que un tribunal de primer grado habría violado “el principio de legalidad tributaria” al pretender modificar, según la Sentencia No. 53, del 25/02/2009, que falla sobre una sentencia del Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, del 9 de noviembre de 2007:

(...) uno de los elementos esenciales reservados a la ley para la aplicación del impuesto, como lo es la base imponible... Se dijo en esa ocasión, como alegato de la parte, que ... el principio de la legalidad tributaria restringe la posibilidad de admitir el ejercicio de determinadas facultades discrecionales a la Administración Tributaria, lo que impide que la modificación de la base imponible de un tributo puede tener su fuente u origen en una simple interpretación administrativa, como lo ha hecho dicho tribunal; ...

Sin embargo, la Corte no ofreció mayores detalles al respecto, limitándose a afirmar que

(...) contrario a lo que alega la recurrente en el sentido de que el pago mínimo del 1.5% de los ingresos brutos es injusto, expropiatorio y discriminatorio, que violenta la seguridad jurídica de los contribuyentes, así como la legalidad tributaria, esta Corte Suprema sostiene el criterio de que esta obligación está acorde con los preceptos instituidos por la Constitución para la Tributación, al emanar del poder público que goza de supremacía tributaria, como lo es el Congreso Nacional, que al tenor de lo previsto por el numeral 1) del artículo 37, tiene la exclusividad de legislar en materia tributaria, lo que incluye no sólo crear el impuesto sino también regular sus modalidades o formas de recaudación y de inversión...

Esa decisión se produjo antes de la votación de la Constitución 2010 y de la declaración del Estado Social y de Derecho consagrado por el Art. 7 de la actual y vigente Carta Magna. Valga recordar al respecto, que el Art. 147 de la Carta Magna, al describir la “finalidad de los servicios públicos”, somete todos los actos administrativos, legales o contractuales, a los principios de *universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad, continuidad, calidad, razonabilidad y equidad*

tarifaria. La razonabilidad es lo que establece aquí el principio de interdicción constitucional de la arbitrariedad, y podría dar lugar al fallo sobre los principios generales como reguladores de la actividad de la administración.

También, concurren a esta interpretación el fundamento dogmático constitucional de tres principios básicos, de similar rango en el sistema español, como lo son el sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho (Art. 7 sobre la Supremacía de la Constitución dominicana); la interdicción de la arbitrariedad para todos los poderes públicos (como derivación de la responsabilidad administrativa por “daño antijurídico de que habla el Art. 148 constitucional dominicano), y el principio de la tutela judicial efectiva (establecida, entre otros, por el Artículo 69 de la Carta Magna de 2010).

Cabe concluir este apartado sosteniendo, en consecuencia, que los principios generales del Derecho permiten al juez controlar los actos de la Administración de acuerdo a lo prescrito por el constitucionalmente denominado “Estado Social y de Derecho” y según se transcribe en el párrafo precedente. Deberá esperarse el transcurso de los años para que la reforma constitucional de 2011 pueda “surtir efecto” en la interpretación jurisprudencial, respecto de este punto en particular.

2.3 Juridicidad, legalidad y discrecionalidad

Valga reafirmar que, a nuestro juicio, la administración se encuentra vinculada al Derecho, y lo está de manera tal que el juez puede aplicar principios generales del Derecho para regular la administración. Ello implica una visión diferente de la vinculación positiva.

Todo acto o actividad de la Administración debe necesariamente tener un vínculo con el ordenamiento jurídico. Se trata del “principio de juridicidad”, que alude al condicionamiento de los actos administrativos por el Derecho.

Se complementa el tema con el principio de legalidad, tal como se ha expuesto anteriormente en este mismo estudio. El sometimiento de la Administración al Derecho es el contenido mínimo y universalmente aceptado del principio de legalidad.

La exigencia de que todos los actos de la Administración se encuentren sometidos al ordenamiento jurídico podría conllevar incluso que esta vinculación supusiera que la Administración no pudiera actuar si no existiera una norma que expresa y específicamente la habilitara para realizar una determinada actuación, tal y como proclama la doctrina clásica de la vinculación positiva a la legalidad.

