ALLAN R. BREWER-CARÍAS
LUCIANO PAREJO ALFONSO
LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
(Coords.)

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FRENTE AL PODER DE LA ADMINISTRACIÓN

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2014

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Presentación VII
Semblanza del profesor Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande XI
Publicaciones del profesor Eduardo García de Enterría XV

EL PENSAMIENTO DE GARCÍA DE ENTERRÍA

SOBRE LA INFLUENCIA DE GARCÍA DE ENTERRÍA EN VENEZUELA, LA NOCIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO Y EL ABUSO JURISPRUDENCIAL EN LA CITA DE SU OBRA

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

1. La influencia de la doctrina española de derecho administrativo y en particular de la obra de Eduardo García de Enterría en América Latina 3
2. La relación de Eduardo García de Enterría con Venezuela 4
3. El vínculo inicial de los profesores de la Escuela de García de Enterría con Venezuela 5
4. La relación estrecha ente los profesores españoles y los profesores venezolanos de derecho administrativo 7
5. La Escuela de García de Enterría como escuela democrática del derecho administrativo 9
6. El pensamiento de García de Enterría reflejado en la jurisprudencia venezolana 11
7. La censura a los autores nacionales en la jurisprudencia y las citas indebidas de García de Enterría: un caso en materia de definición del acto administrativo 12
8. El concepto de acto administrativo en la obra de García de Enterría como los emanados exclusivamente de las Administraciones Públicas 14
9. Nuestra definición del acto administrativo, impropiamente atribuida en alguna sentencia a García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández 16
10. Una nueva sentencia que atribuye a García de Enterría, erradamente, influencia en nuestra definición del acto administrativo 21

GARCÍA DE ENTERRÍA EN IBEROAMÉRICA. SUS TESIS MÁS RELEVANTES

GERMÁN CISNEROS FARÍAS

PÁG.

1. Introducción 25
2. Argentina 26
   A) Agustín Gordillo 26
      a) El supremo principio de la racionalidad 26
      b) El principio de legalidad o el sometimiento de la administración a la ley 27
      c) El procedimiento administrativo no es una carrera de obstáculos 27
   B) Juan Carlos Cassagne 28
      a) La tutela judicial efectiva 28
      b) Nuevas tendencias en materia de legitimación 28
   C) Julio Rodolfo Comadira 29
      a) La extensión del concepto de acto, respecto de su unilateralidad, bilateralidad, alcance individual y general 29
      b) Los vicios en particular 29
   D) Miriam Mabel Ivanega 29
      a) Los principios del Estado de derecho 29
      b) La legalidad en la administración 30
      c) El derecho administrativo y las ciencias no jurídicas de la administración 30
      d) Competencia 30
      e) El régimen disciplinario en general 31
      f) Presupuestos de la responsabilidad patrimonial 31
      g) Las prácticas y el precedente administrativo 31
3. Colombia 31
   A) Libardo Rodríguez Rodríguez 31
      b) El principio de legalidad 32
      c) La noción de contrato administrativo 32
      d) Reflexiones y conclusiones de los principales rasgos de la jurisdicción administrativa y el derecho administrativo en Colombia 33
   B) Jaime Orlando Santofimio Gamboa 33
      a) La Constitución Política como fundamento del derecho administrativo 33
4. Costa Rica 34
   A) José Enrique Rojas Franco 34
      a) Periculum in mora 34
      b) Las medidas cautelares que puede adoptar el juez nacional 34
      c) Apariencia de buen derecho y suspensión de actos de carácter tributario 35
   B) Ernesto Jinesta Lobo 35

PÁG.

5. España 36
A) Santiago Muñoz Machado 36
a) El principio de legalidad como sometimiento de la administración a la ley 36
b) Las potestades administrativas 36
c) La formas de la actuación administrativa 37
d) El principio de la interdicción de la arbitrariedad 37
B) Luciano Parejo Alfonso 39
a) Prohibición absoluta e incondicionada de modos concretos de ejercicio 40
b) Prohibición relativa o con reserva de su alzamiento por la Administración Pública caso a caso 40
c) Libertad de desarrollo de la actividad privada o de ejercicio del derecho, con reserva de excepción de su prohibición por la Administración Pública caso a caso 40
6. México 40
A) Sergio Valls Hernández 40
B) Álvaro Castro Estrada 41
a) Actividad propiamente administrativa 41
b) Ordenamiento jurídico-administrativo y principios generales del derecho, como generadores del instituto de la responsabilidad patrimonial del estado 42
c) La verdadera transformación hacia un régimen de responsabilidad del estado en España se realiza en 1954 42
d) Responsabilidad del Estado legislador; principio de protección de la confianza legítima 42
e) La lesión antijurídica 43
f) Causalidad jurídica y proceso selectivo de causas relevantes 43
7. Uruguay 43
A) Mariano R. Brito 43
a) El Estado de derecho en una perspectiva axiológica 43
b) Noción del principio de legalidad y del interés público en el derecho uruguayo 43
c) Una confusión que sobrevuela la línea dominante anunciada (sustitución del derecho público por el derecho privado) 44
d) El control jurisdiccional de la administración constituye piedra angular de la sujeción a la legalidad 44
e) La vinculación entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados 44
f) Los límites y las posibilidades de los diferentes sistemas de la jurisdicción administrativa 45
g) Del mérito del acto 45
B) Juan Pablo Cajarville Peluffo 45
C) Felipe Rotondo Tornaría 46

PRÓLOGO AL LIBRO "CONFERENCIAS DE ARGENTINA" DE EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

AGUSTÍN GORDILLO

PÁG.

