



Antonio Moles Caubet

# ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Oswaldo Acosta-Hoenicka / Compilador



## Instituto de Derecho Público

### Director

Alfredo Arismendi A.

### Investigadores

Oswaldo Acosta-Hoenicka

Raúl Arrieta Cuevas

Eloísa Avellaneda Sisto

Julia de Barragán

Juan D'Stefano

Hector Faúndes Ledesma

Egleé González Lobato

Roxana Orihuela Gonzatti

Manuel Rachadell

Armando Rodríguez García

Gustavo Urdaneta Troconis

© De esta compilación: Oswaldo Acosta-Hoenicka  
© Editado por la Oficina de Publicaciones,  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Universidad Central de Venezuela

Producción Editorial: INTERTEXTOS CONSULTORES  
Diseño de portada: Elizabeth Cornejo

ISBN: 980-00-1097-1

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

**ANTONIO MOLES CAUBET**

**ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO**

**OSWALDO ACOSTA-HOENICKA**

**COMPILADOR**

Universidad Central de Venezuela  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Instituto de Derecho Público  
Caracas, 1997

# UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

Trino Alcides Díaz  
Rector

Julio Corredor  
Vicerrector Administrativo

Giuseppe Giannetto  
Vicerrector Académico

Ocarina Castillo  
Secretario

## FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

**Decano**

Boris Bunimov Parra

**Director de Coordinación**

Francisco Yáñez

**Directora de la Escuela de Derecho**

Eglé González Lobato

**Director de la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos**

Eladio Hernández

**Director del Centro de Estudios de Posgrado**

Luis Bravo Dávila

**Jefe de la Oficina de Publicaciones**

María del Cielo Sánchez Froilán

**Director del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas**

Carlos Simón Bello

**Director del Instituto de Derecho Público**

Alfredo Arismendi

**Directora del Instituto de Derecho Privado**

Carmen Luisa R. de Roche

**Director del Instituto de Estudios Políticos**

Angel Eduardo Alvarez

# Índice

Presentación.....	VII
Nota del compilador.....	XI
Notes générales sur la Juridiction contentieuse-administrative en Amérique Latine.....	1
La progresión del Derecho Administrativo.....	7
La personalidad jurídica del Estado.....	33
Estado y Derecho (Configuración Jurídica del Estado).....	75
Nación y particularismo.....	153
La organización del registro inmobiliario en Venezuela.....	173
El arbitraje en la contratación administrativa.....	207
Los límites de la autonomía municipal.....	231
El concepto de autonomía universitaria.....	253
El principio de legalidad y sus implicaciones.....	277
Vicisitudes del procedimiento administrativo venezolano.....	349
Dogmática de los Decretos-Leyes.....	363

Rasgos generales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.....	383
La potestad reglamentaria y sus modalidades.....	397
Irrecorribilidad en vía Contencioso-Administrativa de las decisiones emitidas por las Comisiones Tripartitas creadas por la Ley Contra Despidos Injustificados.....	421
El Sistema Contencioso Administrativo venezolano en el Derecho Comparado.....	429
Planificación y zonificación en el Área Metropolitana de Caracas.....	451

## Presentación

Nada es más placentero para los que formamos parte del Instituto de Derecho Público, que ensayar unas breves pero muy emotivas palabras acerca del gran jurista, maestro de varias generaciones de profesores, investigadores y profesionales del Derecho, a quien debe mucho la Universidad Central de Venezuela.

Desde muy temprana edad se dedicó el Doctor Moles a la doctrina y a la investigación. Países como España, Francia, Panamá, México y Venezuela disfrutaron del privilegio de tenerlo en su personal docente. Desde esa época hasta su fallecimiento, publicó numerosos trabajos en materia Administrativa, Constitucional, Municipal, Contencioso-Administrativo y Urbanismo; constituyendo el Administrativo su especialidad. Sus obras sobre Derecho Administrativo y sobre el Contencioso-Administrativo le dan al profesor Moles una figuración entre los grandes del Derecho en Europa y Latinoamérica.

El profesor Moles, así, en lenguaje cotidiano, como le conocí desde mis comienzos en la antigua Facultad de Derecho hace más de treinta años, nació en Puigcerdá (Gerona), España, el 8 de octubre de 1900, inició sus estudios secundarios en los institutos de Palma de Mallorca y Alicante; con posterioridad obtuvo la licenciatura y su doctorado en Derecho en las Universidades de Valladolid y Central de Madrid. Inicia su brillante periplo internacional en la Universidad de Barcelona y pasa luego al Institute de Droit Comparé de la Université de Toulouse. Latinoamérica también fue escenario de su larga y meritoria carrera que lo ubica entre los más notables juristas del mundo Hispanoamericano. Formó parte del profesorado de la Universidad Michocana de San Nicolás de Hidalgo, Morelia, México; de la Universidad Interamericana de Panamá, terminando su labor docente en la Universidad Central de Venezuela, en 1979.

Con esta nota no pretendemos en lo más mínimo agotar todo el Moles jurista entre los militantes del Derecho Público en todas sus manifestaciones del quehacer Académico y que, con todo desprendimiento, dedicó su vida a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, en todos los niveles de la docencia y la investigación, como



expresión de una nacionalidad que no termina en ningún momento de aportar a nuestro continente, sin egoísmo, todo el potencial que su inmensa herencia cultural tiene pese a las guerras, gobiernos y disgregaciones nacionalistas que han azotado a nuestra Madre Patria.

Mucho menos es nuestra intención -en estas breves líneas de presentación-, citar algo de nuestras vivencias personales, tal vez parcializadas de lo que presencié como estudiante o como profesor después; o la visión de afecto de una autoridad universitaria, acerca de la vida, de los aportes y de la calidad humana de un verdadero maestro universitario. Por no tener un parentesco con tan irrepetible personalidad, pero sí consciente de ser un modelo a seguir que, como académico a tiempo completo, conformó una élite intelectual a quienes le dio todo sin obtener nada a cambio, y que nos obliga a continuar la lucha por una mejor Universidad y retomar el viejo perfil de nuestra máxima Casa de Estudios para que su nivel no sea cada día de menor tenor. Esta Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, como las demás que existen en el resto del país, exigen a gritos figuras que tengan por lo menos un alto porcentaje de la intelectualidad, de la dignidad y del desprendimiento de uno de los grandes exponentes hispanoamericanos del Derecho Público.

El Profesor Moles, en la recopilación que nos presenta Oswaldo Acosta-Hoenicka de sus obras más conocidas, aparte de su vida como Maestro -con mayúsculas-, es una fuente interminable de saber jurídico. Los aportes de su personalidad como jurista se transmiten, se profundizan y adquieren más valor con el tiempo. Nuevos enfoques, los problemas de actualidad y sus soluciones así lo demuestran. El tratamiento, a través de su estadía en el país, de los hechos jurídicos, su estilo, la claridad y lucidez de su pensamiento, conducen a una conclusión absoluta: supo sembrar sus ideas en cuanto al Derecho Público las cuales hicieron inolvidable su trayectoria. Por ello su pensamiento nunca morirá, todo lo contrario, vigoriza y revive a las que fueron sus grandes pasiones: la docencia y la investigación. El Doctor Moles está entre nosotros.

Durante los últimos años, ius publicistas de fama nacional e internacional, desde los diversos ámbitos del Derecho Público, han nutrido en innumerables obras, trabajos y estudios, buenos o malos, los más variados aspectos de la bibliografía venezolana, sin que ninguno de ellos pueda negar, a menos que haga gala de cierta mezquindad, la mano del maestro, del consejero o del amigo. En la actualidad, a lo mejor con

## *Presentación*

cierta parcialidad, se puede hablar de un desarrollo sostenido y en franco progreso del Derecho Público, frente al Derecho Privado, cuando en 1948, la única luz que brillaba, era la del noble y viejo maestro Hernández Ron, con sus *Lecciones de Derecho Administrativo*, y fue Moles quien sembró, en nuestros jóvenes, profesores después, el fervor por nuestro Derecho Público.

Tal verdad jurídica, de una influencia, de una escuela y hasta de la siembra de un sentimiento de afecto por las diversas ramas del Derecho Público, sigue vigente, se prolonga, perdura y llega a dimensiones inmensurables, y no es desconocida por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, donde en diferentes años y bajos rectorías distintas, su reconocimiento ha sido unánime.

Para no ser tan extenso en el elogio, merecido al Maestro Moles, por cuanto éste sólo aspira a ser un recordatorio de sus dotes de persona amena y sincera en la plática diaria, de la actuación franca de su inmensa generosidad, pero sobre todo de su amor y pasión por la enseñanza, que son imposibles de reunir en una misma persona; su imagen permanecerá intacta a través del tiempo y aun cuando se haya ido, sus obras quedan como testigos mudos, de lo que él representa para los cultivadores del Derecho Público, retando el egoísmo de los mediocres y la envidia de los que nada hacen pero todo critican.

ALFREDO ARISMENDI A.  
Director del Instituto de Derecho Público



## Nota del compilador

En la presente recopilación se recogen los trabajos de investigación realizados por el Doctor Antonio Moles Caubet, durante su larga labor como docente e investigador en nuestra máxima Casa de Estudios, donde ocupó el cargo de Director del Instituto de Derecho Público desde 1947, cuando se denominaba Seminario, hasta el momento de su jubilación en el año 1979.

Los trabajos se han ordenado de manera cronológica, tomando en consideración la fecha de publicación de los mismos. Se excluyen las denominadas *Lecciones de Derecho Administrativo*, publicadas por la editorial Mohingo, Caracas, 1963, por desconocer, previa consulta al personal con más trayectoria del Instituto de Derecho Público, si las mismas habían sido revisadas por el Doctor Moles, y que en la actualidad todavía circulan como “materiales multigrafiados” de las clases del Maestro.

Deseo agradecer al Doctor Alfredo Arismendi, Director del Instituto de Derecho Público, la atención que le prestó a la presente idea, que sin duda será de gran beneficio para los investigadores, profesores y estudiantes de las diversas Facultades de Derecho.

OSWALDO ACOSTA-HOENICKA

Investigador adscrito al Instituto de Derecho Público

Ciudad Universitaria, 1997.



# Notes générales sur la juridiction Contentieuse-Administrative en Amérique Latine\*

## I. NOTES GÉNÉRALES SUR LA JURIDICTION CONTENTIEUSE-ADMINISTRATIVE EN AMÉRIQUE LATINE

L'introduction de la juridiction contentieuse-administrative dans les divers pays latino-américains, où elle est maintenant organisée, s'est réalisée dans chacun d'eux d'une manière progressive par la solution de problèmes juridiques analogues. On peut, par suite, décrire avec une certaine unité le processus d'évolution de la juridiction contentieuse administrative en Amérique Latine. Il est certain que chaque pays a donné des solutions particulières correspondant à sa mentalité juridique spéciale, mais étant donnés les termes communs du problème et toute "problématique" comportant surtout des éléments techniques, les variantes du régime du contentieux administratif américain peuvent, en définitive, se réduire à l'unité.

Cela apparait si l'on considère trois points caractéristiques que nous allons exposer avec la plus grande concision.

### A. Place constitutionnelle du système contentieux administratif

Il faut observer que dans la quasi totalité des pays de l'Amérique latine où a été établie la juridiction contentieuse administrative, celle-ci trouve prévue et même souvent réglée par les textes constitutionnels (V. Constitutions de: l'Equateur, art. 98, n° 9, la Colombie, art. 132 à 157, Panama -de 1941- art. 190 à 192, l'Uruguay -1934- art. 271 à 277, Chili -1925- art. 87, etc).

---

\* Publicado en la Revue Internationale de Droit Comparé N° 3. Société de Législation Comparée et a la Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952, pp. 611-615

Une telle particularité, qui se manifeste comme une véritable constante est justifiée par un double motif. D'abord la défiance du pouvoir constituant qui le conduit à l'excès de préciser des choses aussi concrètes que les types de recours. (V. Constitutions de Panama de 1941, art. 190 à 192, et de l'Uruguay de 1934, art. 271 à 277).

Cela a lieu sûrement parce que le recours d'illégalité est consacré surtout comme une garantie authentique, corrélative à celle que comporte le recours d'inconstitutionnalité, assurant également l'intégrité de la Constitution et de la Loi.

C'est ainsi que la Constitution de la République de Panama de 1941 inclut la juridiction constitutionnelle et contentieuse-administrative au titre XV sous la rubrique commune de "Institutions de garanties".

Voici donc exprimé le second motif pour lequel le régime de contentieux administratif a sa source juridique dans les textes de la Constitution.

## **B. Caractère juridique assigné à la juridiction contentieuse-administrative**

La place constitutionnelle de la juridiction contentieuse-administrative soulève un important problème qui préoccupe considérablement les juristes américains. C'est celui de déterminer la nature juridique de la juridiction contentieuse-administrative, afin d'en attribuer l'exercice soit au Pouvoir judiciaire, soit au Pouvoir exécutif.

On ne doit pas écarter les scrupules des constituants, si on prend en considération que, soumis à l'influence nord-américaine, le régime constitutionnel de l'Amérique latine a pour clef de voûte l'observation rigoureuse du principe de la séparation des pouvoirs -ce qui est prouvé, par exemple, par l'article 49 de la Constitution du Mexique-

C'est la raison pour laquelle -suivant ici aussi les précédents nord-américains- la plupart des Constitutions de l'Amérique latine, attribuent au Pouvoir judiciaire le monopole de la juridiction. (V. Constitutions du Pérou, 1933, art. 222, et du Chili, 1925, art. 80). De la sorte on ne doit pas techniquement distinguer une juridiction contentieuse-administrative.

Néanmoins, il y a des pays qui, dès le début, suivirent sur ce point l'orientation française, tels la Colombie et l'Equateur. D'autres, dépassant

la polémique doctrinale, ont déconcentré la juridiction unique attribuée au Pouvoir judiciaire en créant des juridictions spéciales comme la juridiction électorale et surtout la juridiction contentieuse-administrative. De la sorte, tant dans la République de Panama qu'en Uruguay, au Chili, on rencontre déjà des Tribunaux contentieux-administratifs qui fonctionnent séparés du Pouvoir judiciaire.

Même le Mexique, qui maintient si jalousement le système du monopole de la juridiction judiciaire -avec son original recours d'*amparo* (Constitution, art. 103, n° 1, et art. 107), a institué, il y a quelques années, le "Tribunal Fiscal de la Fédération" en matière d'économie administrative, dont le succès a fait conseiller, à plusieurs reprises, d'amplifier son rôle en le convertissant en un tribunal contentieux-administratif.

Il est vrai qu'un conseil analogue pourrait être donné aujourd'hui aux Etats-Unis de l'Amérique du Nord où fonctionnent une profusion d'organes juridictionnels de caractère administratif (Bledel, *Introduccion al Derecho publico anglo-sajon*, Buenos-Aires, éd. Depalma).

### **C. Restriction du concept d'illégalité dans le recours contentieux administratif**

Ces pays qui; si lentement, introduisent le recours contentieux-administratif dans le système du seul juge de droit commun ("*judicialiste*"), offrent des limitations incompatibles avec l'application intégrale du principe de légalité. La plus importante est celle qui réduit le rôle du recours contentieux-administratif à la protection des situations juridiques subjectives, ce qui en réserve l'exercice au titulaire de droits et intérêts. En un mot on ne reconnaît qu'un seul type de recours: celui de pleine juridiction.

Ceci dénote une double influence: d'une part l'influence anglo-américaine; d'autre part, celle des juristes italiens et allemands. (V. Carrillo-Flores, *La defensa de los particulares contra la Administracion*, México).

Cependant la doctrine française a été accueillie très favorablement dans le système contentieux-administratif de Colombie, de Panama et d'Uruguay où co-existent, entre autres, différents types de recours: les



recours pour excès de pouvoir, détournement de pouvoir et, à Panama, le contentieux d'interprétation.

Cela démontre, de plus, que le système contentieux-administratif évolue dans toute l'Amérique latine avec une tendance à adopter une configuration uniforme.

## II. LE RÉGIME CONTENTIEUX-ADMINISTRATIF AU VENEZUELA

Les textes constitutionnels de quelques pays latino-américains, entre autres le Venezuela, contiennent une déclaration explicite du principe de légalité sans que cela comporte, d'ailleurs, les prétentions techniques de l'article 18 de la Constitution fédérale autrichienne. (V. A. Merkl, *Allgemeine Verwaltungsverfahren*). Ainsi, par exemple, la vieille Constitution de Costa-Rica de 1871 prescrit que "nulle autorité ne peut se prévaloir de facultés que la loi ne lui concède pas" (art. 16).

Une telle déclaration se propose d'éliminer de l'ordre juridique tout procédé arbitraire des organes de l'Etat.

Ainsi les Constitutions du Venezuela, tant celle de 1936 que celle de 1947, établissent que "le pouvoir public s'exercera conformément à cette constitution et aux lois qui déterminent ses attributions et facultés. Tout acte qui dépasse cette limite constitue une usurpation d'attribution" (Constitution de 1936, art. 41, Constitution de 1947, art. 84).

Le principe étant posé, reste à en déterminer les conséquences. C'est ce que font les Constitutions mentionnées: "toute autorité usurpée est inefficace et ses actes sont nuls... entraînant de plus responsabilité". (Constitution de 1936, art. 42. et 43, Constitution de 1947, art. 87 et 88).

Pour assurer la nullité de tels actes, les mêmes Constitutions décident que la Cour Suprême de Justice doit la déclarer à moins que la loi n'attribue compétence à une autre autorité (Constitution de 1936, art. 123, n° 11, Constitution de 1947, art. 220, n° 9).

La compétence de l'organe juridictionnel ainsi déterminée, il faut spécifier les types de recours prévus.

## **A. Types de recours contentieux-administratif admis.**

1°. Le recours en “abus de pouvoir pour illégalité de l’acte” apparaît énoncé en ces termes mêmes dans les textes constitutionnels (Constitution de 1936, art. 123, n° 11, § 2, Constitution de 1947, art. 220, n° 9, § 2).

2°. Le recours de pleine juridiction a lieu en matière de contrats de concessions minières et de terres en friche (Constitution de 1936, art. 220, n° 10, Constitution de 1947, art. 220, n° 10).

On inclut dans ce même type de recours les actions en dommages et intérêts.

3°. On a discuté pour savoir s’il y avait lien, en certains cas, au recours pour détournement de pouvoir car il n’est cité dans aucun texte ni constitutionnel, ni légal. Cependant, on attire l’attention sur les dispositions de l’article 198, n° 10, de la Constitution qui énumère les facultés du Président de la République. Celui-ci peut, en effet, en Conseil des Ministres faire des règlements sur les lois sans altérer leur esprit, leur but et raison, ce qui amène à considérer qu’un acte réglementaire contraire aux finalités présumées de la loi qu’il concerne est susceptible d’un recours analogue au recours pour détournement de pouvoir. (V. A. Moles, *Notas del Curso de Derecho Administrativo 1949-1950*).

4°. Enfin, la Constitution laisse une large marge pour introduire d’autres recours en indiquant, dans son article 220, n° 13, que la Cour peut connaître d’autres cas “que les lois lui assigneront”.

## **B. Les organes juridictionnels**

La Constitution attribue à la Cour Fédérale et de Cassation la compétence pour connaître tous les recours contentieux-administratifs mentionnés et cet organisme apparaît placé au sommet hiérarchique du Pouvoir judiciaire.

Cela veut-il dire qu’au Venezuela on adopte un critère strictement “judicialiste”?

De larges débats ont conduit à une solution très raisonnable selon laquelle la Cour Fédérale et de Cassation exerce des juridictions hétérogènes étant dans ce sens un “organe polyvalent” puisqu’elle est

chargée de la juridiction d'inconstitutionnalité, de celle d'illégalité et de celle de cassation. On attribue la compétence des deux premières à la Première Chambre (Fédérale) et la dernière à la Deuxième Chambre (Cassation). Ainsi, quoique la Cour Fédérale et de Cassation appartienne à la hiérarchie-judiciaire, elle aura des fonctions constitutionnelles et administratives (V. T. Polanco, *La organización administrativa de Venezuela*, thèse 1950).

D'autre part, la Constitution déclare que "la loi déterminera l'organisation, la juridiction et les attributions des Tribunaux qui seront nécessaires pour l'administration de la Justice". Il est possible, par suite, d'établir, au moyen d'une loi ordinaire, des tribunaux administratifs qui, sans contredire les bases de compétence prévues par la Constitution, permettraient d'organiser d'une manière plus ample la juridiction contentieuse-administrative.

Il en est déjà ainsi en ce qui concerne la matière économique-administrative avec le Tribunal Suprême des Finances publiques et les tribunaux financiers.

De plus, il existe déjà un avant-projet de loi créant divers tribunaux de caractère administratif qui constitueront nettement une organisation indépendante et parallèle à l'organisation judiciaire de droit commun.

# La progresión del Derecho Administrativo\*

¿Cuál ha sido el índice de progreso alcanzado por el Derecho Administrativo en el límite de esta segunda mitad de siglo?

A semejante interrogación, aun cuando no formulada explícitamente, responde el escrupuloso análisis de los conceptos definidores que acaban de efectuar los maestros de dos sucesivas generaciones: V. E. Orlando, fundador de la escuela científica italiana y Ch. Eisenmann, crítico de la dogmática juspublicista francesa<sup>1</sup>.

Empero, en este mismo hito histórico, también ha podido comprobarse la renovación hasta ahora operada, que ofrece dos ostensibles particularidades. Una, la proliferación del Derecho Administrativo inglés y angloamericano. Otra, el perfeccionamiento de las construcciones jurídicas, que confieren unidad sistemática y valor universal a la doctrina administrativa.

El caso de Inglaterra resulta por demás significativo, pues su régimen tradicional, el "common law", repelía toda concepción administrativa, hasta el extremo de declarar Albert Venn Dicey, en su prestigiosa "Introduction to the Law of the Constitution", editada en 1885, que "El Derecho inglés ignora le Droit Administratif" (dicho en francés). La sorpresa experimentada por los juristas continentales hubo de reflejarse en la larga réplica de Gaston Jèze solemnemente incluida en las páginas de su obra capital ("Les principes généraux du Droit administratif". Girard & Briere. París. 1914), si bien no precise valorar los argumentos, pues el propio Dicey acabó reconociendo espontáneamente, años más tarde, que su proposición era equivocada y en consecuencia, hacia constar que Inglaterra tenía un Derecho Administrativo.

---

\* Publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho* No. 3, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1955, pp. 17 a 38.

<sup>1</sup> Orlando, Vittorio Emanuele. "In torno ad alcune fasi storiche e critiche del diritto amministrativo in Italia dopo il 1890". Publicado en la "Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico". 1952. págs. 259 y sigs. Eisenmann, Charles. - "Théories fondamentales du Droit administratif". Cours de Doctorat de la Faculté de Droit de París. Ed. Les Cours de Droit. París. 1952.

De esta frustrada polémica, tan inesperadamente decidida, deduce el Profesor René David, con plausible prudencia, que resulta siempre aventurado asimilar instituciones e inclusive vocablos pertenecientes a distintos sistemas de Derecho, y así se hace irreductible, por ejemplo, la “**public policy**”, a orden público; el “**Civil law**”, a Derecho Civil; como quizás el “**Administrative law**”, al Derecho Administrativo<sup>2</sup>. No obstante, con todo el respeto merecido por el eminente comparatista, me atrevo a insinuar si los términos contradictorios de Dicey podrían ser congruentes, refiriéndolos a dos fechas distanciadas, en cuyo intervalo hubieran evolucionado instituciones y conceptos administrativos, de los que hoy ofrece testimonio notorio, la frondosa bibliografía del Derecho Administrativo inglés<sup>3</sup>. Conste la insinuación, de momento, como mera posibilidad, quedando el examen diferido a los resultados de un posterior replanteamiento.

Considerando ahora la virtualidad de las elaboraciones y reelaboraciones conceptuales del Derecho Administrativo, se llega a comprender que constituyen el trabajo especulativo más acucioso y más fino de la Ciencia jurídica en este último sexenio. Ciertamente que la laboriosidad de la especulación no encuentra siempre el merecido aprecio, pues exige un esfuerzo intelectual superior, eludido por los espíritus simplistas, quienes pretenden aliviarse de él reprochando a la Ciencia del Derecho Administrativo una excesiva teorización. Sin embargo, estos mismos críticos interesados habrán podido seguir la labor que trasciende ya el propio ámbito administrativo para penetrar en el campo del Derecho Privado, como sucede, citándose sólo a vía de ejemplo, con los

---

<sup>2</sup> David, René - “Derecho Administrativo y administrative law”. Publicado en “Revista del Instituto del Derecho Comparado”. Barcelona. 1953, No. 1. Págs. 47-60.

<sup>3</sup> Sin propósito de dar una referencia bibliográfica se cita, como muestra: Carr, Sir Cecil “Concerning English Administrative Law”. 1941. “Committee on Ministers Powers, Report”. London, 1932. Glad. den, E. W. “The essentials of Public Administration”. 1945. Griffith, J. A. G, and Street H, - “Principles of Administrative Law”, 1952. Gwyer “The powers of public departments to make rules having on administrative law; compil (Frankfurter and Davison). 1935. Jennings - “Courts and Administrative Law: the experience of English housing legislation”. En “Harvard Law Review”. 1935-36. Lasky H. “The growth of administrative discretion” 4 select essays. 1938. Pollard S. W. - “Administrative Tribunals at Work”. 1940. Port. F. J. “Administrative Law” 1929. Robson, William A. “Justice and Administrative Law”. 1951. Schwartz, B. “Law the Executive in Britain: A comparative study”. 1949. Wade and G. G. Philips. “Constitutional Law” part VII “Administrative Law” 1954. Willis, “Three approaches to administrative law: the judicial, the conceptual and the funcional” 4 Selected essays. 1938.

conceptos de “acto-condición” y de “desviación de poder”, que tanto han influido en las nuevas doctrinas de la causa y del abuso de derecho. Aun cuando, es precisamente en la más visible de las realidades jurídicas, el Derecho positivo, donde los refinamientos conceptuales y técnicos han logrado la mejora de las instituciones administrativas, según lo evidencian las nuevas modalidades adoptadas en distintos países por el Procedimiento administrativo y dentro de él, su especie contencioso-administrativa, como de igual manera el importante y tan práctico capítulo de la responsabilidad de la administración<sup>4</sup>.

Ahora bien, semejante rendimiento, que colma el más exigente de los programas, suscita esta pregunta: ¿De qué manera un amasijo de normas, apenas clasificadas con un criterio empírico en los comienzos del siglo XIX, ha llegado a adquirir forma hasta constituir un Derecho Administrativo dotado de calidad científica? Pero la respuesta presupone, a su vez, otra pregunta, ¿A qué Derecho Administrativo se alude?

Existe, en efecto, una pluralidad de sistemas de Derecho correspondientes a diversos países. Por ello ha de advertirse, ante todo, si al hablar de Derecho Administrativo -así de una manera indeterminada- se hace referencia a un sistema jurídico concreto -francés, alemán, inglés- o se trata de una mera abstracción. Extremo éste que no sólo requiere esclarecimiento, sino que comporta interesantes implicaciones.

---

<sup>4</sup> Ambos temas han sido expuestos ampliamente en los Cursos de Doctorado de la Facultad de Derecho de París. Ver, Mamade Paul Bastid “Les juridictions administratives et leur competences”, 1953, y Rosseau Charles “Le théorie générale de la responsabilité en Droit Administratif” 1952. En cuanto al desarrollo del Derecho Administrativo en los distintos países tiene su exponente en las más recientes publicaciones sistemáticas. Francia: Duez P. et Debeyre G. “Traité de Droit Administratif” 1952. De Labaudère, André “Traité élémentaire de Droit Administratif”, 5ème éd, 1951. Italia: Gasparri, Pietro “Corso di Diritto amministrativo”. 1953. Giannini “Lezioni di Diritto amministrativo” 1952. Lucifredi “Diritto amministrativo” 1950. Miele, Giovanni “Principi di Diritto amministrativo” 1953. Sandulli, Aldo M., “Manuale di Diritto amministrativo”. 1952, De Valles, Arnaldo, “Elementi di Diritto amministrativo”. 1951. Vignocchi, Gustavo, “Gli accertamenti costitutivi nell Diritto amministrativo”. 1950. Estados Unidos de América: Davis, K. C., “Administrative Law” 1951. Gelhorn Walter and Byse Clark, Administrative Law: Cases and Comments. 1954. Hartz, “Introduction to Administrative Law”. 1950. Schwartz, B. “American Administrative Law” 1950. Gran Bretaña: Griffith J. A. G. and Street H., “Principles of Administrative Law” 1951. Alemania: Giese, Friedrich, “Allgemeines Verwaltungsrecht” 1952. Nebinger, Robert, “Verwaltungsrecht” 1954. Ha de citarse entre las grandes obras la del Profesor uruguayo, Sayagués Laso, Enrique, “Tratado de Derecho Administrativo”, cuyo primer volumen se publicó en 1953.

Desde luego, todo sistema de Derecho se presenta, “*primum facies*”, como un Ordenamiento unitario de normas obligatorias. En suma, constituye lo que se conoce con el nombre de “reglas normativas” o norma jurídica propiamente dicha.

Sin embargo, el análisis hace percibir, tras semejante aspecto, una obra elaborante que se ha servido de complejos elementos; a saber, de datos, categorías, conceptos y recursos operativos o técnicos. En esto consisten las denominadas “reglas constructivas o de construcción”.

Es precisamente la coincidencia de las reglas constructivas -más o menos perfectas- con las reglas normativas, lo que determina las variadas instituciones jurídicas en los distintos sistemas de Derecho.

Mas, como quiera que las reglas constructivas tienen el carácter de generalidad correspondiente a la Ciencia, se convierten en el vehículo más eficaz para conseguir la universalización, cuanto menos relativa, de las instituciones jurídicas. Así, “una elaboración científica del Derecho reduce a unidad absoluta de conceptos, la materia, tan diseminada y variada, de las normas históricas” (Stammler).

La acción conjugada de ambas normas, promueve el desenvolvimiento institucional, que, siguiendo sus fases evolutivas, adquiere desigual nivel en los sistemas de Derecho de los diversos países. Con ello se produce una especie de filogénesis jurídica, en virtud de la cual las instituciones se desarrollan pasando sucesivamente, en distintos tiempos, por las mismas o parecidas fases morfológicas.

He aquí por tanto un método excelente de captación del Derecho Administrativo, para destacar las disparidades o coincidencias de sus instituciones. Empero, precisa tener en cuenta que, aun cuando la comprobación revele, en un momento dado, instituciones heterogéneas e inclusive originales correspondientes a distintos lugares -experiencia horizontal en el espacio- también existe una verificación de las fases de desarrollo o experiencia histórica, en el corte vertical del tiempo.

El Derecho Administrativo amplía así su ángulo de captación, abarcando, a la vez, las privativas reglas normativas de cada uno de los diversos países y las normas constructivas, generales y comunes a todos ellos, con lo que cabría, en puridad hablar en un caso de Derecho Administrativo científico -en mayor o menor grado- y en otro, de Ciencia del Derecho Administrativo.

Todas estas aportaciones han de integrar, a manera de partidas, un balance figurado para establecer el índice de progreso del Derecho Administrativo, en la distancia que media entre un punto inicial y un punto terminal.

## I. LOS ORÍGENES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

### a).- El ordenamiento positivo y la doctrina

El Derecho Administrativo es una formación moderna, “*ius novum*” (Hauriou), en contraste con el “*antiquus more*”, por aparecer configurado como una secuela del régimen constitucional, dado que solamente en él se cumple el triple axioma que posibilita su existencia. Uno, el principio de legalidad, que hace de la ley o de la regla de Derecho -“*rule of Right*”- la condición de cualquier acto estatal. Segundo, el principio de separación de Poderes, convertido en principio de distinción de funciones, en virtud del cual corresponde a cada uno de los órganos del Estado: el cometido prescrito por una regla atributiva de competencia. Tercero, el principio de la integridad de los derechos subjetivos cuyo eventual menoscabo exige una reparación inmediata, sea en forma de restablecimiento o de indemnización.

Mas, si bien tales premisas constituyen el supuesto necesario de todo sistema de Derecho Administrativo, éste no ha tenido una manifestación uniforme ni menos aún coetánea, siendo en Francia donde se ha desarrollado de una manera tan completa y con ritmo tan acelerado que aun constituye un verdadero paradigma. Ya lo hace observar Otto Mayer cuando indica que, “en Francia todas las nuevas ideas del Derecho Público, se formulan y ponen en ejecución bruscamente, y para servirnos de una comparación diremos que ellas siempre aparecen inmediatamente como plantas del todo desarrolladas”. (“*Deutsches Verwaltungsrecht*”. Leipsig. 1895-96. T. I. pág. 70).

No obstante, aun en Francia misma la integración de un sistema de Derecho Administrativo se ha operado a través de largos períodos.

El punto de arranque del régimen jurídico de la Administración -o sea “*la notion de régime administratif*”- se encuentra en la famosa ley 16-24 de agosto de 1790, que, en términos conminatorios, propugna la separación entre las funciones administrativas y judiciales “*Les fonctions*



judiciares sont et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, a peine de forfaiture, troubler de quelque maniere que ce soit les operations des corps administratifs (...)”<sup>5</sup>.

A este resultado había de conducir la rigurosa observancia del principio de separación de poderes, por cuanto, proclamada su independencia recíproca, no cabía mediatizarlos, de cualquier manera que fuera, con interferencia alguna. Pero el principio de legalidad imponía que éste quedara en todo caso salvaguardado con iguales garantías, por lo cual, deduciendo la consecuencia lógica, se desdobra la función jurisdiccional, afirmándose una jurisdicción administrativa paralela a la jurisdicción judicial. De tal manera, el acto judicial y el acto administrativo adquieren, siquiera sea en principio, una misma calidad jurídica.

Desde entonces la jurisdicción administrativa constituirá el mecanismo regulador del Derecho Administrativo y el incentivo más poderoso de su desenvolvimiento. Es lo que sucede con el venerable Consejo de Estado que, durante la primera etapa de su actuación, de 1800 a 1872, ejerce la denominada “jurisdicción retenida”<sup>6</sup>. Mas, con ello, el sistema resultaba notoriamente imperfecto por cuanto el Poder Ejecutivo “retenía” aún la jurisdicción administrativa, acumulando así actividades heterogéneas. La técnica jurídica distinguía, en efecto, dos funciones de diferente especie: una, destinada a aplicar la ley (administración), en tanto que el cometido de la otra era revisar la legalidad de esta aplicación (jurisdicción). Lógicamente procedía pues, separar los órganos administrativos de los órganos jurisdiccionales, que es lo dispuesto por la ley de 24 de mayo de 1872, con la cual se consuma la independencia orgánica y funcional de la Administración activa y de la Administración Contenciosa. A partir de esta fecha, el Consejo de Estado tiene atribuida la jurisdicción contencioso administrativa que ejerce, de pleno derecho, en nombre del pueblo francés. He aquí como del principio político de

---

<sup>5</sup> Ley 16-24 agosto 1790. Tit. II, art. 13. Reproducida literalmente en los textos de la Constitución de 3 de setiembre 1791, art. 13. Ley 16 fructidor año III, Constitución 5 fructidor año III, art. 203. Ley 21 fructidor año III, art. 27.

<sup>6</sup> El Consejo de Estado se creó como un Cuerpo consultivo, si bien con atribuciones “para resolver las diferencias que a él se llevaran en materia administrativa” (Constitución del año VIII, Arts. 52 y 53), El acuerdo recaído no tenía más que carácter de dictamen, pues la decisión formal correspondía al Jefe del Poder Ejecutivo (el Primer Cónsul y después el Emperador). De aquí el nombre de “jurisdicción retenida”.

separación de poderes se pasó al concepto técnico de separación de funciones.

Faltaba una última etapa; la que cierra el ciclo en 13 de diciembre de 1889, cuando el propio Consejo de Estado se arroga el conocimiento de todas las causas en materia administrativa, sin que su competencia estuviese expresamente prevista en un texto legal. (Arrête Cardot).

Ahora bien; a medida que iba consolidándose el régimen administrativo -“**le régime administratif**”-, ¿Cómo procedía la especulación jurídica?

La empresa de crear “**ex novo**” un sistema de Derecho Administrativo implicaba reducir a unidad elementos diversos; a saber, las reglas normativas, incesantemente incrementadas, y las normas constructivas que había de suministrar la Ciencia jurídica.

No le faltaron adalides al incipiente Derecho Administrativo, algunos tan esclarecidos como Joseph-Marie de Gérando (1772-1842), el primer profesor de la asignatura en la Escuela de Derecho de París; su sucesor en ella Louis Antoine Macarel (1790-1851); el Consejero de Estado Louis Marie Cormenin (1788-1868), sin olvidar al insigne Gian Domenico Romagnosi (1761-1835), filósofo, penalista y precursor de la concepción científica según lo proclama V. E. Orlando<sup>7</sup>.

Paradójicamente es Romagnosi, un italiano y no un francés, el primer tratadista, con su única obra de tema administrativo “**Principi fondamentali di diritto amministrativo**”, editada en Parma en 1814. Macarel publica en 1818 los “**Eléments de jurisprudence administrative**”, a la que sigue en 1822, “**Questions de Droit administratif**”, de Cormenin, y por último, De Gérando hace aparecer las difundidas “**Institutes de Droit administratif**”, cuatro volúmenes, impresos en 1829 y reeditados, con la adición de otro volumen, en 1842<sup>8</sup>.

Este poderoso quadriunvirato intelectual acometió la ingente empresa de formular la doctrina del naciente Derecho Administrativo. No obstante, el cúmulo de dificultades oscurecieron sus atisbos, a veces

---

<sup>7</sup> Tommasini, “La nozione del diritto amministrativo nell'opera di G. D. Romagnosi” Parma. 1897, Cagli, “G. D. Romagnosi: la vita, i tempi le opere”. Roma, 1915.

<sup>8</sup> Macarel, “Cours d'Administration et de Droit Administratif”. París. 1844. Cormenin, “Traité de Droit Administratif”, París, 1840. 2 volúmenes.

clarividentes, quedando su formidable esfuerzo preterido y hasta injustamente olvidado<sup>9</sup>.

El programa de realizaciones había de comprender, en efecto, desde un comienzo, objetivos tan arduos como los de afirmar la autonomía del Derecho Administrativo y seleccionar para ello las apropiadas técnicas instrumentales.

La materia, carente aún de forma unitaria, procedía, en parte, de las nuevas reglas correspondientes al **“régime administratif”** y además de algunos capítulos transferidos del Derecho Civil, por ejemplo, cuantos se refirieran al dominio público, a las servidumbres públicas y a las propiedades especiales. Sin embargo, la tarea, más que concretarse a inventariar el material, exigía darle precisamente sentido, encajándolo en un sistema con características propias, capaces de acreditar su autonomía. Empero, para lograrlo era, necesario, ante todo, independizarse de la dogmática del Derecho Privado, el cual, a este respecto, representaba una especie de Derecho matriz, idénticamente a lo que ha venido sucediendo en Inglaterra, hasta hace poco, con el **common law**.

La misma denominación distintiva logra premiosamente imponerse, y no ha de producir sorpresa alguna que la ley 22 ventoso del año XII, al reorganizar la enseñanza jurídica, asignara a la naciente sistematización el estafalario título de **“Droit civil dans ses rapports avec l'administration”**<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> En Francia comienza la revisión de la obra de los precursores del Derecho Administrativo. Ver, De Laubadère, René, “*Les fondateurs du Droit Administratif: Cormenin*”. Ed. Librairie générale de D. et de J. París. 1941. Berlia Georges, “*Les fondateurs du Droit Administratif: Gérando*” Ed. Librairie g. de D. et de J. París. 1942. Una interesante referencia a De Gérando se encuentra en la obra de Duverger, Maurice, “*L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*”. París: 1941.

<sup>10</sup> La enseñanza del Derecho Administrativo en la Universidad de París experimenta las más curiosas incidencias, en relación con el auge de la política liberal. Así, después de la episódica ley 22 Ventoso del año XII, un gobierno moderado introduce, por Ordenanza Real de 24 marzo 1819, la materia denominada “Derecho público positivo y Derecho Administrativo”, de la cual se designa titular a De Gérando. Otra Real Ordenanza, de 6 de setiembre 1822, emanada de un Gobierno reaccionario, suprime las cátedras de Derecho de Gentes y de Derecho Administrativo, a pretexto de que los estudiantes han de recibir preferentemente conocimientos positivos y usuales”. La Ordenanza de 19 de junio de 1828 restablece la cátedra, tan especiosamente eliminada, que en lo sucesivo llevará el nombre de “Droit Administratif français”, encargándola nuevamente a De Gérando, cuyos sucesores han sido: Macarel (1898-1851), Vautrin (1852-1885), Michel (1887-1897), Berthélémy (1898-1933), Achille Mestre, Gaston Jéze y en la actualidad Waline. (Berlia, obra citada, pág. 40). Mi estimado colega, Dr. J. M. Hernandez Ron describe las diferentes etapas docentes del Derecho administrativo

La iniciativa de los tratadistas aducía nociones específicas, ya desde entonces incorporadas al lenguaje administrativo, mas, sin conseguir precisarlas como conceptos técnicamente contruidos ni conferirles siquiera la deseable univocidad. Tal es la suerte de los términos “l'intérêt social” o “intérêt général”, contrapuesto a “intéréts particuliers” o “intéréts privés”. Lo mismo cabe decir de la expresión “puissance. publique”.

Así, cuando De Gérando pretende precisar el objeto de la administración, indica tan sólo que es: “la potencia pública en el cometido de regir los intereses sociales, pero sin interferir ninguno de los intereses privados (...) que vela, observa, alivia, protege, estimula, recompensa y dispone más bien que decide,” conclusión superlativamente ingenua. Tampoco resulta más acertado Macarel al decir que “el Derecho Administrativo se compone de las leyes de interés público”.

Semejante penuria doctrinal explica que el Derecho Civil hubiera de erigirse en patrón modélico, incorporándose sus primorosas figuras y construcciones, por el procedimiento de calco, al rudimentario sistema de Derecho Administrativo, adherencias que aún ahora tanto lamenta Gaston Jèze, cuando reprocha que se mantengan “estas expresiones de contrato administrativo, de mandato de derecho público, de tutela administrativa, de derechos de potencia pública, de propiedad pública (...) puesto que, a problemas enteramente diferentes de los de Derecho Civil corresponden y deben corresponder teorías diferentes de las de Derecho Privado” (prólogo de la obra citada).

Ha de transcurrir mucho tiempo, exactamente hasta 1873, para que el Tribunal de Conflictos reconozca la autonomía del sistema, al declarar que la administración “tiene sus reglas especiales, distintas de los principios que se encuentran establecidos en el Código Civil para regular las relaciones entre particulares” (Arrête Blanco), solución que Marcel Walline considera “la piedra angular de todo el Derecho Administrativo” (*Tratíé élémentaire de Droit administratif* Sirey. 3ème éd. París, 1950).

En otro aspecto no lograron mejor fortuna las técnicas utilizadas. La caótica balumba de materia administrativa tenía que asimilarse, si es permitida la metáfora, reducida a categorías, a su vez clasificadas.

Cormenin describe la situación, haciendo observar que, “la legislación administrativa no es más que un amontonamiento incoherente de artículos donde todo se encuentra confundido, lo que es un principio y lo que es solamente reglamentario, lo transitorio y lo definitivo, lo que atañe a las cosas y lo que es propio de las personas. Las leyes se comentan sin explicarse y la recopilación, donde se han aglomerado -“**pêle-mêle**”- caprichosamente, es como un vasto arsenal que proporciona armas a todos los contendientes, a todos los intereses y a todos los sofismas”. El propio Cormenin propone un método un tanto escolástico, consistente en “agrupar las especies, elevándolas por generalización al rango de axiomas y deducir de éstos las consecuencias jurisprudenciales, logrando así, como en las matemáticas, la regla y la prueba” (“**Questions de Droit administratif**”. T. I. p. XIV y XVI).

Pero, aún siendo acuciador el apremio, los tratadistas no llegan a superar los procedimientos primarios de clasificación, algunos de los cuales, como sucede con el “**Traité générale de Droit administratif appliqué**” de Dufour, adoptan, ¡nada menos!, que el orden alfabético. Es la “era divulgadora”, según la adjetiva Hauriou, en el transcurso de la cual, el Derecho Administrativo reduce su doctrina al comentario de los textos legales, malamente ordenados y aún peor comentados con consideraciones extrajurídicas de naturaleza filosófica, política o sociológica.

Cierto, que la contrapartida, que prima en definitiva, está representada por la brillantísima obra del Consejo de Estado, en cuyos acuerdos (“arrêtes”), han de buscarse las mejores construcciones teóricas; hasta la aparición del gran renovador Eduard Louis-Julién Lafarrière (1841-1901), “el primero en Francia que introduce orden y método, siendo también quien más eficazmente influye en la formación y en el desenvolvimiento del Derecho Administrativo” (Jèze. Obra citada.) Ahora, que la responsabilidad y el mérito pertenecen ya a otra generación.

## **b. La recepción del Derecho Administrativo francés**

Desde sus comienzos, la experiencia administrativa francesa va siendo adoptada por distintos países. Si es permisible emplear en un mismo sentido vocablos que aluden a situaciones históricas literalmente definidas, cabría asegurar que se trata de algo equivalente a una “recepción” de

Derecho extranjero, aun cuando las circunstancias dadas difieran de aquellas en que se produjo la incorporación del Derecho romano a los sistemas de Derecho nacional. Sin embargo, no deja de operarse un fenómeno que, en puridad gramatical, constituye también una auténtica "recepción".

Los tratadistas de Derecho Comparado hablan así de "la recepción del Derecho francés" para describir la difusión del Código Civil, "asegurada, en parte *ratione imperii*, en parte *imperio rationis*" (P. Arminjon. B. Nolde M. Wolf. "Traité de Droit Comparé". Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París. 1950. T. I. pág. 136).

Análogamente le sucede al Derecho Administrativo francés, si bien con dos importantes variantes. Primeramente, no tiene lugar tanto en lo literal de los textos como en lo virtual del sistema mismo y de sus instituciones. Además, se trata de una recepción prematura pues ocurre en su fase incipiente, si bien, una vez insertada la estructura, ésta prosigue las sucesivas evoluciones.

Lo cierto es que, de una manera parecida a lo que acontece con el Código Napoleón, "le régime administratif français" influye los sistemas de Derecho Administrativo de Bélgica, Italia, España, Portugal, Alemania, Austria y con incidencias directas o indirectas más lejanas, en Polonia, Rumania, Grecia; es decir, prácticamente en toda la unidad continental europea. Por esto advierte Otto Mayer que: "la comunidad de espíritu de la familia de naciones europeas no se manifiesta quizá en ninguna parte tan bien como en la historia común de sus ideas sobre el Derecho Público" (Obra citada, pág. 69).

Semejante recepción se produce de diferentes maneras, si bien, a la larga, con análogos efectos.

Ante todo, existe la recepción "*ratione imperii*", que mejor podría calificarse de "transportación", la cual comprende a los países sometidos al dominio, o cuanto menos, a la hegemonía francesa, como Bélgica, Luxemburgo, igualmente que los Estados italianos de Piamonte, Dos Sicilias y Ducado de Parma.

La otra recepción se opera "*imperio rationis*", caso éste de los demás Estados italianos, el Lombardo-Veneto y Toscana, así como también España, Portugal, Estados alemanes, Austria y, con mayor o

menor pureza e intensidad, los restantes países continentales, incluíbles, pese a sus diferentes modalidades jurídicas, en el mismo grupo francés.

El caso de Alemania, por la heterogeneidad de cultura -contrapuesta a la latina- resulta aleccionador para percatarse de la fuerza de penetración de un régimen jurídico allí verdaderamente extraño en la estricta acepción de la palabra, aun cuando Otto Mayer, con frase exacta, pero no exenta de ironía, asegure que “los alemanes desempeñamos, sobre todo frente a Francia, el papel del que imita y recibe; si debemos estarles siempre agradecidos es ya otro asunto”. (Obra citada, pág. 69).

El régimen administrativo no se implantó en Alemania revolucionariamente y las etapas evolutivas se van sucediendo con lentitud. Así, a comienzos del siglo XIX no existía aún Derecho Administrativo y “las normas conforme a las cuales los funcionarios habían de regir la administración constituían órdenes de servicio y no preceptos jurídicos” (Gönnér. **“Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses”**. Berlín, 1804, II, págs. 1, 44, 59 y **“Deutsches Staatsrecht”**. Berlín, 1804, págs. 328 y 550).

Poco a poco va imponiéndose la tendencia de vincular la administración pública a reglas fijas, y merced a la ficción de considerar al Fisco como una persona de Derecho Privado cabía obtener, por vía de indemnización, la reparación de los derechos lesionados, con lo cual, aquél constituía, según un dicho ingenioso, “el paño de lágrimas del Estado” (Bornhak). Avances graduales, hasta llegar a reconocer explícitamente que “a las obligaciones de los súbditos, fundadas en las relaciones de dependencia, corresponden, por otra parte, los derechos de los súbditos como tales. El soberano no sólo tiene derechos, sino también obligaciones” (Carl von Pfizer. **Über die Grenzen zwischen Verwaltung und Civil-Justiz**. 1928. pág. 18).

He aquí la aplicación concreta de la idea de Estado de Derecho o Estado regido por el Derecho (**“Rechtstaat”**), que no es exclusivamente alemana, pues como indica Otto Mayer, “nos es común en sus elementos esenciales con las naciones hermanas que han pasado por los mismos sucesivos desenvolvimientos, principalmente con la nación francesa, a la cual, a pesar de todo, el destino nos ha vinculado por la comunidad de espíritu” (Obra citada, pág. 83).

Finalmente, desde 1863 comienzan a implantarse en Baden, Prusia, Saxe, etc., los Tribunales Contencioso administrativos, independientes a

veces de la Administración activa y de los Tribunales de justicia, con lo que, "las normas administrativas adquieren fuerza vinculatoria bilateral" (Ihering. "Der Zweck im Recht" T. I. pág. 344).

Por cierto, que ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que se implantara en Alemania desde 1863 la modalidad de la jurisdicción delegada -ejercida por propio derecho con independencia de la Administración activa y de los Tribunales ordinarios- cuando en Francia no se estableció definitivamente, como se ha dicho, hasta 1872, pero habiendo tenido allí vigencia temporal de 1849 a 1852. Ello comprueba, o cuanto menos sugiere, que algunas instituciones jurídicas se van desarrollando con una cierta regularidad de resultado, cualquiera que sea la rapidez o el retraso de sus diversas fases.

La misma tendencia se advierte, en otros términos, en el proceso evolutivo de la jurisdicción contencioso administrativa en Bélgica e Italia.

El sistema contencioso administrativo francés, en su forma primitiva, fue conservado por Bélgica, con algunas modificaciones, hasta que se establece la unidad jurisdiccional en la Constitución de 1831 (arts. 92, 93, 106, 107). Varias fueron las medidas sucedáneas para colmar la laguna. Pero, en general, la solución se consideraba satisfactoria, en virtud de las peculiaridades del régimen administrativo belga, diferenciado en tantos aspectos del francés -sobre todo siendo descentralizado- y con el convencimiento de que los Tribunales ordinarios podrían corregir, en su caso, las incorrecciones administrativas si éstas lesionaran los derechos de los administrados.

No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ejercía una influencia evidente, cuando había que hacer pronunciamientos sobre materias esencialmente administrativas, por ejemplo, las referidas a la responsabilidad de la administración, diferidas a los Tribunales ordinarios.

No existía ni podía existir, por otra parte -y la falta era advertida y lamentada- un auténtico recurso de anulación por exceso de poder. Desde 1912, los tratadistas, y entre ellos Maurice Vauthier, reprochan las imperfecciones de la técnica jurídica derivadas del régimen de unidad jurisdiccional, notando particularmente que, los principios del Derecho Civil no resultaban adecuados para aplicarlos a las relaciones de orden administrativo. Es decir, postulando la autonomía del Derecho Administrativo que el Tribunal de Conflictos francés había prescrito el año 1873, en el famoso **arrête Blanco**.



En 1930 se presenta ya un proyecto legislativo para restablecer la jurisdicción contencioso administrativa, con las modernas modalidades, recordándose en el debate que, “la elaboración del recurso por exceso de poder es una de las creaciones más destacadas del Derecho Administrativo francés, debiéndose su creación a la obra del Consejo de Estado”, hasta que la ley 23 de diciembre de 1946 encomienda también a un Consejo de Estado el ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa con poder para estatuir sobre los recursos de anulación por exceso de poder contra los actos y reglamentos de las autoridades administrativas, comprendiendo los Decretos del Rey. (Art. 9).

El otro caso concierne a Italia. Desde la ocupación napoleónica se había instituido en distintos Estados italianos la jurisdicción administrativa, en su modalidad de jurisdicción retenida, quedando así organizada en Nápoles (1817), Estados Pontificios (1835), Sicilia (1838) y Piamonte (1842). Constituido el Reino de Italia, se procede después de varios reajustes, a la unificación jurisdiccional, dispuesta por la ley de 20 de marzo de 1865, que sigue el precedente belga, con lo cual queda también prácticamente abolida la jurisdicción contencioso administrativa. Un poderoso movimiento de rehabilitación se perfila, desde el primer instante, teniendo conductores tan autorizados como Silvio Spaventa y Francesco Crispi. Paulatinamente se va articulando, en todas sus piezas, la jurisdicción contencioso administrativa, pasando por las fases progresivas que marcan las leyes de 31 de marzo de 1889 y sus sucesivas ampliaciones de 1890 y 1907. La forma definitiva se encuentra codificada en el texto de 26 de junio de 1924, cuyos principios inspiradores adquieren rango constitucional en la Constitución vigente de 1948 (arts. 24, 103 y 113).

No es esta la oportunidad para confrontar los sistemas francés e italiano, entre los cuales se advierten más bien diferencias de matiz que de concepto. Bastará indicar que, el tipo de jurisdicción llamada de legitimidad -“*legittimitá*” y no legalidad- es asimilable al *contentieux d'annulation*, si bien requiera la preexistencia de un interés legítimo individualizado, distinguido cuidadosamente por la técnica jurídica italiana del derecho subjetivo (Constitución art. 13 y Texto codificado art. 26). En cambio, el tipo de jurisdicción de oportunidad -“*di merito*”- que es atributiva, por requerir una expresa competencia, se aproxima al recurso francés de plena jurisdicción, comportando idénticos efectos. En cuanto al exceso de poder, como medio de ejercitar el recurso de legitimidad, es tan próximo a la noción francesa que pueden considerarse una misma cosa.

De esta manera se perfila el área jurídica del continente europeo donde se ha operado la recepción del Derecho Administrativo francés, hasta el punto de designarse usualmente las realizaciones de sus respectivos regímenes administrativos con el nombre de "solución francesa".

En Alemania, la Constitución de 1919, preveía una Alta Corte Administrativa ("*Reichsverwaltungsgericht*"), configurada según el modelo francés, con múltiples órganos jurisdiccionales subalternos, entre los cuales figuraban los de orden fiscal ("*Reichsfinanzhof*") y económico ("*Reichswirtschaftsgericht*"). Después del paréntesis nacional socialista, los primeros Tribunales Administrativos reaparecen a partir de 1945, reorganizados en las zonas de ocupación, y la Ley fundamental para la República Federal de Alemania de 23 de mayo de 1949 indica que "serán creadas Cortes Superiores federales en materia de derecho administrativo y fiscal" (art. 96).

Por lo demás, el sistema vigente en los diferentes *Länder*, establece "la acción en anulación de actos administrativos" ("*Aufhebungsklage*"), de una manera aproximada al recurso por abuso de poder, tal como ha sido clásicamente elaborado por la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado francés; y concretamente, la Ordenanza de Baden, de 30 de marzo de 1947, dispone que, la jurisdicción contencioso administrativa "estatuará sobre los recursos de anulación entablados contra los actos administrativos de cualquier clase, sean de orden general o especial, en tanto que, en perjuicio del recurrente, hayan violado una ley o se originen en un abuso o un exceso de poder", fórmula referida a la teoría francesa de *excés de pouvoir et de violation de la loi*.

En los países escandinavos, Dinamarca, Suecia y Noruega, se comprueba, en la propia clave de bóveda del Derecho Administrativo, que es la jurisdicción contencioso administrativa, la irradiante influencia francesa que se extiende, en el próximo oriente, hasta Grecia, Turquía, el Líbano y Egipto<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> La más reciente bibliografía, para seguir el proceso evolutivo de la jurisdicción contencioso administrativa se encuentra en estos estudios: Bélgica: Vauthier, Maurice, "Précis du droit Administratif de la Belgique. Ed Larcier S A. Bruxelles, 1950, T. II. Página 661. Vauthier et Moreau. "Etude sur l'influence exercé en Belgique par le Conseil d'Etat francais". Livre jubilaire du Conseil d'Etat. París. 1952 págs. 481.491 Italia: Letini, Arturo. "La giustizia amministrativa" Società Editrice Libreria, Milano 1948. Lessona, Silvio, "La giustizia amministrativa", 2a ed Univcrsità Editrice.

Es en este sentido que se afirma la recepción del Derecho Administrativo francés y con ella, una concepción uniforme del Derecho Administrativo mismo.

## II.- LA CONSTRUCCIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

### a).- El problema metodológico

Es a partir de 1865 cuando, merced al planteamiento original de Karl Friedrich Wilhelm von Gerber (1823-1891), comienza a elaborarse en Alemania una doctrina del Derecho Público -mejor Derecho del Estado, "Staatsrecht"- con pretensiones científicas, "investigándolo y exponiéndolo desde un punto de vista exclusivamente jurídico"<sup>12</sup>.

Mas, para hacer posible una concepción científica del Derecho Público había que comenzar resolviendo previamente el problema del método, intento de Paul Laband (1838-1911) con la "Begriffsjurisprudenz", término que podría traducirse, de una manera más expresiva que literal, por "Derecho conceptual", pues trata de reducir el contenido de la norma a conceptos puros, excluyendo nociones éticas, políticas, sociológicas e históricas, a fin de "definir el Derecho con el criterio de la pura forma". Semejante método procede por sucesivas generalizaciones, y así, partiendo del Derecho positivo, mediante el análisis y la síntesis lógico-formal, llega a establecer conceptos jurídicos, pasando de éstos a las instituciones jurídicas y en fin, a la formulación del

---

Firenze. 1945, Giacobelli Giacomo "La giustizia amministrativa". Ed, Gisalpino. Milano Varese 1950. Ettore Charles, "Le controle juridictionnel de l'Administration en Italie". Revue du D. P. et de la S. P. 1951. págs. 998-1035 República de Alemania. Forsthoff, "Lehrbuch des Verwaltungsrecht". Berlin und Munchen. 1950. Schunck. "Die Verwaltungsgerichtsbarkeit". Berlin. 1950 Turquía: Siddik Sami Onar, "Des rapports et des ressemblances existant entre les Conseils d'Etat turc et francais" Livre J du C d'E p. 555-574. Egipto: Abel Razzak Ahmed el Sanhoury Pacha "Le Conseil d'Etat Egyptien et le Conceil d'Etat francais. Idem p. 575-583 Libano: Choucri Cardahi, "La juridiction administrative au Liban et son evolution". Idem págs. 585-593. Francia: Grazier Francois, "Essai de présentation des ouvertures du recours pour excés de pouvoir en 1950", Etudes et Documents. Conseil d'Etat Paris 1951. p. 77.

<sup>12</sup> Gerber. "Grundzüge eines Systemes des deutschen Staatsrechts". Leipzig 1865. (3a. ed. 1880).

sistema. "Abstraer, distinguir, subdistinguir; clasificar, desmenuzando después los conceptos, para alcanzar, con el análisis lógico, las categorías generales y en fin los dogmas jurídicos supremos que constituyen, según algunos, el alfabeto del Derecho"<sup>13</sup>.

¿Cómo ésta nueva manera de concebir el Derecho Público podía afectar al desenvolvimiento de su rama administrativa?

Ya se ha descrito anteriormente la situación del Derecho Administrativo en su fase inicial que cubre el lapso denominado por Hauriou, "era divulgadora".

En tal estado, el Derecho Administrativo no tiene más que un cometido descriptivo; es decir, se limita a indicar cuál es la materia propia del mismo y, a lo sumo, mostrar como son sus conexiones. De aquí, que quepa entonces calificarla de **Derecho Administrativo en su fase expositiva**.

El segundo periodo tiene su exponente en la obra de Édouard-Louis-Julien Lafarriere, "**Traité de la jurisdiction administrative**" publicada en 1886, que marca, en la Europa continental, el tránsito a otra concepción. En efecto, la simple exposición se convierte en problema y el problema requiere el concurso de un método para conseguir las soluciones. Por tanto, el Derecho Administrativo se enriquece con una problemática y con técnicas de construcción jurídica. Es lo que demuestran el concepto de Estado-potencia-pública, contrapuesto al de Estado-persona jurídica, y sus correlativas derivaciones de actos de autoridad y actos de gestión. Aun cuando ningún ejemplo es comparable al que ofrece la maravillosa construcción técnica del recurso contencioso administrativo, cuya estructura se mantiene aún en sus líneas generales.

No obstante, las construcciones jurídicas son solamente parciales, por concretarse a determinados temas. De donde resulta que únicamente cabe considerar con ello **un Derecho Administrativo en su fase temática**.

Empero, para llegar a una concepción científica del Derecho Administrativo, queda por resolver el problema central, que consiste en definir su esencia misma, determinando **qué es el Derecho Administrativo**, condición necesaria para darle la coherencia unitaria de

---

<sup>13</sup> Prefacio de la segunda edición de la obra de Laband, "Das Staatsrecht des deutschen Reich". Tubinga. 1911.

un sistema; es decir, falta configurarlo como un **Derecho Administrativo en su fase sistemática**.

El empeño en darle a todo el Derecho Público una formulación científica, con el imprescindible concurso del método, irradia de Alemania a Italia y más tarde a Francia.

Las mismas preocupaciones metodológicas fueron compartidas, desde el comienzo de sus investigaciones, por Vittorio Emanuele Orlando (1860-1951), el fundador de la escuela científica del Derecho Administrativo italiano. Sus primeras prelecciones, en la Universidad de Módena en 1885, y en la Universidad de Palermo en 1889, se consagraron así a establecer, **“I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del Diritto Pubblico”**, aplicados en su **“Trattato de Diritto Amministrativo”**, que señala la fecha crucial de 1890: “La definitiva reconstrucción de la Ciencia -afirma Orlando- ha de partir de la definición misma. De esta manera, la pureza jurídica exige, mediante procedimientos analíticos y metódicos que obliguen a pensar jurídicamente, comenzar separando el Derecho Administrativo, exclusivamente jurídico, de las reglas de conveniencia propias de la Ciencia de la Administración (Orlando. **“Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione”**, en **“Archivio giuridico”**. Vol. XXXVIII. Bologna. 1887).

De otra parte, las dificultades legadas por los tratadistas anteriores a 1890 obligan a extremar la actitud crítica. No cabía, en efecto, determinar un Derecho Administrativo científico, presuponiendo la figura subjetiva de la Administración con el cometido de ejecutar leyes administrativas (Macarel), lo cual a más de constituir una tautología, elude la definición.

No era tampoco suficiente ni exacto, identificar la Administración con el Poder ejecutivo, haciendo del Derecho Constitucional el acápite del Derecho Administrativo. La separación entre ambos ha de ser radical.

El programa de Orlando consiste en derivar de la experiencia del Estado, mediante el proceso de abstracción característico de la Ciencia jurídica, los distintos momentos de su proceso, destacando así su **forma de ser** o Constitución y sus funciones operativas (**“funzioni dell'agire”**) o Administración. Entonces el Derecho Administrativo aparece como “el sistema de principios jurídicos que regulan la actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines”, conclusión que tiene su origen en un concepto teleológico ya utilizado por Romagnosi en 1814 y por Manna en

1840. El primero, hablaba de propósitos finalistas referidos a “intereses públicos”, el otro, a “la conservación del Derecho”.

Orlando, sesenta y dos años más tarde, defiende su concepción finalista, en virtud de la calidad jurídica del concepto de fin o finalidad: aduciendo, para demostrarlo, la estructura del negocio jurídico, en la cual, la causa y el fin son factores desprendidos del sentido de las propias palabras. Lo mismo acontece en la teoría de la institución, de Hauriou y de Santi Romano, así como en las construcciones de la Escuela de la Jurisprudencia de los intereses; e inclusive, el propio Derecho Administrativo hace intervenir los conceptos de causa y fin en el nexo que se afirma en el famoso recurso de desviación de poder.

Este criterio teleológico, a pesar de ser tan objetable, hace posible una concepción sistemática del Derecho Administrativo. No es así extraño que constituya el eje de la escuela de administrativistas italianos, que cuenta entre los más conspicuos a Orestes Ranelletti y Santi Romano, y continúe proyectando un tenue reflejo en la más reciente generación de Guido Zanobini, Francesco d'Alessio y Cino Vitta.

El empalme de la especulación jurídica entre Alemania y Francia, ha sido siempre la egregia Universidad de Strasbourg -donde estudió Goethe- sucesivamente alemana y francesa en la pertenencia política, pero en todos los casos acuciosa en su cometido intelectual que no reconoce diferencias de nacionalidad. Es con este espíritu que, en 1886, Otto Mayer (1864-1924), escribe, siendo aún profesor de aquella Universidad, su “Teoría del Derecho Administrativo francés” (“*Theorie des französischen Verwaltungsrechts*”), que años más tarde tendrá una réplica alemana en su “Derecho Administrativo alemán” (“*Deutsches Verwaltungsrecht*”. Leipzig, 1895-96).

El impacto de la doctrina alemana, se advierte inmediatamente en Francia, siquiera sea con las meras citas de los grandes tratadistas. Pero, si de lo superficial se pasa al contenido queda evidenciado que los planteamientos son comunes, a veces para suscitar polémicas fecundas e inclusive sugerir anticipaciones de puntos de vista que después sostendrá la Ciencia jurídica germánica, como hace Duguit con su concepción monista del Derecho -unidad del Derecho Público y Privado- y la negación de los derechos subjetivos, fundamento del sistema de Hans Kelsen.

Desde la fecha crucial de 1890, no puede explicarse el desarrollo de la Ciencia del Derecho Público francés sin el concurso de la doctrina alemana, como así mismo sucede a la inversa.

Este es el significado que tiene la labor emprendida por Adhémér Esmein (1848-1913), en sus difundidísimos **“Eléments de Droit Constitutionnel”** (1896), Maurice Hauriou (1859-1929) en su **“Précis de Droit Administratif”** (1892), **“Principes de Droit Public”** (1910), **“La théorie de l’institution”** (1910), **“L’Ordre social, la Justice et le Droit”** (1927), sin olvidar su gran obra de comentarista de la jurisprudencia administrativa, **“Notes d’arrêts sur décisions du Conseil d’Etat et du Tribunal de Conflits”**, que comprende 370 casos, de 1892 a 1929, y cuyo mejor elogio se ha hecho al decir de ella que no se sabe quién habla por quién, Leon Duguit (1859-1928) en **“Etudes de Droit Public”** (1901), **“Les transformations du Droit public”** (1913), y sobre todo, su extraordinario **“Traité de Droit Constitutionnel”** (1920). León Michoud (1856-1916) en **“La théorie de la personnalité morale”** (1906-1909). Carré de Malberg (1875-1933) y su espléndida **“Contribution a une théorie générale de l’Etat”** (1922). Es decir, todos cuantos han sentado los principios orientadores de la ciencia del Derecho Público francés y de su rama tan frondosa del Derecho Administrativo.

El problema del método jurídico tuvo en Francia una brillante solución, en la nunca bastante elogiada obra de François Geny (1861-1930), **“Science et technique en droit privé positif”** (1922), cuya aplicación al Derecho Administrativo subraya su hijo Bernard Gény, en el reciente estudio, **“De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif”**, que a su vez encuentra completado por Roger Latournière en su magistral **“Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d’Etat”** (ambos publicados en **“Livre jubilaire du Conseil d’Etat”**. Sirey, 1952, págs. 277-293 y 177-275). He aquí de qué manera la universalidad de la Ciencia ha hecho universal la doctrina del Derecho Administrativo científico.

## **b.- Criterios actuales de la Ciencia del Derecho Administrativo**

El objeto del Derecho Administrativo se encuentra siempre implícito en su definición. De aquí que ésta constituya el primero y más destacado de sus problemas. Aun cuando no se trata, tan sólo, de la fórmula definidora,

apreciada en su valor literal, antes bien sirviendo funcionalmente para delimitar el propio contenido. Según se defina, pues el Derecho Administrativo se predetermina no solamente la solución de sus problemas parciales sino la totalidad de su misma sistemática, Por tanto, las diferentes concepciones se manifiestan en las correlativas definiciones.

El Derecho Administrativo se refiere, como es notorio, a una pluralidad de reglas normativas. Mas ¿con qué criterio agruparlas homogéneamente para conferirles unidad sistemática?.

Es el profesor Einsenmann quien consigue hacer un exacto planteamiento del problema “¿Qué reglas -observa- han de considerarse como integrantes del Derecho Administrativo y cuáles, por el contrario, deben considerarse que no le pertenecen? Admitase que las reglas R1, R2, R3, son reglas de Derecho Administrativo; esto implica evidentemente que se da una definición del Derecho Administrativo, -es decir, una característica de sus reglas- que conviene igualmente a todas las reglas de los grupos R1, R2, R3, y no, por ejemplo, tan sólo a R1. Si, al contrario, se admite que únicamente las reglas de los grupos R1 y R2, son reglas del Derecho Administrativo, es también evidente que no debe darse una tal definición del Derecho Administrativo cuyos elementos constitutivos se encuentran asimismo comprendidos en las reglas de los grupos R3 y R4 (Eisenmann. “*Théories fondamentales du Droit Adminstratif*” Cours de Doctorat de l'Université de París. 1952).

### *1.- Apogeo y crisis de la noción de servicio público*

Un concepto, indudablemente acertado como el de servicio público, ha permitido simplificar de una manera excesivamente fácil la definición de Derecho Administrativo. Este, según tal criterio, es el que tiene por contenido los servicios públicos. Si bien el simplismo aparente de esta fórmula comporta implicaciones que acarrearán su propia crisis.

Es de sobra conocida la amplitud con que Duguit idea una concepción de conjunto, sustituyendo el clásico concepto de soberanía por el de servicio público, con lo cual éste se convierte en “la noción fundamental del Derecho Público moderno” (“*Les transformations du Droit public*”. XVIII). Los gobernantes, no ejercen entonces el gobierno como un derecho, sino que su obligación es asegurar, a beneficio de los gobernados y de la colectividad entera, los servicios públicos.



La denominada “**école de Bordeaux**”, por inspirarse en el magisterio de Duguit, ha hecho de una tan generalizada noción el eje de sus construcciones jurídicas y así Gastón Jèze la lleva al Derecho Administrativo que, conforme a su definición, “comprende reglas especiales relativas al funcionamiento de los servicios públicos” (Jèze. -“**Les Principes Généraux du Droit Administratif**”. 3eme, éd. Librairie generale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1925-30. T. I. pág. 1).

Ahora bien, como sucedáneo de la soberanía, el servicio público se confunde con la totalidad indiscriminada de las funciones estatales. La jurisdicción en materia civil y penal y el cometido de los Tribunales habrían de considerarse servicios públicos, entrando en el ámbito del Derecho Administrativo; consecuencia que tratadistas posteriores, como Rolland, tratan de eludir, excluyendo expresamente, a vía de excepción, “los asegurados por los Tribunales de Justicia”.

Pero, la noción de servicio público incluye otro equivoco. Se le concibe, ante todo, como una actividad asumida o acción asegurada, pero también puede referirse a un aparato de órganos o de agentes. Por ejemplo, el Servicio de Aduanas. De donde se desprende un doble significado; servicio-actividad y servicio-institución, lo que obliga, en cada caso, a esclarecer el adecuado sentido.

Ahora, que la clave de la definición la contiene “la especialidad de las reglas” con lo que el servicio público será tal si se encuentra sujeto a un régimen especial (“**procédé de Droit Public**”). Servicio público, es así equivalente a regulación por el Derecho Público, con lo cual habrá que distinguir “servicios públicos propiamente dichos” y “gestiones administrativas del Derecho Privado”. A pesar de ello, Jèze reconoce que el servicio público puede, asimismo, regirse por procedimientos derivados del Derecho Privado (adquisiciones de bienes, contratación de personal... etc.), pues se trata en todo caso de “un procedimiento técnico para la satisfacción de necesidades de interés general, sea mediante servicios públicos propiamente dichos (sujetos al Ordenamiento jurídico del Derecho Público) o gestiones administrativas (reguladas por el Derecho Privado).

La falta de una determinación conceptual de la administración o actividad administrativa- hace imposible distinguir los servicios estatales indiferenciados de los específicos servicios administrativos, y, como si fuera poco, la heterogeneidad de las reglas aplicables no permiten conferir

unidad jurídica a la noción de servicio público, ni siquiera propia al Derecho Administrativo pues éste comprende dos grupos de reglas sin ningún carácter común.

## *2.- El viraje de los tratadistas franceses*

La noción de servicio público, aun cuando incorporada definitivamente a la doctrina administrativa no sirve ya de criterio definidor del Derecho Administrativo en los tratadistas más modernos, entre ellos Marcel Waline (*"Traité élémentaire de Droit administratif"* 6ème éd. Sirey. París. 1950).

El Derecho Administrativo lo define M. Waline como "conjunto de reglas que precisan en qué condiciones las personas administrativas adquieren derechos e imponen obligaciones a los administrados, por órgano de sus agentes, en el interés de la satisfacción de las necesidades públicas".

Con ello se alude, ante todo, como punto de referencia, a la Administración, siquiera se la considere subjetivamente como "organización de agentes administrativos", rehabilitando así los conceptos de sujeto y de relación jurídica.

Tampoco apela André Laubadère a la noción de servicio público para definir el Derecho Administrativo, aun cuando haga su apología en el Prefacio de su última obra (*"Traité élémentaire de Droit Administratif"*. Ed. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1953): "Que esta noción se haya hecho más difícil de captar, que su cometido se haya aminorado y en todo caso transformado, que sea imposible y aun inútil de ver en ella la clave de todos los problemas y el alma de todas las teorías del Derecho Administrativo, resulta más que evidente. Mas la idea de servicio público ha de ser aún retenida como fundamental".

En todo caso, Laubadère extrema la prudencia y reconoce que "la definición comporta una cierta relatividad o imprecisión e inclusive, en ciertos aspectos, una arbitrariedad". Por ello recurre al procedimiento enumerativo, incluyendo estos conceptos: a) La organización administrativa; b) La actividad administrativa, según una casuística, c) Los medios de acción, d) El régimen jurisdiccional administrativo.

Pero tanto, para Waline como para Laubadère, el Derecho Administrativo tiene como característica distintiva, ser un Derecho especial “particularista” y “autónomo”.

### **3.- La tesis de M. Eisenmann**

La existencia de un Derecho Administrativo está subordinada a la existencia de una Administración pública, en el sentido de organización y conjunto de órganos. Esta es un elemento del aparato étático, distinguible de los demás, como el Parlamento, los Tribunales y el Gobierno.

La Administración-institución se convierte en el objeto de la definición misma del Derecho Administrativo. De donde se deduce que, “todos los problemas jurídicos que conciernen a la Administración y toda regla referida a un problema a ella referido son contenidos propios del Derecho Administrativo, sin que se tenga en cuenta la especialidad o no especialidad de las reglas, pertenezcan así al Derecho Privado o a otras ramas del Derecho Público”. Entendiendo por reglas válidas para la Administración “aquéllas que tienen por sujeto activo o pasivo -de derechos o de obligaciones- a cualquier agente administrativo o al conjunto que constituye la Administración”. (Obra citada, pág. 132).

Una definición del Derecho Administrativo se concretaría así en esta fórmula tan sobria: “conjunto de reglas jurídicas que, en cualquier medida, sean válidas para la Administración”. En suma, es el Derecho de la Administración.

Ello obliga a distinguir dos grandes grupos de reglas; las que regulan la organización y las que se refieren a los cometidos de la actividad administrativa, sin que quepa calificar las unas por las otras.

La opción ha de decidirse por el aparato administrativo, pues entonces concuerda la experiencia histórica con la experiencia científica. “Esta disciplina, en efecto, no se ha edificado jamás -al menos en Francia- sobre la piedra de la administración-actividad, sino sobre la piedra de la administración-institución, o aparato administrativo”.

De otra parte, la Administración no es determinable por la índole de una función que le sea propia. Sin embargo, ésta llega a calificarse, en su calidad específica de función administrativa, una vez determinada la Administración-institución, afirmando que es una ejecución de la ley, con

dos notas distintivas, las cuales la diferencian de la función judicial. Primeramente, por la manera de ejercitarla, en consecuencia al estatuto peculiar de los agentes de la administración; en segundo lugar, por la carencia de un procedimiento de tipo jurisdiccional.

El último punto a esclarecer es el del Derecho aplicable. ¿Ha de aplicar la Administración exclusivamente un Derecho especial, calificativo del régimen administrativo, según pretende Jèze y ha sostenido hasta hace poco la jurisprudencia? Tal es la tesis monista.

A pesar de ello, desde el año 1921, la decisión del Tribunal de Conflictos, conocida con el nombre de “*arrête bac d'Eloka*” ha hecho reconsiderar la generalidad de la doctrina. En efecto; ha sido preciso reconocer que existen servicios públicos -como en este caso el de transporte de mercancías- que se desenvuelven por un procedimiento de Derecho Privado. En virtud de ello las consecuencias son diferentes, pues los contratos pertenecerán “al Derecho común” y las responsabilidades derivadas se regirán también por las reglas del Derecho Privado.

De esta manera ha de replantearse nuevamente la cuestión de los dominios del Derecho Público y del Derecho Privado en el régimen jurídico de la actividad administrativa.

He aquí, a grandes rasgos, el perfil que señala la evolución de un sistema de Derecho Administrativo, de tan rico contenido doctrinal, que ha dado lugar a una Ciencia del Derecho Administrativo con valor de universalidad, sin romper el equilibrio entre la especulación teórica y las resultancias prácticas, pues teoría y práctica se han unificado merced a que la doctrina, como en el mito de Anteo, se robustece precisamente manteniendo su contacto con la realidad jurídica.



## La personalidad jurídica del Estado\*

El Estado recibe la calificación de “persona jurídica” -destinatario de normas y titular de poderes y deberes- tanto en el Derecho interno como en el Derecho Internacional, representando ello, a la vez, un precepto positivo y un supuesto de razonamiento<sup>1</sup>.

Mas pese a la universalidad de semejante noción esta es tan compleja que, aún considerándola un dogma (F. Bataglia. “Il domma della personalitá giuridica della Stato”. Zanichelli. Bologna. 1942), deja subsistente la problemática.

En primer lugar, el concepto mismo de persona jurídica continúa siendo equívoco, exigiendo decidir cómo puede aplicarse indistintamente a seres físicos y a otros de naturaleza heterogénea, entre los cuales se encuentra el Estado. De otra parte, el Estado, personificación unitaria, comprende una pluralidad de sujetos -entes o entidades- constituidos con su propia sustancia, dicho así metafóricamente, que son también personas jurídicas. Además, tratándose de una misma persona ¿por qué se le atribuye, según los casos, una condición diferente, sea de Derecho Público o de Derecho Privado?

---

\* Publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho* No. 8, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1956, pp. 21 a 55.

<sup>1</sup> La personalidad jurídica del Estado es un supuesto en todo sistema de Derecho positivo aun cuando no tenga una formulación concreta. Generalmente ésta suele encontrarse en los códigos civiles. Así sucede en los de Argentina (Art. 33), Brasil (Art. 20), Venezuela (Art. 19), Portugal, Chile... etc. Otros países la incluyen en Leyes ordinarias, Bélgica (Ley 20 de abril de 1836) Colombia (Ley 153 de 1887, art. 80 y Ley 55 del mismo año art. 24), De otra parte, la personalidad del Estado se encuentra afirmada en las constituciones, incluso en la de la U.R.S.S. (arts. 4, 5 y 6).