Ahora bien, lo que pretende deducirse de ambos principios, y de la vinculación positiva incluso, es que no solamente se exige que la Administración pueda actuar si existe una norma que expresa y específicamente la autorice para ello, sino además que todos los actos de la Administración deben tener una conexión con el Derecho o una mínima vinculación positiva con el ordenamiento, que puede ocurrir sobre la base de los principios generales.

Por supuesto, todo Estado de Derecho consagra no ya el principio de legalidad, que le es inherente, sino determina que sea una exigencia jurídica el que todo acto de la Administración deba tener como finalidad específica servir al “interés general”, al ser ésta la función que justifica la propia existencia de la administración y, en consecuencia, la que determina que se le reconozca capacidad de obrar. Esta es, por otra parte, la regla *mínima* que el principio de juridicidad exige respetar.

Esta conexión entre el acto administrativo y el interés general representa, por tanto, la vinculación mínima y necesaria que todo acto de la administración debe tener con el Derecho para que esa actuación pueda considerarse conforme al ordenamiento jurídico y respetar: así la exigencia que deriva del principio de legalidad y, en última instancia, del principio de juridicidad.

En Derecho dominicano la norma que establece que la administración actúa en beneficio del interés general (Art. 8 de la Carta Magna), — norma que se corresponde, a grandes rasgos, con el Art. 103.1 de la Constitución Española— constituye el vínculo

positivo que la administración nunca podrá desconocer, ya que en tal caso habría vulnerado no sólo el principio de legalidad —no ha respetado la norma jurídica que establece que sólo podrá actuar en beneficio del interés general—, sino que, además, habría desconocido el principio de juridicidad al haber actuado sin que exista la norma atributiva de competencia.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico no se limita a exigir que los actos de la administración tengan como finalidad satisfacer el interés general, sino que además puede establecer muchas otras determinaciones sobre la actividad que pretenda realizar la administración. Pues bien, estas otras determinaciones, por exigencias del principio de legalidad, también deben ser respetadas por la administración.

En consecuencia, vale resumir las vertientes teóricas precedentes en un aserto crucial: la administración puede proceder incluso si no existe una norma que expresamente la habilite para ello, con tal de que sus actos persigan el interés general y no exista ninguna norma que lo prohíba.

El juez, de su lado, puede aplicar los principios generales del Derecho para regular los actos de la administración, dado que también concurre a la realización del “interés de todos”.

CAPITULO IV

EL INTERES GENERAL

CAPITULO IV

EL INTERES GENERAL

4.1 CONCEPTUALIZACIÓN SOBRE EL INTERÉS GENERAL

La literatura jurídica acepta una bastante amplia acepción del vocablo “Interés General”, incluyendo las expresiones alternativas *bienestar general*, *interés público* y, sobre todo, *bien común*.

La amplitud de términos de referencia se relaciona, sin duda, con los objetivos de las políticas públicas destinadas a promover dicho “interés general”. Estos objetivos son múltiples y numerosos, pues se adaptan a los diferentes tipos de Estados y por ello, para comenzar, se trata de un concepto relativo en el sentido de que se expresa en función de la sociedad a la que hagamos referencia.

Para FRIEDRICH (1967: 201) el interés general se vincula necesariamente con los procesos de transición democrática dado que depende de complejos procedimientos empleados por las democracias actuales para *representar y complacer las demandas hechas sobre sus instrumentos de adopción política*. En este tipo de explicaciones, el interés general se verifica como un medio y como un procedimiento, no como un fin o meta.

Según plantea Montalvo (2008:01) La antigua idea consistente en concebir el Interés general de forma aritmética, es decir, mediante la suma de los intereses individuales del ciudadano, debe ser considerada ya invalidada por la práctica, al adolecer de contradicciones evidentes. En efecto, la naturaleza del individuo es el interés personal o propio, y hacia la colectividad lo que manifiesta en general es desinterés, cuando no simple rechazo.