1. Los primeros homenajes 49
2. Escritor, pensador 50
3. La hermosa guerra 51
4. Humanista 52

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y LA RENOVACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

1. Introducción 53
2. De la concepción estatista del derecho administrativo al derecho administrativo centrado en el ciudadano 54
   A) La concepción estatista del derecho administrativo y las situaciones subjetivas de los administrados 55
   B) El cambio de enfoque: la centralidad del ciudadano y sus derechos humanos 57
   C) El carácter vicarial de la administración pública como manifestación básica de la centralidad del ciudadano. La buena administración y la gobernanza democrática 60
3. Manifestaciones concretas de la centralidad del ciudadano en el derecho administrativo 66
   A) La centralidad del ciudadano y la interdicción de la arbitrariedad 66
   B) La centralidad del ciudadano y la integralidad patrimonial de la administración pública 67
   C) La centralidad del ciudadano y el procedimiento administrativo 68
   D) La centralidad del ciudadano y la motivación 68
   E) La centralidad del ciudadano y la actividad prestacional de la administración 69
   F) La justicia administrativa y la buena administración 71
4. Conclusiones 73

NOTAS PARA UNA BIOGRAFÍA JURÍDICA DE GARCÍA DE ENTERRÍA

ALEJANDRO NIETO

1. Propósito 77
2. Una opción abandonada: el primer Enterría como jurista de Estado 79
3. El Derecho administrativo como limitación del poder 80
4. El derecho como legitimación del poder 81

PÁG.

5. Una opción rechazada: la eficacia de la administración pública 82
6. El advenimiento del régimen constitucional 83
7. El efecto de los derechos territoriales 85
8. La irrupción del derecho europeo 85
9. La casuística y el principio de autoridad 86
10. Después del gran silencio 88
11. García de Enterría en la historia del pensamiento jurídico público 90

EN RECUERDO DE EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

JOSÉ RAMÓN PARADA

1. El maestro García de Enterría, su primera cátedra y el cambio de paradigma universitario 93
2. El maestro García de Enterría, último libro, última lección 106

APROXIMACIÓN AL ACTO ADMINISTRATIVO EN GARCÍA DE ENTERRÍA EN EL DERECHO COMPARADO

EFRAÍN PÉREZ

1. Introducción 115
2. Noción del acto administrativo en García de Enterría respecto de otros autores 116
   A) Acto administrativo: acto jurídico como expresión de funciones del Estado (acto normativo, acto jurisdiccional, acto subjetivo, acto condición —estos dos últimos formas típicas del acto administrativo— Duguit) 116
   B) Otra "dirección" 117
      a) Autotutela, paralelo, sentencia judicial (Mayer, Bocanegra) 117
      b) Decisión ejecutoria (Hauriou-Vedel) 118
      c) La autotutela no se necesita en todos los casos 119
3. Definición 119
4. Distinto de la potestad reglamentaria. No es una diferencia "cuantitativa" sino "de grado". "El reglamento crea o innova derecho objetivo, el acto lo aplica" 122
5. El acto administrativo y el negocio jurídico 123
   A) Ejercicio de potestad administrativa 123
   B) Autonomía de la voluntad 124
   C) La voluntad en el poder discrecional 129
6. La noción contemporánea de acto administrativo y la tendencia a desvincularlo como centro del contencioso-administrativo 130
   A) La evolución del concepto de "acto administrativo" hacia una figura de defensa de los derechos subjetivos constitucionales de los ciudadanos 134

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO
EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO
(Reflexiones sobre el pensamiento de García de Enterría)

Libardo Rodríguez Rodríguez

PÁG.

1. Introducción 137
2. Los principios generales del derecho como categoría jurídica y su posición en el ordenamiento jurídico 139
   A) La concepción de los principios generales del derecho en las escuelas tradicionales 139
      a) Concepción de la institución en la escuela del derecho natural 139
      b) La concepción de la figura en la escuela positivista 142
      c) Recapitulación de las posiciones de las escuelas tradicionales 143
   B) La concepción de los principios generales del derecho en el "nuevo derecho" 144
3. Los principios generales del derecho y su relación con el derecho administrativo en el pensamiento de Eduardo García de Enterría 146
4. La importancia de los principios generales del derecho en el derecho administrativo y su relación con las demás fuentes de esta rama del derecho 150
5. Conclusiones 153

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

REFLEXIONES PROVISORIAS SOBRE
RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Juan Pablo Cajarville Peluffo

1. Mutabilidad de las normas jurídicas 157
2. Mutabilidad de las normas y retroactividad 159
3. Doctrina clásica: retroactividad y derechos adquiridos 160
4. Doctrina clásica: retroactividad y situaciones jurídicas concretas 161
5. Crítica de la doctrina clásica 162
6. Retroactividad: concepción cronológica 167
7. La llamada "aplicación inmediata" de la nueva norma; distinción de la retroactividad 168
8. Interpretación de la dimensión temporal de la nueva norma 170
9. La eficacia de principio de la nueva norma 173
10. Análisis de la retroactividad 174
11. Eventos de producción dilatada en el tiempo 179

TRANSADMINISTRATIVISMO. UNA INTRODUCCIÓN

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

PÁG.