En cambio, se ha repetido frecuentemente que en Inglaterra no existe definido el Estado como sujeto de derecho sino la corona. Nada sin embargo, más inexacto. Ya Bracton se refería a una “universitas regni”, y en pleno absolutismo abundan las expresiones “República Anglorum” o “Commonwealth of England” hasta el punto de que, como decía Coke, “la Corona es un símbolo jurídico” (“an hieroglyphif of the law”). Por lo demás, Frederic William Maitland, famoso Profesor de Oxford, ha demostrado que la personalidad del Estado se contiene “en esta preciosa denominación de trust” teniendo en cuenta que “no hay gran diferencia entre Público, Estado y Corona, pues cada uno es el trust del otro” (“Introducción a la obra de Otto von Guericke. “Les théories politiques du moyen âge”. Trad. francesa. Ed. Sirey. París. 1914. Pág. 48).

Todo ello obliga a reconsiderar, con sentido, crítico, el problema de la personalidad del Estado en los propios términos en que se ha ido planteando y resolviendo en la historia del pensamiento jurídico.

## NOCIONES PREVIAS

### a) La “persona” considerada como una categoría jurídica

El concepto de “persona” deriva de una doble necesidad, a saber: de la existencia necesaria de un sujeto del Derecho y de la existencia, asimismo necesaria, de un sujeto en toda relación jurídica. El concepto de sujeto es primordial dando lugar al concepto de persona, si bien uno y otro acaban por unificarse.

El primer concepto, el de sujeto, tiene carácter necesario pues sin él carecerían de sentido tanto el Derecho como la relación jurídica “La noción misma de Derecho resultaría incomprensible -asegura Stammler- si no contuviera la categoría de **sujeto**; es decir, ser concebido como un fin en sí, según un orden jurídico, frente a **objeto**, tomado también en un caso concreto como simple medio para determinados fines”<sup>2</sup>

En su consecuencia, “sujeto de derecho es un ser que un Derecho históricamente dado considera como un autofin (“Selbstweck”), y al contrario, objeto de derecho es aquello que, en igual situación, se maneja como simple medio para un fin”<sup>3</sup>.

Así persona será aquel ser a quien el orden jurídico determina como un posible sujeto de derecho.

De otra parte, en la estructura de toda relación jurídica también ha de entrar necesariamente un sujeto como titular de derechos, obligaciones y responsabilidades. Entonces, semejante sujeto de la relación jurídica, titular efectivo de derechos, obligaciones y responsabilidades, se denomina precisamente “persona”. En este sentido, el sujeto o persona constituye el presupuesto de cualquier relación jurídica, tan necesario en ella como lo es el sujeto en todo juicio lógico (sujeto-predicado-cópula). En efecto,

---

<sup>2</sup> R. Stammler. “Tratado de Filosofía del Derecho”(Traducción de W. Rocés). Ed. Reus. Madrid 1930 Págs. 292-93).

<sup>3</sup> R. Stammler. “Unbestimmtheit des Rechtssubjekts”, Berlín. 1907. Págs. 28 y siguientes y “Theorie der Rechtswissenschaft”. Berlín. 1911. Pág. 194.

conforme sostiene Kelsen “al concepto de derecho subjetivo corresponde el de sujeto de derecho o persona jurídica. Constitúyese por la necesidad de representar un “titular” de los derechos subjetivos -de las facultades y de los deberes jurídicos-. Tiene que haber algo -mejor aún, “alguien”- que “posea” derechos subjetivos. Por tanto, **sujeto** es el término opuesto a **objeto** en la relación jurídica. Ejemplo: En un préstamo, el sujeto obligado (el prestatario que ha de devolver la suma recibida) y el sujeto titular del derecho (el prestamista que ha de ser reintegrado) frente al **objeto**, en este caso la cantidad de dinero<sup>4</sup>.

Acentuando el carácter estrictamente formal de la persona, Kelsen la considera “el centro o punto de referencia al cual es imputable el hecho, que es el contenido de un sistema de normas de Derecho”<sup>5</sup>.

De cuanto se ha dicho se colige que la persona, en tal que sujeto de derechos, obligaciones y responsabilidades, constituye una mera calificación jurídica extraída no de la realidad física sino de la realidad jurídica<sup>6</sup>.

Se tiene la calidad de persona en virtud de una determinación del Derecho y en la medida que de ella resulte. De aquí que Radbruch y Santi Romano afirmen que “ser persona es el resultado de una atribución del orden jurídico”<sup>7</sup>. En suma, el orden jurídico prescribe las condiciones precisas para ser sujeto de derechos y obligaciones y así determina concretamente el ser que, mediante tal determinación, ostenta la cualidad de persona<sup>8</sup>.

El concepto abstracto de sujeto del Derecho o de sujeto de una relación jurídica, se hace concreto cuando el orden jurídico determina la cualidad de persona, identificándose entonces el concepto de sujeto con el

---

<sup>4</sup> H. Kelsen. “Teoría General del Estado” Traducción española de Luis Legaz y Lacambra. Ed. Labor, Madrid-Barcelona. 1934, Págs. 82-86.

<sup>5</sup> H. Kelsen. Obra citada. Pág. 85.

<sup>6</sup> Santi Romano. “Frammenti di un Dizionario Giuridico”. Ed. Dott. Giuffrè. Milano. 1947. Págs. 204 y siguientes.

<sup>7</sup> G. Radbruch. “Filosofía del Derecho”(Traducción de J. Medina Echeverría). Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1932. Pág. 171. F. Ferrara. “Teoría de las personas jurídicas”(Traducción de ovejero). Ed. Reus. 1929. Pág. 330.

<sup>8</sup> La locución latina “persona”, en tal que sujeto con capacidad jurídica no comienza a emplearse hasta la época justiniana. (Bonfante “Corso di Diritto Romano”. VI, 314 y Arangio Ruiz, “Istituzioni di Diritto Romano”. Pág. 40). Anteriormente se designaba con el término “caput” Girard “Droit Romain”I, Nota 1 a la pág. 97). Sobre la etimología de la palabra “persona” en los textos romanos consúltese Ferrara, obra citada, págs. 315 y ss.



concepto de persona, con lo cual tiene lugar la concreción de una abstracción.

En resumen:

- 1.- La persona, es el sujeto necesario del Derecho y de la relación jurídica (los conceptos de persona y sujeto son identificables).
- 2.- La determinación de este sujeto la establece el orden jurídico (éste indica quién lo es o puede serlo).
- 3.- En virtud de semejante determinación del orden jurídico se discierne concretamente la cualidad de persona (persona concreta o indicada).
- 4.- La cualidad de persona es una condición precisa para ser, titular de derechos, obligaciones, responsabilidades, poderes y oficios.
- 5.- En consecuencia, la persona es la concreción de una abstracción. El sujeto es el concepto abstracto y la persona el concepto concreto. Con la determinación operada por el orden jurídico ambos aparecen unificados.

Por tanto, la persona puede definirse de esta manera: "Cualidad determinada por un orden jurídico que constituye la condición precisa de todos los derechos, obligaciones, responsabilidades, poderes y oficios"<sup>9</sup>.

## **b) El ser humano como sujeto del Derecho (la denominada persona física o natural)**

Según se ha dicho anteriormente, el orden jurídico -expresado en el Derecho histórico- determina "quién" es persona, o, mejor aún, establece las condiciones que disciernen la cualidad de persona, indicando de esta manera al sujeto posible de derechos, obligaciones, responsabilidades, poderes y oficios.

Ahora bien, en la época actual la conciencia civilizada sienta como un imperativo que todo ser humano es persona. Por ello asegura Rappisardi Mirabelli que, "En el Ordenamiento jurídico de los Estados modernos la atribución de la cualidad de persona se deduce de un principio "a priori" genérico e indistintamente igual para todos los

---

<sup>9</sup> Eneccerus, Kipp y Wolff. "Tratado de Derecho civil" (traducción española de Pérez y Alguer).

hombres”<sup>10</sup>. De donde resulta una situación igualitaria, pues si todos los seres humanos son personas serán por esta razón iguales<sup>11</sup>.

Así el Código Civil de Venezuela dispone que, “Todos los individuos de la especie humana son personas” (art. 16) y la Constitución “garantiza a los habitantes de Venezuela la igualdad ante la ley” (art. 35, ord. 8°).

Sin embargo se ha llegado a esta concepción universal mediante un paulatino proceso histórico, merced, sobre todo, al influjo del Cristianismo<sup>12</sup>.

### *1. El derecho de la personalidad*

Semejante condición, en virtud de la cual cualquier hombre, por el mero hecho de serlo, tiene la cualidad de persona, igual en tal sentido a los demás hombres, se conoce con el nombre de “derecho de la personalidad”.

En efecto, el imperativo universal que exige tratar a todos los seres humanos como sujetos jurídicos, requiere un derecho originario o inicial que defina la personalidad. He aquí, pues, la correcta denominación de derecho de la personalidad por el cual, cuantos son personas -es decir todos los seres humanos- pueden convertirse en un caso dado en titulares de derechos, obligaciones y responsabilidades<sup>13</sup>.

Teniendo en cuenta la peculiaridad de la persona de estar siempre dispuesta a convertirse en sujeto jurídico, un tratadista ha descrito metafóricamente el derecho de la personalidad como “un recipiente destinado a ser llenado”<sup>14</sup>. Mas, aparte de la ingeniosidad de la metáfora, como descripción resulta insuficiente.

---

<sup>10</sup> Rapisardi Mirabelli. “Elementi di Diritto Pubblico generale” Ed. S. E. del Foro Italiano. Roma 1925. Pág. 56.

<sup>11</sup> Radbruch. Obra citada. Págs. 170-71.

<sup>12</sup> La explícita referencia al hombre como fundamento del Derecho se encuentra en la frase de Hermógenes “Omne jus hominum causa constitutum est” D. I, 1, 5, 2.) Pero la evolución tiene lugar en sucesivas etapas históricas descritas por Vincenzo Miceli, “La personalità nella Filosofia del Diritto”. Societa Editrice Libreria, Milano, 1922, Págs. 55 a 252.

<sup>13</sup> V. Miceli. Obra citada, Págs. 253 a 375.

<sup>14</sup> Karl Specker. “Personlichkeitsrecht” Aaran. 1811. Pág. 2. Wolff Obra citada y también C. Ganzi. “Persone fisiche e persone giuridiche”. Ed. Dott. Giuffrè. Milano 1946.

En efecto, la personalidad es algo más que un derecho potencial a adquirir toda clase de derechos, obligaciones y responsabilidades, pues el hombre, por serlo, desde su nacimiento e inclusive desde su concepción, tiene asegurada una suma de derechos efectivos. Derechos originados y necesarios, conocidos con el nombre de derechos del hombre y también derechos naturales o individuales, entre los que se encuentran el derecho a la vida y el derecho de libertad.

A este respecto la Declaración de Virginia, de 12 de junio de 1776, proclama que “todos los hombres han nacido igualmente libres e independientes; tienen derechos ciertos, esenciales y naturales, tales son el derecho de disfrutar de la vida y de la libertad”... (art. 4 igual al art. 6 de la Declaración Francesa de 1793)

Desde entonces los textos constitucionales consagran estos derechos con carácter de derechos fundamentales, o sea base y condición de todos los demás (Ver Constitución Venezolana, arts. 28 y 35).

He aquí pues el balance que expresa el contenido del derecho de la personalidad<sup>15</sup>.

## *2. Los derechos propios de las personas*

Comprenden el conjunto de derechos eventualmente adquiridos por diferentes hechos o actos jurídicos. No se trata así, como en el caso anterior, de derechos originarios, necesarios e iguales para todos los hombres, antes bien son derechos adquiridos y en su consecuencia desiguales. Ejemplo: todos tienen la libertad de proporcionarse la propiedad, pero no es propietario sino aquel que en virtud de un hecho o de un acto jurídico determinado someta un objeto a su dominio. De aquí la igualdad inicial de derechos (los originarios) y la desigualdad sucesiva producida por la diferente adquisición de otros.

Quizás semejante diferenciación, operada por los distintos derechos adquiridos, explica la etimología latina de la palabra “persona” (“*per sonarum*”) máscara usada en las representaciones escénicas que, metafóricamente referida a una diversidad de derechos, indicaría la diferente manera de actuar en el teatro jurídico, donde las personas figuran con una variante fisonomía.

---

<sup>15</sup> Gauzi. Obra citada.

### c) Persona y capacidad jurídica

Generalmente se tiende a confundir ambos conceptos, con lo cual “la personalidad o persona es sinónima de capacidad” (Coviello). Pero no es así exactamente, pues la capacidad consiste en una modalidad o condición modal de la persona; “medida de las posibilidades jurídicas de la persona en cuanto límite de sus derechos y obligaciones”. De esta manera se explica que, aun considerando iguales las personas, sus capacidades sean distintas. Cabe una restricción de la capacidad (incapaces) sin dejar de ser por ello persona, es decir, sujeto de derechos y obligaciones. Lo cual exige diferenciar uno y otro concepto.

Además la misma capacidad comporta dos diferentes posibilidades, a saber:

#### 1º Capacidad de derecho (“*Rechtsfähigkeit*” o “*capacité de jouissance*”)

La capacidad de derecho es la posibilidad de **tener** derechos y obligaciones. Toda clase de derechos y obligaciones, así originarios y adquiridos (propietarios, acreedores, deudores... etc.). En suma, la capacidad de derecho es la simple capacidad de ser titular, por lo cual se la llama también capacidad pasiva, la de poder “tener”.

En alemán se la enuncia, en efecto, con este término “*Habenkönnen*” (poder tener).

#### 2º Capacidad de obrar o de ejercicio (“*Handlungsfähigkeit*” o “*capacité d'agir*”)

No se trata, ya solamente de “tener” o “disfrutar” los derechos sino además de poder ejercitarlos. Posibilidad de ejercitar tales derechos. Esta es pues una capacidad activa ya que no existe sólo para **tener** derechos sino también para hacerlos valer, de aquí el nombre: capacidad de obrar o de ejercicio. De esta manera los menores, enfermos mentales y otros incapaces tendrán capacidad de derecho pero, en cambio, no podrán actuar por sí. Por ejemplo, la adquisición o enajenación de un inmueble de su pertenencia la hará en su nombre su representante legal y lo mismo sucederá cuando hayan de comparecer en juicio.

Por tanto, al “*Habenkönnen*” o “poder tener” corresponden para definir la capacidad plenaria, el “*Könnenhaben*” o “tener poder”.

La capacidad comporta diversas gradaciones: así, capacidad plenaria y capacidad restringida, (ejemplo de esta última, el menor emancipado), capacidad general y capacidad parcial (ejemplo de esta última el extranjero desprovisto de derechos políticos y todas las personas jurídicas, quienes no pueden ser sujeto de ciertas categorías de derechos, como los derechos de familia), capacidad personal y capacidad patrimonial.

#### **d) Clasificación de las personas: las llamadas “personas jurídicas”**

Cierto que todos los hombres son personas, según se ha demostrado, pero no todas las personas son precisamente hombres. De aquí la primera clasificación de las personas: unas, las personas físicas o naturales y otras, las personas indistintamente llamadas jurídicas, morales, ideales o incorporeales.

El hombre, individualmente considerado, es centro de sus propios intereses, de sus propias finalidades y de sus propias actividades. Resulta así evidente que el orden jurídico lo determine como sujeto posible de derechos y obligaciones; es decir, le discierne la cualidad de persona.

Empero, también existen intereses, finalidades y actividades ajenas al hombre individual, o mejor quizás que lo trascienden. En efecto; hay intereses, finalidades y actividades supraindividuales que, dejando por tanto de ser singulares, tienen otro diferente centro de imputación. Tal sucede con aquellas instituciones jurídicas que en la época medioeval denominaron los canonistas “Corpus morale” y los civilistas “Persona ficta et representata”<sup>16</sup>.

Es Sinibaldo di Fieschi, mejor conocido con el nombre papal Inocencio IV (1243-1314) quien elabora por vez primera la doctrina que define una pluralidad de seres humanos con una personalidad distinta de

---

<sup>16</sup> Jörs Kunkey. “Derecho Privado Romano” (Traducción española) E. Labor. Madrid-Barcelona. 1932. 8 a 43, a. “La Teoría moderna de la personalidad jurídica arranca del desenvolvimiento dado al Derecho Romano por la ciencia romanística y canonística de la edad media y posterior”. Claro que ello no obsta a que en Roma existieran colectividades con cierta personalidad desde la época imperial, según se colige del texto de Ulpiano: “Si quid universitate debetur, singulis, non debetur, necquod debet universitas, singuli debet” (D. 3, 4, 7, 81). Siendo el término “corpus” el que sirve técnicamente para indicar la asociación con personalidad. Ver Francisco Ferrara. Obra citada, págs. 8, 11, 35 y 39. Sin embargo, el concepto de persona jurídica y la elaboración de la teoría explicativa de la ficción pertenecen a la edad media.

la que corresponde a cada uno de ellos (“Cum collegium in causa universitatis fingatur una persona”). Ciertamente que esta persona constituye una representación intelectual, pues no tiene apariencia física, mas no por ello deja de ser una realidad jurídica, susceptible inclusive de producir efectos materiales<sup>17</sup>. Lo importante es que en ella el patrimonio, los derechos y las obligaciones, tienen un titular autónomo, un sujeto de Derecho diferente y diferenciado, lo cual hace configurar un ente, entidad o ser que es una persona. Esta persona, así configurada, diferente a las personas individuales, naturales o físicas, se denomina en el lenguaje moderno “persona jurídica” o también persona moral, persona colectiva o persona ideal, expresiones, sin duda, no del todo adecuadas<sup>18</sup>.

La naturaleza de la persona jurídica ha sido vivamente controvertida y las consecuencias de esta controversia se reflejan en las variadas soluciones contenidas en los distintos sistemas del Derecho positivo.

1.- **Teoría de la ficción.** Las especulaciones jurídicas de la edad media fueron reanudadas por Savigny (1779-1861), quien junto con Puchta (1798-1846), Windscheid (1817-1892), Unger (1828-1913) y otros, conciben la persona jurídica como una mera ficción, puesto que únicamente el hombre singular es capaz de derechos, llegando inclusive a sostener Windscheid que “los derechos no tienen sujeto sino que están destinados a servir fines impersonales”. No obstante el Derecho positivo puede extender semejante capacidad a sujetos artificialmente creados por simple ficción; con lo cual la persona jurídica no será más que “un sujeto creado artificialmente capaz de tener un patrimonio”. Idéntico es el criterio de la doctrina inglesa que califica la Corporación de “artificial Being”. Unger, aun más radical, declara que al constituirse una persona jurídica tiene lugar “una creación de la nada”.

---

<sup>17</sup> Francesco Ruffini “La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo di Fieschi (Innocenzo IV) ed in Federico Carlo di Savigny”. Incluido en “Scritti giuridici minori”. Ed. Dott. A. Giuffrè Milano. 1936. Págs. 5 a 90. Inocencio IV establece que los particulares investidos de beneficios o prebendas son meros representantes del sujeto ideal (“aliud est Persona aliud dignitatis”), sin que la muerte del investido afecte al cargo, pues “dignitas non perit decedente persona”. Ver también Ferrara. Obra citada, Págs. 71a 80.

<sup>18</sup> El nombre de “persona moralis” lo introduce Samuel Pufendorf, utilizándolo, por vez primera al código Prusiano. La Ley municipal francesa de 1884 habla de “personas civiles”. El nombre de “persona jurídica” (“Juristische Personen”) lo adopta el Código civil alemán, lo mismo que el español, italiano, federal suizo de obligaciones y venezolano. El Código soviético, “personas morales” Zitelmann les llama “personas incorpóreas” y han recibido la denominación de “personas colectivas”, “personas sociales” y “personas ideales”.

En opinión de los referidos tratadistas es ello evidente, por cuanto tan sólo los hombres pueden actuar conforme a las normas del Derecho objetivo, como únicos seres dotados de voluntad, convirtiéndose entonces en sujetos de derechos y obligaciones. Ciertamente que existen intereses colectivos, los cuales ha de regular y proteger el Derecho, mas en este caso se “personifican”, fingiendo una persona puramente pensada. Se trata, en suma, de una persona ficticia pues el Derecho procede “como si” fuera una auténtica persona. La ficción, en efecto, según hace observar Unger, es un recurso no exclusivo del Derecho sino también de la Ciencia y el Derecho ha de servirse de ella para producir un fin deseable.

La teoría de la ficción, dice su crítico Francisco Ferrara, comienza estableciendo una premisa: sólo el hombre es sujeto de derecho y llega al corolario de que la persona jurídica no puede ser más que un ser fingido.

Mas, ¿que hará este hombre artificial -alega irónicamente Gierke- que, como un tercero, está en perfecto aislamiento junto a los individuos coaligados? Y el Estado, ¿es también un ente ficticio? Entonces, ¿en nombre de una sombra ha de sentenciar un Tribunal?”<sup>19</sup>.

Kelsen, con su característica agudeza, hace notar que, “la distinción entre hombre y persona constituye uno de los conocimientos metódicos más importantes de la Ciencia del Derecho.

Sin embargo, a pesar de que en todo momento y lugar se insiste en esa distinción, se está aun lejos de haber extraído de ella todas las consecuencias posibles. Compruébase esto en la distinción entre personas “físicas” y personas “jurídicas”, sosteniéndose que las personas físicas son los hombres y las personas jurídicas todos aquellos sujetos de Derecho que no son hombres. Ahora bien: es indudable que para el conocimiento jurídico sólo pueden existir personas jurídicas. Y si la persona “física”, como sujeto de Derecho, ha de ser objeto de conocimiento jurídico, tiene que ser persona jurídica en el mismo grado y en el mismo sentido que todas aquellas para las que se ha reservado hasta ahora el nombre de “personas jurídicas”. Una y otras tienen que ser referidas al común denominador del Derecho, para que puedan unirse en el común concepto de persona jurídica<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Otto Von Gierke, cita de Francisco Ferrara. Obra citada. Pág. 188.

<sup>20</sup> H. Kelsen. Obra citada. Pág. 82.

Burckard refuta con vehemencia el supuesto de que el hombre ostente el privilegio de ser el único sujeto de derechos y a tal efecto escribe: “el hombre puede oponer: yo soy de carne y hueso, y no una simple sombra; si algo existe en el mundo soy ciertamente yo. Bien, tú eres de carne y hueso; como hombre eres más realidad que apariencia; ¿pero eres carne y hueso en cuanto sujeto jurídico? ¿Es una cualidad necesaria, inherente a ti como hombre, que seas sujeto de derecho, o eres tal únicamente porque te invisten los rayos del orden jurídico? Eres sujeto jurídico como hombre *ipso facto*, o tienes la posibilidad de ser sujeto únicamente porque el orden jurídico te comprende en sus regulaciones? Y si así es, si es el orden jurídico el que decide si tú puedes ser sujeto, o no, el que de hombre te eleva a persona, ¿eres entonces como sujeto un ser real en otro sentido de aquél en el que también el pensamiento, el concepto, la idea son un ente real? ¿Y debes maravillarte tú, hombre, de que el orden jurídico reconozca un sujeto allí donde no existe un hombre.”<sup>21</sup>

De otra parte, y aun cuando los derechos puedan adquirirse independientemente de la voluntad, tampoco la voluntad psicológica, como hecho natural, es contemplada por el Derecho. Así, advierte Kelsen que “el querer de la persona (no la voluntad del hombre) es el “deber ser” del orden jurídico parcial. Por eso una acción humana no puede ser acto jurídico sino en tanto que es calificado por el Derecho como facultad o como deber jurídico, en tanto que pueda ser referida a una unidad del orden total o parcial; con otras palabras, en tanto que es realizada por una persona de Derecho”<sup>22</sup>.

**2.- Teoría orgánica o de la Persona colectiva real.** Tuvo su origen en las conclusiones a que llegó el jurista alemán Beseler, cuando en 1830 investigaba el carácter de un tipo especial de asociación, denominado “Genossenschaft” (literalmente Compañía). Posteriormente Blunschli, en 1844 y Kuntze en 1859, prosiguieron la investigación en el dominio del Derecho público, comprobando que el Estado y el Municipio o Municipalidad son realidades histórico-orgánicas. Es más, “el Estado tiene voluntad propia, que es la voluntad popular, manifestada en la ley, distinta de la voluntad de los particulares y a veces contraria a ella”. Como también, “dispone de órganos materializados en aquellos hombres

---

<sup>21</sup> Buckard. Referencia incluida en Ferrara. Obra citada. Páginas 332-33.

<sup>22</sup> H Kelsen. Obra citada Pág 85.



llamados a la ejecución de esta voluntad, lo cual no debe maravillar porque el Estado mismo es una unión humana”.

Por ello, tanto el Estado como el Municipio “no son, objetos de la fantasía, sino creaciones sociales, a veces espontáneas, potencias vivas que, de igual modo que el individuo, obtienen reconocimiento jurídico. El Derecho no las crea sino que se limita a reconocer su preexistencia”<sup>23</sup>.

Pero es Otto Von Gierke, en su portentosa obra, consecuencia de cuarenta años de labor fecunda, quien da forma acabada a la teoría, insistiendo en el análisis de las Corporaciones germánicas.

La Corporación -para Gierke- es una persona real colectiva (“realer Gesamtperson”) formada por hombres reunidos y organizados en una existencia comunitaria que tiende a la consecución de fines que trascienden la esfera de los intereses individuales, mediante la común y única fuerza de voluntad y acción. Este todo colectivo es un organismo social, dotado, a semejanza del hombre, de una potestad propia de querer y por tanto, capaz de ser sujeto de derechos. Este ente surge espontáneamente, por hechos histórico-sociales, o por constitución voluntaria de los hombres. Por cuanto el hombre lleva una vida individual simultáneamente a la vida social, puede dividir su voluntad y contraponer a la voluntad de sí mismo, el vínculo de la voluntad colectiva. Los derechos de que la persona, colectiva está investida, corresponden exclusivamente a ella; pero no hay aquí una antítesis neta entre persona colectiva y personas coligadas, más bien hay una ligazón en la separación, por consiguiente una mezcla de los derechos de la unidad y la pluralidad. Todas estas relaciones escapan al derecho individual y deben concebirse como un verdadero derecho social.

Gierke acentúa la capacidad de querer y de obrar propia de la persona real colectiva, a la cual el Derecho atribuye personalidad porque la considera portadora efectiva de una única voluntad. Esta voluntad propia (“Gesamtwille”) no es la simple suma de varias voluntades autónomas sino una voluntad plúrima y única, la voluntad común, ordenadamente declarada. En cuanto a la acción colectiva. (“Gesammthandlung”) traduce, en acto, de una manera visible, la voluntad general. Así la persona real colectiva es capaz de querer y obrar y lo logra por medio de órganos, que son seres humanos, no actuando

---

<sup>23</sup> F. Ferrara. Obra citada que contiene las opiniones de Blunschli y Kuntze en las Páginas 173-74.

representativamente sino como exponente y expresión del querer profundo de la persona colectiva que quiere por intermedio de sus órganos.

La crítica de Ferrara se concreta, sobre todo, a la noción de la voluntad común de la persona real colectiva, en cuanto se considera independiente de la voluntad del conjunto humano. Por lo demás, también en este caso resulta adecuada la aclaración de Kelsen respecto a la naturaleza jurídica del “querer”, calificado por la norma, en oposición a la voluntad psicológica que no es más que un hecho natural<sup>24</sup>.

Sin embargo, depurada de sus exageraciones, la teoría orgánica o de la persona real colectiva ha inspirado positivamente otras modernas concepciones. Así sucede con la teoría de la persona real ideal -que ha servido de criterio al Código civil alemán- la teoría del derecho subjetivo -que ya no hace depender éste de la voluntad sino del objeto de ella que es un bien o subjetivamente un interés- seguida por el alemán Bernatzik, el francés Michoud y en Italia por Santi Romano, Alfredo Rocco y Ugo Forti. Además la teoría de la organización (“*Einrichtungstheorie*”) de Enneccerus en la que la capacidad jurídica está ligada a la reunión y a la organización.

**3.-Teoría de Ferrara.** Posteriormente el civilista italiano Francisco Ferrara (1877-1942) ha valorado los distintos puntos de vista sobre las personas jurídicas, con propósito de darles coherencia, en una interesante recapitulación. Para este tratadista las personas jurídicas, son: “entes ideales que sirven como forma jurídica de unificación y concentración de derechos, obligaciones y potestades, para el perseguimiento potenciado de intereses humanos encaminado a la consecución de determinados fines”.

En primer término se excluye la naturaleza ficticia de la persona jurídica. Esta constituye una realidad, siquiera sea de un tipo distinto a la realidad sensible. A este respecto el autor recuerda, con palabras de Rumelin que “el concepto de realidad es relativo y variable en los diversos campos del conocimiento. Si por real se entiende todo lo que es perceptible por los sentidos, ciertamente las personas jurídicas no son reales, pero no son reales tampoco los conceptos de las ciencias abstractas, y en particular tampoco es real nuestro mundo jurídico. Por cuanto el concepto de real se amplía a todo lo que existe en nuestro pensamiento,

---

<sup>24</sup> H. Kelsen. Obra citada. Pág. 85.

contrapuesto a lo que es imaginario y fingido. Entonces no queda duda que las personas jurídicas son una realidad. Son reales en el mismo sentido y del mismo modo que son reales las demás formas jurídicas, como es real una obligación, una herencia, un contrato. Realidad ideal jurídica, no realidad corporal sensible”.

La persona jurídica es “una forma jurídica”, “una manera de unificación dispuesta por el Derecho objetivo”. Con lo cual la persona, tanto la jurídica como la natural, se encuentran implícitas en la realidad normativa y no son más que un centro de referencia de un complejo de normas, según sostienen Kelsen y Maiorca. Pero Ferrara supera este formalismo, añadiendo que semejante unificación preexiste en la conciencia social puesto que ésta considera las instituciones y asociaciones como una unidad ideal. He aquí la realidad histórico-orgánica de Blanchli y de Kuntze. Es en virtud de tal preexistencia que el Derecho puede operar la transformación de una unidad ideal social en una unidad jurídica.

Por último, el sujeto de derechos, obligaciones y potestades es esta unidad ideal transformada en unidad jurídica mediante su reconocimiento<sup>25</sup>.

### **e) Clasificación de las personas jurídicas**

La “suma divisio” tiene lugar en estos dos grandes grupos, personas -o sujetos- de Derecho Internacional y personas de Derecho interno, atendiendo al doble Ordenamiento jurídico que respectivamente las califica como tales. Porque, como afirma Perassi, “no existiendo un único Ordenamiento jurídico, o el Derecho abstracto, la calidad de persona es siempre relativa a un Ordenamiento determinada. Ser sujeto de un Ordenamiento significa encontrarse respecto a éste en una relación que lo hace destinatario de sus normas, con una valoración subjetiva, en virtud de la cual se le atribuye un derecho, una obligación o un poder (“Lezioni di Diritto Internazionale”. Roma. T. I., pág. 44).

Así se es sujeto, desde el punto de vista del Ordenamiento Internacional, por un motivo jurídico distinto del que es propio del Ordenamiento interno, y ello hasta el punto de que no es suficiente la

---

<sup>25</sup> Ferrara. Obra citada. Págs. 330, 359 y siguientes, ver asimismo “Tratatto di Diritto Civile”.

personalidad del Estado según el Derecho interno, para adquirirla “ipso iure” en el orden internacional. Es más; en el caso del reconocimiento de beligerantes puede quedar escindido un sujeto antes único, como a la inversa, cabe que varios Estados adquieran, en forma de Unión, una nueva personalidad internacional (G. Arangio-Ruiz. “Gli enti soggetti dell’ordinamento internazionale. Giufre Editore. Milano, 1951. T. I. págs. 29 y ss).

Este primer grupo, de “entes sujetos del Ordenamiento internacional” comprende varias especies indicadas, sin que se pretenda ordenarlas ni siquiera hacer una enumeración exhaustiva.

1.- **Colectividades de integración estatal.** Estados, simples y compuestos. Asociaciones de tipo clásico -o sea Confederaciones, Uniones reales y personales- así como las modernas -“Commonwealth” británica, Unión Francesa, Unión Occidental (creada en 17 de marzo de 1948), el Consejo de Europa (Tratado de Londres de 5 de mayo de 1949), Pacto de Benelux (Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo), Liga Árabe, etc., y también las desmembraciones: colectividades beligerantes y Gobiernos en exilio.

2.- **Colectividades no etáticas.** La Santa Sede, la Soberana Orden de Malta, Dominios, Fideicomisos, Territorios bajo tutela, etc.

3.- **Colectividades internacionales.** Organizaciones de Naciones Unidas (ONU), Organización de Estados Americanos (OEA), Instituciones Administrativas (Organización Internacional del Trabajo, Organización de la Aviación Civil Internacional) e Instituciones jurisdiccionales (Corte Internacional de Justicia).

En el segundo grupo, de “entes sujetos al Ordenamiento interno”<sup>26</sup>, se establece esta bipartición: personas jurídicas públicas y personas jurídicas privadas, expresiones que, pese a su uso corriente, “tienen mucho de convencional” (Miele). Inclusive se ha llegado a sostener que “sólo cuenta la estructura corporativa o institucional, independientemente de que corporaciones e instituciones se califiquen de públicas o privadas, pues la diversa función y capacidad de que están revestidas no altera su unidad sustancial” (Ferrara), en su consecuencia “la personalidad es única” (Miele). Si bien, al mantenerse la diferencia en los diversos sistemas de Derecho positivo se hace imprescindible darle una caracterización.

---

<sup>26</sup> Foderado. “Stato e persona Giuridiche Pubbliche”. Cedam. Padova. 1943 y “Contributo alla teoria della personalità degli organi della stato”. Cedam. Padova. 1941.

Puede así afirmarse. de momento con cierta vaguedad, que la nota distintiva de la persona pública consiste en ser partícipe, de una u otra manera, de las prerrogativas propias del Estado, mas semejante noción es provisional dado que la dificultad de sentar un criterio diferenciativo obliga a examinar detenidamente la cuestión, como se hará más adelante.

Dentro de la categoría de las “personas públicas” o “de carácter público” se han distinguido siempre las llamadas “Corporaciones territoriales” (Estados, Regiones, Provincias, Municipios, etc.), las demás “Corporaciones públicas o de Derecho Público” y aun empresas privadas, Sociedades que rigen servicios públicos o de utilidad pública.

Entre las “personas privadas” o “de carácter privado” se configuran con modalidades especiales, las asociaciones, corporaciones y fundaciones. (Ver art. 19 del Código Civil venezolano).

## CONCEPTO DE PERSONALIDAD DEL ESTADO

Después de haber establecido qué se entiende por persona y cuáles son sus diversas especies, clasificadas en el Derecho, precisa dilucidar los motivos en virtud de los cuales cabe incluir al Estado entre las personas; es decir, en qué sentido y en qué medida puede asegurarse que el Estado se encuentre dotado de personalidad.

Pues bien, semejante calificación se ha manifestado en una doctrina evolutiva cuyas diferentes fases conviene examinar aisladamente para advertir la coherente unidad del conjunto.

### **a) Planteamiento histórico del problema: Los orígenes de la doctrina**

La doctrina de la personalidad del Estado va integrándose en el transcurso de tres períodos históricos, a saber: Un primer período, que comprende, a la vez, el régimen absolutista y las nuevas aportaciones que promueven su transformación (siglos XVI a XVIII). El segundo período se concreta a los supuestos doctrinales de las revoluciones norteamericana y francesa (siglo XVIII). Por último, el período contemporáneo, del Estado de Derecho, en el que se elabora la dogmática de la personalidad del Estado con un método jurídico.

*Primer período: El absolutismo y sus transformaciones*

La doctrina de la soberanía -poder plenario que no reconoce otro superior- y a la cual da forma concluyente Juan Bodino (1533-1596), comporta que la integridad del poder del Estado, o sea el poder soberano, pertenece a la persona del Monarca -el Soberano por antonomasia- quien lo ejerce como un derecho dominical. En suma, la soberanía se considera entonces una propiedad del Monarca

De esta manera, según la interpretación radical del absolutismo, el Monarca se convierte en la única personificación del poder soberano puesto que la soberanía, por definición, es indivisible.

Una apología prematura de la personalidad única del Soberano se hace ya en el siglo XIV, en un sermón del Obispo de Exter comentando el texto bíblico del libro de Ezequiel: "Rex unus et omnibus"<sup>27</sup>; mas, es el famoso Boussuet (1627-1704) quien la describe con frase rotunda: "Todo el Estado está en la persona del Príncipe; en él se encuentra el poder, en él se encuentra la voluntad de todo el pueblo"<sup>28</sup>. Digna anticipación del dicho de Luis XIV, "L'Etat c'est moi".

Sin embargo, aun cuando así fuera efectivamente como realidad de hecho en la plenitud del régimen absoluto, no ha de desconocerse que el Estado había de tener una continuidad, caso de faltar la persona del Monarca, cuando éste muriera y de una manera más ostensible al ser depuesto, lo cual sucedió en Inglaterra con la ejecución de Carlos I (1600-1649) y el destronamiento de Jacobo II (1633-1649).

Asimismo, el carácter dinástico o electivo de la Monarquía imposibilitaba al Monarca designar libremente a su sucesor, en detrimento de la soberanía que, en tal que poder ilimitado, no admite restricciones. De donde se deduce que, inclusive en pleno absolutismo, la Corona se hallaba condicionada, siquiera fuera en una mínima medida, a las reglas del Derecho, afirmándose por tanto como una auténtica institución (Oficium). Es más; desde la edad media tenía un cierto auge la doctrina que prescribía la diferencia entre la persona del Rey y la personalidad de

---

<sup>27</sup> J. N. Figgs. "El Derecho Divino de los Reyes". (Traducción).

<sup>28</sup> F. Battagli "Il Domma della Personalita giuridica dello Stato". Ed Nicola Zancelli. 1942. Pág. 15.

la Corona<sup>29</sup> prevaleciendo por fin en Gran Bretaña, donde aún hasta nuestros días la personalidad del Estado se encuentra revelada, al menos simbólicamente en la institución de la Corona.

Mas, aparte de este exiguo margen ofrecido por la interpretación, en pleno absolutismo se delinea una doctrina de la personalidad del Estado que indica a éste como sujeto del poder soberano, en contraste con la persona del Monarca, quien, dicho en términos modernos, se reduciría, en tal que órgano, a ejercitar una función estatal. Es lo que intenta demostrar, por vez primera, un gran tratadista político, Juan Althusius (1557-1638) en su difundida obra "Política methodice digesta" (primera edición de 1603, considerablemente ampliada en 1611).

Althusius, con rigor analítico, hace una descripción del Estado ("politia", "regnum", "populis", "respública"), concebido orgánicamente como una co-asociación federativa de entidades primarias -provincias y ciudades- que se obligan, en virtud de ella, a mantener el derecho que corresponde a la totalidad o sea al Estado<sup>30</sup> Este derecho que ha de mantenerse, es precisamente la soberanía, la cual pertenece, de una manera necesaria y exclusiva, al Cuerpo social ("corpus symbioticum", "Cuerpo conviviente", o "Communio symbiotica universalis"), como si se tratara de su propia alma, hasta el punto que, de perderla, el nombre mismo de "respública" resultaría inadecuado.

Así, el Estado se configura formando un solo Cuerpo -con las integraciones colectivas de provincias y ciudades- dotado de una cabeza rectora y cuyo derecho, la soberanía, denominado también "jus majestatis", es la potestad preeminente y suma para disponer de cuanto de

---

<sup>29</sup> J. N. Figgs. Obra citada. Págs. 33-34 y 67. Véase nota 30 que expone la doctrina medioeval de los canonistas.

<sup>30</sup> Althusius. "Política Methodice digesta". La definición literal es "universalis publica consociato, qua civitate et provincias plures ad jus regni mutua communicatione rerum et operandum mutuis viribus et sumptibus habendum, constituendum, exercendum et defendendum se obligant" (Publica y comunal co-asociación que a la ciudad y provincia obliga, a la mutua comunicación de cosas, obras y mutuas fuerzas para defender el derecho del Reino). Althusius concibe la sociedad Política como una realidad de hecho y de Derecho. Siguiendo al aristotelismo considera un hecho natural las formaciones primarias; pero, a su vez, para integrar las superiores es necesario dos pactos: a saber, el pacto de coasociación y el pacto con el gobernante. Este es un contrato bilateral en el que el pueblo actuando de mandante confiere un mandato y con él constituye un verdadero derecho asimilable a la "negotiorum gestio"

una manera general concierne a la salud espiritual y corporal de los miembros del Estado<sup>31</sup>.

El Gobierno del Estado corresponde a la colectividad (“non singulis, sed conjunctum universis membris et toto corpori consociato regni competit”), la cual puede delegar el ejercicio de sus poderes, ostentando entonces el Príncipe -sea unipersonal o plural- el nombre de Soberano, tan sólo técnicamente (“terminus technicus”), pues si hace una propiedad singular de los poderes delegados pierde su autoridad para convertirse en tirano, que es un simple privado.

En consecuencia, el Estado, en tanto que Cuerpo social (“homines conjuncti consociati et coherentes”), es sujeto de Derecho, la persona pública por excelencia, pues comprende a todas las demás (“universalis publica consociatio”), por lo que no quedaría mistificado el pensamiento de Althusius denominándola, con licencia terminológica, una superpersona.

A partir de la concepción de Althusius los tratadistas multiplican sus especulaciones, en su empeño de diferenciar una doble personalidad superpuesta: la del Príncipe o Soberano (“majestas personalis”) y la de la colectividad social (“majestas realis”).

En este sentido Hugo Grocio (1583-1645) distingue cuidadosamente en su obra “De jure belli ac pacis”, (1625, reeditada en 1646) ambas personalidades; “el sujeto común de la soberanía” que es precisamente el Estado, del “sujeto especial de la soberanía”, la persona o personas que según el Derecho interno de cada país ejerce el poder.

Mas, si hasta entonces la especulación de los tratadistas pretendía determinar, sobre todo “a quien” pertenecía el poder soberano, para atribuirle luego el carácter de persona soberana, falta, en cambio, esclarecer “cómo” o de qué manera se constituía esta personalidad. Es precisamente lo que hace Samuel Pufendorf (1632-1694), cuando, en 1672, publica su profundísima obra “De jure naturale et gentium”, donde expresa que el pacto es el acto constitutivo de la personalidad del Estado “En efecto -escribe- para que la multitud, es decir, muchos hombres, sean una Persona, a la que correspondan ciertos derechos, diferenciados de los

---

<sup>31</sup> Althusius. Idem. “Potestas praeminens et summa universalis disponendi de iis, quae universaliter curamque anime et corporis membrorum Regni seu Republicae pertinent” (Potestad preeminente y suprema que pertenece para disponer de cuanto concierne universalmente a la salud del alma y del cuerpo de los miembros del Reino).



que tienen sus miembros particulares en cuanto tales, es necesario que hayan unido primero sus voluntades y fuerzas mediante pactos, sin los cuales es imposible entender cómo puede hacerse la unión (“conjuntio”) de quienes son iguales por naturaleza”<sup>32</sup>

De otra parte, pertenece también a Pufendorf una luminosa anticipación del moderno concepto de persona, y aun el nombre mismo de “persona moralis”. La personalidad -explica- es un atributo ideal conferido por el Derecho (“impositio en oposición a “creatio”), término de relación con los demás conceptos jurídicos y en consecuencia distinto de la existencia material; de donde resulta que, todo ser humano es “persona moralis” o mejor aun, “persona moralis simplice” para diferenciarla de la “persona moralis composita”.

El Estado tiene su origen en un acto jurídico, el pacto, verdadera regla de Derecho, que le confiere el atributo ideal de persona. En una palabra, el Estado es una “persona moralis composita” y como tal sujeto del derecho de soberanía.

## *2º período: La personalidad del Estado en los supuestos revolucionarios*

La ideología revolucionaria -inspiradora de las revoluciones norteamericana, francesa y sus epígonos- aparece resumida en un libro, tan reducido como enjundioso, el famoso “Du contrat social ou Principes du Droit Politique” (1762) de Juan Jacobo Rousseau (1712-1778).

También, a la manera de Pufendorf, para Rousseau el acto constitutivo de la personalidad del Estado es el contrato. “El Cuerpo político o soberano no deriva su ser sino de la santidad del contrato” (L. I. cap. VII), añadiendo, “Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y recibimos en cuerpo a cada miembro como parte indivisible del todo” (I, VI). Ahora bien; este cuerpo así constituido y dotado de una voluntad, la voluntad general, es precisamente el Estado. Empero el Estado precisa un poder. Complemento necesario, pues “si el Estado no es sino una persona moral -idéntica terminología que la de Pufendorf -cuya vida consiste en la unión de sus miembros; y si el más importante de sus cuidados es de su

---

<sup>32</sup> S. Pufendorf. “De jure naturae et gentium”(Edición inglesa de Bassil Keunet. London. 1710. Libro VII, cap. II, sec. 6).

propia conservación, necesita una fuerza universal y coactiva para mover y disponer cada una de las partes del modo conveniente al todo” (Libro II, IV).

El pacto engendra, junto con el cuerpo político, la soberanía. El derecho de soberanía corresponde “al cuerpo político” y “así como la naturaleza da a cada hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos” (Libro II, IV).

Precisa ahora preguntar, ¿qué aporta Rousseau a la doctrina de sus predecesores?

Ante todo, la rotunda afirmación de que la soberanía es consustancial al Cuerpo estatal, radicando en él de una manera exclusiva, inalienable e imprescriptible. Empero, la intuición sorprendente de Rousseau consiste en considerar constituido este mismo Cuerpo estatal como no lo hará sino un siglo después la llamada “teoría de la forma” (“Gestalttheorie”) aplicada tanto a la Psicología como a la Sociología en virtud de la cual se considera que el todo es cualitativamente distinto a la suma de las partes componentes (“Gestaltqualität”). Esto representa el yo común (“le moi commun”) y “la voluntad general” (“volonté générale”); una formación nueva, como se desprende de este significativo párrafo: “en lugar de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación -el contrato social- produce un cuerpo moral y colectivo el cual recibe, en virtud del mismo acto, su unidad su yo común, su vida y su voluntad (Libro I, cap. VI). Y aún de una manera más concluyente demuestra que no se trata de la suma de voluntades o de intereses expresados por la mayoría, antes bien, de una forma independiente, pues “existe diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general; ésta no mira sino a un interés común, la otra mira al interés privado y no es más que la suma de voluntades particulares; pero quitad de estas mismas voluntades lo más y lo menos, que se anulan, y. quedará como suma de las diferencias la voluntad general.” (Libro II, Cap. III).

Empero, al proclamar Rousseau que, “el soberano lo componen la totalidad de los particulares” (“Contrat Social”, I, VII) identifica el pueblo con la persona del Estado, aserto mantenido, de una manera implícita o explícita, en la mayoría de los textos constitucionales, a partir de la Constitución norteamericana de 1787, e inclusive en las más recientes, como la de Weimar (Art. 2) la francesa de 1946 (Art. 3) y la italiana de

1948 (Art. 1). Con ello se reincide en el error conceptual de Bodino por cuanto la novedad se reduce a transferir la soberanía personificada, de un sujeto individual, a una colectividad, conclusión certeramente objetada por los tratadistas de la escuela germánica, según se comprobará en seguida.

### *3º período: De la dogmática jurídica*

La doctrina contemporánea de la personalidad del Estado no tiene ya por base, como en el periodo precedente, el concepto de poder político sino nociones de carácter jurídico. Claro que ello no era posible antes de haberse configurado jurídicamente el Estado de Derecho, con lo cual una vez definido de semejante manera, “la personalidad del Estado es punto de partida y fundamento del Derecho Público” (Gerber), haciendo “eje de esta construcción no tanto el Estado como institución objetiva sino como sujeto de derechos y deberes” (Laband).

Esta elaboración doctrinal corresponde a la escuela jurídica alemana y especialmente a Karl Friedrich Wilhelm Gerber (1823-1891), Paul Laband (1838-1918) y Georges Jellinek (1851-1911).

Para Gerber<sup>33</sup> el Estado representa la unidad jurídica que denominamos persona, en cuanto actúa como sujeto de relaciones jurídicas. Pero aun cuando constituyendo una agrupación humana el Estado no es el pueblo -según sostenían algunas tendencias del Derecho natural- ya que éste no es sujeto ni menos aun persona y por el contrario, “es en el Estado y a través del Estado que el pueblo adquiere unidad jurídica”. Ahora bien; únicamente el Derecho puede determinar la unidad del Estado lo mismo que la de cualquier persona, con lo que la multitud se transvalúa jurídicamente -nosotros dijimos se juridifica- adquiriendo en el Estado la unidad correspondiente a la persona.

No obstante, el Estado no se reduce a una mera forma jurídica sino que es una unidad con un contenido real por cuanto “el pueblo en el Estado logra la conciencia de su totalidad jurídica y tiene capacidad de querer” y “esta potencia de querer es alguna cosa en sí y por sí existente; en suma, es una realidad”.

---

<sup>33</sup> K. F. W. Gerber “Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts. Lipsia. 1865. (no traducida. Citas de la 3ra. Edición de 1880, Págs. 1, 2, 19, 226 y 237).

Laband<sup>34</sup> insiste en análogos razonamientos. Si el Estado puede tener derechos y deberes es porque se trata de un sujeto de Derecho. “El Estado es una unidad organizada, una persona con su propio querer”, un querer distinto e independiente del de todos sus miembros, aun cuando éstos sean llamados a participar en su formación.

Esta personalidad del Estado es “ideal” -una figura jurídica- mas los ciudadanos determinados en su conjunto por ella, constituyen su sustrato real. En suma; el Estado es una forma jurídica, mas no forma pura sino forma con su contenido, es decir una forma material.

En Jellinek<sup>35</sup> el Estado ofrece dos aspectos: uno sociológico y otro jurídico. Como sociedad política tiene bases reales (hombres, territorio, interacciones de poder) pero en tanto que modo de estar jurídico es una ordenación, una figura jurídica. Esta doble existencia permite al Estado “ostentar una personalidad pues tiene querer unitario, querer condensado en una unidad independiente”.

Estos criterios de la escuela alemana, responden al intento común de afirmar la personalidad del Estado, “mediante una construcción jurídica” (Gerber), pero pese a la escrupulosidad metodológica aun quedan resabios naturales -psicológicos y sociológicos- como le sucede a la teoría orgánica de Gierke con lo cual, por otra parte, se encuentran tantas proximidades.

En cambio Hans Kelsen (1881) reduce la personalidad del Estado a un concepto estrictamente jurídico, sosteniendo que aquél es persona en razón a la existencia de otras personas. En efecto, si cada persona no es más que el centro de imputación de un conjunto de relaciones derivadas de un orden jurídico parcial, entonces la pluralidad de personas necesitarán, a su vez, un centro de imputación del conjunto de relaciones derivadas del orden jurídico total. Esta persona, “punto último de la imputación, es la persona del Estado”.

Elimina Kelsen la noción de “voluntad”, en tal que fenómeno natural, utilizando el vocablo metafóricamente para indicar el querer jurídico que expresa el “deber ser” preceptuado por el Derecho. “Aquí se presume aun -comenta Kelsen- que, en principio, la “voluntad” del Estado - en cuanto que el querer jurídico es el “deber ser” del Derecho y que, por

---

<sup>34</sup> P. Laband. “Das Staatsrecht des deutschen Reiches” 4ta. Edición Tubinga 1910). Págs. 53 y siguientes 89.

<sup>35</sup> G. Jellinek. “Théorie de l’Etat”(Traducción francesa. Giard et Briere. París. Tomo II, Pág. 248.

tanto, la “voluntad” de otras personas constituye el orden jurídico parcial- es el orden jurídico total, el cual, personificado, constituye la voluntad colectiva o la persona colectiva compleja”<sup>36</sup>.

## b) Alcance exacto de la noción de personalidad del Estado

En la etapa histórica del Estado de Derecho, la personalidad del Estado no puede afirmarse de otra manera que como una consecuencia de su propia vinculación al Derecho. Así Otto Mayer declara que “la noción de Estado-persona o personalidad del Estado, se refiere directamente a la existencia y mantenimiento de un determinado orden jurídico que forma el Estatuto orgánico del Estado”<sup>37</sup>.

Entonces el Estado, según la feliz expresión de Carré de Malberg, “es un ser del mundo jurídico”, lo cual sucede con todas las personas conforme sospechó ya Pufendorf, y lo demostraron cumplidamente Radbruch, Santi Romano y Kelsen.

Es por tanto del Ordenamiento jurídico que ha de deducirse la cualidad de persona atribuida al Estado pues, de acuerdo con el razonamiento de Michoud, “si se concibe al Estado como persona, sujeto de derechos, a la vez se admite que está sometido al Derecho, con lo cual, de la misma manera el titular de derechos subjetivos se encuentra ligado al Derecho objetivo que condiciona el ejercicio de su poder”.

La pretendida realidad del Estado, referida a su substrato, en tal que “unidad real de acción y decisión” (Heller), se hace superflua, pues conforme reconoce el propio Heller, “la organización estatal es el sujeto del poder plenario del Estado y es el Estado el que personifica esta organización lo cual equivale a decir que se encuentra íntegramente regida por el Derecho”<sup>38</sup>.

De todo lo dicho anteriormente se desprende que cabe definir el Estado, conforme lo hace Carré de Malberg, como *una colectividad unificada que se manifiesta en una organización regida por el Derecho*,

---

<sup>36</sup> Kelsen. Obra citada, Pág. 93.

<sup>37</sup> Otto Mayer. Cita de Carré de Malberg. “Contribution a une théorie générale de l'Etat”. T. I. Pág. 29 Nota.

<sup>38</sup> H. Heller, “Teoría del Estado”. Traducción española del Fondo de Cultura Económica. México. 1947. Págs. 108, 256, 231, 255, 263, 264 y 271.

agregando, "y sujeto exclusivo de la soberanía". Por tanto, la única persona soberana.

Esta definición consta de cuatro partes que precisa examinar: 1°. Es una colectividad *unificada*. 2°. Que se manifiesta en *una organización*. 3°. Organización "regida por el Derecho". 4°. Sujeto exclusivo de la soberanía.

### *1°.- El Estado es una colectividad unificada*

Al estudiar el Estado, atendiendo a los datos que sirven para describirlo, aparece dispuesto como "una unidad de estructura" (Heller). Por tanto, una unidad real, ideal, histórica y jurídica.

Pero es en la doctrina de la revolución francesa, y en sus propios textos legales, donde se encuentra formulado con mayor exactitud el concepto de colectividad indivisible de ciudadanos que constituyen una entidad extraindividual cuya personalidad es el Estado".

¿Qué ha de entenderse así por colectividad unificada e indivisible? Pues *una individualidad jurídica*, distinta a la individualidad de los miembros singulares y transitorios que la componen. Por ello Rousseau sostiene -y su doctrina en este extremo tiene plena validez- que el Estado es algo más que una reunión de asociados que han establecido un nexo contractual y cuyo querer y cuyos intereses son la suma de voluntades y de intereses particulares expresados por la mayoría. Al contrario estas voluntades e intereses privativos excluyen el interés común y la voluntad general, según se dijo anteriormente. En suma, dicho con frase del propio Rousseau, esta comunidad, unitaria e indivisible, lo es porque tienen un "yo común". Es decir, en el sentido de que "los individuos múltiples que la componen, en *un cuerpo total* e indivisible, constituyen una nueva individualidad"<sup>39</sup>. Esta colectividad nueva es titular de un derecho subjetivo también nuevo, que no procede de sus componentes, el poder soberano o potencia pública, distintivo peculiar del Estado.

---

<sup>39</sup> A Mestre. "La notion de personnalité morale chez Rousseau en "Revue de Droit Public et de la Science Politique". T. XVIII. Pág. 450. También L. Duguit. "Traité de Droit Constitutionnel". T. I. S. 48 y 49. Carré de Malberg. Obra citada. T. I. Págs. 37, 47 y 50. Kelsen. Obra citada. Pág. 346 y siguientes. Ver también Bobbio, "Lezioni di Filosofia del Diritto". 1941. y "La persona nella sociologia contemporanea". 1938. W. C. Sforza. "Colectivita e persona" en "Studi in memoria di Francesco Ferrara". Ed. Giuffré. Milano. 1943. T. I. Págs. 109.

Mas el Estado tiene una estructura jurídica o sea, “el modo conforme se ordenan los elementos necesarios para la configuración perfectamente definida del mismo”, pues “los entes se distinguen de los elementos que los componen, asumiendo una unidad propia” (Crosa. “Corso di Diritto Costituzionale”. Giappichelli Editore. Torino 1950. T. I. pág. 34). Es así que el pueblo, lo mismo que el territorio y el poder, constituyen tan sólo los elementos de la estructura estatal.

Los tratadistas coinciden por ello en afirmar, que “el conjunto del pueblo no es un sujeto de derecho” (Laband), sino que, por el contrario, “el pueblo encuentra en el Estado su personalidad jurídica” (Orlando). De donde se desprende, con absoluta consecuencia, que, “el pueblo no es una persona sino un órgano del Estado” (Jellinek), doctrina que mantiene los textos del Derecho positivo. Así la Constitución venezolana proclama que, si bien la soberanía reside en el pueblo, ésta se ejerce “por medio del sufragio y por órgano del poder público”, con lo cual el sufragio se define como “una función pública”, es decir, una función del Estado (Constitución artículos 38 y 39, igual a los arts. 79 y 80 de la Constitución anterior). Lo mismo declara la Constitución mexicana en el art. 41.

No podría ser de otra manera para que persista la unidad del Estado trascendiendo a los cambios de las generaciones, tanto la de los gobernantes como la de los gobernados, manteniendo su continuidad.

## *2º.- El Estado como organización*

Pero la “colectividad unificada e indivisible” requiere, para manifestarse, una organización. Así Jellinek afirma que “el Estado no puede existir sino mediante sus órganos, hasta el punto de que si fueran suprimidos en el pensamiento no quedaría jurídicamente sino la nada”.

De esta manera el Estado se concibe como una unidad de funciones orgánicas, por lo que, reafirma Kelsen, “el Estado *no coexiste* con sus órganos pues no existe sino en ellos, no siendo más que la unidad de todas las funciones orgánicas”<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> H. Kelsen. Obra citada. Pág. 352.

Ello resulta necesario ya que existiendo un posible sujeto de Derecho ha de mediar “una organización para manifestar la voluntad única”<sup>41</sup>.

Empero, la voluntad estatal -y en ello insiste Kelsen- no es la voluntad psicológica sino la jurídica, entendida como un hecho o complejo de hechos referidos al Estado, por encontrarse prevenidos en una norma, a lo cual le llama “unidad de imputación”.

Ahora bien; el vocablo “órgano” procede del griego (“organón”) y significa precisamente “instrumento”. Es decir, metafóricamente el “órgano” es “instrumento” mediante el cual actúa el Estado (creación y ejecución de la voluntad estatal).

Mas, el concepto de órgano es inseparable del concepto de función. Así todo órgano presupone una función que debe ser ejercitada (deber jurídico) en los términos prescritos en la regla jurídica (regla de competencia). A su vez el conjunto de competencias requieren una persona física a quien le sean materialmente atribuidas. De aquí el tercer concepto conexo, inseparable del órgano y función, que es el de “titular del órgano”. Con todo lo dicho queda perfectamente esclarecido que el Estado no constituye un organismo, en el sentido natural -según han sostenido algunas escuelas- sino una organización de los diferentes dispositivos instrumentales con arreglo a una jerarquía. Así el pueblo reunido en “cuerpo electoral” (órgano electoral); los diputados y senadores, integrados en sus respectivas Cámaras (órgano legislativo); el Presidente y los Ministros (órgano ejecutivo); los jueces y magistrados en sus Juzgados y Tribunales (órgano judicial), etc.

Ahora que el concepto de organización postula el de forma. Toda organización tiene en efecto, una característica externa o formal. La forma es en puridad “el complejo de atributos exteriores que valen para individuar el ente, de una manera íntegra; en correlación con su estructura interior” (Crosa). Clásicamente las “formas de Estado” afectaban tan sólo a la distribución de sus funciones soberanas (unitario, federal, confederal) si bien modernamente se refiere a ella el distinto modo o manera con que participa el pueblo en las funciones estatales. (Tipos de Estado democrático, corporativo, soviético o autocrático).

---

<sup>41</sup> H. Kelsen. Idem. Pág. 348-49.



### **3º.- El Estado: Organización regida por el Derecho**

La inseparabilidad del Derecho y Estado, según se expuso anteriormente, hace de la norma jurídica el necesario regulador de toda la organización estatal. Ahora bien; la pauta de la organización del Estado se encuentra en la Constitución. Si, en efecto, la organización de la comunidad es el hecho primordial, en virtud del cual ésta se encuentra erigida en un Estado, ha de deducirse que el nacimiento del Estado coincide con el establecimiento de su primera Constitución, sea o no escrita, es decir, con la aparición del Estatuto que por vez primera ha dado a la colectividad los órganos que aseguran la unidad de su voluntad y hacen de ella una persona<sup>42</sup>.

Semejante simultaneidad se advierte en el preámbulo de las Constituciones originarias de casi todos los Estados; por ejemplo, en el de la Constitución Venezolana de 1811 que expresa la voluntad de constituir la personalidad estatal (aquí confederal) al propio tiempo en que se establece la Constitución.

### **4º.- El Estado es el sujeto exclusivo de la soberanía**

Ya se dijo anteriormente que la soberanía -poder supremo que no tiene otro superior- constituye el atributo del Estado. Althusius la reputaba el alma del Cuerpo político y Rousseau la identificaba con éste. La soberanía, en efecto, radica esencialmente en el Estado y no cabe compartirla por ser indivisible.

Por tanto en la soberanía se hace la característica diferencial entre el Estado y las demás personas públicas, así la Provincia, el Municipio o las Instituciones autónomas.

La indivisibilidad de la soberanía no permite sino un sólo titular y en su consecuencia es exclusiva y excluyente.

Esta pertenencia de la soberanía identifica al Estado en el orden internacional.

---

<sup>42</sup> Biscarretti di Ruffia. "Contributo alla teoria giuridica della formazione degli Stati". Ed. Giufre. Milano. 1938.

## DIFERENCIA ENTRE ESTADO-PODER Y ESTADO-PERSONA JURÍDICA

El Estado ostenta una doble personalidad, según sea el carácter jurídico de su actuación. Ante todo puede actuar ejerciendo funciones públicas y en este sentido es sujeto único de ellas. En cambio puede también actuar realizando actos o negocios jurídicos de índole privada o patrimonial, como otra persona jurídica cualquiera. En el primer caso se dice que se trata del Estado-Poder o de la Potencia pública (“*puissance publique*” en la terminología francesa), en tanto que en el segundo caso el Estado es persona jurídica al mismo título que las demás y lleva el nombre de Estado-persona o bien de Fisco (ver ley Orgánica de la Hacienda Nacional, art. 1).

### a) El Estado-poder

El Estado es en efecto titular de funciones atribuidas a sus órganos de una manera exclusiva. Tales son las funciones públicas. Algunos tratadistas hablan de funciones soberanas -legislativas, ejecutivas y judiciales- derivadas del atributo único de la soberanía (Codacci-Pisanelli), pero resulta quizás más adecuado referirse simplemente a “funciones públicas” que comprenden las de creación (creadoras de Derecho objetivo: actos legislativos y reglamentarios) y las de ejecución (aplicación individualizada: actos administrativos y judiciales).

Prescindiendo de la naturaleza y nomenclatura de las funciones públicas sí conviene indicar que toda función pública lo es en la medida determinada en una regla de competencia establecida por el Derecho. Así lo declara expresamente la Constitución Venezolana: “El Poder Público se ejercerá conforme a esta Constitución y a las leyes que definan sus atribuciones y facultades” (art. 41).

Los textos constitucionales, por lo demás, contienen la explícita afirmación de la personalidad del Estado-poder. De esta manera el Estado (o Nación en la terminología venezolana) define los deberes y derechos individuales y sociales (arts. 28 a 32) y otorga la garantía de otros (art. 35 y de una manera más literal los arts. 29 y 30 de la Constitución de 1947).

“El Presidente de la República es el representante del Estado” (art. 102). Otras referencias se contienen en los artículos 31, 45, 47, 50 y 56.

Asimismo el Código Penal protege la personalidad del Estado (Ver Libro segundo. Título I, Capítulos 1º y 2º).

## **b) El Estado-persona jurídica**

El Estado como sujeto de negocios jurídicos de índole privada o patrimonial es el Estado-persona jurídica o Fisco.

El Código Civil incluye en el mismo art. 19 entre las personas jurídicas al Estado y a las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado. Es a título privado, por ejemplo, que el propio Código en su art. 832 atribuye “al patrimonio de la Nación” la herencia intestada a falta de herederos legítimos con derecho a suceder al causante. De la misma manera es susceptible de actos de la misma índole sujetándose entonces a las prescripciones del Derecho Civil o Mercantil.

No obstante, aun cuando actúe como Estado-persona jurídica no puede afirmarse que éste se encuentre exclusivamente sometido a los preceptos del Derecho Privado pues, conjuntamente a ellos, rigen prescripciones de Derecho Público, atendiendo al carácter excepcional del Estado-persona jurídica o Fisco. Este es persona jurídica al mismo título que las demás, empero dotada de ciertas prerrogativas de Derecho Público. (Ley Orgánica de Hacienda Nacional, arts. 3, 7, 9, 10, 15 y 16).

## **c) Implicaciones de esta doble actividad jurídica**

En Francia, los tratadistas, y aun la jurisprudencia, han venido diferenciando cuidadosamente los actos jurídicos, según procedieran del Estado-poder o del Estado-persona, calificándoles respectivamente como actos de autoridad o actos de gestión. Las consecuencias producidas resultan también diferentes, pues los primeros, tratándose de actos de Derecho Público, son recurribles en vía jurisdiccional ante los Tribunales Administrativos (Consejo de Estado, Consejos de Prefectura... etc.) en tanto que los segundos, regulados por el Derecho Privado, se encuentran sometidos a la jurisdicción de los Tribunales ordinarios.

Modernamente ha dejado de utilizarse semejante nomenclatura, pero a pesar de ello, continúa manteniéndose la diferencia entre una y otra especie de actos jurídicos: los actos administrativos (públicos) y los actos de carácter civil o mercantil (privados) que quedan asimismo diferidos a distintas jurisdicciones.

Desde el punto de vista técnico es preferible distinguir la naturaleza del acto, sin que haya necesidad de referirlo a una u otra personalidad, al Estado-poder o al Estado-persona. El acto estatal será siempre de Derecho Público en tanto que el acto civil o mercantil pertenecerá al Derecho Privado y ello producirá como efecto la determinación de una distinta competencia para recurrirlos; en un caso, pertenecerá la competencia a Tribunales que ejercen la jurisdicción constitucional o administrativa y en el otro a los Tribunales ordinarios.

Esta diferencia de actos se encuentra universalmente establecida, incluso en el Derecho Internacional, independientemente de que se mantenga o se excluya la nomenclatura de Estado-poder y Estado-persona jurídica.

Resulta a este respecto interesante comprobar que incluso en la U.R.S.S., con un ordenamiento jurídico tan alejado de las concepciones tradicionales, se mantiene la diferencia entre "Estado federativo" en tanto que unidad de poder económico-político (Constitución art. 4º) y el sujeto jurídico de "derechos civiles" -así literalmente expresado- caso en el cual actúa como Fisco ("Kazna").

En Venezuela la distinción terminológica está apuntada aun cuando con escasa precisión. Así el Estado-poder es designado con el nombre de "Poder Público Nacional" o simplemente "Poder Público" (Constitución, arts. 38, 40, 59, 133, N° 3), si bien unas veces el término sea un sustantivo y otras un adjetivo sustantivizado. En cambio, resulta equivoco el nombre de Nación (Constitución, artículos 2, 22 N°. 2, 45, 50 52, 53, 102, 108 N° 4 y 133 Nos. 9 y 10) que se emplea sin omitir tampoco el nombre de Estado (Arts, 108 N° 9) ni el de República (Constitución Art. 1º 2, 22 no. 5, 1, 43)

La definición del acto estatal, por oposición a acto de Derecho Privado, queda establecida en el Art. 41 de la Constitución, refiriéndolo a una regla de competencia.

Por lo demás, la propia Constitución reserva a la jurisdicción de la Corte Federal los actos de poder público que corresponderían al Estado-poder (Art. 133, Nos. 1, 3, 7, 8, 9, 10).

#### **d) Crítica de la doble personalidad del Estado**

Ahora que esta doctrina conforme a la cual se hace de un Estado único dos personas distintas merece ser sometida a revisión.

El Fisco fue en efecto concebido históricamente como un medio técnico para convertir en jurídica una parte de la actividad estatal. Las prerrogativas soberanas del Estado absoluto “jura majestatis” -lo hacían incondicionable. Tan sólo las relaciones entre privados se hallaban vinculadas al Derecho Civil y sometidas al pronunciamiento definitivo de los Tribunales.

Es en una fase avanzada del proceso de juridificación del Estado cuando se admite que puede demandarse al Príncipe como “privatus”, mero tenedor del patrimonio, suponiendo que por ser el Fisco una utilidad -“la Caja que lo Atesora todo”- ha de adoptar la figura de persona de Derecho Civil, capaz de ser deudor o acreedor.

Entonces se delimitan dos personas deferenciadas por sus respectivas cualidades jurídicas. Una, el Fisco, súbdito como los demás, “El hombre privado corriente”. Otra, el Estado propiamente dicho -abstraído de su patrimonio- sujeto del poder de dominio (Otto Mayer).

El Estado de Derecho -como indica el nombre- se halla íntegramente regido por las reglas jurídicas, sin escisión posible. En tales condiciones no puede persistir la imagen de un Estado bifronte, “Su personalidad es única; solo el ámbito en que se mueve es plúrime, y así como el hombre con dos trajes no por ello tiene dos figuras, el Estado que obra *iure imperii* no es el sosia del que obra *iure gestionis*” (Ferrara).

El Estado ostenta una personalidad única que comporta un “status mixto”, como se comprobará más adelante al estudiar el caso análogo de las personas jurídicas privadas provistas, no obstante, de un “status” público.

## PERSONALIDAD DEL ESTADO Y ORGANIZACIÓN

### a) La pluralidad de personas públicas en el Estado

Ahora que los cometidos propios del Estado -o fines históricos dicho en términos clásicos- no sólo se realizan directamente sino también mediante el concurso de otros sujetos, los cuales constituyen las variadas personas públicas o de Derecho Público. Estas, según indica su adjetivación, “participan de caracteres estatales, de cualidades y prerrogativas que son exclusivas y esenciales del Estado, como **marqués de la souveranité** expresado con lenguaje de otro tiempo” (Ferrara).

Se trata de sujetos individuados y por tanto con personalidad evidente, más, a su vez, tan insertos en el Estado que éste se convierte en su supuesto necesario y en la condición de su misma existencia.

A este respecto observa Ferrara que “el Estado es la persona jurídica originaria, fuente de Derecho y centro de la coacción social. Por esto es único en su especie y se eleva sobre todo y a todos da la norma. Las provincias y los municipios forman, en cierto modo, compartimientos y se convierten así en miembros de la misma organización estatal. Son personas jurídicas de base territorial, geográficamente distribuidas, que, en su conjunto, constituyen toda la colectividad, dotadas de poderes públicos para la satisfacción de los intereses locales que representan. Hay también otras personas de Derecho Público previstas para la satisfacción de intereses especiales, como los establecimientos públicos y los Institutos autónomos o autárquicos”.

Tal sucede, aun en mayor escala, en un régimen federal por ejemplo, en Venezuela con los Estados federados (Constitución arts. 3, 4, y 11), con las municipalidades (arts. 18 y 19) y con los Institutos o establecimientos autónomos (Ley orgánica de la Hacienda Nacional arts. 70 a 74), sin contar otros variados sujetos posibles integrados no obstante en la personalidad unitaria de la Nación o Estado (arts. 1º, 3º, 40).

Semejante concurrencia, en una unidad de estructura y en una comunidad de acción, lleva implícitos estos dos puntos de razonamiento. Ante todo, determinar aquellos caracteres que califiquen las personas jurídicas públicas como tales, y, una vez logrado, establecer, en sus límites exactos, la relación entre ellas y el Estado.

1.- En cuanto a la atribución del carácter público a las personas jurídicas, pudo antaño haber servido de criterio definidor la índole de la función ejercitada, en tanto que específica actividad estatal, mas ahora se hace a todas luces insuficiente.

Hasta el hito que marca, en el progreso del Derecho Público, la fecha crucial de 1914-1918, la persona pública se diferenciaba de la persona privada atendiendo a los respectivos sistemas jurídicos por los cuales se regían, "sistematización tan del gusto francés, en virtud de su lógica y del hábito de pensar categóricamente" según observa, en buen testigo, el Profesor de la Universidad de París André de Laubadère (*"Manual de Droit Administratif"* Librairie générale de Droit et de jurisprudence. 2éme, ed. París. 1947. Pág. 29). Pero en estos últimos treinta y cinco años se ha venido operando una estrecha aproximación entre los dos clásicos sectores del Derecho Público y del Derecho Privado, sin embargo no confundidos, conforme sostienen los monistas desde Duguit a la escuela vienesa. "Con ello -comenta Laubadère- ciertas colectividades privadas han adoptado frecuentemente rasgos que las asimilan a las colectividades públicas (Control estatal extendido a su funcionamiento) y, a la inversa, algunas colectividades públicas, especialmente aquellas que cumplen cometidos económicos, han sido dotadas, sobre todo en sus métodos de gestión financiera, de una flexibilidad y de una extremada libertad de acción" (Obra citada pág. 31). En tales condiciones resulta cada vez más dificultoso señalar la línea divisoria.

Así se ha hecho famoso en Francia el caso de los Colegios de Médicos (*"Ordre des médecins"* creados en la ley de 10 de setiembre de 1942), una organización con personalidad jurídica, de carácter estrictamente gremial, investida, no obstante, de poderes coactivos. ¿Tiene entonces carácter público o privado? En tanto que grupo perteneciente a una profesión liberal, regida por sus propios miembros y en defensa de intereses singulares resulta más próxima a una institución privada. Aun cuando no ha de olvidarse que se trata de un gremio obligatoriamente colegiado que representa la profesión, ejerciendo poderes reglamentarios y disciplinarios.

El Consejo de Estado expresó su perplejidad en sus fallos al declarar, un tanto paradójicamente, que "no son Establecimientos públicos" si bien reconoce que "rigen servicios públicos y sus decisiones constituyan actos

administrativos" (Arrêts "**Monpeurt**" de 31 de julio de 1942 y "**Bouguen**" de 2 de abril de 1943").

Posteriormente las Organizaciones profesionales "Ordres professionnels", se han multiplicado quedando a la vez definidas de una manera más precisa (Arquitectos, Ley 31 de diciembre de 1940 y Ordenanza 30 de agosto de 1947; Farmacéuticos, Ordenanza 5 de mayo de 1945; Contabilistas, Ordenanza 19 de setiembre de 1945; Geómetras, Ordenanza 7 de mayo de 1946; Veterinarios, Ley 23 de agosto de 1947). La reciente legislación confirma, sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado pues considera a tales Colegios gremiales "Establecimientos de utilidad pública" -por tanto no Establecimientos públicos- gestores de "servicios públicos corporativos" (Berton, "Les Ordres professionnels". These. París, 1950).

A ello ha de añadirse la posibilidad de que los auténticos servicios públicos sean prestados por parte de personas jurídicas privadas. Así sucede, de una manera efectiva, con las "Cajas locales de seguridad social" (C. de E. 13 de Mayo de 1938 y 2 de febrero de 1951) cabiendo asimismo que otros distintos se confíen a Asociaciones o fundaciones también de carácter privado (C. de E. 27 de febrero de 1942, 4 de agosto de 1944 y 16 de marzo de 1945) y en fin que las actividades de ciertas empresas comerciales (remolques portuarios, transportes y radiodifusión) se conviertan, mediante acuerdo administrativo, previsto en las concesiones respectivas, en servicios públicos.

Una mayor importancia reviste indudablemente la situación inversa, es decir, la de las personas jurídicas denominadas en Francia "empresas públicas", cuyo único cometido consiste precisamente en desarrollar actividades de carácter industrial y comercial consideradas, sin embargo, "verdaderos servicios públicos" (C. de E. 15 de febrero de 1935, 23 de diciembre de 1949, 20 de octubre de 1950). Se trata pues, de personas públicas cuya peculiaridad consiste en el hecho de "funcionar de la misma manera que las empresas industriales o comerciales similares" (T. de C. 22 de enero de 1931, C. de E. 22 de enero de 1932) o si se quiere, más exactamente "teniendo por principales y habituales actividades las que define el Derecho Mercantil" (Chavanon. Obra citada, pág. 54).

Pero, ¿se les puede atribuir entonces el carácter jurídico de comerciante? Chavanon destacando las exigencias del servicio público se pronuncia por la negativa (Obra citada, pág. 68), si bien Laroque contesta



afirmativamente teniendo en cuenta la vigencia de los preceptos de Derecho Privado. ("Les usagers des services publiques industriels". Thèse Paris 1933. Pág. 598).

El incremento de las nacionalizaciones (Fábrica Renault 13 de diciembre de 1944. Gas y Electricidad 8 de abril de 1946, Hulleras 17 de mayo de 1946, Crédito 12 de diciembre de 1945, Seguros 25 de abril de 1946), convierte progresivamente las empresas privadas en empresas nacionalizadas, quedando establecida una variada gama, sujeta a regímenes diferentes. Así la Electricidad y Gas de Francia como las Hulleras son calificadas de "establecimientos públicos de carácter industrial y comercial" en tanto que las Sociedades Seguros "conserva el Estatuto de Sociedad comercial, continuando sometida a la legislación mercantil".

¿Resultaría mejor lograda la diferenciación apelando a notas conceptuales que permitieran caracterizar netamente uno y otro tipo de persona jurídica?

Es lo que han intentado, sobre todo, los tratadistas italianos, transfiriendo a un distinto plano las mismas dificultades<sup>43</sup>.

La finalidad, pública o privada, no puede servir de criterio diferenciativo, según se ha pretendido (Orlando, Ranelletti, Zanobini...) por cuanto es muchas veces común -instrucción, beneficencia, industria o comercio- sin que quepa añadir, conforme lo hace ingeniosamente Miele, que el Estado utilice el fin de la persona pública como medio para la

---

<sup>43</sup> La bibliografía italiana es la más completa, no sólo por su volumen sino también por su calidad. Ella cuenta con éstos destacables trabajos Salvatore Foderado. "Contributo alla teorica della Personalità degli organi dello Stato. CEDAM. Padova. 1942 y "Stato e Persone giuridiche pubbliche", CEDAM. Padova, 1943. De Francesco Franceschelli, "Enti pubblici e diritto commerciale" en "Studi per Scorza". Roma. 1940. Giannini. "Persone giuridiche pubbliche e private" en "Stato e Diritto". 1940. Miele. "La distinzione tra ente pubblico e privato" en "Rivista de Diritto commerciale" 1942. Arena. "La società commerciali pubbliche". Milano. 1942. Puchetti, "L'attività commerciale e la prestazioni di servizi pubblica da parte della pubblica amministrazione". Milano. 1942 Jemmolo. "Organi dello Stato e persone giuridiche pubbliche" en "Lo Stato". 1931. Costamagna, "Ancora sull'argomento; organi, istituzioni e persone giuridiche pubbliche" en "Studi senesi". 1940. Vol. LIV. Pág. 389. Forti. "Sui caratteri distintivi delle persone giuridiche pubbliche" en "La Corte di Cassazione". 1925. Pág. 322. Vincenti. "Le persone giuridiche pubbliche Costituzionali". Napoli. 1942. Cantucci. "Sull'elemento distintivo delle persone giuridiche pubbliche, en Studi senesi". 1940. Vol. LIV. Pág. 389. Resta. "Natura e criterio di identificazioni delle persone giuridiche pubbliche" en Giur. 1938. II pág. 931. Girola, "Sui caratteri distintivi delle persone giuridiche pubbliche". En "Temi". 1931.

consecución de sus propios fines (Miele. “La distinzione tra ente pubblico e privato”, en “Rivista di Diritto commerciale”. 1942. T. I. pág. 12), con lo cual la consecuencia lógica consistiría en declarar que “todos los entes morales -personas jurídicas- son siempre sujetos de Derecho Público” (Mortara. “Giurisprudenza italiana”. 1921. T. I. págs. 146-147).

