

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

287

DÍEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Bibliográfica Omero. Buenos Aires, 1963. 623 pp.

Tras de conocer al jurista sudamericano Manuel María Díez a través de su magnífico tratado sobre los actos administrativos, nuevamente ahondamos ese conocimiento con la lectura interesante del primer tomo de su *Derecho Administrativo*, obra que el propio autor anuncia en su prólogo estar formada de cinco volúmenes.

El volumen que comentamos prueba de nuevo la fecundidad del autor así como el vasto horizonte en que se ubica el derecho administrativo. Casi seiscientas páginas de texto que encierran once capítulos y los membretes de cada uno de estos últimos son plenamente reveladores de la magnitud de la obra que se construye y que hoy empezamos a disfrutar con el primer tomo que es verdaderamente una mera “introducción” al estudio del *Derecho Administrativo*. En efecto, el enunciado de cada capítulo es el siguiente: Teoría del Estado (Capítulo único); Administración Pública y Gobierno; La Administración Pública y el Derecho; Clasificación de la Administración Pública; De las Potestades Administrativas; Derecho Administrativo; Ciencia de la Administración; Relaciones del Derecho Administrativo con las Ciencias Jurídicas y no Jurídicas; Las Fuentes del Derecho Administrativo; Codificación del Derecho Administrativo; El Método en el Derecho Administrativo.

Como acertadamente afirma Díez el *Derecho Administrativo* es una ciencia jurídica en formación. Sus principios y métodos de investigación, sus conceptos fundamentales e instituciones, aún están sujetos a una crítica constructora. Atraviesa por un proceso de construcción sometido a continuas correcciones, a nuevos proyectos, ideas y proposiciones. No se piense, sin embargo, que el derecho administrativo carece de solidez y estabilidad. Aquello representa más bien la imagen de una rama jurídica adolescente en vía de alcanzar su mayoría de edad.

Son muchos los méritos de la obra y nos faltaría espacio para apuntarlos, sólo queremos asentar nuestro pleno conocimiento a los mismos. Empero no resistimos la tentación de espigar algunas afirmaciones del autor que han suscitado en nosotros algún comentario.

Encontramos cierta incongruencia en el concepto de derecho administrativo que aparece en el prólogo —hecho por el autor— y el que se apunta en el Capítulo V. En el primero se dice que el derecho administrativo es el conjunto de normas jurídicas aplicables a la administración, y que: “Estas normas jurídicas son de dos especies: en primer lugar normas de derecho común, idénticas a las que se aplican a las relaciones entre particulares. En segundo lugar, normas que podríamos llamar exorbitantes de las de derecho común, vale decir, normas de derecho público...”. Es decir, que el derecho administrativo se integra con normas de derecho público y normas de derecho privado. En cambio, en la página 271 declara: “el derecho administrativo lo podemos considerar constituido por una serie de reglas especiales, es decir, fundamentalmente distintas de aquellas del derecho privado aplicables a las relaciones entre particulares, que se aplican a la administración”. Esto sin perjuicio de que en diversas partes del capítulo quinto a que corresponde la página citada, afirma que el derecho administrativo es una rama del derecho público. Consideramos que la contradicción debe resolverse a favor de este último criterio. Es posible que la actividad de la administración pública se regule por normas de derecho administrativo y normas de derecho privado, pero de aquí no podemos concluir que ambos conjuntos de normas son derecho administrativo ni tampoco admitir el criterio de Vedel que piensa en el “derecho administrativo privado”.

Llama especialmente la atención que la obra se inicie con un amplio capítulo sobre teoría del Estado. En México, en 1959 y después en 1961 en la segunda edición, el *Derecho Administrativo* del doctor Andrés Serra Rojas también empieza su obra con un capítulo importante sobre teoría del Estado, explicándonos el autor mexicano que ello se debe a motivos de orden pedagógico. Ignoramos si las mismas razones llevaron al autor a hacer aquella inclusión o si se debió a que para él la teoría del Estado, incluso

como noción sumaria, es presupuesto sine qua non para iniciarse en el estudio del derecho administrativo. A nosotros, por cualquiera de las razones o causas, nos parece infundado e innecesario tal estudio preliminar en una obra de derecho administrativo. Cosa distinta será que el conocimiento de esta materia presuponga el de la teoría del Estado o que convenga exponerla como proemio en la cátedra de tal disciplina.