1. Definir la nomenclatura: ¿derecho administrativo global, mundial o derecho administrativo transnacional? 183
2. Asimetrías kratológicas como criterio para un concepto de transadministrativismo 186
   A) La transestatalidad 186
   B) El tema central de las asimetrías kratológicas, instrumento de las civilizaciones 187
   C) El universo del poder y sus leyes 189
3. El concepto de transadministrativismo 191
4. En conclusión 192

NEOCONSTITUCIONALISMO. PROYECCIONES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO URUGUAYO

Augusto Durán Martínez

1. Introducción 197
2. La Constitución en el neoconstitucionalismo 199
3. Situación de Uruguay 201
4. Presunción de constitucionalidad de las leyes 203
5. Confusión entre interés público e interés general 204
6. Papel del juez en el neoconstitucionalismo 212
7. Apreciaciones finales 216

L'IDENTITÉ DU DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

Jacqueline Morand-Deviller

1. Identité-singularité : l'autonomie du droit administratif français 222
2. Identité-identification : les critères de reconnaissance du droit administratif 225
3. Identité–globalité : pluralité et concordance 227
4. Identité-similarité : la « privatisation » du droit administratif 229
5. Identité-finalités : les mythes mobilisateurs 231

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE GOBIERNAN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Juan Carlos Benalcázar Guerrón

1. Introducción 235
2. Sobre el Estado constitucional de derechos y justicia 236

PÁG.

3. La administración pública como servicio a la colectividad 238
4. Principio de subordinación de la administración pública al derecho 240
5. Reconocimiento y garantía de derechos 242
6. Principio de responsabilidad 244
7. Principios de eficacia y eficiencia 246
8. Principio de calidad 247
9. Ética y transparencia 247
10. Palabras finales 251

SOBRE EL CONCEPTO DEL INTERÉS GENERAL

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA

1. Introducción 253
2. El interés público en sentido amplio 256
3. Dimensiones del interés general 257
4. Interés general y Constitución 263
5. El dinamismo del interés general 266
6. La centralidad del interés general para el derecho administrativo 269

ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

L'ACCENTRAMENTO E IL DIRITTO AMMINISTRATIVO.
DUE LETTERE DI TOCQUEVILLE AL NIPOTE HUBERT

SABINO CASSESE

1. L'unità del pensiero di Tocqueville 303
2. Due giudizi su Tocqueville 305
3. Due lettere di Tocqueville al nipote 306
4. I tre motivi dominanti delle lettere 309

LA POTESTAD DE ORGANIZACIÓN EN CHILE
(A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional
de 16 de enero de 2013, stc 2367-12-cpt)

CLAUDIO MORAGA KLENNER

1. Preliminar 313
2. Creación, establecimiento, funcionamiento y organización de los organismos públicos 316

PÁG.

3. Creación y organización de las entidades públicas. La Constitución de 1980: reparto de competencias en el nivel constitucional y el legal 319
A) El ámbito de las leyes orgánicas constitucionales 320
B) El ámbito de las leyes de quórum calificado 322
C) El ámbito de la ley parlamentaria simple 322
D) El ámbito de los decretos con fuerza de ley 323
4. La jurisprudencia constitucional: reserva legal absoluta en materia de estructuración de organizaciones administrativas 324
5. Una nueva interpretación de la Constitución de 1980: la reserva legal no absoluta en materia organizativa 326
6. Potestad organizatoria administrativa, posterior a la STC 2367-12-CPT 327
A) Concepto 327
B) Delimitación material 328
C) Disposiciones que reconocen la potestad organizatoria 329
D) Instrumentos y formas 329
E) Ámbito de acción 331
7. Conclusiones 333

IL FUTURO DELLE SPECIALITÀ REGIONALI

GIUSEPPE FRANCO FERRARI

1. Alcuni luoghi comuni sulla specialità regionale 335
2. La giurisprudenza della Corte costituzionale sulle Regioni speciali 338
3. Finanza pubblica e patto di stabilità (2011-2014) 345
4. Funzioni amministrative e conflitti di attribuzione (2011-2014) 348
5. Prospettive e rimedi 349

NUEVA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO CONTEMPORÁNEO

JOSÉ RENÉ OLIVOS CAMPOS

1. Introducción 353
2. Contexto de la nueva administración del Estado 354
3. Noción de la nueva administración del Estado 356
4. Dimensión de la nueva administración del Estado 357
A) La rendición de cuentas y la transparencia 358
B) La profesionalización del servicio público 361
C) La participación ciudadana en la acción del gobierno 362
D) La ética pública 364
5. Consideración 367

DAL "POUVOIR MUNICIPAL" ALL'AUTONOMIA TERRITORIALE

Luciano Vandelli

PÁG.

1. Premessa: riflettendo sugli studi di Eduardo Garcia di Enterria 369
2. Rivoluzione francese e amministrazione territoriale 371
3. Il "pouvoir municipal" 375
4. Il principio di "libre administration" 377
5. Autonomia, concetto plurivalente 380
6. Configurazione dell'autonomia e crisi economica 387
7. Qualche considerazione 392

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

EL NUEVO ORDENAMIENTO DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA MEDIANTE CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA EN CHILE
(Examen de las reformas introducidas por la ley núm. 20.410)

Gladys Camacho Cepeda

1. Introducción 397
2. Marco normativo 400
3. Concepto y características del contrato de concesión de obra pública 404
4. Los problemas más acusados en el modelo de concesiones chileno y las reformas legales introducidas 407
5. Reflexiones finales 415

LA POTESTAD DE INTERPRETACIÓN UNILATERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CONCEDENTE EN LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

Andry Matilla Correa

1. Preliminar 419
2. La potestad de interpretación unilateral del concedente en la concesión administrativa 424
3. Sobre los límites de la potestad de interpretación unilateral del concedente en la concesión administrativa 438

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

O PRINCÍPIO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA EM DIREITO ADMINISTRATIVO

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

PÁG.