Salvatore Foderado, Profesor de la Universidad de Perugia, ha examinado con rigor analítico los distintos puntos de vista resumidos en su propia conclusión (Foderado, “Stato e persona giuridiche pubbliche”. Cedam. Padova. 1943). La naturaleza de la actividad de la persona jurídica es indiferente para calificarla de pública o privada. Igual sucede con su estructura y funcionamiento que aun adoptando las modalidades del Derecho Privado -recuérdense las “empresas públicas” en Francia- “pueden recibir el crisma juspublicista”. La calificación pública la atribuye el Estado a una persona jurídica siempre que sus actividades -por motivos diversos- representen intereses cuya realización decida asegurar.

De esta manera, a fin de cuentas, el único criterio certero consistiría en remitirse a la voluntad del legislador, solución propugnada conjuntamente por los tratadistas italianos y franceses (Jèze, Waline, Laubadère y la jurisprudencia del Consejo de Estado), quedando con ello situado el problema en punto muerto, hasta el extremo de haberse de afirmar que, “fuera del diferente régimen jurídico a que se encuentran sujetas las personas jurídicas públicas y privadas, no existen características esenciales que puedan conducir a una distinción ontológica entre las dos categorías” (Foderado. Obra citada, pág. 24).

Permítasenos así esbozar una construcción jurídica personal, con todas las reservas y excusas que impone la audacia de semejante intento.

Como tantas veces sucede, el problema exige ser replanteado en otros términos. Por tanto no se pretenderá establecer “a priori”, como ha venido haciéndose hasta ahora, el carácter público o privado de la persona jurídica, cuando lo que procede, ante todo, es precisar el “status” que le corresponde en una relación jurídica dada.

No se trata tanto de que la persona jurídica tenga uniformemente una calidad pública o privada sino de esclarecer la especialidad del “status” que le corresponde en cada uno de sus actos. Es la naturaleza jurídica de estos actos -identificada por definición o por los efectos producidos- que determina el “status” público o privado, independientemente de la configuración de la persona misma, sea un “establecimiento público”, un

“establecimiento de utilidad pública” una “empresa pública” o una sociedad mercantil concesionaria de un servicio público. De otra parte lo mismo sucede en los demás dominios. Por ejemplo, a una persona cualquiera le corresponde o no le corresponde un “status” laboral según sea la naturaleza del acto en virtud de la relación jurídica, aplicándosele entonces el Derecho de Trabajo o el Derecho común.

Ello sentado, resulta congruente que, en las empresas públicas, la jurisprudencia francesa considera funcionarios públicos tan sólo al personal dirigente y contable, sujetándolo a un estatuto de Derecho Público -que comporta la competencia de los Tribunales Administrativos-, en tanto que no asigna tal calidad al personal restante, sometido, en consecuencia, a un estatuto de Derecho Privado (Laubadère. “*Traité élémentaire de Droit Administratif*”. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence. París. 1953, págs. 620 y ss). El caso de los Colegios profesionales (“*Ordres Professionnels*”) queda asimismo satisfactoriamente explicado. Como se dijo antes, la jurisprudencia los declara “empresas de utilidad pública”, es decir, agrupaciones privadas que no rigen ningún servicio público sino una actividad privada, a pesar de lo cual pueden ejercitar un poder reglamentario -Códigos de Deontología- actuando, en circunstancias concretas, con facultades de autoridades administrativas (Laubadère. Obra citada, pág. 650).

De esta manera no es del todo exacto afirmar, como lo hace la bibliografía francesa, que estas personas jurídicas son “organismos innominados”, en parte públicos y en parte privados, ya que ordinariamente tienen una calificación legal. Lo único importante, dado que la denominación resulta superflua, es precisar si tienen un solo “status” o un “Status” mixto, de Derecho Público y de Derecho Privado.

En efecto; personas jurídicas integralmente públicas no existe otra que el Estado -unitario, federal o federado- y asimiladamente las Regiones autónomas, las Provincias y los Municipios, por cuanto como “potencia pública” -“*puissance publique*”- únicamente realizan actos de autoridad comprendidos en un “status único”, teniendo en cuenta que al producir actos patrimoniales o de gestión son imputables a otra personalidad paralela que es el Fisco. En cambio, las demás personas jurídicas, coadyuvantes de aquéllas, cualquiera que sea su nombre y calificación, tienen un “status mixto”.

Semejante dualidad había sido advertida por los tratadistas italianos. Es así que Ambrosini ha distinguido siempre las “personas jurídicas estatales” de las “personas jurídicas meramente públicas”. (“*Transformazione delle persone giuridiche*”. Torino. 1914. T. II. pág. 85) y De Francesco adopta también la dicotomía de las personas jurídicas públicas, a las que denomina “primarias” y “secundarias” (“*Persone giuridiche pubbliche e loro classificazione*” en “*Scritti per Vacchelli*”. Milano. 1938, pág. 211). Pero si se admite el razonamiento expuesto, quizá sería preferible, dar al segundo grupo el nombre de “personas jurídicas con status público”.

2.- Esta variación de personas jurídicas desiguales, concordadas no obstante por una unidad de cometido, induce a examinar los nexos que median entre ellas y el Estado.

La índole de la relación no se encuentra definida, Apelando a figuras jurídicas clásicas se ha escogido el concepto de “representación”, el cual no puede sostenerse por cuanto los intereses respectivos no son siempre identificables y los fines pueden resultar inclusive contradictorios hasta el punto de llegar al conflicto. Lo mismo cabe objetar en una pretendida relación “de servicio” (Miele. *Obra citada*, pág. 26), en la que el sujeto obligado habría de “servir” siempre intereses y fines de un sujeto obligante, supuesto manifiestamente contradecido por la experiencia.

Una nueva tendencia califica el nexo de “relación orgánica” (Fadda y Bensa. “*Note al Windscheid*”. Torino. 1902. T. I. pág. 796; Ranelletti. *Obra citada* pág. 517; Zanzucchi “*Instituzioni di Diritto Pubblico*”. Milano. 1943. pág. 14 e inclusive Miele. *Obra citada*, pág. 42), en virtud de la cual “la persona jurídica, encuadrada en la organización del Estado, se convierte en instrumento y por tanto en un verdadero órgano del mismo”, conclusión que rechaza Foderado pues “lleva a identificar la persona pública con el Estado, cuando aquélla actúa realmente como titular de una actividad propia” (“*Contributo alla teorica della personalita degli organi dello Stato*”. Cedam, Padova, 1941, págs 59 y siguientes).

Kelsen ha aportado la escrupulosidad de su método para esclarecer un tanto los términos de la controversia.

Como punto de arranque hace referencia al concepto fundamental de orden jurídico y a sus personificaciones sucesivas, “El orden jurídico parcial se enlaza. por grados, a un orden jurídico total. De este orden jurídico parcial -suceptible de personificación- parte de una serie

ininterrumpida de órdenes y agrupaciones de la más variada índole, que desembocan -a través de la sociedad, la corporación, la asociación, la cooperativa, el municipio- en la comunidad más compleja, en el orden jurídico total; el Estado, y aun más allá del Estado, en la unión de Estados y en la comunidad jurídica internacional”.

Así ha de distinguirse un orden jurídico de totalidad -que tiene su expresión en la persona del Estado- de un orden jurídico parcial -pero siempre inserto en aquél- que tiene su personificación en “comunidades jurídicas infraestatales”. Lo que se personifica es pues un orden jurídico de diferente grado, entendiendo que si la persona jurídica “parcial” constituye un sujeto de imputación, ello es solamente para ciertos actos ya que, en última instancia, han de imputarse al Estado como unidad de la totalidad. Que las personas jurídicas “infraestatales” ostenten una personalidad no significa otra cosa sino que tienen órbitas de competencia propia, mas sin olvidar que éstas dimanen finalmente de las normas de un único orden jurídico total (Kelsen. “Teoría general del Estado”. Traduc. española. Ed. Labor. Barcelona, 1934. págs. 87, 242, 245 y 247).

## **b) Organización del Estado y personalidad jurídica**

La denominada persona jurídica -“estatal” o “infraestatal”- y el conjunto de órganos del Estado que componen su organización, constituyen, al menos en principio, dos conceptos irreductibles.

Las personas jurídicas -sea cualquiera su calidad- cuentan imprescindiblemente con órganos propios, instrumentos -según su etimología griega- “mediante los cuales expresan su capacidad de querer y de obrar” (Ferrara), pero de tal manera ínsitos que “el Estado no coexiste con sus órganos sino **en ellos**” (Kelsen).

En cambio, los órganos del Estado no tienen personalidad. Así no son personas jurídicas ni las Cámaras legislativas ni los Tribunales, pese a su estructura colectiva.

Sin embargo, resultaría desacertado acentuar la diferencia entre conjunto orgánico y persona jurídica por cuanto, conforme advierte Kelsen, “el concepto corriente de órgano del Estado implica por necesidad una cierta personificación. Nada se opone a hablar de los órganos del Estado como sujetos de las funciones creadoras del orden jurídico,

dejándose llevar por la presión de lenguaje jurídico sustantivista y personificador, y así como la persona, en general, el órgano del Estado en particular es también la personificación de un hecho o complejo de hechos específicos". (Obra citada págs. 81, 345, 346 y 347).

No es de extrañar, por tanto que se propenda a conferir una personalidad jurídica, sea explícita o implícitamente, a los órganos del Estado que desarrollan una actividad unitaria. De aquí que "cuando se habla de Administración Pública se hace referencia, de una manera precisa, al complejo orgánico que forma el poder administrativo" (Sandulli. "Manuale di Diritto Amministrativo". Ed. Jovene. Napoli. 1955, pág. 99). Por este motivo en España el recurso contencioso administrativo se tramita y resuelve teniendo por parte a "la Administración general del Estado", que no es sino el conjunto de órganos administrativos.

A tal respecto indica Eisenmann que "la clave del Derecho Administrativo es la Administración como conjunto de órganos, es decir una institución" ("Cours de Doctorat". París. 1951-1952, pág. 135) y los tratadistas italianos modernos proponen adoptar, como sucedáneo, el concepto de "Administración-aparato" o "Aparato Administrativo" (M. S. Giannini. "Lezioni di Diritto Administrativo". Giuffré Editore. Milano 1950, páginas 3 a 6).

La misma propensión se manifiesta en sistemas jurídicos tan peculiares como el de la U.R.S.S., donde "los Soviets de diputados de los trabajadores, en las Regiones, Territorios, Territorios autónomos, Círculos, Villas y Aldeas, son los **órganos locales del poder público** que -según una opinión unánime- constituyen personas morales" (W. A. Scheuerle. "Les personnes morales" en Revue internationale de Droit Comparé, 1952, pág. 452).

En suma; la organización del Estado se encuentra establecida con una doble estructura: sus órganos, propiamente dichos y la pluralidad de personas -públicas o con "status" público- dotadas a su vez de órganos propios, mas todo reducido a una unidad jurídica que es el último centro de imputación: el Estado.

(Siglas utilizadas; C. de E. = Consejo de Estado. T. de C. = Tribunal de Conflictos).



# Estado y Derecho (Configuración Jurídica del Estado)\*

## I

### PROLEGÓMENOS AL ESTUDIO DEL ESTADO

#### A.- DIFICULTADES PARA DEFINIR EL ESTADO

El estudio de la “configuración jurídica del Estado”, sugiere inmediatamente la pregunta: ¿Qué es el Estado? Y sólo sabiendo lo que el Estado sea, se podrá colegir la peculiaridad de su configuración jurídica. Se comienza así con una interrogante que, de otra parte, es la manera de comenzar toda ciencia, es decir, preguntándose por algo<sup>1</sup>.

#### ¿Qué es el Estado?

Si alguien fuera sorprendido de pronto con semejante pregunta, habría de responder diciendo que el concepto de Estado no es suficientemente simplista para encerrarse en los estrechos límites de una definición. Sólo lo simple es susceptible de ser definido y no explicado. Por ejemplo, el concepto “círculo”, el de “molusco” o “artrópodo”. En cambio, ya resultaría menos fácil definir un campo electromagnético, y mucho más difícil definir el hombre. La complejidad del hombre -natural y espiritual- desbordaría los límites de una definición.

---

\* Publicado en *Studia Iuridica* N° 1, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1956, pp. 257 a 338.

<sup>1</sup> El filósofo inglés R. G. Collingwood (1891-1943), insistiendo en la actitud revocadora de Bacon y Descartes, propone superar la vieja “lógica proposicional” mediante la llamada “lógica de pregunta y respuesta”, la cual opera con una “actividad interrogante”. Ver “An Autobiographie”. Traducción del “Fondo de Cultura Económica”. México, 1953. (Págs. 30 a 50).



Cierto es que todos tenemos o pretendemos tener una noción de lo que sea el Estado, pero tan vaga e imprecisa, que ocurre con ello lo que afirma San Agustín del “tiempo”: “Si me preguntáis lo que es, no lo sé, pero si no me lo preguntáis, sí que lo sé.”

La Filosofía escolástica ya había distinguido los conceptos “en estado virtual distinto”, aún cuando “en estado actual confuso”. Es decir, un conocimiento “virtual distinto” nos permite no confundir el Estado con otro objeto, por ejemplo, un sindicato, un partido político o una compañía anónima. Pero tratándose de un conocimiento “actual confuso” no hay forma de contestar de una manera lúcida qué es el Estado. Mas, pese a tamaña ignorancia, no es menos cierto que en el lenguaje cotidiano empleamos el término “Estado”. ¿Sabemos entonces lo que significa?

El jurista austríaco Hans Kelsen, comienza su conocida “Teoría General del Estado” diciendo lo siguiente: “La palabra Estado es equívoca lo cual hace poco menos que imposible su uso. Ella es un sustantivo vacío al que se ha extraído todo contenido propio; y un sustantivo resulta tanto más aprovechable cuanto más vacío es.”<sup>2</sup>

Pero esta vez Kelsen no tenía razón, pues no es la vaciedad del término “Estado” lo que lo hace apropiado para todo uso. Al contrario, se trata de un término demasiado rico en sustancia y contenido, siendo esto mismo lo que nos hace incurrir en confusiones; de ahí, los equívocos a que da lugar.

La palabra “Estado” comporta diferentes sentidos. Algunas veces queremos indicar con ella el conjunto de gobernantes por oposición a los gobernados. Otras, designamos con tal vocablo el presupuesto nacional o las finanzas públicas, y así decimos: “esto lo pagará el Estado...”. También usamos el término para diferenciar el organismo superior en una jerarquía orgánica; ejemplo, “el Municipio se encuentra subordinado al “Estado”. En consecuencia de lo expuesto, la expresión “Estado” implica tantos y tan variados contenidos, que todos pueden ser utilizados sin incurrir en contradicción alguna.

Y es que el Estado, como antes quedó advertido, constituye un objeto de conocimiento en alto grado complejo, por lo cual precisa un

---

<sup>2</sup> Hans Kelsen, “Teoría general del Estado”. (Traducción de L. Lagaz Lacambra). Editorial Labor. Barcelona-Madrid-Buenos Aires. 1934. Pág. 3.

método que permita determinarlo netamente “con claridad y distinción”, según preconiza la regla cartesiana.

### a) El concepto de Estado según las exigencias de un método

La formación de conceptos en las Ciencias sociales, y por tanto en la “Teoría del Estado”, se halla sujeta modernamente a un escrupuloso rigor metodológico del cual ofrecen ejemplos los concienzudos trabajos de George Jellinek, Max Weber y Leopoldo von Wiese. Resultaría ahora desproporcionado exponer alguno de ellos; basta conocer su existencia, adquiriendo así la convicción de que el concepto de Estado no puede depender, en un análisis científico, ni de dogmatismos unilaterales ni menos aún de “flactus vocis”, el decir, de meras vacuidades verbalísticas<sup>3</sup>.

Para conocer el Estado y formar un concepto del mismo, se precisa describirlo. Ha de utilizarse en su consecuencia, un método descriptivo. Empero, ¿cómo lograrlo? Porque existen varias descripciones posibles. En efecto, ya la lógica de Port Royal preconizaba la necesidad de describir, mostrando las notas esenciales de las cosas descritas, hasta que éstas quedaran señaladas adquiriendo evidencia. También, en la actualidad, el método fenomenológico de Husserle apela a la descripción quizás de una manera inadecuada en el dominio de las Ciencias sociales.

La investigación moderna trata de formar el concepto de Estado -lo mismo que de otras realidades sociales- “descubriendo uniformidades empíricas”, según expresa Max Weber, o sea ciertos rasgos típicos siempre experimentados, que se convierten por tanto en auténticas *constantes*. Luego, la concurrencia regular de semejantes constantes sirve para configurar mentalmente un “tipo”, que Jellinek y Weber denominan “tipo

---

<sup>3</sup> La necesidad de un método adecuado en la Doctrina del Estado se encuentra magníficamente tratado por Jellinek (obra citada, capítulo II, págs. 23 a 44, de la edición española). También Herman Heller le dedica un estudio completo (obra citada, págs. 49 a 81). Por lo demás, a quienes interesen los problemas metodológicos pueden seguir su desarrollo acudiendo, ante todo, a Guillermo Dilthey. “Introducción a las Ciencias del Espíritu” y “El Mundo Histórico”. Después Max Weber “Economía y Sociedad”, tomos I y IV. Y Félix Kanfmann “Metodología de las Ciencias Sociales” (traducción de la misma editorial). En sus idiomas originales, por no haberse traducido: Ernest Stauffer: “La methode relationnelle en Sociología selon Léopold von Wiese”. Delachaux et Niestlé. Geneve 1950. Von Wiese “Des Gesetz der Macht” (La ley del poder). Adolfo Mensei “Die energetische Staatslehre” (La teoría energética del Estado). Viena. 1931.

ideal”, von Wiesse “tipo social”, Toynbee “unidad tipo”, y Herman Heller “concepto estructura”.

De igual manera se obtiene el concepto de Estado partiendo de una realidad social dada -conjunto de fenómenos, relaciones o estructuras- cuyas *constantes* aparezcan, según la experimentación, constituyendo *datos* perfectamente comprobables y describibles.

La noción de *dato* resulta básica en la formación de un concepto científico del Estado<sup>4</sup>. En efecto, la descripción del Estado se obtiene mediante la enumeración de cinco datos que constituyen sus *constantes*, a saber: el dato geográfico, el dato demográfico, el dato político, el dato histórico y el dato jurídico.

Pero antes de proceder a una clasificación de tales datos y al análisis de cada uno de ellos, conviene precisar el sentido histórico del nombre mismo.

## **b. Sentido histórico del nombre**

La palabra “Estado” comenzó a utilizarse en el transcurso del siglo XVI. Maquiavelo, en el año de 1513 fue el primero en mencionarla en las primeras páginas de su famosa obra “De Principatibus”, mejor conocida con el título de “El Príncipe”. En ella, al comienzo, se puede leer lo siguiente: “Todos los dominios que han tenido y continúan teniendo imperio sobre los hombres, son Estados”.

He aquí cómo se acuña un término nuevo que corresponde a un concepto también nuevo. Anteriormente se hablaba de Principado, Reino, Imperio. Inclusive se empleaba el término “Tierra”, a fin de expresar lo que ahora se entiende por Estado. Así, aún en alemán, continúa diciéndose (a base del vocablo “Tierra” -Land-), soberanía de la tierra o del

---

<sup>4</sup> Conviene precisar y tener siempre presente la diferencia que media entre “hecho singular o eventual” y “dato”. El hecho singular tiene tan solo valor individual (aquí, en un lugar, en este momento, ahora y para un sujeto). Por ejemplo, el peso de una persona, la velocidad de un automóvil, la superficie de un Estado, o el número de sus habitantes. Por el contrario, el dato es también un hecho, mas un hecho que tiene constancia universal (igual en todos los lugares y en todos los tiempos), por lo tanto, de valor universal; por ejemplo, el peso atómico, la velocidad de la luz, o los datos estadísticos que representan índices constantes; así, el índice de la natalidad. La constancia del territorio o de la población de un Estado, cualquiera que sea su magnitud singular, en un lugar o en el tiempo, convierten este hecho en *dato*.

territorio, en vez de soberanía del Estado (“Landeshoheit”, o bien, “Landesherrschaft”) y Cámara del territorio (“Landstag”).

La aparición del Estado constituye, pues, la gran novedad de la época moderna, que precisamente se caracteriza por producirse en ella la constelación de los grandes Estados europeos.

Mas, ¿qué pretendía afirmar Maquiavelo cuando adoptaba un término que a la sazón constituía un neologismo? Evidentemente el nombre de Estado habría de servir para designar una formación política original, sin identidad con otras anteriores (Reinos, Principados, Imperios). De esta manera registraba una unidad política cuya existencia y persistencia era independiente de la persona del Príncipe y del Rey, e incluso de las colectividades sociales tales como la Iglesia, la Aristocracia o las Oligarquías, a pesar de lo destacado de su cometido. El Estado subsiste así separadamente, con impulso propio, de las individualidades, fueran éstas sus gobernantes o sus beneficiarios, todo lo cual resulta clarísimo al referirse al destino de Italia<sup>5</sup>.

El Estado, esa realidad emergente de la época, se convierte en un concepto universal, que es el que se expresa con el vocablo “Estado”, el mismo en todos los idiomas indo-europeos: “Stato”, en italiano; “Etât”, en francés; “Staat”, en alemán; “State”, en inglés. Tanto el concepto Estado como el nombre, quedaron universalizados. Sin embargo, la palabra no sirve de rótulo a un producto inalterable; al contrario, desde entonces (siglo XVI) ella va adaptándose al proceso evolutivo de aquello que expresa, por lo cual puede asegurar Orlando que: “La historia de la palabra es la historia misma de la idea y de la institución”<sup>6</sup>.

He aquí el aporte semántico, primera etapa de la investigación propuesta, faltando ahora considerar los cinco datos del Estado, cuyo estudio pondrá de relieve tres facetas del mismo, suficientes para describirlo de una manera integral.

---

<sup>5</sup> Significativo resulta el pasaje contenido en el capítulo XXVI de “El Príncipe”: “No es menester dejar pasar la ocasión del tiempo presente sin que Italia, después de tantos años de expectación, vea por último aparecer su redentor”. Como antes, refiriéndose a una observación del Cardenal Rúnan, replica, “que los franceses no entendían de Estado”. (Idem. cap. III, 14).

<sup>6</sup> V. E. Orlando. “Diritto pubblico generale”. (Libro III “Il nome di Stato”). Editorial Giuffrè. Miláno. 1940. Pág. 186.

## B.- TRIPLE ASPECTO QUE OFRECE EL ESTADO

Un examen cuidadoso del conjunto de datos que, de una manera constante y necesaria, se ofrece en ese fenómeno social denominado Estado, permite clasificarlos en dos grandes grupos heterogéneos.

El conjunto incluye cinco datos, a saber: el dato geográfico, el dato demográfico, el dato político, el dato histórico y el dato jurídico, correspondiendo los tres primeros al grupo de “condiciones existenciales del Estado”, y los dos últimos al grupo de “caracteres determinantes del Estado”.

1º. grupo: “Condiciones existenciales del Estado” (Fenómenos naturales).

- a) *El dato geográfico.* -Espacio físico (Territorio).
- b) *El dato demográfico.* -(Población. Pueblo).
- c) *El dato político.* -(Poder político, unificador y unificado).

2º. grupo: “Caracteres determinantes del Estado” (Creaciones culturales).

- a) El Estado como una concepción, concepción histórica.
- b) El Estado como una institución, institución jurídica.

Los datos del primer grupo pertenecen al orden natural, físico o psicológico, en tanto que los del segundo grupo implican una transformación de objetos naturales operada por el poder creador del hombre. En suma, se trata de creaciones culturales.

El Estado se presenta así, en un *primer aspecto*, como una serie de “condiciones existenciales”. En un *segundo aspecto*, como una “concepción histórica”, y en un *tercer aspecto*, como una “institución jurídica”.

### Conexidad de datos

Todos los datos enumerados, tanto los incluidos en el primero como en el segundo grupo, se encuentran en una relación de conexidad, formando una estructura unitaria. Han de concurrir inseparablemente, sin que quepa aislarlos, a no ser en el análisis, mediante un procedimiento intelectual (Heller).

Así el Estado no puede ser tan solo una institución jurídica, sin ser a la vez una concepción histórica; por ejemplo, antes de concebirse la acción al portador, la institución jurídico-mercantil llamada Sociedad Anónima no hubiera podido encontrar lugar en el Código de Comercio. Fue necesaria una concepción previa de la Sociedad Anónima para que luego se estableciera la institución jurídica. La institución jurídica resulta inseparable de una concepción de la institución misma.

Pero el Estado no puede limitarse a una concepción histórica si no median condiciones existenciales, es decir, sin territorio ni población ni poder político. Si un iluso pretendiera implantar la "Utopía" de Tomás Moro, o "La Ciudad del Sol", de Campanella -concepciones renacentistas del Estado- no lograría jamás realizar su propósito al no contar con territorio disponible ni masa humana que constituyera la población. En sumo, continuaría siendo una utopía.

Como tampoco bastan exclusivamente las condiciones existenciales, ofreciéndonos un ejemplo el Derecho Internacional con los denominados "territorios no autónomos". Estas comunidades territoriales primitivas -carentes de madurez- cuentan con las condiciones existenciales de un Estado -territorio, población y poder político- mas les falta, en un grado perfecto, los datos del segundo grupo -una concepción del Estado y una institución jurídica dignas de tal nombre-. Es el caso de tantas islas del Pacífico actualmente bajo mandato de verdaderos Estados.

En consecuencia, todos los datos enumerados como atributos del Estado no sólo han de darse acumulativamente de una manera conexas, sino formando una unidad de estructura. De ahí que para Heller el Estado constituye "una conexión total".

### C. CONDICIONES EXISTENCIALES DEL ESTADO

Se entiende por "condiciones existenciales del Estado", aquel conjunto de realidades que tiene carácter necesario para su existencia, aún cuando la suma de todas ellas no sea suficiente para determinarlo. Suponen tan sólo, según frase del Profesor Charles Burdeau, "ciertas constantes que hacen

posible su formación". De ahí que se les denomine "condiciones existenciales" y no elementos<sup>7</sup>.

Se trata, en efecto, de "condiciones" de la actividad humana, pues si bien no cabe realidad social desligada de la naturaleza, ni puede por tanto concebirse al Estado separado de ella, es la colectividad humana la que la aprovecha, modifica y dirige. El material físico o psicológico experimenta las transformaciones operadas por el poder creador del hombre y esto es precisamente la cultura: la inserción de fines humanos en la naturaleza<sup>8</sup>.

Hablar así de elementos -o sea de las partes del todo- recuerda los simplismos del positivismo. Un átomo de oxígeno y dos de hidrógeno, producirán una molécula de agua, pero jamás la suma de territorio, población y poder político será un Estado. Lo mismo que un hombre no es reductible a un compuesto de tejidos, humores y minerales, si bien le sean necesarios para su existencia. La expresión adecuada consiste en decir que son sus condiciones existenciales, porque a su vez si en uno y otro caso desaparecieran, ni el Estado ni el hombre podrían tener existencia.

Las condiciones existenciales son datos reales, pertenecen al orden de la naturaleza, considerando la naturaleza como "la realidad de las cosas en cuanto están determinadas por leyes generales", o sea, sometidas a leyes naturales<sup>9</sup>. El territorio, la población y el poder constituyen en este sentido una "realidad de hecho o fáctica" -opuesta a realidad eidética, concepto intelectual o valor- y, en consecuencia, perceptible sensorialmente en ella misma o en sus efectos.

Considerando semejante realidad natural del Estado, se eluden las limitaciones del idealismo que pretenden reducir a aquél a "espíritu objetivo, idea, ideología, sentido, orden normativo, abstracción o algo parecido", de lo cual, según le reprocha Heller a Kelsen, resulta "una teoría del Estado sin Estado"<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Herman Heller. "Teoría del Estado". (Traducción de Luis Tobío). Fondo de Cultura Económica. México. 1947. Págs. 85, 90 y 120

<sup>8</sup>George Burdeau. "Traité de Science politique". Librairie générale de Droit et de jurisprudence". París. 1949. Tomo II, pág. 68.

<sup>9</sup> Herman Heller. Obra citada, págs. 93, 121 y 160.

<sup>10</sup> Kant. "Prolegomena". § 14.

## 1.- El territorio del Estado

El territorio es la primera “condición de existencia del Estado”<sup>11</sup>, o bien, “condición geográfica de la actividad estatal”<sup>12</sup>.

Una descripción del Estado, con método científico, destacará ante todo el dato geográfico, pues éste no requiere ningún procedimiento de generalización o de abstracción, sino que, según afirma Orlando, “es el más material, hasta el punto de poder ser percibido mediante los sentidos”<sup>13</sup>.

Sin embargo, aun cuando ello resulte paradójico, no es sino en el transcurso del siglo XIX cuando los tratadistas hablan del territorio como nota esencial del Estado<sup>14</sup>, si bien ya desde 1570 el cartógrafo holandés Ortelio, representaba con distintos colores en los mapas el área de los Estados.

Considerando al Estado como “objeto geográfico”, se reduce a “una porción de tierra delimitado por fronteras”<sup>15</sup>.

La necesidad de un territorio se cumple inclusive en el caso de los Estados tan irrelevantes que son casi simbólicos, como el Estado de la Ciudad del Vaticano (1929), y antes, la Soberana Orden Militar de Malta, la cual tuvo su sede territorial sucesivamente en las islas de Rodas (1308-1522) y de Malta (1530-1798).

Tampoco, a la inversa, se encuentra hoy día un territorio que, de una manera u otra, no esté sujeto a la jurisdicción de un Estado; ejemplo, Groenlandia, ahora Estado independiente, los casquetes del Artico y Antártico, el desierto de Sahara, y multitud de islas de Oceanía, cuyo fideicomiso ejercen diferentes Estados por encargo de la Organización de los Naciones Unidas (O.N.U.).

---

<sup>11</sup> Herman Heller. Obra citada, págs. 57 y 72.

<sup>12</sup> Burdeau. Obra citada, pág. 73.

<sup>13</sup> Herman Heller. Obra citada, pág. 163

<sup>14</sup> Orlando. Obra citada, pág. 187.

<sup>15</sup> Jellinek. Obra citada, pág. 322. Según él, es Klüber quien lo hace por primera vez.



*a) Conexidad del Territorio con las demás condiciones existenciales:*

Las condiciones existenciales del Estado son conexas según se dijo, o sea, que se encuentran todas ellas dispuestas en función unas de otras<sup>16</sup>.

En lo que se refiere al territorio ha de destacarse su doble conexión con la población (dato demográfico) y con el poder político (dato político).

*1º.- Conexidad de población y territorio*

Ninguna circunstancia geográfica puede tener sentido para el Estado si es independiente de la acción humana, es decir, del grupo que constituye su población; de ahí que Jellinek asegure tan certeramente que "sin sujetos humanos no hay territorio sino sólo partes de la superficie terrestre".

El territorio del Estado aparece en función con el número de sus habitantes, su población absoluta; pero a su vez, la cifra que representa la población absoluta con el factor de la superficie del territorio expresa la densidad de la población (número de habitantes por kilómetro cuadrado). Ejemplo, Italia y Bélgica acusan el límite máximo de densidad de población, en tanto que Brasil y Australia señalan el límite mínimo. Pero como el suelo tiene siempre igual magnitud, mientras la población varía continuamente, ello da lugar a una dinámica que establece la presión de Estados sobrepoblados, con un índice elevado de crecimiento (Asia, U.R.S.S., Italia, Holanda, Estados Bálticos), junto con Estados de presión media (Portugal, España, Estados de Europa Central, Estados Bálticos), Estados de presión débil (Escandinavia, Gran Bretaña, Bélgica, Suiza), y Estados de presión deficitaria (Francia).

Las presiones demográficas pueden contribuir a expansiones pacíficas (emigraciones), menos pacíficas (colonización) y violentas (anexiones territoriales).

Población y territorio también han de tenerse en cuenta, manteniendo el mismo enlace en lo que respecta a la homogeneidad o heterogeneidad étnica. Un territorio puede servir de soporte a una población prácticamente homogénea, o por el contrario, con

---

<sup>16</sup> La definición clásica es la de Ratzel: "una fracción de humanidad, una obra humana y a la par un pedazo de suelo". En términos análogos Brunhes y Vallaux.

diferenciaciones culturales, lingüísticas, religiosas, etc.; un ejemplo lo ofrece Suiza (coexistencia de cultura francesa, alemana e italiana). Bélgica tiene una población flamenca con peculiaridades antropológicas e idioma propio, a más de valones y una minoría fronteriza alemana. Checoslovaquia comprende checos y eslovacos. Yugoslavia, a croatas, serbios y montenegrinos, etc. En cambio, ello contrasta con la rápida asimilación operada en los países americanos (Estados Unidos de América, Venezuela, Argentina, etc.) pese a su residuo indígena.

## *2.º.- Conexidad de poder político y territorio*

El territorio del Estado no puede concebirse sin un poder político que actúa de manera múltiple sobre el mismo. Con frase ingeniosa lo expresa el jurista alemán Zitelmann "el territorio es el escenario del poder"<sup>17</sup>.

El famoso geopolítico sueco Rodolfo Kjellen, lo confirma al indicar que "el objeto de lo Geopolítico no es la tierra misma, sino ésta permeabilizada por el poder político", e incluso, más allá de la metáfora, añade: "la tierra constituye directamente el cuerpo del Estado", considerándolo como una voluntad incontenible de poder<sup>18</sup>.

El territorio es hasta tal punto exponente del poder del Estado, que uno y otro llegan a adquirir una especie de "unión mística", como la llama el internacionalista francés A. de La Pradelle<sup>19</sup>, ofreciendo de ella un ejemplo dramático los continuos incidentes fronterizos (violaciones que aún cuando a veces simbólicas, pueden merecer terribles réplicas). En suma, la acción del poder convierte al territorio en "sagrado territorio de la patria".

---

<sup>17</sup> Zitelmann. "Internationales Privatrecht". Tomo I, Pág. 90. 1897.

<sup>18</sup> Rudolf Kjellen. "Der Staat als Lebensform". Berlin. (4º edición). 1924. Pág. 53.

<sup>19</sup> Se ha llevado tan lejos el significado de territorio, que éste se convierte "en sagrado territorio de la patria", formando el término de relación de una unión mística. A. de La Pradelle "Encyclopédie français", tomo X, págs. 10 a 12; o un elemento del ser del Estado. Dabin "Doctrine de l'Etat". 1929. También el jurista alemán Hugo Preuss afirma que: "la violación del territorio del Estado es una violación del Estado mismo, no de un objeto de la propiedad de éste". (Cita de Jellinek, obra citada, pág. 324, nota 1).

### **3º.- Interdependencia de territorio, población y poder**

Territorio, población y poder, así considerados en abstracto, son meros supuestos del Estado; pero en la realidad concreta sus recíprocas interdependencias permiten determinar territorios, poblaciones y poderes diferenciados en el tiempo y en el espacio.

El influjo de la geografía (condiciones geográficas) sobre la idiosincrasia de los grupos humanos y de su acción política, ha sido observada desde épocas remotas. Primeramente Hipócrates (460-377 A.C.) y sobre todo Aristóteles (384-322 A.C.) quien afirma que mientras los habitantes de tierras frías se encuentran dotados de valor y anhelan la libertad, los asiáticos, carentes de energía, están dispuestos a sufrir el despotismo y la esclavitud<sup>20</sup>. Prosigue Dante en la edad media<sup>21</sup> y son dignos de mención en el Renacimiento los atisbos de Juan Bodino y del jesuita Juan Botero<sup>22</sup>; pero es en el siglo XVIII cuando la interpretación geográfica del Estado adquiere coherencia con Montesquieu, Voltaire, Hume y Godofredo Herder, los cuales preparan el advenimiento de las modernas escuelas de la Geografía Política y de la Geopolítica<sup>23</sup>.

No es este lugar adecuado para hacer una valorización de los influjos geográficos, pero se recomienda acudir a la crítica ponderada de Herman Heller (ver "Teoría del Estado", páginas 163 a 166).

#### **b) Condiciones geográficas del Estado:**

El territorio del Estado en tal que "porción de tierra", comporta diferentes modalidades, a saber:

- 1º) Su magnitud.
- 2º) Su configuración (forma, posición, accidentes).
- 3º) Su estructura.
- 4º) Reservas naturales (materias primas y otros recursos).

---

<sup>20</sup> Aristóteles. "Política". Libro IV, capítulo VI.

<sup>21</sup> Dante. "De Monarchia" I y XVI.

<sup>22</sup> Bodino. "República"; y Botero: "La Razón de Estado".

<sup>23</sup> Montesquieu. Libro XIV y XVIII. (Ver la edición castellana de la editorial "Garnier". Págs. 328, 334, 336, 375, 393, 395, 396, 403 y 406.

5º) Densidad demográfica.

Tales peculiaridades dotan de una fisonomía propia a cada Estado, pero a la vez suscitan a éste importantes problemas, tanto de orden interior como internacional.

1º *Magnitud*.- Ya Aristóteles consideraba semejante aspecto de la "Polis" griega, deduciendo consecuencias y formulando previsiones<sup>24</sup>. Muy difícil resulta ahora, al tratarse de verdaderos Estados, hacer una clasificación atendiendo a su magnitud, al menos en términos absolutos. Lo han intentado Ratzel y Wagner, pero téngase en cuenta que los Estados más pequeños de América (Guatemala, Honduras, Salvador y Panamá) se incluirían en Europa entre los de mediana magnitud.

Sin embargo, se han distribuido los Estados en una escala que comprende seis magnitudes, a saber: a) Estados gigantes, con más de dos millones de kilómetros cuadrados de superficie. b) Grandes Estados, con más de quinientos mil kilómetros cuadrados. c) Estados medianos, con más de doscientos mil kilómetros cuadrados. d) Estados pequeños con más de cien mil kilómetros cuadrados. e) Estados minúsculos, superiores a cinco mil kilómetros cuadrados; y f) Estados mínimos, inferiores a cinco mil kilómetros cuadrados<sup>25</sup>. Entre los Estados de la primera magnitud figuran la U.R.S.S., el Imperio Británico, la Unión Francesa, Estados Unidos de América, Canadá, Brasil, China, etc. En la última categoría superficial: Luxemburgo, Liechtenstein, San Marino, Mónaco y Estado de la Ciudad del Vaticano.

2º *Configuración*.- Comprende ésta la forma y la posición.

Atendiendo a su forma, los Estados pueden tener una absoluta continuidad territorial, es decir, constituyendo un solo núcleo, o bien apareciendo su territorio separado por el mar, como Dinamarca, o por el territorio de otro Estado, como Pakistán. La figura puede afectar variadísimos contornos, más o menos regulares; ejemplo: Suecia, Suiza, Checoslovaquia, Australia, Nueva Zelanda.

La posición astronómica es apreciable sobre todo en virtud de sus consecuencias climatológicas; ejemplo, los países árticos (Islandia, Finlandia), o tropicales como Venezuela, Ecuador.

---

<sup>24</sup> Aristóteles. "Política". Libro IV, caps. IV y V.

<sup>25</sup> Elio Migliorini. "La Terra e gli Stati". Editorial Pironti e Sigli. Napoli. 1948. Págs. 38 y siguientes.

La situación geográfica les hace insulares (Japón), o continentales (Alemania). Los continentales, a su vez, pueden ser: litorales, bañados por el mar, o interiores, como Bolivia y Austria. Las costas pueden pertenecer a uno o diversos mares (España, Méjico, U.R.S.S.).

3° *Estructura*.- Ha de comenzarse teniendo en cuenta su estructura física, accidentes del terreno, clima, curso de las aguas y vegetación.

En cuanto a los accidentes del terreno, éstos pueden afectar las características de altiplanicie (Bolivia), de irregulares alturas con valles y montañas (Suiza), de vertientes (Suecia, Noruega, Argentina y Chile).

El sistema hidrográfico comporta grandes posibilidades, de irrigación, de fuerza motriz, transporte, etc. (países escandinavos, Holanda, países danubianos etc.).

4° *Reservas naturales*.- La acumulación de recursos naturales, sobre todo mineros (hierro, carbón, petróleo, minerales radioactivos, etc.) imprimen también una peculiar característica a los Estados.

5° *Densidad demográfica*.- El volumen de población ha de referirse siempre a la extensión del territorio que ocupa; de ahí, el concepto de densidad media.

La población es dinámica y su movimiento está indicado por los cocientes de natalidad y de mortalidad, que determinan la curva del crecimiento. Ello introduce otro importantísimo factor: "la presión demográfica", o población con tendencia expansiva; por ejemplo, la presión asiática y, en general, la del Este europeo, la presión italiana, la menor presión de España y Alemania frente a la manifiesta depresión de Francia.

La densidad nunca es uniforme y ha de contraerse a las diferentes zonas del propio territorio; por ejemplo, Venezuela tiene una densidad media de 5,4 habitantes por kilómetro cuadrado, en tanto que el Estado Bolívar cuenta solamente con una densidad de 0,51 habitantes por kilómetro cuadrado; Apure, 1,10; Aragua, 34,38; Nueva Esparta, 62,11, y el Distrito Federal la desproporcionada cifra de 362,70.

La desigual densidad constituye una importante particularidad, con variadísimos motivos; ejemplo, los países escandinavos y Estados Unidos de América. Siendo uno de los supuestos para la organización del Estado (divisiones administrativas, disposiciones de vigilancia, seguridad, etc.) y de sus diferentes servicios públicos.

A ello ha de añadirse el problema universal que se conoce con el nombre de “concentración urbana”, operada a expensas de la despoblación de los campos. El fenómeno no es nuevo, pues lo experimentaron en la antigüedad Babilonia y Roma, mas ahora adquiere caracteres alarmantes. Así, en Alemania la población urbana que representaba en 1871 el 4,8 % de su población total, hubo de alcanzar en 1930 el 30 %. Ello requiere medidas de “colonización interior” adoptadas por Holanda, Italia, Alemania, y sobre todo la U.R.S.S.

### *c) Influencia de las condiciones geográficas*

En cuanto a la extensión, no cabe considerarla por sí sola como el exponente de la supremacía de un Estado, pues no representa sino la posibilidad de lograr un potencial más elevado (demográfico, económico, militar y político). Así, la superioridad de un Estado no es nunca proporcional a su magnitud, en términos absolutos, sino comparativamente junto con otros factores. La minúscula extensión de Venecia no le impidió ser una de las mayores potencias mediterráneas en el siglo XVII, y lo mismo puede afirmarse de Holanda y Portugal con las Indias orientales.

La magnitud, reductible a distancia, ha servido a veces de formidable elemento defensivo a Rusia (guerras napoleónicas e invasión alemana), y lo mismo a China (guerra chino-japonesa). En cambio, tanto Bélgica como Holanda fueron ocupadas en pocas horas durante la última guerra.

Aparte de los aspectos militares, en época de paz la magnitud contribuye a obtener una mayor capacidad de maniobra. Así le sucedió al Reino Unido con sus territorios del “Commonwealth” y a la Unión Francesa, merced a sus territorios de ultramar. Las necesidades del tráfico aéreo y las exigencias estratégicas le aseguran a Gran Bretaña y Francia el rango de primeras potencias, pese a su evidente debilidad. Si bien la carencia de un aparato bélico suficientemente poderoso hizo que Gran Bretaña hubiera de transferir parte de su territorio (las islas Bahamas) a Estados Unidos (en virtud de la Ley de Préstamos y Arriendos). No obstante, el territorio de los Estados Unidos es de 9.682.000 kilómetros cuadrados, en tanto que el del “Commonwealth” Británico excede de

38.682.000 kilómetros cuadrados, e incluso el de la Unión Francesa es muy superior, con sus 11.750.000 kilómetros cuadrados.

El valor de la posición geográfica no es ni decisivo ni permanente. Italia ha sido el centro del cual irradió el movimiento expansivo del Imperio Romano, pero se produjo su desplazamiento al descubrirse América. En tanto, la Gran Bretaña, que mantuvo una posición periférica, hasta las postrimerías de la Edad Media (“*ultimi Britanni*”), se convierte en Estado intermedio entre Europa y América, reduciéndose entonces el Mar Mediterráneo a una simple ruta de acceso a la India, a través del Canal de Suez.

Alemania, rodeada por otros Estados marítimos, no ha podido aprovechar su situación. Por el contrario, Rusia ha hecho sentir su presión en tres mares: el Báltico (con Pedro I, fundador de Petrogrado), el Mar Negro (con Catalina II), y últimamente el Océano Pacífico (desde Nicolás II en la guerra ruso-japonesa, anticipo de una política asiática).

Semejantes consideraciones sugieren esta pregunta: ¿las peculiaridades geográficas de un Estado determinan fatalmente su destino?

Según una máxima atribuida a Napoleón, “la geografía gobierna la política de las naciones”. En todo caso, fue un ilustre compatriota suyo, Víctor Cousin, quien escribió: “dadme el mapa de un país, su configuración, su clima, el curso de sus aguas, sus vientos y toda su geografía física; dadme sus productos naturales, su flora, su zoología, y me encargaré de indicar “a priori”, cuál será el tipo de hombre de ese país, y qué cometido tendrá atribuido ese país en la historia, no de una manera accidental, sino necesariamente, no en una época, sino en todas ellas”. La misma idea ha expresado, con mayores precisiones, el geopolítico Kjellen, para quien “el territorio es el cuerpo del Estado y éste se convierte en esclavo de su territorio”.

#### *d) Interpretaciones geopolíticas*

Tales afirmaciones, que proceden de un determinismo desacreditado por la ciencia moderna han servido, sin embargo, de punto de partida a un nuevo método interpretativo que trata de constituir un sistema de conocimientos ordenados con el nombre sugerente de Geopolítica.

El pensamiento de todas las épocas ha especulado merced a exactas observaciones sobre la interdependencia que mantienen territorio, pueblo y poder político, según se dijo anteriormente.

La llamada "Geografía Política" insistió en el tema, ahondándolo con la aportación de nuevas experiencias, labor desarrollada en Alemania por Federico Ratzel (1844-1904) y W. Vogel (1880-1904); en Francia por C. Vallaux (1870-1914), J. Brunhes (1869- 1930) y Vidal de la Blanche (1845-1918), y de la misma manera en otros países.

Empero, no fue hasta después de la primera guerra mundial cuando, siguiendo la inspiración de Ratzel, el sueco Rodolfo Kjellen (1864-1922) acuñó el nombre de Geopolítica en su obra "El Estado como forma de vida", publicada en 1917. Por desgracia, la nueva Ciencia nacía al servicio de una empresa política para preparar una acción agresiva que rehabilitara a Alemania de la derrota sufrida.

Mas, pese a la pobreza científica de su contenido, la obra de Kjellen sirvió al menos para destacar la importancia del tema, dejando que con mayor pericia lo tratara el General y Profesor universitario alemán, doctor Karl Haushofer (1869-?). No es este lugar para analizar ni resumir siquiera la trama geopolítica de Haushofer, quien, adoptando una observación del geógrafo inglés Sir Halford Mackinder, consideraba que el "eje geográfico de la historia" o "zona axil", lo constituye la soldadura de Europa y Asia con sus zonas marginales, que comprenderían parte de Africa, constituyendo así una "isla mundial" dominante<sup>26</sup>.

Hoy, la Geopolítica tiende a adquirir una mayor objetividad, sobre todo en Inglaterra, Estados Unidos y Francia, donde se cultiva en documentados estudios<sup>27</sup>.

La Geopolítica, cualquiera que sea su tendencia, replanta el mismo problema, a saber: el valor de las condiciones geográficas en el destino de los Estados. Empero, la solución queda en la zona equidistante a cualquier radicalismo. No puede desconocerse el influjo geográfico, pero tampoco cabe convertirlo en condición del destino histórico. Ya Bufon en el siglo XVIII, hacía observar que si el factor geográfico es susceptible de influir

---

<sup>26</sup> Halsord, John y Mackinder. "Democratic Ideals & Reality". Editorial Hold and Co. New York. 1919. Págs. 78 a 81.

<sup>27</sup> Hans W. Weigert. "Compass of the World". Mac Milling. New York. 1944. Robert Strausz. Hupé. "Geopolítica". (Traducción española. Editorial Ermes. México). Jean Gottmann "La Politique des Etat et leur Géographie". Editorial Colín. 1952.



en el hombre, en cambio, “la faz entera de la tierra lleva la huella del poder humano”. Evidentemente, tal sucede con el poder creador del hombre, capaz de transformar las condiciones naturales, como lo reconoció después Carlos Marx: “el hombre convierte el mundo sensible en objeto de su querer”.

Pertenece al moderno historiador inglés Arnold J. Toynbee, haber demostrado con hechos históricos que las condiciones naturales, en tal que “exigencias” suscitan precisamente “una réplica”, tanto más vigorosa cuanto mayor sea el índice de su civilización<sup>28</sup>.

### *e) Las fronteras. Geografía de fronteras*

Se dijo antes que el límite del territorio de los Estados es la frontera. Precisa ahora considerar este aspecto del territorio, con sus variadas implicaciones.

El problema de las fronteras es moderno. Poca importancia tuvieron antes del siglo XVII, indiferencia acentuada por la falta de una buena técnica geodésica y cartográfica. Francia de Luis XIV no tenía datos precisos de sus límites, mas a ello contribuían estas dos circunstancias: primera, el enrarecimiento demográfico que eliminaba toda la presión y con ella el movimiento expansivo; segunda, el sistema de defensa de los Estados, basado en la táctica de la plaza fuerte.

Lord Curzon -político británico y especialista en fronteras- dice: “es a medida que la población fue aumentando y se desarrolló la industria, creciendo paralelamente la organización militar, cuando se hacen precisas las fronteras trazadas con una delimitación rigurosa (...)”.

Los accidentes geográficos han constituido el primer criterio para delimitar el territorio de los Estados, constituyendo las fronteras naturales. Ejemplo, mares, ríos, orografía y hasta los desiertos. Los Alpes separan Francia, Suiza e Italia. Los Andes señalan los límites de Chile y Argentina. Los Pirineos forman la línea divisoria entre España y Francia. El Danubio fue la frontera histórica del Imperio Romano.

En 1799, el “junker” Dietrich Heinrich von Bülow, estudia las fronteras naturales, uniendo consideraciones geográficas y militares, reduciendo con ello a doce el número de Estados europeos. Un plan

---

<sup>28</sup> Arnold T. J. Tonybee, “Study of the History”. Tomo IV.

análogo se encuentra en la famosa carta de Bolívar el 6 de septiembre de 1815, respecto a Hispanoamérica. Posteriormente, en el transcurso del siglo XIX, con el movimiento de las nacionalidades (1848), se añaden factores de orden cultural, como el idioma, la religión y otras modalidades étnicas, lo cual complica el problema, sobre todo en el sudoeste europeo. En cambio, en otros lugares se encuentran fronteras artificiales, o sea, líneas geométricas o geodésicas; por ejemplo, Estados Unidos y Canadá.

### *1.- Fronteras de tensión y fronteras muertas*

Semejantes peculiaridades confieren a la línea fronteriza un distinto carácter. La que separa a Estados con rivalidades, se encuentra erizada de dispositivos que marcan el grado de tensión: campos atrincherados, campamentos, baterías, concentraciones permanentes de fuerzas etc. Así, la frontera franco-alemana desde 1870. Tales son *las fronteras de tensión*. Inversamente, la frontera pierde su significado agresivo cuando media entre dos Estados en armonía; ejemplo, la frontera franco-belga y la mayoría de las fronteras de los países americanos. Evidentemente, la frontera neutra puede convertirse en frontera de tensión; ejemplo, la ecuatoriana-peruana, argentino-uruguaya, o viceversa, pasar de frontera de tensión a frontera neutra; ejemplo, la frontera boliviana-paraguaya.

### *2.- Concepto de frontera política*

Sin embargo, la frontera es variable pese a sus topes naturales. Tal es la experiencia histórica. El concepto de frontera adquiere, así un carácter *eminentemente político*. Ya Platón hacía observar que “la llamada paz no lo es más que de nombre, pues cada Estado se encuentra armado contra los que le rodean”(Las Leyes, L. I.). Las demarcaciones políticas son focos de lucha aún cuando no necesariamente de guerra. Lucha económica, ideológica, diplomática, etc.

El geopolítico Robert Strausz afirma que “en realidad, las fronteras delimitan zonas políticas, representando, en la medida en que el espacio es un potencial de poder, las relaciones de poder entre dos Estados”.

La frontera no puede reducirse a una línea representada por accidentes naturales, y menos aun a una línea arbitraria o imaginaria. La

frontera no es tampoco una línea perenne sino incesantemente variable. De aquí la noción moderna de “frontera dinámica” o “dinamismo de frontera”, pues “toda frontera es el resultado de una transacción, transacción como resultado de una violencia efectiva, o bien, una violencia potencial”.

Con ello la frontera “no es una separación legal entre dos Estados, sino un posible campo de batalla” (Haushofer), lo cual confirma lo dicho hace más de siglo y medio por von Bülow: “mientras haya algo que repartir o que tomar, habrá guerras”.

De aquí que los geopolíticos consideren la frontera en función de su carácter político, apareciendo entonces clasificadas en fronteras de ataque, de maniobra, de equilibrio, de defensa, de apatía y de decadencia.

### *3) Fronteras constituidas por Estados tampones*

El concepto de frontera política, sostenido después de la primera guerra mundial por Lord Curzon, llevó a éste a idear una línea de Estados que sirviera de amortiguamiento al choque posible entre dos grande potencias U.R.S.S. y de la otra Alemania. A ello responde la cadena de Estados Bálticos, centro-europeos y Balcánicos (Finlandia, Estonia, Lituania, Polonia, Checoslovaquia, Hungría, Austria, Rumania, Yugoslavia, Bulgaria, Albania, Grecia); tal es la famosa línea Curzon, que este político había ensayado en época de Virrey de la India, con los Estados tampones de Afganistán y Tibet, que separan la India de China.

## **2.- Población. Pueblo**

### *a) Concepto de población y de pueblo*

El geógrafo Vogel afirma con la mayor exactitud que “el territorio de un Estado es sólo su base, y en cambio, la población es el depositario vivo de la propia sustancia del Estado”<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Vogel. “Politische Geographie”. Berlín 1922.

La población, de una manera general, puede definirse como “el conjunto de seres humanos, constituyendo por sus nexos una colectividad fija establemente sobre un territorio”.

Pero estrictamente hablando, el concepto de población y el de pueblo comportan sentidos diferentes. La población propiamente dicha es una formación natural, de grupo biológico, en tanto que el pueblo es una formación cultural.

### *b) Conjunto humano como formación natural o población*

La escuela biologista propende a considerar el factor humano, que constituye un determinado grupo social, desde un ángulo estrictamente natural, atendiendo tan sólo a sus características biológicas; de aquí, el cometido asignado a la raza.

La raza es una noción exclusivamente biológica, pues implica “una comunidad de origen cuyas esenciales características se fijan mediante la herencia”. Sin embargo, ni aun en el campo de la Biología cabe sostener en su integridad semejante fijación definitiva de características por el mecanismo de la herencia. Existen, en efecto, circunstancias capaces de modificar las predeterminaciones hereditarias; así, el factor ambiental, la selección natural, el régimen alimenticio, y tratándose de seres humanos, el efecto decisivo de la cultura social. Todo ello hace que siempre sea modificable el factor hereditario, por lo cual no se le puede atribuir un carácter absoluto hasta el punto de hacerle determinante de la vida y del futuro de un pueblo.

La escuela biologista, al trasplantar sus nociones estrictamente biológicas al campo de la política, suscitó serios problemas y graves perturbaciones sociales. A mediados del siglo pasado se inició una abundante literatura que trataba de interpretar al Estado mediante factores exclusivamente raciales. Cumpłowicz, autor del libro “Lucha de razas como origen del Estado”, sostuvo que el fenómeno del Estado deriva exclusivamente de una lucha de razas. También Openheimer afirmó que el Estado tiene por origen una lucha de razas en la cual la raza más poderosa es la que se apropia del poder político. Más tarde, el Conde de Gobineau publicó en Francia el famoso libro “Sobre la desigualdad de las razas humanas”, muy divulgado en Europa. Inspirado en Gobineau, su yerno, el inglés H. St. Chamberlain, publicó el libro “En qué consiste la

superioridad anglosajona”. Obsérvase que cada uno de estos autores pretendió establecer la supremacía de sus respectivas razas. Estas ideas sirvieron de base al lamentable mito del “racismo alemán”, y como era de esperarse, tales pseudo-doctrinas o pseudo-ciencias, acabaron siendo meros instrumentos políticos que trataban de justificar posibles agresiones. Con estas consideraciones puede ponerse un epitafio a la pretendida explicación racista de los fenómenos políticos y de la génesis del Estado.

### *C) Interpretaciones deterministas*

La conducta de la población, en tal que grupo humano, ha tratado de reducirse a un fenómeno cuantitativo, es decir, dependiente de cantidades, volumen o masa y densidad. Así, para Durkheim la cantidad determina la calidad, con lo que “todas las modificaciones cuantitativas que experimente un grupo social, tienen por causa sus cambios cuantitativos”. De esta manera, según Adolfo Coste, demógrafo francés, “todos los fenómenos sociales tienen por factor explicativo el aumento de la población y su densidad”. Las primeras grandes sociedades aparecen donde es mayor la concentración humana (valle del Nilo, Caldea, India, China). Las primeras grandes civilizaciones surgen en Tiro, Atenas y Cartago. Inversamente, cuando el volumen y densidad de la población decrecen, o bien se estanca, se arruina la civilización; ejemplo, despoblación del Imperio romano. Llega Coste a reducir su concepción demográfica a una fórmula matemática. Así, según ella, la potencia social es igual al producto del volumen de población por su densidad ( $P = V \times D$ ). Con ello intenta determinar el coeficiente de poder social de diez grandes Estados, cuya medida es potencia social 94, densidad 71, en tanto que en los pequeños Estados la potencia social es de 13, y su densidad alcanza a 82.

La escuela demográfica no logra explicar cada una de las correlaciones existentes entre los factores cuantitativos y los fenómenos políticos, económicos, sociales, etc. Sin embargo, algunos de sus sostenedores han establecido correlaciones muy interesantes.

**1° La población demográficamente considerada como determinante de la Economía**

El crecimiento de la población determina formas económicas, y por tanto se atribuye al factor demográfico de aumento de población, el cambio de la economía de los pueblos. Ejemplo, los pueblos cazadores y pescadores se transforman en pueblos agrícolas en virtud de un aumento demográfico. Así también, por simple incremento demográfico, los pueblos de agricultura rudimentaria se transforman en pueblos de agricultura tecnificada.

**2° La población demográficamente considerada como determinante de las formas de propiedad**

Considérese que también las formas de propiedad y posesión se definen en relación con los fenómenos demográficos. A una menor densidad de población corresponde sistemas de propiedad colectiva (colectivismo), y a una mayor densidad de población, sistemas de propiedad individual.

**3° La población demográficamente considerada como determinante de la ideología**

Existen curiosos estudios sobre la influencia de la demografía de una población sobre su ideología, muy especialmente sobre el lenguaje y sobre ciertas ideas o doctrinas. Se ha pretendido demostrar que un grupo humano tiene un lenguaje tanto más rico cuanto mayor sea la masa y densidad de su población. Así, por ejemplo, se han hecho estudios sobre el latín que llegaron a la conclusión de que éste obtuvo su plenitud, con un máximo de verbos y de sustantivos, en el siglo I de nuestra era, cuando precisamente el Imperio romano había alcanzado su mayor densidad de población; y que declinó hasta corromperse totalmente, a medida que disminuyó la densidad de la población romana.

El profesor C. Bouglé, de la Universidad de París, en un sugestivo estudio "El origen de las ideas igualitarias", trata de establecer la conexión que a su juicio existe entre la masa y densidad de población, con las ideas de igualdad y democracia, demostrando que, a medida que crece la masa y

la densidad, es cuando se hace propicia la condición para establecer ideas igualitarias. En efecto, las ideas igualitarias son posibles a partir del siglo I, precisamente cuando la masa de población había aumentado considerablemente. Surgieron en tal época “el cristianismo” y “el estoicismo”, que son las primeras posiciones filosóficas igualitarias que conoce la historia europea. Bouglé considera que la misma conexión se produjo a últimos del siglo XVIII, en época de la Revolución francesa, sosteniendo que ésta no hubiera sido posible si el fenómeno de masa y densidad de población no hubiera llegado a su clímax.

No cabe apreciar ahora, con propósitos críticos, las afirmaciones de estas escuelas, bastando notar el intento de establecer un nexo entre factores mecánicos o puramente naturales y los fenómenos políticos, en virtud de una causalidad.

#### *D) Conjunto humano como formación cultural o pueblo*

El hombre está dotado de un poder creador, el cual le permite modificar las condiciones naturales, lo que constituye su característica específica: “*la originalidad*”. La originalidad del hombre no sólo tiene repercusiones individuales, sino que también influye y afecta al grupo social. Este tiene características propias, una manera original de comportarse, peculiaridades que se diversifican y se acrecientan a través de las generaciones. Ante este nuevo concepto del grupo, no cabe hablar de población, de una manera general y uniforme, sino concretamente de “pueblo”, es decir, “de un grupo humano considerado como una formación cultural y con peculiaridades características que determinan su originalidad”.

La población es algo genérico, es la condición de existencia política, pero sin fisonomía propia, pues los fenómenos demográficos son iguales en todas las naciones; son idénticos en Bélgica, en la India, en China...; en cambio, al hablar de “pueblo”, se hace referencia a las características originales de un grupo específico que determinan su personalidad, a diferencia de las demás. Todas estas consideraciones introducen a los umbrales del concepto de “Nación”.

## PODER POLÍTICO

### *A) El poder en sentido genérico*

El poder, genéricamente considerado, consiste en una actitud extrovertida del ser humano, por la cual éste propende siempre a imprimir la propia voluntad en los demás, tanto en su zona íntima como en su conducta exterior<sup>30</sup>. De esta manera el poder representa “la posibilidad de imponer la propia voluntad sobre la ajena” (Max Weber) o “la propia orientación” (Spranger).

Radicalmente, el poder dimana de un acto de voluntad -voluntad inteligente- determinada por un conjunto de condiciones intelectuales. Basta tener en cuenta como ha ejercido el poder político un Cesar Borgia, según lo describe Maquiavelo, o bien un Napoleón, o como ejerció el poder económico la Real Compañía Inglesa de las Indias, o lo ejerce en la actualidad cualquier “trust”, ejemplo, el del carbón, el del acero, o el del petróleo. El poder determina una situación de dominio, ejercida por uno o varios sujetos dominantes, correlativa a una situación de subordinación que afecta a uno o varios sujetos subordinados.

En tal sentido, el poder constituye un fenómeno social característico, pues la vida siempre aparece entrecruzada tanto de relaciones de poder y subordinación como de poderes coexistentes en estado de rivalidad, por lo que se ha dicho ingeniosamente que “todo individuo es un centro de poder propio y objeto de los poderes de los demás”. De aquí, que cualquier relación social sea reductible a una relación de poder conforme a las distintas especies de poder calificadas por su contenido; ejemplo, poder económico, poder religioso, poder intelectual, poder mundano, etc. Igualmente, juega una relación de poder en la imposición de un monopolio (poder económico) que en la imposición de una moda (poder mundano). Las rivalidades de poder median asimismo, en la Economía como en la elegancia.

El dominio que produce la subordinación no se logra necesariamente con la violencia. En el grupo primitivo quizá imperaba el poder físico, si bien debió quedar muy pronto substituido por la astucia y

---

Eduard Spranger. “Formas de vida”. Traducida al español, Editorial Revista de Occidente. Madrid.



la habilidad. Recuérdese a tal efecto el famoso consejo de Maquiavelo al Príncipe, para que éste “aún cuando fuerte como un león, fuera astuto como una zorra, pues la zorra acababa venciendo siempre al león”.

La imposición violenta de la voluntad constituye un poder tan rudimentario que apenas merece ese nombre, ya que el auténtico poder se proyecta de una manera racional mediante otros mecanismos, entre ellos el de la *compenetración* y el de la convicción. Ejemplo, quien dirige las maniobras de salvamento en un gran siniestro; o históricamente, el prestigio irradiante de Moisés, fundado en la confianza profunda del pueblo de Israel, tal como ha sucedido con los grandes caudillos. De aquí, que para Max Weber el poder no postule la violencia, por lo que definió la *dominación* de esta manera: “existe dominación cuando una voluntad manifiesta (mandato) del dominador o dominadores, influye sobre los actos de otro (dominado o dominados), de tal manera que estos actos tienen lugar como si los dominados los hubieren adoptado por sí mismos, observando cual máxima propia el contenido del mandato (obediencia)”.

#### *a) Poder fáctico o de hecho*

Hasta ahora sólo se ha tratado del poder *fáctico* o poder de hecho; es aquél poder que se manifiesta, según se dijo, de una manera espontánea como consecuencia de una peculiaridad psicológica de los seres humanos, constituyendo por tanto un poder natural.

Max Weber enumera las distintas formas en que es ejercido semejante poder fáctico, y así estudia, con extraordinaria capacidad analítica, el dominio por concurrencia de intereses, el dominio por razón de autoridad, y el dominio mixto. Se recomienda consultar el pasaje correspondiente en “Economía y Sociedad”, traducción española, Edit. Fondo de Cultura Económica, México.

Ha de indicarse, por último, que una de las constantes de todo poder es su tendencia a alcanzar una progresiva eficacia mediante un proceso de acrecentamiento y concentración. Ya Montesquieu advertía a tal efecto, que el poder político propende al absolutismo, en tanto que los economistas modernos han comprobado cómo la concentración del capital acentúa el poder económico, fenómeno conocido con el nombre de “Imperialismo”.

### *b) Poder legalizado o de derecho*

Frente al poder de hecho se encuentra el *poder legalizado* o poder de derecho, que se funda en la exigibilidad de deberes jurídicos. Pero ello no tiene lugar sino en el Estado regido conforme a reglas de derecho, o sea en el Estado institución jurídica que será estudiado más adelante.

De momento basta destacar que todo poder legalizado ha sido en sus primeras fases de evolución, un poder fáctico; por ejemplo, así sucedió en el régimen idiomático de España, donde coexistieron en pugna cultural durante siglos, el idioma catalán, el galaico portugués, el éuskaro y el castellano, siendo este último el que en virtud de una imposición política domina a los demás, acabando por legalizarse y convirtiéndose en el único idioma oficial.

### *c) Concurrencia de poderes*

Las relaciones de dominio y subordinación se desarrollan como si se tratara de un incesante crecimiento de círculos diversos que se encuentran. Las diferentes clases de poderes, los económicos, políticos, religiosos, sociales, etc., se afirman e interfieren en estado de continua pugna, fricción y conflicto. Un ejemplo lo ofrece el antagonismo en las relaciones obrero-patronales. Mas, esta multiplicidad de poderes cuyo particularismo amenaza continuamente con una disgregación, requiere una verdadera fuerza centrípeta que le de coherencia. Tal es el papel asignado al poder político.

### *B) El poder político*

La pluralidad de poderes representa intereses singulares y privativos de cada grupo. De esta manera, el poder económico representa intereses de grupos plutocráticos u oligárquicos. El poder social representa los intereses de clases o estamentos: burguesía, aristocracia, etc. El poder religioso representa intereses de grupos confesionales: Iglesias, organizaciones religiosas. Obsérvese que todos los poderes diversificados representan intereses singulares y privativos de grupos. En su

consecuencia, la afirmación y actuación de tales poderes, no sólo es excluyente, sino que tiende a la dominación de los demás.

*¿En qué consiste entonces el poder político?*

*Cometido del poder político.*

Como lo advirtió Hegel al contestarse tal pregunta, “lo político” significa precisamente “la integración de todo en la unidad del Estado”, es decir, que en el Estado se reduce a unidad la pluralidad, “*pluribus in unum*”.

En efecto, el poder político no es un poder más que se suma el conjunto de poderes singulares o privativos -el económico, el religioso, el social, etc.-, sino que *su contenido es lo general y común*. Por tanto, al comprender a los demás poderes se convierte en poder superior o poder propiamente dicho.

Los poderes privativos expresan los intereses particulares, y así, intereses particulares de un grupo, con lo cual concurren siempre, produciendo oposición, tensión y hasta conflicto. Contrariamente, el poder político, al ser el poder de lo general y de lo común, integra el contenido de todos los poderes en uno sólo: el poder del Estado.

Consecuencias de la *función propia del poder político*. Semejante función integradora del poder político, ha hecho que éste actuara en el proceso histórico del Estado, relevando las dos características que le califican, a saber: a. Como poder unificador. b. Como poder unificado.

*a) El poder político como poder unificador*

Según se dijo, al afirmar lo general y común sobre lo privativo y parcial, el poder político reduce a unidad la variedad. Ello, de dos maneras: primera, sustrayendo de los poderes singulares su incontenible tendencia asimiladora; y por otra parte, subordinando lo privativo de aquellos a las exigencias de generalidad y comunidad. Tal ha sido el programa que, con impresionante coincidencia, ha asignado al poder político el pensamiento moderno, a partir de Maquiavelo y Hobbes, para quienes solo el Estado, como condición de su propia existencia, llegaba a unificar poderes contradictorios y disolventes, hasta la doctrina de Locke y Rousseau, que acentúa, aún cuando sea mediante el consentimiento del pacto originario,

la necesidad de sobreponer siempre “lo general” en los intereses o en la voluntad.

Por otra parte, el proceso histórico se ha desarrollado de la misma manera, como lo permite comprobar estas cuatro etapas de unificación promovidas por el poder político.

*Primera etapa: integración operada por la Monarquía absoluta.* Representa la liquidación del feudalismo medioeval, que era el sistema de ejercicio de poderes autónomos, insolidarios y disolventes. La lucha contra el feudalismo, con el concurso popular, prepara el advenimiento del Estado moderno, pues tuvo como objetivo reducir a uno los poderes múltiples, lo cual consigue la Monarquía absoluta.

*Segunda etapa: primacía política del poder laico.* En la edad media la coexistencia del poder papal con el poder laico de príncipes, determina una diversificación del poder político, conocida con el nombre de “poliarquía”. La afirmación de un solo poder laico tiene lugar, sobre todo, en las pugnas entre Enrique VIII y la Monarquía francesa contra el Papado, siendo con motivo de ellas cuando se elaborara la doctrina de la soberanía, definida como “poder político que no tiene otro superior”. He aquí, otro factor de unificación.

*Tercera etapa: unificación democrática.* Los poderes singulares pertenecientes privativamente a clases y estamentos, han experimentado una unificación en la época moderna, al quedar reducidos a un común denominador político mediante el sufragio universal. Anteriormente el voto y las demás injerencias en las decisiones políticas se determinaban según la preponderancia de ciertas clases oligárquicas. Esto venía a significar el sistema electoral basado en el censo. La igualdad ante la Ley y la supresión de privilegios aristocráticos, han completado el cuadro de unificación democrática del poder político.

*Cuarta etapa: coordinación económica.* La pugna de intereses económicos producida por desigualdad de la riqueza ha exigido una coordinación operada por el poder político mediante los sistemas contemporáneos de economía dirigida y demás medidas políticas que tienden a promover la integración en el Estado de poderes económicos particularistas.

***b) El poder político poder unificado***

Al tener el poder político una función unificadora, acaba convirtiéndose en poder unificado. El poder político constituye una de las tres condiciones existenciales del Estado, y al definirlo como tal, añadimos los términos “unificado” y “unificador”<sup>31</sup>, porque el poder que no tenga estas características no podrá ser considerado en manera alguna, poder político. De aquí que, en rigor, no se pueda hablar de un Estado medioeval, porque hasta el Renacimiento no se había producido esta condición. No hay Estado posible hasta la época moderna, porque hasta entonces no se cumplió el hecho de que un poder fuera lo suficientemente fuerte para que pudiera unificar los poderes parciales, y apareciera en su consecuencia como poder unificado.

El Estado moderno surge con el concepto de “poder soberano”, esencial para definir el Estado. El poder del Estado es el único poder soberano, porque por definición es el supremo. No se nos ocurriría jamás conferir este atributo a un poder privativo, de los que anteriormente examinamos. No podemos decir jamás que el poder económico sea un poder soberano, ni el poder ideológico ni el poder social. Hay un solo poder soberano, el cual conviene exclusivamente al poder político que ejerce el Estado. He aquí la razón por la cual decimos que el poder político es un *poder superior*, que es un *poder de integración* de todos los otros poderes, y que por lo tanto le corresponde el atributo o predicado de poder soberano o poder por excelencia.

---

<sup>31</sup> El economista francés Michel Moret propone se cambie este nombre por el de “dominación”. Ver “Revue d’Economie Politique”. París. 1952. Pág. 1.014.

II

EL ESTADO COMO UNA CONCEPCIÓN

**A.- El Estado, concepción parcial deducida de una concepción total.  
Sus variantes históricas**

El territorio, la población y el poder político, conjunto estudiado como "condiciones existenciales del Estado", no es por sí solo suficiente para realizar o dar realidad unitaria al Estado mismo.

Si por vía de ejemplo, apelando a una imagen material, nos representamos un conjunto de planchas mecánicas, bobinas, tubos y cauchos, como condiciones de un automóvil, jamás llegaremos a suponer que su mera yuxtaposición pueda dar lugar a un automóvil verdadero, pues precisa antes un plano o modelo conforme al cual construirlo. Semejante exigencia, que constituye uno de los problemas fundamentales de la Teoría del Estado, la subraya Platón al final del libro IX de la "República". Allí, después de haber dispuesto el orden de la "Polis" apelando únicamente al razonamiento, los interlocutores de diálogo añaden estos significativos comentarios:

Glaucón. Hablas de esa República cuyo plan hemos trazado y *que sólo existe en nuestro pensamiento*, porque no creo que haya una semejante en la tierra.

Sócrates. A lo menos puede que haya un modelo para quien quiera contemplarlo y tomarlo como regla de su conducta.

De manera que de la "Polis", República o Estado, "existe un plan en el pensamiento"; plan que aún siendo meramente intelectual, tiene función de "modelo", sirviendo "como regla de conducta; es decir para ser vivido.

El Estado se configura así, *según un pensamiento*, que es el plan o modelo conforme al cual se realiza. En este sentido ha de afirmarse, pues, que el Estado es una concepción.

Ahora bien, una concepción del Estado -la platónica u otra con realidad histórica- nunca aparece como una inventiva original o caprichosa sino que siempre procede de una concepción de totalidad, o sea, de lo que Guillermo Dilthey (1833-1911) llamó con un término definitivamente incorporado al lenguaje científico, "una concepción del mundo" ("Weltanschauung"). En efecto, esa necesidad eterna de

comprender la vida por sí, y captar el sentido del mundo, resolviendo las antinomias que presenta, hace que los pueblos tengan “un sistema de concepción del mundo”, diferente en cada una de sus etapas culturales. Una es, por ejemplo, la concepción del mundo propia de Roma clásica, y otra diferente la del Cristianismo, manifestada siempre en el triple aspecto de la Religión, del Arte y de la Filosofía<sup>32</sup>.

Por tanto, cada una de las diferentes “concepciones del mundo”, adoptadas en una determinada época histórica, engendra una correspondiente concepción del Estado. De la concepción total deriva congruentemente una concepción parcial. La concepción del Estado es la concepción parcial de una concepción de totalidad, o sea, de “una concepción del mundo”.

Precisamente, es lo que con anterioridad a Dilthey, había comprobado Proudhon (1809-1865) en el orden político, al sorprenderse de que “en todas nuestras cuestiones políticas tropezamos siempre con la Teología”. Pero corresponde al polemista español Juan Donoso Cortés (1809-1853) la iniciativa de haber concebido una teología política que, en tal que Teología, “abarca y contiene todas las cosas, por lo que toda verdad política o social se convierte en una verdad teológica”. Es decir, la concepción total, expresada en una Teología, condiciona cualquier peculiaridad política, por lo cual la vigencia de una determinada Teología, va unida a la suerte del Estado y lo mismo sucede con la vigencia de una antiteología. El jurista alemán Karl Schmitt, ha reelaborado el Pensamiento de Donoso Cortés en su obra del año 1922 “Teología Política”, donde afirma que “todos los conceptos fundamentales de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados”<sup>33</sup>.

El mismo tema lo trata después, con apasionada insistencia, Hans Kelsen, quien afirma que “toda concepción de la vida, especialmente toda

---

<sup>32</sup> Dilthey. Las obras completas, entre ellas “Teoría de la Concepción del mundo”; se publicaron por la Editorial Fondo de Cultura Económica. México. También su traductor y expositor Eugenio Imaz le dedicó un magnífico capítulo en su monografía “El pensamiento de Dilthey”, de la misma Editorial. Ver págs. 272 y siguientes.

<sup>33</sup> Karl Schmitt. “Politische Theologie”. Dunker und Humblot. München. 1922, (sin traducción). Según el autor la concepción teológica positiva comprende tres sistemas tan disímiles como la teocracia, el nazismo y el marxismo. En tanto que la concepción teológica negativa, basada en la regularidad mecánica propia del teísmo, comprende el agnosticismo y el liberalismo, que inspiran el Estado liberal-burgués. De aquí que “todos los conceptos fundamentales de la moderna teoría del Estado sean conceptos teológicos secularizados”.

doctrina política, se integra en la correspondiente concepción del mundo, o sea, en un sistema de Filosofía<sup>34</sup>.

En resumen, cualquier concepción del Estado depende de una completa concepción del mundo, sea ésta teológica o antiteológica.

## **B) La concepción del Estado ordenada para el cumplimiento de fines**

Mas el carácter totalitario de cualquier "concepción del mundo", hace que una determinada concepción del Estado sea concepción intelectual, según se dijo, y a la vez concepción ética, o sea, de conducta práctica. En efecto, el Estado tiene fines que cumplir "bajo la categoría de lo que debe ser"<sup>35</sup>. Por tanto, "la función objetiva, llena de sentido, que corresponde al Estado, es la de realizar valores"<sup>36</sup>, sean valores de seguridad (Hobbes), de justicia (Platón), de libertad (Fichte), o cualesquiera otros, según los supuestos que en cada caso se adopten como axiomas<sup>37</sup>.

He aquí por qué, en el curso de la Historia, van cambiando los fines que se proponen los Estados, en tanto que realización de valores diversos (justificación). El ideal del Estado absoluto fue lograr la felicidad de sus súbditos<sup>38</sup>, distinguiendo en cambio Montesquieu otros Estados "cuyo objeto y fines inmediatos eran la gloria del Estado o las libertades de los ciudadanos"<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> Hans Kelsen. "Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff". Wien. 1922. "Forma de Estado y Filosofía", publicado en, la Colección "Manuales Labor", N° 349. Ver también "Teoría General del Estado" (traducción de Legaz Lacambra). Editorial Labor, págs. 100 y siguientes.

<sup>35</sup> G. Jellinek. "Teoría General del Estado". (Traducción de Fernando de los Ríos), pág. 149

<sup>36</sup> Herman Heller. "Teoría del Estado". (Traducción de Tobío). Editorial Fondo de Cultura Económica. México. Págs. 224, 242 y siguientes.

<sup>37</sup> Kelsen. "Teoría General del Estado". Págs. 35 y siguientes.