Tampoco es correcto a nuestro juicio identificar el interés general con las decisiones que toma la autoridad pública, independientemente de cuáles sean: los funcionarios de cualquier administración pueden concebir la idea de interés general de

forma errónea, pudiendo provocar graves consecuencias si sus políticas públicas adolecen de un desviado entendimiento de lo que sería el bien colectivo.

Lo procedente es entender el interés general como *“el interés genuino de toda la comunidad, no simulado por una élite o minoría que solo pretende el beneficio propio”*. (Friedrich, Carl. Obra citada, Pág. 201).

4.1.1 Posibles significados actuales del término "Interés General"

Cuando se habla de “interés general”, como lo aclara notablemente SAINS (en *“Conceptos Jurídicos y Discrecionalidad Administrativa”*, 1976, Pág. 322) suele aceptarse sin contienda que representa un norte ético para el servicio público, una pauta de evaluación de su legalidad e idoneidad. En este sentido, el interés general aparece como norma ética suprema o finalidad esencial en todo asunto público.

Así las cosas, tanto si se habla de “interés general” como de “bien común”, se habla en realidad de la suma más genérica posible de los intereses ciudadanos, esto es, de una conceptualización válida para sanear procedimientos relacionales entre los Estados y los ciudadanos.

Si se sujetan a controversia casos en los que se relacionan las finalidades de las decisiones con los procedimientos adoptados para llevarlos a cabo, entonces el interés general debe entenderse como la adhesión a un orden público o social, en virtud del cual se aúnan esfuerzos para evitar males mayores y buscar un necesario consenso.

4.2 La importancia del “interés general”

Para clarificar un poco la posición jurisprudencial sobre el interés general en materia administrativa, valga citar algunos textos en los que la Corte de Casación reconoce textualmente que los Derechos adquiridos, en virtud de los cuales se haya beneficiado a un particular o que en cierta medida se haya establecido a favor del Estado un determinado interés particular al conceder una licencia administrativa a favor

de una persona, *puede ser revocado si atenta contra el interés general de la sociedad* . (Sentencia de la Corte de Casación, de fecha 09/11/2009, Pág. 9, como también la sentencia No. 150-2008, del Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo de fecha 07/11/2008, P 23, ambas citadas por Carvajal, 2009:82).

De modo que es posible, de acuerdo a la jurisprudencia, restringir el Derecho de los particulares cuando conviene al interés general, en plena concordancia con las ideas centrales de esta investigación. Esta no es una opinión personal.

Sin embargo, cabe abundar respecto del interés general como criterio jurisprudencial y constitucional.

Para ello debe partirse de una verdad dolorosa: ... *la Administración* (“pública dominicana”, nota del autor) *no ha estado sometida a Derecho pues ni ha estado sujeta a procedimientos jurídicos formalizados fiscalizados administrativamente ni ha existido una jurisdicción contencioso-administrativa que controle efectivamente las actuaciones de la Administración*. (Pratts, E.J. 2010, pág. 322).

Se entiende y se defiende la idea central de que el interés general es parte de las finalidades del Estado, de manera tan principal que, conforme al Artículo 40 de la Constitución, esas finalidades se concretan en la protección efectiva de los derechos de la persona. Dado que esa es la finalidad principal del Estado, el así concebido “interés general” no puede ser otro que la promoción de los derechos fundamentales.

La derivación básica de ese postulado exige que el Estado no se encierre en sí mismo y, muy por el contrario, requiere que la Administración se abra al público y al foro público.

Incluso, puede afirmarse que el interés general en un Estado Social y Democrático de Derecho consiste o se demuestra por la protección del ejercicio de los derechos fundamentales, principalmente de las menos favorecidas. Esa es la razón de que el texto constitucional dominicano consagre no solo los derechos individuales sino también los derechos “sociales”, y por eso se establece que la República no solo

condena la desigualdad formal sino también “*toda situación que tienda a quebrantar la igualdad de todos los dominicanos*”. Este último mandato constitucional constriñe al Estado a remover todos los obstáculos que impidan no solo la igualdad formal sino también la igualdad sustancial, la igualdad social.