1. Apresentação 445
2. Principios da equidade e razoabilidade 446
3. Efeitos jurídicos dos atos inválidos, inexistentes, nulos ou anuláveis 446
4. Enriquecimento sem causa 448
5. Principios gerais de direito e sistema jurídico 448
6. Açao para indenizar 449
7. Enriquecimento sem causa em direito administrativo 451
8. Direito administrativo francês 452
9. Efeitos do enriquecimento 453
10. Igualdade na distribuiçao das cargas públicas 454
11. Principio retor na matéria 455
12. Boa-Fé 456
13. Actuaçao de má-fé 456
14. Conclução 457

CONVENCIONALIDAD Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: DEL INDIVIDUALISMO CLÁSICO AL DERECHO DE VÍCTIMAS

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

1. Introducción. El Estado social de derecho y la ruptura del individualismo tradicional frente al hombre 459
2. La inevitable y sustancial relación de la cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado con la Convención Americana de Derechos Humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho de gentes 461
3. La responsabilidad del Estado y la convencionalidad 464
   A) La construcción normativa de la responsabilidad del Estado 472
   B) Elementos de la responsabilidad del Estado y el respeto de los patrones de la Convención Americana de Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del derecho de gentes 473
      a) Aproximación al daño antijurídico: concepto esencialmente casuístico o normativo 473
      b) La imputación: el juicio de imputación no se agota en el análisis de la causalidad, pero lo incluye 475

PÁG.

c) La afirmación del principio de imputabilidad y la imputación objetiva 481
d) De la reparación como derecho que se debe reconocer. De la indemnización a la afirmación del derecho a la reparación integral 487
4. Conclusiones 493

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

REFORMA DO REGIME CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA

1. Notícia histórica 501
2. Tutela jurisdicional plena 502
3. Jurisdiçao administrativa 503
4. Actos administrativos e condenaçao da Administração Pública 505
5. Conteúdo da sentença condenátoria 506
6. Relações jurídico-administrativas paritárias 507
7. Dever de prestar um facto 510
8. Acção administrativa contra um particular 512
9. Procesos urgentes contra a Administraçao o contra particulares 513

L'EXERCICE DU POUVOIR JUDICIAIRE AU CANADA ET LE GOUVERNEMENT DES JUGES

ANDRÉ BRAËN

1. Introduction 517
2. Le contrôle de la constitutionnalité 520
3. Le contrôle de la légalité 524
4. Conclusion 530

LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER Y EL PRINCIPIO DE TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

CARLOS E. DELPIAZZO

1. Propósito 533
2. Afirmación de la responsabilidad estatal como principio 534
3. Exigencia de la tutela jurisdiccional efectiva 539
4. Independencia de la cuestion de los criterios de imputación 542
5. Conclusión 544

LA ACCIÓN PÚBLICA ELECTORAL EN COLOMBIA. ORÍGENES DE UNA INSTITUCIÓN CENTENARIA

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

PÁG.

1. Introducción 547
2. Nacimiento de la acción pública electoral. Análisis de contexto 548
   A) Originalidad de la justicia contencioso-administrativa 548
   B) El control judicial de los actos del Estado como sistema 553
   C) El modelo colombiano de control judicial sobre los actos del Estado 555
   D) Nacimiento de la acción electoral 556
3. Jurisprudencia electoral. Primeras sentencias del Consejo de Estado 558
   A) La acción de nulidad electoral es pública y no admite desistimiento 558
   B) Independencia del poder electoral 560
   C) No toda irregularidad acarrea nulidad de la elección 560
   D) Caducidad de la acción electoral 562
   E) Actos de violencia contra los escrutadores 562
   F) Fraude electoral por exceso de votos 564
   G) Inhabilidad por ejercicio previo de un empleo revestido de autoridad 565
4. Comentario final 566

EL PROCESO ADMINISTRATIVO EN LA CONSTITUCIÓN DE REPÚBLICA DOMINICANA

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE

1. Introducción 570
   A) Primeros contactos en América y España 570
   B) Tributo póstumo en la Universidad Complutense de Madrid 571
   C) El homenaje iberoamericano 572
2. Fundamentación de este estudio 572
3. Principios que fundamentan el Estado social y democrático de derecho 574
4. Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva 581
   A) Derecho de acceso a la justicia 581
   B) Derecho a formular alegatos 582
   C) Derecho a presentar medios probatorios 583
   D) Derecho a solicitar medidas cautelares 584
   E) Derecho a una sentencia fundada en derecho 585
   F) Derecho a la ejecución del fallo 585
5. Derecho fundamental al debido proceso 587
   A) El derecho a la justicia accesible, oportuna y gratuita 587
      a) Acceso a la justicia 587
      b) El acceso oportuno 588
      c) El acceso gratuito 589
   B) Derecho a ser oído en un plazo razonable 589

PÁG.

C) Derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial establecido en la ley 590
a) Competencia 591
b) Independencia 591
D) Derecho a la presunción de inocencia 592
E) Derecho a un juicio público, oral y contradictorio 592
a) Principio de publicidad 592
b) Principio de "oralidad" 593
c) Principio de contradicción 595
F) Garantía de la cosa juzgada 596
G) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo 597
H) Garantía de la reserva legal 597
I) Derecho al juez natural 598
a) El tribunal predeterminado por la ley 598
b) Tribunal previamente conocido 599
c) El juez idóneo 599
J) Derecho al proceso legalmente establecido 599
K) El derecho a la prueba lícita 600
L) Derecho al recurso 601
M) Garantía de prohibición de la reforma en perjuicio 602
N) Derecho a la asistencia jurídica 603
Ñ) Garantía de la nulidad de los actos jurídicos 603
6. Consideraciones finales 604

PRINCIPIO GENERAL DE LA JUSTICIABILIDAD PLENARIA Y UNIVERSAL DE LA CONDUCTA ADMINISTRATIVA

ERNESTO JINESTA LOBO

1. Introducción 607
2. Justicia administrativa 611
3. Posición en el Estado constitucional de derecho de la plena y universal justiciabilidad de la conducta administrativa: de principio general del derecho administrativo constitucional a derecho fundamental y humano 611
4. Superación de la justicia administrativa objetiva o revisora por una plenaria y universal 614
A) Vigencia del principio, independientemente del modelo nacional de justicia administrativa adoptado 614
B) La necesaria ampliación tipológica de las pretensiones deducibles 616
C) Agotamiento facultativo u optativo de la vía administrativa previa 618
D) El reto de una justicia administrativa más informal 620
E) Capacidad procesal y legitimación: una justicia administrativa más democrática y accesible 621
F) Medidas cautelares en la justicia administrativa 622

PÁG.

G) Tipología de sentencias en la justicia administrativa 624
H) Instrumentos para la ejecución de sentencias en la justicia administrativa.... 625
5. Discrecionalidad administrativa y control por la justicia administrativa..... 627
6. La cuestión del "acto político o de gobierno"..... 629
7. El control de constitucionalidad de la conducta administrativa por la justicia constitucional 630
A) El amparo y el control de la conducta administrativa 631
B) Cuestiones de constitucionalidad y control de la actuación administrativa... 632
8. Conclusión general 633

LOS RECURSOS DE URGENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO FRANCÉS

FRANÇOIS JULIEN-LAFERRIÈRE

1. Características de la jurisdicción contencioso-administrativa francesa..... 635
2. La lenta aparición de los procedimientos de urgencia 640
3. Los "référés" 643
A) La urgencia 645
B) La causa seria 647
4. Las reglas procesales de los "référés"..... 650
A) Presentación de la demanda 650
B) Formación de juicio no colegiada 651
C) Instrucción del sumario 652
D) La audiencia pública..... 652
E) Decisión del juez 653
a) Forma de la decisión 653
b) Contenido de la decisión..... 654
F) Vías de recurso 655
5. Conclusión 657

EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

MARCO ANÍBAL MORALES TOBAR

1. Nota introductoria 659
2. El principio de legalidad y el régimen jurídico de las administraciones públicas..... 660
3. Administración pública–juridicidad, binomio inseparable 663
4. Las potestades de la administración: formas de atribución y clases..... 664
5. Potestades regladas y potestades discrecionales 669
6. El control de discrecionalidad. Los conceptos jurídicos indeterminados. La desviación del poder. El papel del poder jurisdiccional en el control de la discrecionalidad 671
7. Desviación del poder..... 672

PÁG.

8. Conceptos jurídicos indeterminados 674
9. El papel del poder jurisdiccional en el control de la discrecionalidad 680
10. A modo de conclusiones 681

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN NICARAGUA

Karlos Navarro Medal

1. Introducción 683
2. El derecho a la tutela judicial efectiva 685
3. Alcance del derecho a la tutela judicial efectiva 687
4. Obstáculos para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa 688
A) Carácter revisor del proceso contencioso administrativo 689
B) Requisitos de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa 691
a) El agotamiento de la vía administrativa 691
b) El silencio administrativo negativo y el positivo 698

LA NUEVA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA

Enrique Rojas Franco

1. Antecedentes 707
2. Innovaciones introducidas al proceso mediante el CPCA 708
A) Control universal de la conducta subjetiva 709
B) Materias excluidas del proceso 709
C) Capacidad procesal 710
D) Legitimación 710
E) Medidas cautelares 711
F) Economía procesal 713
G) Oralidad 713
H) Conciliación 714
I) Recursos 715
J) Derecho opcional para el agotamiento de la vía administrativa 718
3. Conclusiones 719

LE CONSEIL D'ETAT FRANÇAIS ET LE POLITIQUEMENT CORRECT

Pierre Subra de Bieusses

1. Le Conseil d'Etat et la mise en œuvre du droit communautaire 724
A) Les motifs invoqués et la véritable préoccupation du juge 728
a) Les motifs invoqués 728
b) L'exacte portée de la décision 731

PÁG.