<sup>38</sup> Adolfo Merkl. "Teoría General del Derecho Administrativo". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Ver también como descripción de este tipo de Estado a Werner Naef, "La idea de Estado en la edad moderna" (traducción del alemán). Editorial Nueva Epoca. Madrid. 1946, y Juan Beneyto, "Espíritu y Estado en el siglo XVI". Editorial Aguilar. Madrid. 1952.

<sup>39</sup> Montesquieu. "Espíritu de las Leyes". Libro XI, caps. V y VII.



Por lo demás, es en el preámbulo de las Constituciones donde suele enunciarse solemnemente los fines que el Estado se asigna, considerados en cierta manera como su misma razón de ser<sup>40</sup>.

### C) La concepción del Estado vivida en forma de creencias y místicas

Semejantes exigencias del Estado, tanto la intelectual (concepción) como la ética (justificación), son vividas por los individuos singular o colectivamente considerados, no en tal que ideas abstractas sino más bien como creencias profundas, según la clara diferencia establecida por Ortega y Gasset. Según ella, las creencias no son ideas que tenemos, sino las ideas en que vivimos, nos movemos y somos, cosas con que absolutamente contamos aún cuando no pensemos en ellas. De puro estar seguros de que existen y de que son, según creemos, no nos hacemos cuestión de ellas, sino que automáticamente nos comportamos teniéndolas en cuenta. Creer en una idea significa creer que es la realidad, por lo tanto, dejar de verla es como mera idea". Por lo cual, "solo los huecos de nuestras creencias sirven de lugar vital donde se insertan las ideas"<sup>41</sup>.

La creencia puede inclusive quedar desprovista de contenido racional y convertirse entonces en mística, siendo en el dominio político donde las místicas tienen su más fervorosa atención<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Ver el Preámbulo de las Constituciones de Venezuela. Constitución Federal de 1811: "sostener nuestra libertad e independencia política, conservar pura e ilesa la sagrada religión de nuestros padres y asegurar perpetuamente a nuestra posteridad el goce de estos bienes". Constitución de 1819: "Promover nuestra felicidad particular y contribuir activamente a la del género humano". Constitución de 1830: "Justicia y libertad". Ver asimismo el largo Preámbulo de la Constitución 1947. La Constitución de la U.R.S.S. de 10 de julio de 1918: "suprimir toda explotación del hombre por el hombre; abolir definitivamente la división de la sociedad en clases... realizar la organización socialista de la sociedad".

<sup>41</sup> Ortega y Gasset. "Ideas y Creencias". En sus Obras completas. Publicada también en la Colección Austral.

<sup>42</sup> Louis Rougier. "Les mystique politiques". Editorial Médicis. París. La figura histórica de Robespierre ofrece un excelente ejemplo, y en la literatura el personaje Gamelin, de la obra de Anatole France "Los Dioses tienen sed".

## D) El Estado producto de la cultura

En los siglos XVII y XVIII se había sostenido que el hombre y sus realizaciones, se encontraban exclusivamente determinadas por la naturaleza, y en este sentido el Estado representaría una formación natural a la manera como lo es una colmena. Semejante analogía la extremó irónicamente el inglés Mandeville, en su divulgada obra "La fábula de las abejas" (1714), donde le hace al hombre el cumplido de llamarle "the most perfect of animals". Pero ella es tan sólo un trasunto, esta vez gracioso, de la corriente del pensamiento monista y materialista, cuyo origen sistemático se encuentra en Hobbes (1588-1679) y el abate Pedro Gassendi (1592-1655), que traspone el siglo XVIII, manifestándose después con pretensiones científicas en el positivismo, merced al concurso de la teoría darwiniana de la evolución, alcanzando una tardía agudez en nuestra época, sobre todos los escritos del social-demócrata Karl Kaustky<sup>43</sup>.

Sin embargo, nada más contrario a la realidad, pues el Estado es el resultado evidente de la transformación de la naturaleza debido al poder creador del hombre, a la manera como el escultor convierte el bloque de piedra en una obra de arte. Tal es precisamente la acción de la cultura<sup>44</sup>. Por lo cual, si bien es cierto que "no existe realidad social alguna desligada de la naturaleza", no es menos cierto que "el hombre convierte su actividad vital misma en el objeto de su querer"<sup>45</sup>. Y con este logra modificar, al menos en cierta medida, el curso de los acontecimientos naturales, realizando con ello valores de toda clase. Es así que según el historiador Arnold J. Tonybee, la potencia de una civilización sea proporcional a su capacidad de réplica frente a una exigencia de orden natural<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Karl Kaustky. "Materialistische Geschichtsauffassung". Berlín. 1927. Se le considera como un heterodoxo del marxismo precisamente por su concepción materialista de base positivista y no dialéctica (Lenín escribe contra el mismo la obra "El renegado Kaustky"). Según él, "la ley darwiniana de la adaptación al medio es una ley general de la naturaleza que debe aplicarse a la sociedad humana".

<sup>44</sup> Herman Heller. Obra citada, págs. 51, 96, 100 y siguientes.

<sup>45</sup> Karl Marx. "El Capital", -III-, 88.

<sup>46</sup> Arnold J. Tonybee. "A Study of the History". (En curso de publicación la traducción española en Argentina. También existe un resumen castellano).

En este sentido el Estado constituye una realización cultural y se afirma como un producto de la cultura. Por lo que el tratadista francés Bórdeau escribe: “el Estado no es una organización espontánea sino un artificio. No dado como un fenómeno natural, sino concebido y realizado por la inteligencia humana”<sup>47</sup>.

En suma, no es un hecho sino más bien un acto. Lo cual comprendieron perfectamente cuantos asignan al Estado un origen pactado, desde Platón y los estoicos hasta Rousseau.

Mas, las obras humanas, y entre ellas el Estado, nunca llegan a ser definitivamente como cosas dadas, pues “van haciéndose” incesantemente en el tiempo, en un proceso de continua realización. De otra parte la cultura misma “se encuentra sujeta a una temporalidad”<sup>48</sup>. Por tanto, los distintos ciclos de cultura se suceden en la historia, con lo cual las obras culturales y entre ellas el Estado, constituyen el producto de la cultura de cada época histórica. Así, el tiempo de Estado absoluto es consecuencia del dinamismo cultural propio de los siglos XVI y XVII<sup>49</sup>, en tanto que el tipo de Estado liberal-burgués se ha modelado por la acción operante de la cultura característica de los siglos XVIII y XIX<sup>50</sup>.

## E) Orígenes de la concepción del Estado moderno

### *a) Proceso histórico del Estado moderno.*

La formación política que se denomina Estado así como el pensamiento que permite definirlo conceptualmente, y aun el nombre mismo con el

---

<sup>47</sup> Bórdeau. “Traité de Science politique”. T. II. pág. 145. Ver también Págs. 12, 140, 144 a 148.

<sup>48</sup> Tal es la teoría tan divulgada de Spengler “La Decadencia de Occidente” (traducción de García Morente). Editorial Revista de Occidente. Madrid. Lo mismo Leon Frobenius, “La cultura como organismo vivo” (hay traducción en castellano).

<sup>49</sup> G. Dilthey. “Hombre y mundo en los siglos XVI y XVII”. (Traducción de E. Imaz). Editorial Fondo de Cultura Económica. México.

<sup>50</sup> Paul Hazard. “La crisis de la conciencia europea”, Editorial Pegaso. Madrid, y “El pensamiento europeo en el siglo XVIII” (traducción de J. Marías). Editorial Revista de Occidente. Madrid. Daniel Mornet “Les origines intellectuelles de la révolution française”.

cual se designa, aparece en la época renacentista, coincidiendo con el desarrollo del capitalismo moderno <sup>51</sup>.

Es en el transcurso del Renacimiento, cuando las nuevas condiciones sobrevenidas en el orden social y económico, así como la generalidad del espíritu de la época, hicieron propicio el proceso formativo del Estado. Este tuvo orígenes remotos que pueden encontrarse, sobre todo, en la magnífica organización burocrática implantada en Sicilia por Federico II (1194-1250); mas, corresponde, sin duda, a Florencia y a Venecia la iniciativa histórica de haber constituido una preformación, o si se quiere, un modelo prematuro del Estado moderno. Esto afirma un conocedor tan autorizado como Jacob Burckhard: "la máxima conciencia política y la mayor riqueza de formas evolutivas las encontramos en Florencia. En este sentido Florencia merece en justicia el título de primer Estado moderno del mundo. Aquí realiza un pueblo lo que en los Estados gobernados por un príncipe es asunto de una sola familia. El maravilloso espíritu florentino, agudamente razonador y artísticamente creador, determina continuas transformaciones en la situación política y social, y las describe y ordena incesantemente. Así llegó a ser Florencia la patria de las doctrinas y las teorías políticas; pero también, con Venecia, la patria de la estadística, y por encima de todos los Estados del mundo la patria de la historia en el nuevo sentido" <sup>52</sup>.

La condición del Estado la expresa, a la vez que los hechos históricos, el pensamiento político de la época interpretado por sus más escrupulosos expositores, Nicolas Maquiavelo (1469-1527) y Juan Bodino (1520-1596). Por lo demás, la convergencia del humanismo, de la Reforma, del capitalismo mobiliario y del espíritu científico, acelera el proceso formativo de los grandes Estados europeos (Inglaterra, Francia, España, Alemania), constituidos conforme al plan uniforme de Estado

---

<sup>51</sup> Alfredo Weber "La crisis de la Idea moderna del Estado en Europa" (opúsculo recomendable por su concreción). Editorial Revista de Occidente. En cuanto al proceso del capitalismo, conexo a la formación de los grandes Estados resulta excelente la breve obra de H. Séé, "Origen y desenvolvimiento del capitalismo moderno". Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 4º edición, 1952. Para ampliar datos, la espléndida obra de Werner Sombart, "Apogeo del Capitalismo", 2 v. En la misma editorial.

<sup>52</sup> Burkhardt. "La Cultura del Renacimiento en Italia". Editorial Gil. Barcelona, 1946. Pág. 71. Respecto a Venecia es recomendable la reducida obra de Juan Beneyto, "Fortunas de Venecia. Historia de una fama política". Editorial Revista de Occidente. Madrid, 1947. Ver también a Alfred von Martin, "Sociología del Renacimiento". (Traducción de M. Pedroso). Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1946.

absoluto, cuya descripción se encuentra en las obras del inglés Thomas Hobbes (1588-1679), del italiano Juan Botero (1550-1617), y de los franceses Enrique de Rohan (1579-1638) y Gabriel Naudé (1600-1633).

### *b) Circunstancias diversas que contribuyen a la formación del Estado moderno*

Múltiples y complejas fueron las circunstancias que contribuyeron a la formación del Estado moderno en el período comprendido entre el siglo XVI y el siglo XVII. No cabe más, por tanto, que seguir el perfil del movimiento histórico, destacando sus etapas culminantes.

#### *1º. Disolución del régimen feudal*

Esta se consuma precisamente con la transformación de la vieja economía agraria en una economía mobiliaria (artesanal y comercial), fenómeno conexo a otros igualmente decisivos; el incremento de los núcleos urbanos que adquirieron una organización autónoma, incluso con su propia milicia popular. La ciudad es la fortaleza opuesta al castillo del señor feudal. "El aire de la ciudad -reza un proverbio de la época- hace libre". En efecto, el suelo fija (siervos de la gleba), en tanto que el dinero emancipa (artesanos y comerciantes). Las posibilidades de lucro demuestran que la riqueza es a la vez, medio para obtener libertad y un incentivo para desarrollar el espíritu de empresa. La producción pañera y sedera, junto con el comercio marítimo, produce grandes fortunas; ello determina la diferenciación de clases conforme a su respectiva diferenciación económica, asentándose una burguesía plutocrática ("popolo grasso") al lado de un "popolo mínimo" y aún infimo ("popolo minuto"). Pero todos tienen como denominador común su hostilidad al régimen feudal y sin diferencias se encuadran en dos agrupaciones poderosísimas: una, las famosas "societas populi" de conjurados; y otra, el municipio, que en Italia comienza a manifestarse en las postrimerías del siglo XI<sup>53</sup>. El poder del feudalismo queda disuelto por el poder económico

---

<sup>53</sup> Un estudio sugestivo lo hace Max Weber bajo el título "La Ciudad", incluido en "Economía y Sociedad", Tomo III. En cuanto a las famosas "societatis populi" existe una erudita monografía de Giovanni de Vergottini. "Note sulla formazione degli statuti del popolo",

de la burguesía naciente que cuenta con la influencia de los Gremios Mayores, las empresas comerciales y la incipiente organización bancaria.

## *2º Formación de la burguesía y de una conciencia burguesa*

Ya no son, por tanto, motivos genealógicos los que determinan la primacía social, sino que ésta pertenece más bien a una selección de la inteligencia, del saber y de la riqueza; a veces, cualidades unidas, como en el caso de los Médicis y de los Grimaldi. La virtud consiste en el aprovechamiento de todas las fuerzas potenciales con criterio intelectual. Pero entonces el intelecto puro se convierte en un simple instrumento para lograr el éxito, y así neutro, carente de moralidad. Tal es el ejemplo que ofrece la vida de Castruccio Castracani, la reveladora biografía de Maquiavelo. *Eficiencia, gloria y grandeza*, son los ideales de la burguesía. *Esta es racionalista, utilitaria y laica*, particularidades que incluyen el germen de las revoluciones liberales del siglo XVIII.

## *3º. Concentración del poder político en el Monarca, quien actúa como órgano de la comunidad estatal*

La debilitación del feudalismo robustece el poder del Monarca, que no es ya "primun inter pares", sino "soberano", o sea frente a quien todos son *súbditos*. Esta concentración del poder político viene a acentuarla el movimiento de la Reforma. En efecto, el Papado no mediatiza el poder temporal, y entonces el poder político del Monarca no depende de ninguna jerarquía eclesiástica, sino directamente de la "Divinidad". De esta manera se reelabora la teoría monárquica del "poder divino de los Reyes", que los hace Reyes "por la sola gracia de Dios"<sup>54</sup>. Incluso en los países protestantes corresponde al Monarca la primacía de la respectiva Iglesia nacional. El poder político y el poder religioso quedan con ello identificados.

---

publicado en "Studi in memoria di Francesco Ferrara". Editorial Giuffré. Milano, 1943, v. I, pág. 213.

<sup>54</sup> John Neville Figgis. "El Derecho Divino de los Reyes". (Traducción de O'Gorman). Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1942. (Completísima exposición de la doctrina en sus diferentes fases históricas).

#### **4º. Organización de una economía del Estado**

Lo consigue de una manera plenaria el mercantilismo, con el cual “el Estado procede como una empresa capitalista” (Max Weber). Sus rasgos dominantes fueron:

a) Fomento de la industria nacional y de la política de monopolio, cuyo modelo lo ofrece Francia con Colbert;

b) Economía de metales preciosos, con atesoramiento de oro y plata, explotaciones mineras, etc.;

c) Implantación de un sistema de regalías que fortalecen la poderosa Economía del Estado;

d) La expansión colonial (España, Holanda, Portugal) con política marítima para proteger e incrementar el comercio internacional (época de las grandes flotas y de las más importantes batallas navales: La Flota Invencible destruida por los ingleses, la flota holandesa, veneciana y turca).

#### **5º. Rivalidades entre Estados y coaliciones entre ellos**

Las incesantes guerras que se promueven en el transcurso de los siglos XVI y XVII, marcan el índice de las rivalidades que ocasionan la coexistencia de los nacientes Estados. El ímpetu bélico requiere un aparato militar cada vez más tecnificado, sobre todo con las armas de fuego que obligan a la formación de grandes ejércitos y a la subsiguiente renovación de la táctica militar. Semejante fuerza afianza la independencia y el orden político interno. Es una fuerza del Estado. Las rivalidades imponen un sistema de coaliciones en forma de alianzas, antecedente de la política internacional moderna.

He aquí descrito, en un resumen mínimo, el curso de los acontecimientos que dieran lugar, en las postrimerías de la Edad Media, “la noche gótica”, a la emergencia, desarrollo y definitiva inserción de esa novedad llamada Estado en el cuadro de la cultura occidental.

## F. Perfil de los distintos tipos de Estado

El Estado, según se dijo, no es una obra definitiva, y lo mismo que el hombre, “va haciéndose” incesantemente. Por tanto, el Estado ofrece variaciones que en el curso del tiempo le confieren una peculiar fisonomía. Semejante configuración, adoptada en un momento histórico dado, constituye un tipo de Estado<sup>55</sup>.

Ya fue estudiada anteriormente la noción de “tipo ideal”, establecida por Jellinek y Max Weber, que se determina acentuando las calidades características -calidades típicas- con lo que queda diferenciado de cualquier otro tipo posible, determinado a su vez por cualidades características diferentes<sup>56</sup>.

De esta manera cabe distinguir dos tipos o modelos de Estado: el primero, en orden del tiempo, el Estado absoluto, llamado también Estado Policía, el cual se desenvuelve desde el siglo XVI hasta que sufre la crisis operada por las revoluciones liberales, al declinar el siglo XVIII, dando lugar a la aparición del tipo de Estado conocido con el nombre de Estado de Derecho, Estado Constitucional o Estado liberal-burgués.

### *a) Estado absoluto, Monarquía absoluta o Estado policía*

En este tipo de Estado todos los poderes se hallan concentrados en una sola persona, la del Monarca, quien los ejercía de una manera ilimitada; así, tanto la legislación como la administración y la justicia. La soberanía le pertenecía a título personal, es el auténtico Soberano; en su consecuencia, “puede cuando lo exijan tiempo, lugar y singularidades concretas, cambiar y quebrantar las leyes. De esta manera revela su soberanía” (Bodino, “República”, L.I., Cap. 8º).

Ello resulta, por lo demás, congruente con la concepción imperante, conforme a la cual los poderes y la autoridad del Monarca procedían tan solo de Dios, sin debérselos a nadie más ni a la Iglesia ni a la voluntad, o

---

<sup>55</sup> Elí F. Heckscher. “La época mercantilista”. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1943.

<sup>56</sup> Citas de Jellinek, “Teoría General del Estado”, pág. 30; y Max Weber, “Economía y Sociedad”, tomo I.



aún a la simple anuencia popular. Tal es el sentido de su propio título: "Rey por la gracia de Dios"<sup>57</sup>.

Pero a su vez el Monarca tiene un deber, también trascendente y teológico, el de asegurar el orden público y la felicidad de sus súbditos, para cuyo cometido requiere las atribuciones plenas del absolutismo (justificación del Estado absoluto). En ello radica "el punto de vista central del fin del Estado" (Otto Mayer). En efecto toda la actividad del Monarca se encuentra condicionada por "la razón de Estado", concepto elaborado con gran precisión en la literatura política de la época<sup>58</sup>.

El soberano se encuentra en su puesto para proteger y aumentar el bienestar general y entonces todas las prerrogativas que le pertenecen tienen esta única razón de ser, es decir, la "razón de Estado". De aquí que, como mayor extensión alcancen las tareas para ello necesarias, tanto más habrán de aumentar las prerrogativas, derechos de supremacía, derechos de majestad ("jura majestatis seu regiminis jura regia seu regalia"). Este conjunto de poderes integraban lo que en el lenguaje de la época se denominaba "jus politiae" (Derecho de policía), aún cuando en la mentalidad moderna suponga un verdadero contrasentido, pues la arbitrariedad no puede, por definición, constituir el contenido de ningún Derecho. Los medios técnicos para cumplir o realizar semejante ideal de felicidad de los súbditos se encontraban prolijamente estudiados en especulaciones que llevaban el nombre sugerente de "Ciencia de Policía", o sea, concerniente al régimen del Estado (de "Polis", griego)<sup>59</sup>.

Bajo tales supuestos, lógicamente la irresponsabilidad política y jurídica del Monarca había de constituir un principio que aparece expresado en la clásica máxima inglesa: "The king can do no wrong" (El Rey no hace agravio). Si se suponía, en efecto, que sus poderes provenían de Dios, solo ante El había de ser responsable.

Mas la idea de "razón de Estado" resulta tan poderosa, que a ella acaba sacrificándose, aún cuando por procedimientos inusitados, al propio Monarca. Basta recordar los regicidios de Enrique III (1589) y Enrique IV

---

<sup>57</sup> Ver la obra citada de John Neville Figgis.

<sup>58</sup> Federico Meinecke. "L'idea della ragion di Stato nella storia moderna" (traducción del alemán) Vallecchi. Firenze. 1942. 2 volúmenes (obra completísima). Un excelente estudio monográfico Rodolfo de Mattei "Origini e fortuna della locuzione "ragione di Stato", publicado en Studi in memoria di Francesco Ferrara. Volumen I, pág. 177.

<sup>59</sup> Otto Mayer. "Derecho Administrativo alemán". (Traducción española). Editorial Depalma. Buenos Aires. Tomo I, págs. 47 y siguientes.

(1610) en Francia y, sobre todo, la más ejemplar y significativa ejecución de Carlos I de Inglaterra (1649).

Semejante recurso, si bien excepcional, al tiranicidio, para afirmar la “razón de Estado”, aparece coonestado en dos obras asombrosas: una, la “Vindiciae contra Tyrannos” (1576), atribuida al francés Felipe du Plessis, y otra, la tan famosa del Jesuita español Juan de Mariana (1536-1624) “De Rege et Regis Institutione” (1599), que el autor dedica nada menos que a Felipe III sin duda, para cumplir con el castizo refrán: “lo cortés no quita lo valiente”.

En suma, inclusive en el régimen absolutista, el Estado no pertenece al Rey -si bien ejerza todos sus derechos- sino que como al fin reconocerá Federico II, el Grande de Prusia (1712-1786), “el Rey es el primer servidor del Estado”.

#### *b) Estado de Derecho (“Rechtsstaat”), Estado Constitucional o Estado de Derecho liberal-burgués*

Este tipo de Estado adviene con el cambio de mentalidad, es decir, “una nueva concepción del mundo” cuyo exponente histórico representan las revoluciones norteamericana (1776) y francesa (1789). Se trata del tránsito de lo teológico a lo antiteológico, que es precisamente lo que significa el agnosticismo. En vez de Dios, que es lo trascendente, el hombre, que es lo inmanente. Por tanto, el centro de la concepción del Estado será el hombre individualmente afirmado como único sujeto de la razón, del conocimiento, de la libertad, de la personalidad, etc.; en suma, la doctrina del subjetivismo, cuyo expositor fue el filósofo E. Kant (1724-1804).

Así, a la “razón del Estado” sucede la “razón del hombre”.

Las consecuencias de ello en la configuración del tipo de Estado liberal-burgués, son patentes:

a) El poder del Estado no es, como sucedía anteriormente, absoluto, luto, sino relativo, por cuanto tiene precisamente su origen en el consentimiento de todos los individuos. Cada uno de ellos es titular de una porción del poder. En efecto, el hombre es el portador único de derechos, algunos de los cuales, los fundamentales o innatos, los tiene por

el sólo hecho de su nacimiento, “derechos naturales anteriores y superiores al Estado”.

b) El Estado es necesariamente hijo del pacto. El hombre, titular de la totalidad de derechos, organiza un poder supraindividual, por transferencia de alguno de sus propios poderes. He aquí por qué se califica de *liberal* a este tipo de Estado, pues tiene su base en la libertad individual (Declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano).

El Estado es de Derecho (Rechtsstaat) en el sentido de Estado regida por el Derecho. Se suprime la arbitrariedad, cualquiera que sea el fin que ésta se proponga. La regla de conducta es la ley, “expresión de la voluntad general” (Rousseau). De aquí, que este tipo de Estado comporte como supuesto que la Constitución es pactada. Así, ningún acto del Estado puede concebirse contradiciendo el pacto constitucional, y por extensión, todo el sistema jurídico derivado de la Constitución misma<sup>60</sup>.

d) Pero no solo establece la libertad, como derecho radical, sino también la propiedad. Pero en tanto que la libertad es igual (en forma de igualdad ante la Ley) la propiedad es desigual, lo que acentúa el carácter de clase social. De aquí, el nombre de liberal-burgués<sup>61</sup>.

### *c) Perspectivas del Estado en la época actual*

Desde el primer tercio del siglo en curso, el Estado de tipo liberal-burgués se encuentra en crisis y va paulatinamente desfigurando su fisonomía típica. Una abundantísima literatura registra el hecho, recomendándose por su buena información, la lectura de la obra del Profesor argentino Arturo Enrique Sampay “La crisis del Estado de Derecho liberal-burgués” (Edit. Losada. Buenos Aires. 1942).

---

<sup>60</sup> Karl Schmitt. “Teoría de la Constitución”. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, pág. 69.

<sup>61</sup> La concordancia del tipo de Estado liberal-burgués con una concepción del mundo propia del deísmo y de la filosofía kantiana la establece Javier Conde considerando a Kelsen su más fiel intérprete. “Detrás del Derecho político kelseniano está el Estado de Derecho liberal. Lo que podríamos llamar el tipo ideal del liberalismo. Todos los conceptos jurídico-políticos de Kelsen, los famosos conceptos “puros”, la democracia “pura”, el parlamento “puro”, tiene tras sí, en la zona de la sombra, la silueta utópica del Estado de Derecho y el postulado de un universo utópico regido por un sistema normativo de ámbito planetario, en estado de paz perpetua...”. “Introducción al Derecho Político Actual”. Editorial Escorial. Madrid. 1942. Pág. 105.

No cabe en el cuadro elemental de esta explicación, examinar el conjunto de caracteres que paulatinamente determinan las variantes propias de un nuevo tipo de Estado en formación. Bastará, así, sugerir sus perspectivas.

Algunos pensadores, entre ellos Nicolás Berdiaeff, han caracterizado la época actual por su proclividad manifiesta a lo que podría denominarse “descentramiento del hombre”. Este, en efecto, deja cada vez más de ser centro absoluto para proyectarse en el superhombre (Nietzsche) o en una sociedad superlativa (Estado-latria, el monstruo del Estado) consumando una auténtica deshumanización.

Pero prescindiendo de interpretaciones excesivamente generalizadas, conviene destacar como fenómeno propio del siglo, el advenimiento de lo que se conoce universalmente con el nombre de “hombre masa”, descrito por Ortega y Gasset en su popularizada obra “La rebelión de las masas”. El incremento demográfico paralelo al crecimiento prodigioso del potencial de fuerza (electricidad, motor de explosión, y ahora la energía atómica), contribuye indudablemente al proceso formativo de una nueva mentalidad. Se habla inclusive de la “era atómica” para explicar las variaciones producidas en cualquier hombre.

Pues bien, la concepción del Estado no queda sustraída a las nuevas modalidades, y a grandes rasgos se puede precisar la siguiente metamorfosis:

a) El eje de gravedad del poder político y jurídico se desplaza hacia formaciones colectivas. Así se explica que el sujeto político vaya siendo menos el individuo que el conjunto colectivo. Lo demuestra la transformación operada en el Derecho Constitucional que, prescindiendo del supuesto originario de la capacidad individual plenaria, afirma el valor exclusivo del “pueblo” (Nacionalsocialismo, Democracias populares).

b) La suma de derechos individuales -razón de ser del Estado liberal-burgués- se encuentra cada vez más en dependencia de los llamados derechos sociales.

c) Se introduce la característica de la “profesionalización” como hipótesis de un Estado funcional (Estado corporativo, Estado proletario).

d) Se acentúa la tecnificación del Estado. No sólo sus funciones se han racionalizado (racionalización del poder advertida por Mirkinne Guetzévich), sino que el Estado se convierte en un empresario de las grandes realizaciones técnicas, que, por una u otra causa exceden a las

posibilidades privadas (Plan Monet en Francia, Tennessee Valley Authority primer fruto del New Deal en Estados Unidos, Planes quinquenales y sexenales de la U.R.S.S., México, Argentina, y sobre todo el monopolio de la energía atómica).

e) Bancarrota del concepto clásico de soberanía y subsiguiente integración de los Estados en consorcios superestatales, unos de naturaleza jurídica (O.N.U. y O.E.A. con sus innumerables dependencias), y otros, constituyendo sencillamente constelaciones de fuerzas políticas que justifican la idea de las llamadas "super- Potencias" (Pacto del Atlántico, Bloques de otros Estados), o bien, consorcios industriales (Mancomunidad del acero y del carbón).

Tales son los reflejos advertidos en los textos constitucionales posteriores a las dos guerras mundiales, la de 1914 a 1918 y la última, de 1939 a 1945. Sin embargo, no se trata más que de meras "tendencias" sin que pueda, de momento, afirmarse otra cosa, sino que el tipo de Estado liberal-burgués se encuentra en plena delicuescencia, y así en trance de deformación.

### III

## VINCULACIÓN DEL ESTADO AL DERECHO

### A.- EL ESTADO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA

**a) El Estado se manifiesta en una sucesión de hechos, pero él mismo es una institución jurídica**

Se ha visto de qué manera el Estado se realiza en la historia. El Estado es una realidad histórica, cuya morfología se opera en el transcurso del tiempo, adquiriendo distintas formas que constituyen los llamados "tipos de Estado". Si bien no por ello puede reducirse a historia, según lo sostiene Oswaldo Splenger (1880-1936) en su tan ingeniosa como errónea

frase: "El Estado es la historia considerada en reposo en tanto que la historia es el Estado pensado en la fluencia de su movimiento"<sup>62</sup>

No cabe considerar así al Estado, reduciéndolo a "un fragmento de la historia que está aconteciendo" (Heller). El concepto de Estado no queda disuelto en el conjunto de hechos históricos con calidad política o jurídica -elecciones, actividades de los gobernantes, crisis de gobierno, movimientos de opinión, guerras, alteraciones de los regímenes políticos o reformas administrativas, etc., pues, si toda sucesión histórica ha de referirse necesariamente a un sujeto de la historia, en este caso corresponde imputarla "a la unidad del Estado que se afirma a sí mismo, a través de los cambios"<sup>63</sup>. En suma, el Estado actúa como agente del proceso histórico porque es una institución, y concretamente una institución jurídica.

Mas, *¿qué se entiende por institución?* Para precisarlo con exactitud habrá que comenzar estableciendo la diferencia, y a su vez la conexión, entre el simple suceso y el hecho o acto institucional.

Considerando cuidadosamente cualquier hecho histórico, podrá advertirse un doble aspecto que lo presenta, bien como un simple suceso, o por el contrario, como un hecho o acto institucional.

Un primer aspecto lo ofrece en cuanto a su singularidad que lo hace hecho único, original, no reiterable y por tanto efímero. Es entonces, un simple acontecimiento; ejemplo, la liberación de Orleans por Juana de Arco, o la batalla de Waterloo. Ello acaece en un lugar determinado, en una unidad de tiempo preciso y se refiere a personas individualizadas. En resumen, se trata de un simple suceso.

Al contrario, en otro aspecto el hecho ofrece una generalidad que lo hace común, reiterable por parte de todos, y así continuo. Ejemplo, la compraventa, el acto de legislar o de juzgar.

Sin embargo, ambos aspectos resultan, a su vez, inseparables y de aquí su necesaria conexión.

---

<sup>62</sup> Oswald Spengler. Cita de Kelsen en "Teoría General del Estado". Traducción de Legaz Lacambra. Edit. Labor. Barcelona. 1934. Pág. 477.

<sup>63</sup> Herman Heller. "Teoría del Estado". Edit. Fondo de Cultura Económica. México. 2ª edición 1947, págs. 69-72. Se recomienda para percatarse del problema que plantea el sujeto de la Historia, leer el breve ensayo de Ortega y Gasset "En el centenario de Hegel", 1931. Obras completas. Edit. Espasa-Calpe. También el volumen 151 de la Colección Austral, págs. 63 y siguientes.

Semejante análisis de los hechos históricos lo ha practicado, con ejemplar claridad, el historiador francés Pierre Lacombe (1835-1919), a quien pertenecen las siguientes consideraciones.

Gran parte de los actos humanos -afirma Lacombe- llevan el triple sello, de lo general, de lo temporal y de lo singular. El contrayente "A" se casa con "B", en Roma, el 10 de enero de 1954, en presencia de "C", "D" y "E". Si se repara en las circunstancias que concurren en el casamiento han de considerarse absolutamente únicas. Pero también se descubre en ellas otras cuya generalidad las hace casi universales. El matrimonio, en tanto que celebrado en Roma, tiene lugar de acuerdo con un ceremonial propio de esta ciudad, y con ello ya se asemeja a muchos matrimonios. En tanto que celebrado católicamente hay similares a él en el mundo entero. En tanto que unión de una mujer con un hombre, contraída con propósitos de permanencia, recuerda hechos innumerables, cumplidos en todos los tiempos y países por un sinnúmero de personas, lo cual determina precisamente la institución del matrimonio.

Los actos históricos llevan también el triple sello, de lo general, de lo temporal y de lo singular. Hay una sola Juana de Arco que haya liberado Orleans, y un único Napoleón que haya sido derrotado en Waterloo. Inversamente, el acto singular de comprar y de vender, pese a su singularidad, es un hecho cumplido por millares de personas y reiterado durante siglos.

Mas, una batalla precisa, la de Waterloo, única cuando se la considera desde el punto de vista de su singularidad, no contiene menos modalidades comunes, según las cuales las tropas fueron formadas, clasificadas, mandadas y dirigidas conforme a una estrategia, y así, en tanto que batalla, es también un acto general.

A su vez, el acto de vender, abstractamente considerado, es una institución de orden económico o jurídico, común a todos los pueblos de la tierra. No obstante, si se atiende solamente a las circunstancias de tiempo, de lugar, de personas, de precio y de ganancia o pérdida, entonces se presenta como hecho singular, es decir, como un simple suceso<sup>64</sup>.

Todos estos actos son actos institucionales por cuanto aún producidos en serie, cada uno de ellos no representa si no el reflejo de

---

<sup>64</sup> Pierre Lacombe. "La Historia considerada como ciencia" (traducción del francés). Espasa-Calpe. Buenos Aires-México. 1948. Págs. 18 a 21.

algo uniforme e invariable, que es precisamente la institución. Así, insistiendo en el ejemplo propuesto por Lacombe, el matrimonio concreto de "A" con "B" tiene el carácter de acto institucional porque es propio de la institución matrimonial, y la compraventa episódica entre "C" y "D" es también institucional por constituir una individualización de la institución jurídica y económica de la compraventa.

Ahora bien, ¿cómo, partiendo del hecho o acto institucional -ya conocido- se podrá llegar hasta el concepto mismo de institución que falta conocer?

Un análisis del acto institucional permite descubrir sus peculiaridades estructurales.

Considerando un conjunto de actos institucionales, lo primero que se advierte, hasta el punto de servir de nota definidora del mismo, es su perfecta "regularidad". Este modo de producirse, siempre de la misma manera, con expresión uniforme, sugiere el necesario antecedente de un "standard". En efecto, todos los actos institucionales se producen en serie, conforme a un patrón modélico. En ello estriba su generalidad. Empero la preexistencia de un patrón, que actúa en tal que patrón normativo, sugiere lógicamente el concepto de ordenamiento y orden determinado por una regla de conducta, regla de conducta que a su vez, ha de derivar necesariamente de una idea, propósito o empresa adoptada por el común consenso, al que se ha denominado también "comunidad" o sea común unión<sup>65</sup>. Pues bien, semejante estructura del conjunto de actos institucionales tiene en su ápice la institución. Sólo la institución genera actos institucionales. Dicho en sentido inverso, la institución es la condición del hecho o del acto institucional.

En tanto que referida a hechos o actos, la institución será "un complejo de actos o relaciones que, por su uniformidad, generalidad y persistencia, tienen carácter objetivo, siendo así independientes de cualquier voluntad individual y vinculados a una regla establecida en virtud de la coincidencia en un propósito común". Examinemos el alcance de tales afirmaciones:

---

<sup>65</sup> Mauricio Hauriou. "Teoría de la Institución y de la Fundación" (traducción del francés). Editorial Surco. La Plata-Buenos Aires. 1947, págs. 41 y 54.



1º. Se trata, ante todo, de actos o relaciones, “*uniformes, generales y persistentes*”, con lo que quedan diferenciados de los simples sucesos. La uniformidad, generalidad y persistencia les confieren calidad institucional.

2º. “*Tienen carácter objetivo, siendo así independientes de cualquier voluntad individual*”. En efecto, la misma persistencia y generalidad los hace objetivos, pues la institución supone la conformidad de la conducta a un “standard”. El matrimonio es, en este sentido, un “standard”, y lo mismo la compraventa, ya que la voluntad individual no puede hacer más que adherirse a él sin modificarlo.

3º. “*Actos o relaciones vinculados a una regla*”. Todos los actos y relaciones institucionales son normativos, es decir, suponen una regulación lograda mediante una regla. Así, una regla religiosa regulará la institución sacramental, como una regla de Derecho regulará la institución jurídica.

4º. Esta regla reguladora “*se establece por la coincidencia en un propósito común*”. La regla cumple una función ordenante, siendo en su consecuencia, una “categoría de orden” (Orestano), sin que implique necesariamente un mandato. Pero semejante orden tiene precisamente como generador “la coincidencia en un propósito común”. En suma, “un propósito común” postula la existencia de un verdadero “ente”, el cual no es otra cosa que la institución misma.

## **b. La teoría de la institución**

Anteriormente se ha utilizado el método inductivo, partiendo de lo particular, es decir, del conjunto de hechos o relaciones consideradas como institucionales, para llegar al concepto de institución. Mas falta ahora describir la estructura misma de la institución, intento moderno que ofrece un interesante punto de vista en la famosa “Teoría de la Institución”.

El estudio de la institución se ha hecho cada vez más acucioso, como lo comprueba la labor desplegada por los tratadistas en estos últimos años, hasta tal punto que ellos ya aparecen agrupados en dos grandes escuelas o tendencias: la francesa y la italiana.

Escuela Francesa. Fue precisamente Maurice Hauriou (1856-1929), ilustre Decano de la Facultad de Derecho de Toulouse, quien comenzó a

perfilar su doctrina en 1916, completándola en sus trabajos publicados en 1925 y 1927<sup>66</sup>.

Reducida a sus líneas esquemáticas cabe resumirla de esta manera:

1º. La institución es una “empresa”. Ello comporta, ante todo, “una idea” que contiene la concepción “*de una obra a realizar en un grupo social*”. Semejante “idea de una obra a realizar” requiere “*una finalidad en acción*”. En suma, la idea constituye “la razón de ser de la institución”, en cambio, “la finalidad en acción” representa el dinamismo de la idea.

El carácter ideal de la institución hace que ésta, aun cuando creada por el hombre, “*no dependa en su duración de la voluntad subjetiva de individuos determinados*”. Dicho en otros términos, la esencia de la institución “*es la perdurabilidad*” y en tal sentido incluye “la categoría de duración”.

2º. El dinamismo que ha de realizar la idea tiene que desarrollarse por “un poder organizado” o sea “provisto de órganos necesarios”.

No obstante, tal “poder” no se confunde jamás con la fuerza. Al contrario, Hauriou atribuye a Rousseau haber imaginado que “las instituciones sociales existentes estaban viciadas por haber sido fundadas sobre la fuerza pura y que era menester renovarlas mediante el contrato social, instrumento de un libre consentimiento”. Con lo cual, el poder

---

<sup>66</sup> La obra de Hauriou sobre la institución ha ido apareciendo en este orden: “L'institution et le Droit Statutaire”. Recueil de législation de Toulouse. 1916. Reproducido en su “Précis de Droit Administratif”, 1917. “Principios de Derecho Público y Constitucional” (trad. española). Edit. Reus. Madrid. 1927, págs. 83 y siguientes, 517 y siguientes. “La théorie de l'Institution et de la Fondation”, publicada en “Cahiers de la Nouvelle Journée”, N° 4. 1925. En su “Précis de Droit Administratif”, edición de 1927 el prólogo titulado “La puissance publique et le service public”. Estudios aislados. “Le pouvoir, l'ordre, la liberté et le erreurs des systèmes objectivistes”, en Revue de métaphysique et morale”, 1928, pág. 193. “L'ordre social, la Justice et le Droit” en “Revue trimestrielle de Droit Civil”, 1927, pág. 195. Los comentarios a la teoría de la institución de Hauriou han sido numerosos y de gran importancia. A. Desqueyrat. “L'institution, le droit objectif et la thécnie positive. éssai historique et doctrinal”, París, 1933. G. Davy. “Le droite, l'idealisme et l'expérience juridique”. París, 1922. Estudios de Desqueyrat. “L'institution sa nature, sea especes, les problèmes qu'elle pose” en “archives de Philosophie”, vol. XII y “Archives de Philosophie du Droit”, 1931. G. Davy. “M. Hauriou et doctrine de l'institution”. Révue Philosophie, 1921, pág. 49. Leontovitsch “Die Theorie der Institution” en “Arch. Für Sozial-philosophie”, XXIX-XXX. “La Teoria della istituzione di Haurioe e il suo significato per il Diritto Costituzional”, Bolletino dell' Instituto de Filosofía del Diritto della R. Università de Roma”. 1941, pág. 85.

“deja lugar a una forma del consentimiento, como un *coactus volí, sed voluí*” (coacción que quiere pero también querida).

3º. De tal manera el grupo social interesado en la realización de la idea queda tan ganado por ella, que logran producirse “manifestaciones de *comunión* dirigidas por órganos del poder y reglamentadas por procedimientos” y ello, en ciertos casos, promueve la formación de “un *corpus* espiritualizado”, dado que “el grupo de miembros está allí absorbido en la idea de la obra”.

Según Hauriou existen dos tipos de institución, a saber:

a) *Instituciones-personas o cuerpos constituidos*.- Ejemplo, los Estados, la Municipalidad, las Asociaciones, los Sindicatos..., etc., en los cuales “la idea de la obra” queda transferida de una originaria “comunión de los miembros del grupo” a la persona moral que es el Cuerpo constituido formalmente.

b) *Instituciones-cosas*, llamadas así por cuanto “la idea de la obra”, si bien persistiendo en el medio social -puede ser en el Estado- no llega sin embargo a personalizarse hasta el punto de engendrar una Corporación. Por ejemplo, el matrimonio, la compraventa y hasta la propia regla de Derecho.

La teoría de la institución, a la muerte de Hauriou, la perfecciona su discípulo Georges Renard, Decano de la Facultad de Derecho de Nancy, dedicándole numerosos trabajos que empezó a publicar en 1930<sup>67</sup>. Veamos, en síntesis, su contenido.

La institución aparece como una realidad “evidenciada por el sentido común”. Ella se destaca en el “dualismo” entre individuos singulares e instituciones. Así, una Universidad, una familia, una empresa comercial, un regimiento, una ciudad..., instituciones que persisten mediante la sucesiva renovación de sus componentes individuales, lo cual permite afirmar la existencia de “una unidad moral en el transcurso de la

---

<sup>67</sup> Georges Renard. “La théorie de l’institution: essai d’ontologie juridique”. Ed. Recueil Sirey, 1930. “L’institution fondement d’une rénovation de l’ordre sociale”. Edit. Flammarion, París, 1933. “La Philosophie de l’Institution”, Ed. Recueil Sirey, París, 1939. También su estudio “De l’institution á la conception analogique du Droit” en “Archives de Philosophie du Droit et de sociologie juridique”. 1935. Comentarios a la obra de Renard, Felice Battaglia. “Corso de Filosofia del Diritto”. Roma, 1940. Norberto Bobbio. “Sulla filosofia dell’instiituzione”. Revista intern di Filosofia del Diritto, marzo-abril, 1940 y en “Scritti giuridici in onore di Santi Romano”. Roma, 1942.

historia". En efecto, los individuos mueren, y hasta desaparecen las generaciones; mas la Universidad, la familia, la empresa, el regimiento y la ciudad "continúan subsistiendo, con su patrimonio, con sus tradiciones, con su espíritu, etc., en suma, con su vocación y destino".

El individuo mismo se encuentra estrechamente vinculado a la institución, con fuerza vinculante que opera inclusive en la intimidad de sus sentimientos. Es así, cómo refiriéndose a la familia, dice un antiguo proverbio, que todos podrían hacer suyo: "Amo la vida pero amo también a los míos, a esos míos que forman conmigo un mismo cuerpo espiritual". Es más, perteneciendo al cuerpo espiritual o institución se encuentra respecto a él en estado de dependencia.

He aquí los datos que permiten establecer las características respectivas de "la dualidad", de los dos órdenes contrapuestos, el individual y el institucional.

De una parte, el orden individual, cuyas manifestaciones jurídicas se producen según el criterio del contrato, bajo el principio de la igualdad y sujeto al régimen de la justicia singular, la misma enunciada en la fórmula clásica, "jus suum cuique tribuere" (dar a cada cual lo suyo).

En la otra parte, como polo opuesto, el orden institucional, cuyas manifestaciones jurídicas se producen según el criterio de la comunión (común unión), bajo el principio, no ya de la libertad sino de la autoridad, y sujeto al régimen de otra especie de justicia, que Renard bautiza con el nombre de "justicia institucional", o sea, dicho con frase de Cicerón, aquella justicia "que sirve a la común utilidad dando a cada quién según su dignidad" ("communi utilitate servata, suam cuique tribuere dignitatem").

De esta manera tenemos que las relaciones humanas parten de dos supuestos disyuntivos: el contrato o la institución. Concertar un contrato significa obligarse personalmente. Fundar una institución -familia, Estado, Religión, Orden monástica, Instituto benéfico o Empresa- es objetivar una idea que no se lleva al sepulcro. Al contrario, dotada de medios para asegurarle una duración indefinida, los individuos son entonces como los corredores que van por relevos pasándose la antorcha. "Cursores lampadaes tradent".

La institución, "comunión de hombres en una idea", surge en tal que un ser nuevo, un nuevo ente jurídico con actividad propia, "vislumbrado desde el punto de vista del ser", luego con una significación

“ontológica”. De aquí el subtítulo de la obra de Renard, “essai d'ontologie juridique”.

Para ilustrar semejante interpretación ontológica con un ejemplo histórico, cabe hacer referencia al interesante proceso de integración del municipio o “comuna” medioeval. La ciudad, en la alta edad media, dependiendo en absoluto del señor feudal, era tan solo sede económica del comercio y de la artesanía. Paulatinamente, una idea de independencia suscita lazos cohesores entre el vecindario, manifestados en lo que, en lenguaje de la época se llamó “Commune de conspiratio” o “conspiratio” (conspiración). Esta auténtica “comunidad” lleva al estado institucional plenario, con el que la ciudad queda formalmente convertida en Corporación. He aquí la génesis de la institución municipal conforme la describe Max Weber<sup>68</sup>.

Tal es pues, la diferencia que va del contrato, vehículo del orden individual, a la institución, razón de ser del orden colectivo. El orden contractual se impone únicamente a los contratantes y no representa sino “una tregua en la batalla de los derechos individuales”, en tanto que el orden de la institución es la continuidad, “un cuerpo cuyos miembros comparten un destino común”.

En este sentido el Estado es una institución, no derivado por tanto de ningún contrato, sino obra de una verdadera fundación.

La teoría de la institución ha alcanzado en Francia auge considerable y cuenta con intérpretes tan destacados como Georges Gurvitch<sup>69</sup> y los prestigiosos internacionalistas Louise Le Fur y J. T. Delos<sup>70</sup>.

Escuela Italiana.- En Italia es Santi Romano quien en 1918 estudia de una manera original la Institución, identificándola con el Ordenamiento jurídico.

---

<sup>68</sup> Max Weber. “Economía y Sociedad” (trad. del alemán). Ed. Fondo de Cultura Económica. México. T. III, pág. 253. El tránsito de la Comunidad (Genossenschaft) a Corporación (Korporation), lo describe insuperablemente: Otto von Kierke, “Das deutsche Genossenschaftsrecht”, IV vol. Berlin, 1868-1913.

<sup>69</sup> Georges Gurvich. “L'idés du droit social”, Paris, 1932. “Le temps present et lé idée du droit social”. “L'experience juridique et la philosophie pluraliste du Droit”, Paris, 1935.

<sup>70</sup> Louis Le Fur. “Les grandes problèmes du Droit”, Paris, 1937 y J. T. Delos, “La théorie de l'intitution” y “La Societé internationale et les principes du Droit public”, Paris, 1929

El concepto de Institución -según Santi Romano- es equivalente al concepto de "Ordenamiento jurídico", el cual comprende el conjunto de normas, pero no se agota en ellas. El concepto de Ordenamiento jurídico o Derecho objetivo no es reductible así a la simple suma de normas.

Ha sido y continúa siendo doctrina muy generalizada en Italia el fundamentar el Derecho en "*la categoría de orden*". El Derecho es justamente "*una función ordenante*" que le confiere como nota específica su relativa constancia, invariabilidad y certidumbre (Orestano). Ahora bien, en todo el grupo social se encuentra latente una originaria y primigenia creencia en el orden, inspiradora de la voluntad de orden, expresada en un conjunto de reglas y principios generales. El Derecho ha de contener la idea de "orden social" que "excluye tanto la arbitrariedad como la fuerza". Entonces, el "orden social" es organización, estructura, posición de la misma sociedad en que se desenvuelve y vive el Derecho constituyendo una unidad o ente que subsiste por sí mismo.

En este sentido el Derecho es reductible a sociedad -cualquiera que sea la especie de sociedad- ("*ubi ius ibi societas*"). Sin que pueda existir sociedad alguna en la que no se manifieste el fenómeno jurídico ("*ubi societas ibi ius*").

La institución, identificada con el Ordenamiento jurídico, es "un ente social que con un ajuste estable y permanente, forma un cuerpo en sí, con vida propia y tiene en el mundo jurídico una existencia efectiva, concreta y objetiva". De esta manera, "cuando se establece un ordenamiento -sea el del Estado, el de la Familia, el de la Iglesia, el de un Sindicato- que valga para los componentes, para el patrimonio, para los terceros que lo interfieran, se ha creado una institución". Esta podrá darse "un régimen, un Orden, siendo una institución para su Derecho interno, con sus Jerarcas, legisladores, leyes, coordinamiento de autoridad y engranaje administrativo. Es decir, un mundo jurídico en sí, completo en su género y fin".

El Estado "es siempre y sobre todo, un régimen, un Ordenamiento jurídico, una Institución de la cual los gobernantes, los ciudadanos, el territorio y las leyes no son sino sus elementos integrantes"<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Santi Romano. "L'ordinamento Giuridico". Ed. Sansoni, Firenze, 3<sup>o</sup> edición, 1951.

Con variantes, que no es del caso registrar, prosiguen la teoría de la Institución elaborada por Santi Romano, Pietro de Francisci y el administrativista Cinno Vitta, entre otros.

### c) ¿Por qué el Estado es una institución jurídica?

Habiendo establecido el concepto de hecho institucional para determinar el concepto matriz de institución ha llegado el momento de formular esta pregunta: *¿en cuál sentido se afirma que el Estado es una institución?* Teniendo en cuenta lo explicado antes, la respuesta se hace por demás concluyente y comporta varias razones:

1º. Porque los actos y relaciones propios del Estado tienen, en virtud de su generalidad, carácter institucional. Así los actos “standartizados” de legislación, de administración y de jurisdicción.

2º. Porque los actos estatales se encuentran, en su consecuencia, regulados por una regla de Derecho. Tal condicionamiento a los preceptos de la misma convierte semejantes actos en funciones del Estado, como se explicará más adelante.

3º. Porque el Estado es un ente, y ello hasta el punto de constituir una persona jurídica según se estudiará en el tema que sigue.

En suma, el Estado es una institución y precisamente una institución jurídica, pues el patrón o “standard” de sus actos y relaciones es una regla de Derecho. Con lo cual la noción de Derecho se hace correlativa a la noción de Estado.

## **B.- LA SUJECCIÓN AL DERECHO. LA DOCTRINA DEL ESTADO DE DERECHO**

Desde que se ha intentado describir el concepto de Estado ha tenido que hacerse en función al concepto de Derecho, reconociendo que el Estado se encuentra condicionado por el Derecho. He aquí el origen de la doctrina del Estado de Derecho. (“Rechtsstaat”).

Tal ha sido también la más remota concepción, como lo demuestran los textos de la edad media, al establecer en Inglaterra el famoso dogma de la “Rule of Law” (regla de Derecho), la cual había de regular íntegramente

por igual el poder y la actividad del Monarca, de sus Oficiales y de los ciudadanos; es decir, tanto de lo que constituyen los órganos del Estado, como la conducta de los particulares. Todos ellos, en este sentido, eran "sujetos de Derecho".

Así, un viejo proverbio normando afirma que "sin el Derecho, ni el Rey sería Rey". Lo mismo que más tarde expresa Bracton en (su máxima lapidaria: "Lex facit Regem" -es la ley la que hace al Rey-; complementada con esta otra: "Rex nihil potest, nisi quod jure potest" -no existe ningún poder del Rey que no proceda del poder del Derecho-).

Aún, en 1608 -en pleno período absolutista de Jaime I- se suscita el dramático y ejemplar incidente entre el Rey y el Juez Sir Edward Croke (1552-1634). Lo refiere éste en sus "Rapports", anota el diálogo siguiente: "Mis Lores -dice el Rey- he oído la pedantería de que vuestro Derecho inglés se funda en la razón. Si esto fuera así, ¿por qué no hemos de tener razón yo y otros, del mismo modo que vosotros los jueces?". La réplica no pudo ser más contundente: "Es verdad que Dios ha dotado a su Majestad de excelente ciencia, como asimismo de grandes dotes naturales; pero su Majestad me permitirá decir, con toda reverencia, que no se halla instruido sobre las leyes de éste su Reino de Inglaterra, y que las causas que conciernen a la vida o al patrimonio, a los bienes o a las fortunas de vuestros súbditos, no han de decidirse mediante la razón natural, sino por la razón convencional y por el juicio del Derecho, Derecho que es un arte que requiere largo estudio y experiencia antes que un hombre pueda lograr su conocimiento". (12, Raport 63).

La "Rule of Law" es el orden jurídico, por tanto superior a la misma ley ("law"). De esta manera en 1610, juzgando lo que se conoce con el nombre de "caso Bonham", los Jueces ingleses sientan como doctrina, que "el Derecho ("Common Law") controlará las leyes del Parlamento y a veces las declarará insanablemente nulas, porque cuando una ley del Parlamento es contraria al Derecho común ("Common Law"), o a la razón, y repugnante o de imposible realización, el Common Law la controlará y declarará que dicha ley es nula"<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Coke. "Rapports", 4 Rapord. parte VIII. Ver también Otto von Gierke. "Les Théories Politiques du moyen âge" (traducción del alemán). Edit. Sirey. París, 1914, pág. 249.



A su vez, la tradición germana medioeval fue la misma, según su vieja idea de "Rechtsstaat" o Estado fundado en el Derecho. "Estado que existía solamente por el Derecho y para el Derecho"<sup>73</sup>.

Ello, no obstante, era sólo posible considerando, conforme a los supuestos de la época, que el Derecho tenía una existencia autónoma, independiente por tanto del poder creador del Estado. La vinculación consistía en una sujeción del Estado al Derecho, preexistente y superior. Es más, la experiencia jurídica demuestra que el Derecho ha sido históricamente una formación propia de cualquier comunidad organizada, fuera ésta el grupo consanguíneo (Derecho gentilicio de gens o fratrias, como en el Derecho quirritario), bien del grupo religioso o Iglesia (Derecho pontifical Romano y Derecho Canónico), de la Ciudad (Derecho municipal de la edad media), los Gremios (Derecho gremial y Corporativo).

Pero semejante situación queda alterada históricamente por cuanto a medida que se unifica y concentra el poder político, a la par que se diferencian las funciones jurídicas, inclusive técnicamente, éstas van atribuyéndose a órganos estatales especializados, con lo cual el Estado adquiere algo así como el monopolio de creación del Derecho "El Estado constituye entonces -y a mejor decir desde entonces- la fuente de validez formal del Derecho por cuanto él establece y asegura el Derecho legal, o sea expresado en forma de ley, mediante sus órganos, y señala las condiciones para la validez del Derecho consuetudinario". (Heller).

El exponente de este sistema totalitario, en virtud del cual el monopolio de la producción del Derecho pertenece formalmente a un solo órgano central del Estado, lo ofrece el tipo de Estado absoluto. En éste, la ley adquiere calidad jurídica, y en consecuencia, obligatoria, por la exclusiva voluntad del Soberano.

Como puede advertirse, no se trata en este sentido de una excepción del Estado de Derecho, sino simplemente de que uno de los términos de la vinculación quedaba modificado -el concepto de Derecho-, aun cuando sigue subsistiendo la vinculación misma. Lo que tenía entonces que hacerse para dar sentido al Estado de Derecho era sustituir la concepción del Derecho, a fin de que éste no se encontrara reducido a voluntad

---

<sup>73</sup> Otto von Gierke. obra citada, pág. 227. Ver del mismo autor su obra "Giovani Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche". (Traducción del alemán). Ed. Einaudi, Torino, 1943, Cap. VI, págs. 205 y sigts.

singular y menos voluntad versátil, conforme resultaba de las máximas propias de la Monarquía absoluta: “quod Principi placuit leges habet vigorem” (lo que al Príncipe place tiene vigor de ley), e incluso; “error Principis facit jus” (el error del Príncipe se convierte en Derecho).

Pero aun cuando el Estado absoluto haya desaparecido, y por tanto, el poder no se encuentre concentrado en un solo órgano, no es menos cierto que la circunstancia de haberlo atribuido a otros varios -los cuales lo ejercen equilibradamente- no resuelve el problema, heredado del absolutismo, con la identificación de Derecho y Estado. Es más, la doctrina alemana persiste en afirmar que es en el poder irresistible del Estado (“das Herrschen”), aún cuando despersonalizado, donde encuentra el Estado su razón de ser. “El poder del Estado es el Derecho del Estado” escribe Gerber en 1865<sup>74</sup>.

¿En qué sentido cabría entonces hablar de *Estado de Derecho*?

El problema queda así en un punto muerto. Sostener que el Derecho deriva exclusivamente del poder estatal, como a su vez el poder estatal deriva del Derecho, constituye un círculo imposible de romper.

Alrededor de 1875 adquiere auge considerable, tanto en Alemania como en el resto de Europa, la doctrina del “Estado de Derecho”. Mas, pese al fervor que su difusión revela, al dejar de resolver el problema fundamental, no expresa sino meras vaguedades. Sus célebres expositores son: Stahl (1802-1861), Rodolfo Gneist (1816-1895), y Otto Bähr (1817-1885). Pero decir que “el Estado debe ser un gobierno de Derecho, determinando la dirección y los límites de su acción con precisión jurídica...” es poco menos que nada. Algo más supone la afirmación: “garantizando la libertad de los ciudadanos”. Si bien cabe entonces preguntar ¿conforme a qué normas jurídicas?, ¿a las que procedan del mismo poder incondicionado del Estado? El problema continuaba sin resolver<sup>75</sup>.

Comienza a vislumbrarse alguna claridad cuando se asegura que el Derecho, lejos de ser consecuencia del absolutismo del Estado, representa

---

<sup>74</sup> Carlos Federico Gerber. “Fundamentos de un sistema de Derecho Público” (del alemán, sin traducir).

<sup>75</sup> Rodolfo Gneist. “El Estado según el Derecho”, Cap. III, “Definición de Rechtsstaat”, traducido al italiano en la “Biblioteca di Science Politiche”, dirigida por Brunalti, T. VII. Otto Bähr. “Der Rechtsstaat”, traducido al italiano al mismo tomo, pág. 223. Stahl. “Staats und Rechtslehre” (sin traducir)- T. II, pág. 137.

precisamente “la autolimitación de su poder”. De esta manera, al establecer el Estado el ordenamiento jurídico se coloca como sujeto de obligaciones con respecto a las cuales se encuentra vinculado por el mismo Derecho que ha establecido<sup>76</sup>.

Georges Jellinek (1851-1911) aporta una poderosa contribución a la doctrina del Estado de Derecho al publicar, en 1892, su obra “Sistema de los derechos públicos subjetivos”, donde partiendo del concepto de relación jurídica entre dos sujetos: *Estado y súbditos*, deduce la existencia de unos derechos de los súbditos frente al Estado. Por otra parte, el poder del Estado no expresa una libertad natural, sino que se identifica con la capacidad jurídica. En suma, al poder del Estado no le corresponde más facultades que aquéllas que expresamente le confiere el Derecho. Su condición es así, *la licitud*. No se trata de un poder incondicionado sino de un poder lícito<sup>77</sup>.

Otro aporte valioso, de la misma época, se debe a Otto Gierke (1844-1921) quién acentúa el intento de distinguir conceptualmente Derecho y Estado, aun cuando constituyan términos correlativos e inseparables. Para lograrlo hace notar que no corresponde ni ha correspondido al Estado el monopolio en la creación del Derecho, sino que ella es más bien propia de la comunidad, asignándole como origen “la conciencia común de una existencia social”. Es así, que el Derecho, si bien dimana ordinariamente de los órganos del Estado, también lo hace, siquiera sea en menor proporción, del propio pueblo en el Derecho consuetudinario, e inclusive de diversos círculos sociales, como Corporaciones y Asociaciones organizadas que producen su propio Derecho (Derecho estatutario). El Estado coordina semejante pluralidad y hace predominar su Derecho “cuando se trata de relaciones de poder, cuyo cometido es la realización de fines comunes apetecidos”. Entonces, no todo Derecho queda incluido en el Estado, pero el Estado se encuentra necesariamente en el área del Derecho, como Estado de Derecho, porque “no se exterioriza sino en el Derecho y se propone el orden jurídico como norma”<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Alessandro Groppali. “Doctrina General del Estado” (traducción del italiano). Ed. Porrúa, México, 1944.

<sup>77</sup> Jellinek. “System der subjektiven öffentlichen Rechte”, Berlin, 1892. (Un resumen de la obra de Groppali, págs. 248 y siguientes).

<sup>78</sup> Otto von Gierke. “Théories politiques du moyen age”.

Siguiendo la progresión de la doctrina, no falta sino un paso hasta llegar a descubrir un fundamento del Derecho que no se encuentra exclusivamente implícito en el poder del Estado. Es lo que también intentaron los juristas alemanes, sobre todo a partir de Savigny (1779-1861), el cual introduce el concepto de “convicción” (“die Überzeugung”). De esta fuerza de la convicción se hacía eco Goethe al poner en boca de uno de los personajes de su obra “Torcuato Tasso” estas palabras: “Muy fácilmente se obedece a un noble señor que *convence ordenando*”<sup>79</sup>. Pues bien, en esta convicción se basa la legitimidad. El Derecho arraiga en la convicción de su Justicia y tiende a convencer de la misma.

Un Derecho fundamentado en la justicia, o Derecho justo (Tammler), es tan ajeno al poder del Estado que ya cabe hacerle servir de condición y medida de éste<sup>80</sup>.

Mas, prescindiendo del problema del fundamento del Derecho, que ha de dilucidarse en la Teoría del Derecho, basta ahora indicar, como resumen, que el Estado es Estado de Derecho por dos motivos.

1º. Porque el Derecho no es ya, como en el Estado absoluto: “quod Principi placuit”, sino que tiene legitimidad, cualquiera que sea la especie de ésta. Concretamente, en el Estado liberal esta legitimidad se encuentra en el consenso expresado en “la voluntad de tous” (voluntad de todos) o “volonté générale” (Rousseau).

2º. Porque todos y cada uno de los actos estatales están predeterminados por una regla de Derecho, con lo cual ningún órgano del Estado puede realizar otra actividad que aquella que ha sido explícitamente fijada en la regla de Derecho que le confiere competencia.

De esta manera se afirma, en términos técnicos, que todos los órganos del Estado realizan su actividad en la medida que la autorice una regla atributiva de competencia.

---

<sup>79</sup> Cita de James Goldschmidt. “Problemas generales del Derecho”. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1944, pág. 9, nota 14.

<sup>80</sup> A. Krabbe. “L'idée moderne de l'Etat”. En Recueil des Cours. T. XIII, pág. 515. E. Mayer. “Filosofía del Derecho” (trad. del alemán). Manuales Labor. En cuanto a la necesidad de someter el Estado a la regla de Derecho es significativo el art. 38, aparte 3 del Estatuto del Tribunal de Justicia Internacional de La Haya, que dispone: “Además del Derecho Internacional consuetudinario y contractual, son fuente de Derecho los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Con ello queda definido, en el aspecto histórico y formal, la doctrina del Estado de Derecho.

## **C. JURIDIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES EXISTENCIALES DEL ESTADO**

Estado regido por el Derecho o Estado de Derecho es una afirmación que comporta una consecuencia, a saber: todo cuanto se comprende en el Estado se encuentra sujeto al Ordenamiento jurídico; en suma, lo regula la regla de Derecho.

He aquí, por tanto, como las “condiciones existenciales del Estado”, estudiadas en el capítulo I, que en tal que realidades naturales pertenecen al orden de la naturaleza, quedan juridificadas. Es decir, territorio, población y poder, simples objetos naturales, se transforman, en virtud de las reglas de Derecho, en objetos jurídicos.

Territorio, población y poder, dejan así de considerarse “condiciones existenciales”, o simples hechos brutos, que explican la estructura del Estado, para integrar, con significación jurídica, el contenido del Derecho, tanto del Derecho Público como del Derecho Privado. Veamos de qué manera se opera el proceso de juridificación.

### **a. Juridificación del territorio**

El territorio, que considerado como “condición existencial del Estado” constituye un mero objeto geográfico, en cuanto es considerado por el Derecho adquiere significado jurídico, convirtiéndose en “territorio del Estado”. En tres distintos aspectos ha de considerarse jurídicamente el territorio del Estado, según a continuación se expresa:

1º. *El territorio como ámbito espacial del poder del Estado.* El estado proyecta jurídicamente su poder en los límites del área que constituye su territorio. Así, el territorio representa, según Kelsen, “el ámbito espacial de la validez de un orden jurídico”, dado que es precisamente en el espacio del mismo donde “deben” realizarse los actos previstos en las normas, actos coactivos regulados en el Ordenamiento jurídico del propio Estado.

Esta competencia de los poderes del Estado, en el ámbito de su territorio, es excluyente, e impide la vigencia del Ordenamiento jurídico de cualquier otro Estado<sup>81</sup>. A semejante condición se la conoce con el nombre de “impenetrabilidad”, la cual hace imposible la coexistencia de poderes y veda a un Estado extranjero ejercitar los suyos. Así, en los casos de ejecución de actos procedentes de Estados extranjeros; por ejemplo, la ejecución de sus Sentencias, precisa una homologación por parte del Estado en cuyo territorio ha de producir sus efectos. En Venezuela está prevista en los artículos 746 a 756 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto al Ordenamiento jurídico Internacional ha de partirse del supuesto que es superior al propio de cada Estado, con lo cual su vigencia resulta preceptiva en el territorio de cualquiera de ellos. Incluso algunas Constituciones modernas, como la Ley fundamental de Alemania Occidental, del 25 de mayo de 1949, dispone en su artículo 25 que: “las reglas generales del Derecho Intemacional forman parte integrante del Derecho federal y priman sobre leyes”.

Modernamente, con motivo de la cesión de bases militares a Estados extranjeros, se plantean problemas jurídicos que complican la uniformidad de la doctrina general (Islandia, Italia, España). En todo caso, el artículo 2º de la Constitución venezolana prohíbe “enajenar, ceder, o arrendar en forma alguna a Estado o Estados extranjeros ni a quien sus derechos haya, represente o gestione, ni el territorio ni las zonas sujetas a la autoridad y jurisdicción de Venezuela”.

Existe, sin embargo, una “extraterritorialidad” en virtud de la cual se considera como territorio del Estado las naves de guerra, aún en aguas territoriales de Estados extranjeros, y los mercantes, exclusivamente en alta mar; tienen igual consideración los edificios de las Embajadas.

2º. *Teorías jurídicas aplicables al territorio del Estado.* La delimitación de fronteras es un acto jurídico y el mantenimiento de las mismas constituye un derecho. Mas, concurriendo derechos antagónicos, cuando de ellas se trata, las cuestiones de fronteras tienen un carácter internacional, resolviéndose y regulándose por Tratados, y en casos de

---

<sup>81</sup> Estrictamente, tiene carácter territorial, aplicable a cuantos se encuentren en el territorio venezolano: a) Las leyes penales (Cód. Penal, art. 3º). b) Los preceptos constitucionales (Código Bustamante, art. 4º), y sus derivaciones los preceptos de Derecho Administrativo y Procesal. c) Todos los demás preceptos incluidos en la clasificación de “orden público internacional” (Código Bustamante, art. 3º, fracción II, y art. 1º, 2º, 5º y 6º Código Civil venezolano, art. 8º).

conflictos por el procedimiento de arbitraje; es decir, mediante el Derecho Internacional. El artículo 2º de la Constitución venezolana declara: “El territorio de la República de Venezuela es el que antes de la transformación política del año 1810 correspondía a la Capitanía General de Venezuela, con las modificaciones resultantes de los Tratados celebrados por la República”.

El territorio de los Estados abarca tres dimensiones, es tridimensional. Se extiende, por tanto, no sólo en longitud, sino también en altura y profundidad. “Es un cuerpo cónico cuyo vértice se encuentra en el punto central de la tierra” (Kelsen). A la zona territorial ha de añadirse el mar territorial o litoral, que en Venezuela se cuenta a una distancia de 3 millas náuticas, o sean 5,556 kilómetros. (Ley de Navegación); además, la plataforma continental submarina según prescribe el artículo 2º de la Constitución: “También se declaran sujetas a su autoridad y Jurisdicción el lecho del mar y el subsuelo de las áreas que constituyen su plataforma continental, así como las islas que se forman o aparezcan en esta zona”.

En cuanto al espacio aéreo, los artículos 1º y 2º de la “Constitución de Aviación Civil internacional”, suscrita en Chicago el 7 de diciembre de 1944, atribuye a cada Estado “la soberanía exclusiva y absoluta sobre el espacio aéreo correspondiente a su territorio”; entendiéndose territorio de un Estado “la extensión terrestre y aguas territoriales adyacentes a ella que están bajo su soberanía, jurisdicción, protección o mandato de dicho Estado”.

3º. *Relaciones jurídicas referidas al territorio del Estado.* La doctrina tradicional considera que corresponde al Estado un autentico derecho real sobre el territorio. En la época del Estado absoluto se le llamaba “dominio eminente”, cuyo titular era el Monarca. También los tratadistas alemanes del siglo pasado sostuvieron que “el derecho del Estado sobre su territorio reviste el carácter de dominio exclusivo y completo sobre una cosa material, y únicamente el género del poder jurídico, su finalidad y su contenido son diferentes” (Gerber, Laband). Se trataría entonces no tanto del “dominio” definido en el Derecho Privado, como de una categoría “sui generis” con otra configuración Jurídica; es decir, un dominio de Derecho Público.

En cambio, Jellinek objeta que el Estado ejerce su potestad tan solo respecto a las personas que habitan el territorio y no directamente sobre éste<sup>82</sup>.

Semejante punto de vista, según el cual el territorio del Estado no representa más que el límite espacial de su poder o de su competencia, se ha adoptado de una manera general, y lo siguen los tratadistas modernos, siendo conocido por el nombre de "teoría de la competencia" o "teoría del territorio-límite" (Duguit, Henrich, Kelsen, etc.).

Mas, el problema de la relación jurídica del Estado con su territorio no ha sido aún resuelto de una manera concluyente. En efecto, en 1924 lo replantea el jurista italiano Donato Donati en la interesante monografía "Stato e territorio", donde sostiene que la relación del Estado con su territorio no se reduce a una mera *competencia espacial*, sino que la competencia es también real, en el sentido de comprender un conjunto de operaciones jurídicas que comportan el ejercicio de un auténtico derecho real. Lo cual sucede en el Derecho Internacional con los actos de ocupación de territorios "nullius" (Argentina y Chile con los territorios antárticos), cesión, condominio, servidumbre internacional, etc.

No hay duda que en el campo del Derecho Internacional le corresponde al Estado una "disponibilidad" del territorio, sin que pueda esta categoría confundirse con los derechos reales definidos en el Derecho Privado, por cuanto comporta únicamente una sumisión a los Ordenamientos jurídicos de su soberanía. Pero el campo del Derecho interno, pese al intento de asimilar el Derecho del Estado sobre su territorio, al derecho sobre el propio cuerpo (Santi Romano), o a un "dominio eminente" atenuado (Ugo Forti), no hay duda que desde la doctrina establecida por el civilista francés Proudhon (1809-1865), en el Derecho positivo de cada país se reconoce una propiedad pública, perteneciente al Estado, en forma de "dominio público", frente a una propiedad privada de los particulares, sean personas individuales o personas jurídicas, incluso el Estado cuando actúa como tal.

En Venezuela los artículos 538 a 543 del Código Civil contienen la determinación de las pertenencias de ambos dominios, público y privado. En efecto, el dominio público abarca:

---

<sup>82</sup> Jellinek "Teoría General del Estado" (traducción de Fernando de los Ríos). Edit. Albatros, Buenos Aires, 1943, págs. 321 y siguientes (leerlos).



1) *El dominio marítimo*, así como el de la zona marítimo-terrestre (Ley de Navegación de 1944).

2) *El dominio hidrográfico*, de ríos y lagos (Código Civil, artículos 539 y Ley Forestal y de aguas, artículos 84 y 86).

3) *El dominio vial*, o sean los caminos, ferrocarriles (Código Civil, artículo 539).

4) *El dominio militar*, sobre murallas, fosos, puentes de las plazas de guerra, y demás bienes destinados a la defensa nacional (Código Civil, artículos 539 y 541).

5) *El dominio aéreo* (Convención de Chicago y Ley de Aviación Civil).

Todos los demás bienes no relacionados expresamente como dominio público pertenecen al dominio privado (Artículos 539, 541 y 542 del Código Civil).

## **b) Juridificación de la población.**

La acción del Derecho, en cuanto a las personas que componen la totalidad de la población, tiene peculiaridades diferentes y comporta efectos diversos, confiriendo una calidad jurídica característica, tanto al conjunto, llamado entonces “pueblo Estado”, como a cada uno de los sujetos singulares.

En efecto, los individuos se encuentran insertados de muy distinta manera en el régimen jurídico del Estado, y esta diferente inserción les confiere una capacidad jurídica distintiva, y a la vez determina una manera específica de constituirse “el pueblo Estado” que es susceptible, en su consecuencia, de adoptar diversas formaciones. De aquí, que el concepto de “pueblo del Estado” comporta tres sentidos jurídicos bien diferenciados que van a examinarse.

1º. *Pueblo como conjunto humano sometido al Ordenamiento Jurídico del Estado* (meros sujetos). Para Kelsen, congruente siempre con su formalismo, el pueblo es “el ámbito personal de validez del orden estatal”; es decir, si el Estado se concibe como un orden normativo el término de referencia de éste no es tanto la pluralidad de hombres como su conducta

concreta, o sea, “las acciones y omisiones en la medida que constituyan el contenido del orden jurídico”<sup>83</sup>.

Los tratadistas consideran entonces que “el pueblo” es el elemento personal del Estado, en tanto que institución; es decir, con un Ordenamiento jurídico propio y dotada de voluntad y actividad unitaria.

En tal sentido, el Estado ejerce su poder conforme a una relación de autoridad a subordinación, y se reduce por tanto, a imponer la vigencia de su Ordenamiento jurídico que a todos afecta por igual.

Se trata así de la más amplia acepción de “pueblo del Estado”, pues comprende al conjunto humano indiferenciado, sean nacionales o extranjeros, simples residentes, ciudadanos o no ciudadanos, capaces e incapaces. A semejante situación o manera de estar llama Karl Schmitt “magnitud no formada”, es decir, amorfa<sup>84</sup>.

Incluso los textos constitucionales, cuando se refieren al “pueblo” considerado como conjunto indiferenciado, jurídicamente amorfo, lo denominan eufémicamente “todos”, “habitantes”, o bien, “tanto nacionales como extranjeros” (Ver artículos 28 y 35 de la Constitución Nacional).

En el lenguaje corriente, es éste también el significado dado al vocablo “pueblo” como conjunto de quienes han de obedecer sea a las prescripciones del Estado o a sus gobernantes.

2º. *Pueblo como colectividad del Estado (miembros de la Corporación estatal)*. El Ordenamiento jurídico establece y decide la pertenencia de los individuos singulares a la colectividad del Estado -pueblo- al fijar su correspondiente situación en la misma. Así, señala ante todo, las condiciones que determinan la nacionalidad, y con ella el “status” de nacional. Por tanto, semejante pertenencia a la colectividad del Estado no es espontánea ni connatural, sino que deriva de las prescripciones de, su Ordenamiento jurídico. Es lo que hace la Constitución de Venezuela en sus artículos 22 a 25, distinguiendo, además de “los venezolanos por nacimiento” (art. 22), de “los venezolanos por naturalización” (art. 23).

Esta situación de nacional de un Estado afirma los nexos vinculantes con un doble efecto jurídico.

---

<sup>83</sup> Hans Kelsen. “Teoría General del Estado”, págs. 196 a 213.

<sup>84</sup> Karl Schmitt. “Teoría de la Constitución”, traducción de F. de Ayala, Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1934, págs. 276 y siguientes.

a) El nacional, por el sólo motivo de serlo, tiene definida su capacidad jurídica básica, conforme al Ordenamiento de su Estado, cualquiera que sea el país en que se encuentre, y en él le son aplicables los preceptos que la rijan, en tanto que leyes llamadas “personales” o “de orden público interno” (Código Civil, artículo 9º; y Código Bustamante, art. 3º, frac. 1).

Los deberes propios del nacional se enumeran también expresamente (Constitución, art. 33) y puede aquél llegar a ser responsable de ciertas infracciones cometidas en el extranjero (Código Penal, art. 4º, números 1, 4, 6 y 10).

El Estado tiene con respecto a sus nacionales lo que técnicamente denomina “jus avocandi”, que le permite hacerse oír de ellos aun en el extranjero, e inclusive reclamarles sea la prestación del servicio militar, su incorporación al ejército en caso de movilización, o el desempeño de otros servicios obligatorios. Se hallan sujetos al pago de impuestos o contribuciones estrictamente personales y sometidos a la autoridad de los representantes diplomáticos y consulares del Estado a que pertenecen.

b) El Estado, a su vez, ejerce la protección de sus nacionales en el extranjero. Esta protección puede ser, o bien política, si se refiere a “intereses amenazados”, o bien jurídica si se trata ya de la “violación de derechos”. Incluso la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Internacional de La Haya permite a los Estados instar acciones actuando en defensa de sus nacionales, y declarar nula la cláusula en la cual estos renuncien a la protección diplomática<sup>85</sup>.

Otra manera de encontrarse situado en el Estado, a más de la condición de nacional, y conforme a su propio Ordenamiento jurídico, es la ciudadanía o “status” de ciudadano, que permite participar directa o indirectamente en el ejercicio de las funciones públicas, especialmente en las electorales, siendo titular de derechos públicos; por ejemplo, el de emitir opiniones políticas. Por tanto, la ciudadanía comporta la íntegra inserción en la colectividad del Estado, en tal que miembro plenario de la Corporación estatal.

3º. *Pueblo como órgano colegial del Estado.* A más de las situaciones anteriormente descritas, el conjunto humano puede integrar “una entidad

---

<sup>85</sup> Brochard. “Les principes de la protection diplomatique des nationaux a l'étranger”. París, 1924.

organizada y formada por la ley constitucional” (Schmitt). En tal caso se trata de un órgano del Estado con una competencia determinada en el Ordenamiento jurídico.

En este sentido las Constituciones declaran al “pueblo” sujeto de la soberanía, y por tanto, del poder constituyente (Constitución venezolana, art. 39).

Mas, no se trata entonces del pueblo, masa indiferenciada y amorfa (aparte 1º, ni siquiera del pueblo como conjunto de miembros pertenecientes a la Corporación estatal (aparte 2º) sino de una organización provista de un procedimiento, y cuya capacidad jurídica determina su propia competencia; en suma, es un órgano del Estado.