Debido a esa declaración de que el designio trascendental del Estado es la protección efectiva de los derechos de la persona, y de que esta persona no puede perfeccionarse progresivamente únicamente por vivir en un orden de libertad individual sino que requiere, además, justicia social. Así, teóricamente al menos, el Estado debe estimular la integración efectiva a la vida nacional de los residentes en el campo, los poderes públicos deben proteger a las madres y garantizar su derecho a la asistencia oficial y el Estado debe estimular el crédito público para hacer posible que todos los dominicanos posean una vivienda en condiciones de habitabilidad, por solo citar algunas de las prestaciones sociales a las cuales se encuentra obligado el Estado dominicano por ser “Estado Social” desde la óptica constitucional.

Vale afirmar, por tanto, que la Administración conforme a la Constitución no puede limitarse a garantizar una esfera de acción autónoma a los individuos limitando sus libertades solo en el marco de una ley previa (principio de legalidad del Estado de Derecho): *además* se encuentra constitucionalmente obligada a adoptar una serie de políticas y de normas garantistas de derechos, utilizando para ello todos los recursos hasta el máximo disponible, por lo menos de acuerdo al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Si es así, la Administración, y con mayor énfasis el juez si interviene en el conflicto entre la Administración y el Administrado, debe considerar el bien común, el interés general o la tutela de derechos, como prefiera llamarse, para viabilizar el Estado Social y de Derecho de que habla el Art. 7 de la Carta Magna.

El vínculo de la Administración con los derechos fundamentales, no solamente los individuales sino también los “sociales”, implican que la Administración deba implementar políticas que hagan realidad el programa social constitucional.

Como lo sostiene Jorge Prats (2010:324) *“la Administración está limitada por la ley porque el Estado de la Constitución es un Estado de Derecho pero, al ser también desde la perspectiva del “deber ser” constitucional también un Estado Social”*, si omitiera aplicar normas existentes o no aplica ciertas normas, impediría el cumplimiento de la misión constitucional del servicio, tal como se describe en la Carta Magna de 2010.

4.3 Interés General y discrecionalidad administrativa

Para Montalvo (2008:01) *“Los conceptos utilizados por el ordenamiento pueden ser determinados o indeterminados en cuanto a su posible significado. La inherente claridad de los primeros no suele presentar demasiados problemas en cuanto a su aplicación o interpretación, pues no admiten más que una solución. Pero es obvio que todo concepto jurídico indeterminado genera incertidumbre en un sistema democrático que pretenda establecer fórmulas reales para la resolución objetiva de conflictos.”*

Como sostiene BARTOLOME Cenzano en su obra *“El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades”* (2002:75), sus límites no ciertamente brotan patentemente en su enunciación pese a que se intente delimitar supuestos concretos: *Ese margen de duda se presenta, ya no solo en la labor de precisar de manera objetiva el contenido del concepto indeterminado, sino en el papel que la Administración debe jugar cuando afronta la interpretación y aplicación de los mismos.*

Lo adecuado de todo concepto jurídico indeterminado resulta ser que su aplicación permita una sola solución, por lo menos una sola que sea “justa”. Por el contrario, el ejercicio de las potestades discrecionales permite *una pluralidad de soluciones justas, o lo que es lo mismo, varias alternativas igualmente justas desde la perspectiva del derecho.* (Idem).

Habría que determinar, para aclarar la importancia del concepto interés general en relación con la actividad administrativa discrecional, cuál es el grado de discreción de la esta goza para llevar a cabo la citada labor, a saber:

- En un sentido positivo, para poder entender el concepto y aplicarlo la discrecionalidad administrativa debería entenderse como el margen libertad de decisión conferido por la norma al funcionario o rama de la administración de que se trata;

- En una acepción negativa, se trataría (la discrecionalidad) del margen o libertad de actuación derivada *de la ausencia de normas* de conducta, esto es, de la carencia de normas de control del acto.

Resulta sencillo entender que el juez no puede indagar las entrañas de la decisión discrecional puesto que, si se ha realizado dentro de ciertos límites –como de la remisión legal a la apreciación de la Administración–, debe ser considerada necesariamente justa. (BARTOLOMÉ C.2002: 75).