2. Le Conseil d'Etat et les rapports entre droit du travail et droit de la concurrence 734
A) Le droit de la concurrence source de légalité administrative 736
B) La conciliation des impératifs de la concurrence avec les objectifs d'ordre social 739
3. Le Conseil d'Etat et la gestion des services publics locaux 742
A) La convention litigieuse et la jurisprudence communautaire 745
a) De l'exploitation d'un même service 747
b) Des engagements de la commune contractante 748
B) La censure de la décision du premier juge par référence aux solutions du droit interne 749
a) De la référence aux articles L. 5221-2 du code général des collectivités territoriales 749
b) La convention litigieuse au regard de la jurisprudence sur « l'opérateur agissant sur un marché concurrentiel » 751

PER UNA REVISIONE DEI LIMITI DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE NEI CONFRONTI DEI PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI

ALDO TRAVI

1. Il sindacato giurisdizionale sull'amministrazione in uno degli ultimi scritti di Eduardo García de Enterría e le innovazioni sulla giustizia amministrativa in Italia 755
2. L'esigenza e l'utilità di una riflessione sui margini attuali di autoritarietà dell'amministrazione 758
3. I limiti al sindacato giurisdizionale rispetto alle valutazioni tecniche dell'amministrazione 761
4. L'esigenza di una revisione di questi limiti 765
5. I limiti al sindacato giurisdizionale rispetto alla discrezionalità amministrativa 767
6. Le ragioni per una nozione più specifica di discrezionalità amministrativa e l'esigenza di estendere il sindacato giurisdizionale negli altri casi 769
7. La prospettiva di un 'nuovo paradigma' 772

OTROS TEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

EL SERVICIO PÚBLICO: SU METAMORFOSIS Y SUBSISTENCIA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA

JUAN CARLOS CASSAGNE

1. Preliminar 777
2. La ideología del servicio y el principio de subsidiariedad 779

PÁG.

3. Hacia una nueva concepción del servicio público 782
4. El correcto sentido que cabe asignarle a la "publicatio"..... 784
5. Principios de interpretación 789
6. Acerca de cómo evolucionó la concepción del servicio público en el derecho argentino. Recapitulación sobre la concepción actual 791
7. El servicio público en el marco del proceso de reforma del Estado y liberalización de la economía 794
8. Consideraciones finales 798

POTESTADES PÚBLICAS.
REFLEXIONES ACERCA DE LAS POTESTADES
SANCIONADORA Y DISCIPLINARIA

DRA. MIRIAM M. IVANEGA

1. Las potestades públicas..... 801
   A) Potestades innovativas y conservativas..... 804
   B) Potestad de supremacía general y de supremacía especial..... 804
   C) Potestad-poder y potestad funcional 804
   D) Potestades regladas y discrecionales..... 804
2. Potestad sancionadora..... 805
   A) El poder sancionador..... 805
   B) Poder de policía, policía administrativa y sanciones administrativas 806
   C) Potestad sancionadora y derecho penal..... 808
   D) Potestad sancionadora y disciplinaria..... 809
3. Principios del derecho sancionador y disciplinario 811
   A) El principio de legalidad..... 811
   B) La tipicidad..... 813
   C) Culpabilidad 815
   D) Proporcionalidad 816
   E) Presunción de inocencia..... 817

LA PRESENCIA DE LOS PADRES EN EL DERECHO
A LA EDUCACIÓN

LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

1. Introducción 819
2. Breve excurso histórico: el ejemplo de la Constitución de Cádiz..... 820
3. Los nuevos tiempos: la educación como un derecho fundamental..... 823
4. Los sujetos de la relación educativa..... 825
5. En especial, la presencia de los padres en la relación educativa..... 826
6. Objeto y contenidos de la función educativa 830
7. Contenidos del derecho de los padres. Su reflejo en la jurisprudencia..... 834

PÁG.

8. Una perspectiva máxima sobre los derechos de los padres: el debate sobre la enseñanza en casa 850
9. Final 853

REFLEXIONES SOBRE LA NECESIDAD DE DEPURAR EL ESTATUS DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA

LUCIANO PAREJO ALFONSO

1. Introducción 855
2. Excurso sobre la evolución de la relación del derecho administrativo y el penal y su estado actual..... 857
3. El necesario cuestionamiento de la sanción como manifestación de un inexistente "ius puniendi" del Estado. La reivindicación de la condición administrativa de la potestad sancionadora 862
4. Breves consideraciones finales sobre la tarea pendiente en la reconstrucción dogmática del régimen de la sanción administrativa 876

afectan o pueden afectar a la administración (así el del orden público en los arts. 16 y 21 CE o el de motivos ideológicos o políticos en el art. 19 CE) deben entenderse como límites constitucionales de la acción ejecutivo-administrativa. Al igual que lo son claramente las prohibiciones de los artículos 25.3 (sanciones que impliquen privación de libertad) y 26 (sanciones en virtud de códigos de honor), ambos de la CE.

Cuestión distinta es, por sus implicaciones históricas, técnico-jurídicas y prácticas, pero sobre todo por obedecer a la lógica del tipo de responsabilidad exigida en el ejercicio de ambas potestades, la de la extensión, en lo pertinente a la imposición de sanciones administrativas no de las garantías propias de la imposición judicial de penas sin más, sino exclusivamente (de forma expresa y clara) del principio de no sanción sin tipificación legal previa de la infracción, lo que no constituye sino especificación, por razón del objeto de la acción administrativa, del principio de legalidad de toda ella. Sin que la ampliación de la aludida extensión a otras garantías penales derivadas del artículo 24.2 CE desmienta el razonamiento, porque no es necesaria (por referirse claramente el precepto constitucional al ámbito penal) y efectuada en todo caso con las modulaciones que se reconoce impone el carácter administrativo de la imposición de sanciones, incluida la nada secundaria de la prestación de la tutela por el juez predeterminado por ley solo bajo la forma de control *ex post* conforme para toda la acción administrativa prescribe el artículo 106.1 CE.