He aquí por que los textos constitucionales al declarar que “la soberanía reside en el pueblo” añaden que “el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes públicos” (Constitución mexicana, art. 41; de Albania, art. 2º, Bulgaria, art. 2º; Yugoslavia, art. 2º; U.R.S.S., art. 3º; Venezuela, art. 38). Ello en virtud del sistema de gobierno representativo. Pero, además se prescribe un procedimiento que es “el sufragio” (Constitución venezolana, art. 38).

De manera que el pueblo como órgano colegiado constituye en realidad el Cuerpo electoral para ejercer funciones públicas, sean éstas las de elegir sus representantes, o bien, actuar en el plebiscito, o en el “referendum”.

Tal es la acepción más restringida de “pueblo”, hasta el extremo de que algunas Constituciones, como la de Yugoslavia, lo limitan al “pueblo trabajador” (arts. 2 y 7).

### **c) Juridificación del poder estatal**

Por juridificación del poder estatal se entiende la transformación del originario poder fáctico (poder de hecho) en poder de derecho (poder juridificado). Representa por tanto, el tránsito del hecho natural hasta el momento en que éste adquiere calidades que le convierten en objeto de Derecho; es decir, poder regido por el Derecho.

Las etapas de juridificación del poder político marcan el proceso mismo de la formación del Estado. No cabe, por tanto, sino reducir éste esquemáticamente a sus puntos culminantes.

1º. *Poder personal y arbitrario.* Propio de los grupos políticos primitivos -en fase anterior a la formación del Estado- donde el poder se impone por motivos de hecho, psicológicos o meramente físicos (prestigio, habilidad, fuerza material, etc.). En tal que poder fáctico es episódico y su ejercicio constituye un suceso.

2º. *Poder institucional y objetivo.* En las sociedades políticas más evolucionadas -sin llegar, sin embargo, a Estado- el ejercicio del poder fue referido, siquiera de una manera rudimentaria, a un nuevo elemento ordenador: una regla, sea consuetudinaria, religiosa, moral o jurídica. Esta regla determina ya la institucionalidad.

Una vez sometido el poder a una regla, los actos derivados de su ejercicio tienen carácter “standartizado”, y por ser entonces actos “uniformes, generales y persistentes” adquieren objetividad, pues sometidos a una regla de conducta o “standard” resultan independientes de una voluntad individual. En suma, no son actos personales si no institucionales. No son actos arbitrarios si no configurados según una regla.

Los tratadistas hablan de la “institucionalización del poder” (Bordeau), significando la evolución mediante la cual el poder se despersonaliza para convertirse en poder objetivizado.

Pues bien, esta objetivización del poder constituye en términos jurídicos “la competencia”. La competencia es la capacidad jurídica, determinada por una regla jurídica, en virtud de la cual se ejercen facultades en la medida que la misma establece.

Semejante exigencia jurídica se encuentra definida en el artículo 41 de la Constitución: “El Poder Público se ejercerá conforme a esta Constitución y a las leyes que definan sus atribuciones y facultades.”

3º. *Poder vinculado a una organización.* Como consecuencia de la institucionalización del poder, éste ya no permite un ejercicio personal, sino que aparece vinculado a una organización, prevista por la misma regla de Derecho, o sea, el Ordenamiento jurídico. La Corona no es en Inglaterra una persona individual, antes bien, es una organización con un régimen jurídico que regula la actividad del Monarca.

La organización del Poder es uno de los capítulos más importantes de los textos constitucionales. Así, la Constitución venezolana “distribuye el Poder Público entre el Poder Municipal, el de los Estados y el Nacional” (art. 40), como a su vez “el Poder Público Nacional se divide en

Legislativo, Ejecutivo y Judicial”, cada uno de ellos con sus funciones propias” (art. 59).

4º. *Poder legítimo*. Este concepto, enlazado con el concepto de soberanía y legalidad, será tratado a continuación.

## D. LA LEGITIMIDAD. LEGITIMIDAD Y SOBERANIA

### a) Concepto de legitimidad

1º *Antecedentes del lenguaje*. El término “legítimo” y su derivado “legitimidad” es equívoco, y en cualquiera de sus acepciones es impreciso. Se hace necesario establecer, ante todo, el concepto mediante aquellas denotaciones que permitan definirlo en un sentido estrictamente técnico. En efecto, “legítimo” tiene en el lenguaje usual dos acepciones, una: “lo que es conforme a las leyes”; la otra: “lo cierto y genuino”. En cuanto a la primera acepción resulta de uso restringido por referirse a una de las legitimidades específicas, pues, “lo conforme a la ley”, es solo una de las especies de legitimidad posible, y entonces se emplea para designarla, el término más exacto de legalidad. Por otra parte, una ley puede ser ilegítima (supongamos la ley de un Gobierno usurpado, por ejemplo, el de un invasor). En todo caso, la legitimidad constituye una condición de la legalidad, pero no la legalidad misma. Esto ya lo había advertido Baralt, en el siglo pasado, al escribir: “El principio y fundamento primero de las Constituciones políticas que aspiren a ser duraderas *debe ser su legitimidad*.” De la misma manera, como se verá luego, Karl Schmitt considera actualmente la legitimidad y la legalidad, en una relación de género a especie. De la legitimidad deriva la legalidad, mas, no quedan jamás identificadas.

La segunda acepción de “legitimidad”: “lo cierto y genuino”, aún cuando en extremo imprecisa, contiene datos aprovechables. En efecto, a veces se habla de algo legítimo; por ejemplo, de un producto legítimo -café o azúcar- pretendiendo significar que es genuino, dicho de una manera más general, que tal producto está dotado de un valor propio, de aquello que afirma ser, y lo hace tal en la opinión común, teniendo así efectos de auténtico y verdadero. En el mismo sentido hablamos de una legítima bondad, o de una legítima virtud; es decir, de lo genuino del

valor, diferenciado de lo no genuino y por tanto, de lo falso e inauténtico. Igual se dice al distinguir una moneda legítima de otra falsa.

El concepto de legitimidad ha tenido dos elaboraciones en el dominio científico, una sociológica y otra jurídica.

2°. *Concepto sociológico de legitimidad.* Ha sido Max Weber quien mejor ha descrito la función social de la legitimidad. Esta aparece en los grupos humanos, como un poder *justificado* por un *mérito frente a un desmérito*; o sea, dicho en otros términos, un valor que se reconoce como tal por la convicción comunal. Entonces, la legitimidad, valor afirmado por el común consenso, constituye una propiedad o privilegio.

Ahora bien, el motivo por el cual se afirma socialmente semejante valor, propio y privilegiado, depende del grado de desarrollo de la sociedad misma. De aquí, que en las sociedades primitivas predomine el poder fundado en valores carismáticos -sobrenaturales, mágicos o sacramentales- que pertenecen a magos, héroes mitológicos, y aun hoy día, a Califas, Sultanes, Reyes ungidos, etc.; dando lugar a una legitimidad carismática. En cambio, en las sociedades más evolucionadas, con un criterio ya racional, se imponen otros valores; por ejemplo, los dinásticos (propios de las Monarquías constitucionales, que respetan la legitimidad de la dinastía real), y por fin, los populares, como en las Repúblicas o en los regímenes democráticos.

Empero lo importante, más que la consideración intrínseca del valor mismo, es destacar el consenso del grupo social. Semejante convicción en la autenticidad y verdad del valor afirmado, justifica o "legítima" cualquier acción, incluso las coactivas. Por tanto, es por el consenso en la legitimidad de un valor dado, que éste se afirma y protege mediante una regla de Derecho. He aquí cómo, sociológicamente, de la legitimidad de hecho se pasa a la legitimidad de Derecho. Entonces, la legitimidad se convierte en un poder jurídico. El Ordenamiento jurídico consagra la vigencia de este poder legítimo (legitimidad constituida). Mas, puede acontecer que la convicción general tenga por legítimo otro poder y otro ordenamiento, distinto al Ordenamiento jurídico vigente, y entonces, instaura el considerado como único legítimo, con lo cual el nuevo poder desplaza el anterior (legitimidad revolucionaria).

3°. *Concepto jurídico de legitimidad.* Lo han elaborado modernamente Karl Schmitt y Hermann Heller, cuya concepción la vamos a exponer refundida.

Resultará sin duda preferible, comenzar con la noción de legitimidad, haciendo después un somero análisis de los términos en ella comprendidos.

Legitimidad es “la validez de un orden social, y del poder de éste derivado, como consecuencia del convencimiento general de su valor”. Por tanto:

a) *Validez de un orden social*. Ello implica, ante todo, la existencia no solo de un orden social, sino de un orden social determinado. En efecto, “toda convivencia social es ordenada. Tanto las regularidades que lo son meramente de hecho, como aquellas otras que aparecen como exigidas, son expresiones de ordenaciones sociales, gracias a las cuales la convivencia humana adquiere carácter de permanencia y la posibilidad de una cooperación colectiva unitaria” (Heller “Teoría del Estado”, página 107).

Ahora bien, toda sociedad, aún la que constituye un Estado, tiene su propio orden, el cual coincide normalmente con el Ordenamiento jurídico, mas no se identifica con él de una manera necesaria; puede inclusive contrariarlo, en casos excepcionales. y ello explica la validez de un orden revolucionario. Semejante orden social, que existe y actúa, sin tener una expresión formal, no deriva su vigencia de fuerza coactiva alguna, sino de la convicción general en su valor. Por ello, Heller indica que “ninguna organización autoritaria puede asegurar su poder ni su Ordenamiento jurídico exclusivamente con su aparato coactivo”. (Obra citada, página 107).

En cambio, el orden social se encuentra asegurado por dos garantías, una interna: “la creencia en la validez absoluta de los valores que fundamentan ese orden, imbricada inclusive con motivos sentimentales”; otra, objetiva, “los beneficios de su observancia y los peligros de su inobservancia” (obra citada, página 106).

Históricamente el orden social ha adoptado distintas formas de legitimidad. Cada una de ellas comporta su correspondiente título. De ellas se conocen:

1º. *La legitimidad carismática*, a título carismático, de la cual se hizo referencia (Max Weber).

2º. *La legitimidad de la tradición*, sea patriarcalista o dinástica. (Herman Heller, página 106).



3°. *La legitimidad del hecho consumado*, llamada por Jellinek “fuerza normativa de lo fáctico”. (Heller, página 199).

4°. *La legitimidad del pacto* (Schmitt, “Teoría de la Constitución”, página 69).

5°. *La legitimidad popular o democrática* (Heller, página 199).

En la época actual quedan reducidas a dos: la dinástica y la democrática (Schmitt, páginas 101 y 104).

Evidentemente, el título de la legitimidad determina el sujeto a quien pertenece el poder legítimo. Así, en la legitimidad a título dinástico el sujeto del poder será el heredero de la dinastía (dinastía de los Bernardotte en Suecia). En tanto que en la legitimidad a título democrático el sujeto es el pueblo, según lo declaran los textos constitucionales de las Repúblicas.

b) *El poder legítimo deriva del orden social, único calificador de la legitimidad*. Es por tanto, el “orden social” el que establece la legitimidad, con lo cual “la legitimidad engendra el poder” (Heller, pág. 270). De esta manera, las normas legales, y entre ellas la misma Constitución, han de tener su origen en la legitimidad (Heller, pág. 271; y Schmitt, pág. 103). He aquí porque, según se dijo antes, la legalidad es hija de la legitimidad. Por ejemplo, el Ordenamiento jurídico de Venezuela en la época colonial, se basaba en la legitimidad dinástica de Fernando VII y los Borbones. Sin embargo, el orden social calificaba, por el general convencimiento, de única legitimidad la popular o democrática; por tanto, deroga el anterior Ordenamiento jurídico, instaurando el nuevo que contiene la auténtica legitimidad. Lo mismo sucedió en Alemania al advenimiento de la República popular en 1919, reconociéndose la legitimidad popular en una famosa Sentencia del Tribunal del Reich. (Ver el comentario de Schmitt, página 103)

c) *Tanto el poder, como el valor que éste afirma, dimanar del convencimiento colectivo*. La Sociedad es, entre otras cosas, una comunidad de valores que son afirmados e impuestos en virtud del convencimiento general de su autenticidad (Heller, página 107). En su consecuencia, tales valores constituyen representaciones colectivas que, por considerarlas el consenso comunitario las verdades auténticas, adquieren carácter legítimo. Es pues exacto, según dice Heller, que “cuando se pierde la fe en la legitimidad del Estado -o de un poder- se acaba el Estado o el poder”. (Páginas 242-243.)

## **b) Legitimidad y soberanía**

Concebida la soberanía como “el poder supremo y exclusivo que no tiene otro superior” necesariamente habrá de estar calificado por su legitimidad. Toda soberanía implica un poder legítimo; Soberanía y legitimidad llegan así a identificarse. Un poder es soberano en tanto que legítimo, y es legítimo si tiene su origen en la soberanía, así en tanto que soberano.

“El Estado es soberano únicamente porque puede dotar a su ordenación de una validez peculiar frente a todas las demás ordenaciones sociales” (Heller, pág. 264). Mas, según se dijo anteriormente, la Ordenación jurídica del Estado deriva su validez de un convencimiento colectivo que se encuentra implícito en el llamado “orden social”, lo cual constituye precisamente la legitimidad.

La soberanía, en cuanto poder legítimo, impide que una fuerza exterior del Estado pretenda dominar a éste. Es más, en la Carta de las Naciones Unidas (O.N.U.), en su artículo 2º establece que: “la Organización está fundada en el principio de igualdad soberana de todos sus miembros”. Esta soberanía es consecuencia de la legitimidad. Así, un país invadido, no contaría con el poder legítimo e internacionalmente se desconocería los efectos de la invasión; carente el poder invasor de legitimidad no podría pretender que sus actos tuvieran validez jurídica.

En efecto, en 27 de agosto de 1928 se concertó en París el pacto conocido con el nombre de Briand-Kellog, “condenando la guerra como instrumento para solucionar conflictos internacionales y renunciando a ella como instrumento de política nacional en sus mutuas relaciones”. Más tarde, en 1932, el Secretario de Estado norteamericano Stimson, establece la doctrina que lleva su nombre, en estos términos: “en adelante se niega a reconocer toda situación, todo tratado, y todo acuerdo que pudiera producirse en contra del Pacto de París”, en suma, que comportara conquista o subordinación violenta de un poder legítimo y por tanto soberano. La Asamblea de la Sociedad de Naciones declaró, en consecuencia, en 1933, que no se reconocería el Estado de Mandchoukouo que surge mediante la agresión japonesa. Su poder no era legítimo, y así, carecía de soberanía.

La fuerza no podrá prevalecer contra la integridad del poder legítimo y soberano de los Estados, según se consigna en la Carta de las Naciones Unidas, art. 2º, número 4º; en la Carta de la Organización de Estados Americanos, art. 5, letras b y e, llegando a sentar que “la victoria no crea derechos”. Es decir, que de una ilegitimidad no puede derivar una legalidad.

## **E. CARACTER ESTATUTARIO DEL ESTADO: LA CONSTITUCIÓN, ORDENAMIENTO FUNDAMENTAL. EL ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO**

Si el Estado se concibe como una institución jurídica la Constitución representa su Estatuto, o sea, el conjunto de reglas que determinan su organización y regulan la actividad de cada uno de sus órganos. Inclusive, atendiendo a este cometido, alguna vez la ley constitucional se ha llamado Estatuto. Así, en España desde 1834 a 1836.

Esta Constitución escrita y que emana del poder constituyente del Estado es la Constitución formal. Pero ¿qué preceptos jurídicos deben estimarse con importancia suficiente para figurar en ella? Ello lo decide el constituyente, mas, las Constituciones suelen adoptar un modelo uniforme incluyendo unas mismas materias. De esta manera, se trata primeramente de establecer la organización del Poder y las modalidades de su ejercicio con lo cual se señala la competencia que corresponde a cada uno de los órganos del Estado. Sin embargo, ello exige “la limitación objetiva del poder del Estado, y asegurarla por medio de los derechos subjetivos de libertad e intervención de los ciudadanos respecto al poder del Estado, de suerte que los derechos fundamentales del individuo, sean protegidos en virtud de la estructura fundamental de la organización del Estado”<sup>86</sup>. Esto es lo que hacen también los textos constitucionales, definir los derechos subjetivos que pertenecen conforme al “status” de cada uno, a los ciudadanos, nacionales, o bien, a cualquiera, es decir, a todos en general. Tales derechos son individuales (vida, integridad corporal, libertades, propiedad) o de grupo (familia, trabajo, asistencia, etc.).

---

<sup>86</sup> R. Schmidt. “Die Vorgeschichte der geschr Verf”. 1916.

Por último, tanto la corrección jurídica de los actos estatales -o sea su juridicidad- como la integridad de los derechos subjetivos se encuentran asegurados mediante un sistema de garantías previstas, mediante jurisdicciones de constitucionalidad, legalidad, "habeas corpus" y otros recursos adecuados encargados a Tribunales ordinarios o especiales.

He aquí en qué sentido se afirma que el Estado tiene carácter estatutario. La institución estatal se rige por su Estatuto que es la Constitución.

Cabe así afirmar que en el Estado constitucional moderno se realizan todas las condiciones del Estado concebido como una institución.



# Nación y particularismo\*

## SENTIDO DE LA COMUNIDAD NACIONAL O NACIÓN

### a) La experiencia histórica de la “Nación”

La “Nación”, en su estricto significado, representa una formación social específica de tipo comunitario o comunidad<sup>1</sup>, que se promueve en Europa, a partir del medioevo para culminar el transcurso del siglo XIX. A esta realidad histórica corresponde en la plenitud de su valor idiomático, tanto el término “Nación” como sus derivados, “nacionalidad”, “conciencia nacional”, “nacionalismo” y “Estado nacional”.

Por ello destaca George Jellinek que “las comunidades humanas fundadas objetivamente, con caracteres comunes, especialmente sobre la unidad de raza y de tribu, se remontan más allá a donde alcanza el recuerdo de los hombres. En cambio, la subjetiva de la Nación se nos muestra, por su naturaleza, como el producto de una cultura superior. Tal vez sea posible que existiera en germen desde hace mucho tiempo, pero lo es que no se ha manifestado en toda su fuerza hasta la época moderna”<sup>2</sup>.

Semejante proceso formativo de las distintas comunidades nacionales europeas tiene lugar merced a la conjunta concurrencia de tres peculiaridades de la cultura occidental que constituyen los supuestos necesarios de la Nación. Son ellos; ante todo, el descubrimiento de la personalidad que se vislumbra en la Filosofía del Renacimiento; luego la afirmación de la libertad como atributo humano y, por fin, la

---

\* Publicado en la *Studia Iurídica* N° 2, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1958, pp. 385 a 405.

<sup>1</sup> En la Comunidad (“*Gemeinschaft*”) prima el sentimiento subjetivo -afectivo o tradicional- de los partícipes que constituyen un todo; de una manera a la Sociedad (“*Gesellschaft*”) donde la actitud, en la acción social, se inspira en una compensación de intereses, por motivos racionales de fines o valores. De donde resulta que la nación corresponde al tipo de la Comunidad, es la “comunidad nacional”

Max Weber. “Economía y Sociedad” (Trad. española). Ed. Fondo de Cultura Económica México, 1944; tomo I, págs. 40 y 41.

<sup>2</sup> G. Jellinek. “*Allgemeine Staatslehre*”.

diferenciación, al menos conceptual, entre la realidad material de la Nación y la realidad formal del Estado. Conviene ahora examinar, siquiera sea someramente, cada uno de estos extremos.

1.- Con toda exactitud indica García Bacca que, "a lo largo de la filosofía occidental el hombre se ha desarrollado internamente siguiendo tres tipos de unidad, correspondientes a singular individuo y persona", etapas que a su vez han determinado formas sociales correlativas.

El Renacimiento afirma la individualidad, con lo cual "el hombre se renació un poco más valiente y seguro de sí y en sí, y cada uno se atreve ya a llamarse yo y a hacer intervenir ésta su individualidad, con derechos propios, en el Universo"<sup>3</sup>.

Mas tarde, el individuo se presenta en tal que persona, cuando se reconoce capaz de darse deberes, estableciendo con ello la legalidad de sus propios actos -el deber ser- con independencia del mecanismo de la naturaleza, lo cual le permite afirmarse como un fin en sí mismo<sup>4</sup>. Entonces, "la persona es el sujeto en cuanto, en sus actos trascendentes, hace de portador de valores morales"<sup>5</sup>.

Pues bien, esta idea de persona, íntimamente vivida y experimentada, es susceptible de transferirse a una colectividad unitaria y así ha sucedido con la Nación. Es precisamente Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888), el apóstol de las nacionalidades, quien establece, por vez primera, la concordancia al comprobar que, "la Nación constituye una personalidad con relaciones morales y psicológicas diferentes a aquellas que pertenecen a otras organizaciones sociales"<sup>6</sup>.

Mas, los argumentos demostrativos los añaden actualmente Eduard Spranger (1882-1954) y Federico Meineke (1862-1887).

Para Spranger, "el hombre que llega a la plenitud, con su perfección no sólo adquiere conciencia de su modo personal de ser sino también de su nacionalidad". De manera que, "la conciencia nacional no es otra cosa que el cultivo más elevado de la personalidad sobre el fondo individual". Con ello resulta explicable que "los conceptos de personalidad y de

---

<sup>3</sup> J. D. García Bacca. "Filosofía en metáforas y en parábolas." México, 1945; Pág. 102.

<sup>4</sup> Kant. "Crítica de la razón práctica", tercer capítulo.

<sup>5</sup> E. Spranger. "Holderlin y la consciencia nacional alemana." (Traducción de J. Marías.) Ed. Cultura y Educación. Madrid, 1948.

<sup>6</sup> P. S. Mancini. "La nazionalità come fonte del diritto delle genti." Prelección leída en la universidad de Torino, 1851.

Nación hayan crecido simultáneamente". En efecto, "la conexión histórica entre la Nación como categoría política, y la persona como categoría moral se advierte en el vínculo genético que se da entre el nacimiento de la Nación, fenómeno histórico moderno, y la expansión del sentimiento de la personalidad"<sup>7</sup>.

Lo mismo advierte Meineke cuando dice: "Es como si la Nación hubiese bebido la sangre de la libre personalidad de los individuos para convertirse ella misma en persona aspirando a mantener aquellas exigencias que sirven de nota a la personalidad; a saber, la autonomía, la autarquía, la unidad espiritual armónica y el libre desenvolvimiento de toda su fuerza e íntimas cualidades".

De esta manera la Nación, dotada de su propia conciencia -la conciencia nacional- "se siente a sí misma como una gran personalidad, como una gran unidad histórica, reclamando para ella las características y los derechos que corresponden a las personalidades desarrolladas y, sobre todo, la autodeterminación"<sup>8</sup>. En otros términos, la nación postula entonces la plenitud de la personalidad jurídica para convertirse en un Estado.

2.- La libertad esencial del hombre y de sus obras encuentra su clima favorable, en los distintos países europeos, a partir del siglo XVII cuando no sólo la propugna la doctrina sino que la imponen los acontecimientos. Es a este respecto indicadora la frase de John Milton (1608-1674) haciendo la apología de "todas las libertades, la libertad de saber, de expresarse y de discutir con arreglo a la conciencia" ("Areopagítica", 1644), que subraya John Locke (1632-1704) con una auténtica reclamación: "La libertad absoluta, igual e imparcial es lo que necesitamos" ("Cartas sobre la tolerancia", 1689). Pero fue precisamente la revolución inglesa de 1688-89 la que llegó a dar una fórmula jurídica a la libertad política ("Bill of Rights").

De otra parte, no ha de olvidarse que los ideales de libertad constituyen la característica de la burguesía, cada vez más prepotente, hasta el extremo de ser ella la verdadera protagonista de las revoluciones liberales. En efecto, "los puritanos interpretaron en la revolución inglesa el mismo cometido que más tarde tuvieron los jacobinos en la revolución

---

<sup>7</sup> Spranger. Obra citada.

<sup>8</sup> Meineke. "Weltbürgertum und Nationalstaat" (En "Studien zur Genesis des deutschen Nationalstaates".) Berlin, 1928.



francesa". Puede así afirmarse que, "el nacimiento del nacionalismo inglés coincidió igualmente con la aparición de la nueva clase media (...) Uno de los factores involucrados en el nacimiento del nacionalismo inglés fue la aparición de nuevas fuerzas sociales, la expansión del comercio, la necesidad de nuevas relaciones sociales y su infusión con nuevas emociones y lealtades (...) La conciencia del nuevo poder que se acumulaba en sus manos, y por ello, en las de la Nación, la caza de la propia felicidad y de la dicha del país, coincidían con la conciencia de una misión, de un deber religioso y moral"<sup>9</sup>

Lo mismo cabe asegurar de Francia donde la libertad, de la que se hizo también vehículo la burguesía, se convirtió en el fundamento mismo de la patria ("Hay patria únicamente allí donde esté asegurada la libertad". (Voltaire. "Pensées sur L'administration publique", 1752).

En suma; empleando las mismas palabras de Spranger, "la Nación", como fórmula política, va unida a la historia del liberalismo que lleva el telos y el pathos de la personalidad y de la libertad"<sup>10</sup>

3.- Se ha repetido, siguiendo a Mancini, que "la Nación es una forma orgánica necesaria, pues expresa una de esas propiedades eternas de la naturaleza humana, una surgente viva y fecunda, y una necesidad, inclusive física y geográfica, en el sistema de la creación".

Conforme a semejante criterio la Nación correspondería a un hecho natural -"inexorable necesidad de la naturaleza"- en tanto que el Estado, producto de la convención humana, tendría carácter artificioso ("artificial Being").

El Estado se concibe así como un aparato de poder político y jurídico, mas ello exige que el sujeto subyacente sea precisamente la Nación. La fórmula de la "Soberanía nacional" responde a esta exigencia. De lo contrario la Nación se encontraría subyugada y oprimida por el Estado.

Por tanto, si como antes se dijo, la personalidad potencial de la Nación ha de ostentarse jurídicamente en el Estado -un propio Estado nacional- entonces las Naciones incrustadas o difundidas en el área de poder de un Estado ajeno tienen una suma de derechos equivalentes a los

---

<sup>9</sup> Hans Kohn. "Historia del nacionalismo" (trad. española). Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1949; pág. 158.

<sup>10</sup> Spranger. .Obra citada.

derechos naturales del hombre, que dan lugar al “status” propio de “las minorías nacionales”.

Partiendo de tales supuestos se hace inteligible la frase de Mancini: “La revolución europea lleva hoy un nombre, nacionalidad el cual significa una transformación del mapa de Europa”.

Todo ello explica como, merced a la concurrencia de circunstancias complejas, se ha ido configurando en Europa, a lo largo de los siglos, un tipo de comunidad étnica a la que, por sus peculiares características, se ha denominado “Nación”. Empero esta no constituye un episodio efímero, antes bien afirma, en un momento histórico dado, una categoría que, por definición, ha de ser intemporal. He aquí, en consecuencia, el verdadero sentido que corresponde a la Nación en la Historia.

## **b) La relación dialéctica entre universalismo y particularismo**

Ciertamente que la Nación, tal como se configura de una manera concreta, aparece determinada históricamente. Mas, cuales quiera que sea su originalidad, otras comunidades étnicas han representado y continuarán sin duda representado lo mismo que ella representa en un tramo del tiempo. Así la Nación realiza, y por tanto actualiza, una categoría, la particularidad o particularismo opuesta a la universalidad o universalismo.

Particularismo y universalismo constituyen los términos extremos de la relación dialéctica. En efecto, hay dos maneras antagónicas de encontrarse dispuesto o acomodado el género humano. Bien como una unidad, cuando se acentúa lo que le es común, formando, al menos virtualmente, una “respublica generi humani”. O, por el contrario, destacando aquello que es peculiar en los múltiples grupos, “pluribus differentiae”. De aquí, por tanto, dos actitudes polarizadas: una, la de destacar lo diferencial, promoviendo entonces la solución particularista. Otra, la de afirmar lo que es común en la variedad, “ad unum reducitur”, con lo cual adviene la solución universalista. Es decir, manifestando esa doble posición que un gran humanista, Juan Luís Vives (1492-1540), ha pretendido expresar en el título mismo de su magnífica obra “De concordia et Discordia in humano genere” (1529).

Este es el movimiento alternativo que registra la Historia Universal con el que quedan interpretados los dos momentos dialécticos de todos los tiempos y lugares. La unidad del universalismo o la variedad del particularismo, cualesquiera que sean sus denominaciones literales en las distintas etapas históricas.

## **Manifestaciones del particularismo**

El particularismo, en tanto que valoración de lo que es propio como exclusivo y excluyente, constituye una actitud “natural”, es decir, espontánea conforme a los impulsos de la naturaleza humana y de la cual resulta aquella propensión descrita por Ruyard Kipling en su poema “El Desconocido”:

Podrán obrar bien o mal  
los hombres de mi propia stirpe,  
pero dicen las mentiras consabidas.  
Están acostumbrados a las que yo digo  
y no necesitamos intérpretes  
cuando vamos a vender o a comprar.  
Podrá ser leal o bondadoso  
el desconocido cerca de mi umbral,  
pero no habla como yo.  
No puede sentir su espíritu.  
Le veo los ojos, la cara y la boca,  
pero no veo detrás su alma.

En su consecuencia, desde el amanecer de la Historia, el particularismo afluye en las múltiples comunidades primitivas cualificadas por su singular estilo de vida, cuyo exponente se encuentra en la lengua y en la religión. “Bárbaro”, significaba en Sánscrito clásico “tartamudeo” o inhabilidad de expresarse y los “bárbaros” fueron en Grecia los extraños o extranjeros, sinónimo de rudos e ignorantes<sup>11</sup>. Tito Livio advierte semejante cohesión cuando escribe: “Los etolios, los acarnienses y macedonios, hombres de la misma habla, se juntan y separan merced a causas triviales que surgen de vez en cuando; a los extranjeros y a los bárbaros, los griegos hacen y harán la guerra eterna, pues son enemigos por voluntad de la naturaleza, que es eterna, y no debido a razones que cambian todos los días”. (Libro XXXI, 29. 15-16).

---

<sup>11</sup> Foustel de Coulanges. “La cité antique”.

Actitud que más tarde expresará el viejo dicho romano: "Extranjero, enemigo" ("Hospes hostes").

Resultaría desproporcionado a la finalidad del propósito, perfilar siquiera la evolución de las comunidades diferenciadas que, desde los orígenes históricos, realizan la solución particularista, tema, de otra parte, que cuenta con una excelente y abundante bibliografía. Bastará ahora señalar como puntos de referencia, las integraciones comunitarias de Israel y Grecia, antecedentes inmediatos de la cultura occidental.

En los textos bíblicos aparece ya el nombre de "goyim" ("Goy" significa literalmente cuerpo) para expresar la cohesión de individuos que viven unos con otros ("im"), forman así "el cuerpo mismo del pueblo"<sup>12</sup>. Esta coexistencia puede ser más fluida o más compacta, como sucede precisamente en el "goyim". En efecto, las tribus hebreas durante su esclavitud en Egipto mantuvieron lazos debilitados, tanto que inclusive perdían el nexo religioso. Es con el rito pascual que dispuso Moisés antes de emprender el éxodo, cuando se promueve una "congregación" -término literal de carácter teopolítico-regida por un jefe carismático -Moisés- hasta consolidarse en el momento en que interviene un pacto religioso ("berit") el cual sella la Alianza. Entonces, las doce tribus -representadas en el monte Siná con doce piedras, símbolo de fundación- se convierten en un cuerpo unitario, es decir, la unidad colectiva o "goyim" y que desde entonces se designa con el nombre de sagrado Israel<sup>13</sup>.

La formación comunitaria equivalente está expresada en Grecia con el término "Ethnos", y aún, más exactamente "Ethnoslaon"<sup>14</sup>. Así en las antiguas fuentes literarias se encuentra ya la expresión para indicar al conjunto de gentes en compañía que constituye un cuerpo de hombre, empleando la misma metáfora hebrea (Iliada. C. III. v. 32.-C. VII. v. 115.-C. XIII. v. 495). Semejante unidad puede, a veces, configurarse en virtud de una relación de parentesco, correspondiendo entonces el "ethnos" de una persona a su propia colectividad gentilicia (Píndaro. Nemeas. 5. 43). Se utiliza también cuando se destaca cualquier grupo humano ajeno sea a los extranjeros, en oposición a los griegos (Aristóteles. Política. 1324. 6.10), sea a los diferentes grupos particulares de las tribus (Iliada. C. XII.

---

<sup>12</sup> Martín Buber. "Moisés" (Trad. Española). Ed. Iman. Buenos Aires, 1949; pág. 51.

<sup>13</sup> Martín Buber. Obra citada, págs. 118 a 134, 143, 148 y 170 a 197.

<sup>14</sup> Tanto el "goyim" hebreo como el "ethnos" griego se traducen a partir del renacimiento por "nación".

v. 494 y C. XVII v. 552), o al pueblo de los Medos (Herodoto. I/1, 101). En suma el "ethnos" incluye el sentido del particularismo, hasta el extremo de que, en su acepción más amplia, sirve para marcar la diferencia de sexos: "ethnos masculino" y "ethnos femenino" (Xenofontes. O economía. 7.26).

Ahora bien; la cohesión definitiva de la comunidad se logra cuando adquiere, por decirlo así, carácter totalitario, bajo el signo religioso y político, momento en que se produce su fijación territorial. De aquí que las murallas de las ciudades primitivas, con su simbolismo mágico y religioso, consumen materialmente el aislamiento. Es a lo que alude Pericles en la Oración de la Acrópolis: "Esta tierra nuestra, en la que el mismo pueblo jamás ha cesado de habitar, en una línea ininterrumpida de generaciones sucesivas" (Tucidides. Historia de la guerra del Peloponeso). Por ello, en los documentos posteriores "ethnos" designa también una porción del territorio o provincia (Dion Chrisostomo. Cap. 53. Pairo Oxy 1020. 5 del año III a. C.).

Sin embargo no ha sucedido así siempre necesariamente, pues han existido y continúan existiendo comunidades étnicas perfectas desprovistas de soporte territorial, trashumantes, nómadas o seminómadas. Es el caso de los grupos errantes llamados "habiru" o "hapiru", palabra que significa nómada, errantes -y asimismo compañeros confederados- los cuales emigran de la Mesopotamia a Siria y Palestina hasta llegar a Egipto. Se trata de un tipo comunitario compuesto de individuos sin tierra de distintas procedencias, agrupados para buscar campos de pastoreo y emprender correrías, viviendo como guerreros y pastores, con dioses propios, "ilani habiri", o sea, dioses nómadas o ambulantes que van emigrando con el grupo y dirigiendo la migración<sup>15</sup>.

Pero lo que importa subrayar es que todos los grupos comunitarios de cualquier índole que sean, tienden primero a reconocerse y después a imponerse. Por lo cual el pueblo hebreo se declara así mismo "especial tesoro" (Exodo, 19.5) "santo y escogido para ser singular entre todos los que están sobre el haz de la tierra" (Deuteronomio. 14. a) como impulsada por el mismo sentimiento, en la tragedia de Eurípides, Ifigenia exclama sin dejar lugar a dudas: "Madre, los helenos han de dominar a los bárbaros, no los bárbaros a los helenos, que esclavos son unos, libres los otros".

---

<sup>15</sup> Martín Buber. Obra citada, págs. 35 a 39.

Ello marca la proclividad agresora de todo particularismo -nacional, estamental clasista, económico, religioso e ideológico- que acaba, en definitiva, convirtiéndose en un auténtico imperialismo.

## **Manifestaciones del universalismo**

Pero la otra actividad, la universalista, se manifiesta en todos los ciclos históricos de una manera no menos rotunda como una aflorancia de su propio refinamiento.

En el mismo Israel exclusivista, los profetas, de Amós a Jeremías, descubrieron el valor común a todos los hombres y este pensamiento culmina en el Talmud donde relata el Rabino Meir que “el polvo de la tierra del cual formó Jehová al hombre fue juntado de todo el mundo”, haciéndose el hombre, el prójimo de todos los hombres, con lo que nadie podrá decir “mí padre, es más importante que el tuyo”. Por tanto, los pueblos “han de convertir las espadas en rejas de arado y las lanzas en hoces y no alzará espada gente contra gente ni se ensayará más para la guerra” (Isaías. 2.2).

En Grecia, Alejandro el Magno promueve un ideal ecuménico siendo “el precursor de una de las revoluciones más fecundas y el primero que pensaba en la unidad de la humanidad”<sup>16</sup>. De otra parte la filosofía estoica impone que “los habitantes del mundo no deben vivir diferenciados por su correspondiente ley de justicia, en ciudades y comunidades diversas, sino que hay que considerar a todos los hombres como si pertenecieran a una comunidad, a un orden común a todos... en forma que la tierra entera sea su patria”. (Plutarco. “De fortuna Alexandri”).

El estoicismo, llevado a Roma, por Panecio y Polibio, inspira su mentalidad colectiva. “Creemos que todos los hombre son conciudadanos,

---

<sup>16</sup> W. W. Tarn. “Alexander the Great and the Unity of Mankind” Raleigh Lecture History, en “Brithis Academy Proceedings.” Humphey Milford, London, 1933. Se considera a Alejandro el precursor de una de las supremas revoluciones de la noción del mundo, el primer hombre del que sabemos que pensaba en la unidad de la humanidad. En efecto, llegó a crear una “oecumene” (Pág. 43).

Ver también, P. Jouquet. “Macedonian Imperialism and the Hellenism of the East.” Kegan Paul. London, 1928.

que la vida y el universo son un todo” era la máxima imperante<sup>17</sup>, que encuentra reconocimiento jurídico, “Roma communis nostra patria est” (Modestino. D. 5.0.1.35).

La palabra “humanitas”, originariamente latina, califica la calidad común a todos los hombres (“quidditas qua homo est quod est”), por lo que Cicerón (“De legibus”. I. VIII, 23) concibe el universo entero como “una comunidad entre hombres y dioses” (“Ut itam universus hicmundus sit una civitas communis deorum atque hominum existimanda”), aspiración dominante en el primer siglo del Imperio Romano.

Simultáneamente, la civilización cristiana propugna la unidad en Cristo que permita instaurar un régimen universal “In orbe terrarum”. De aquí que nada estuviera más alejado del pensamiento cristiano que la multiplicidad política pues el mundo entero ha de constituir una unidad (“nell ulla magis res aliena quam publica. Unam omnium publicam agnoscimus mundum”. Tertuliano, *Apología*).

El superior valor espiritual del cristianismo, al mismo tiempo que originaba la crisis del Imperio, incapaz de realizar el ideal de “pax et iustitia”, fomentaba un más amplio universalismo que había de comprender inclusive a los pueblos bárbaros. Por ello pudieron asegurar Orígenes y San Agustín entre ellos, que “Dios permitió el extendido dominio de Roma para preparar el advenimiento de una comunidad ecuménica pues, de lo contrario, los pueblos se hubieran encontrado extraños entre sí y los Apóstoles hubieran experimentado dificultades en el cumplimiento de este mandamiento divino: Id y enseñad a todas las gentes”.

Entonces la Iglesia había de realizar en el mundo el arquetipo de la ciudad de Dios -“civitas Dei”- que al libertar la naturaleza del pecado no sería ya vaso de ira sino de misericordia” (De “Civitate Dei”. XV, 2 XIV, 28 y XVIII, 54).

El principio de unidad -“principium unitatis”- rige, al menos como supuesto necesario, el régimen medioeval, implícito en la diarquía Iglesia o Imperio, ambos dotados de universalidad. En efecto; en tal que expresión del Reino del Espíritu, la Iglesia es una y universal, comprendiendo todo el pueblo cristiano (“Sicut est una Ecclesia, ita oportet esse onum populum Christianum”. Santo Tomás. “Summa contra

---

<sup>17</sup> Von Arnim. “Stoicorum veterum”. Frag. I, No. 266.

gentiles" IV, q. 76). Correlativamente en el orden temporal, el "Imperium Mundi" le confiere al Emperador la supremacía sobre todos los pueblos<sup>18</sup> y este "unum imperium" postula, a su vez, una unidad jurídica, es decir, el "unum ius"<sup>19</sup>.

Los particularismos de la baja edad media y más tarde de la Reforma y del absolutismo quebrantan las soluciones universales que se reafirman, en cambio, en el Renacimiento y en la Ilustración.

Respecto al futuro son alentadoras las palabras de Nietzsche: "Se abre ante nosotros la enorme perspectiva de las metas humanas ecuménicas que abarcarían todo el mundo habitado, teniendo plena conciencia de nuestra capacidad de arremeter tareas nuevas sin engreimiento alguno". (Humano, demasiado humano).

## EL CONCEPTO DE NACIÓN

### a) La concurrencia de variedades

La palabra Nación proviene del latín clásico, "natio" "nationis" -nacimiento, acto de nacer o generación- que conserva su significado literal en las obras de Cicerón, Varrón, Plinio... etc. Mas desde entonces se utiliza también el mismo término para designar un particularismo que diferencia los distintos grupos humanos. ("Publicanos tradidit in servitutem Jadaeis, et Syris, nationibus natis servituti". Cicerón). Con ello "natio" se hace sinónimo de "gens" "gentis" -es decir, consanguíneos por pertenecer a un tronco común- si bien de una manera amplia pues la "gens" representa el género y la "natio" la especie, con lo que ésta se destaca progresivamente de aquélla ("Ita nationis nomen, non gentis evaluisse paulatim". Tacito. De Germania, 2).

En la edad media, "natio" indicaba origen o procedencia. En virtud de semejante acepción se procedía a agrupar a quienes participaban en los Concilios eclesiásticos. Así en el de Constanza (1414-1417) los votantes estaban distribuidos en cuatro "naciones" -Alemania, Francia, Italia e

---

<sup>18</sup> Von Gierke. "Les théories politiques du moyen age. (trad. Francesa). Librairie Recueil Sirey. París, 1914.

<sup>19</sup> Francesco Calasso. "Introduzione al Diritto Comune" Edi Giuffré. Milano, 1951.



Inglaterra, con un voto colectivo cada una de ellas- empero determinadas un tanto convencionalmente ya que se incluía en la nación alemana a húngaros y polacos y a los escandinavos en la inglesa. Era lo mismo que sucedía en las Universidades con los estudiantes distribuidos según el lugar o territorio de su procedencia el cual recibía igualmente el nombre de “nación”.

Pero a medida que se desintegra la estructura unitaria de Europa, coherentemente mantenida durante la edad media, se van perfilando múltiples variantes. La primera de ellas el lenguaje particular que, en todas partes, se impone a expensas del latín. Así hacia los siglos VIII y IX se empieza a utilizar la palabra “deutsch” -germánico- para designar el naciente idioma alemán y a quienes lo hablan. Las lenguas romances tienden a ordenarse entre la profusión de modalidades dialectales. Lo mismo sucede con las iniciativas artísticas y los peculiares estilos de vida que se reflejan en los innumerables “Costumbrarios” -o sea, recopilación de costumbres-, primera materia para constituir un Derecho local sobrepuesto al “Ius Commune”.

A fines del siglo XV el término “Nación” comienza a adquirir sentido político al pretender Maximiliano (1493-1519) restaurar el Romano Imperio, asociándolo a la unidad germánica, de donde resulta el “Sacro Romano Imperio de la Nación Germánica”) (“Heliges Römisches Reich Deutscher Nation”). Se trataba, como es evidente, de una flagrante antítesis entre el universalismo de un Imperio, sucesor de Roma, y el particularismo germánico, por lo cual puede ello considerarse un brote prematuro de nacionalismo.

La liquidación de la idea de Imperio, herencia cultural romana con Roma “caput orbis”, fue obra de la Reforma protestante, enunciada solemnemente en el escrito de Lutero (1483-1546) “Proclama a la nobleza cristiana de la nación alemana” que, en el orden político, consagraba el poderío autónomo de los Príncipes locales y, a su vez, la influencia capitalista, cada vez más poderosa.

Otro refuerzo poderoso a semejante proceso de diversificación fue el incesante perfeccionamiento literario de los nuevos lenguajes. En Inglaterra con sus componentes heterogéneos -celtas, sajones, normandos- el inglés empieza a ser vehículo oficial a partir del siglo XIV. En Francia desde 1539 Dante había depurado el toscano hasta convertirlo en el sonoro idioma con el que se escriben grandes obras, análogamente a lo

que sucede en Francia con Rabelais y Calvino y Montaigne y en España con el Arcipreste de Hita, Jorge Manrique.

Pues bien; todas estas peculiaridades, idiomáticas, literarias, artísticas, consuetudinarias, económicas, jurídicas y hasta emotivas son características nacionales. Mas queda aún sin resolver el punto básico; es decir, ¿qué es concretamente una Nación?

## **b) Las unidades nacionales: Proceso formativo**

Por vez primera, en el transcurso del siglo XVIII, los tratadistas consideran esas “unidades de pueblo ligadas por tradición y las costumbres” como aglutinaciones de orden cultural. Así Charles Secondat, Barón de Montesquieu (1689-1755), estima revelar su esencia acudiendo a un término elegante, “esprit de nation” -espíritu de nación- que ha de servir, literalmente traducido, “National geist”, para definir la nacionalidad alemana conforme lo hace Friedrich Karl von Moser (1723-1798) en su resonante folleto “Sobre el espíritu nacional alemán” (1765) y desde entonces este concepto aun cuando tan vagamente enunciado quedará en definitiva incluido a la literatura política: “Me imagino -escribe más tarde Johann Jacob Bülow- que el espíritu nacional es una cualidad peculiar, o el agregado de todas las cualidades peculiares que distinguen a un pueblo de los demás. Estas cualidades distintivas se expresan en las acciones de todos los miembros de ese pueblo, en lo general, y en las acciones públicas que lleva a cabo como tal, en particular”.

Tales enfoques resultan verdaderos anticipos pues permiten destacar dos propiedades de la Nación: a saber, que ésta constituye una formación de la Cultura y que tiene existencia histórica como una comunidad de destino. Por ello cuando se pretende caracterizar la Nación con diferentes criterios el propósito resulta ineficaz como lo demuestra el examen crítico de las distintas doctrinas definidoras que, en su conjunto, constituyen un sumario de fracasos. He aquí, en efecto, la comprobación:

### **1.- La Nación considerada como unidad de origen**

Es éste el más antiguo supuesto, implícito en la etimología misma, al menos en sus acepciones más remotas, de los términos “ethnos” y “natio”

“nationis”, según se ha dicho anteriormente. El hombre primitivo había concedido la mayor importancia a la consanguinidad para delimitar, por la procedencia de un tronco común, los grupos humanos rudimentarios, tribus y clanes. Sin embargo este pensamiento, por ancestral que sea, experimenta reviviscencias, a veces disimuladas, de las cuales son un ejemplo reciente el racismo “nazi”.

Un tratadista moderno, René Johannet, advertía en 1923 que, el alemán continuará imaginándose la Nación según el tipo natural y sensible de la familia. Los lazos de sangre serán para él los únicos comprensibles y, verdaderos o falsos, primarán sobre todo<sup>20</sup>.

Nada más alejado de la experiencia histórica. Rusia blanca, pese a las diferencias raciales, se encontró siempre integrada a la Gran Rusia, la misma pluralidad existe en Suiza, Gran Bretaña, Estados Unidos de América, Canadá... etc. A la inversa, la procedencia de un mismo tronco no consuma la identificación como sucede con los serbios de religión ortodoxa y los croatas de religión católica y ambos con rasgos nacionales distintos.

Las Naciones se hallan formadas por hombres de tan distintas procedencias que ninguna de ellas puede pretender una ascendencia común.

## *2.- La Nación considerada como unidad idiomática*

También, conforme se hizo observar anteriormente, responde ello a un supuesto primitivo que ha rehabilitado el romanticismo alemán y sobre todo Herder y Fichte. Aún hace poco, en 1932, Georg Schmidt Rohr, sostenía que “La comunidad de lenguaje es la verdadera (comunidad nacional)”. No obstante, basta tener en cuenta el caso de los idiomas inglés, español y portugués, hablados en diferentes Naciones, como inversamente la diversidad de idiomas hablados en una misma Nación.

---

<sup>20</sup> Cita de Konh. Obra citada.

### **3.- La Nación considerada como unidad religiosa**

Asimismo el dato religioso pudo servir remotamente para distinguir algunas formaciones humanas primitivas. La realidad nos demuestra que en toda Nación coexisten religiones diversas y, contrariamente, que, un mismo credo religioso puede ser adoptado incluso oficialmente por diferentes unidades nacionales.

### **4.- La Nación como consecuencia de un acto de voluntad colectiva**

Cuando Schiller escribió su famoso drama “Guillermo Tell”, recoge la leyenda que atribuye los orígenes de la nacionalidad suiza a este rotundo juramento: “Queremos ser una Nación de hermanos” (“Wir wollen sein ein einig Volk von Brüdern”) Pero es Ernesto Renán a quien pertenece la fórmula “Una Nación -declara- supone su pasado, si bien se resume en el presente por un hecho tangible: el consentimiento, el deseo claramente expresado de continuar la vida común. La existencia de una Nación es un plebiscito de todos los días”<sup>21</sup>.

En su consecuencia “La nacionalidad no consiste necesariamente en el idioma, en la religión o en el pasado común, sino en la voluntad de la gente. La expresión de esta voluntad se logra generalmente gracias a una síntesis de algunos de los elementos constitutivos enumerados o de todos ellos. Sin embargo, la nacionalidad puede muy bien existir en ausencia de cierto número de ellos y aún es posible que se limite a un solo elemento, al único esencial: *la voluntad*”.

A pesar de ello la voluntad de constituir una nacionalidad no siempre asegura su existencia. “El querer vivir colectivo no es suficiente, es necesario también un poder vivir colectivo”.

---

<sup>21</sup> E. Renán. “Qu’ est-ce qu’ una nation”.

### **5.- La Nación como conciencia de la nacionalidad**

Para Mancini “la raza, el idioma, las costumbres y el pasado histórico no son sino materia inerte a la que sólo la conciencia nacional (“conoscenza della nazionalità”) insufla vida”.

Así lo estima también el erudito francés Henry Hausser: “Al mismo tiempo que un recuerdo la nacionalidad es un ideal; ella es historia mas también es profecía, una profecía creadora. Lo cual equivale a decir que la nacionalidad es un hecho de conciencia colectiva. Raza, religión, lengua, todos esos elementos son o no factores de la nacionalidad según que entren o no a tal título en la conciencia colectiva”.

De la misma manera se destaca respecto a los suizos que la naturaleza, el idioma y la sangre los separan y lo que hace que se mantengan juntos es precisamente la conciencia de nacionalidad: “La confederación se ha propuesto el alto fin de constituir una nacionalidad a base de estirpes distintas mediante una benéfica mezcla en una comunidad libre que, más fuerte que la inclinación natural hacia la afinidad troncal, la hará relegar al olvido”.

Esta conciencia de la nacionalidad puede manifestarse en un sentimiento de la propia nacionalidad. Así Toynbee comprueba que, “la nación, como todas las fuerzas de la vida humana no es nada material o mecánico, sino el sentimiento subjetivo, psicológico de seres vivientes. Este sentimiento se puede encender gracias a la presión de uno o de varios factores, tales como el país, el idioma o la tradición comunes”.

Mas tanto la conciencia como el sentimiento postulan al sujeto de ellos, es decir, la Nación misma. El problema queda por tanto sin resolver.

### **Naturaleza de las comunidades nacionales**

Considerando todo cuanto se ha dicho, cabe preguntar ahora, ¿a qué o a quién se designa con el nombre de Nación? En efecto el conjunto de cualidades, de acciones y de influjos descritos postulan necesariamente un sujeto. Ya se ha afirmado que la Nación constituye una Comunidad, mas no racial ni económica ni religiosa ni lingüística, si bien susceptible de comprender todas estas características unificadas. Se trata, en suma, de una

Comunidad de Cultura. Por ello, cuantos la integran “se consideran partícipes específicos de una específica cultura” (Max Weber). La Posesión de bienes culturales comunes, diferentes y distintivos de los demás, suscita el sentimiento o la conciencia nacional, la “comunidad sentida”. Entonces la Nación, como indica Guillermo Dilthey (1833-1911) es el sujeto colectivo “que vive la unidad, el significado de los acontecimientos exteriores, es decir, la historia”.

Ahora bien: ¿en qué momento preciso surge esta unidad del sujeto o Nación? Evidentemente, cuando todos los factores reales -económicos, religiosos, lingüísticos, sociales, políticos- se ofrecen “con una conciencia de copertenencia; es decir, con conciencia nacional, con sentimiento nacional”, Dilthey añade: “En una Nación todo género de vivencias comunes se encuentran en una relación consciente con la comunidad nacional. La comunidad se refiere, en todos los aspectos de la vida, a los individuos que pertenecen a ella. Así sucede que toda vivencia intensa es vivida como un cambio de valor de la comunidad. Pero esta misma vivencia de copertenencia se hace valer en el instante en que se captan fines que pertenecen a esta conexión nacional. Todos estos individuos que persiguen sus propios fines, cada uno por sí, a menudo en recíproca competencia, o fines familiares o de asociación, encuentran, sin embargo, en la conexión nacional un campo de finalidades comunes. En este campo actúan como un solo sujeto. Realizan el fin que les prescribe el nexo nacional con conciencia de copertenencia”.

Es por esto que los tratadistas modernos hablan de Comunidades de Cultura nacional (“National culture society”).

Semejante comunión puede tener lugar por influjo de un estado de ánimo general producido en virtud de un gran acontecimiento o mediante el impulso de destacadas individualidades que se convierten en dirigentes o líderes “Los que se encuentran en una Comunidad de Cultura realizan -dice Max Weber- diferentes obras consideradas como bienes culturales”.

Tal sucede con los hombres de letras, creadoras de mitos, leyendas populares, perfeccionadores del idioma (Poema del Cid, Romancero, Dante, Rabelais... etc.), hasta el punto de que al español se le llame la lengua de Cervantes y al francés la lengua de Molière. Los artistas derivan su arte de motivos típicos instaurando un estilo (ojival francés, gótico flamenco...). Los filósofos e ideólogos señalan ideales de vida (Montaigne, Descartes, Milton, Locke, Lutero, Goethe, Schiller, Benjamín Franklin,

Martí, Andrés Bello). Los héroes populares (San Eduardo Confesor, San Esteban, Juana de Arco, Guillermo Tell, Simón Bolívar...), los genios políticos (Richelieu, Washington, Bismark). Científicos, pedagogos, empresarios..., en suma, cuantos crean o incrementan valores espirituales y materiales que se consideran comunes en virtud de "una conciencia de copertenencia".

En este aspecto la Nación se presenta pues como una Comunidad de Cultura homogénea que por ser tal se diferencia de todas las demás.

Pero no queda ahí el estadio último de la Nación. Toda comunidad con un poder cultural propende inexorablemente a agregarse el poder político. Cultura y política representan los componentes de una concentración de poderes. Es lo que se advierte ya en el pensamiento de Maquiavelo, quien percibiendo la Comunidad de cultura italiana propugna la independencia de Italia para constituir un solo Estado (El Príncipe, cap. XXVI).

De aquí que Max Weber pueda asegurar certeramente que, "siempre el concepto de Nación nos refiere al poder político y lo nacional es un tipo especial de pathos que, en un grupo humano unido por una comunidad... se vincula a la idea de una organización política propia, ya existente o a la que se aspira y cuanto más se carga el acento sobre la idea de poder, tanto más patético resulta ese sentimiento".

La misma tendencia natural del poder introduce la necesidad de mantener y aun acrecentar el prestigio y es por ello que éste ha creado el mito de una misión providencial -a la manera que la ha atribuido Hegel a Alemania o Dostoiowsky a Rusia- para acentuar la importancia de la Nación.

Por este camino la Comunidad de Cultura nacional postula un poder político para convertirse en Estado, dando lugar entonces al Estado nacional. Mas, alguna vez, el acrecimiento de la personalidad nacional se convierte en ímpetu nacionalista y, a la larga, en nacionalismo.

Ahora bien; cuanto queda expuesto no hace sino abrir nuevas perspectivas al tema planteando una serie de cuestiones derivadas. Así, ¿de qué manera un foco de cultura puede adquirir la categoría de comunidad nacional? ¿Cuáles son los resultados de la coexistencia de culturas diferenciadas en orden a su afirmación y persistencia? ¿Cómo el ímpetu cultural llega a determinar la forma jurídica del Estado? ¿En qué tipo de

relaciones se desenvuelve la acción del Estado y la cultura de una comunidad?

Interrogantes éstos que suscitan problemas complejos que, en otra oportunidad, serán examinados.





## La organización del registro inmobiliario en Venezuela\*

EL Ministro de Justicia, Dr. Andrés Aguilar, Profesor de esta Facultad de Derecho, ha promovido la reconsideración de los textos legales vigentes con el propósito de dotar a Venezuela de un sistema de registro de los derechos de naturaleza inmobiliaria, tan eficaz y perfecto como aquellos que se han implantado, desde hace tiempo, en los países más progresivos.

Para llevar a término un estudio concienzudo de los problemas que suscita semejante realización, el Dr. Aguilar ha designado una Comisión integrada por los Profesores universitarios, doctores Octavio Andrade Delgado, Antonio Moles Caubet, Emilio Pittier Sucre y Eloy Maduro Luyando, Relator-Secretario.

La Comisión está considerando, como base de debate, el Anteproyecto de Ley elaborado por el Dr. Antonio Moles Caubet, que consta de 114 artículos, siete disposiciones transitorias y precedido de una extensa exposición de motivos. Algunos especialistas en Derecho Inmobiliario han examinado el referido documento, entre ellos el tratadista español doctor Ramón M. Roca Sastre quien le ha hecho valiosas observaciones.

Seguidamente se dan a conocer, el Memorándum inicial y la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Registro Inmobiliario que ha redactado el Dr. Moles como ponencia sometida a la Comisión.

---

\* Publicado en la Revista de la Facultad de Derecho No. 16, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1958, pp. 256 a 291.

## MEMORÁNDUM INICIAL

### I

## AFIRMACIONES BÁSICAS

1°. El Anteproyecto de Ley de Registro Inmobiliario, sometido ahora a examen y discusión, responde, ante todo, al supuesto de que el sistema legal vigente resulta inoperante y se hace por tanto necesario proceder, de una manera inmediata, a su radical modificación.

Ha de reconocerse que, desde la Ley primigenia de 1836, no ha existido en Venezuela, ni existe aún -después de sucesivas reformas- un auténtico Registro Inmobiliario, susceptible, según corresponde a su propio concepto jurídico, de producir actos de "registración" dotados de los efectos a ellos asignados. En consecuencia, no obran las garantías plenas de que ha de estar investida la propiedad y los demás derechos reales inscritos.

Para demostrarlo se apela al conjunto de datos y razonamientos consignados en la Exposición de Motivos del Anteproyecto que se examina.

De aquí que el Anteproyecto adopte otro contenido con una estructura distinta a aquélla que distingue anacrónicamente a la legislación anterior. En una palabra, se trata de una nueva ley y no de una mera reforma.

2°. El Anteproyecto recoge y trata de adaptar - con un sentido realista- los principios que inspiran los sistemas registrales modernos. Semejantes realizaciones en el Derecho positivo de la mayoría de países -tanto europeos como americanos- ha hecho posible que se constituyera un cuerpo de doctrina de valor general. De aquí el nombre de "principios inmobiliarios o registrales" con que se conoce una serie entrelazada de proposiciones jurídicas cuya generalidad les confiere una función axiomática.

Las nociones unívocas del Derecho Inmobiliario y la neta identificación de las diferentes técnicas registrales -presupuestos de toda mentalidad jurídica moderna- permiten descubrir una evidente disparidad entre el Código Civil Venezolano -de inspiración italiana- y el texto de la vigente Ley de Registro Público.

De otra parte, tan sólo partiendo de la íntegra adopción de los “principios inmobiliarios o registrales” se hace viable introducir en el cuadro de la legislación nacional nuevas figuras jurídicas provistas de su auténtica fisonomía y consiguiente eficacia. Basta citar como ejemplo el desenvolvimiento del crédito inmobiliario, mediante la emisión de cédulas hipotecarias, que ha dado lugar en Alemania y Suiza a la hipoteca unilateral, o sea una hipoteca con cédula -a veces emitidas éstas por el mismo Registro-, títulos al portador y por tanto sin titular personalmente determinado (“Briefhypothek”); la hipoteca de propietario o hipoteca en cosa propia (“Eigentümerhypothek”), a la que puede añadirse la deuda inmobiliaria o hipoteca independiente (“Grundschuld”). Nada de ello, ni otras muchas innovaciones, progresivamente generalizadas, caben en manera alguna sin contar con un auténtico Registro Inmobiliario en el cual se encuentren todos aquellos dispositivos sólo logrados mediante la escrupulosa observancia de los llamados “principios inmobiliarios o registrales”.

3°. Los principios inmobiliarios o registrales pertenecen, según su naturaleza y funciones, al Derecho material o al Derecho formal.

### **A.- Principios propios del Derecho material**

Tienen el carácter de normas de Derecho material; el principio de autenticidad, el principio de legitimación y el principio de fe pública registral.

a) El principio de autenticidad, el cual se denomina también principio de autoridad, exige que la inscripción represente necesariamente la íntegra validez del acto inscrito. Así, el título o causa obligante por el que se constituya, modifique, transmita o extinga una relación jurídica real (título en sentido material) ha de contenerse, para ser inscribible, en un documento indubitable o título en sentido formal. Ello en cumplimiento de esta máxima: “No debe recibir el sello del Registro más que lo que no deje lugar a duda alguna de completa legitimidad”.

b) El principio de legitimación establece a favor del titular del derecho inscrito una presunción que puede convertirse en presunción “iuris et de iure” contra aquella especie peculiar de terceros conocida con

el nombre de terceros registrales o terceros hipotecarios, si bien jamás la inscripción convalide los actos que sean nulos con arreglo a la Ley.

c) El principio de fe pública registral produce la seguridad del l del adquirente de buena fe, pues el contenido del Registro se reputa siempre exacto en beneficio del tercero que adquirió legalmente, el cual, en consecuencia, puede estar completamente seguro de su adquisición en los términos registrados.

## **B.- Principios propios del Derecho formal**

Tienen el carácter de normas de Derecho formal: el principio de rogación o de instancia, el principio de legalidad, el principio de tracto sucesivo y el principio de especialidad.

a) El principio de rogación o de instancia prescribe que sólo puede practicarse una inscripción cuando lo solicite la parte a quien corresponda o bien por mandato de la autoridad judicial o administrativa competente, evitando de esta manera oficiosidades lesivas. A su vez, el interesado, con la mera presentación del título, adquiere ya la calidad de parte en el procedimiento registral para ejercitar todos los derechos y acciones prevenidas.

b) El principio de legalidad obliga a acreditar previamente que el título reúne las condiciones intrínsecas y extrínsecas necesarias para ser inscrito. Ello comporta una calificación previa, aun cuando el propio criterio de los interesados pueda quedar reconocido en la vía jerárquica, sin perjuicio, si precisa, de la resolución judicial que siempre ha de prevalecer en definitiva.

c) El principio de tracto sucesivo, tracto continuo o de la previa inscripción, representa la manera concreta de cumplir en el Registro la regla jurídica clásica: "Nemo dat quod non habet". Lo cual se consigue manteniendo en los libros el ordenamiento encadenado de causante a sucesor (cadena causal), evitando que jamás pueda registrarse "per saltum". El principio de previa inscripción requiere que, al tiempo de registrarse un acto inscribible, resulte que la persona a quien se refiera, como disponente o perjudicado, sea la misma que figure previamente inscrita en el propio registro.

Semejante tracto sucesivo a continuo hace que pueda seguirse en las hojas del libro el historial completo, sin solución de continuidad, de todos los actos de transferencia, constitución, modificación o extinción de derechos reales. Cada uno de los asientos se apoya en el consentimiento del anterior titular del derecho inscrito o en la sucesión del mismo por declaración de la ley.

d) El principio de especialidad postula la implantación del denominado "folio real". Es decir, se identifica la finca con toda precisión, convirtiéndose entonces en unidad básica del Registro. A cada finca, convenientemente numerada, corresponde su correspondiente folio, y es en él, o en folios correlativos al mismo siempre referidos, que se practican las sucesivas inscripciones, con lo cual, "quienes tengan interés, sepan dónde encontrar cuanto al inmueble haga referencia y defina su situación jurídica, sin peligro a las limitaciones consignadas en otros asientos independientes".

## II

### ORDEN DEL DEBATE

1°. El primer punto a considerar y debatir corresponde a la observación hecha al anteproyecto por el especialista Roca Sastre. Este estima inadecuado regular íntegramente el régimen registral en un texto legal unitario, y en vez de ello propone que las normas propias del Derecho material -contraídas a los principios de autenticidad, de legitimación y de fe pública registral- figuren tan sólo en el Código Civil, promoviendo la reforma pertinente del mismo. Entonces se reservaría a una Ley Orgánica, similar a la Ordenanza Inmobiliaria alemana ("Grundbuchordnung"), tanto la organización como el modo de llevar el Registro, incorporando al efecto los principios de rogación, de legalidad, de tracto sucesivo y de especialidad.

Problema éste que ha de tener solución previa a cualquier otra, pues ella predetermina la estructura y contenido del proyecto en estudio.

Claro que al aceptar el punto de vista del Dr. Roca Sastre quedaría la labor formalmente desdoblada, aun cuando correspondiere realizarla a una misma Comisión a fin de asegurar la imprescindible coherencia.

2°. Formulación legal de los principios inmobiliarios, A tal efecto se propone discutir los artículos correspondientes del anteproyecto, a saber:

- a) Principios de autenticidad (art. 30).
- b) Principio de legitimación (arts. 58 al 60).
- c) Principio de fe pública registral (arts. 61 al 63).
- d) Principio de rogación (art. 67).
- e) Principio de legalidad (arts. 71 al 84).
- f) Principio de tracto sucesivo (arts. 99 y 43).
- g) Principio de especialidad (arts. 92, y 21, 95).

3°. Determinación de los actos inscribibles. Es de primordial importancia indicar -con la técnica más conveniente- los actos para los cuales está reservado el Registro Inmobiliario, pues en él tan sólo pueden inscribirse constituciones o modificaciones de los derechos reales -únicos que tienen protección registral-, pero en manera alguna los derechos de crédito o personales. A tal efecto se propone discutir los artículos 27 y 28 (inscripciones propiamente dichas) y los artículos 44 a 55 (anotaciones preventivas y notas marginales).

4°. Técnicas de inscripción, A ellas están dedicados los artículos 32 al 39, 67 al 70, 85 al 101 y 102 al 111 del Anteproyecto.

5°. El caso de los llamados títulos supletorios. Por la tan contravertida significación que han alcanzado en Venezuela, precisa considerar el problema que tanto su uso como su abuso han originado. Artículos 40 al 42 y Tercera Disposición Transitoria del Anteproyecto.

6°. Régimen orgánico. Figura comprendido en los artículos 1° al 25 y 114 y Disposición Adicional.

7°. Formato general de la Ley. Habrán de discriminarse las materias que han de integrar el cuerpo legal de aquellas otras propias de un Reglamento.

Caracas, 30 de septiembre de 1958.

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### I

Hace más de 122 años, el 24 de mayo de 1836, fue promulgada en Venezuela la primera Ley que “establece las Oficinas de Registro”, nombre genérico suficientemente amplio para comprender las más disímiles operaciones. Tanto las Oficinas Principales -instaladas en la capitalidad de la provincia- como las Oficinas dependientes, denominadas Subalternas -citas en las cabeceras de cantón- servían, ante todo, de archivo de documentos de distintas procedencias (arts. 7 y 8), y ambas también habían de llevar “Protocolos” para la “toma de razón” de actos tan diversos que apenas tienen nada de común. Así en las Oficinas Principales se hacía constar por copia, extractada o literal, “los títulos o despachos de empleados, las patentes de navegación y los privilegios exclusivos”, figurando en las Oficinas Subalternas, “los nacimientos, muertes y matrimonios, la publicación de las Leyes, los contratos, fianzas, testamentos, poderes, protestos, declaraciones o cualesquiera otros actos extrajudiciales o privados”. (Arts, 9 y 12).

Con un criterio de economía funcional, sin duda justificable en aquellas circunstancias, se centralizaba el ejercicio de funciones jurídicas heterogéneas, consistentes en archivar documentos, acreditar el estado civil, autorizar testamentos, efectuar intimaciones, etc., y por tanto, indiferenciadamente, transcribir, protocolar, otorgar, autenticar, legalizar, legitimar.

Más, de semejante complejo precisa ahora tener tan sólo en cuenta, dada su especialidad, la operación de “registro” en su estricto sentido técnico, encaminada a conferir los efectos jurídicos inherentes a la constitución, modificación, trasmisión o extinción de la propiedad inmueble y de los demás derechos reales impuestos sobre la misma, de manera suficiente para asegurar el tráfico inmobiliario. En suma, se trata de considerar aquel conjunto de modalidades, exclusivas de los bienes inmuebles, que siempre, desde las épocas más remotas, han configurado lo que modernamente se denomina “régimen registral”. A este respecto merecen citarse, como punto de referencia, los dos viejos modelos prusianos: la Ordenanza de 20 de diciembre de 1783 y la Ley de 5 de mayo de 1872 que han inspirado el Registro de Inmuebles del resto de



Alemania, con el Código Civil alemán (BGB) y la Ordenanza Inmobiliaria ("Grundbuchordnung") de 24 de marzo de 1897 (sustituida por la de 5 de agosto de 1935), así como los organizados en Inglaterra, Suiza, Austria, España, a partir de la Ley de 8 de febrero de 1861 y a través de ella Cuba, Puerto Rico y gran parte de países latinoamericanos.

El Registro Inmobiliario -o la operación de "registro"- hace constar el estado jurídico de los bienes inmuebles, o sea el que corresponde a los derechos existentes sobre los mismos, con todos sus elementos, extensión y condiciones. Entonces, "la propiedad se inscribe en el Registro no ya meramente para posibilitar los gravámenes, sino para caracterizarse como tal propiedad; la transmisión de la propiedad y la constitución de derechos reales requiere la inscripción; además de la inscripción se exige el acuerdo sobre la transferencia misma; el contenido del Registro se reputa exacto en favor de los adquirentes a título oneroso y de buena fe". (Enneccerus-Kipp-Wolff.- "Tratado de Derecho Civil". Trad. española. Tomo III, 1; páginas 136 y s.).

Pues bien, la Ley de 1836, que inaugura en Venezuela las Oficinas de Registro, prosigue la tradición española contenida en la Real Pragmática de 31 de enero de 1768, a pesar de que España misma había de abandonarla, 25 años más tarde, para adoptar el excelente modelo prusiano, porque "los derechos inmobiliarios inscritos no alcanzaban la debida protección, ni existía tampoco el necesario paralelismo entre la realidad jurídica y el Registro mismo". Por el contrario, el nuevo Registro, "fundado en los principios de publicidad y legalidad, ha de superar la inicial y pasiva fase de protección para otorgar a los titulares aquellas ventajas de derecho material y procesal que, lógicamente, cabe esperar de una situación legitimada y protegida por la fe del Registro. Ello contribuirá a definir y aclarar de modo diáfano la realidad jurídica de muchas fincas y derechos reales; concediendo a los titulares, ágiles y eficaces medios para la defensa de sus derechos". (Preámbulo de la Ley Hipotecaria Española de 1861).

Tres son los graves defectos de orientación sufridos en la referida Ley inicial del Registro de 1836, a saber:

**Primero.**- Convertir la "toma de razón", incluso cuando se trata de actos referidos a la propiedad inmobiliaria, en simples "protocolizaciones", con lo cual se unifican -o mejor confunden- las funciones notariales y las funciones registrales (artículos 10 y 12).

**Segundo.-** La única técnica utilizada de “protocolización”, obliga a introducir en un mismo Registro -y frecuentemente en un mismo Protocolo- derechos reales inmobiliarios y derechos crediticios, poniéndolos en un plano de igualdad jurídica.

**Tercero.-** En el Registro se hace constar todo cuanto se reputa archivable, sin atender ni a la naturaleza de los derechos ni a los distintos efectos asignados a su inscripción o anotación.

Este sistema -derivado de un modelo tan caduco- hubo de caracterizarse inmediatamente por su extraordinaria inestabilidad. En efecto, en el transcurso de 122 años se han sucedido hasta quince textos legales diferentes, alcanzando así cada uno apenas una vigencia de ocho años, evidencia de su manifiesta inoperancia.

Los ajustes, retoques y remiendos han tenido que ser continuos, a veces introduciendo mejoras positivas, como el Cuaderno de Presentaciones (Decreto 20 de febrero de 1863, art. 32), otras, aumentando o disminuyendo el número de Protocolos, que de 18 (Decreto citado, art. 34) se redujeron a dos (Ley de 19 de mayo de 1882, art 18) y llevados finalmente a cuatro (Ley de 30 de mayo de 1887, art. 61), sin excluir regulaciones pueriles, como la de “escribirlo todo con pluma de ganso” (Decreto de 20 de octubre de 1867, art. 41 y Ley de 13 de julio de 1876, art. 27).

Cuanto atañe al estado civil queda segregado a partir de la Ley de 13 de junio de 1876, aun cuando persiste la protocolización de “capitulaciones de matrimonio, constitución de dote, separaciones de bienes entre cónyuges, limitaciones a la administración del marido, autorizaciones a la esposa, voluntarias y judiciales, sentencias de nulidad de matrimonios, divorcio, adopción o legitimación de hijo, o reconocimiento de hijo “ilegítimo”, asimismo “las emancipaciones, fianzas de los tutores o curadores, inventarios, autorizaciones y todo lo demás relativo a menores, entredichos o inhabilitados...” (Art. 16 3º y 5º). Como si el Legislador no se resignara a Prescindir de un Registro caótico, manteniendo su inadecuado abigarramiento, en detrimento de la especialidad que exige el régimen registral inmobiliario.

Ello demuestra que las reformas apenas afectaron jamás sino a los detalles, con lo cual el sistema inmobiliario conserva la misma estructura, haciendo perdurables los errores iniciales. Por un verdadero proceso de sedimentación el núcleo ancestral y las sucesivas adherencias han

culminado en la vigente Ley de Registro Público de 31 de julio de 1940. Resulta, pues, inútil apostillar ésta con otro comentario. Pero, en cambio, no pueden omitirse las impecables deducciones extraídas por la jurisprudencia de la Corte Federal, las cuales unen a la respetabilidad de su origen el más autorizado de los juicios críticos.

El régimen inmobiliario vigente deja de cubrir el mínimo necesario de seguridad jurídica, según resulta de las siguientes afirmaciones:

**1º) No garantiza la medida, los linderos ni siquiera la identidad de la finca.-** En efecto: “No existe prohibición legal, precisa, de registrar un documento en que no consten los linderos del inmueble”. (M. C. 1927, pág. 48). “Los Registradores deben protocolizar los documentos de venta de inmuebles que se les presenten, aún cuando en los mencionados documentos se les dé a los inmuebles una extensión o cabida mayor de la que en realidad tienen”. (M. C. 1928, pág. 82). “No es necesario consignar en las escrituras de venta de inmuebles o derechos en porciones comuneras, la expresión de la medida”. (M. C. 1913, pág. 110).

**2º) No se garantiza la naturaleza jurídica de los actos registrados.-** En efecto: “El ordinal 2º del artículo 2 de la Ley de Registro no contempla el caso de omisión o inexactitud de algunas de las indicaciones que exige la Ley para la determinación precisa del objeto del contrato”. (M. C. 1931, pág. 108).

**3º) No garantiza la legalidad de los actos registrados.-** En efecto: “Como quiera que la falta de autorización judicial para que como padre verifique operaciones en nombre de sus menores hijos no se encuentra entre las prohibiciones que la Ley señala a los Registradores, éstos deben protocolizar los documentos que se presenten, aun sin la referida autorización”. (M. C. 1943, pág. 79).

**4º) No garantiza la exactitud del título ni por tanto mantiene el tracto sucesivo.-** En efecto: “Para llenar los fines del artículo 26 de la Ley de Registro, bastará expresar la causa en virtud de la cual se hubo la propiedad de los inmuebles que se enajenan”. (M. C. 1912, pág. 69; M. C. 1917, pág. 52, y M. C. 1920, pág. 102). “Los Registradores deben protocolizar aquellos documentos en que la expresión legal **título inmediato de adquisición** no debe ser tomada en el concepto de documento o escritura material, sino en el de causa originaria de él, como en el caso de la sucesión ab-intestato u otro medio en el que no ha podido intervenir el título inmediato que la Ley de Registro requiere”. (M. C.

1928, pág. 77): “En un documento de venta, la expresión de que la cosa vendida fue adquirida por herencia paterna, llena el requisito del artículo 64 de la Ley de Registro, aunque el otorgante vendedor aluda también a una partición amigable hecha con sus coherederos”. (M. C. 1933, pág. 48). “Puede registrarse un documento en el cual los vendedores citan como título inmediato de adquisición el de ser herederos de los anteriores propietarios, sus padres, siendo títulos mediatos muchas pequeñas adquisiciones efectuadas por estos últimos”. (M. C. 1944, pág. 78). “Los Registradores, por razones de equidad, pueden protocolizar los documentos otorgados auténticamente, en los cuales no se exprese el origen de la propiedad, cuando estos documentos hayan sido otorgados bajo el imperio de una Ley que no imponía tal requisito”. (M. C. 1927, pág. 84).

5º) **No garantiza el derecho de propiedad del transmitente-** En efecto: “No es óbice para la protocolización de un documento de dación en pago de un inmueble, la circunstancia de que quien da en pago confiese ante el Registrador que ese inmueble es el mismo que ha vendido anteriormente a otra persona, pero en cuyo traspaso expresó linderos y situación distintos a los que se consignan en el instrumento que contiene la dación en pago”, (M. C. 1943, pág. 89).

He aquí algunas de las consecuencias desprendidas de ese anticuado dispositivo registral -conocido con el nombre de “sistema de transcripción”- que los diferentes países trataron afanosamente de superar, como sucedió en Francia con la Ley de 24 de julio de 1924 y el Decreto-Ley de 30 de octubre de 1955, mientras los más conspicuos tratadistas propugnaban la adopción del régimen registral vigente en Alsacia y Lorena (Ley 1º de julio 1924) de extracción alemana y tan parecido al que rige actualmente en España. (Ver: Planiol “Tratado práctico de Derecho Civil francés”. Trad. española. -La Habana, III, pág. 549. Jiménez Arnau. “La reforma del sistema inmobiliario francés” en “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”. 1941, pág. 321).

El criterio aducido por Roca Sastre resulta certero: “Los efectos de la transcripción -asegura- son insuficientes para producir plena seguridad en la contratación inmobiliaria. Son efectos puramente negativos que mejor se observan contemplándolos desde el punto de los efectos que produce la falta de transcripción. Positivamente sólo pueden expresarse

como un requisito de oponibilidad contra aquéllos a quienes perjudique el acto registrable.

No hay presunción de exactitud en provecho de terceros adquirentes, sino solamente la facultad de éstos de rechazar el acto registrable. El Registro no responde a nadie de que lo que él expresa sea verdad, pues en rigor no dice nada más de que un acto ha sido transcrito mediante el depósito de su copia -o la inserción de los libros- en la Oficina correspondiente. Y como no haya hoja registral propiamente dicha, de aquí que sea inútil buscar el juego de los principios de legitimación de fe pública y de tracto sucesivo. Multitud de acciones de nulidad y de resolución constituyen una perenne amenaza para los adquirentes, sin que el Registro pueda servirles de apoyo alguno "Pero no paran aquí las deficiencias, que agravan la situación jurídica de los bienes inscritos. No hay calificación registral; el Registrador actúa automáticamente y por tanto no puede negar la transcripción del acto registrable, excepto cuando obstan burdos defectos formales. El sistema de índice es insuficiente, dando lugar a búsquedas complicadas. Para averiguar el estado jurídico correspondiente a una finca precisa indicar los nombres de todos los propietarios actuales y pretéritos de la misma, siendo suficiente la menor equivocación en algún nombre o apellido para que todo sea una confusión. (Derecho Hipotecario, Tomo I, pág. 119).