No obstante que el autor hace uso de los criterios formal y material acerca de la naturaleza de las funciones del Estado llega a olvidarse de ello y obtiene conclusiones que no admitimos. Así por ejemplo para combatir la idea de la generalidad como elemento esencial a la noción de ley, cita el caso de la circular (página 94), que a pesar de ser una norma general no es a su juicio una ley. Es cierto que la circular no es una ley, pero eso formalmente, ya que materialmente sí lo es. Igualmente y para reforzar este orden de ideas refiere que hay leyes no generales o sea de carácter particular: la ley que concede pensiones gratificables (página 95). Es verdad lo que dice el tratadista pero ello con base en el criterio formal, pues materialmente esas leyes son verdaderos actos administrativos (autorizaciones) y consecuentemente no hay auténticas leyes que sean de carácter particular. Las leyes siempre deben ser generales, materialmente hablando.

Para diferenciar la actividad legislativa de la actividad administrativa, siguiendo a Laband, el autor (página 97) considera que en la primera siempre van tres voluntades: las dos de los particulares entre quienes nace la relación jurídica creada por la ley y la voluntad del legislador que impone esa relación. En cambio, en la segunda, sólo hay dos voluntades: la de la administración pública y la del administrado obligado por el acto administrativo. Todo esto es inexacto. Son numerosos los actos administrativos en los que presenciamos tres voluntades, como sucede en las concesiones administrativas. Aquí encontramos tres voluntades: la de la Administración Pública concedente, la del particular concesionario y la del usuario, si se trata de una concesión de servicios públicos, y no es ni formal ni materialmente una ley.

El autor acepta (página 106) el criterio formal para definir la administración pública, cosa que resulta muy opinable y sujeta a críticas severas por diversos autores.

Con justa razón el autor abandona la tradicional división de actos reglados o vinculados y actos discrecionales (página 145), para referirse exclusivamente al poder discrecional de la administración, que sí se encuentra sometida a un contralor jurisdiccional. Este contralor aún suscita debates importantes sobre su alcance pero ya no sobre su admisibilidad o viabilidad. La cuestión se sitúa actualmente en determinar en qué grado o medida el poder discrecional de la administración se ejerce en cada acto administrativo.

Siguiendo este orden de ideas el autor consagra algunas líneas a lo que llama límites de la actividad discrecional (página 146). Cita a Waline (*Droit Administratif*, octava edición 1959, página 416 París) y transcribe lo que el jurista francés considera como límites del poder discrecional. Desgraciadamente no hace comentario alguno ni aclara si está o no conforme con las ideas del célebre tratadista francés. Aquellos límites que señala Waline son: la competencia, la forma, los motivos del acto administrativo, el interés público y la regla de derecho positivo. El incumplimiento a alguno de tales requisitos dará origen a la nulidad del acto o más bien a su invalidez jurídica. Son totalmente inexactas estas apreciaciones del distinguido profesor. Recordemos que el poder discrecional, como lo acepta Díez, es un poder que nace en el texto de la ley y que consiste en la libertad que tiene la administración para adoptar una u otra conducta, señaladas en la propia ley. De aquí derivamos la necesidad de distinguir dos

cosas: Actuar ejercitando mal el poder discrecional y actuar discrecionalmente sin tener poder discrecional o lo que es lo mismo desconocer la vinculación concreta de la conducta administrativa. De esta manera reconocemos algo unánimemente aceptado por los autores, que la administración a veces está sujeta o vinculada estrictamente a la norma jurídica y en ocasiones cuenta con libertad (otorgada por la misma norma) para optar o elegir conducta. En consecuencia resulta absurdo o contradictorio proponer como límites al ejercicio del poder discrecional precisamente supuestos de inexistencia de poder discrecional o sea: ¡el poder discrecional se encuentra limitado cuando la ley no lo autoriza y exige que la conducta administrativa se apegue estrictamente a la norma jurídica! Como si dijéramos —a contrario sensu— que el poder vinculatorio o reglado de la administración encuentra como límites la existencia del poder discrecional. Porque en efecto, el funcionario siempre estará sujeto estrictamente a la competencia, forma, motivo o interés público que le fije la ley. La falta de uno de estos elementos del acto administrativo dará origen al problema de la invalidez o inexistencia jurídica del acto, pero no al mal o indebido ejercicio del poder discrecional que en el caso no existe. En cambio cuando la ley fija varios “intereses públicos” por satisfacer, uno o más motivos, una o dos formas por acatar, la administración contará con poder discrecional, con libertad para optar entre uno u otro interés, motivo, forma, etc., esto porque no hay conducta reglada o vinculada. Consecuentemente, decir con Waline que en todas las causas de exceso de poder: incompetencia, vicio de forma, vicio por violación de la ley, desvío de poder, se está ante el ejercicio indebido del poder discrecional es sostener el contrasentido que cuando se cumple con la competencia, forma, ley, motivo, interés público, se está ejercitando debidamente el poder discrecional.