4. Breves consideraciones finales sobre la tarea pendiente en la reconstrucción dogmática del régimen de la sanción administrativa

La ventaja principal que aportaría la asunción del carácter plenamente administrativo de la potestad sancionadora sería la de proporcionar soporte sólido a la adecuada resolución de problemas y dificultades fundamentales que viene padeciendo su régimen jurídico y, en particular, el de dispersión del derecho administrativo sancionador por ausencia de una idónea unificación de su régimen general.

No se trataría de la sujeción del ejercicio de todas las manifestaciones positivas de la potestad sancionadora a un único y rígido marco legal, pues el objeto de cada política pública articulada en forma de programa administrativo que se valga de dicha potestad deja de suyo en dicho objeto su impronta y es necesario que así sea. Pero precisamente esa inevitable diversidad tipológica demanda un régimen fundamental común de ejercicio construido desde ella, disciplinándola solo en lo necesario, especialmente en función del doble criterio de las repercusiones que la correspondiente sanción tenga en la esfera jurídica del ciudadano afectado y de la trascendencia de la culpabilidad en la aprecia-

ción de la infracción. En todo caso, la finalidad esencial del régimen común debería ser triple:

a) La fijación de las características y límites de la sanción que impidan su desnaturalización o su confusión o mezcla con meras consecuencias negativas derivadas de la aplicación del derecho objetivo o de actos unilaterales o acuerdos, convenios, pactos o contratos.

Lo primero, para conjurar el peligro no solo de la conversión de la sanción en una punición alternativa a la penal (o que implique una respuesta más grave que esta), sino de su interferencia con otras respuestas administrativas a las transgresiones del orden, significativamente las de restauración de la efectividad de este; la reposición, en su caso, de la realidad física alterada; y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados[45].

Y lo segundo para cortar (en lo posible) la tendencia del legislador a anudar a las sanciones medidas accesorias diversas que tienen sustantividad propia y nada tienen que ver con la corrección de la transgresión en aras a la efectividad de la correspondiente política pública-programa normativo.

[45] Este último aspecto ni siquiera está claro en la regulación básica actual del procedimiento sancionador. El art. 130.2 LRJPAC, aunque establece la compatibilidad de las responsabilidades administrativas del infractor sustanciadas en el procedimiento sancionador (sanción) con la reposición de la situación alterada a su estado originario, y con la indemnización por los daños y perjuicios causados (reparación), deja en el aire —en el inciso relativo a quedar "expedita la vía judicial correspondiente"— la duda de si el acto administrativo puede fijar una indemnización en favor de terceros. Esta imprecisión se ha trasladado a la regulación de concretos sectores, como el de protección del consumidor y, concretamente, el artículo 48 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (real decreto legislativo 1 de 2007, de 16 de noviembre). La sola consideración de quedar tal extremo fuera de la competencia de la administración (por pertenecer al poder judicial) carece de consistencia para sostener la inconstitucionalidad de la previsión legal habilitante de esta al efecto (téngase en cuenta que nadie ha puesto seriamente en duda la constitucionalidad de la atribución de funciones arbitrales a las administraciones independientes en los sectores regulados; desde este punto de vista, el art. 130.2 LRJPAC solo habría venido a generalizar previsiones legales sectoriales). En todo caso no puede dejar de tenerse en cuenta que tradicionalmente el Tribunal Supremo ha entendido restrictivamente la potestad de pronunciamientos administrativos sobre indemnización de daños y perjuicios (p. ej., STS de 7 diciembre de 1977, sobre determinación de daños y perjuicios en la riqueza piscícola por causa de la incorporación a las aguas o a sus álveos de sustancias perjudiciales para la fauna acuícola , en la que se entiende tal determinación como una manifestación del privilegio de autotutela sobre el dominio público que siempre debe utilizarse con toda mesura y ponderación). Lo cierto es que en materias como la defensa de bienes e intereses sociales (consumo) o de relevancia constitucional directa (ambiente), la extensión de la competencia de la administración a la indemnización de terceros (con ser criticable desde diversos puntos de vista) resulta una solución que, en la práctica, abre una vía favorable para los particulares ante la inexistencia de una opción mejor para el rápido y efectivo restablecimiento o resarcimiento de sus derechos. Y no deja de haber opiniones doctrinales favorables a la misma por razones de eficiencia y eficacia. Es una cuestión, en todo caso, que justifica mayor atención que la que hasta ahora se le ha prestado.

b) La diferenciación clara, por tanto, de las sanciones (y sus garantías) respecto de las medidas de protección sustantiva de la legalidad tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional (recordada en el auto 145 de 2012, de 16 de julio de 2012)[46], como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (recogida en la STS de 23 de febrero de 2011)[47].

[46] Se dice en este auto: "Por lo demás, el art. 36.4 de la ley 26 de 2007 lo que afirma es la independencia de sanciones y medidas de prevención, evitación de nuevos daños y reparación (medioambientales), lo que en nada afecta al art. 25.1 CE, ya que estas últimas no pueden considerarse ni equivalentes a sanciones ni, mucho menos, sanciones encubiertas [...]. Todo ello no es sino una manifestación de la compatibilidad que se reconoce con carácter general entre las responsabilidades administrativas derivadas de un procedimiento sancionador y la posibilidad de exigencia de reposición al estado originario de la situación alterada por el infractor (al respecto, art. 130.2 de la ley 30 de 1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común).