Si a tantas limitaciones se añade la forma en que los Registros son llevados, a base de la transcripción íntegra de los títulos y el inorgánico folio personal, faltando toda calificación previa que garantice su contenido, llegamos a la conclusión de que todo coopera a que la publicidad se haga difícil e incompleta". (Cossio. "Lecciones de Derecho Hipotecario". Ed. Bosch, Barcelona, 1945, pág. 16).

## II

Mas, tales soluciones corresponden a una etapa evolutiva ya depasada, encontrándose en flagrante desacuerdo con los progresos jurídicos alcanzados en la actualidad por Venezuela. De aquí la urgencia de promover la adecuada armonía; ello, porque la supervivencia de especies legislativas caducas, a veces impide o mixtifica el desarrollo de las nuevas y otras, simplemente, se hacen incompatibles. Es lo que ha sucedido con

la Ley de Registro Público. Esta, en efecto, cristalizando la modalidad tradicional, se limita a regular una función protocolizadora que, en rigor, constituye un auténtico negocio jurídico notarial, convirtiendo entonces el Registro en una institución híbrida.

No obstante los Códigos modernos resultan a este respecto bien concluyentes. Por ejemplo, el Código Civil italiano supone la separación neta entre el acto notarial antecedente y el acto registral subsiguiente. El acto notarial -que puede atribuirse a cualquier funcionario- produce “el documento redactado, con las debidas formalidades, por un notario y otro funcionario público autorizado a tener atribuida fe en el lugar donde el acto es formado” (Art. 2.699). Al acto así “formado” se le asignan unos efectos (Art. 2.700), distintos a aquéllos que se le añaden mediante el acto registral (Art. 2.644).

El Código Civil Venezolano, siguiendo el modelo italiano, define en términos análogos el instrumento público (Arts. 1.357 y 1.360). Asimismo la registración o “formalidades de Registro” implica un acto de distinta naturaleza (Art. 1.924), empero el empeño de mantener el viejo régimen, subsistente en la Ley de Registro Público, erigido en patrón inmutable, obliga a deformar el citado artículo 1.357 atribuyendo, en primer término, la función notarial al Registrador, con lo que se consuma la confusión de dos actos jurídicos heterogéneos.

Semejante incongruencia resulta tanto más grave cuando se rehabilita o se crea, la institución del notariado con el Decreto de 31 de diciembre de 1952 y el Reglamento de 2 de octubre de 1956. Desde este momento se hace apremiante discriminar, de una vez para siempre y con todas sus consecuencias, los dos actos típicos: el otorgamiento del instrumento propiamente dicho y su registración.

El “negocio jurídico notarial”, que definen, de consuno, la doctrina y el Derecho normativo, “**es un acto causal u obligacional** por el que se configura el título”. Su técnica es la protocolización. Diferentemente, el registro o registración, “es un acto declarativo en virtud del cual se confiere al título ya configurado -o “formado”- otros efectos de los cuales antes carecía”. Su técnica es la inscripción. Por lo demás, los artículos 1.357, 1.359 y 1.360 del Código Civil describen en realidad el “negocio jurídico notarial” cuando expresan que la legalización del otorgamiento corresponde “al funcionario o empleado público que tenga fe pública”. En

cambio, los artículos 1.879, 1.913 a 1.926 y 1.927 consideran como acto independiente el registro o registración del título preexistente.

Cierto, que cualquier funcionario público puede ser investido de fe pública para que autorice el “negocio jurídico notarial”, excepto precisamente el Registrador; porque, aun suponiendo -forzando la ficción- que actuara en dos momentos distintos, con diferentes técnicas, el ejercicio acumulado de ambas funciones se hace incompatible, siempre que se trate de otorgamientos inscribibles, puesto que compete al mismo calificar y establecer la debida concordancia registral del título que ha de inscribir, lo cual no sería nunca aconsejable.

Todo ello demuestra que el régimen registral ha de hacerse coherente con el espíritu progresista del conjunto legislativo de Venezuela, siendo éste el objetivo dominante en la sustitución -en vez de reforma- de la vigente Ley de Registro Público. Ante todo se pretende crear un verdadero Registro Inmobiliario; es decir, una institución “que tiene por objeto registrar los actos, títulos e instrumentos relativos a la constitución, transmisión, modificación y extinción del dominio y demás derechos reales impuestos sobre los inmuebles”, tal como lo conciben los artículos 1.914 a 1.916, 1.920 y 1.921 del Código Civil. Exigencia dimanante, por otra parte, de la calidad misma de los derechos reales que requieren, no sólo la publicidad sino también una forma constitutiva o declarativa.

Aun cuando el Derecho moderno sea eminentemente consensualista no excluye en ciertos casos y para producir determinados efectos, formas o formalidades externas preestablecidas. “Lo cual se hace evidente -asegura Cossío- en el campo de los derechos reales. La propiedad, por ejemplo, no se transmite por el mero consentimiento, es además necesario el cumplimiento de ciertas formalidades a él añadidas, aun tan simples como la tradición, o entrega real o fingida de la cosa, para que tal efecto se produzca y ello no sólo en relación a terceros sino incluso entre las mismas partes; la función de la tradición, como formalidad en este caso, es ante todo constitutiva de efecto, y sólo secundariamente dirigida a causar la publicidad del mismo”. (Obra citada, pág. 7).

El registro -o registración- comporta una virtud constitutiva de la forma, lo cual se advierte, de una manera concluyente, en el artículo 1.879 del Código Civil: “La hipoteca no tiene efecto si no se ha registrado con arreglo a lo dispuesto en el Título XXII de este Libro...”.

### III

El texto de este anteproyecto de Ley se ha ordenado, con la máxima sobriedad, incluyendo, tan sólo, las materias reservadas a un precepto de rango leal y defiriendo las demás al Reglamento expresamente previsto.

La estructura adoptada resulta de la rigurosa aplicación de un método distributivo que confiere al articulado un enlace sistemático en el que se destacan, las normas orgánicas, las normas de Derecho material y las normas de Derecho formal, según se expresa seguidamente.

#### A.- Grupo de normas orgánicas

Constituyen el Título I (“Organización del Registro Inmobiliario”), desenvolviéndose en tres capítulos cuanto se refiere a las demarcaciones, personal, con sus obligaciones y responsabilidades, dirección e inspección (Arts. 1 a 25).

Por su importancia es conveniente advertir el propósito de “organizar el Cuerpo de Registradores, con personal de carrera, provisto del título de abogado y al cual se otorguen las garantías de inamovilidad, ascenso y jubilación” (Art. 5, párrafo 2°).

A la severidad adoptada para exigir el riguroso cumplimiento de los deberes propios del cargo (Arts. 6, 16, 19 y 21), es justo que corresponda un conjunto de ventajas capaces de hacerlo apetecible a los juristas más distinguidos. Las delicadas funciones de los Registradores, lo mismo que el alcance de su responsabilidad, impone hacer de ellos unos profesionales dotados, para su estímulo, de un aventajado Estatuto Jurídico. Ha de tenerse en cuenta que queda confiado a la pericia, escrupulosidad y honradez de los Registradores, nada menos que el régimen de la propiedad inmobiliaria, en mayor medida aún a la que corresponde a los Jueces, pues sus errores y negligencias pueden resultar irreparables. El prestigio de que les rodee, comenzando con el severo sistema selectivo, habrá de contribuir a conferirles el rango social que merecen. De otra parte, constituiría sin duda, una buena política incrementar progresivamente el espíritu corporativo con lo cual el Estado se asegura la colaboración, cada vez más



eficiente, de Cuerpos que tengan en el concepto público, la mayor autoridad.

## **B.- Grupo de normas de derecho material**

Integran el Título II (“Del Registro de derechos reales sobre inmuebles”), comprendiendo cuatro capítulos (artículos 26 a 63).

La doctrina considera como ejes del sistema registral unos verdaderos axiomas jurídicos conocidos con el nombre de principio de autenticidad, principio de legitimación y principio de fe pública registral, todos ellos pertenecientes al Derecho material. He aquí cómo quedan acogidos en el texto de este Proyecto.

### *a) Principio de autenticidad*

La exigencia jurídica de que figuren en el Registro únicamente los datos consignados en instrumentos públicos o auténticos, se encuentra elevada a la categoría de principio, que indistintamente se denomina de “autenticidad o de autoridad”, y el cual informa el artículo 30 del Proyecto.

En efecto, los tratadistas consideran que la inscripción supone el solemne reconocimiento de la íntegra validez jurídica de aquello que es inscrito, criterio tradicionalmente adoptado por los legisladores al proclamar que “no debe recibir el sello de un archivo público más que lo que no deje lugar a dudas de su legitimidad” (Exposición de Motivos de la Ley española de 1861).

Todo rigor será escaso para asegurarse de la “legitimidad” del título que haya de inscribirse y ello da lugar a una verdadera función calificadora por parte del Registrador, pues éste ha de cerciorarse de su eficacia jurídica.

Los documentos privados pueden, de una manera excepcional, servir para limitadas operaciones registrales, por ejemplo, en algunas anotaciones preventivas y cancelaciones; por lo que se impone mantener en el texto del artículo el segundo inciso tal como aparece.

De todos modos, fuera de casos singulares, la exclusión de los documentos privados continúa siendo una regla general en la mayoría de los sistemas registrales (Muñoz Morales. “Lecciones de Derecho Hipotecario”, tomo I, pág. 90).

### *b) Principio de legitimación*

Los artículos 58 a 60 recogen el “principio de legitimación”, que junto con el “de fe pública registral”, más adelante relacionado, concurren a constituir el superior “principio de presunción de exactitud del Registro”.

En virtud del “principio de legitimación” se confiere al titular del derecho inscrito una situación privilegiada, pues establece a su favor una presunción frente a todos los que, a su vez, pretendan tener un derecho sobre el inmueble, presunción que incluso se convierte en “juris et de jure” cuando el titular es un tercero registral, o hipotecario.

Al margen del orden meramente abstracto que es el Registro se desenvuelve otra realidad jurídica extrarregistral. Por ello el problema que se plantea es el de encontrar la necesaria concordancia, aún no lograda, ni en el sistema francés ni en el alemán.

El Registro de transcripción -franco-italiano- comprueba o publica los derechos inmobiliarios o actos jurídicos relativos a los mismos, los cuales, a pesar de su registro, continúan con el mismo valor o eficacia que les correspondería sin la inscripción. En este sistema el Registro queda reducido a un órgano de valor puramente informativo, a modo de fichero de derechos o actos inscribibles hasta el punto de resultar casi inútil.

Contrariamente, el sistema alemán, vigente ya antes de regir el Código Civil -en Hamburgo, Lubeck. Mecklenburg y Sajonia-, mantiene la virtualidad del Registro en contra de la realidad jurídica, constituyendo sus asientos, por sí mismos, la única fundamentación jurídica de los derechos inmobiliarios inscritos, siguiendo el llamado “principio de la fuerza probante o eficacia jurídica formal”. La inscripción provoca por su sola sustancialidad, la constitución o extinción de los derechos. Entonces el Registro, como una especie de mundo formal, adquiere autonomía, desconectado de las reacciones materiales que le sirven de soporte, de modo que lo que dicen sus asientos, se considera como el único dato; se basta a sí mismo, pues prescinde de todo elemento extrarregistral

(Enneccerus, Kipp y Wolff. III-I, pag. 136; Nussbaum, págs. 25 a 41; Gerónimo González. "Principios", pág. 107).

El sistema español -seguido en Cuba, Puerto Rico y otros países- se coloca en una posición equidistante, no pretendiendo que prevalezca la apariencia registral, ni viceversa. Solamente de un modo provisorio o de momento hace prevalecer el contenido del Registro, de modo que cuando se demuestre que es inexacto se impone la verdad jurídica que como toda verdad ha de ser una: "La inscripción -según afirma Gerónimo González-, sin tener la fuerza de la cosa juzgada, produce, mientras no se anule, sus peculiares efectos. Para impugnar el derecho base de la inscripción debe atacarse el mismo asiento y asegurar de este modo el paralelismo entre el Registro y la realidad jurídica".

Es así que en el artículo 59 de este contraproyecto "se presume" que el derecho inscrito "existe y pertenece al titular registral", en ello de acuerdo con lo establecido en los artículos 937 del Código Civil alemán y 937 del Código Civil suizo. Pero semejante presunción de exactitud constituye una presunción "iuris tantum", o sea, que "mantiene como verdadera la titularidad inscrita, mientras, una vez puesta en tela de juicio, no se demuestre que no concuerda con la realidad jurídica". De aquí que el principio de legitimación, por la propia esencia de las presunciones **iuris tantum**, tenga en el fondo un simple juego procesal o de desplazamiento de prueba; pero con todo tiene un valor material, pues mientras la apariencia del derecho subsista, se reputa que responde a la realidad". (Roca Sastre. obra citada, Tomo I, pág. 222).

La exposición de Motivos de la Ley española de Reforma Hipotecaria, promulgada en 1944, expresa igual doctrina, que se acoge en este proyecto: "El Registro se presumirá exacto e integro mientras judicialmente no se declare lo contrario. Igualmente se presume que el derecho inscrito existe y corresponde al titular. De este modo, la presunción **iuris tantum** de exactitud registral, que sólo limitada y taxativamente se reconocía en la legislación anterior, alcanza a todos los supuestos hipotecarios. El titular, según el Registro, gozará asimismo de una justa y adecuada protección al exonerarle de la carga de prueba".

Las presunciones establecidas tienen como cometido "legitimar", para el tráfico jurídico, al titular registral en el sentido -como dice Roca Sastre- de "tener que ser tratado como propietario titular registral que ser considerado como poseedor del dominio o del referido derecho real".

Tal es el alcance que ha de darse a lo dispuesto en el referido artículo 59 cuando preceptúa que, “de igual manera se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles y derechos reales de naturaleza inmobiliaria tiene la posesión de los mismos”. La interpretación de Roca Sastre es incontrovertible: “La presunción de que el titular registral tiene, a todos los efectos legales, la posesión inherente al dominio o derecho real inscrito a su nombre, le hace un **propietario-poseedor**, o sea, un titular del dominio o derecho real completo en el sentido de hallarse en **pleno ejercicio**, si bien esto tan solo a los fines legitimadores, es decir, al objeto de que el titular según el Registro sea **tratado como poseedor real**, en una palabra, como **propietario-poseedor**. Mas ello únicamente en tanto no se demuestre que el Registro es inexacto respecto a la existencia y a la titularidad o pertenencia del dominio o derecho real inscrito, de cuya posesión se trata”. (I. pág. 261).

Por último el artículo 60 contiene la consecuencia inversa: “La cancelación de un asiento en el Registro presupone la extinción del derecho al cual aquél se refiere”.

Nótese, sin embargo, que aquí se sustituye el verbo “presumir” por “presuponer”. Con lo cual “literalmente interpretado este precepto quiere decir que para llegar a la cancelación del derecho, es presupuesto, precedente o requisito previo y necesario la extinción del mismo”. (Sanz Fernández, pág. 339).

Por lo demás, el artículo 62 del Proyecto afirma, para desvanecer cualquier duda, que “la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes”.

### *c) Principio de fe pública registral*

Se contiene en los artículos 61 a 63 del Proyecto. En efecto, el sistema propuesto es el mismo que adopta la legislación alemana, suiza y española, seguida por la mayoría de países.

Ahora se trata, sobre todo, de fijar la situación del tercero, que, como se verá luego, es un tercero especificado en virtud de las peculiaridades que en él concurren y al que por este motivo se designa con el nombre de “tercero registral” o de “tercero hipotecario”.

El artículo 892 del Código Civil alemán establece que, “el contenido del Registro se reputa exacto en provecho de quien adquiera por acto jurídico un derecho real inmobiliario, salvo que figure registrada una acción real de contradicción o que la inexactitud registral sea conocida por el adquirente”. Aún más terminante, el artículo 973 del Código Civil suizo dispone que, “Quien adquiera la propiedad u otro derecho real, fundándose de buena fe en una inscripción del Registro es **mantenido** en su adquisición”. De igual manera en España “el contenido del Registro se considera siempre exacto en beneficio del tercero que adquiera en las circunstancias determinadas por la Ley, el cual, en consecuencia, **puede estar completamente seguro** de su adquisición en los términos que el Registro expresa” (Roca Sastre, I, pág. 348).

La reforma de la Ley Hipotecaria española de 1944 plantea con toda claridad el problema en su exposición de motivos, de esta manera: “Objeto de particular estudio ha sido el principio de fe pública registral, elemento básico de todos los sistemas hipotecarios. La presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar, por sí sola, el tráfico inmobiliario si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles. Después de ponderar los inconvenientes que, en orden a la aplicación del predicho principio rigen en la legislación comparada, se ha considerado pertinente mantener el criterio tradicional español. La inscripción solamente protege con carácter **juris et de jure** a los que contratan a título oneroso, mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe. Los adquirentes, en virtud de la Ley, por una declaración jurídica o por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de lo que sus propios títulos exigiere. Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro, a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente. La ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra, en los casos en que no concuerda con la verdad, sólo puede ser mantenida, hasta donde lo exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario”.

En beneficio de este tercero especial -por la especialidad de la relación jurídica- el contenido del Registro se presume verdadero con presunción “**juris et de jure**” o se **finje**, por el mecanismo de la ficción, irrefutablemente exacto, con lo cual se proporciona base firme a las transacciones inmobiliarias.

Roca Sastre lo expresa así impecablemente: “El principio de la **fides pública** registral es a modo de ficción, de veracidad de que la Ley inviste a los asientos practicados que constatan la existencia, rango, extensión y titularidad de los derechos reales registrados, ficción únicamente mantenida en cuanto se trate de proteger a dicho tercer adquirente que lo sea en virtud de acto jurídico”.

Este principio de fe pública tiene una doble función, a saber:

1º. El contenido registral se presume **exacto**, de modo que el tercero que adquiere un derecho confiado en lo que el Registro expresa, deviene propietario o titular de tal derecho y con la extensión y contenido con que aparece el mismo registrado, aunque el transferente o titular inscrito no sea propietario o titular del derecho de que se trata, o que éste sea en realidad de extensión o contenido distinto. A tal criterio responde el artículo 34 de la Ley Española que se ha adoptado en la redacción del Art. 62 de este Proyecto. Es una presunción **positiva** de veracidad.

2º. El contenido registral se presume **íntegro**, de manera que el tercero pueda rechazar cuantos derechos, títulos, acciones o hechos no estén inscritos o reflejados en el Registro, los cuales deben considerarse inexistentes en cuanto puedan perjudicar o afectar al tercer adquirente que contrata fiado en los libros hipotecarios, aunque aquéllos existan en la realidad jurídica, pues ante él, el Registro ha de reputarse completo, o sea, que agota la realidad jurídica. Es una presunción **negativa** de veracidad. (Ver Roca Sastre, T, I, pág. 349).

Ambos preceptos responden a la misma idea de que lo **no inscrito no perjudica a tercero**, es decir, que lo que no expresa o revela el Registro, de una manera explícita, no puede afectar al tercer adquirente protegido. Pero, mientras el artículo 62 de este anteproyecto se dirige primordialmente a impedir que el tercero pierda su adquisición, el Art. 61 trata de evitar que el tercero la vea aminorada por la concurrencia de cargas, gravámenes u otras limitaciones.

Se hace imprescindible ahora abordar -siquiera sea sumariamente- el dificultoso concepto de “tercero registral” o “tercero hipotecario” que es una especie del tercero civil.

A tal respecto la Exposición de Motivos de la reforma de la Ley Hipotecaria española promulgada en 1944, afirma muy sensatamente que, “ni la noción de tercero es privativa de las leyes inmobiliarias ni puede

desconocerse que todos los regímenes hipotecarios de tipo intermedio se han visto precisados a regular esta figura jurídica, precisamente al fijar el ámbito del principio de publicidad. Se trata de una realidad impuesta por la naturaleza de las cosas, que el legislador no puede preterir. Las dudas que, motivadas en gran parte por una exagerada exégesis con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual de **tercero**, han sido allanadas. A los afectos de la **fides pública** no sé entenderá por tercero el **poenitus extraneus**, sino únicamente el tercer adquirente; es decir, el causahabiente de un titular registral, por vía onerosa. Podría, es verdad, haberse sustituido la palabra **tercero** por la de **adquirente** pero se ha estimado mejor mantener un término habitual en el lenguaje legislativo”.

Roca Sastre con su característica claridad dice que “el tercero hipotecario -o registral- es el **destinatario** de la protección acordada por el principio de la fe pública, es el que puede invocar en su favor tal protección”. (T. I., pág. 403).

El tercero contractual es aquí tercer adquirente. La Ley de Registro no altera en lo más mínimo el concepto de tercero, pues éste es unívoco, sin perjuicio de que pueda aplicarse a diferentes situaciones jurídicas. El Derecho inmobiliario se limita a regular la posición jurídica del mismo desde el punto de vista registral, pero siempre a base de reputar tercero, al que no ha sido parte, o que es extraño al negocio jurídico especialmente contemplado.

Le Polley define, en efecto, como tercero, en sentido genérico, o sea, siempre aplicable, “a aquél respecto del cual no se puede oponer un acto jurídico al que es extraño, como no se hayan cumplido ciertas formalidades”. Si se transporta esta idea al terreno del Derecho inmobiliario -añade Roca Sastre- y se sustituyen aquellos requisitos de forma pública, fecha cierta, etc., por el de **inscripción**, resultará que a los efectos del registro los actos, negocios jurídicos o títulos no inscritos, no podrán afectar a tercero, o sea, que ante éste es inexistente todo cuanto no conste en los asientos. Y así ampliando la idea a todo título, acción, circunstancia o elemento, podrá decirse, bajo una concepción técnica registral, que frente al tercero sólo existe, en pro o en contra, lo que figura en el Registro. Es decir, que sólo debe atenderse el contenido del mismo, reputado, frente a él, como única verdad existente.

Por tanto el adquirente de derechos reales ha de atenderse esta situación inscrita que es la que determina su calidad de tercero.

La definición de tercero registral -o hipotecario- queda incluida en el artículo 62 de este Proyecto, mas para hacerla inequívoca y literal se ha creído conveniente añadir el artículo 63, en el que se define de una manera explícita.

### **C.- Grupo de normas de derecho formal**

Figuran incorporadas al Título III (“De las actuaciones del Registro en materia inmobiliaria”), que consta de tres capítulos (Arts. 64 a 111).

Las distintas operaciones, o “modo de llevar los Registros”, se acomodan a la observancia de los principios de “rogación o de instancia” (Art. 67), “de legalidad” (Arts. 71 a 75), “de tracto sucesivo” (Art. 99) y “de especialidad” (Arts. 92 a 95).

#### *a) Principio de rogación o de instancia*

Será preciso una manifestación de la voluntad, más o menos formal, por parte de los interesados, para que se proceda a practicar las operaciones procedentes en los libros registrales” (Cossio. Obra citada, pág. 45). Semejante exigencia obedece al llamado “principio de rogación o de instancia”, en virtud del cual el Registrador solamente puede actuar a petición de parte o por mandato de la autoridad judicial o administrativa.

La rogación o instancia, en efecto, impide, ante todo, el registro de aquéllo que sea contrario al interés de los otorgantes, excluyendo la oficiosidad o la malicia de quien es ajeno al acto inscribible. De otra parte confiere derechos en el procedimiento registral, como deducir peticiones y hasta entablar recursos. Porque el procedimiento lo inicia la presentación de documentos, acabándose con la inscripción o bien con la suspensión o denegación de ésta.

Sin embargo, “una vez acreditada la calidad del interesado, el simple hecho de presentar un título, manifiesta, a modo de **facta concludentia**, la exteriorización de la voluntad, pues se trata de una **declaración recepticia**” (Roca Sastre, T. I, pág. 708), sin que sea necesario formalizarla por escrito ni siquiera verbalmente. De aquí la amplitud del ordinal 4º, sin omitir los casos excepcionales en que haya de intervenir la autoridad, recogidos en el ordinal 5º y en el último párrafo del propio artículo.



***b) Principio de legalidad***

Iniciado el procedimiento registral, con la presentación del título al Registro, ha de culminar en la inscripción pura y simple del mismo, si nada obstara jurídicamente a ella, o bien en una suspensión o denegación, según los casos.

Como es obvio, el Registrador no puede limitarse a transcribir los títulos de una manera incondicionada pues ha de asegurarse, y aún asegurar con una declaración válida para todos, que el título es jurídicamente correcto.

Ya se dijo que la inscripción en el Registro se encuentra dotada de legitimidad y fe pública registral, de donde resulta inexcusable, antes de practicarla, examinar y decidir sobre la legalidad del título mismo.

A ello corresponde la inevitable función del Registrador, consecuencia inmediata del llamado "principio de legalidad".

La calificación consiste en "el examen, censura y comprobación que, en la legalidad de los títulos presentados, verifica el Registrador antes de proceder a la registración de los mismos, denegándola o suspendiéndola cuando no están arreglados a derecho" (Aguirre. "Derecho Hipotecario". La Habana, 1942).

La función calificadora tiene la naturaleza de un acto de jurisdicción voluntaria; mas, ejercida por un órgano administrativo "ad hoc" como lo es el Registrador (ver Roca Sastre, T. II, págs. 9 y 11), aun cuando, por esta misma razón, desprovisto de la fuerza de la cosa juzgada: "No declara un derecho dudoso o controvertible -advierde Gerónimo González- sino simplemente proclama, una vez examinados los documentos, que ha nacido un derecho real o situación jurídica inmobiliaria, autenticando esta afirmación en los libros registrales. La función calificadora es esencialmente autenticadora. Por esto sus efectos son poco intensos, pues cabe abrir juicio contradictorio sobre el mismo objeto".

De aquí que el artículo 98 de este Proyecto la limita "a los efectos de extender, suspender o negar la inscripción y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales ni prejuzgará el resultado del mismo" y así, "cuando la ejecutoria que recayera resultara contraria a la calificación el Registrador practicará el asiento solicitado".

¿Qué califica concretamente el Registrador, según el texto propuesto en este Proyecto?

a) Su propia competencia; b) La legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de todas clases, en cuya virtud se solicite la inscripción; c) La capacidad de los otorgantes; d) La validez de las obligaciones constituidas en los títulos públicos; e) La identidad personal y real del titular que dispone.

Roca Sastre estudia minuciosamente la extensión y límites de la función calificadora así como los elementos de la calificación. Véanse, en resumen sus implicaciones.

### *I.- Amplitud y límites de la función calificadora*

A.- Legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción.

Se califica en sus tres extremos, a saber: competencia, requisitos de formalización y autenticidad de la copia o traslado.

Son defectos referentes a las formalidades extrínsecas:

- a) El uso de papel timbrado que corresponda.
- b) La nota de pago de los impuestos exigibles.
- c) En los documentos notariales, la competencia de los Notarios y las formas y solemnidades de la escritura.
- d) Las modalidades de los títulos preceptuadas en los artículos 46, 47, 49, 51 y 52 de esta Ley.

B.- En los documentos judiciales, a más de la competencia, los requisitos de formalización y autenticidad de la copia certificada o testimonio. Naturalmente, queda excluido apreciar el contenido de las resoluciones, ni siquiera el orden riguroso del procedimiento. En cambio, la competencia ha de considerarse en cuanto a la jurisdicción, materia y cuantía.

C.- La capacidad de los otorgantes y sus restricciones, teniendo en cuenta las prohibiciones legales e índole de la representación.

D.- Validez de los actos dispositivos contenidos en el instrumento, examinando si son notoriamente válidos o nulos, tanto en sí mismos como en sus condiciones. Aquí cabe incluir la necesidad para los

extranjeros que adquieran inmuebles a menos de 25 kilómetros de las fronteras, costas del mar y riberas de ríos navegables de proveerse de la autorización exigida por la Ley de Expropiación.

E.- Identidad personal y real. El Registrador ha de comprobar que el titular inscrito y la persona que en el documento transfiere son un mismo sujeto.

## *II.- Elementos de calificación \**

Como instrumentos para verificar la calificación el Registrador dispone de los documentos presentados y de los asientos del Registro a ellos referibles. Al calificar se ha de atener a estos dos elementos de una manera exclusiva.

No ha de olvidarse la propia competencia del Registrador, sobre todo en razón al acto inscribible y al lugar en que haya de practicarse la inscripción. Por último, el Registrador califica bajo su estricta responsabilidad, sin que pueda liberarla de ella el haber seguido una determinada orientación y hasta un precedente.

Ahora queda pendiente otro punto también importante. ¿Qué ha de entenderse por faltas subsanables e insubsanables? “La falta subsanable se determina -dice Roca- por aquellos defectos que adolece un título, que, sin constituir meras faltas reglamentarias y siendo comprobables por el Registrador; provengan de la forma del mismo título o del acto que contiene, o las origine el Registro, siempre que sin provocar la nulidad del referido acto, ni su intrascendencia real inmobiliaria, puedan subsanarse por medio de una nueva redacción documental, reforma u otra medida o formalidad, suspendiendo tan sólo la práctica de la inscripción”.

Contrariamente, son faltas insubsanables “aquellos defectos de que adolece un título, que sin constituir meras faltas reglamentarias y siendo comprobables por el Registrador, provengan de la forma del mismo título o del acto que contiene, o las origine el Registro, siempre que provocando la nulidad del referido acto, o su intrascendencia real inmobiliaria, no puedan subsanarse de ningún modo, ni enmendarse sin un nuevo otorgamiento substancial, impidiendo en absoluto la práctica de la inscripción solicitada”. (Ver T. II, págs. 23 y s.)

Desde luego el criterio legal adoptado en este contraproyecto ofrece una excesiva vaguedad, pero resulta imposible hacerlo más concreto si no se apela a la adopción de una fórmula enumerativa que resultaría inacabable y a pesar de ello siempre deficiente. Mas el remedio se encuentra en la garantía de los recursos. En efecto, en los artículos 75 y 78 se dispone que la calificación del Registrador puede dar lugar a un recurso judicial. Entonces el recurso gubernativo no es taxativo sino, al menos hasta cierto punto, optativo. Los interesados escogen la instancia, mas en definitiva prevalece la vía judicial. Además el recurso gubernativo acaba desembocando a la Corte Federal (artículo 84).

En cuanto a la naturaleza jurídica del recurso **gubernativo registral** -así denominado por los tratadistas- se han suscitado grandes controversias. Roca lo considera una simple incidencia de la misma calificación: "Tiene el carácter propio de los actos de jurisdicción voluntaria, pero carece, en cambio, de naturaleza judicial contenciosa porque en él no hay contienda **interpartes**. Tampoco tiene el carácter de una alzada administrativa, porque ni se trata de ningún supuesto en que se niegue un derecho de índole administrativa, ni puede hablarse de apurar la vía gubernativa, ya que se puede acudir a la vía judicial sin necesidad de utilizar este recurso". (T. II, pág. 43).

De todos modos acentúa este tipo de recurso su calidad administrativa, pues se ha dado como una de las muchas medidas protectoras de la Administración a los derechos de carácter privado en virtud de actos de la jerarquía administrativa -como dice Roca-, si se origina en la infracción presunta de una Ley que organiza un servicio público y ello sitúa todos los actos en el ámbito de la jurisdicción administrativa.

La novedad sobre la cual se llama la atención es la de haberse introducido un recurso previo de reforma ante el propio Registrador de quien procede la calificación (Art. 81), trámite que puede contribuir a desvanecer equívocos mediante un mayor acopio de datos. De esta manera el recurso gubernativo propiamente dicho no se hace inevitable.

*c) Principio del tracto sucesivo, tracto continuo o de la previa inscripción*

Es el artículo 99 donde se formula tal principio. Toda transmisión de derecho supone el necesario encadenamiento de causante a sucesor, ello como consecuencia de la regla jurídica clásica, “nemo dat quod non habet”.

Ahora bien, semejante axioma de Derecho material ha de tener reflejo en el Registro mediante una declaración formal, asegurándose en los libros el ordenado encadenamiento de causante a sucesor, evitando así que pueda registrarse “per saltum”. Esto justifica el nombre de “principio de previa inscripción”, la cual exige que, “al tiempo de proceder a registrar un acto inscribible, resulte que la persona que en el mismo aparezca como parte disponente o perjudicada figure previamente inscrita”. (Roca. T. I, pág. 719).

Semejante tracto sucesivo puede operarse como consecuencia de dos mecanismos; de una manera voluntaria o libremente aceptada o de una manera forzosa o impuesta, según el titular inscrito consienta el acto inscribible -lo cual sucede en todos los negocios jurídicos--, o bien, por el contrario, que este acto sea Prescrito por la Ley o por resoluciones judiciales. Entre la enajenación libremente consentida y la enajenación impuesta en una ejecución forzosa no hay diferencia de tratamiento ante el principio de tracto sucesivo, pues éste queda cumplido con tal que en el primer caso aparezca como transferente el titular registral y que en el segundo aparezca que el procedimiento se ha seguido contra el mismo. (Roca, T. I, pág. 721).

Entonces se logra siempre que el principio de tracto sucesivo opere no sólo para que se conozca el historial jurídico de los inmuebles, sino para evitar que se transfiera o grave una finca o un derecho real por quien carezca de facultades para ello. Tal exigencia es vieja, pues se encontraba ya establecida en el artículo 20 del Proyecto de Código Civil español de 1851 y aún antes en el artículo 56 de la Ordenanza hipotecaria de Prusia de 1783. No se trata así de una novedad.

#### ***d) Principio de especialidad***

Este se asegura implantando el folio real (arts. 120 a 123).

El cambio radical en la manera de efectuarse las operaciones de registro, propugnado en este Proyecto, responde a tres razones poderosísimas. Primero, a la necesidad de distinguir y discriminar dos funciones heterogéneas; en la Ley vigente confundidas y hasta mistificadas, a saber, la **protocolización** -propia de las Notarías- y la **inscripción** que corresponde al cometido específico del Registro. En segundo lugar, resulta ello no sólo más adecuado, sino también de una mayor sencillez. Puede ya advertirse con la supresión de un exceso de libros, completamente inútil. Nada menos que catorce, amén del duplicado de los Protocolos, contra ocho, que resultan suficientes. De otra parte se comprueba que la sencillez de las operaciones contribuye, pese a las resistencias para toda novedad, a simplificar el régimen entero del Registro y disminuir su sobrecargada burocracia, que requiere calidad en vez de cantidad. Por último, se gana evidentemente en seguridad, pues el sistema se ha adoptado como una secuela o complemento del “principio de determinación” (Rogelsberger).

Este principio -que ha de constituir el fundamento de todo auténtico Registro- se manifiesta en tres aspectos, relativos a la finca inmatriculada, al derecho inscrito y al titular registral.

En cuanto a la finca dice Roca: “el principio actúa en dos sentidos: a) El sistema funciona a base de la unidad registral **finca**, a cada una de las cuales se abre en los libros el correspondiente folio u hoja registral; b) En un buen sistema de registro se especifican las **partes integrantes** de la finca inmatriculada, describiendo la misma con arreglo a sus características”.

Por lo que respecta a los derechos inscritos, el principio de especialidad atiende el valor jurídico de los mismos.

En lo relativo a los titulares registrales, el principio exige determinar el adquirente de una manera precisa.

Sobre todo resalta la necesidad de establecer la finca como unidad básica del Registro. Es indispensable que la comprobación registral se efectúe a base del historial jurídico de cada finca, unificado en la correspondiente hoja que a cada una de ellas se abre al inmatricularse o sea al irrumpir en el libro. Como observa Gerónimo González, “una de

las consecuencias lógicas del principio de especialización la constituye la cimentación del sistema sobre la inscripción de superficies deslindadas del globo terrestre, descritas con arreglo a pautas rígidas en asientos numerados correlativamente y extendidos en folios separados. La finca, entidad registral o hipotecaria, es el soporte jurídico de los derechos reales que a ella se refieren y responde a la necesidad de especializarlos o especificarlos. Una de las primordiales exigencias del Registro, derivada del principio de publicidad, es la de que cada finca o entidad hipotecaria aparezca inscrita bajo folio y número especial, con objeto de que las terceras personas a quienes la inscripción interese sepan dónde han de encontrar cuanto al inmueble haga relación y cuanto defina su situación jurídica, sin temor a las limitaciones consignadas en otros asientos independientes”.

Estas palabras del gran maestro son suficientes para justificar la adopción del sistema de folio real que resulta del articulado de este Proyecto.

#### IV

Descritos los fundamentos del régimen registral propuesto en el Anteproyecto de Ley, conviene, a guisa de complemento, señalar sus inmediatas consecuencias.

Notarios el acreditar cualquier hecho, lo mismo que la conservación de determinados archivos para expedir testimonios o certificaciones de su contenido. Entonces, siendo superfluas las Oficinas Principales de Registro, es lógico que queden extinguidas.

Mas, en contrapartida, el incremento de las funciones notariales ha de determinar un aumento del número de Notarías, sin que falte al menos una para cada Estado.

El cambio operado en el Registro previsto, de carácter exclusivamente inmobiliario, es sin duda radical, por lo que su comprensión requiere cierta flexibilidad de pensamiento.

El rigorismo técnico, que tanto contribuirá a elevar el coeficiente de seguridad jurídica de los titulares de derechos reales inscritos, multiplica las ventajas. Por ejemplo, simplifica el aparato administrativo de los Registros, con la consiguiente disminución del volumen de trabajo

rutinario, obligando a seleccionar el personal por su calidad y no por su cantidad.

Se eliminan las cuentas de estampillas; adoptando un procedimiento recaudatorio, ya acreditado por su economía, que ofrece superiores ventajas y menores riesgos. Se trata de la liquidación mediante planillas, con lo cual los ingresos se efectúan directamente en las Oficinas Recaudatorias de Fondos Nacionales, y, en defecto de ellas, en la institución análoga que determine el Reglamento.

Tanto los contribuyentes -por el impuesto que grava los actos sujetos a Registro- como el Tesoro Nacional y el servicio mismo quedan beneficiados con la racionalización de las tarifas. En efecto, se ha procedido, ante todo, a enumerar, por orden alfabético, los distintos actos imponibles, previniendo analogías arbitrarias, en garantía del obligado al pago. Las cuantías se mantienen, en líneas generales, sin aumentos, y las cuotas por actos imponibles, hasta ahora no previstos expresamente, guardan una equitativa proporcionalidad. Por lo demás, caben siempre recursos contra cualquier exacción que se estime irregular. En cuanto al Tesoro Nacional, percibirá mayores ingresos dada la más completa enunciación de los actos imponibles. En fin, todo ello ha de redundar en definitiva al mejor rendimiento del servicio mismo de los Registros, pues, reforzadas las percepciones, el exceso podrá consagrarse, sin gasto suplementario alguno, a elevar la eficiencia del personal asegurándole mayores ventajas económicas.

Se ha considerado justo y conveniente estimular la laboriosidad de los Registradores con tasas arancelarias que correspondan a las diferentes operaciones que, según los casos, hayan de practicarse. Porque el proceso registral se compone de trámites no siempre idénticos sin que, por tanto, sea posible que devenguen honorarios unitarios. La cuantía de los negocios jurídicos registrados constituye asimismo un dato ponderable conforme a los postulados de la justicia distributiva.

Los rendimientos básicos de los Registros, derivados de las tasas arancelarias, permitirá al Ejecutivo asignar prudentemente dotaciones complementarias, equilibrando, de una manera congrua, aquellos que sean menos afortunados, sin que se haga entonces necesario suprimirlos, en detrimento del interés general, ni tampoco hacerlos demasiado gravosos para el Tesoro.



El Anteproyecto de Ley propugnado responde a un criterio realista. Su redacción se atiende primordialmente a los resultados de la experiencia vernácula, cuyas particularidades han sido valoradas con el mayor cuidado. Es así que puede ofrecerse un verdadero balance de errores cometidos y de perjuicios experimentados.

Se investigaron los orígenes remotos del régimen inmobiliario vigente para establecer su inserción en el cuadro histórico-jurídico de donde procede la Pragmática española de 1768, abandonada luego por España al publicar su Ley Hipotecaria el 8 de febrero de 1861.

Es también la realidad, en otra dimensión, que se ha tenido en cuenta al comparar el perfeccionamiento legislativo propio y el de los demás países. Atendiendo a las diferentes cuestiones que suscita el planeamiento de una Ley reguladora del Registro Inmobiliario fue necesario estudiarlas a la luz de los antecedentes ofrecidos por el Derecho extranjero. Los puntos de referencia los había de dar, ineludiblemente, la contraposición de dos sistemas ya clásicos: el sistema francés (Ley 23 de marzo 1855, reformada en 24 de julio 1921, y Decreto-Ley de 1935) y su antípoda, el sistema germano-suizo (Código Civil alemán y Ordenanza inmobiliaria de 5 de agosto de 1935; Código Civil suizo y Ordenanza de Registro de 1910).

Además se ha aprovechado la lección que brinda el sistema español, universalmente elogiado, y que representa la línea equidistante entre el sistema francés y el germano-suizo. Se ha reconsiderado la Ley inicial de 1861, relacionándola con sus sucesivas reformas que han culminado en la vigente Ley de 14 de febrero de 1946 y su Reglamento de 14 de febrero de 1947. Así mismo se ha procurado enriquecer tales antecedentes con las distintas modalidades a que ha dado lugar su adaptación en Cuba y Puerto Rico.

A todo este material se han añadido interesantes datos suministrados por la doctrina moderna del Derecho inmobiliario y de la técnica registral que tiene sus exponentes en juristas tan preclaros como Martín Wolff y Arthur Nussbaum en Alemania, Eugen Hüber en Suiza y el sabio maestro español Gerónimo González, cabeza de la escuela científica donde figuran Ramón M<sup>a</sup>. Roca Sastre, Alfonso de Cossío, Campuzano, etc., sin olvidar el Profesor Emérito de la Universidad de Puerto Rico Luis Muñoz Morales. Las frecuentes citas que de todos ellos se han hecho, demuestran

hasta qué punto el pensamiento de los tratadistas ha dominado el fondo de los razonamientos.



## El arbitraje en la contratación administrativa\*

Las distintas cuestiones que derivan de un contrato, tengan o no el carácter de controversia, pueden ordinariamente decidirse con cualquier clase de arbitraje. Sin embargo, la duda se suscita cuando se trata de contratos sujetos al régimen administrativo cuya connotación marca lo especificativo, determinando con ello unas distintas posibilidades jurídicas.

El problema se ha planteado en Venezuela al requerir la Administración una respuesta concreta a los siguientes puntos:

1°. ¿Puede la Nación someter a árbitros la fijación del precio exacto de una obra contratada, así como el índice correspondiente al rendimiento de ciertos equipos mecánicos para verificar si cubren la producción prevista y llegan por tanto a ser suficientemente idóneos?

2°. Caso afirmativo ¿cabe acudir a cualquier clase de arbitraje o arbitramento?

3°. ¿Cuáles serían entonces los límites y condiciones exigidos en las leyes administrativas?

La contestación está contenida en el dictamen emitido por el Dr. Antonio Moles Caubet, Profesor de nuestra Facultad de Derecho, que seguidamente se inserta.

---

\* Publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho* N°. 20, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1960, pp. 9 a 34.

I

## VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS TIPOS DE ARBITRAJE

### A.- El arbitramento procesal

El tipo de arbitraje -denominado "arbitramento" en el Código Venezolano de Procedimiento Civil- requiere que las partes se hayan impuesto recíprocamente en un convenio expreso -compromiso- la obligación de hacer decidir por un tercero los conflictos o controversias de intereses como si fuera por su propia voluntad; si bien el cumplimiento del compromiso ha de sujetarse a un procedimiento que permite conferir a la decisión recaída -laudo- calidad procesal y, en consecuencia, fuerza ejecutiva.

El arbitramento, en tanto que proceso, se integra por distintos actos: cláusula compromisoria, compromiso, elección de árbitros, instancia arbitral, laudo, publicación de éste y ejecución.

Tal es el esquema del arbitramento procesal que el Código Venezolano, siguiendo al francés, italiano y español, escinde en dos subespecies: una, cuya modalidad consiste en que los árbitros juzgan "observando el procedimiento legal y las disposiciones del Derecho", otra en la que, los "árbitros arbitradores" proceden "con entera libertad, según les parezca más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad" (art. 510). Es decir, las mismas figuras definidas ya en el Derecho Intermedio: el arbitraje fundado en la norma jurídica, "De jure tantum" y el "arbitrium boni viri" a cargo del "amicabilis compositor" cuyo laudo prevalece "sive aequae sive iniqua sit".

En el arbitramento de Derecho rigen, tanto las formalidades básicas del proceso (arbitrio ritual) como las reglas del Derecho material, mas el arbitramento libre (irritual) se encuentra desvinculada de unas y de otras.

Establecida la diferencia funcional conviene destacar algunos de sus elementos comunes:

**a) La cláusula compromisoria**

Es una estipulación particular del contrato por la cual las partes se obligan a someter a los árbitros o a los árbitros arbitradores determinadas controversias contractuales (CVPC, arts. 502 y 503).

La cláusula compromisoria no basta, según el Código procesal venezolano, para promover el arbitramento, siendo necesario posteriormente convenir en la obligación (art. 504). De aquí que sea aconsejable redactar simultáneamente el compromiso como anexo del contrato principal concertado.

**b) El compromiso**

Constituye una convención sinalagmática en virtud de la cual las partes se obligan a aceptar la decisión que dicten los árbitros al efecto elegidos, en los puntos que se les someta; siendo requisitos esenciales: la capacidad de los contratantes, la licitud del objeto, la determinación del contenido, la designación de los árbitros y la observancia de las formas prescritas si se tratara de un arbitramento de Derecho o si alguna le fue impuesta a los árbitros arbitradores.

El compromiso es un verdadero contrato y a tenor del art. 1.159 del Código Civil tiene fuerza de ley entre las partes, pero surte asimismo efectos procesales; uno negativo, la excepción de declinatoria de jurisdicción y eventualmente la de litispendencia, y otro positivo, la sumisión de las partes al resultado del laudo con renuncia de apelación en el arbitramento libre o irritual.

La capacidad de la Nación para comprometerse no se contradice en ningún precepto legal y antes bien queda afirmada en el artículo 19 del Código Civil. Sin embargo, se hace necesario resolver, si desde el punto de vista procesal la Nación puede adoptar el procedimiento de arbitramento, sin colidir con la competencia atribuida a la Corte Federal, extremo que será estudiado más adelante.

**c) *Licitud del objeto***

El arbitramento ha de tener un objeto lícito quedando expresamente excluidas de aquél las cuestiones a que se refiere el art. 502 del Código Venezolano de Procedimiento Civil

Por el mismo motivo han de excluirse también ciertas especies administrativas, tales como las concernientes al ejercicio de poderes, al dominio público, a compensaciones fiscales..., etc.

La ilicitud del objeto del arbitramento y la incapacidad para convenirlo son dos nociones diferentes. La ilicitud del objeto versa sobre la naturaleza de los derechos y obligaciones sometidas a arbitramento, en tanto que la incapacidad afecta a una condición del sujeto para promoverlo.

**d) *Efectos del laudo arbitral***

El laudo dictado por los árbitros, en Venezuela, adquiere valor procesal mediante el acto de publicación del juez en audiencia pública previa citación de las partes (CVPC, art. 519). Una vez perfeccionado de esta manera, el laudo arbitral produce los siguientes efectos:

1°. Su contenido hace prueba mientras no se declare su falsedad.

2°. Tiene fuerza ejecutiva y lleva aparejada la ejecución forzosa (CVPC, art. 447).

3°. No obstante, carece de los efectos de la cosa juzgada formal<sup>1</sup>.

**B.- El pacto de compromisarios o arbitraje pericial**

En el Derecho Romano clásico y del último período imperial, según numerosos textos, se permite deferir a un tercero la determinación de alguno de los elementos del contrato. Los casos más conocidos son: el del precio de la venta, que figura en las Institutas de Gayo (III, 140) y el de la

---

<sup>1</sup> Satta Salvatore. "Contributo alla dottrina dell'arbitrato". Milano. 1931. Bernard, Alfred. "L'arbitrage volontaire en Droit Privé". Librairie générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1937. - David René. "Rapport sur l'arbitrage conventionnel en Droit Privé. Etude de Droit Comparé". Rome, 1932.

cuota del socio, que se encuentra en el Digesto (fr. 76 y 78 D. 17.2), ambos reproducidos en los artículos 1.479 y 1.663 del Código Civil Venezolano<sup>2</sup>.

Modernamente, los esclarecimientos aportados en los enjundiosos trabajos de Schirmer, Ricca Barberis y Scaduto<sup>3</sup> han permitido extraer del propio Derecho Positivo la institución del "arbitrium merum" que ha rehabilitado la jurisprudencia alemana, italiana, española, francesa, argentina y de la mayoría de los países de tradición romanista.

La institución se conoce ahora en el lenguaje forense con el nombre de "pacto de compromisarios" y también "arbitraje pericial", diferente en un todo a la cláusula compromisoria y al compromiso que origina el procedimiento de arbitramento.

La jurisprudencia española<sup>4</sup> ha declarado que: "la cláusula de un contrato puede establecer el pacto de compromisarios para asegurar o facilitar el cumplimiento de lo convenido, mediante la intervención de terceras personas, con lo que difiere tanto de la transacción como del arbitraje" (Sentencia del Tribunal Supremo 10, octubre 1912).

Aún se recalca, más tarde, la nota definidora de esta manera: "a diferencia del compromiso, el pacto de compromisarios está sujeto exclusivamente a las reglas de los contratos y no exige forma especial" (Sentencia 11, diciembre 1929).

La Suprema Corte de Torino, en Sentencia de 27 diciembre 1904, había deducido de la naturaleza misma del contrato, la posibilidad de crear relaciones vinculantes que dieran lugar a laudos no ejecutivos y sin forma de juicio.

---

<sup>2</sup> En el Digesto se encuentran otros casos, como el de la verificación del correcto estado de una obra recibida; la constitución de la dote por parte del padre en favor de la hija; el monto del legado al pupilo... etc.

<sup>3</sup> Schirmer. "Arbitrium merum und arbitrio boni viri". In "Archiv für die Civile Praxis". 1900. Ricca Barberis. "L'apprezzamento del terzo como indice di prestazione nel negozio giuridico". En "Archivio Giuridico". 1903. Scaduto. "Gli arbitratori nel Diritto Privato". In "Annali dell' Università di Palermo". 1921. Weismann. "Schiedsguntachten". In "Archiv für Ziv. Praxis". 1889.

<sup>4</sup> Prieto Castro L. "El arbitraje según la legislación y la jurisprudencia españolas". Instituto Reus. Madrid. 1943. Guasp Jaime. "El arbitraje en el Derecho español". Ed. Bosch. Barcelona. 1956. Silva Melero Valentín. "El compromiso". En la "Revista General de Legislación y jurisprudencia" Madrid. 1932. Págs. 427-438. Rodríguez Antonio Gabriel. "Los amigables compondores", en "Revista de Derecho Privado". 1916. Págs. 38-42.



En efecto, el arbitraje o arbitramento, en cuanto lo regula un procedimiento es una institución de Derecho Procesal; en cambio, el pacto de compromisarios pertenece únicamente a los dominios del Derecho material. En este último “el arbitrio del tercero determina en un negocio jurídico un elemento que no fue determinado, pero cuya determinación pertenece a la voluntad privada de las partes”<sup>5</sup>.

No cabe tampoco confundir el pacto de compromisarios con el peritaje o experticia extrajudicial que no tiene poder vinculatorio<sup>6</sup>. De aquí que la jurisprudencia italiana exija, para colegir la naturaleza de la institución arbitral, se haga constar la obligatoriedad absoluta del arbitraje y la imposibilidad de recurrirlo. (Sentencia de Casación, 19 de junio 1928).

Por tanto, el pacto de compromisarios -el viejo “*arbitrium merum*” que los italianos denominan “arbitramento”- es un convenio en virtud del cual, la determinación por un tercero de un elemento o de una consecuencia del contrato, como si fuera la propia voluntad de las partes, tiene lugar a manera de ejecución de la obligación contraída, en el propio ámbito contractual y sin forma de proceso, con o sin “*stipulatio poenae*”.

El fundamento lo ha encontrado la jurisprudencia en la libertad contractual que permite establecer variadas convenciones, una de las cuales puede ser la de precisar, complementar y dar solución a los diferentes puntos del contrato que lo requieran. El tercero no se limita entonces a decidir acerca, de una cuestión concreta de hecho si no a realizar inclusive la subsunción de ésta bajo los conceptos jurídicos. Así, según la jurisprudencia alemana, un perito-árbitro tiene la facultad de determinar, si existe, y en qué cuantía, saldo acreedor perteneciente a una u otra parte<sup>7</sup>.

Los tratadistas han llevado a cabo la construcción jurídica del “pacto de compromisarios” con un admirable refinamiento.

Weismann sostiene que, por igual constituye un acto de voluntad el contrato como su cumplimiento, si bien dicha voluntad, en el segundo momento, no es libre al estar condicionada por las obligaciones

---

<sup>5</sup> Rocco Alfredo. “La Sentenza Civile”. Torino. 1906. Chiovenda “*Instituzioni*”, I, pág. 71, coincidiendo con Weismann, Scaduto y Lipari.

<sup>6</sup> Weismann. Obra citada. 1888. Vol. LXXII, pág. 269.

<sup>7</sup> Schonke A. “Derecho Procesal Civil”. Trad. española. Pág. 374. Goldschmidt James. “Derecho Procesal Civil”. Trad. española. Pág. 499.

contraídas. Las partes quieren las prestaciones tal como han sido prometidas (“wollen sie als vertrag-smassige”). Si la pretensión está especificada en el contrato la voluntad contractual cubre la voluntad del cumplimiento. Pero puede suceder que la voluntad contractual se encuentre tan sólo abstractamente determinada; entonces la voluntad de las partes, que siempre domina la relación, ha de completar el desenvolvimiento (“eine Entwicklung”) del punto determinable.

Tendrá lugar, por tanto, una verdadera interpretación del contrato en el transcurso de su cumplimiento, sobre la cual pueden las partes encontrarse de acuerdo. Pero si temen no lograrlo, cabe al menos la coincidencia al elegir una persona capaz de suplir la voluntad respectiva<sup>8</sup>.

Los autores italianos -Messineo, E. Betti, Barassi, Redenti, Mosco- coinciden en asignar a esta especie de arbitraje una actividad integradora<sup>9</sup>.

La verdadera y propia integración del contrato se produce, no tanto sobre su contenido cuanto sobre los efectos del mismo. Se trata, en este último caso, de colmar lagunas del contrato, no para estatuir si no para alcanzar la común intención de las partes. Semejante integración hace manar del contrato efectos que no se conseguirían mediante la interpretación.

En virtud de lo preceptuado en el artículo 1.374 del Código Civil Italiano -correlativo al 1.160 del Código Civil Venezolano- a todo cuanto las partes han introducido, por medio de cláusulas en el contenido del contrato deben considerarse añadidos aquellos otros efectos -consecuencias- que deriven de los mismos contratos según la equidad, el uso y la ley, poniendo así en juego cuatro medios de integración.

También constituye una integración, la añadidura o determinación de elementos del contrato, en ciertos aspectos incompleto, encomendada a un tercero que no es propiamente un árbitro si no un verdadero ejecutor.

A tal efecto, cabe insertar en el contrato diversas cláusulas para constituir y reglar un vínculo jurídico (CCV, art. 1.133). Se trata entonces de una integración que no proviene de la ley, de un uso o de la equidad, pero sí derivada, como convenio, de la voluntad de las partes.

---

<sup>8</sup> Weismann. Obra citada.

<sup>9</sup> Barassi Ludovico. “La teoría generale delle obbligazioni”. Ed. Giuffrè. Milano, 1946. Vol. III, pág. 477. Redenti Enrico. “Del contratti in generali”. Ed. Cedam. Padova. 1934, págs. 231 y s.

Insistiendo en el mismo tema -tanto ha tentado a los juristas!- hace observar Carnelutti que por medio del contrato se constituyen y asimismo se regulan vínculos jurídicos, dos conceptos de distinto valor y trascendencia. La existencia, "de por sí" del contrato, o sea su constitución, depende de la voluntad de las partes; en cambio, el "cómo", o sea su regulación, puede ser ajena a la exclusiva voluntad de los contratantes y estar atribuida a la ley, a los usos, a la voluntad del juez, a la voluntad unilateral de una de las partes y también a la voluntad de un tercero: el árbitro del pacto de compromisarios.

La decisión arbitral recaída en este tipo de arbitraje no lleva por sí sólo aparejada ejecución -como sucede en el procedimiento de arbitramento- teniendo el valor de una obligación cuyo cumplimiento puede exigirse o prevenir su incumplimiento por una cláusula penal. A su vez comporta siempre una excepción contra cualquier demanda que la contradiga.

De otra parte, desprovisto el pacto de compromisarios de toda calidad procesal, no le afecta el problema de la competencia de la Corte Federal.

## II

### EL ARBITRAJE VOLUNTARIO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

La necesidad de resolver acuciosamente, con acierto técnico y sin cortapisas inoportunas, los numerosos problemas suscitados en la ejecución de los contratos administrativos, ha hecho que la mayoría de los países adoptaran el instituto del arbitraje forzoso, impuesto por la ley y atribuido a órganos administrativos -Comisiones arbitrales, Colegios de Arbitros-, todo lo cual le confiere notas definidoras de una figura jurídica "sui generis"<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Capaccioli Enzo. "L'arbitrato nel Diritto Amministrativo. I. Le Fonti". Ed. Cedam. Padova. 1957. Págs. 4 a 121. En la Ley Venezolana de Hidrocarburos figura instituido un arbitraje de tipo administrativo en el artículo 50, frag. 30. La Torre. "L'arbitrato nell Diritto Amministrativo". En "Rivista di Diritto Pubblico". 1935.

Mas, aparte de semejante novedad, tan difundida en el transcurso de la última treintena, es también frecuente que el arbitraje clásico, regulado en los Códigos de Procedimiento Civil, se utilice para dirimir diferencias o controversias, del orden técnico o jurídico, producidas en la contratación administrativa.

Esta adaptación del procedimiento de arbitraje a los dominios del Derecho Administrativo ha tenido lugar, unas veces, mediante su condicionamiento por una ley, que le añade requisitos y otras habilitándolo en virtud de las posibilidades que ofrece el conjunto normativo del Ordenamiento jurídico. Precisa, pues, distinguir ambas soluciones conforme a sus respectivos mecanismos.

#### **A.- El procedimiento de arbitraje condicionado por una ley especial**

En Francia, la ley de Finanzas de 17 de abril de 1906, preceptúa que, “para la liquidación de los costos provenientes de trabajos públicos y de suministros, el Estado podrá recurrir al arbitraje tal como se encuentra regulado en el libro III del Código de Procedimiento Civil, si bien con la autorización previa del Consejo de Ministros” (art. 60).

Sin embargo, la existencia de una ley que permitiera el procedimiento de arbitraje en la contratación administrativa, se hacía necesaria en Francia por cuanto, tanto los tratadistas como la jurisprudencia, se habían pronunciado por la nulidad de la cláusula compromisoria aun en los contratos de Derecho común (Garsonnet, Planiol, Rousseau et Laisney) a pesar de que no falten quienes sostengan la opinión contraria (Glasson et Tissier, Gombeau, Mongalvy, Rodére). Circunstancias estas que, unidas a singularidades del régimen administrativo francés, rigurosamente reglado, desprovéen el ejemplo de cualquier otro interés que no sea el que ofrece su originalidad.

El contraste se apreciará mejor con el examen de la otra solución.

#### **B.- El procedimiento de arbitraje aplicado sin previsión legal expresa**

Tal es la situación generalizada, imperante en casi todos los países y entre ellos Venezuela.

La validez del procedimiento de arbitraje para solventar controversias contractuales con la Administración ha sido justificada principalmente por los tratadistas italianos que, a través de distintas variantes, aducen dos argumentos fundamentales:

- a) Cuando las partes defieren voluntariamente sus diferencias contractuales al arbitraje no existe por ello una derogación de la competencia del juez -o del orden judicial-, puesto que se hacen entrar en su esfera con la eventual impugnación del laudo mediante el recurso de nulidad<sup>11</sup>.
- b) El arbitraje -o, mejor dicho, el compromiso- puede recaer sobre cualquier cuestión susceptible de ser transigida -identidad de objeto- con lo que, tanto el compromiso como la transacción se hacen legalmente posibles en tanto sea admisible una renuncia de derechos sobre cosas de las cuales se disponga, a tenor de lo preceptuado en el artículo 1.966 del Código Civil italiano -reproducido en el artículo 1.714 del Código Civil Venezolano-, comprendiendo así todas las relaciones jurídicas patrimoniales<sup>12</sup>.

### **C.- El arbitraje determinado por poderes de la Administración**

Cuando los contratos son de índole administrativa -entrando en juego el funcionamiento de los servicios públicos o al menos el interés público- se concertan por la Administración mediante procedimientos de Derecho Público.

Los contratos así concertados contienen condiciones que, excediendo los límites propios del Derecho común, se formulan en las denominadas cláusulas exorbitantes. Ello porque la Administración procede a formar tales contratos ejercitando poderes que se manifiestan, sea en actos generales -reglamentarios y medidas de orden interno- o en la variada serie de actos individuales.

Una de las piezas maestras de la contratación administrativa consiste en un elemento característico, conocido en Italia con el nombre de

---

<sup>11</sup> Sandulli Aldo M. "Manuale di Diritto Amministrativo". Ed. E. Jovene. Napoli. 1955, Pág. 496.

<sup>12</sup> Miele Giovanni. "Limiti all'ammissibilità dell'arbitrato nelle controversie amministrative". En "Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza". Roma. 1950.

“Capitolati d'onere”, que se denomina en Francia “Cahiers des charges” y en lengua española “Pliego de condiciones”.

Este documento formal predetermina, por un acto vinculante de la Administración, las bases del contrato en un triple aspecto:

- a) Las condiciones generales (“Capitolati Generali”), “Cahiers des clauses et condition générales” y “Pliego de condiciones generales”, verdaderos “standarts” y “fórmulas típicas” aplicables a todos los contratos.
- b) Las condiciones comunes (“Cahiers des prescriptions communes”, “Pliego de condiciones comunes”) que afectan a contratos del mismo género.
- c) Las condiciones especiales (“Cahiers des prescriptions spéciales”, “Capitolati speciali”, “Pliego de condiciones especiales”) referidas a las particularidades del contrato individualizado.

Una de las condiciones generales puede consistir en la previsión del procedimiento de arbitraje, incluyendo una auténtica cláusula compromisoria, con un reenvío al Código de Procedimiento Civil.

La naturaleza jurídica del “Pliego de condiciones” ha sido largamente debatida. Inclusive su mismo origen legal resulta muy variable. Con frecuencia, mediante un Decreto -es decir, un acto reglamentario- se faculta a la Administración para que fije el conjunto de condiciones que permitan el modelaje del contrato. En Francia, los “Cahiers des charges” son aprobados por una Orden ministerial, y no es tampoco extraño que, en otros países, las Administraciones competentes para concertar contratos redacten, por propia autoridad, sus propios “Pliegos de condiciones” o modifiquen los preexistentes.

En Italia, los “Capitolati generali” han sido calificados inicialmente por una jurisprudencia que abarca el período de 1928 a 1943, como una ley delegada, conclusión que, exceptuando a Guicciardi y Cunneo, han rechazado siempre los tratadistas<sup>13</sup>. En este supuesto el arbitraje tendría o podría tener carácter “obligatorio o necesario”, comportando el ejercicio de una verdadera jurisdicción especial. En cambio, ha adquirido mayor auge la tesis que atribuye valor reglamentario a los “Capitolati generali”,

---

<sup>13</sup> Guicciardi Enrico. “Arbitrato rituale, arbitrato necessario, giurisdizione speciale”. En “Rivista di Diritto Pubblico” 1943. I, pág. 265. - Cunneo. “Appalti pubbliche privati”. Ed. Cedam. Padova. 1948. El resumen del criterio general en Capaccioli Obra citada, págs. 132 y s.

compartida por los tratadistas y la reciente jurisprudencia. La Corte de Casación los denomina "normas de Derecho objetivo con carácter dispositivo" en lo que coincide F. Ferri, para quien "las cláusulas -y entre ellas la compromisoria- tienen el valor de normas directivas de carácter dispositivo"<sup>14</sup>. No obstante, tampoco esta conclusión satisface a los tratadistas franceses y algunos de los italianos la rechazan asimismo destacando el aspecto contractual<sup>15</sup>.

El criterio imperante en la actualidad, tanto en Italia como en Francia, es que el "Pliego de condiciones generales" constituye un acto mixto, a la vez medida administrativa de orden interior y condición del contrato. Así, según De Laubadère, "les Cahiers des clauses et condition générales" tienen valor reglamentario con respecto a los funcionarios y valor contractual respecto a las partes contratantes" ("Los Contrats administratifs" I, pág. 345, números 384, 386, 387, 388, 390). Pero quizás se haga preciso aclarar que se trata, no tanto de especies reglamentarias como de una "medida de orden interior de la Administración", cuya calidad jurídica han estudiado de una manera tan completa, el Profesor francés Jean Rivero y el Profesor italiano Enzo Silvestri<sup>16</sup>.

La cláusula compromisoria aparece instituida por un acto administrativo que dispone un reenvío al Código de Procedimiento Civil. De aquí que sea preceptiva para la Administración. Mas, al mismo tiempo, como cláusula contractual -materia de la estipulación- presupone el consentimiento de las partes contratantes.

Resumiendo, la Administración, en virtud a lo que dispone un acto reglamentario, tiene poderes para incluir, sea en un Pliego de Condiciones, sea en el contrato mismo, la cláusula compromisoria, que abre entonces el procedimiento de arbitraje.

---

<sup>14</sup> Ferri F. "Osservazioni sulla natura della clausula compromissoria prevista dai capitoli generali d'appalto". En "Giurisprudenza italiana" 1956. I, 1, 1131. De acuerdo con esta calificación: Abello, Borsi, Resta, Ingrosso, Gianquinto, Cammeo, Elena, etc.

<sup>15</sup> Jeze Gaston. *Les principes généraux du Droit Administratif*. París, 1934. Vol. IV, p. 161. De Laubadère: "Les Contrats Administratifs". Vol. I. págs. 346, 356, 370. Los tratadistas italianos contractualistas: Treves, La Torre, Gallo, Giorgi, A. D. Giannini, Miele, Cianfione, Zanobini, Vitta.

<sup>16</sup> Rivero Jean. "Les mesures d'ordre intérieur administratives". Lib. Recueil Sirey. París. 1934. Silvestri Enzo. *L'attività interna della pubblica amministrazione*. Ed. Giuffré. Milano, 1950..

### III

## APLICACIÓN DE LA DOCTRINA AL RÉGIMEN LEGAL VENEZOLANO

Como premisa del razonamiento ha de quedar sentado, desde un principio, que no existe en Venezuela prohibición alguna de la cláusula compromisoria y del subsiguiente procedimiento de arbitraje o arbitramento en los contratos de administración sea cualquiera su especie, contratos propiamente administrativos o contratos de Derecho privado. Esta comprobación negativa induce a considerar la pluralidad de normas que constituyen el Ordenamiento jurídico venezolano para que, cada una de ellas adquiera su propio sentido en relación con todas las demás, según exige el método interpretativo. Es así que se pretende establecer el significado y alcance de los textos legales pertinentes, con vista a lograr su necesaria congruencia. En efecto, todo Ordenamiento jurídico, en tanto que sistemático, ha de tener coherencia interna y vinculación lógica con respecto a su totalidad. De donde se deduce que cualquier caso concreto ha de tratarse subsumiéndolo no en un único precepto legal, sino en la totalidad del Ordenamiento jurídico.

### A.- La regla de competencia

“Son atribuciones de la Corte Federal: Conocer en juicio contencioso de todas las cuestiones por nulidad, caducidad, resolución, alcance, interpretación, cumplimiento y cualesquiera otras que se susciten entre la Nación y los particulares, a consecuencia de los contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional o de concesiones mineras, de hidrocarburos o de tierras baldías que hubiere otorgado, así como de las controversias que resultaren por su negativa a expedir títulos de concesiones a que los demandantes alegaren tener derecho; salvo los casos que la ley vigente al tiempo de la celebración del contrato, del otorgamiento, de la concesión o de la negativa a concederla, según el caso, dejaren a la decisión del Ejecutivo Nacional, sin recurso judicial”. (Art. 7, N° 28 de la ley Orgánica de la Corte Federal de 2 agosto 1953, recogiendo el art. 133, N° 9 de la Constitución).



Conviene, ante todo, destacar que la fórmula adoptada define una atribución y en manera alguna una competencia privativa, exclusiva y excluyente, incompatible con otras posibles competencias establecidas en la ley, sea con carácter extraordinario o especial. De la misma manera el art. 66 del Código de Procedimiento Civil dispone, también de una manera general, que “la competencia se determina por la materia”, “por el territorio y por la conexión o continencia de la causa”. Ambas reglas de competencia son igualmente generales, ni exclusivas ni excluyentes **“para conocer en juicio contencioso”**.

Ahora bien. El arbitraje o arbitramento se define como “un procedimiento especial” (Código de Procedimiento Civil, Título I del Libro III) que tiene origen en un contrato característico, el compromiso arbitral. ¿Podría entonces la Nación acogerse al procedimiento de arbitraje eludiendo la regla general de competencia? ¿No rige ésta sin excepción?

La respuesta se encuentra en el artículo 5 del propio Código de Procedimiento Civil: “Las disposiciones y los procedimientos especiales del presente Código se observarán, con preferencia a los generales del mismo, en todo cuanto constituye la especialidad, sin que por eso dejen de observarse en los demás las disposiciones generales aplicables al caso”.

Cabrá objetar, sin embargo, que la regla de competencia referida a las cuestiones contractuales en que sea parte la Nación no se encuentra en el propio Código, sino en la Ley Orgánica de la Corte Federal. Efectivamente, pero no es menos cierto que la competencia en razón de la materia “se determina precisamente por las leyes relativas a la materia misma que se discute en defecto por las Leyes Orgánicas de los Tribunales” (art. 67), con lo que este complejo legal queda integrado, por una verdadera norma de conexión, al cuerpo de dicho Código.

Resulta, por tanto, indubitable que la competencia especial del procedimiento de arbitraje ha de primar sobre el procedimiento contencioso ordinario que, con valor jurídico idéntico, establecen el artículo 66 del Código de Procedimiento Civil y el art. 7 N° 28 de la Ley Orgánica de la Corte Federal.

## **B.- La articulación del arbitraje en el orden judicial**

Sin abordar un tema tan debatido como lo es el de la naturaleza, contractual o jurisdiccional, del arbitraje, sí precisa, en cambio, extraer las soluciones implícitas o presupuestas en los textos legales.

El procedimiento de arbitraje no supone que las partes se sustraigan, al menos de una manera absoluta, a la competencia que está ordinariamente prevista para el caso. Ni siquiera, juicio ordinario y arbitraje constituyen dos procedimientos de igual entidad, dotados de los mismos efectos y así intercambiables. Nada más inexacto.

Aun dejando sin analizar la estructura del arbitraje -cláusula compromisoria, convención del compromiso, poderes de los árbitros y efectos del laudo arbitral- se hace necesaria la elucidación del último de sus elementos, el laudo arbitral.

No se trata ahora de descubrir el sistema seguido por el Código Venezolano de Procedimiento Civil para configurar el arbitraje, empresa un tanto pretenciosa e inadecuada sobre todo en esta oportunidad. Bastará recordar, respecto al laudo arbitral, las cuatro posibilidades que ofrece la doctrina, de consumo con el Derecho Comparado:

- a) El laudo arbitral, derivando de la voluntad coincidente de las partes, constituye el cumplimiento del compromiso contraído y no tiene, por tanto, la naturaleza de un acto jurisdiccional (Merlín, Planiol, Ripert, la jurisprudencia belga y la francesa, uniformemente hasta 1899, Windscheid-Kip, Endermann, Wach, Weismenn, Schmidt, Baumbach-Lauterbach y Alfredo Rocco).
- b) El laudo arbitral, recayendo en un auténtico proceso, aun cuando tenga como antecedente el convenio, es en puridad un pronunciamiento jurisdiccional (Lainé, Bartin, Colin y Capitant, Tissier, Pillet, Nyboyet, Valery, Bonfante, Galgano, Codovilla, Cogliolo, Zanobini, Ascarelli).
- c) El compromiso es un contrato de contenido procesal, cuyos efectos se producen precisamente en el proceso, determinando las situaciones del mismo y el resultado del laudo arbitral (Kohler, James Goldschmidt, F. Carnelutti).
- d) El laudo arbitral, que representa el cumplimiento de un compromiso y tiene así valor de contrato, se convierte, no

obstante, en acto jurisdiccional con el exequator o la homologación subsiguiente del juez (Bellot des Minières, Boucher, Garssonnet, Lacoste, Mortara, Chiovenda, Calamandrei, E. Betti, Sandulli).

Si se sostuviera la primera de las conclusiones indicadas el problema quedaría soslayado pues, tratándose de un acto estrictamente contractual, producido conforme al mecanismo del contrato, no estaría en juego competencia alguna. Por ello, sin comprometer el propio criterio, se acepta “ex hipótesis” que el laudo corresponde, de una u otra manera, a una decisión jurisdiccional.

Mas, establecidas en el Código Venezolano de Procedimiento Civil dos formas de arbitraje, el ritual y el irritual (art. 510), ¿qué representa cada una de ellas?

Históricamente, desde el período clásico del Derecho Romano, la institución típica fue el arbitraje libre que, en la edad media dio lugar, por metamorfosis, a la especie de arbitraje de Derecho, según consta en el enunciado de Bartolo, “quando dictum est debeat sententiare de iure”.

Es en el siglo XIV que el civilista francés Petrus Jacobi introdujo la distinción, desde entonces perdurable en Francia, Italia, España y también en Venezuela, entre el “arbitrator” que sentencia basándose en la regla jurídica -en un arbitraje denominado entonces “de iure tantum”- y el “amicabilis compositor”, cuyo “arbitrium boni viri” es la manifestación de su libre convencimiento desligado de cualquier norma preconstituida, “sive aequa, sive iniqua sit”, como se lee en los textos de Peoculo y Ulpiano, reproducidos por Bartolo y los postglosadores.

El “arbitrium boni viri” tampoco puede confundirse, confusión en la que incurre Carnelutti, con un arbitraje de equidad, punto de vista refutado convincentemente por Calamandrei, Alfredo Rocco y Salvatore Satta. No se trata, en efecto, parecidamente al “Common Law”, de un proceso “at law” frente a un proceso “in equity”, pues la equidad aludida en el articulado de los Códigos de Procedimiento Civil -art. 510 del venezolano- no es la equidad normativa, sino la valorativa, es decir, un juicio subjetivo de valor a la manera de la “epikeia” aristotélica, tal cual la define Calamandrei: “equidad individual que no aspira a establecer nuevas normas abstractas que se contrapongan a las enunciadas por el legislador, sino que interviene por voluntad del Estado legislador cuando la solución

de un caso dado puede ser prácticamente desentrañada tan sólo en virtud de la consideración individualizada del caso mismo”.

Ello explica que no se admita apelación contra el laudo pronunciado (art. 518), de acuerdo con la regla tradicional, “*apellatio est permissa regulariter ab omnia sententia: in sententia lata a iudice habente liberum arbitrium ab ea non datur appellatio*”<sup>17</sup>.

De otra parte, para salvaguardar la integridad del compromiso -y también en el arbitraje ritual las formalidades del procedimiento-, el laudo cabe que tenga acceso a la vía judicial mediante el recurso de nulidad (artículos 520 y 521).

Por último, el laudo arbitral mismo no puede adquirir, respecto a las partes, autoridad de cosa juzgada formal que se reserva a las sentencias definitivas del orden judicial (art. 423, N° 5).

“No puede así existir -y la conclusión es lógica- identidad entre el contenido de la sentencia judicial y el del laudo arbitral” (Satta).

De todo ello queda evidenciado que el arbitraje constituye un procedimiento “*sui generis*”, sin asimilación posible al procedimiento ordinario, por lo cual uno y otro no pueden ser ambivalentes ni intercambiables.

He aquí ahora una aplicación de cuanto quedó anteriormente sentado para interpretar el artículo 7, N° 28 de la Ley Orgánica de la Corte Federal: “La Corte Federal conocerá en juicio contencioso de todas las cuestiones por nulidad, caducidad, resolución, alcance, interpretación, cumplimiento y cualesquiera otras que se suscitaren entre la Nación y los particulares a consecuencia de los contratos celebrados por el Ejecutivo nacional”.

El término “conocerá” es insinuativo, ya que en la oración completa se encuentran subyacentes dos modalidades presupuestas, **el cuándo y el cómo** de tal conocer. El texto legal tiene, una vez terminado, este sentido: cuando en reclamación de algún derecho haya de instarse un juicio que permita hacer todos los pronunciamientos propios del caso -únicamente posible en el juicio ordinario- entonces habrá de acudir a la Corte Federal, que es para ello la competente.

Por el contrario, si no se pretende semejante objetivo, antes bien otro distinto -no ya reclamar un derecho ni obtener tampoco los efectos

---

<sup>17</sup> Citas en la obra de Salvatore Satta antes indicada.

de una sentencia judicial- cabe emprender el procedimiento que al caso corresponda, pues la Corte Federal no extiende su competencia a todos los procedimientos, sino a los taxativamente indicados, sin que se produzca con los demás incompatibilidad alguna. Resultando asimismo incuestionable que, a no quedar expresamente prohibido, la Nación puede entablar cualquier procedimiento por los trámites y en el orden que la ley disponga.

Dicho en otros términos. La competencia atribuida a la Corte Federal en el artículo 7, N° 28 de su Ley Orgánica no es absoluta, por lo que no afecta a todas las controversias contractuales entre la Nación y los particulares; antes bien se circunscribe a determinadas cuestiones. Estas cuestiones son aquellas que hayan de decidirse mediante juicio contencioso, conforme exige el texto legal. Pero, ¿a qué contención hace éste referencia? Sin duda, a la única posible, o sea al juicio ordinario, según lo proclama el artículo 234 del Código de Procedimiento civil “Las cuestiones que se susciten entre partes en reclamación de algún derecho, se ventilarán en juicio ordinario, si tales cuestiones no tienen pautado un procedimiento especial”.

Por tanto, cuando no se reclame algún derecho y se pretende, contrariamente, en concordia, sin referirse a normas, lograr una avenencia, lo cual constituye el objeto del arbitraje, no puede regir la competencia atribuida a la Corte Federal.

### **C.- Corroboración constitucional del criterio aducido**

La Constitución con su supremacía normativa, aporta un dato que sirve de clave a la intentada interpretación del conjunto de textos legales venezolanos.

El artículo 49 prescribe que, “las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse sobre este contrato -los de interés público- y que no puedan ser amistosamente resueltas por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de Venezuela, de conformidad con sus leyes”.

El precepto constitucional requiere la competencia de los Tribunales de Venezuela, mas anteponiendo a ella cualquier manera de resolver amistosamente las dudas y controversias.

Ahora bien. El arbitraje voluntario es el modelo adoptado para lograr avenimientos y concordias, “vía pacífica” que se encuentra prevenida en el artículo 51 de la propia Constitución.

En el Derecho interno también se ha venido considerando el arbitraje voluntario una mediación amistosa en las diferencias, al mismo título que la conciliación, la cláusula de compromisarios y la transacción. Es más, el arbitraje aparece históricamente bajo el signo de la amistad, pues, la justicia del Estado, como sucedánea de la violencia privada, conserva un trasunto belicoso que permite enunciar el juicio, siquiera sea metafóricamente, como un duelo judicial. Inversamente, en las fuentes del Derecho Intermedio se califica literalmente de amistoso el arbitraje libre por el nombre mismo de los árbitros arbitradores llamados “amicabilis compositor” que han conservado en los idiomas románicos -“amichevole compositore”, “amiable compositeur”, “amigable componedor”- y el procedimiento correspondiente -el viejo “arbitrium bonum viri”- es el procedimiento amistoso por excelencia, hasta el punto que en el lenguaje usual se le denomine “resolución amigable”.