García de Enterría explica en su “Curso de Derecho Administrativo” (1982:448), lo siguiente: “sobre este fundamento se sustenta la tesis defendida por la doctrina alemana, que establece que prácticamente todos los supuestos calificados tradicionalmente de atribuciones de potestad discrecional por la Ley, no son sino el enunciado de simples conceptos jurídicos indeterminados.”

En ese sentido Bartolomé hace la siguiente referencia (2002:75): Pero en ningún momento se está haciendo referencia al concepto de "arbitrariedad". En tenor Montalvo entiende lo siguiente: “Realmente estas supuestas potestades discrecionales pueden concebirse como potestades regladas, puesto que el margen de discreción se otorgaría para alcanzar un interés público, una solución mejor al caso en cuestión, proporcionando una solución justa a cada situación concreta”. (Montalvo 2008:2).

El acto administrativo discrecional tiende a convertirse en reglado, puesto que tan solo se consideraría válido cuando cumple el fin que implica la idea del bien del servicio o del interés público, pudiendo entender entonces que en todas las ocasiones en que el objeto del fin está determinado no existe discrecionalidad.

La finalidad de entrar a interpretar un concepto jurídico aparentemente vago o difuso es fruto del intento por parte de la Administración de proporcionar a este una

salida práctica que favorezca a la colectividad, puesto que esa es la regla primaria del ordenamiento jurídico en conjunto. Las autoridades administrativas pueden contar, con total normalidad, con poderes públicos discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino para la considerada por la Ley, y en todo caso de la finalidad pública. Esta discrecionalidad es temporal o ilusoria, al estar orientada siempre a un fin claramente determinado BARTOLOMÉ C. 2002:78).

4.4 El interés general y el Tribunal Constitucional español

Según Juan Montalvo (2008:68) El Tribunal Constitucional español ha establecido criterios muy determinados, cuando se trata de definir el interés general. Al respecto, ha sostenido que la configuración del Estado como social de Derecho viene a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de Interés General no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-sociedad.

Igualmente, ante el planteamiento por una de las partes en el proceso de que los fines sociales son de rango superior a un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional afirma que existen ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución. (Idem). Por ejemplo, la Corte de Casación dominicana ha explicado que los concesionarios de servicios públicos deben aceptar la variación de las condiciones originales de concesión, cuando sea de interés general que esa variación se produzca, afirmando lo que sigue: estos títulos relativos a la concesión o habilitación para la prestación de un servicio público que es un patrimonio del Estado, pueden, válidamente, ser objeto de modificaciones en virtud de la potestad de variación, también conocida como *jus variandi* o principio de adaptabilidad o principio de mutabilidad que tiene el poder público en la concesión de servicios públicos, que le permite introducir mediante ley o reglamento, como sucede en el presente caso, o incluso por actos administrativos individuales, modificaciones o variaciones a los títulos habilitantes de licencia y concesión otorgados a los operadores de telecomunicaciones, y éstos están obligados a soportarlas en aras del interés general presente en dicha actividad”; (sentencia del 26 de agosto de 2009; sentencia impugnada: Cámara de Cuentas de la

República, en funciones de Tribunal Superior Administrativo, del 30 de agosto de 2005. Contencioso-Administrativo. Audiencia pública del 26 de agosto de 2009).

Es ilustrativa la afirmación por parte del mismo órgano de que la CE reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por eso la fijación del contenido esencial debe incluir la necesaria referencia a la función social, pues se está ante una institución llamada a satisfacer necesidades colectivas. (Idem).