"[...], como recuerda la STC 187 de 2006, de 19 de junio, FJ 3, «En la medida en que las garantías previstas en el art. 25.1 CE solo resultan aplicables a las consecuencias jurídicas de carácter sancionador, no puede pretenderse que se extiendan los efectos de la vulneración de dicho precepto a otras consecuencias, como son las de obligación de reposición del medio alterado, que no tiene una finalidad sancionadora sino de restauración de la legalidad medioambiental». También la STC 252 de 2006, de 25 de julio, FJ 5, recalca la distinta naturaleza de la obligación de reparar el medio ambiente dañado respecto de la predicable de las sanciones administrativas con la consiguiente falta de afectación a las garantías protegidas por el art. 25.1 CE, cuando afirma que «la lesión del derecho a legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) solo se produce por la sanción administrativa, pero no se ve comprometido tal derecho fundamental por la imposición de una medida de restablecimiento del medio ambiente lesionado en virtud de la actuación de la demandante de amparo. Siguiendo la argumentación desarrollada en las SSTC 100 de 2003, de 2 de julio; 210 de 2005, de 18 de julio; 98 de 2006, de 27 de marzo, y 187 de 2006, de 19 de junio, hemos de recordar que la imposición de una medida de contenido reparador o indemnizatorio no puede verse alterada por la eventual estimación de este recurso de amparo, dado que no participa de la naturaleza sancionadora propia de la multa impuesta a la entidad recurrente, sanción esta última caracterizada por constituir una consecuencia represiva, retributiva o de castigo, nota que singulariza a las sanciones administrativas dentro del conjunto de los denominados actos de gravamen, según hemos tenido ocasión de recordar en las SSTC 276 de 2000, de 16 de noviembre, FJ 3, y 132/2001, de 8 de junio, FJ 3»".

[47] Se dice en esta sentencia: "[...] Quinto. Cuestión distinta es la relativa a la posibilidad —una vez anulada la sanción— de subsistencia de la indemnización exigida a la recurrente, [...], y que es la valoración —no discutida— del menoscabo causado al dominio público hidráulico, como consecuencia de la captación de agua para riego.

"Nuestro examen sobre esta concreta cuestión comenzará señalando que dicha indemnización, por los daños causados al dominio público hidráulico, es una medida legal diferente de la estrictamente sancionadora, pero compatible con la misma [*sic*], de conformidad con el artículo 130.2 de la ley 30 de 1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA), [...]. Compatibilidad que, a nivel constitucional incluso se expresa en el artículo 45.3 de la Constitución española que dispone que «Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado» ".

En la sentencia de 3 de julio de 1997 decíamos a este propósito y por referencia a otro precepto de similares características, en materia de vertidos a aguas fluviales: "La sentencia

c) La superación de las dificultades que plantea la defectuosa regulación actual de las facultades de investigación y obtención de pruebas. La carga de la prueba es, en efecto, uno de los extremos precisados de revisión desde el punto de vista del grado de su modulación respecto de la garantía penal. Y el tratamiento de las actas levantadas por los servidores de la administración precisa mejoras, particularmente por lo que se refiere a la pertinente graduación de la presunción de veracidad en función, por un lado, de las características (tecnicidad, complejidad, etc.) de la materia de que se trate, y, por otro lado, del estatuto del agente actuante, exigiendo en todo caso el estatuto de funcionario y, cuando proceda, de funcionario especializado (con conocimientos adecuados, lo que remite a su formación).

En todo caso existe un problema fundamental y previo que hay que resolver (y cuya trascendencia, teniendo en cuenta el proceso actual de sustitución de las intervenciones administrativas *ex ante* de los actos y actividades de particulares por la intervención *ex post*): el del fundamento, carácter y alcance de la potestad de supervisión (denominada también de vigilancia, inspección, etc.). Por de pronto, las normas no logran aún precisar si se trata de una potestad con diversas manifestaciones, concreciones o grados o de potestades diferentes. El panorama es de pluralidad de atribuciones expresas de esta(s) potestad(es), en especial en los sectores liberalizados y regulados (bajo una autoridad-administración independiente). Pero la cuestión es si, constitucionalmente hablando, cabe o no considerarla(s) una potestad implícita por inherente al Estado (por ser necesaria para el cumplimiento de sus fines, cual sucede con la potestad organizatoria) y, en todo caso, si se precisa una habilitación genérica acompañada de una regulación de las correspondientes características generales. El asunto es

---

impugnada, para llegar a la estimación del recurso, parece partir del presupuesto de que los daños causados al dominio público solo pueden exigirse cuando haya un previo pronunciamiento sancionatorio. Esto no es así, ya que el artículo 30 (del Reglamento de Policía Fluvial de 1958) que se cita en el fundamento cuarto establece que la responsabilidad civil se regirá por la legislación común, lo que supone una invocación a la culpa aquiliana del artículo 1902 del Código Civil y a la obligación de reparar los daños causados, y el 35, también citado en la sentencia, separa con toda claridad la imposición de la sanción con la obligación de reparar los daños causados [...]".

"Esta misma doctrina la hemos reiterado [...] en las sentencias de 19 de enero de 1996 y 30 de junio de 1999 [...].

"Finalmente, en la sentencia de esta sala de 2 de febrero de 2001, con relación a los mismos preceptos legales y reglamentarios ahora analizados, decíamos que «se limitan a consagrar la regla o principio 'quien contamina, paga', que inspira el régimen de protección medioambiental en materia de aguas y de otros recursos naturales y que debe ser rigurosamente exigido por las administraciones *públicas para evitar la degradación de dichos recursos. Principio que, entre nosotros, tiene incluso rango* constitucional al disponer expresamente el artículo 45 de la Constitución española que quienes agredan al medio ambiente tienen la obligación de reparar el daño causado»".

[...]".