

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, impropriamente 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 Enterría	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. Princípios da equidade e razoabilidade	446
3. Efeitos jurídicos dos atos inválidos, inexistentes, nulos ou anuláveis	446
4. Enriquecimento sem causa	448
5. Princípios gerais de direito e sistema jurídico	448
6. Ação para indenizar	449
7. Enriquecimento sem causa em direito administrativo	451
8. Direito administrativo francês	452
9. Efeitos do enriquecimento	453
10. Igualdade na distribuição das cargas públicas	454
11. Princípio retor na matéria	455
12. Boa-Fé	456
13. Actuação de má-fé	456
14. Conclusão	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 jurisdiccional plena	502
3. Jurisdição administrativa	503
4. Actos administrativos e condenação da Administração Pública	505
5. Conteúdo da sentença condenatória	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 Administração 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 cuestión 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 “référé”	643
A) La urgencia	645
B) La causa seria	647
4. Las reglas procesales de los “référé”	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 autoritarità 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 excursio 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 ocasionados⁴⁵.

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 agreden al medio ambiente tienen la obligación de reparar el daño causado»”.

[...]”.