La interpretación histórica y semántica permiten afirmar que el arbitraje voluntario es una manera de resolver amistosamente dudas y controversias contractuales, incluyéndose entre los intentos que pueden preceder, por indicación constitucional, a la decisión de los Tribunales competentes.

#### **D.- El procedimiento de arbitraje originado por el ejercicio de poderes administrativos**

Cierto que en Venezuela no existe una especie formal equivalente al Pliego de Condiciones -“Cahier des Charges” o “Capitolati d'onere”-, si bien es ello debido más bien a una omisión de término que a la carencia de poderes necesarios para formularlos, ya que se encuentran previstos en los textos legales.

El Decreto reglamentario de Obras Públicas de 14 abril 1909 exige en su artículo 69 que, “los contratos que se celebren para la construcción de obras nacionales o de interés nacional, debe estar ajustados en su letra y forma a lo prevenido por las leyes de la materia y tener en su cuerpo todas

las cláusulas establecidas para los documentos de esa naturaleza;” es decir, lo prevenido en un auténtico Pliego de Condiciones.

Aún de una manera más concreta se encuentra idéntica exigencia en el artículo 108: “Cuando por circunstancias especiales fuera necesario celebrar algún contrato o convenio para la construcción de alguna de las partes de una obra... se indicarán las bases que se crean más convenientes fijar al contrato para ser consideradas por el Ministerio, y en caso de aprobación, éste les indique el modo como debe ser celebrado”.

En suma, el Pliego de Condiciones especiales aludida, además, en el artículo 25.

El Pliego de Condiciones generales se perfila en los artículos 69, 73, 74, 75, 86 y 110.

El Pliego de Condiciones comunes o genéricas se requiere en los artículos 83 y 84.

En consecuencia, puede la Administración incluir la cláusula compromisoria en un Pliego de Condiciones generales que sirva de modelo legal -como sucede en Italia, Francia y Uruguay-, o bien convenirla en el propio contrato. Los poderes en ambos casos ejercitados tienen el mismo origen y el mismo alcance. Respecto a la legitimidad de tales poderes se hace referencia a cuanto expone la doctrina y la jurisprudencia anteriormente citadas.

Por último, ha de hacerse observar que la competencia atribuida a la Corte Federal tiene un límite en cuanto se excluye de ella “los puntos que la ley vigente al tiempo de la celebración del contrato... dejaren a la decisión del Ejecutivo Nacional, sin recurso judicial”.

Ahora bien; la ley vigente a que se hace referencia ha de ser cualquier ley material, no la formal, por la inconsecuencia que en otro caso derivaría de condicionar los efectos de leyes futuras igualmente formales. La reserva comprende así todo acto reglamentario con lo que se salvaguardan los poderes administrativos de ellos dimanantes.

## **E.- Formalidades del arbitramento concertado por la Administración**

El arbitramento es una figura jurídica compleja, integrada por actos contractuales y actos procesales que tienen, cuando se trata de particulares, un mismo sujeto. Empero, al realizarlos la Administración

resulta imprescindible individualizar los órganos respectivos a los cuales corresponda la competencia.

Si el compromiso es un contrato accesorio, parece evidente que haya de convenirlo el mismo órgano administrativo que intervino en el contrato principal. Mas no es menos cierto que, constituyendo el compromiso la pieza inicial del procedimiento de arbitramento quien lo suscriba ha de tener atribuida la facultad de comparecer en juicio representando a la Administración.

Ahora bien; en el orden administrativo incumbe al Procurador General de la Nación “representar judicialmente a la Nación conforme a las instrucciones que le comunique el Poder Ejecutivo Nacional” (Ley de la Procuraduría de la Nación, art. 9, N° 7). A su vez, conforme al Estatuto Orgánico de los Ministerios, corresponde a cada Ministro “comunicar al Procurador General de la Nación las instrucciones concernientes a los asuntos en que deba intervenir dicho funcionario en las materias de la dependencia del Despacho” (art. 10, N° 14).

De acuerdo con estos antecedentes legales, el compromiso habría de otorgarlo el Ministro de Fomento, asistido por el Procurador General de la Nación, a quien conferiría aquél, en el mismo acto, el encargo de representar a la Nación en el procedimiento de arbitramento, conforme a las instrucciones impartidas, y prosiguiéndolo así en todos sus trámites.

La instancia arbitral, llegada la eventualidad, estaría entonces íntegramente a cargo del Procurador General de la Nación.

## **F.- Las transacciones de la Administración**

Aun cuando algunos tratadistas, entre ellos A. Rocco, asimilen el compromiso a la transacción no cabe, en puridad, confundirlos dado que, aparte de otras notas diferenciales, con el compromiso se inicia una verdadera “litis” -al menos por las formalidades- en tanto que la transacción se propone evitarla o darle fin (Planiol-Ripert).

Siendo la transacción una especie jurídica distinta interesa considerarla en este caso desde el ángulo administrativo para establecer en qué términos sea realizable.

En principio, la transacción exige únicamente “tener capacidad para disponer de las cosas en ella comprendidas” (CCV, art. 1.714).



Por tanto, en materia administrativa será posible siempre que recaiga sobre bienes patrimoniales disponibles, o sea, aquellos que tienen un carácter instrumental por estar destinados a producir un lucro<sup>18</sup>. Además, los bienes pertenecientes a los Institutos Autónomos son por definición disponibles e inclusive excluidos del régimen fiscal (L.O.H.N., art. 71).

En su consecuencia, el único criterio para calificar la licitud de una transacción, en el orden administrativo, está solamente dado por la disponibilidad del objeto de la misma a no obstar ninguna prohibición expresa<sup>19</sup>.

Respecto al poder atribuido al órgano administrativo para decidir la transacción se encuentra determinado en varios textos legales. Así, la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional lo establece, en materias fiscales, distinguiendo si la transacción se produce en juicio (art. 7) o extrajudicialmente (art. 49, p. 20 y 0). En el primer caso ha de mediar una autorización previa del Ejecutivo Federal con intervención del Procurador General de la Nación y en el otro caso es suficiente el simple informe del propio funcionario y del Contralor General de la Nación.

La Ley de Hidrocarburos prevé la transacción para cualquiera de las controversias relativas a la ejecución de las concesiones, lo cual compete al Ministro del ramo (Ley, art. 91. Reglamento, art. 131).

La Ley de expropiación dispone que, el expropiante concertará por transacción el avenimiento sobre el precio de la cosa que haya de expropiarse (art. 32).

Por lo demás, es perfectamente razonable, deduciéndose de los textos legales citados, que quien tenga competencia para convenir el negocio jurídico la tiene también para transigir sobre las materias del mismo, si la ley no añade alguna modalidad, al menos cuando no sea en juicio.

---

<sup>18</sup> Zanobini Guido. "Corso di Diritto Amministrativo", Ed. Giuffré. Milano. 1948. Vol. IV. pág. 101.

<sup>19</sup> Guicciardi E. "Le transazioni degli enti pubblici", en "Archivio di Diritto Pubblico" 1936. Sandulli. "Manuale di Diritto Amministrativo". Pág. 242.

## ADICIÓN AL DICTAMEN

Una vez redactado el precedente dictamen se promulgó y fue publicada en la Gaceta Oficial del día 22 de julio último la reforma del artículo 172, N° 11 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional que altera considerablemente el régimen de la contratación administrativa.

En la parte pertinente el texto legal es como sigue: “Son atribuciones y deberes de la Sala de Control: Velar porque los suministros de toda clase de bienes, en los servicios personales prestados a las Administraciones Públicas, Entidades Administrativas e Institutos Autónomos, y en los contratos en general, se estipulen precios justos y razonables y se presten, según el caso, las garantías que se consideren necesarias; y verificar si tales suministros, servicios y contratos han sido efectivamente realizados y cumplidos, de acuerdo con las disposiciones de la Contraloría de la Nación. A los fines de esta atribución, la Sala llevará el control de los precios corrientes y actualizados de los efectos, materiales y demás bienes y servicios regularmente suministrados a las Administraciones y entidades antes dichas. Los diversos Departamentos del Ejecutivo Nacional y demás oficinas nacionales deberán, antes de proceder a la celebración de contratos y a la adquisición de bienes, someter los proyectos respectivos a la aprobación de la Sala de Control, sin la cual aquéllos no tendrán ningún efecto, salvo lo dispuesto en el párrafo primero de este ordinal (los inferiores a 5.000 bolívares)”.

La Contraloría General de la Nación, con respecto a “los contratos en general” de las Administraciones Públicas, Entidades Administrativas e Institutos Autónomos, tendrá dos facultades que ya no son propiamente de simple control si no de directa participación en el acto mismo de convenir el contrato. Así, primeramente “vela” para asegurar la estipulación de precios justos y la prestación de las garantías necesarias; en segundo lugar, “verifica” el cumplimiento del contrato.

A tal efecto, antes de celebrarse formalmente el contrato ha de someterse su proyecto a la “aprobación” de la Sala de Control. He aquí un acto administrativo típico con el que quedan compartidas las facultades de contratar, pertenecientes a la Administración activa, con otro órgano de “control” el cual, en adelante, se encontrará dotado de una competencia administrativa y por tanto ejecutiva cuya constitucionalidad desde luego dudosa.

En cuanto al cumplimiento del contrato, la misma Sala de Control ha de verificar si lo ha sido "de acuerdo con las disposiciones de la Contraloría de la Nación". Planteando ello un delicado problema: ¿Se arrebató a los órganos de la Administración activa todas las facultades que le corresponden para adaptar a las exigencias del servicio público las distintas modalidades de ejecución del contrato, inclusive para modificarlas por vía reglamentaria?

Lo cierto es que, en lo sucesivo, la Contraloría General de la Nación, mediante la Sala de Control, participará asimismo en la fase de ejecución del contrato para comprobar si sus disposiciones han sido cumplidas.

Por tanto, habiéndose de someter a la aprobación de la Sala de Control el proyecto de contrato, sin cuyo requisito no tendría aquél eficacia, los arbitrajes de toda especie y las transacciones previsibles pueden ser objetados y aun excluidos. No cabiendo tampoco establecerlos, sin la conformidad de la Contraloría, como una nueva fórmula en la fase de ejecución del contrato.

En este sentido adiciono y corrijo en lo que sea menester las afirmaciones contenidas en el dictamen precedente.

Caracas, 15 agosto 1960

## Los límites de la Autonomía Municipal\*

Siempre que está en juego el ejercicio de poderes autonómicos se promueve inevitablemente un análisis de autonomía misma; es decir, de su formulación concreta, lo cual conduce a calificar, en definitiva, su naturaleza o cualidad así como su especie, materia y grado. Semejante operación tiene lugar, por tanto, cuando precisa obtener, según ahora se pretende, una respuesta a estas tres preguntas:

- I. ¿Es posible, dentro del actual régimen jurídico municipal, que los Concejos Municipales sometan determinadas materias a un sistema de administración descentralizado, encomendado a Institutos Autónomos?
- II. En caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿cabe la misma posibilidad en el Distrito Federal si se tienen en cuenta las disposiciones de la correspondiente Ley Orgánica?
- III. De ser posible la creación de Institutos en el Distrito Federal, ¿a quién deberían quedar adscritos administrativamente: al Gobernador o al Concejo Municipal?

La contestación se encuentra en el dictamen emitido por el doctor Antonio Moles Caubet, Director del Instituto de Derecho Público de nuestra Facultad, que seguidamente se inserta.

---

\* Publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho* N° 26, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1963, pp. 9 a 27.

I

**CUESTIONES PREVIAS**

**A.- Planteamiento jurídico**

Un enfoque metódico del conjunto de problemas implicados en la consulta precedente, requiere, en primer término, discernir -señalándolos con precisión- los poderes específicos de que habría de estar dotado el Concejo o entidad Municipal para **organizar** “un sistema de administración descentralizado” en cuya virtud, “determinadas materias quedarían encomendadas o sometidas a Institutos Autónomos”.

Tal es la versión jurídica del caso. En efecto; “someter determinadas materias a un nuevo sistema de administración descentralizando” comporta, ante todo, organizar, o mejor aún, reorganizar, sustituyendo las formas o figuras organizativas existentes por otras distintas, lo que consume, a su vez, una transferencia de cometidos y, en último análisis, de facultades.

Ahora bien, en defecto de una regla explícita de competencia que atribuya los poderes para ello necesarios, ¿sería suficiente apelar a la fórmula constitucional que consagra la autonomía de las Municipalidades o Municipios?

La autonomía, como todo concepto jurídico, ha de aparecer concretada en normas categóricas susceptibles de establecer sus propios límites. En esto consiste su definición legal. De otra parte, el principio de legalidad -recogido en el artículo 117 de la Constitución-, impone que, todos y cada uno de los actos del Poder Público se produzcan conforme a una regla legal -sea la Ley constitucional o la ordinaria-, única medida de su licitud.

De aquí la exigencia inmediata de aducir y examinar los textos legales aplicables al caso para que sirvan de pauta a su correcta solución.

**B.- Ordenamiento legislativo aplicable**

La primera de las Disposiciones Transitorias de la Constitución prescribe que, mientras no se dicten las leyes previstas en el capítulo IV, título I de

la misma, “se mantiene en vigencia el actual régimen y organización municipal de la República”.

Así se hace posible “la adaptación del sistema actual al nuevo sistema establecido por la Constitución de 1961”, según se advierte en la Exposición de motivos. Dicho en otras palabras: una norma de Derecho Intertemporal dispone que, hasta la promulgación de las leyes anunciadas, continúe en vigencia la parte de la Constitución de 1953 y los preceptos legislativos complementarios concerniente a tal extremo.

Ello asegura la subsistencia del conjunto normativo que ha venido regulando, hasta la fecha, “el régimen y organización municipal de la República”; a saber, el Título I, Capítulo III de la mencionada Constitución de 1953, como también, congruentemente, la Ley Orgánica del Distrito Federal -de 14 de octubre 1936-, las Constituciones de los Estados y las leyes estatales de aquéllas derivadas.

No obstante, se procederá a comparar ambos textos constitucionales -los de 1953 y 1961-, siempre que sus diferencias tengan la suficiente relevancia para ser destacadas.

Empezando, pues, por abordar el punto más amplio y general, la autonomía con sus modalidades, puede comprobarse que la Constitución de 1953 la refiere al Concejo Municipal limitativamente, apelando a la fórmula enumerativa (artículos 18 y 21). En cambio, si bien es cierto que la Constitución de 1961 prodiga el término (artículos 11 p. 3º, 25, 29 y 235), la autonomía en sí misma tiene en definitiva idéntico carácter y una análoga extensión (artículos 26, 27, 33, 34, 17 N° 2º, y 235).

Mas considerando en el presente caso que, a lo largo del razonamiento, el concepto de autonomía adquiere un valor operativo resulta ineludible esclarecer de inmediato su contenido, sin lo cual el vocablo indicador, cuyo uso reiterado se hace inevitable, correría el riesgo de convertirse, como tantas veces sucede, en un “flactus vocis”.

II

EL CONCEPTO DE AUTONOMÍA

A.- Notas definidoras

La elaboración del concepto de autonomía confronta una primera dificultad con el empleo de su propio nombre. En efecto, tal vocablo, que procede del léxico jurídico, ha desbordado su recipiente originario sin que el recuerdo de su procedencia, su etimología contribuya a esclarecer el significado.

Así, en el campo del Derecho Público el mismo término sirve para designar objetos diferentes. La autonomía es sinónima de soberanía cuando se refiere a la autodeterminación de los Estados, en el sentido griego de "Politeya autonomos". Pero igual nombre se aplica al enunciar: la autonomía de entidades menores (Regiones, Condados, Municipios); la autonomía de otras personas jurídicas desprovistas del elemento territorial, como los Institutos Autónomos y la autonomía despersonalizada en las llamadas Haciendas Autónomas; quedando por lo demás identificados indebidamente, autonomía y autarquía y autogobierno ("self government") como también autonomía y autonormación aparte del uso incorrecto deslizado en algunos textos constitucionales, por ejemplo, cuando la Constitución venezolana de 1961 declara a los jueces "autónomos" (art. 204), lo que ha merecido la debida repulsa de los tratadistas italianos<sup>1</sup>.

Por el contrario, muchas veces, con otras palabras se indican tan semejantes que pueden llegar a confundirse. Tal sucede con la "descentralización" que referida a la "descentralización de servicios", expresa una modalidad de la autonomía.

No es el momento apropiado para acometer el análisis conceptual de la autonomía, coincidiendo o discrepando de la abundante literatura

---

<sup>1</sup> Luigi Rossi. "Análisis della divisione dei potere" in *Scritti vari di Diritto Pubblico*. Milano. 1939, Vol. VI. Carlo Giannastasio. "La Magistratura" in *Commentario Sistematico alla Costituzione Italiana*. G. Barbera Editore. Firenze Vol. II, pág. 163. En vez de la noción de "autonomía", que también el artículo 163 de la Constitución Italiana atribuye a los Jueces en el ejercicio de sus funciones, se hace resaltar, como característica, su triple independencia constitucional, funcional e institucional.

dedicada a semejante tema<sup>2</sup>. Bastará, en cambio, resumir sus notas definidoras.

La autonomía propiamente dicha se ofrece siempre como el "status" jurídico de un sujeto de Derecho Público, determinativo de una manera de ser que afecta a sus posibilidades de obrar. En este sentido constituye una capacidad legal no originaria -como la soberanía que es un atributo necesario-, sino derivada, o sea, conferida por la Constitución o Ley.

Por lo demás, toda autonomía es reductible, en último término, al ejercicio de poderes calificados -de distintos órdenes- que versan únicamente sobre determinadas materias. El número mayor o menor de poderes y materias marca la extensión de la autonomía.

Ahora bien, la peculiaridad distintiva de los poderes autónomos estriba en que excluyen cualquier otro que de alguna manera condicione -al menos ordinariamente- sus decisiones, salvo por la vía jurisdiccional<sup>3</sup>.

Sin embargo, según afirma acertadamente M. S. Giannini, "aun no existiendo un concepto concluyente de autonomía sí existen diversos conceptos y nociones, evidentemente diferenciados, que reciben

---

<sup>2</sup> El mayor aporte bibliográfico al tema procede de los juristas alemanes e italianos, siendo escaso por parte de los franceses y españoles. No se pretende ahora hacer un alarde bibliográfico sino indicar las fuentes que se han tenido a la vista. Santi Romano. *Frammenti di un dizionario giuridico*, voce "Autonomia". Ed. Giuffrè. Milano, 1947, págs. 15 y siguientes. Stier-Somlo. *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*. Autonomie. Walter de Gruyter Co. Berlin and Leipzig. 1926. Erfter Band, págs. 500-503. *Enciclopedia del Diritto*, voce "Autonomia pubblica". Ed. Giuffrè. T. IV, págs. 356 y siguientes. G. Zanobini. "Caratteri particolari dell'autonomia" in *Studi in onore di Ranalletti*. Ed. Cedam. Padova, 1931. Vol. II, pág. 391 y siguientes. G. Zanobini. *Corso di Diritto Amministrativo*. Ed. Giuffrè. 1949. Vol. I, págs. 64-69. M. S. Giannini. "Autonomia Saggio sui concetti di autonomia". *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. 1951, pág. 851 y siguientes. Giuseppino Treves. "Autarchia autogoverno, autonomia". *Rivista Trimestrale di D. P.* 1957, pág. 277 y siguientes. Ferruccio Pergolesi. *Sistema delle fonti normative*. Bologna. 1949. G. Zanobini "Gerarchia e parità fra le fonti" in *Studi in onore di Santi Romano*. Vol. I, pág. 589. G. Zanobini "La gerarchia tra le fonti nel nuovo Ordinamento" in *Commentario Sistemático* antes citado. Vol. I, Pág. 57. Charles Eisenmann. "La centralization et la décentralisation: Principes d'une théorie juridique". *Révue du Droit Public et de la Science Politique*. 1947. N.º 1, pág. 27 et suivantes. N.º 2, págs. 163 et s. Nros. 3-4, pág. 247 s. E. Llorens. *La Autonomía en la Integración del Estado*. Murcia. 1932. Garrido Falla. *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*. Madrid. 1950.

<sup>3</sup> Antonio Moles. *Apuntes del Curso de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela*. Ver Hans Kelsen. *Teoría General del Estado*. Trad. española de Luis Legaz Lacambra. Ed. Labor Barcelona. 1934, páginas 154, 237-242, 245, 248 y citas de G. Jellinek a la página 507.



calificación de un adjetivo añadido al término -genérico e indefinido- de autonomía: autonomía normativa, autonomía organizadora u organizativa, autonomía institucional, autonomía administrativa, autonomía técnica, autonomía financiera o rentística, autonomía contable... etc.”<sup>4</sup>.

En efecto, algunos tratadistas, desorientados por la raíz etimológica de la palabra -“autos”, “nomos”-, destacan únicamente la autonormación (Santi Romano, Zanobini, Forsthoff), sin tener en cuenta que ésta es tan sólo la autonomía normativa, una de las posibles, una de tantas.

## **B.- Contenido funcional de la autonomía**

Toda autonomía está calificada por su especie que, al mismo tiempo, califica al poder y a la función. Ello constituye el contenido funcional de la autonomía.

Mas esta autonomía específica, reducida a poder y función tiene también un grado que es el índice de su medida.

Siempre hay, pues, que considerar, la especie y el grado, como cualidad y cantidad, el qué y el “quantum” de la autonomía.

### ***a) Autonomía normativa***

La autonomía normativa, de acuerdo con el general consenso, consiste en “la capacidad de crear preceptos de Derecho objetivo” (Forsthoff). Entonces la entidad autónoma es “productora de Derecho objetivo (“erzeugend objektives recht”).

Pero, si bien el sujeto de la normación, o productor de Derecho objetivo, no es un órgano estatal, en cambio las normas del mismo emanadas son válidas según el Ordenamiento Jurídico del Estado y, por tanto, forman parte del mismo.

Ahora, como es obvio, la función normativa está circunscrita a aquellas materias que le han sido concretamente asignadas (ámbito de la normación). Dicho de otra manera; el poder normativo autónomo presupone una norma atributiva que determine los objetivos precisos. Por

---

<sup>4</sup> Ver M. S. Giannini. *Autonomía*: Saggio sui concetti di autonomia, anteriormente citado.

esto Giannini representa el esquema constructivo de la autonomía normativa en estos términos: "Yo el Estado dispongo tal cosa, mas para el resto reenvío a cuanto disponga el sujeto dotado de autonomía normativa"<sup>5</sup>.

Examinada la especie de autonomía normativa -con sus poderes y funciones-, circunscrita a una órbita prefijada, seguidamente ha de considerarse su grado.

La norma atributiva de la autonomía -en este caso la Constitución-, puede atribuir al ente autónomo el poder de dictar, en determinadas materias, normas de rango legal.

Diferentemente, la norma atributiva de la autonomía normativa, sea la Constitución o la ley ordinaria, puede atribuir al ente autónomo el poder de dictar, en determinadas materias, tan sólo normas de rango sublegal; es decir, dictadas "con sujeción a las leyes" o "de conformidad con ellas".

Cabe, por fin, que tales normas hayan de quedar subordinadas inclusive a los actos reglamentarios del Poder Nacional.

He aquí los tres grados posibles de la autonomía normativa.

Constituye, por tanto, un error, excepto en el primer caso -referido al Estado miembro en el régimen federal, a la Región autónoma y quizás a ciertos tipos de Municipio-, designar tales normas con el nombre, a todas luces inadecuado, de "leyes" y de "legislación" -a no ser en sentido material-, pese a que así lo hagan algunas veces los textos constitucionales o legales<sup>6</sup>.

La autonomía normativa de las Municipalidades se desprenden en la Constitución de 1953, de los artículos 19 y 21. Así, sus Ordenanzas, Acuerdos y Resoluciones "sólo podrán impugnarse por ante la autoridad judicial competente". Mas, semejante normación únicamente podrá versar sobre las materias enumeradas en el artículo 12, teniendo en cuenta, como aditamento del mismo, lo dispuesto en el ordinal 29º del artículo 60 (ámbito de la autonomía o materia de la autonomía) y aun todo ello "con

---

<sup>5</sup> Este es también el criterio de Hans Kelsen, quien habla de órbita "otorgada o cedida". Obra citada, pág. 247.

<sup>6</sup> Fernando Albi. *Derecho Municipal Comparado del Mundo Hispánico*. Ed. Aguilar. Madrid. 1955. pág. 80. El autor emplea el nombre de "seudofunción legislativa", la cual al estar condicionada por la ley tiene, en puridad, carácter administrativo. Respecto al régimen de carta, "Charter system", ver las páginas 86-88.

sujeción a las leyes y reglamentos nacionales". Es decir, se trata de una autonomía normativa de tercer grado<sup>7</sup>.

En el texto constitucional de 1961 la autonomía se declara con distintas palabras que tienen el mismo alcance: "Los actos de los Municipios no podrán ser impugnados sino por ante los órganos jurisdiccionales de conformidad con esta Constitución y las leyes" (art. 29, N° 3°).

Empero, el ámbito de la normación resulta más fluido pues, lejos de contornearse como antes, por enumeración, se utiliza una fórmula conceptual. "Es de la competencia municipal -establece el artículo 30- el gobierno y administración de los intereses peculiares de la entidad, en particular cuanto tenga relación con... las materias propias de la vida local"<sup>8</sup>. Ahora, que los límites negativos se encuentran, no sólo en el artículo 136 de la Constitución, sino asimismo en la competencia residual de los Estados incluida en el ordinal 7° del artículo 17.

Por lo demás, tanto la estructura de los Municipios -su régimen orgánico- como su funcionamiento y actividades dependen de las prescripciones legales (ver artículos 25, 26, 27, 30 en relación con el 136, 31, 32, 33 y 17 Nos. 2° y 5°).

Quedaría ahora por examinar los tres géneros restantes de autonomía municipal que admite la Constitución de 1953, a saber: la fiscal, la económica y la administrativa (art. 18), pero tan sólo en cuanto sirva como punto de referencia para los ulteriores razonamientos.

### *b) Autonomía fiscal*

Indicada en los artículos 21 ordinal 4°, 20 y 95 párrafo segundo, abarca el conjunto de la Hacienda Municipal, con el Presupuesto, el sistema rentístico o tributario y las diversas operaciones financieras, entre ellas, las concernientes al crédito público.

Es esta la única materia -denominada fiscal- en la que la autonomía alcanza su límite máximo pues, a más de los actos de normación y de administración, permite organizar. Así, cuando la Municipalidad organiza

---

<sup>7</sup> Fernando Albi. Obra citada, páginas 62, 73-74 y 138.

<sup>8</sup> Fernando Albi. Obra citada, páginas 76-79 y 128.

### *Los límites de la Autonomía Municipal*

sus rentas e ingresos (art. 21, N° 4°) dispone siquiera sea de un adarme de autonomía organizadora u organizativa.

#### *c) Autonomía económica*

La moderna Administración municipal ha venido participando de una manera progresiva en la actividad económica, erigiéndose en productor y distribuidor de bienes, sea para prestar servicios o bien simplemente para obtener rendimientos lucrativos del erario. La Administración municipal ha sido así, sobre todo desde las postrimerías del siglo pasado, un agente de la economía, utilizando indistintamente medios de Derecho Público o de Derecho Privado. De ello resulta la proliferación de “empresas” en su sentido económico-jurídico. Empresas económicas de prestación de servicios (Empresas de la Administración o empresas fiscales) ir asimismo empresas comerciales e industriales en forma de empresas de economía mixta, de Sociedades mercantiles de acción única..., etc.

Las posibilidades abiertas a la iniciativa municipal por la actividad económica ha hecho que ésta se convierta en objeto de una de las especies de autonomía.

La autonomía económica consagra la capacidad del Municipio en tanto que promotor, inversionista, propietario y gestor de “empresas municipales”, confiriéndole los poderes para ello necesarios.

Resumiendo: la autonomía económica es aquella especie de autonomía concerniente a la administración de la economía.

#### *d) Autonomía administrativa*

Tradicionalmente “lo administrativo”, en el ámbito municipal, se ha definido por contraposición a “lo político”. La doctrina francesa, llevando a sus últimas consecuencias el dogma de la indivisibilidad de la soberanía, había proclamado que los munícipes -Concejales o Consejeros Municipales-, aun cuando fueran elegidos por sufragio popular, “no tienen carácter representativo, siendo meros agentes para ejercer funciones administrativas” (Constitución de 1789).

Desde entonces los textos legales de los países hispánicos, comprendiendo Hispanoamérica, insistieron en calificar los Municipios de

“corporaciones económico-administrativas”, desprovistas de significación política.

Modernamente priva, más bien, la idea de los “intereses locales” que, hasta cierto punto, compagina lo administrativo con lo político.

En el sentido estrictamente jurídico, la actividad administrativa está determinada por una peculiar manera de ejecutar la ley -actividad sublegal-resolviéndose en múltiples manifestaciones, como actos formales, cometidos y gestiones.

Pero la normación -es decir, la facultad de dictar actos generales-pertenece en la esfera municipal al dominio de la autonomía normativa.

La autonomía administrativa estará, pues, reducida al conjunto de actividades que, condicionadas por las normas -particularmente las autónomas-, llegan a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas individuales. Dicha actividad ha de alcanzar todos los objetivos asignados al Municipio, sea mediante actos técnicos y de gestión o mediante actos formales: proveimientos, decisiones y resoluciones.

Ahora bien, la autonomía administrativa es la autonomía de la referida actividad que por encontrarse sustraída a cualquier intromisión de otros poderes, sólo a los del orden jurisdiccional. En suma, la autonomía administrativa convierte en definitivos los resultados de su propia actividad.

### III

## LOS PODERES DE ORGANIZACIÓN Y LA AUTONOMÍA ORGANIZATIVA

### A.- El condicionamiento normativo de la organización

“El conjunto de normas que regulan la composición, las atribuciones y el funcionamiento de un aparato administrativo” constituye el contenido de una disciplina jurídica que, cada vez mejor sistematizada, ha adquirido auge con el nombre de “Derecho de Organización”<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> J. A. García-Trevijano Fos. *Principios jurídicos de la Organización Administrativa*. Madrid 1957. Las implicaciones jurídicas de la organización administrativa que ya había

Como expresa Forsthoff, "el Derecho de Organización tiene por objeto la estructuración de los órganos funcionales y la atribución de facultades y deberes, es decir, de competencias"<sup>10</sup>.

Cualquier entidad pública -incluyendo el Estado- ha de estar organizada conforme a las pautas del Ordenamiento Legal que la rija.

La organización implica disponer, con arreglo a un orden dado, diversas figuras jurídicas subjetivas de desigual cualidad a saber: Oficinas o dependencias oficiales -cuyo sentido más exacto expresa el término "Ufficio-munus" utilizado por los juristas italianos- órganos y también personas jurídicas varias, susceptibles de operar como órgano-persona jurídica, persona jurídica titular de un órgano, persona jurídica instrumental..., etc.

A fin de que las distintas figuras jurídicas subjetivas puedan desenvolver regularmente su actividad y ejercitar de una manera adecuada sus poderes, es necesario que la relación que las coliga se encuentre predeterminada por las normas legales. Las formas que adoptan tales relaciones coligantes -de trascendencia jurídica- se denominan figuras

---

vislumbrado Otto Mayer (ver *Derecho Administrativo Alemán*. Edición argentina. Tomo IV páginas 261 y siguientes), han sido estudiadas cuidadosamente por los juristas alemanes e italianos, llegándose inclusive a hablar de un "Derecho de Organización". La abundantísima bibliografía alemana se encuentra reseñada en la obra de Ernst Forsthoff. *Tratado de Derecho Administrativo*, traducción española de la quinta edición alemana. Ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1958, páginas 545-671. De los tratadistas italianos se hace imprescindible citar: Arnaldo de Valles. *Teoría Giuridica della Organizzazione dello Stato*. Ed. Cedam. Padova. Vol. I. 1931. Vol. II, 1936. C. Esposito. *Organo e Ufficio e soggetti vita dell'ufficio*. 1932. Ugo Forti. "Teoria dell'organizzazione e delle persone giuridiche pubbliche. *Lezioni di Diritto Amministrativo*. Editrice Dott. E. Jovene, Napoli, 1948. Massimo Severo Giannini. *Lezioni di Diritto Amministrativo*. Ed. Giuffré. Milano, 1950, páginas 12 y siguientes, 51 y siguientes, 121-211. "Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza della organizzazione", *Rivista trimestrale di D. P.* 1954, página 286. "Identificazione della discipline dirette allo studio degli aspetti non giuridici della organizzazione amministrativa" in *La scienza e la tecnica della organizzazione nella Pubblica Amministrazione*, 1954, página 193. Pietro Gasparri. *Corso di Diritto Amministrativo*. Vol. I. "Teoria della Organizzazione Amministrativa". Zuffi Editore. Bologna. 1953. Los volúmenes II, III y IV están editados por CEDAM. Padova, en 1955, 1956 y 1960, respectivamente. De ellos interesa el III. "Le disorganizzazioni e le disfunzioni amministrative", y el IV en su primera parte dedicada a "I Controlli organici". *Lessona*. "Scienza dell' amministrazione e Diritto Amministrativo" en la revista citada *La scienza de la tecnica della organizzazione amministrativa*, 1957, página 193.

<sup>10</sup> Ernst Forsthoff. *Tratado de Derecho Administrativo* (traducción española citada), página 558.

organizatorias -figuras objetivadas- entre las cuales se encuentran la jerarquía, la supremacía, la equiordenación, el control, la representatividad, la unión de órganos, el consorcio, etc.<sup>11</sup>.

Ahora bien; crear, modificar y articular las figuras jurídicas subjetivas, estableciendo sus relaciones con arreglo a las correspondientes figuras organizatorias -atribuyéndoles las precisas competencias- es propio de un tipo de normas, diferentes de las normas jurídicas generales: Las normas de organización: "Las normas de organización deben ser cuidadosamente distinguidas de las normas jurídicas generales. Estas se dirigen a todos; tienen como misión prescribir la conducta de cada uno; por eso se las ha llamado normas de conducta. Por consiguiente, se oponen a las normas de organización, cuyo objeto es la estructura de los organismos del Estado y de las demás entidades públicas"<sup>12</sup>.

De semejantes normas -que como tales constituyen preceptos obligatorios- derivan los poderes de organización.

Empero, las dificultades comienzan cuando hay que medir los poderes derivados de las diversas clases de normas de organización posibles<sup>13</sup> con referencia a los efectos que deba producir su ejercicio. Porque, en definitiva, cualquier norma de organización es a la postre reducible a una norma atributiva de competencia, aun sirviendo ésta para atribuir las competencias que requieran los organismos en su virtud creados.

Hay poderes de organización implícitos en las normas -digamos de planta o de organización original- que permiten crear figuras organizativas elementales -ejerciendo poderes ordinarios de organización- por ejemplo, unidades burocráticas equivalentes a Oficinas, departamentos o negociados, pues se trata de una simple distribución del personal, sin desplazamiento de las funciones o competencias que continuarán imputadas a unos mismos órganos.

---

<sup>11</sup> M. S. Giannini. *Lezioni di Diritto Amministrativo*, páginas 121-149 y 193-221.

<sup>12</sup> Walther Burckhardt. *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*. Zurich. 1927, páginas 17 y 124 (hay una edición posterior de 1944). Los antecedentes de la distinción ya se encuentran en la obra de August Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, publicada originariamente en Weimar en 1878. (Hay una excelente traducción con notas de Alessandro Levi, editada por la CEDAM. Padova. 1951, (segunda edición). El problema lo replantea Forsthoff. **Obra citada**; páginas 510-562.

<sup>13</sup> J. A. García-Trevijano. *Obra citada*, páginas 15 y siguientes.

Pero los poderes indicados resultan, en cambio insuficientes para crear figuras organizativas más complejas; por ejemplo, otros órganos deliberantes y ejecutivos en tanto que nuevos centros de imputación o bien personas jurídicas dotadas de autonomía, lo cual exige poderes de organización, no ya ordinarios sino especiales<sup>14</sup>.

## **B.- La constitución de Institutos Autónomos**

A estas alturas cabe ya preguntarse si un Concejo, cuyos poderes de organización no se encuentren expresamente previstos, está facultado para organizar determinados servicios municipales en un régimen de Instituto Autónomo.

La jurisprudencia francesa del Consejo de Estado se había pronunciado desde un buen principio por la negativa (ver "Arrête Commune d'Aigre" 7 avril 1909. Rec. Labon, pág. 345 y "Arrête Lafitte" 28 de octubre 1932, Dalloz III, pág. 65).

Empero, más que la autoridad del precedente, aun siendo tanta, ha de prevalecer el resultado del razonamiento, capaz de sentar un criterio convincente.

La cuestión se plantea así como sigue:

El Instituto Autónomo ("Etablissement Public", "Öffentliche Anstalt"), es una persona jurídica provista de las facultades necesarias y de un patrimonio suficiente para el cumplimiento de determinados cometidos administrativos.

De esta manera, lo que era antes administración unitaria, o sea, la administración directa, se escinde por la transferencia de facultades, dando lugar a una administración indirecta, con lo que se multiplica el centro de imputación jurídica produciéndose una redistribución de competencias.

Forsthoff advierte al respecto que, el otorgamiento de un "status" institucional público, en tanto implique el ejercicio de "imperium", o dicho en otros términos, que haya de producir actos de autoridad, hace imprescindible una autorización legal expresa<sup>15</sup>.

Por su parte, García-Trevijano sostiene que los poderes de organización están sometidos al principio de reserva legal siempre cuando

---

<sup>14</sup> E. Forsthoff. *Obra citada*, páginas 559-562.

<sup>15</sup> E. Forsthoff. *Obra citada*, página 559.



puedan afectar a terceros; que lo son, no sólo los administrados, quienes se encuentran fuera de la organización, sino los propios titulares en cuando dejan de serlo en alguna relación concreta<sup>16</sup>.

Ha de añadirse ahora que, en el presente caso se trata de Concejo, es decir, de una administración autónoma, sin constatar no obstante tenga expresamente conferidos poderes de organización, ¿puede entonces, sin más, crear nuevas figuras jurídicas subjetivas autónomas, transfiriéndoles una parcela de sus propias facultades autonómicas?

El profesor A. R. Mazzocco, refiriéndose al caso suscitado por la Municipalidad de Buenos Aires afirma que, “siendo la Municipalidad un poder autónomo no sería posible que, dentro de ese organismo, se crearan otros como personas jurídicas”. Por ello, tanto la Administración de Propiedades Municipales, como el Ente de Industria Municipal no son más que simples organismos técnico-burocráticos encuadrados en la estructura interna de la Administración del Municipio porteño, a la que tienden a prestar mayor agilidad<sup>17</sup>.

En suma; el Municipio, aun dotado de autonomía, para proveer a su organización, creando un Instituto Autónomo, ha de derivar los poderes necesarios :

- 1° De una autorización legal expresa. Así en España la Ley de Régimen Local, autoriza al Ayuntamiento en pleno para “la creación, modificación o disolución... de Instituciones o Establecimientos Municipales” (artículo 121, letra b).
- 2°. De una ley especial o mejor dicho, un acto individual en forma de ley. Este es el origen del Banco Municipal de Préstamos del Municipio de Buenos Aires (Ley 30 de octubre 1904), de la Corporación Municipal del Transporte de Lima (Ley 19 de julio 1946) y del “Instituto de Previdenza” del Municipio Río

---

<sup>16</sup> J. A. García-Trevijano. Obra citada, página 17.

Otto Mayer, advertía que la creación de una persona de Derecho Público ha de tener lugar mediante una ley, tanto en el caso de que se introduzca un cambio en algo que la ley había ya regulado como si el nuevo cuerpo administrativo ha de estar dotado de poderes que de alguna manera afecten a la libertad o a la propiedad de los administrados (Derecho Administrativo Alemán, traducción argentina antes citada, página 275).

<sup>17</sup> Angel Raúl Mazzocco. “Las descentralizaciones en la Municipalidad de la Capital Federal y las Reparticiones autárquicas de la Nación”. Buenos Aires. 1941, página 29 y siguientes. (La cita aparece en la obra de Fernando Albi. “Derecho Municipal... etc.”, páginas 169- 170).

de Janeiro (Decreto-Ley 10 agosto 1938), que tienen el carácter de verdaderos Institutos Autónomos<sup>18</sup>.

- 3º. Del ejercicio de poderes propios emanados de la autonomía organizativa. Punto este que exige un comentario, por sobrio que sea.

### C.- Perfil jurídico de la autonomía organizativa

En principio, cabe resumir la noción de la autonomía organizativa diciendo que consiste en “el poder de organizarse a sí mismo”, lo cual comporta la posibilidad de hacerlo con eficacia constitutiva u derogatoria<sup>19</sup>.

La creación y supresión de figuras jurídicas subjetivas de toda clase -órganos complejos orgánicos, personas jurídicas autónomas-, con el consiguiente reparto de competencias, diseña el perfil jurídico de semejante especie de autonomía. Una de tantas: la autonomía organizativa.

En consecuencia; el máximo grado de autonomía organizativa tiene su paradigma en el régimen de estatuto o estatuario.

El profesor Ugo Forti, que fue un precursor de los estudios dedicados a los estatutos de los entes autónomos, ya distinguía los actos organizativos, llamados “actos constitutivos”(primarios) de los simples actos reglamentarios (secundarios), lo que marca la diferencia entre dos especies de autonomía: la organizativa y la normativa<sup>20</sup>.

El propio término sugiere el significado de “norma estructural”. Estatuto -“status-a-um”, procedente de “status”, puesto en pie, establecido o edictado- es “el conjunto de normas que regulan la organización de los entes colectivos, distintos al Estado, determinando su estructura, la

---

<sup>18</sup> Fernando Albi. *Obra citada*, páginas 169-171.

<sup>19</sup> M. S. Giannini. “Autonomia”. En este caso se contempla, como obvio, la autonomía de cuerpos de la Administración y en manera alguna de las Regiones -la autonomía regional en la República Española e Italia-, que tienen otro carácter.

<sup>20</sup> Ugo Forti. “Per una teoria degli statuti” in *Studi di Diritto Pubblico*. Soc. Editrice del Foro Italiano. Roma 1937. Vol. I, páginas 251-277. C. Scorza. *Gli statuti degli enti a tipo associativo*. Roma. 1934,

composición y poderes de sus respectivos órganos, sea en sus relaciones internas como externas<sup>21</sup>.

Empero, no precisa para la exactitud de la definición, ni la pluralidad de normas ni tampoco que éstas integren un cuerpo más o menos sistematizado. Puede tratarse de normas singulares y aisladas. Así Ugo Forti entiende por estatuto o acto estatuario, “toda norma de autoorganización emanada de la autonomía”; evidentemente, de una especie de autonomía que contenga tales poderes<sup>22</sup>.

En el orden municipal, la autonomía organizativa encuentra su expresión típica en el “Charter System” norteamericano, que oscila entre la forma plenaria del “Home rule charter plan” y la forma restringida del “special charter system” o carta otorgada<sup>23</sup>. En todo caso, el “Charter System” representa, de cierta manera, la versión municipal del Estatuto o régimen estatuario.

---

<sup>21</sup> Renzo Rava. *Gli Statuiti degli enti pubblici*. Ed. Giuffrè. Milano. 1936. Páginas 2-7. El autor hace notar que los tratadistas germánicos suelen confundir estatuto y actividad estatuaría con otra clase de normaciones propias de la autonomía normativa, por ejemplo los reglamentos u ordenanzas. Así lo hacen, en efecto, H. Kelsen, obra citada, página 240, A. Merkl, *Teoría general del Derecho Administrativo*, traducción española, páginas 163-164, E. Forsthoff. *Obra citada*, páginas 611-612. El Estatuto y la actividad estatuaría tiene exclusivamente por objeto la autoorganización y en este sentido dimana del ejercicio de poderes de organización, distintos de los poderes correspondientes a la autonomía normativa. Ugo Forti lo deja clarísimamente establecido en la obra citada, páginas 260-261.

<sup>22</sup> Ugo Forti. *Per una teoria degli statuti*, páginas 260-261. Pasaje señalado en la nota anterior. El término “acto constitutivo” lo reserva R. Rava al acuerdo contractual -páginas 51-57-, pero esto es solamente cierto cuando se trata de entes asociativos, puesto que los demás tampoco se encuentran desprovistos de constitución. Aplicando ahora tales nociones al caso examinado no hay duda que la norma estatuaría o Estatuto, para los Municipios, es la Constitución y la ley subsiguiente que organiza el Poder Municipal, llamada por esto ley orgánica. Al crearse un Instituto Autónomo, éste nace jurídicamente de un verdadero acto estatuario, de un estatuto. Ahora bien, la existencia de semejante Estatuto implica: 1º) Que en cierta manera afecta a la organización original del Municipio si la posibilidad de constituir Institutos Autónomos no estuviera prevista. 2º) Que se ejercita para ello una actividad estatuaría, la cual lleva aparejados poderes de organización, sin que, por tanto, se trate en manera alguna del ejercicio de la autonomía normativa. Entonces, si la actividad estatuaría no aparece expresamente autorizada se consuma una evidente extralimitación.

<sup>23</sup> William B. Munro. *The Government of American Cities*. New York. 1926. W. K. Clute, *Law of Modern Municipal Charters*. Detroit. 1920. Este tipo de autonomía solamente la adoptaron, con mayor o menor amplitud, en los países hispánicos: Cuba (Constitución 1940), Estado de Río Grande do Sul y, teóricamente, España con el estatuto Municipal de 1924.

La amplitud de la autonomía organizativa permite ejercer los poderes de organización, en mayor o menor escala, según los límites del grado conferido por la norma que la regula<sup>24</sup>.

En suma; decidir si a un Municipio le es lícito constituir un Instituto Autónomo, depende no sólo de la calidad de sus poderes -los de organización propios de la autonomía organizativa-, sino también de su grado exponencial.

## IV

### LA AUTONOMÍA MUNICIPAL EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA

#### A. Especies de Autonomía atribuidas

Ya se ha dicho que la Constitución de 1953 (arts. 18 y 19) admite cuatro especies de autonomía, designadas nominativamente y cuyo respectivo alcance quedó asimismo indicado. En cambio, no consta atribución explícita de ninguna otra especie y antes bien, aparece omitida la autonomía organizativa, con lo que quedan a su vez excluidos los poderes de organización.

El sistema municipal venezolano responde a la fórmula unitaria, así denominada porque la estructura de los órganos, con sus respectivas relaciones, competencias y actividades han de estar unitariamente establecidos en la ley, sin margen para ninguna iniciativa singular. Es la misma fórmula adoptada por México, Guatemala, Costa Rica, Panamá, Bolivia, Perú y Uruguay.

Sin embargo, la expresión utilizada resulta imprecisa pues no esclarece si se trata de una ley nacional o estatal, aun cuando el artículo 60, N° 29, y en todo caso el artículo 12, permiten colegir que las leyes del orden estatal, por cualquier motivo existentes o persistentes, habrían de estar siempre subordinadas a las del orden nacional.

Más explícito, las diferentes formas organizativas que pueden adoptarse serán exclusivamente las prescritas, señaladas y admitidas en las

---

<sup>24</sup> Fernando Albi. Obra citada, páginas 73 y 643-648.

normas del orden nacional, de acuerdo en todo con las condiciones y requisitos en ellas contenidas.

El precepto comentado opera, por tanto, como una verdadera norma de conexión que reenvía a los textos legales pertinentes.

De otra parte, la figura organizativa del Instituto Autónomo aparece únicamente regulada en una disposición que rige la Hacienda Nacional -el título IV de la Ley Orgánica de Hacienda Nacional- que se declara aplicable a la administración de Hacienda Municipal (artículo 233 de la Constitución vigente). Así, mientras la forma organizativa del Instituto Autónomo prosiga incluida en el cuadro legal de las instituciones de la Hacienda el doble reenvío se hace incuestionable. Sin olvidar que el artículo 230 prescribe ineludiblemente y sin hacer distinción, la forma de ley.

He aquí como por distintos caminos se ha llegado a una misma conclusión unificando el criterio que ha prevalecido, según antes se dijo, en los Municipios de Buenos Aires, Lima y Río de Janeiro.

Faltaría ahora añadir unas breves consideraciones complementarias respecto a las diferencias que median entre las Municipalidades del Distrito Federal y las restantes; lo que se hará, a grandes rasgos, para evitar recargos innecesarios.

## **B.- Municipios de excepción**

Se ha llegado a afirmar que, “en los Distritos federales no existe Municipio ni puede hablarse de lo municipal propiamente dicho<sup>25</sup>. Apreciación sin duda exagerada que pretende destacar el contraste ofrecido por los Municipios de las capitalidades -sobre todo en los Estados Federales- cuyo régimen es excepcional.

La teoría americana sostiene que, “en la capital de la República la acción del Gobierno ha de ser tan amplia y exclusiva que ninguna autoridad puede limitarla<sup>26</sup>. Supuesto que ha determinado el régimen

---

<sup>25</sup> C. Zavalia. *Tratado de Derecho Municipal*. Buenos Aires. 1942, páginas 226-227.

<sup>26</sup> “Recopilación de los Debates de Leyes Orgánicas Municipales”. Buenos Aires. L. S. Gallagher. *The Government of the District of Columbia*. New York. 1923 (citadas de Albi, obra citada, página 348).

municipal de Washington, Buenos Aires y México y menormente el de Caracas y Río de Janeiro.

La Constitución de 1953 dispone que, “la Ley Orgánica del Distrito Federal podrá establecer un régimen especial de su poder Municipal, siempre de acuerdo con las disposiciones de esta Constitución” (art. 18, párrafo segundo), entrando en la competencia del poder nacional, “la organización y régimen del Distrito Federal”(art. 60, N° 5°).

A ello corresponde la Ley Orgánica del Distrito Federal -de 14 de octubre de 1936-, cuya Municipalidad organiza con el concurso de dos órganos: uno deliberante, el Concejo Municipal -a cuya naturaleza correspondería mejor el nombre de Concejo Municipal- de elección popular y otro ejecutivo, al Gobernador, designado por el Presidente de la República (arts. 33 y 14): “El Municipio que forma el Distrito Federal ejerce su autoridad por medio del Concejo Municipal y del Gobernador como autoridad ejecutiva. El Concejo Municipal será representado por su Presidente y por el Síndico, y sus atribuciones limitan su autonomía a sólo funciones deliberativas. De consiguiente, aparte de no tener el Concejo, en el Derecho positivo venezolano, ningún poder ni representación expresas del Municipio, carece asimismo de todo poder implícito al no existir en la ley ninguna disposición que lo faculte para ejercer las funciones no atribuidas, expresamente, a otra autoridad<sup>27</sup>.”

“La autonomía municipal en el Distrito Federal está, pues, distribuida entre el Concejo Municipal y la autoridad ejecutiva, que integran la Municipalidad”<sup>28</sup>.

De lo dicho se desprende que el Concejo Municipal tiene primordialmente atribuido el ejercicio de la autonomía normativa (Ley, artículo 41, Nros. 2° y 3°) y la participación de actos individuales taxativamente enumerados, “careciendo”, aparte esto, de todo poder implícito”.

---

<sup>27</sup> Sentencia de la Corte Suprema de 28 de diciembre de 1937. Memoria de 1938. Tomo I, página. 394.

<sup>28</sup> Sentencia de la Corte Suprema de 13 de junio de 1938. Memoria 1939. Tomo I, páginas 230-231.

No puede dejar de citarse otra excelente obra de Fernando Albi: Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales. Ed. Aguilar. Madrid. 1960 (sobre todo, en el Libro Segundo, dedicado a los modos descentralizados, la parte referente al establecimiento Público, páginas 311-345).

Fuera de tales límites corresponde al Gobernador -como órgano ejecutivo de la Municipalidad- “ejercer la Administración del Distrito Federal”, “organizar o dirigir sus Oficinas”, “velar por el eficaz funcionamiento de los servicios municipales **propendiendo a su efectiva organización y mejora**” (artículo 14).

Ninguna norma municipal, dictada en el ejercicio de la autonomía normativa, puede válidamente extralimitar estas premisas legales ni hacer nugatorias y aun menoscabar o restringir las facultades que de ellas derivan.

Al tratarse, por tanto, de constituir un Instituto Autónomo en contradicción con preceptos legales categóricos habría de existir otra ley con efectos derogatorios.

Lo dicho es aplicable, tanto a la hipotética constitución como a la hipotética adscripción del Instituto Autónomo. La Ley especial constitutiva prevalecerá sobre la ley general, pero el argumento demuestra que la forma de ley se hace imprescindible.

La Constitución de 1961 no altera substancialmente, en lo que respecta al Distrito Federal, el sistema preestablecido (artículos 12 y 136, N° 6°).

### **C.- Los Municipios de régimen común**

La cuestión previa planteada para resolver el caso, en cuanto se refiere a los demás Municipios, los de régimen común, consiste en determinar ante todo si la Ley organizadora prevista en la Constitución (la de 1953, artículo 18, último inciso de primer párrafo), ha de emanar del poder nacional o del estatal.

Todos los Estados cuentan con Leyes Orgánicas del Poder Municipal de fechas diversas, cuya concordancia con las propias Constituciones estatales y con la nacional es más que problemática por lo que habría de ser comprobada. Hay constituciones estatales recientes que incorporan literalmente a su texto el establecido en cuanto al régimen y organización municipal en la Constitución Nacional de 1961, como si no tuviera diferida su vigencia en virtud de la primera de sus disposiciones transitorias.

### *Los límites de la Autonomía Municipal*

Semejantes circunstancias convierten en tarea poco menos que imposible hacer generalizaciones de ningún genero. Cualquier respuesta habría de corresponder a un caso concreto.

No obstante, las bases contenidas en la Constitución de 1953 -en este particular vigente- permiten sentar un criterio. Así, aun cuando la Constitución o la ley del estado confieren al Municipio facultades para crear y regir Institutos Autónomos, el orden prelativo de las fuentes jurídicas -Constitución Nacional, leyes nacionales, Constituciones estatales, leyes estatales-, pondrían fin a la duda que pudiera suscitarse.





## El concepto de autonomía universitaria\*

Me permito intervenir en este brillante debate sobre la autonomía universitaria, de una manera estrictamente técnica, aduciendo al hacerlo así dos motivos decisivos. Ante todo, para desmistificar aquello que no siendo más que una creación intelectual suele no pocas veces manifestarse impropriamente como una mística. Después, dado que la autonomía constituye una figura jurídico-organizativa, es únicamente como tal figura jurídico-organizativa que puede quedar regulada en un texto de ley y por consiguiente en el anteproyecto de Ley de Educación Superior.

Claro está, según advertía el Rector Víctor Possi, que no se trata ahora de dar una definición legal a la autonomía. La técnica legislativa tiene en principio excluido semejante objetivo. Mas, tampoco carece de buenas razones el Doctor Mulino al afirmar que se hace imposible discurrir sobre un concepto que no haya sido previamente determinado y con él la exactitud del nombre que lo designa.

### NOCIONES PRELIMINARES

He aquí por qué habrá de comenzarse con una noción sumamente simple, considerando de momento la autonomía, para tener una vaga idea de ella, como “un poder jurídico característico, atribuido por la norma”. En la caracterización de tal poder radican todas las dificultades que luego se intentará, al menos, reducir si no desvanecer. Sin embargo ya hay un punto de arranque. Este poder, estando atribuido por una norma constitucional o legal, según los casos se nos presenta como contrapuesto a la soberanía que *es un poder originario*, fuente primaria de toda normación. La autonomía no tiene pues otro título de legitimidad que el que le confiere la norma, fuera de la cual desaparece el poder autonómico para convertirse en ilícito.

---

\* Publicado en la *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal* N° 140, Caracas, (Julio-Diciembre) 1971, pp 11 a 36.

Ahora bien, toda autonomía ha de atribuirse necesariamente a un sujeto jurídico, pero siendo los sujetos jurídicos distintos también lo habrá de ser su respectiva autonomía. Tres son los sujetos jurídicos, por sus peculiaridades, titulares de diferentes autonomías: los Entes territoriales menores, las Corporaciones y las Instituciones.

*Primero.* La autonomía de los Entes territoriales menores -Estados de Venezuela, Repúblicas autónomas de la U.R.S.S., Regiones italianas, Municipios, agrupaciones supra-municipales... etc.- deriva de la Constitución y resulta tan típica que no puede parangonarse con ninguna otra por pertenecer a formaciones exponenciales de la soberanía.

*Segundo.* La Corporación (de "Corpus") es una persona jurídica de carácter asociativo, o sea, un conjunto de asociados en cuya voluntad colectiva -directa o representativamente manifestada- radica la legitimidad de su actuación para conseguir un fin común, ligado a sus intereses privativos y disponiendo de un patrimonio propio. Existen, desde luego, muchas clases de Corporaciones; unas, creadas por la exclusiva iniciativa de sus componentes, otras, promovidas e inclusive impuestas por la ley; anticipándose desde ahora una "summa divisio" entre las Corporaciones públicas y privadas. A veces las Corporaciones, pese a lo privativo de sus intereses, pueden también desarrollar actividades de interés general, lo que las aproxima a las Instituciones (ejemplos entre otros de la época actual: la Iglesia y los Sindicatos, calificados de Corporaciones públicas y las Asociaciones Científicas y Benéficas que, aun siendo de índole privada, pudieran ser declaradas de utilidad pública ).

*Tercero.* Por el contrario, la Institución -de "institutum", ordenación con reglas y principios- es, asimismo, una persona jurídica, aun cuando sin carácter asociativo, consistiendo en "un fondo de medios personales y materiales -entre estos el patrimonio- destinados a servir permanentemente un fin público, actuando entonces como parte de la Administración". En consecuencia tan sólo puede ser creada por la ley que, además, le señala los cometidos a cumplir y los procedimientos de su actuación. Esto no obsta a que algunas Instituciones puedan constituir mediante el sufragio de los interesados o de los destinatarios especificados en las normas legales, aquellos órganos colegiados que tengan atribuida la administración o el ejercicio de determinadas funciones administrativas, lo que las aproxima en este solo sentido a las Corporaciones, sin confundirse con ellas (ejemplo: los Institutos Autónomos de cualquier clase ).

El uso impreciso de los términos hace que el ilustre administrativista Ernst Forsthoff insista en recalcar la diferencia: “La Corporación pública es una asociación por tener miembros y únicamente ella merece la denominación de Asociación. Es por tanto lamentable que la terminología mal utilizada aumente las dificultades que se oponen con frecuencia a la delimitación de la Corporación con la Institución” (“Tratado de Derecho Administrativo”, págs. 623-624, nota 66).

De esta clasificación de sujetos -Entes territoriales o políticos, Corporaciones públicas o privadas e Instituciones, todas necesariamente públicas- dimanan dos *géneros de autonomía*, a saber:

- 1º. La autonomía política o del orden constitucional, pues procede de la Constitución, teniendo por ello un valor jurídico cualificado.
- 2º. La autonomía que, para diferenciarla de la anterior, se denomina administrativa o del orden legal, derivada de la ley ordinaria, subdistinguiéndose en el mismo género, la autonomía corporativa de la autonomía institucional, entre sí considerablemente diversificadas.

## PERFIL DE LA AUTONOMÍA

La elaboración del concepto de autonomía confronta una primera dificultad con el empleo de su propio nombre. En efecto, tal vocablo, que procede del léxico jurídico, ha desbordado su recipiente originario sin que el recuerdo de su procedencia, es decir, su etimología, contribuya a proporcionar ahora su exacto significado. Así el vocablo autonomía se ha hecho tan equívoco que sirve para designar una variedad de cosas pertenecientes a diversos órdenes. Por ejemplo, en Filosofía se considera que ciertas esferas de la realidad son autónomas de otras, a lo cual se denomina autonomía ontológica, afirmándose asimismo que la autonomía moral rige frente a la heteronomía del Derecho. La mecánica cuenta con motores autónomos e inclusive en la aeronáutica se habla de una autonomía de vuelo. Pero aún en la propia Ciencia jurídica existen, tanto autonomías públicas de diversas clases, como la autonomía de la voluntad que es el fundamento del Derecho Privado.

El concepto “claro y distinto” de autonomía se ha ido formando con los datos suministrados por la experiencia histórica que, proviniendo de las remotas estructuras políticas medioevales, sobre todo aquellas de los siglos XI al XIII -denominada la era de las autonomías- hasta llegar a las formas del Estado tecnológico, no precisamente tecnocrático, propio de la época actual. El concepto se ha elaborado finalmente con toda precisión, lo que permite diferenciarlo de otros limítrofes, sin confundir entonces la auténtica autonomía, ni con autogobierno o “*selfgovernment*”, ni con soberanía, ni con autarquía ni con delegación funcional.

La autonomía propiamente dicha no es ni más ni menos que una figura jurídico-organizativa, es decir, con dos componentes. Hay unas exigencias de la organización para que cada una de las partes integrantes se encuentre funcionalmente correlacionada con la estructura total. Mas también el Ordenamiento Jurídico cuenta con un poder organizativo, mediante el cual se distribuyen atribuciones y competencias entre las distintas figuras jurídicas subjetivas de la organización. Pues bien, la autonomía es una manera típica de organizar con una tendencia descentralizadora o desconcentrada, según los casos, que puede adoptar tanto el Estado como cualquier otra entidad jurídica. Así el Estado adopta la autonomía de los Entes territoriales menores, dotados de autonomía política, como también, en otros términos, la de las Corporaciones e Instituciones. Empero análogamente la Iglesia Católica está organizada con un sistema de autonomías que comprende a las Arquidiócesis, Diócesis, Vicariatos, Prefecturas Apostólicas y Prelaturas “*nullius*”, como a su vez las empresas mercantiles disponen de sucursales y filiales en cierto sentido autónomas respecto a su casa matriz. Semejante descripción de la figura jurídico-organizativa se ha utilizado para aproximarse al concepto de autonomía.

Todo lo dicho demuestra con cuanta cautela y escrupulosidad han de abordar los juristas un tema tan complicado. Es así que al proseguir el análisis del concepto de autonomía cayeran en cuenta que se trata de un concepto abstracto cuya determinación únicamente puede hacerse enumerando las distintas clases de autonomía que concretamente contiene. “Aun no existiendo un concepto concluyente de autonomía -expresa el administrativista italiano M. S. Giannini- sí existen distintos conceptos y nociones evidentemente diferenciados que reciben calificación de un adjetivo añadido al término, tal como autonomía normativa, autonomía organizativa, autonomía técnica, autonomía

dispositiva, autonomía financiera, autonomía contable... etc". En puridad se trata de *especies de autonomía* y por tanto así habrían de denominarse.

Resultaría, sin duda alguna, inoportuno e inclusive impertinente extenderse ahora en tecnicismos impropios de este lugar y momento, empero no puede evitarse, para la mejor comprensión del conjunto, hacer referencia, por sobria que sea, a tres especies destacadas de autonomía: la normativa, la organizativa y la administrativa.

- a) La *autonomía normativa* o autonormación es la más genuina: la autonomía por antonomasia, pues, incluye la posibilidad de regular todas las demás que junto con ella hubieran sido también concedidas. De aquí su etimología "autos" y "nomos", norma dictada por sí mismo, lo que no constituye sin embargo la única autonomía posible sino una de tantas, una de sus varias especies.

La autonomía normativa consiste en la capacidad de crear preceptos de Derecho objetivo, válidos en el conjunto del Ordenamiento Jurídico del Estado. Empero, como es obvio, la función normativa autónoma está circunscrita a aquellas materias que le han sido especialmente asignadas (ámbito de la normación). Dicho de otra manera, la autonomía normativa presupone una regla atributiva superior -la Constitución o la Ley- que determina la órbita otorgada o cedida. Entonces es en esta parcela o ámbito de la normación donde tienen validez las normas autónomas para que así lleguen a formar parte del Ordenamiento Jurídico del Estado.

Pero si la autonomía normativa tiene un ámbito de normación, también está sujeta dentro del mismo a un límite de grado. En efecto, la autonomía normativa está atribuida por normas de distinta jerarquía. Unas veces es la Constitución que puede atribuir al ente autónomo -y concretamente a los entes políticos- el poder de dictar, *en determinadas materias*, normas de rango legal, es decir equiparadas a la Ley. Diferentemente, cuando es la Ley ordinaria la que otorga la autonomía normativa, entonces el ente autónomo tiene el poder de dictar *en determinadas materias*, tan sólo normas de rango sublegal, es decir, dictadas con sujeción a las leyes; cabiendo inclusive que además haya de atenerse también a los Reglamentos, todo lo

cual condiciona su autonomía normativa. He aquí en qué sentido existen autonomies de primer grado -reservadas a los entes políticos- o bien de segundo y tercer grado, propias de las demás personas jurídicas.

- b) La *autonomía organizativa* consiste, dicho llanamente, en el poder de organizarse o autoorganizarse, estableciendo -y esto ya es más complicado- lo que los administrativistas denominan “figuras jurídicas subjetivas”, es decir, un conjunto de órganos -unipersonales, colegiales, deliberantes, ejecutivos, consultivos, disciplinarios o controladores- Oficinas, Departamentos, Dependencias... etc. e inclusive personas jurídicas con sus respectivas competencias y relaciones de jerarquía, de subordinación o de equiordenación. La autonomía organizativa se encuentra así estrechamente ligada con la autonomía normativa, pues del ámbito de normación deben figurar distintas permisiones para disponer la organización, acordadas en una mayor o menor amplitud. No obstante, las normas organizatorias han de ser distinguidas cuidadosamente de las normas jurídicas generales. Estas se dirigen a todos teniendo como misión la de prescribir la conducta de cada uno, en tanto que el objeto exclusivo de las normas organizatorias es el de disponer la estructura del Estado y de las demás entidades públicas, entre ellas las entidades autónomas.

Sin ahondar innecesariamente en este punto, habrá sin embargo de añadirse que en la autonomía organizativa existen dos modalidades, o quizás mejor dos verdaderos grados del poder organizatorio. Puede tratarse de que el ente autónomo esté autorizado a darse su propio Estatuto de autonomía con las particularidades de su organización, aun cuando sea homologado por una instancia superior (Parlamento, Gobierno), lo cual representaría el grado máximo de la autonomía organizativa. Contrariamente, la norma concesoria de la autonomía organizativa puede contener distintas soluciones: o unos módulos rígidos de organización completamente inalterables, o unas bases que permitan iniciativas susceptibles de adoptar nuevas formas adecuadas a las circunstancias, lo cual representaría una escala graduada de la autonomía organizativa.

- c) La *autonomía administrativa* se considera aquí en el sentido de autonomía de decisión, es decir, de dictar medidas. Expresado metafóricamente, los edificios no pueden ser iguales e idénticamente dispuestos, por cuanto su configuración depende siempre de su contenido y de los menesteres a los que se les destina.

## LA AUTONOMÍA NO ES AUTOGOBIERNO

Frecuentemente las palabras se utilizan en sentido figurado con lo que, al designarse una cosa por otra se acaba disolviendo la exactitud del concepto. No obstante, se trata de una licencia del lenguaje común, denominada tropo o metonimia, que permite poner en circulación palabras ilegítimas, como si se tratara de falsas monedas, admitidas a su pesar por un comercio tolerante. Esto es lo que sucede con la palabra Gobierno y Autogobierno, tan desfigurada por un uso vulgar que cada quien le da un significado convencional, el que mejor le cuadre. Ahora, estrictamente hablando, en términos históricos y técnicos, el autogobierno, o gobierno por sí mismo, no es otra cosa que el famoso "*selfgovernment*" inglés que atribuía a las Corporaciones locales (Burgos y Condados) todos los poderes, exceptuando las prerrogativas de la Corona ("*government prerogative*"). En esto consistía el "*selfgovernment*" o sea un Gobierno local contrapuesto al Gobierno de la Corona. Moderadamente, al multiplicarse las funciones y los servicios del Estado, han tenido que atribuirse en su mayor parte a un Gobierno centralizado con lo cual el clásico "*selfgovernment*" queda reducido a una respetable y respetada autonomía política. Hablando pues con propiedad, el concepto de Gobierno tiene siempre un componente de soberanía y también el concepto derivado de autogobierno confundido a veces con la autoadministración, por lo que se ha impuesto, siguiendo la terminología alemana, llamar autogobierno a lo que es realmente autogobierno ("*Selbstrégierung*") y llamar autoadministración a lo que es realmente autoadministración ("*Selbsverwaltung*"). El concepto de Gobierno, con sus múltiples derivados, tiene una connotación suficientemente clara en el Derecho Público Interno y todo el mundo sabe lo que el Derecho Internacional entiende por autogobierno. Expresar con estas mismas palabras otra cosa es precisamente un tropo o una metonimia. En su



consecuencia, no es sino un tropo o una metonimia darle a la autonomía el nombre de autogobierno.

## LA AUTONOMÍA DE LA UNIVERSIDAD MEDIOEVAL A TÍTULO DE PRIVILEGIO

Para plantear con posibilidades de acierto el llamado problema universitario, uno de cuyos factores -ni el único ni el más importante- es el de la autonomía, ha de comenzarse advirtiendo aún cuando sea mucho remontarse en el tiempo, la diferencia que existe entre la Universidad medioeval y la Universidad moderna, sin que semejante contraste, meramente histórico, comporte ninguna calificación despectiva. Al contrario, he de apresurarme a declarar que la Universidad medioeval es acreedora de dos grandes realizaciones. Una, el desarrollo de la llamada entonces "Logica Nova", cuya conversión en un método lógico-formal llega a constituir los prolegómenos de la Ciencia renacentista, facilitando la revolución intelectual promovida por Copérnico, Galileo, Keplero, precursores de Newton y Descartes. Otra, haber reelaborado conceptualmente el Derecho Romano en base de categorías científicas haciéndolo servir de ingrediente a un Derecho nuevo, el Derecho Común ("*Ius Commune*") que fue el vehículo más poderoso de la unificación jurídica y cultural de Europa. Creo pues que sólo con ello hay mucho en el haber de la Universidad medioeval. Lo que únicamente se trata de destacar es que se trata de dos entidades distintas: la Universidad del medioevo es una Corporación, en cambio, la Universidad estatal moderna es una Institución con todas las consecuencias implicadas en el desnivel del tiempo.

Desde la alta edad media lo sustantivo fue la función de enseñar y aprender, pues como dirá más tarde Alfonso X en las Partidas "de los omes sabios, los omes, e las tierras e los Reynos se aprovechan e se guardan e se guían por el consejo -o del saber- dellos" (Título XXXI, preámbulo, Partida Segunda).

Así se multiplican las Escuelas conventuales y capitulares, o sea de los Monasterios y Catedrales. Una de ellas llegó a ser famosísima, la instalada en el lugar llamado aún hoy día "l'île de la Cité", cerca de la Catedral parisiense de Notre Dame, donde enseñó el esclarecido y

noveltesco dialéctico Pedro Abelardo (1079 - 1142), o Abelardo a secas, tanto era su renombre, hasta el punto de atraer millares de estudiosos y estudiantes de los lugares más remotos: Inglaterra, Irlanda, Alemania, países septentrionales y conglomerados de la península itálica. Son numerosos los Colegios que se crean para albergar a estudiantes menesterosos, como el del canónigo y maestro de Teología Robert de Sorbon, quien mucho más tarde dará nombre a la Sorbona. Análogamente sucede en otros países, por ejemplo Pavia y Ravena con las antiguas Escuelas jurídicas de herencia romana y sobre todo Bolonia, donde florece la excelsa Escuela de los glosadores que tanto lustre había de dar a la ciudad, cuyas monedas llevaban inscrito el elogio de su vocación docente: "*Bononia mater studiorum, Bononia docet*".

Estos centros de enseñanza cada vez más numerosos, denominados "*Studium*" o si eran de mayor importancia "*Studium Generale*", necesitaban adoptar una forma jurídica, lo que hicieron un poco tardíamente, en el transcurso del siglo XIII, constituyéndose en Corporaciones o Universidades, términos equivalentes, pues ambos representaban la misma cosa. Las Universidades como las Corporaciones, de origen romano pero recompuestas en la edad media, eran asociaciones con derechos y obligaciones distintos a los de sus asociados; en una palabra, dotadas de personalidad jurídica. Mas, estas Universidades o Corporaciones están insertas en una sociedad estamental, donde los privilegios señalan la jerarquía, alcanzando por ellos un primer rango las "Universidades de los Estudios" -como aún se las llama ahora en Italia- pues según un texto de la época estaban equiparadas a la dignidad del Sacerdocio y del Imperio. Es así que tras un largo proceso iniciado el año 1200, surge en París la "*Universitas Magistorum et Scholarium Parisiis Studium*", que es una Corporación eclesiástica situada bajo la protección papal (Bula aprobatoria del Estatuto 1215; aun cuando el nombre de Universidad no aparece hasta 1261-1262). En Bolonia es diferente, coexistían tres Universidades: la de los ultramontanos o de naciones trasalpinas y la de los citramontanos o de naciones itálicas, ambas de Leyes, representando la nación el lugar de nacimiento (Bula de Honorio III de 1217), a las que se añade más tarde, el año 1268, la Universidad de Medicinas y Artes, cada una de ellas con sus respectivos Rectores, Consejeros, Síndicos, Notarios y Bedeles, o sea formando Corporaciones independientes. Pero lo más característico es que se trata de "*Universitatis Scholarium*", integradas exclusivamente por escolares, distribuidos según

sus países de origen, donde dominan ya -además del latín- una diversidad de lenguas o de derivaciones dialectales. En cambio los docentes formaban Corporaciones aparte, reunidos en dos Colegios de Doctores: el Colegio de Leyes Canónicas y Civiles y el Colegio de Filosofía y Medicina, cuyos componentes, aparte de enseñar, examinaban y conferían los grados académicos, junto con el Arcediano de la Catedral que actuaba como Canciller Mayor del Estudio.

Pues bien, la autonomía de tales Corporaciones, aparte de la que implica el hecho de estar originariamente constituida por la voluntad de sus miembros, consistía en la suma adicional de privilegios, o sea, fueros, prerrogativas, franquicias y exenciones. Hay entre ellos algunos razonables, por ejemplo la exención del servicio militar y de los impuestos. Otros explicables, por ejemplo el que maestros y escolares estuvieran sometidos, en toda clase de causas civiles y criminales, a una jurisdicción especial, la académica -del Rector, Consejeros y Maestros- que podía acabar desembocando a los Tribunales Eclesiásticos, si bien, cuando la querella adquiría proporciones de conflicto intervenían los Prelados Superiores locales, un Legado pontificio o inclusive el propio Papa en persona. Algunos privilegios eran aun más honrosos, como cuando la Universidad servía de peldaño para ascender al estamento nobiliario. Los Maestros solían obtener, después de larga y destacada actuación, títulos de nobleza. Aún el Emperador Carlos V en 1530 dispuso que los Doctores, presentes y futuros, del Colegio de Leyes Civiles y Canónicas de Bolonia fueran promovidos a la categoría de Caballeros y Condes palatinos. Pero la Universidad de París, predilecta de los Papas, contaba con otras concesiones mucho menos justificadas, tales como el privilegio coalición para resistir cualquier molestia, lo que permitía no pocas veces apalear o acuchillar a los artesanos y burgueses de la villa. Asimismo el privilegio de huelga, una de las cuales llegó a durar dos años. De esta manera el Papa Inocencio III, que ningún honor hacía a su nombre, fue el primer político que concibió la astuta estratagema de perturbar el Reinado de su santo oponente Luis IX, regalando a la Universidad de París una autonomía explosiva, convirtiéndola con ella en la más turbulenta de las Universidades.

*Mutatis mutandis*, con unas u otras especies, ésta era la imagen de las Corporaciones, dotadas de una mayor o menor autonomía, a título de privilegio, según fuera su rango en la escala de las jerarquías sociales. Es por lo que el medioevo experimenta como en ningún otro tiempo la

pujanza de las autonomías que servían al fin y al cabo para consagrar las desigualdades estamentales. Mas en el Estado moderno, donde impera el principio de igualdad, la autonomía pierde su sentido originario. En el Ordenamiento estamental se trataba de una autonomía-privilegio, exponente de una voluntad privativa de poder para competir dentro de una constelación de poderes. Diferentemente, en el Estado democrático de la soberanía popular, la autonomía se reduce a un medio, uno de tantos, para realizar funciones públicas o prestar servicios públicos; en suma, se trata de una autonomía-funcional.

## **LO PERMANENTE Y LO VARIABLE DE LA UNIVERSIDAD EN LA SUCESIÓN DEL TIEMPO**

El mundo moderno, como sucede en todo proceso histórico, combina equilibradamente la continuidad y el cambio. En esto consiste, sin duda, la fórmula del progreso.

Así la Universidad prosigue, siquiera sea con variantes inherentes a los tiempos nuevos, una misma misión fundamental, característica y definidora, que justifica el nombre mantenido a lo largo de ocho siglos. De otra manera se perpetraría una mixtificación del lenguaje. Mas esta es precisamente la gran aventura de las Universidades, desde su florecimiento medioeval, al que sigue su decadencia progresiva hasta readquirir nueva pujanza cuando durante el siglo XIX se convierten en el motor intelectual de la gran revolución científica, la más respetable y la más trascendental de las revoluciones (el pensamiento es de Marx). Y es como afirma un comentarista francés: “la Historia de las Universidades europeas nos sugiere que estas instituciones son a un mismo tiempo mortales y capaces de resucitar” (F. Bourricaud).

Por tanto, para discurrir sobre cualquier aspecto de la Universidad inclusive el de su autonomía, se hace necesario comenzar preguntándose qué ha sido y qué continúa siendo a través de todas sus variantes históricas.

Pues bien, permítaseme un recuerdo juvenil. El que conservo de mi Universidad, la Universidad renacentista de Valladolid en cuya fachada existe esculpida su divisa, que tanta impresión me produjo: “Sapientia

aedificavit sibi domum”, la sabiduría o el saber edificó aquí su propia morada.

En suma: la Universidad esencial, la de todos los lugares y de todos los tiempos es morada del saber que es tanto como decir de la Ciencia, de la investigación científica y de la tecnología.

Ahora bien, saltando cuatro siglos, cuando Wilhelm von Humboldt redacta en 1810 su Memoria para fundar la Universidad de Berlín, aduce estas razones: “El concepto de los Establecimientos científicos superiores -el primero de los cuales es la Universidad- descansa en el hecho de que son Centros destinados a cultivar la Ciencia en el más profundo y más amplio sentido de la palabra”. Teniendo en cuenta, añade: “que la Ciencia ha de considerarse siempre como algo a descubrir y así incesante objeto de investigación”.

Podrían reproducirse innumerables matices del mismo pensamiento, no sólo el de los clásicos decimonónicos, sino también el de los críticos -como Nietzsche, Paul de Lagarte- y el de los reformadores como Max Weber, Max Scheler y Karl Jaspers. Pero se podrá objetar quizás que el último de ellos, Karl Jaspers, publicaba su trabajo en 1946, antes de las grandes crisis universitarias que arrancan con contornos dramáticos, más o menos hacia el año 1963.

Las Universidades están desbordadas, incapaces de absorber la progresiva multitud de aspirantes. Entonces la calidad disminuye. Se consume además un desajuste entre lo que la Universidad puede ofrecer y lo que la Sociedad exige. La Universidad no proporciona salidas útiles al estudiante ni cubre las áreas demandadas por el desarrollo social. De otra parte, la Universidad tiene su propia sociología o psico-sociología, constituyendo un conjunto cada vez más heterogéneo, de grupos diversos, de actitudes divergentes y de propósitos distintos, hasta el punto de haber sido descrita como una colectividad desgarrada. Pero a pesar de todo ello ha de continuar siendo una empresa intelectual, una educación por la Ciencia -“*Erziehung durch Wissenschaft*”- como ha sido la tradición universitaria alemana, o una fuente de conocimientos racionales -“*cognitive rationality*”- como sostienen los universitarios norteamericanos, es decir, algo que la defina por lo sustantivo del saber, para diferenciarla de un grupo de presión, de un sindicato de intereses, de una liga política o de una secta ideológica. Es así como la Universidad ha tenido un mismo destino en todos los tiempos, fuera cual fuere su forma

jurídica, corporativa, estatal, privada, pública, autónoma o semiautónoma, siempre que haya perseverado en cumplir la misión para la cual fue creada.