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1. Los actos administrativos se presumen legítimos. Para explicar la legitimidad de dichos actos se recurre a la vinculación de la Administración al Derecho, en términos positivos según lo ordenan los textos constitucionales. La fundamentación doctrinal, de acuerdo a la vinculación positiva, conduce tanto al problema de la norma habilitante –si debe ser una ley o puede ser una norma de otro rango jurídico– como también a la relación entre legitimidad, discrecionalidad y Estado Social y de Derecho, tal como lo crea el Art. 7 de la Constitución dominicana 2010.
 - 1.1 La vinculación positiva no es necesariamente el único marco de referencia de legitimidad de los actos de la Administración: después de la aceptación del Estado Social y de Derecho por el Art. 7 constitucional, como por efecto de la finalidad de los servicios públicos del Art. 148 de la Carta Magna y la sujeción administrativa a exigencias constitucionales específicas, la Administración debe considerar como límite de legalidad de sus actos el interés general y los principios generales del Derecho.
2. El principio de juridicidad resulta ser el marco general de orientación para la validez de los actos de la administración. Junto al principio de legalidad, condicionan dicha validez en términos de protección y vigencia de Derechos fundamentales, restringiendo las potestades discrecionales de la administración
3. La jurisprudencia ha destacado, por lo menos en una ocasión y con validez insoslayable, la primacía del interés general como un criterio que incluso puede justificar la invalidación de compromisos previos de la Administración con intereses particulares (concesiones), siempre que dicho “interés general” lo requiera.

3.1 Es discutible que el juez pueda fallar solamente en base al “interés general”.

Esta investigación no lo propone así, sino intenta poner al descubierto un elemento central en un asunto largamente discutido: la modificación constitucional de 2010 crea una definición de “servicio público” y está sujeta de tal modo a la cláusula del “Estado Social y de Derecho” de que regular o irregularmente habla el Art. 7 de la Carta Magna. En consecuencia, todo acto administrativo y todo fallo judicial debe potenciar ese “Estado Social...”, y toda discrecionalidad es posible sólo en tanto y cuanto tenga por resultado la tutela efectiva de derechos. Esto es, el interés general, los principios generales del derecho, etcétera, constituyen el “nuevo marco” de la vinculación negativa.

3.2 Tanto si se considera que la norma es un “límite externo” justificante de los actos de la Administración, como si se optara por entender que esos actos solo pueden ser validos si una norma existe y los permite u ordena, en cualquier de ambos casos la realidad constitucional dominicana de 2010 exige que el acto, su aplicación y su interpretación deben ajustarse necesariamente al “bien común” o “interés general”.

3.3 En este punto histórico, con una reforma constitucional de 2010, la jurisprudencia no ha tenido tiempo, digámoslo así, de “alcanzar” a la Constitución. Recientes fallos del Tribunal Contencioso y de la Corte de Casación hubieran permitido un proceso de adecuación interpretativa de los hechos con el “Estado Social y de Derecho”, de que habla el Art. 7 de la Carta Magna. Es un componente importante a tener en consideración, que si ello no se produjo, la reciente integración del Tribunal Constitucional (diciembre-enero 2012) puede contribuir positivamente en ese proceso, en virtud del cual las cláusulas constitucionales muestren su supremacía no solamente anulando los actos contrarios, sino induciendo en la Administración y los jueces el “deber ser constitucional” que haría de nuestra sociedad, una sociedad mejor desde la óptica del respeto de los derechos fundamentales.

4. En la República Dominicana existe una relación impropia entre discrecionalidad, abuso, desviación y exceso de poder. Se trata de una mezcla inadecuada de vías penales y contenciosas que da lugar a una pérdida consistente de eficacia en la protección de Derechos fundamentales, siendo el caso más claro el del amparo y las indebidas restricciones a su ejercicio impuestas por el Art. 70.1 de la Ley 137-11, del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales.