El debido o legal ejercicio del poder discrecional no se circunscribe ni consiste en respetar o cumplir con los elementos de validez o de existencia del acto administrativo. Para nosotros los límites del poder discrecional no se pueden enumerar en general y los encontramos en la misma norma jurídica que autoriza ese poder. Cuando no hay poder discrecional sino conducta reglada o vinculada no hay por qué plantearse el problema de límites al poder discrecional, obviamente. Parece que el tratadista francés parte de la idea de que lo discrecional es la regla y lo vinculado es lo excepcional, cuando a nuestro juicio sucede a la inversa.

En el debate que existe en el seno de la doctrina administrativa sobre la existencia o no de los reglamentos autónomos, el autor se inclina por sostener que hay reglamentos que no están subordinados a una ley (página 226). Criterio éste que encuentra apoyo en nuestro derecho (Artículos 10 y 21 de la Constitución) y en el derecho francés (Constitución de 1958, artículo 37).

Tras de exponer los criterios de los juristas que afirman la autonomía y el carácter científico de la Ciencia de la Administración (página 283 y siguientes) así como los de tratadistas que niegan su autonomía respecto del derecho administrativo o que rechazan su linaje científico, el autor concluye que la ciencia de la administración es ciencia y es autónoma del derecho administrativo, en lo que se deja ver la influencia de autores norteamericanos. Para nosotros la ciencia de la administración no es más que un conjunto de reglas técnicas que si bien son importantes y valiosas, no llegan a integrar una verdadera ciencia. Su autonomía respecto al derecho administrativo cabe afirmarse y sostenerse puesto que se trata de una materia no jurídica. Acaso sólo por razones didácticas o pedagógicas conviene estudiarla en un curso de derecho administrativo, pues es innegable su conexión y utilidad para este último.

Como uno de los pilares fundamentales en que se sustenta el derecho administrativo, el autor subraya el principio: "Un Estado no es constitucional por el mero hecho de tener una Constitución, cualquiera que sea la forma y el contenido de ésta, si no que merece únicamente la calificación de tal, el Estado que se rige por una Constitución orientada con el propósito esencial de amparar la libertad del individuo mediante la limitación del poder público" (página 319).

Después de separar acertadamente el derecho penal y el llamado derecho penal disciplinario, éste último como parte del derecho administrativo, afirma: "A nuestro juicio el derecho penitenciario debe formar parte integrante del derecho penal, y como tal podrá definirse diciendo que es aquél que recoge las normas fundamentales del derecho penal del que es continuación, y desenvuelve la teoría de la ejecución de las penas tomada esta palabra en su sentido más amplio, en el que entran también hoy las llamadas medidas de seguridad" (página 328). Para nosotros el llamado derecho penitenciario es más bien derecho administrativo, pues regula actividades administrativas de órganos administrativos encargados de la ejecución de las penas. En contraposición a esas ideas, Diez sostiene que el derecho penal administrativo forma parte del derecho administrativo y que por lo mismo es autónomo del derecho penal (páginas 333 y 334). Idea última con la que estamos totalmente de acuerdo, aunque nosotros hablaríamos de derecho sancionador administrativo y no de derecho penal administrativo, para evitar equívocos.

Dentro del derecho penal administrativo, Diez, sitúa al derecho penal militar (página 341), y por ende formando parte del derecho administrativo.

Sostiene el autor la autonomía del derecho financiero con respecto al derecho administrativo, pero no apunta las razones o fundamentos de su resolución (página 358).

Como rama autónoma califica Diez al derecho minero. Para nosotros es parte del derecho administrativo (página 380).

Sería impropio que en este espacio de "Reseña" pudiéramos comentar otros muchos temas interesantísimos, abordados con la amplitud y profundidad características de todos los estudios que conocemos del jurista Manuel María Diez. Esperamos con vivo interés los volúmenes prometidos y que acompañarán al que reseñamos para integrar la obra completa.

Alfonso NAVA NEGRETE  
Profesor de la Facultad  
de Derecho de la  
U.N.A.M.