RECOMENDACIONES

RECOMENDACIONES

1. Se entiende absolutamente necesario regular la presunción de legitimidad de los actos administrativos, y reglamentar la inadmisibilidad del contencioso-administrativo y del amparo como vías supuestamente excluyentes. Puede realizarse mediante una limitación efectiva del sistema de inadmisibilidad del amparo tal como actualmente se prevé en el Art. 70.1 de la Ley 137-11, mediante la derogación del indicado numeral, como también en una Ley de Procedimiento Administrativo pendiente de creación.
2. Se recomienda restringir las diferentes vías de recurso disponibles para reclamar la invalidez de actos administrativos atribuyendo al Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, si carece de ella, la capacidad de imponer penas a los funcionarios públicos responsables. Puede realizarse mediante la aceptación de una Ley de Procedimiento Administrativo.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Bartolomé Cenzano, José Carlos. (2002). *El orden público como limite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Beladiez Rojo, M. (comp.). (1998). La vinculación de la Administración al Derecho. En: *Derecho Administrativo*. Perú: Publicaciones Universidad de Talca.
- Biaggi Lama, J.A. *Un siglo de Jurisprudencia en materia Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo*. Santo Domingo, R.D: Ediciones Librería Jurídica Internacional.
- Carvajal Oviedo, H. (2009). *Jurisdicción Contenciosa-Administrativa*. Doctrina y Jurisprudencia al amparo de las leyes 1494 y 13-07. Santo Domingo, RD: Ediciones Librería Jurídica Internacional.
- Cassagne, Juan Carlos (dir.), (2007). *Cuestiones del contencioso administrativo*. VII Jornadas Hispano-Argentinas de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Cobo Olvera, T. (1995) *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (análisis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reformada por la Ley 4/1999, de 13 de enero)*. Madrid.
- Comadira, J. R. (2003). *Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*, 2da. Edic., Buenos Aires: Lexis Nexis – Abeledo Perrot.
- Cruceta, J.A. (2001). *Análisis del Principio de la Legalidad*. Santo Domingo, RD: Estudios Jurídicos. Volumen X, Número 1.
- Fernández G., M. et al. (2005) *Estado de Derecho, Democracia y Garantismo en Perú: Algunas Reflexiones Críticas*. Perú: Ediciones Universidad de Talca.
- Friedrich, Carl. J. (1967). *El interés público*. México: Ed. Roble.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R (1999), *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. 9ª ed. Madrid: Civitas.

- García de Enterría, E. (1994). *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid: Alianza Universidad.
- Gordillo, A. (1998) *Tratado de Derecho Administrativo*, parte general. Ediciones Jurídicas Diké, de Medellín. Colombia.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*. México: DR- Distribuciones Fontamara, S. A.
- Hauriou, M. (1967). *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 11ava Ed. París. (Fotocopia).
- Ivanega, M.M. (2010) *Elementos de Derecho Administrativo*. Colombia: Universidad Externado.
- Marienhoff, M. (1993). *Tratado de Derecho Administrativo*, T° II, 4° Ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Montalvo A., Juan C. (2008). *El concepto de interés general en la administración moderna*. Madrid: Dpto. de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Universidad Carlos III.
- Parejo Alfonso, L. (1993). *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias.*, Madrid: Tecnos.
- _____ (2010). *Lecciones de Derecho Administrativo*. 3ª Edición Valencia:
- Prats, E.J. (2010) *La Dimensión Constitucional de la Eficacia en la actuación de la Administración Pública y en la garantía de los derechos de los ciudadanos*. En: Nuevas tendencias del Derecho Constitucional y Procesal Constitucional. Santo Domingo, R.D.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio (1999). *Curso de Derechos Fundamentales* (Teoría General), Ed. Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2009). *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*. Colombia: Universidad Externado.
- Sánchez Morón, M. (2008). *Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Tecnos.

Constitución, leyes

Constitución (2010). Santo Domingo, RD: PG Ediciones.

Código Penal de la República Dominicana. Santo Domingo, RD: Ediciones Máximo Díaz.

Ley 1494, de 1947, que instituye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dominicana

Ley 10-04, de la Cámara de Cuentas de la República Dominicana, de fecha 20 de enero de 2004

Ley 13-07, del 5 de febrero de 2007, de Transición hacia el Control Jurisdiccional de la Actividad Administrativa del Estado

Ley No. 22-01, que crea el Colegio Dominicano de Psicólogos

Ley No. 91 del Colegio de Abogados de la República Dominicana, del 3 de febrero del 1983

Ley No. 173-02 que instituye el Colegio Dominicano de Médicos Veterinarios, del 29 de Octubre del 2002

Ley No. 68-03 que crea el Colegio Médico Dominicano, del 19 de febrero del 2003

Ley No. 89-05 sobre el Colegio Dominicano de Notarios, del 24 de febrero del 2005