## MORFOLOGÍA UNIVERSITARIA

La Universidad ha adoptado en el mundo moderno formas jurídicas diferenciadas, merced a concepciones políticas o a coyunturas históricas determinantes.

1. En algunos países ha prevalecido la idea de que la Ciencia y la Cultura son producto de la comunidad nacional y a ella le corresponde entonces, promover, organizar, regir y mantener sus Universidades. Así sucedió en Inglaterra con las Universidades tradicionales de Oxford y Cambridge y en Escocia con la Universidad de St. Andrews. En cambio actualmente existen otras treinta Universidades organizadas por distintos Entes públicos territoriales. Estados Unidos ha podido mantener aún las consecuencias de su criterio originario y por ello las Universidades adoptan allí la forma de Corporaciones o Asociaciones privadas, Trusts y Fundaciones, provistas de aquella autonomía que les proporciona el hecho de no depender económicamente más que de su propio patrimonio, pudiendo con ello disponer completamente de sí mismas.

Sin embargo, la creciente carga financiera que han de soportar las Universidades hace que en mayor o menor medida -mayor en Gran Bretaña y menor en Estados Unidos- acaben siendo beneficiarias del Tesoro público, cuyas inversiones o subvenciones están sujetas a controles de todo género (parlamentarios, gubernamentales y financieros). De esta manera, inclusive la autonomía corporativa, resulta severamente afectada. Por ejemplo, las tradicionales Universidades de Oxford y Cambridge han de recibir la cuota de un reparto hecho con criterios prioritarios -lo que comporta juicios de rendimiento y de previsiones a cumplir- por parte de un organismo oficial: el "University Grants Committee", asesor del "Chancellor of Echequer", equivalente al Ministro de Hacienda, que hubo de

distribuir en 1966 un total de cien millones de libras. Pero lo más importante es la perentoria necesidad de adoptar una política educativa capaz de señalar el rumbo -con una estrategia de fines y medios- a treintiuna Universidades, tan variadas, como las tradicionales de Oxford, Cambridge y St. Andrews, a las que se añaden la de Londres, la mayor del Reino Unido (que comprende trece Escuelas de Medicina, el "*Imperial College of Science and Technology*" y la "*London School of Politics*"), junto con las "*Civic Universitties*" o "*Redbrick*", las de Escocia y Gales, con su propio régimen, flanqueado todo ello por los recientes "*Colleges of Advanced Technology*". Una política educativa, de la educación superior, se ha hecho tan de primer orden que obliga a situar en el vértice de la Administración el organismo más idóneo para dirigirla. Esto ha llevado a tener que recomendar -y así lo hace el informe Robbins- que semejante cometido se encargue a un Ministerio nuevo de la Educación Superior, distinto al Ministerio responsable de la Educación Primaria y Secundaria, sugerencia digna de ser aquí cuidadosamente meditada (Nos. 773-787 del informe Robbins).

2. En distinta tónica se encuentran los demás países más próximos al modelo francés, donde la educación está concebida como un auténtico servicio público con todas las consecuencias que ello comporta. ¿Qué ha de entenderse pues por servicio público? ¿Cuáles son sus implicaciones y a cuanto compromete? Jurídicamente el servicio público propiamente dicho, el de carácter administrativo -y no industrial o comercial- consiste en "unas prestaciones aseguradas por el Estado a la colectividad, de una manera continua, regular y responsable". Los servicios públicos de toda índole corresponden siempre a la Administración, la cual los realiza, bien sea directamente utilizando dependencias idóneas, bien sea mediante unos organismos que, aún formando parte de la Administración, están dotados de personalidad jurídica, de patrimonio propio y de algunos poderes variables -Administración indirecta- todo ello para lograr la mayor eficiencia en el servicio cuya responsabilidad tienen asignada. Estos organismos, llamados descentralizados, no son otros que los Establecimientos Públicos franceses ("*Etablissements Publics*") y los Institutos Autónomos

venezolanos, entre los cuales se encuentran las Universidades oficiales o nacionales. Por cierto que, en la propia República Federal de Alemania, donde hasta hace tan poco tiempo había perdurado la vieja Universidad corporativa ("*Verband*"), ésta ha acabado transformándose de Corporación en Institución, es decir, siendo también un Instituto o Establecimiento Público ("*Offentlichen Anstalt*").

La descentralización y la autonomía subsiguiente, con sus especies y grados, límites y medidas, no es por tanto otra cosa que un procedimiento técnico de actuación. Efectivamente, cuando a últimos del siglo anterior se elaboraba en Francia el concepto de descentralización por servicios -o de servicio público autonomizado- se aducía como único motivo el que ciertas actividades altamente especializadas podrían obtener, según las circunstancias, una mejor administración, si ésta la tuvieran encomendada los propios especialistas, naturalmente, con las modalidades y controles para cada caso adecuados. De aquí que a semejante tipo de administración indirecta se la llamara también "descentralización técnica", por cuanto persigue tan sólo el mejor rendimiento del servicio. Entonces la autonomía deja de ser un privilegio -como lo fue antaño- resultando por el contrario un poder exclusivamente conferido para cumplir deberes, en el bien entendido de que si el poder se extralimita o el deber se incumple comienza la contrapartida de las responsabilidades.

Los Establecimientos Públicos o Institutos Autónomos son de especies muy diversas. En primer lugar por su dedicación especial, que constituye precisamente, según se dijo antes, el motivo decisivo de su autonomía. Luego, por la cantidad y calidad de los poderes atribuidos, unido a las maneras tan distintas de estar organizados. Por esto se ha tratado al menos de clasificarlos atendiendo a ciertos rasgos comunes. Pues bien, en un primer plano destacan los Establecimientos Públicos "de carácter científico y cultural", entre los que figuran las Universidades junto con los grandes Cuerpos sabios ("*les grands Corps savants*"), o sea, el Instituto de Francia y las cinco Academias que heredaron el esplendor corporativo de "*l'ancien régime*". Lo cierto es que esta clase, diríamos refinada del Establecimiento Público, encuentra su justificación, no solo en la



acreditada calidad de los especialistas que reúne, de quienes deben proceder las iniciativas en orden a la creación y a la difusión del saber, sino también considerando el cada vez más complicado ensamblaje de los medios a ello destinados (Bibliotecas, Laboratorios, Clínicas, Centros de Investigación, Dispositivos para aplicar los métodos pedagógicos modernos... etc.) Una Universidad así concebida -que hoy día no es de otra manera concebible- requiere un grado de desarrollo suficiente y sobre todo el don inestimable de su madurez. En términos generales podría decirse que Universidades y posiblemente otros Centros de Educación Superior, tienen vocación de autonomía, pero su otorgamiento, especie, grado, medida y límites, es la consecuencia de un hecho objetivo que afecta a sus propias características -no hay dos Universidades iguales- e implica asimismo una cuestión de oportunidad a apreciar en el contexto de una política educativa. Esto último resulta obvio si se tiene en cuenta que el servicio público de la educación superior ofrece más de dos alternativas: la administración directa y la administración mediata o descentralizada de los Establecimientos Públicos o Institutos Autónomos, sino que con ellos concurren cuando menos otras dos posibilidades; una la de encomendar la prestación del servicio público a una persona jurídica privada, sea con el estímulo de la subvención o sin él, y otra más incitante, que va adquiriendo cada vez mayor auge en el campo científico y educativo: la Fundación pública o de utilidad pública, cuyo creciente prestigio merece siquiera unas pocas palabras.

En la figura jurídica de la Fundación -de tan remota raigambre- es fundamentalmente un patrimonio de destino lo que justifica su antiguo calificativo de "*universitas rerum*", consistiendo conceptualmente en un patrimonio que el fundador -singular, plural e inclusive colectivo- destina a la realización de un fin preciso, con las directivas por él mismo impuestas. El "*abstractum*" de la Fundación es pues el patrimonio o complejo de bienes, únicamente afecto a la consecución del fin querido por el fundador, de cuya efectividad cuidan unos administradores responsables, quienes han de proceder conforme a las reglas fundacionales y sometidos además a la vigilancia del Estado. Este patrimonio de destino tiene un tratamiento de persona jurídica,

de otra parte, diferente a la Corporación o Asociación. Los juristas del siglo anterior elaboraron la doctrina de la Fundación sin duda alguna unilateralmente, por lo que hubo de quedar confinada al reducto de los Códigos Civiles como "fundaciones de carácter privado" (ver Código Civil Venezolano, artículo 19, N° 3 y artículos 20 a 23). La doctrina jurídica posterior ha hecho grandes esfuerzos con el intento de ampliar semejantes angosturas, al advertir que además de las Fundaciones privadas, familiares y fiduciarias, existen otras dispuestas precisamente para realizar fines públicos o cuando menos de interés público. Así la doctrina italiana trata de obviar la dificultad admitiendo ingeniosamente que la disciplina normativa de la Fundación cabría considerarse aplicable unitariamente a lo privado y a lo público, como un medio del cual se sirve en este último caso la Administración para alcanzar sus objetivos, tesis abonada por el hecho de que su reconocimiento exige siempre un acto administrativo (Código Civil Italiano, artículo 12). Ahora que la experiencia alemana resulta mucho más categórica al admitir simple y llanamente la existencia de Fundaciones públicas o de Derecho Público, consistentes en un patrimonio -inicial y sucesivamente acrecido- afectado al cumplimiento de un fin de interés público por un acto de voluntad del fundador, pero que constituye una persona pública, organizada y sometida a las regulaciones del Derecho Público, disponiendo inclusive -caso necesario- de cuantos poderes precisaran para asegurar el cumplimiento de los fines fundacionales. En resumen: la Fundación -sean cualesquiera sus variantes y modalidades- o sus notas características, preeminencia del fin a cuyo cumplimiento queda todo subordinado, subsiguiente logro de su coherencia interna, desdoblamiento de los menesteres técnicos y administrativos y garantías de hacer efectivas las responsabilidades, une la ventaja de contar con un patrimonio autónomo, previsiblemente incrementado con recursos de diversas procedencias. Esta es la imagen esquemática, aun cuando actualizada de la Fundación, dispuesta con propósitos ilustrativos y sin honduras técnicas. Mas creo que no puedo menos de referirme concretamente a tres Fundaciones de esta índole, siquiera sea por el contacto personal que con ellas he mantenido

y continuó manteniendo. Una, la llamada "Sociedad Max Planck para el progreso de las Ciencias", que pese a su calificativo (Sociedad) es una auténtica Fundación, la cual comprende cuarentiún Institutos, dos de ellos jurídicos -los de Hamburgo y Heidelberg- y cuyo patrimonio está alimentado por la República Federal de Alemania, los "Länder" y una Asociación de Benefactores. Por cierto que éste ha sido el modelo inspirador de la más prestigiosa Fundación Latinoamericana: la "Fundação Getulio Vargas" del Brasil. Otra muestra interesante la ofrece la "Fondation Nationale des Sciences Politiques", instituida por la República Francesa el 9 de octubre de 1945, dedicada a los estudios, enseñanzas e investigaciones en el dominio político, económico y social, y facultada para concertar Convenios con el Estado, las Universidades, colectividades públicas y privadas, a fin de participar en el funcionamiento de Establecimientos Públicos o Privados cuyo objetivo fuera la enseñanza o la investigación. Por último, "l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales", instalado en Ginebra, Fundación cuyos recursos periódicos -aparte de su patrimonio inicial- proceden de la confederación suiza y del Cantón de Ginebra, incrementados actualmente por la Fundación Rockefeller y la Fundación Ford. De una manera indirecta tengo noticia de las innumerables Fundaciones culturales norteamericanas, entre ellas algunas Universidades, diferenciadas de la forma jurídica del "Trust". Pero ya es bastante, pues tan solo he tratado de aducir experiencias personales sin el ánimo de hacer ahora ninguna innecesaria enumeración.

En este último período de mi exposición, se han considerado exclusivamente las posibles formas jurídicas de la Universidad, entendiendo aquí por forma las distintas maneras normativas de estar configurada. La forma no prejuzga pues el contenido -la misión creadora y difusora del saber- ni tampoco sus condiciones de existencia y persistencia. El primer punto, el de la misión de la Universidad, ha sido anteriormente considerado. Falta ahora explicar en qué consisten las condiciones que además deben concurrir, llamadas por mí condiciones existenciales.

## CONDICIONES EXISTENCIALES DE LA UNIVERSIDAD

En el bien entendido de que quedan suficientemente claros los conceptos en juego, evitando confundir unos con otros, ha de dejarse establecido desde ahora que, en el cuadro del Estado contemporáneo, la Universidad, en tanto que generadora, depositaria y difusora de los más altos valores culturales exige irrefragablemente una doble condición necesaria para su propia existencia: la libertad intelectual y su extracción democrática.

- a. La libertad de pensamiento, como la libertad de expresarlo y de enseñar, es una garantía constitucional que no sólo es independiente sino muy superior a toda autonomía posible. La Constitución no solamente la declara sino que establece el procedimiento para hacerla efectiva. La Universidad no podría tener existencia sin libertad intelectual, la libertad de la Ciencia y de la Cultura, y aún añadiré, sin esta libertad potenciada, es decir, conducida a sus límites máximos en todos sus aspectos y modalidades.

Mi generación universitaria que llevaba en su recuerdo histórico, además del encanijamiento, la mediatización combinada, clerical y gubernamental, de la Universidad en el cuadrenio ominoso de 1864-1868, con una Constitución sin garantías, reavivada en el período preconstitucional 1874-1876, esta generación disconforme e idealista, había adoptado una actitud mental que expresa el resonante título de una obra de nuestro maestro Miguel de Unamuno, "Contra esto y aquéllo", considerando que todo es discutible y objetable por la potencia del pensamiento, la más refinada de las cualidades humanas, lo que nos permitía poner todo en duda o quizás, para mejor expresarlo dicho en francés, "*mettres tout en cause*". Esta aventura del pensamiento constituía el móvil de nuestra conducta y puesto que de tal manera lo sublimábamos, obedeció para siempre nuestra hostilidad a cualquier producto de la sin razón: los fanatismos, las mitomanías, las obstinaciones, la catequesis, los endoctrinamientos, las ortodoxias, las intransigencias... todas estas muestras inequívocas de la cerrazón mental. De aquí la complacencia que produce el encontrarse ahora a tanta distancia

del tiempo, con que la Universidad pueda definirse como la disciplina del acuerdo y del desacuerdo ("*discipline of dissent*") explicada por su apologista Eric Ashby en los siguientes términos: "Para que la disciplina del acuerdo y del desacuerdo (es decir, la discusión metódica) sea posible, es preciso para los que discuten aceptar colocarse a distancia con relación a su propio humor y a sus compromisos, es decir, desprenderse y liberarse de ellos. No se trata de pedirles que renuncien a ello, pero sí se requiere que renuncien al acaloramiento de la retórica, a la gesticulación del proselitismo y que lo sustituyan por la frialdad del examen, *sine ira et cum studio*". "De esta manera el papel del sabio, o más modestamente del profesor -y cabría añadir el del alumno- se distingue de una manera tajante del papel del héroe, del político o del santo". Esto no es una utopía sino una situación normal por mí vivida en la Universidad de París, la más libre, la más respetable y la más influyente de las Universidades europeas, cuando en ella enseñaban maestros de la talla de Jean Perrin, Louis y Maurice de Bogle, Paul Langevin, Lucien Lévy-Brühl, Henry Wallon, Marcel Mauss, Henry Lévy-Ullmann... de alguno de los cuales fui discípulo, mientras otros me dispensaban el honor de su trato. La Universidad de París llegaba entonces a inspirar de tal manera los designios de la Tercera República Francesa, que ésta ha podido ser llamada la República de los profesores. Sin embargo, la Universidad de París no era ninguna Universidad autónoma. Lo grave es que una Universidad disminuya o pierda su potencia intelectual porque en este momento el deterioro se consuma desde su interior, tenga o no tenga autonomía. Es así como cualquier amenaza a la libertad de pensamiento puede ser igualmente exógena que endógena, conforme lo hace notar un admirado colega nuestro, el profesor Juan David García Bacca en las páginas de la revista "Universalía", calificada tribuna donde se planteaban seriamente los problemas universitarios y que por ello ha merecido siempre mi mayor aprecio. "La libertad de pensamiento -comenta García Bacca- es característica, exclusiva y honrosísima de una Universidad actual, como la U.C.V., porque es el plan mismo, empresa y aventura de liberar al hombre -desde su juventud- de temas de loco, de surcos mentales. Enseñarle a pensar, sin que el

tema -filosófico, científico, religioso, político, económico...- se le trueque en tema de loco”, que tema de loco es -añade- “los discos de temas únicos, la verdad única” pues “el peligro del unidiquismo o dogmatismo mental... la amenaza contra la libertad de pensamiento y de expresión, no le viene a la Universidad ni exclusiva ni principalmente de afuera. Le viene de dentro” (Vol. IV N 2, 1967, pág. 34).

Seguramente, la Universidad ha de tener extracción democrática, o sea para precisar la frase, estar inserta en una sociedad democrática, con lo cual se pueda apelar a los recursos legales que aseguren el ejercicio de los derechos constitutivos de la democracia. Mas sin confusiones verbales ni conceptuales, porque la Universidad en sí misma, es una formación académica y como tal jerárquica, con jerarquía exclusivamente intelectual, no estamental ni burocrática, donde habría de observarse este principio: “Dé cada uno según sus capacidades, a cada uno según su trabajo”.

## **PARTICULARIDADES DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA**

Cuando se crea o erige una Universidad Autónoma, la mayor garantía de acierto radica en que la autonomía conferida quede amoldada a la índole peculiar de su misión, con lo cual la especie de autonomía dominante -entre todas las antes descritas- será precisamente aquélla que a las demás instituciones autónomas les falta: la autonomía académica.

Corrientemente suele hablarse de autonomía académica como compendio de todas cuantas especies de autonomía tiene atribuida la Universidad (la normativa, la orgarnizativa, la decisoria, la financiera., etc. ). Sin embargo, la autonomía académica propiamente dicha es una sola entre todas ellas, siquiera sea la característica y como tal exclusiva de la Universidad; es decir, la referida a cuanto concierne al régimen de la enseñanza y de la investigación con sus métodos respectivos y valor científico de los títulos y certificados expedidos. Por ser así, consustancial a la misión misma de la Universidad se afirma como una especie de autonomía preeminente que, en cierta manera, condiciona todas las

demás. Es bajo semejante supuesto que habría de considerarse el juego de las distintas especies de autonomía en la constelación universitaria, empero ello resultaría ahora excesivamente prolijo, a las alturas de mi ya abusiva intervención. En su defecto, intentaré bosquejar en breves palabras, las más breves posibles, el cuadro de conjunto de la autonomía universitaria, omitiendo contornos y matices, para dejarlo reducido a tres conclusiones:

- 1ra. La autonomía universitaria no es un "Status" uniforme. Cada Universidad tiene la que necesite y pueda ejercitar. Así en Francia las Universidades cuentan con una autonomía individualmente atribuida y en consecuencia distinta unas de las otras, conforme a las prescripciones de sus respectivos Estatutos. Los debates parlamentarios de la Ley de 7 de noviembre de 1968 dejaron aclarada la razón: se pretende que las Universidades sean diversificadas y competitivas. Cada una de ellas con su propia fórmula de autonomía. A este respecto resulta muy curioso y aleccionador el viraje histórico que ello representa. Francia había sido el prototipo del Estado centralista y uniforme, donde la Universidad napoleónica era una para todo el país aún cuando dividida en varias circunscripciones regionales denominadas Academias. De aquí proviene el nombre de Universidad Central. Lo peor es que España y Latinoamérica hubieran adoptado este mismo modelo de corte más burocrático que académico. La reforma de 1896 había atenuado el radicalismo originario, pero es ahora cuando se cae en cuenta de que cada Institución Universitaria tiene su propia personalidad real independientemente de su personalidad jurídica, por lo que su personalidad jurídica no debe ser más que el reflejo de su personalidad real. Semejante rectificación alinea la Universidad francesa junto a las Universidades alemanas, inglesas y norteamericanas, elocuente reconocimiento de su acertada posición.
- 2da. La autonomía académica, llamada también pedagógica, es, según se dijo, la autonomía universitaria por antonomasia y expresado en términos corrientes, le corresponde decidir qué se ha de enseñar o investigar, cuánto hay que enseñar o investigar, cómo hay que enseñar o investigar, con quién o

con quiénes hay que enseñar o investigar. Esto supone, ante todo, delimitar, extender e integrar los campos del conocimiento y el de sus aplicaciones, ciencia y tecnología, problema crucial del mundo moderno. Otro extremo es el de los métodos, tanto referidos a la docencia como a la investigación, cada día sorprendentemente perfeccionados. Los planes de enseñanza y de investigación, con los dispositivos adecuados para realizarlos, se encuentran en un primer plano constituyendo la expectativa esperanzadora de países, desarrollados o en vías de desarrollo. Todo esto y mucho más entra en el área de la autonomía académica o pedagógica, con sus secuelas organizativas. En suma, es la de mayor valor e importancia. No obstante, la paradoja consiste en que siendo la especie de autonomía esencialmente universitaria resulte a la postre la más desvalida e inclusive menospreciada. Así la Ley de 1958 como su reforma de 1970, tratan a la más preciada de las autonomías con una inconcebible mezquindad. En efecto, ninguna Universidad, sea cual fuere, ni la mejor de ellas, puede crear por decisión propia, siquiera sea un modesto Instituto y desde luego mucho menos introducir o extender dominios del saber que comporten la organización de unidades académicas, Facultades, Escuelas o Centros de Investigación.

- 3ra. Mucho habría que decir sobre la autonomía organizativa para demostrar que la organización universitaria debe compaginarse con su misión específica y estar dispuesta de aquella manera que permita hacerla más eficaz. Lo adecuado sería que actuaran por separado -separación orgánica- cuatro órdenes heterogéneos: el académico que es siempre el preeminente, el administrativo, el económico y otro destinado a enmendar agravios, cualquiera sea su nombre, que garantizara la observancia del principio de legalidad, con una vía de acceso a los Tribunales Administrativos. A estas o semejantes conclusiones añadiendo trazos omitidos, llegarían sin duda alguna la Ciencia y la Técnica de la Organización. Por el contrario, concertar todos los poderes en un solo organismo, como sucede ahora con el Consejo Universitario, ha de conducir fatalmente, de una parte, a la incompetencia



por falta de conocimientos especializados, y de otra parte, lo cual es aún peor, a arriesgar las consecuencias que en toda concentración de poderes había advertido Montesquieu en el orden político: una mayor o menor dosis de despotismo.

Voy por fin a terminar apelando al pensamiento combinado de dos renombradas autoridades en temas educativos, el sociólogo francés Francois Bourricaud y el Presidente del Instituto Internacional de Planificación de la Educación, Philip Coombs. Su parecer es éste: “Tanto las Universidades de la edad media, al menos hasta su decadencia, como la Universidad alemana del siglo XIX, y sus epígonos mundiales, han sido el centro de la Ciencia en formación, actuando como motores de la vida intelectual y espiritual de su época lo que les atrae el respeto de todos. Hoy día en la medida que la Universidad deja de ser así, pierde el respeto y el prestigio de que antes gozaba. En si las Universidades son o son autónomas es lo de menos, pues las Universidades, más que en autónomas y no autónomas, se dividen en Universidades buenas, Universidades malas, Universidades mejores y Universidades peores”.

He aquí la cuestión. En esto estriba el problema.

# El principio de legalidad y sus implicaciones\*

## INTRODUCCIÓN

El principio de legalidad -de la legalidad administrativa- puede ser considerado, dicho metafóricamente, la columna vertebral del Derecho Administrativo por lo cual resulta inexplicable que siendo tanta su importancia no haya tenido, como tantos otros, un tratamiento monográfico donde se hicieran resaltar sus diversas implicaciones. Ello obliga a plantear el tema en su integridad, compaginando -compaginación bien difícil- la magnitud de la tarea con la exigüidad del espacio disponible. Quede pues en una mera exposición esquemática.

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, PROPIO DE LOS ESTADOS DE RÉGIMEN ADMINISTRATIVO

Ha de comenzarse afirmando que el principio de legalidad propiamente dicho, se refiere únicamente a un tipo de Estado concreto, el Estado de régimen administrativo cuya configuración corresponde al modelo doctrinal y organizativo de la revolución francesa y sus epígonos -bonapartismo, restauración y liberalismo- caracterizado por la concurrencia de cuatro notas distintivas.

1º Emerge una nueva rama del Derecho Público, el Derecho Administrativo, precisamente para regular la administración pública, o dicho con mayor exactitud, para hacer jurídicamente correctas las actividades funcionales de la administración.

2º Aparece la categoría de los derechos subjetivos con un contenido público, llamados también derechos públicos subjetivos, entre los cuales se encuentran, además de los derechos de libertad, aquellos otros

---

\* Publicaciones del Instituto de Derecho Público N° 3, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974.

dimanantes de distintas fuentes creadoras del orden administrativo. A ellos se añaden los denominados "intereses legítimos" que tanta relevancia llegan a adquirir en el Derecho italiano, según se verá más adelante.

3º La tutela de semejantes derechos e intereses queda atribuida a una jurisdicción especial, la contencioso administrativa, que asimismo corrige las irregularidades de la administración constitutivas "d' excés de pouvoir", (recurso objetivo).

4º La Administración-sujeto puede ser patrimonialmente responsable por determinadas faltas -aun cuando no constituyan actos ilícitos- con independencia de la responsabilidad personal de las autoridades, funcionarios y sus agentes (responsabilidad directa).

Este tipo estructural de Estado, el Estado de régimen administrativo, tiene una amplia área geográfica pues comprende a Francia, Bélgica, Holanda, España, Portugal, Alemania, Austria, Suiza, Italia..., etc., y sobre todo los países Latinoamericanos. Claro está que, dentro de cuanto representa la unidad del tipo, existen también matices diferenciales e inclusive no pocas formas irregulares.

Ahora bien, solamente ellos tienen establecido el principio de legalidad, o expresado en otros términos: el principio de legalidad no es propio de todos los lugares como tampoco de todos los tiempos.

Coexisten empero otros dos tipos estructurales de Estado: el Estado judicialista y el Estado socialista.

Descritos de una manera sobria. El tipo de Estado judicialista tiene una unidad de Derecho y de jurisdicción, derechos subjetivos indiferenciados y tendencia a la irresponsabilidad patrimonial de la Administración aun cuando no a la de sus agentes. En este tipo de Estado judicialista rige la "*rule of Law*" en vez del principio de legalidad propiamente dicho. Comprende los países de la "*Common Law*", Inglaterra, Norteamérica y parte de Asia, Africa y Oceanía. Actualmente van experimentando una acelerada transformación que, cada vez más, los aproxima a los Estados de régimen administrativo.

El tipo de Estado socialista cuenta con un Derecho Administrativo sumamente desarrollado pero, en cambio, carece de una auténtica condición contencioso administrativa, excepto en Yugoslavia. Los derechos subjetivos de cualquier índole no tienen un fin en si mismos sino subordinados siempre al cumplimiento de ordenaciones objetivas. En este tipo de Estado rige el principio de legalidad socialista.

¿Qué semejanzas y qué diferencias existen entre el principio de legalidad propiamente dicho, la "rule of Law" y el principio de legalidad socialista? Ello incumbe al Derecho Comparado donde se encuentran muy interesantes confrontaciones<sup>1</sup>.

El campo de investigación queda pues reducido al principio de legalidad propio de los Estados de régimen administrativo entre los que figura Venezuela.

## PRINCIPIOS CON TRASCENDENCIA JURÍDICA Y PRINCIPIOS INCORPORADOS A LA NORMA

Ahora bien, el principio de legalidad como indica su nombre es ante todo un principio.

"*Principium est primum*", decían los escolásticos, o sea, es lo primero que actúa como origen de cuanto le sigue. En el orden lógico se entiende por principio una *proposición con valor de postulado o de axioma, de la cual derivan todas las demás*. Por ejemplo, esta proposición: "son paralelas las líneas equidistantes entre sí sin llegar nunca a encontrarse" constituye el principio axiomático de la Geometría euclidiana, que admite deducciones pero no contradicciones.

Así también existen principios jurídicos cuyo estudio corresponde a la teoría general del Derecho. Sin embargo, se dirá de ellos lo imprescindible para la mejor comprensión de cuanto sigue.

El principio jurídico es una proposición fundamental que condiciona todo un sistema de Derecho. Por ejemplo, en el Derecho Público, el principio de división de poderes; en el Derecho Privado el principio de la libertad contractual.

Además han de distinguirse los principios con trascendencia jurídica y los principios incorporados a la norma.

Los principios con trascendencia jurídica, aún sin estar expresados literalmente en la ley, tienen efecto constitutivo. Por ello se les denomina "Derecho detrás del Derecho". Su ejemplo más característico son las

---

<sup>1</sup> A. V. Dicey. "Law of the Constitution". London, 1885. R. Entrena Cuesta. "La contraposición entre régimen administrativo y *rule of Law*" publicado en "Estudios Jordana de Pozas". Madrid. 1956. Tomo III. 1

Declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano que, en sus orígenes no formaban parte de la Constitución por considerarse que estaban por encima de ella sin posibilidad de ser legislados. Este es el sentido que tiene el artículo 50 de la vigente Constitución venezolana:

“Artículo 50: La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella.

La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

En cambio hay principios incorporados a la norma, norma entonces condicionante de las demás. El caso lo ofrece el artículo 3º de la misma Constitución venezolana:

“Artículo 3º. El gobierno de la República de Venezuela es y será siempre democrático, representativo, responsable y alternativo”.

Carl Schmitt, el conocido constitucionalista alemán califica tales normas-principio de “decisiones políticas básicas”, contrapuestas por su superior valor a las simples normas (“Teoría de la Constitución”, p. 28). El principio normativo o incorporado a la norma ha comenzado siendo frecuentemente un postulado de razón o de convicción que, una vez madurado en la conciencia jurídica llega a “positivizarse”. Esto ha sucedido con los mismos derechos individuales cuando entran finalmente a formar parte de los textos constitucionales.

También en el principio de legalidad subyace una vieja idea política: el predominio de la ley sobre la arbitrariedad del Poder Público, convertida al hacerse históricamente realizable en una norma o en conjunto de normas más o menos explicitadas en los Jurídicos<sup>2</sup>.

Mas, -ha llegado el momento de preguntarse- ¿qué se entiende por principio de legalidad?

Aquí se suscita precisamente el primer problema. De ordinario suele decirse que en virtud del principio de legalidad “la administración *debe conformarse* a la regla de Derecho previamente establecida, o “actuar *con sujeción* a la norma” o “*respetando* el orden jurídico” o bien “*procediendo según las bases de la Ley*”. Todos lo leímos y continuamos leyendo así, sin obtener muchas más explicaciones.

---

<sup>2</sup> Respecto a los supuestos políticos del principio de legalidad, ver Carl Schmitt “Teoría de la Constitución”, Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1934. páginas 41-45; 145-149; 151-152; 182-192.

Pero reflexionando sobre los términos utilizados se hace imprescindible preguntarse en seguida: ¿Cuándo una actividad administrativa *es conforme* a la regla de Derecho? ¿Cuándo se considera que la *respetar*? ¿Se supone que ha de coincidir con el precepto legal o es suficiente que no lo contradiga? ¿Qué expresa exactamente, en el plano jurídico los vocablos utilizados: “*Ser conforme*” o “*respetar la regla de Derecho*”, “*desarrollar la administración sobre bases legales*” o “*regirla mediante una ley*”?

Una respuesta satisfactoria no puede remitirse al significado gramatical, buscando su clave en el Diccionario de la Lengua española. El enfoque ha de ser distinto situándose en una perspectiva estrictamente jurídica.

## **CONTEXTURA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: CONDICIONES CONFORMADORAS**

El principio de legalidad se determina jurídicamente por la concurrencia de cuatro condiciones cuyo conjunto forma la contextura del mismo.

Estas condiciones operan produciendo cuatro efectos correlativos, a saber: Uno, delimitando el espacio donde tan sólo puede intervenir la ley; otro, asegurando el orden prelativo de las normas subordinadas a la ley; un tercero, haciendo la selección de la norma o normas precisas que hayan de aplicarse al caso concreto, y últimamente, midiendo los poderes que la norma confiere a la administración.

Ahora que, para someter a un análisis la contextura completa del principio de legalidad con todas sus denotaciones e implicaciones, se hace necesario según un plan metódico que contenga los siguientes puntos:

1.- La insuficiente definición normativa del principio de legalidad obliga a considerar, ante todo, aquellos dominios que únicamente pueden ser regulados por ley formal.

2.- Observancia del orden prelativo de las normas conforme a su desigual valor jurídico.

3.- Aspecto relacional. Poderes de la administración determinados por la relación norma-actividad administrativa.

4.- Conexión de hecho y norma, mantenida por la necesidad de aplicar al hecho exclusivamente la norma que lo tenga previsto.

Vamos pues a desarrollar seguidamente cada uno de estos puntos.

## PUNTO PRIMERO

### INSUFICIENCIA DE LAS DEFINICIONES NORMATIVAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. ACOTAMIENTO DE LOS DOMINIOS RESERVADOS A LA LEY FORMAL. ENUMERACIÓN CONTENIDA EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA

#### DEFINICIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Por su preminencia, como noción fundante -“*primun verum*”- el principio de legalidad ha de tener rango constitucional, exigencia lograda de dos maneras distintas.

Lo más sencillo sería utilizar una proposición imperativa. Esta fue la técnica adoptada en la Constitución Austriaca de 1920, cuando su artículo 20 proclamaba que, “*la administración pública por entero no puede ejercerse sino en base a las leyes*”, fórmula que remeda la Ley Fundamental de la República Alemana, cuyo artículo 20 párrafo segundo contiene este precepto: “*Los poderes ejecutivos y judiciales están obligados a respetar la Ley y el Derecho*”.

Aquí se trata, ante todo, de un imperativo en virtud del cual la administración *deberá* ejercitarse con base a la Ley o respetando la Ley y el Derecho. Sin embargo, semejante proposición es por sí sola insuficiente pues para darle cumplimiento ha de desarrollarse añadiéndole las demás en ella implicadas. Así atendiendo al orden lógico entran en juego, proposiciones apodícticas (“*ésta es necesariamente la norma reguladora*”); proposiciones copulativas (“*ésta es la norma reguladora junto con otras*”); proposiciones disyuntivas (“*la administración ha de actuar conforme a la ley o dentro de los límites de la ley*”), y en fin, proposiciones hipotéticas (“*si una situación dada está prevista en la norma aplicable se producirán*”).

tales consecuencias”). Todo esto no cabe en los estrechos límites de ninguna definición.

Resumiendo: el principio de legalidad no puede quedar plenamente expresado en una única norma constitucional por cuanto domina todo el Ordenamiento Jurídico de cuya coherencia interna es factor decisivo.

Así el principio de legalidad adquiere rango constitucional cuando la Constitución dispone de una retícula normativa, valga la imagen; es decir, de un entrelazamiento de normas, hecho posible para que el principio tenga una completa y efectiva realización. Puesto que, siendo el principio de legalidad auténtico principio condicionante, no se encuentra, tanto en un sólo texto de la Constitución como en todo su contexto.

## **DOMINIOS RESERVADOS A LA LEY FORMAL**

Históricamente, en el seno del Estado absoluto de los siglos XVI y XVII, comenzó a emerger lo que hoy llamamos ley formal como una garantía contra la arbitrariedad del Soberano. En efecto, siguiendo el rehabilitado precepto del Derecho Romano Imperial -del bajo Imperio justiniano- se consideraba que la ley era únicamente aquello que placía al Príncipe (“*Lex est quod Princeps placuit*”). Por ello las aspiraciones de la gente común -así llamada en Inglaterra, “los comunes”- era la de obtener que, al menos, ciertas particularidades personales, atinentes a lo más íntimo de la persona humana, no pudieran quedar afectadas-, sin el consentimiento de una especie de Asamblea representativa o Parlamento. Esto acaba lográndose, inicialmente en Inglaterra, después de incesantes pugnas, con la incruenta revolución de 1689 -llamada “La Gloriosa”- la cual produce el primer documento europeo declarativo de libertades y freno de la omnipotencia del Poder Real: el famoso “*Bill of Rights*” de 13 de febrero del propio año 1689 en cuya redacción intervino decisivamente un gran filósofo, John Locke, autor de una obra política trascendental denominada “*Ensayo sobre el Gobierno Civil*” (1690).

Pues bien, el “*Bill of Rights*”, la pieza maestra del régimen constitucional, consagraba, según advierte su título, una serie de verdaderos derechos limitativos de las prerrogativas del monarca. Así, en adelante, aquél no podía sin la voluntad del Parlamento, ni imponer contribuciones, ni hacer reclutamientos, al propio tiempo que también el



Parlamento había de intervenir en otros casos, sobre todo para remediar los agravios sufridos y obtener la observancia de las leyes que dictara; en el bien entendido que el Rey ni podía suspender su ejecución ni dispensar su observancia.

La Revolución francesa, está ya sangrienta, hace el resto en Europa. Las dos Declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano, de 1789 y 1793 proclaman lo que califican como “derechos naturales e imprescriptibles del hombre” (igualdad, libertad, seguridad y propiedad), pero sobre todo establecen que “la ley es la expresión de la voluntad general y todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir a su formación, bien sea directamente o por medio de sus representantes”.

Pues bien, en el transcurso del tiempo, triunfante el liberalismo, desde luego, el liberalismo político, se logró establecer un equilibrio entre la iniciativa del Gobierno -más o menos impropriadamente llamado Poder Ejecutivo- y la confianza del Parlamento, llegándose a esta conclusión: que la actividad del Gobierno jamás podía traspasar una zona reservada a la ley y por tanto a la decisión, única o compartida del Parlamento, donde figuraban en un primer plano los derechos tradicionales, sean las libertades públicas o derechos de libertad con sus respectivas garantías (la personal, de conciencia, de manifestación del pensamiento, reunión, asociación... etc.), sea los derechos políticos de sufragio y nacionalidad.

Posteriormente, hasta llegar a la época actual, se consuma otro equilibrio mucho más complicado. Así, de una parte, los poderes de la Administración van aumentando progresivamente, inclusive en el dominio reglamentario donde se desarrolla a expensas de la propia Ley, según se verá luego. Pero, de otra parte crece el número de derechos, pues hacen su aparición los llamados derechos económicos y sociales, que en su mayoría se satisfacen mediante servicios públicos. Además, el principio de legalidad -que comporta diversos aspectos, no sólo éste- se ha extendido a otras zonas y tanto su vigencia como su eficacia la garantiza una jurisdicción contencioso administrativa cada vez más perfeccionada.

Ahora, la delimitación del dominio de la ley formal varía en los distintos Ordenamientos jurídicos.

Las Constituciones donde el concurso de la ley se exigen en un mayor número de casos, son, la italiana (1947) y la venezolana (1961) que ha recibido su influencia. Contrariamente, la Constitución que requiere la ley en mucha menor escala es la francesa (1958), por la concurrencia de

otras normas a ella asimiladas. Pero, ¡cuidado! Ello no significa que por esta diferencia de cobertura de la ley, esté en Francia menos asegurada la vigencia y la eficacia del principio de legalidad, pues semejante mengua se encuentra suficientemente compensada según se verá luego.

En Venezuela, la zona de la reserva legal queda integrada por ocho parcelas de desigual importancia, que, a grandes rasgos, se describen seguidamente, sin pretender con ello conseguir un inventario completo, ni menos dejar disipadas muchísimas dudas.

1.- Primeramente deben ponerse de relieve los derechos fundamentales y las garantías típicas que constituyen *la reserva legal* clásica: libertad y seguridad personales, derechos a la vida, al honor, a la igualdad y demás que detalla el texto constitucional en sus artículos 58 a 71 cuyos complementos indican los artículos 79, 82, 91 y 92. Merece destacarse el derecho a la defensa por primera vez incluido en una Constitución venezolana (artículo 68 p. 2º), si bien se considere que anteriormente tenía también vigencia como un principio general del Derecho, o sea lo que fue denominado un “principio con trascendencia normativa”. (ver la interesante Sentencia de la Corte Suprema, en pleno, de 18 de enero de 1966. Gaceta Oficial N° 27.947 del día 26).

- Siguen los derechos políticos: nacionalidad, sufragio activo y pasivo y de agrupación en partidos políticos (Artículos 42, 111, 112 y 114).

- Las cargas tributarias -la reserva legal más antigua- combina una obligación, la de contribuir a los gastos públicos (artículo 56), con una garantía contenida en el artículo 224, donde se declara que “no podrá cobrarse ningún impuesto ni contribución que no estén establecidos por la ley”. Por cierto que lo impreciso del texto deja en la duda si se refiere a toda clase de exacciones, incluyendo las tasas, fiscales o parafiscales. Empero la reciente jurisprudencia resuelve de una manera categórica que las tasas han de ser también fijadas en virtud de la ley o de una autorización legal<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Paul Marie Gaudemet. “Precis de Finances Publiques”. Ed. Montchrestien. París 1970. Vól. II, págs. 105-115. La jurisprudencia venezolana establece que las tasas han de ser fijadas en virtud de la ley o de una autorización legal. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia 4 de mayo de 1966. Sala Política y Administrativa, Gaceta Oficial N° 28.039, del 23 de mayo. Sentencia N° 263 del Tribunal de Apelaciones del Impuesto sobre la Renta de 18 de noviembre de 1963, confirmada por la Corte Suprema de Justicia. Jurisprudencia del Impuesto sobre la Renta, Ministerio de Hacienda. Caracas 1967. Tomo III, págs. 57 y 420 Hay un estudio muy completo

- Parangoneable a la carga tributaria, y con un proceso histórico análogo, recuérdese el "Bill of Rights", figura una carga personal, el servicio militar obligatorio, que corresponde ahora a un deber (artículo 53) pero cuyo cumplimiento ha de producirse "en términos pautados en la ley" (artículo 60, N° 9). Ahora que, una vez se forma parte del Ejército, el deber inicial queda convertido en una verdadera obligación, dependiente de Reglamentos internos y de Ordenes disciplinarias como consecuencia de las denominadas por los tratadistas "relaciones especiales de subordinación" o bien, "relaciones de supremacía especial"<sup>4</sup>.

- La propiedad privada tuvo el carácter de derecho fundamental, en la misma medida que los demás hasta comienzos de siglo. Desde entonces y siguiendo el modelo de la Constitución de Weimar (artículo 153) se garantiza la propiedad privada como institución. Ninguna ley puede pues abolirla ni transformarla. Mas, en cuanto a su contenido es la ley y exclusivamente ella, la que puede condicionarla según precisa la Constitución italiana, respecto a la "adquisición, disfrute y límites" (Artículo 42-2). Es en este sentido la Constitución venezolana garantiza el derecho subjetivo de propiedad, aún cuando "sometido a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés social" (Artículo 99, segundo inciso, 104 y 105).

Por tanto, la propiedad, siempre que lo disponga expresamente la ley, es susceptible de ciertos sacrificios en beneficio general, cuyo ejemplo más ostensible ofrece su transferencia coactiva (Artículo 101). Además, ha de soportar de igual manera limitaciones propiamente dichas y distintas imposiciones autoritativas<sup>5</sup>.

Con esto se ha agotado la descripción de la primera parcela que, aun conservando residuos históricos incluye nuevas modalidades. Lo siguiente tiene ya otras motivaciones, constituyendo formas jurídicas que, sin

---

y documentado, obrante en los autos, del profesor Florencio Contreras Quintero, sosteniendo la doctrina admitida.

<sup>4</sup> El artículo 6 del "Bill of Rights" disponía que la leva militar y el mantenimiento del Ejército se sometiera al acuerdo del Parlamento. La Constitución francesa de 1795 (año III), establece el deber militar conforme a la ley. Sobre este punto, ver V. Bachelet. "Disciplina militare e Ordinamento giuridico Statale". Ed. Giuffrè. Milano 1962.

<sup>5</sup> Carl Schmitt, Obra citada, págs. 192, 199 y 210. S. Pugliatti "La proprietà nel nuovo Diritto". Ed. Giuffrè. Milano. 1954. M. Constantino. "Contributo alla teoria giuridica della proprietà. Ed. Jovene. Napoli. 1967.

carecer de antecedentes doctrinales, responden más bien a nuevos problemas situados en los horizontes del Derecho Público de estos últimos tiempos.

2.- Siguiendo las recientes tendencias del Derecho Público, el ejercicio de ciertas funciones se está “procedimentalizando” -permítase semejante neologismo- “con lo cual el procedimiento establecido constituye un límite a la potestad administrativa y queda también circunscrito en el ámbito de la “reserva legal”. De los varios procedimientos así configurados resalta como el más antiguo y característico aquel que la doctrina italiana denomina “ablatorio” (del latín “ablatio-onis” derivado a su vez de “auferre”, quitar), mediante cuya aplicación del poder público se sacrifica el interés de un particular en beneficio colectivo<sup>6</sup>.

La noción de ablación -elaborada por el Derecho Intermedio- ha ido adquiriendo, en el transcurso de este siglo, forma procedimental, tanto más importante cuando afecta a derechos subjetivos que tienen protección de la ley, es decir, comprendidos en el principio de legalidad. Su repertorio resulta sumamente extenso, dando lugar a *procedimientos ablatorios personales* (requisiciones personales, entre ellas el servicio militar obligatorio, diversas órdenes administrativas, particularmente las de policía tanto la de seguridad como la sanitaria y de tránsito, sanciones administrativas... etc.); *procedimientos ablatorios reales* (cargas tributarias, expropiaciones y otras transferencias coactivas de la propiedad, secuestros, ocupaciones de urgencia, requisiciones de bienes muebles y semovientes, servidumbres legales y otras limitaciones forzosas de la propiedad... etc.); *procedimientos ablatorios obligacionales* (asunciones y cláusulas contractuales obligatorias, tarifas y precios impuestos... etc.). Este es el

---

<sup>6</sup> F. Benvenuti. “Funzione amministrativa, procedimento, proceso” “Revista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1952, p. 118 s. F. Bartolomei. “Contributo a una teoría del procedimiento ablatorio”. Ed. Giuffré, Milano, 1962. M. S. Giannini. “Diritto Amministrativo”. Ed. Giuffré, Milano, 1970, págs. 820-825 y 1.181-1.289.

En Francia la noción equivalente al procedimiento ablatorio de la doctrina italiana se va delineando, tanto en la jurisprudencia como en la obra de los tratadistas. De todos modos queda siempre incluida en el denominado “principio de libertad de defensa ante las autoridades administrativas”. J. Castague, “Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de la police administrative”. Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París 1968. Andre de Laubadere. “Traité élémentaire de Droit Administratif”. Ed. L.G.D.J., París 1963, I, pág. 263, y III, pág. 96-99. J. de Soto. “Récours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique”. Etudes et Documents N° 6, 1952, pág. 63 y siguientes. B. Jean-neau. “Les principes généraux du Droit. Ed. Sirey. París 1954, págs. 78-91.

perfil jurídico de la ablación, respecto a derechos, intereses y situaciones subjetivas, que exigen un procedimiento legal.

La Constitución italiana adopta una fórmula sobria y a la vez suficientemente extensiva: “Ninguna prestación personal o patrimonial puede ser impuesta sino en base a la ley” (Artículo 23).

Aun faltando en Venezuela un precepto constitucional así formulado se habrá de llegar sin duda a una misma conclusión. El razonamiento es simple: si los derechos afectados (libertades, propiedad) están garantizados por la reserva legal, al atribuir la ley un poder respecto a ellos, debe al mismo tiempo establecer las formalidades con que haya de ejercitarse. Semejante exigencia proclamada, siquiera fuera restringidamente, por el Artículo 11 de la Declaración de derechos del hombre de 1793, tiene su reflejo en los Artículos: 60-1º, 5º, y 10º; 62 p. 2º 63 y 48 de la Constitución venezolana<sup>7</sup>.

3.- Que la ley ha de determinar la potestad administrativa, es también una condición del principio de legalidad. “La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público y a ellas debe sujetarse su ejercicio”, expresa el artículo 117 de la Constitución.

El texto constitucional se refiere al Poder Público en sentido genérico, como poder del Estado atinente a la totalidad de sus funciones induciendo la potestad administrativa, o sea la situación subjetiva constituida por el complejo de poderes, derechos y deberes pertenecientes

---

<sup>7</sup> Declaración Francesa de 1793.

Artículo 11 “Todo acto ejercido contra un hombre, fuera de los casos y *sin las formas que la ley determine* es arbitrario”.

Constitución venezolana.

- “La prisión o detención no podrá decretarse sino en los casos y *con las formalidades* previstas por la Ley” (Artículo 60, Ordinal 1º).

- “Las medidas de seguridad sólo podrán tomarse mediante el cumplimiento de las condiciones y *formalidades* que establezca la ley” (Artículo 60 N° 10).

- “La correspondencia no podrá ser ocupada sino por la autoridad judicial *con el cumplimiento de las formalidades legales*” (Artículo 63).

- “Todo agente de la autoridad que ejecute medidas restrictivas de la libertad deberá identificarse. (Artículo 48).

En Francia la jurisprudencia administrativa va adoptando la *necesidad* de procedimiento ablatorio, imponiendo el denominado “principio de defensa ante las autoridades administrativas”.

Lo mismo cabría sostener en Venezuela generalizando la vigencia del derecho de defensa definido en el párrafo 2º del artículo 68.

a la administración. Repartidas, de otra parte, las tareas propias de la potestad administrativa entre diversos órganos o complejos orgánicos, este reparto da lugar a dos conceptos derivados: *la atribución y la competencia*.

La atribución, “ad-tribuere” (proveniente de “atributionis”, dar, asignar, distribuir, con la sinónima de imputar), establece un centro de referencia al cual se confía el cuidado de determinados intereses públicos homogéneos (p.e. sanidad, educación, minas, agricultura... etc.), en tanto que la competencia, “competentia” (derivado de “competere” competir, aspirar varios a la misma cosa), constituye “una medida de la atribución” (Giannini).

En suma, la ley y solamente ella “define” la potestad administrativa con sus atribuciones y competencias.

4.- La actividad organizativa, dimanante del poder de organización, está en gran parte regida por la ley. Por tanto, ésta es en primer término, la que *puede instituir, modificar y extinguir las estructuras orgánicas de la Administración*. Así cuando la Constitución no lo ha hecho, crea los órganos, oficios y demás unidades administrativas *jurídicamente relevantes*, asignándoles atribuciones, estableciendo la jerarquía de los funcionarios calificados, con sus respectivas competencias si las mismas comportan facultades decisorias, susceptibles de producir verdaderos actos administrativos.

La Constitución venezolana contiene a este respecto una fórmula general. “Corresponde al Congreso -expresa el artículo 139- legislar sobre... el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional”. De una manera más concreta, dispone que, “*la ley orgánica determinará el número y organización de los Ministerios y sus respectivas competencias así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros*” (Artículo 193, último inciso). Se hace asimismo depender de la ley, *la organización y funcionamiento de la Procuraduría General de la República (Artículo 200), Contraloría General de la República (Artículo 234, p. 2º), Cuerpos consultivos (Artículo 109), organización de los Municipios y demás entidades locales (Artículo 26 y 27), creación de Institutos Autónomos (Artículo 230) y régimen de los funcionarios públicos.(Artículo 122).*

El poder organizativo que, en los orígenes del sistema constitucional, pertenecía al Jefe del Estado, como jefe de la Administración, ha sido objeto de diversos acomodamientos,

precisamente para compaginar la vigencia del principio de legalidad con la eficacia administrativa<sup>8</sup>.

5.- Los servicios públicos propiamente dichos -no los de índole industrial y comercial ni los servicios de interés público- *consisten en prestaciones aseguradas obligatoriamente por el Estado a la colectividad, de una manera continua y regular.* El ejemplo típico lo ofrece el servicio público educativo. En efecto, *"todos tienen derecho a la educación"* lo que engendra una obligación correlativa por parte del Estado. En consecuencia, *"el Estado creará y sostendrá escuelas, instalaciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso a la educación y a la cultura... (Artículo 78).* Análogamente sucede con la *asistencia sanitaria (Artículo 76, párrafo segundo)* y la *asistencia social de los indigentes (Artículo 94, párrafo segundo)*. En ambos casos la creación del servicio público al asumir el Estado semejantes prestaciones, es de rango constitucional, siendo entonces un servicio público garantizado por la Constitución. La demanda progresiva de servicios públicos, lo que convierte a la Administración moderna en un sujeto activo de prestaciones, acentúa la necesidad de crear incesantemente otros nuevos.

*Mas comportando ello una carga obligatoria tan considerable, resulta obvio que el compromiso haya de contraerse mediante una norma de rango legal, sea la ley o una autorización de la Comisión Delegada del Congreso (Artículo 190, N° 11).*

He aquí pues una nueva aplicación del principio de legalidad.

6.- También requiere el concurso de la ley ciertos actos dispositivos -y aún de mera administración- del patrimonio nacional. Así *"el Ejecutivo Nacional podrá sólo de conformidad con la ley, vender, arrendar o dar en adjudicación gratuitas los terrenos baldíos"* (Artículos 136 N° 10 p 2°).

También se colige del artículo 150 ordinal 2° la necesidad de una ley para autorizar la enajenación del dominio privado de la Nación.

---

<sup>8</sup> En Francia, el ejercicio de los poderes organizativos ha experimentado una aleccionadora variación. Véase, para el período de la Tercera República, R. Carre de Malberg, *"Contribution á une theorie générale de l'Etat"*. Ed Sirey, París 1920, T. I., págs. 658-659; 662-664 y 670-689. El texto constitucional de 1958 contiene una importante innovación, en sus Artículos 34 y 37. Ver A. de Laubadere, *Obra citada*, T-I, págs. 76-77 y 82. Para todo cuanto se refiere al poder organizativo en general, ver M. S. Giannini. *Obra citada* págs. 313-333, 376, 790 y 1.294.

De otra parte, “las concesiones con carácter de exclusividad para el establecimiento y explotación de obras y servicios públicos” deberán otorgarse en conformidad con la ley (Artículo 97).

7.- Queda por último a considerar la inmutabilidad de los derechos y de las situaciones jurídicas subjetivas, que *únicamente pueden alterarse o extinguirse en virtud de una ley*. Así los actos administrativos creadores de derechos y situaciones jurídicas, adquiridos y mantenidos legalmente, se hacen irrevocables. El fundamento lo encuentra la doctrina francesa en los principios generales del Derecho, aun cuando también pudiera serlo el concepto de patrimonialidad y por tanto de una garantía a la propiedad. En todo caso, constituye un caso típico de nulidad en la jurisdicción contencioso administrativa.

Este es, conforme a la Constitución venezolana, *el campo acotado por la ley*, donde tan solo ella vale como norma originaria.

## PUNTO SEGUNDO

### ORDENACIÓN PRELATIVA DE LAS NORMAS

#### ANTECEDENTES: EL ORIGINARIO MONOPOLIO NORMATIVO DE LA LEY

En una primera etapa de la revolución francesa -exactamente, desde sus orígenes al año VIII (1799)- el principio de legalidad se concebía en términos absolutos como el monopolio normativo de la ley. Esta era pues el único módulo posible. Según el simplista esquema constitucional entonces imperante, hay un Poder Legislativo *preeminente*, que edicta en cualquier materia de interés general, y un Poder Ejecutivo *subalterno*, que se limita a ejecutar lo edictado<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> En el referido esquema constitucional apenas tiene cabida un verdadero Poder Judicial. No es extraño, pues ya Montesquieu había afirmado que, “la puissance de juger est en quelque façon nulle”, punto de vista compartido por Rousseau y que su fiel discípulo Robespierre ratifica, cuando en la Asamblea constituyente sostiene que tan solo existe, una potestad de hacer leyes y otra para ejecutarlas, subdividiéndose esta última en dos ramas: la administrativa y la judicial. Ver Maurice Jallut. “Histoire constitutionnelle de la France”. Jean D’Hallnin Editeur. París, 1956. Vol. I, páginas 75 y s.). Aún muy posteriormente, alrededor de 1828, prevalece la misma



Los presupuestos para llegar a semejante conclusión son del todo coherentes dado que proceden de un sistema cerrado como lo es el “Contrato Social” de Rousseau, cuyo reflejo se encuentra en la tónica e inclusive en el lenguaje de los textos constitucionales. He aquí la secuencia del razonamiento: “La asociación originada en el contrato social, recibe del mismo, su unidad, su yo común y su voluntad, constituyendo un cuerpo político o persona pública, que torna el nombre de soberano”. Ahora bien, “la potestad legislativa es soberana por pertenecer exclusivamente al pueblo, -sustancia de tal asociación- en quien adquiere cuerpo la voluntad general”.

Consiguientemente, tan sólo la potestad legislativa llega a ser soberana. De esta manera resulta que, “el pueblo sometido a las leyes debe ser -directa o representativamente- el autor de ellas”<sup>10</sup>.

Esta dogmática tan categórica se hace en seguida preceptiva. Así la ley queda definida como “expresión de la voluntad general” (art. 6º de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1791), por la que, proclama la Constitución del mismo año: “Il n'y a point en France d'autre autorité que la loi” (No hay en Francia ninguna otra autoridad que aquella de la ley”. Cap. II, artículo 3). En su virtud, “el Poder Ejecutivo no puede actuar sino en ejecución de las leyes y Decretos del Cuerpo Legislativo” (Constitución 24 de junio 1793, art. 65), quedando entonces excluida toda potestad reglamentaria y por tanto la existencia de Reglamentos. “El Poder Ejecutivo sólo puede hacer Proclamaciones, conforme a las leyes para ordenar o recordar su ejecución” (Constitución de 1791, art., 143 y Constitución de 1795, art. 144).

Con todo lo dicho se advierte en seguida que se trata de un régimen político expuesto a un peligroso desequilibrio por estar erigido sobre Poderes evidentemente desiguales: Un Poder Legislativo, constituido por “representantes”, la representación única de la soberanía, y un Poder

---

convicción expuesta por el notable administrativista y Consejero de Estado A. M. Macarel, quien escribe: “Pero el mismo poder ejecutivo se compone de distintos elementos, la administración y la justicia... por la que siendo la autoridad judicial una emanación del poder ejecutivo nadie puede ejercerla sino en nombre del Jefe del Estado, como un mandatario suyo y bajo su inspección”. “Elementos de Derecho Público y Político”. (2º edición traducida al castellano). Librería Calleja. Madrid. 1843. Vol. I, págs. 267 y 269-270).

<sup>10</sup> “Du Contrat Social”. Livre I, chap. V et VI. Livre II, chap. VI. Livre III, chap. I. Ver Maurice Halbwachs. “J. J. Rousseau. Du Contrat Social. Notes et commentaire”. Aubier. Editions Montaigne. Paris. 1943, Págs. 148-151; 153 y 177-178.

Ejecutivo, ejercido por “delegados”, delegados “ex-lege”, o sea, magistrados, administradores, funcionarios y empleados<sup>11</sup>.

No es pues extraño sino perfectamente natural que ello acabará conduciendo a la Convención y al Terror, acontecimientos con los que se cierra el periodo ideológico de la revolución francesa<sup>12</sup>.

## ULTERIOR BIPARTICIÓN DE LA NORMA PRIMARIA: LEY Y ACTOS DE GOBIERNO

Paradójicamente, por una paradoja en la que es tan pródiga la Historia, lo mejor de la revolución francesa, o sea sus valores esenciales y perdurables, comienza a adquirir consistencia cuando se la declara legalmente terminada (*“Citoyens, la révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée; elle est finie”*). Proclamación de los Cónsules de la República, 24 frimario del año VIII, 15 diciembre 1799). En efecto, la Constitución de 22 frimario del año VIII (13 diciembre 1799) y los Senados-Consultos sucesivos, se acomete la gran empresa de “fabricar el Estado con la totalidad de sus piezas”, lo cual hace precisamente el bonapartismo --a través del Consulado y del Imperio-- representando sin duda alguna la segunda etapa de la revolución, o si se prefiere su decisiva consolidación<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Ver Const. de 1791, arts. 33 a 35 y 134; Const. de 1793, arts. 7, 8, 9, 21, 63, 78 y 82; Const. de 1795, año III, art. 39.

<sup>12</sup> Ver Maurice Jallut. Obra citada, págs. 198-204; 226-228. El tránsito de la democracia al despotismo mediante la Convención y el Terror se encuentra sugestivamente expuesto en la obra del profesor J. L. Talmon. “Los orígenes de la democracia totalitaria”. Traducción del inglés. Ed. Aguilar. Madrid-México-Buenos Aires. 1956.

<sup>13</sup> Para emplazar la Constitución del año VIII, en la perspectiva universal, ver J. A. Hawgood. “Modern Constitutions since 1787”. Macmillan. London 1939, págs. 85 y s. Sobre la continuidad revolucionaria del bonapartismo, ver Maurice Jallut. Obra citada, págs. 232 y 247. No se olvide que la Constitución del año VIII, estuvo sujeta a referéndum (a. 95), conteniendo la designación nominativa de los tres Cónsules (39), quienes resultan así popularmente elegidos. Napoleón es después designado Primer Cónsul vitalicio en virtud de un acto electoral (Arrête des Consuls 20 floréal an X. 10 mai 1802 Y Sénatus-Consulte 14 thermidor an X, août 1802). Por fin, el Sénatus-Consulte organique 28 floréal an XII. (18 mai 1804) establece la legitimidad dinástica (arts. 3 a 7), asimismo objeto de aceptación por parte del pueblo (art. 142 y Décret 29 floréal an XII. 19 mai 1804). Según afirma juiciosamente E. Kohn-Bramstedt: “A pesar de todos los contratiempos la herencia revolucionaria no podía ser destruida. En realidad, Napoleón actuó más bien como albacea de la revolución que como su vencedor”, ver J. P. Mayer. “Trayectoria del pensamiento político”. E. Fondo de Cultura Económica. México. 1941, pág. 226.

El sistema constitucional iniciado con la Constitución de año VIII continúa fundamentándose en el mismo dogma de la soberanía popular, aplicado inclusive de una manera más lógica y realista. Así, se comienza equiparando la legitimidad democrática de ambos Poderes, Legislativo y Ejecutivo, haciéndolos derivar de una fuente común, la soberanía del pueblo directamente manifestada, según tenía previsto la Constitución federal norteamericana de 1789, con lo que queda abolido el desnivel ocasionado por la diferencia existente, entre “*representación*” y “*delegación*”. Sólo entonces los dos Poderes expresan igualmente la misma soberanía.

La primera consecuencia del cambio consiste en el aumento de las facultades atribuidas al Poder Ejecutivo -inicialmente denominado así por reducirse a ejecutar la ley- y que ahora toma el nombre mucho más significativo de Gobierno (art. 39). Su campo se amplía, abarcando, desde la iniciativa exclusiva de la legislación (leyes y Senado-Consultos), pasando por las medidas de seguridad interior, defensa exterior, indultos, nombramientos y revocación de altos cargos... e inclusive la posibilidad de suspender provisionalmente la Constitución. En suma: se trata del ejercicio de unos poderes que no se reciben de la ley, apareciendo por tanto desvinculados de la misma, sin que el legislador pueda condicionarlos. He aquí pues cómo surgen en el cuadro constitucional los “actos *de* gobierno”, definidos por su objeto, y no por su procedencia, es decir, *del* Gobierno. Entre ellos figuran, conforme a la amplitud de la atribución, actos individuales y asimismo actos normativos de la misma eficacia jurídica que la ley con la cual quedan asimilados.

La otra consecuencia es derivada, manifestándose en la tendencia, de diferenciar el Gobierno propiamente dicho, del conjunto de la administración o sea el aparato administrativo.

La estructura administrativa está dispuesta como una unidad orgánica en sus diferentes planos. La *Administración general* (central y periférica), la *Administración territorial*, compuesta de una Administración departamental y de una Administración comunal o municipal. Todo ello, con un Consejo de Estado al vértice y los Consejos de Prefectura a la base, completándose así la Administración activa con mecanismos consultivos y jurisdiccionales. Entonces, antes de actuar media, la deliberación, el parecer o el dictamen, cabiendo además la enmienda o la anulación después de haber mal actuado. Es decir, “la

unidad en la autoridad, la pluralidad en la deliberación y la independencia de una respecto a la otra garantizan el acierto”, según se dijo oficialmente al justificar la ley 28 pluvioso del año VIII. Pero luego existe la posibilidad de rectificar, si es el caso, en el seno de la propia Administración, dado que, conforme al apotegma de la época, “juger l'Administration c'est aussi administrer” (juzgar la Administración es también administrar).

Es de esta manera que queda montada la poderosa Administración napoleónica, cuyo diseño bien pronto servirá de modelo a los distintos Estados de Europa continental, llegando su influjo hasta los países latinoamericanos<sup>14</sup>.

En cuanto a las diferencias conceptuales, Gobierno y Administración, correlativamente los actos de gobierno y los actos administrativos constituyen géneros delimitables por sus correspondientes caracteres definidores. Cierto que el Gobierno dirige e inclusive manda a la Administración pero sin confundirse con ella aun cuando le sirva de instrumento. La vieja idea roussoniana que identifica la Administración con el Poder Ejecutivo -ni tampoco con el Gobierno- quedó desde entonces contradicha y superada. En todo caso, el sistema constitucional iniciado con la Constitución del año VIII, no deja lugar a dudas. Los actos de gobierno se encuentran en la categoría de aquellos que tan sólo pueden ser anulados por inconstitucionalidad, pues su fuente productora es la Constitución (Const. año VIII art. 21). Contrariamente, los actos administrativos se encuentran en la categoría de aquellos que tan sólo

---

<sup>14</sup> El estudio más completo sobre el nuevo texto constitucional se encuentra en la obra de J. Bourdón. “La Constitution de l'an VIII”. París. 1942. Una buena referencia en Maurice Jallut. Obra citada. T. I, págs. 244 y s. Respecto a la organización administrativa: Gabriel Lepointe. “Histoire des Institutions du Droit Public Français an XIX éme siècle”. Editions Montchrestien. París. 1953, págs. 273 a 286. Como valiosas aportaciones monográficas: Charles Durand. “Etudes sur le Conseil d'Etat napoléonien”. P.P.F. París, 1949. J. Monnet. “Histoire de l'Administration provinciale, départementale et Communale en France”, París. 1885. Pierre-Henry. “Histoire des Préfets”. París. 1950. Brian Chapman. “Los Prefectos y la Francia provincial”. (Trad. del inglés, con una introducción de E. García de Enterría). Ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1959. Eduardo García de Enterría. “La configuración del régimen municipal francés de la Revolución a la Restauración”. Incluido en “Estudios en homenaje a Jordana de Pozas”. Madrid. 1962, págs. 23 y s. Latinoamérica comienza experimentando un primer impacto con las Constituciones del período ideológico que tanto exaltaron la mística de la independencia pero contribuyendo muy poco al establecimiento de un régimen administrativo. La influencia fue tardía llegando junto con el positivismo (Mitre-Sarmiento-Avellaneda, en Argentina, Manuel Muntt-Antonio Varas, en Chile, Guzmán Blanco, en Venezuela, Porfirio Díaz, en México... etc.).

pueden ser anulados o modificados por ilegalidad pues su fuente productora es la ley (Const. año VIII, art. 52). Ahora bien, unos actos, los primeros, son imputables al Gobierno (arts. 41, 42, 46, 49, ... etc.), y los demás a la Administración en cualquiera de sus planos, sea la Administración general, la Administración departamental o la Administración municipal.

En conclusión; los actos de gobierno que tengan carácter normativo quedan equiparados a la ley<sup>15</sup>.

## **HACIA LA PLURALIDAD, APARICIÓN Y DESARROLLO DEL PODER REGLAMENTARIO. DIVERSAS CLASES DE REGLAMENTOS**

El acto normativo llamado Reglamento, así como el poder conferido para dictarlo -o sea el poder reglamentario- aparece por vez primera en el cuadro constitucional de aquella época (1799-1814). La Constitución del año VIII establece que, el Gobierno "hace los Reglamentos necesarios para asegurar la ejecución de las leyes" (art. 44).

La nueva especie normativa se determina: 1º Por ser un acto general y en este sentido análogo a la ley, cuya generalidad se consideraba anteriormente exclusiva de ella. 2º Por proceder de la Administración, dotada entonces de un poder intrínseco, el poder reglamentario. Los Reglamentos son en su consecuencia actos administrativos generales normativos. 3º Por estar destinado primordialmente a la ejecución de la

---

<sup>15</sup> El concepto de inconstitucionalidad se concreta "a los actos que violen de una manera *directa* el texto constitucional" (Conclusiones del "rapporteur" Savoye-Rollin, recogidas por Charles Durand. Obra citada, pág. 96), como sucede de una manera particular cuando el Gobierno deriva *únicamente* de aquél sus poderes. Pero si se trata de "resolver dificultades que se susciten en materia administrativa", lo cual supone siempre un caso referido a la ley, entonces se produce una ilegalidad cuya corrección está diferida al Consejo de Estado (Const. artº 52 y "Arrête Consulaire 5 nivôse an VIII", regulando su organización y funcionamiento). De otra parte, el sistema constitucional iniciado con la Constitución del año VIII, considera que el organismo de Gobierno está formado por los Cónsules (art. 39) y luego unipersonalmente por el Emperador (artº 1º del Sénatus-consulte organique 28 floréal an XII, 18 mayo 1804). En cambio, los distintos ramos de la administración se encuentran regidos individualmente por los Ministros como encargados de la ejecución de leyes y reglamentos (Const. arts. 54, 56 y 59). El conjunto de los Ministros reunidos en Consejo no estuvo nunca previsto formalmente ni atribuida función alguna, excepto durante el Imperio, al producirse la vacante del Trono (Durand. Obra citada, págs. 128-129).

ley, aun cuando semejante característica, según se verá luego puede tener excepciones.

No es ésta empero la única referencia de la Constitución del año VIII a los actos reglamentarios. En efecto, el art. 52 señala que “Bajo la dirección de los Cónsules, un Consejo de Estado queda encargado de los *Reglamentos de administración pública*”.

Con ello se alude a dos clases de Reglamento: unos, los ordinarios, derivados del artículo 44 y otros, los peculiares, que, para distinguirlos de los primeros se denominan, en el artículo 52, “Reglamentos de administración pública”.

Mas ¿en qué consiste la peculiaridad de estos últimos? La contestación se encuentra en el propio texto constitucional; es decir, han de ser acordados en Consejo de Estado. No basta pues para dictarlos el poder del Gobierno sin el concurso de aquél cuerpo consultivo. Pero la cuestión no queda esclarecida pues lo decisivo no es el procedimiento prescrito, la audiencia del Consejo de Estado, sino el motivo en virtud del cual haya de intervenir. Como arguye H. Bérthélemy “no es el hecho de consultar al Consejo de Estado aquello que da a un Decreto el valor particular de Reglamento de administración pública, antes bien el hecho en virtud del cual se hace necesaria tal consulta”.

Se ha advertido que, desde un principio, la naturaleza jurídica del Reglamento de administración pública permanecía en las sombras, dando así pábulo a un debate -doctrinal y jurisprudencial- prolongado hasta hace poco, aun cuando dicho tipo reglamentario estuviera desde entonces incorporado, sin solución de continuidad, al Derecho Público francés.

No es ello por lo demás extraño, teniendo en cuenta que se trata de elaborar una especie jurídica nueva, tanto más delicada cuanto que en ella subyace una fórmula de equilibrio de poderes cuyos determinantes son: de una parte, el mal recuerdo de “l'ancien régime”, con los poderes legislativos del Monarca, y de otra, las exigencias de una realidad cambiada y sucesivamente cambiante. Vale así la pena dedicar siquiera sea un momento a considerar las vacilaciones y subsiguientes soluciones de este primer momento histórico pues representa el camino que, con los consiguientes altibajos, hubieron de recorrer todos los Estados de régimen administrativo.

La preocupación dominante consiste, claro está, en delimitar las áreas correspondientes a unos actos igualmente normativos, estableciendo,

además, la relación actuante entre ley y reglamento. He aquí el problema de todos los tiempos.

El art. 44 de la Constitución del año VIII -como después tantas otras- fue a este respecto sumamente cauto. El Reglamento allí descrito se limita a “asegurar” la ejecución de la ley, sin poder en modo alguno ni sustituirla ni alterarla. Diferente es el sentido del art. 52, donde se habla de un Reglamento desprovisto de rasgos descriptivos y cuyo mismo nombre -Reglamento de administración pública- era anteriormente desconocido.

No parece que durante el Consulado y el Imperio el uso de uno y otro tipo de Reglamento obedecieran a un riguroso criterio selectivo. Sin embargo, el Reglamento de administración pública estuvo siempre reservado a los casos de interpretación de la ley y asimismo con frecuencia a la organización administrativa<sup>16</sup>.

Ahora que, una cosa es la manera como fueran utilizados estos dos tipos de Reglamento en una época determinada y otra muy distinta aquilatar, entonces o después, su verdadera esencia, a fin de obtener la calificación jurídica que exactamente les corresponde. Lo primero es una cuestión de hecho, de un hecho histórico, lo segundo constituye una cuestión de concepto y en este sentido intemporal.

En efecto; la doctrina había puesto de relieve dos puntos de vista, cada uno de ellos llamado a tener trascendencia en el Derecho positivo, pese a ser contradictorios. Ello demuestra hasta qué extremo los presupuestos teóricos producen o pueden producir efectos eminentemente prácticos, conclusión correcta si se tiene en cuenta que detrás de cada complejo normativo se encuentra el pensamiento que le ha dado existencia.

Pues bien; abordando el problema en todas sus dimensiones, se comienza comprobando que al hablar de Reglamentos es posible situarlos en dos posiciones extremas: I. El Reglamento *basado*, de uno u otro modo, en la ley. II. El Reglamento en determinados casos *sustitutivo* de la ley.

I.- Lo más sencillo es concebir el Reglamento en relación a una ley preexistente. Entonces los Reglamentos están tan sólo destinados a ejecutarla, sean cualesquiera los vocablos con que tal cometido se exprese (“hacer lo necesario”, “asegurar”, “proveer”..., etc. ). Mas, para aclarar los

---

<sup>16</sup> Ver Charles Durand. Obra citada, págs. 131-134, 143.

conceptos en juego, precisa advertir que la ejecución de la ley comporta dos modalidades, cada una de las cuales da lugar a un tipo distinto de acto reglamentario, a saber:

1º- Ante todo, se pretende ejecutar el *contenido de la ley*, sin extralimitarlo. Así el contenido de la ley representa un modelo preformado que ha de desarrollarse -cabría decir a escala- con todos los detalles necesarios para su completa ejecución, entre ellos, las consecuencias que se desprenden. De esta manera el límite resulta categóricamente establecido: el Reglamento no puede añadir ningún nuevo principio a los establecidos en la ley ni le es permitido en manera alguna contrariar, desnaturalizar ni desviar sus disposiciones (Moreau, Duguit, Laband, G. Jellinek). “El Reglamento podrá, por ejemplo, precisar las condiciones para el cumplimiento de formalidades prescritas por una ley sin añadir otras distintas ni incluir tampoco la agravación de ningún género de obligaciones o cargas”<sup>17</sup>.

El poder reglamentario en tales términos establecido deriva directamente de la Constitución sin que, fuera de ella, quepa restringirse, o condicionarse.

Este es el tipo de Reglamento denominado *espontáneo o complementario*, resultante de los poderes señalados en la Constitución por una regla de *competencia genérica*.

2º- Pero en ciertos casos la ley puede exhortar o encomendar al Jefe de Estado o del Gobierno que ejerza su poder constitucional de reglamentación para el objeto en la misma concretamente indicado. De esta manera el titular del poder reglamentario, “edicta reglas que no se encuentran en la ley pero que ésta autoriza o bien obliga a establecer”<sup>18</sup>.

Mucho se ha controvertido la índole de tal especie reglamentaria. Los tratadistas alemanes y la jurisprudencia del Consejo de Estado francés habían supuesto en un comienzo que implicaba una verdadera delegación legislativa, mas luego se ha llegado a convenir que constituye la atribución de una competencia material específica pues la competencia genérica de toda reglamentación está siempre reservada, según se dijo, al titular constitucional del poder reglamentario. En efecto, el Reglamento se funda jurídicamente, no en la ley particular que lo provoca sino sobre el poder

---

<sup>17</sup> R. Carré de Malberg. “Contribution à une théorie générale de l’Etat”. Ed. Recueil Sirey. París, 1922. T. 1, pág. 650. Ver además págs. 587, 589 y 591.

<sup>18</sup> R. Carré de Malberg. Obra citada. T. I, págs. 587-589.



de ejecución de las leyes que deriva de la Constitución. De otra parte, el Reglamento cumple también con una condición impuesta por la misma ley, ejecutada entonces en los términos que ella prescribe<sup>19</sup>.

Este segundo tipo de Reglamento, igualmente ejecutivo, difiere por lo dicho del anteriormente descrito, denominándose, en contraposición, Reglamento *exhortado*, cuya finalidad no es ya *complementaria* sino *innovadora* (en los límites de la habilitación).

Dentro de este segundo tipo de Reglamento se comprende como subtipos los siguientes:

a.- Los famosos Reglamentos llamados en Francia de administración pública, cuyos rasgos distintivos aparecieron tan confusos desde sus orígenes (la Constitución consular del año VIII), pero ahora perfectamente calificado. El legislador puede obligar al Primer Ministro a dictar un Reglamento que ejecute la ley en determinados términos y con audiencia del Consejo de Estado. Entonces se trata de un Reglamento de administración pública<sup>20</sup>.

b.- Reglamentos habilitados propiamente dichos, mediante los cuales es posible introducir innovaciones expresamente autorizadas por la ley habilitante.

c.- Los Reglamentos que se dictan siguiendo las directivas señaladas en las llamadas leyes de bases o de cuadro.

d.- El ejercicio de facultades conferidas por tiempo determinado conforme al régimen de Decretos-leyes.

II.- La idea de que el Ordenamiento constitucional permitiera una zona exenta, donde la ley quedara sustituida -temporal o definitivamente- por el Reglamento, había sido considerada y debatida en distintos países. El problema ya planteado en Francia durante la época consular era el de saber cuándo la ley resultaba necesaria según la Constitución. Los textos no daban una respuesta sino en puntos concretos, lo que se aprovechaba

---

<sup>19</sup> R. Carré de Malberg. Obra citada. T. I, págs. 593 y 594.

<sup>20</sup> La noción fue en sus comienzos sumamente confusa y por tanto interpretada y aplicada de muy diversas maneras. Ver para comprobarlo Carré de Malberg. Obra citada. T. I, págs. 641 y s.; 650-651; 564-565. En la actualidad la calificación resulta clarísima. Es uno de los tantos Reglamentos exhortados. Ver André de Laubadère. "Traité élémentaire de Droit Administratif". E. L. G. D. J. Paris. 1963. T. I, págs. 74-76. Georges Vedel. "Droit Administratif". P.U.F. Paris. 1958. T. I, págs. 118-119 y 136-137.

para extender a los demás el dominio del Reglamento<sup>21</sup>. En efecto, si la Constitución disponía que sólo un número limitado de materias había de ser necesariamente regulado por la ley parecía razonable pensar que las restantes pudieran ser reglamentadas, es decir ser objeto de un Reglamento. Los primeros textos constitucionales cuya mayor preocupación consistía en preservar las libertades así como los deberes y cargas que incidieran sobre los particulares, abonaban sin duda aquel criterio. Es así que generalmente las facultades organizativas se consideraran atribuidas al Jefe del Estado, como Jefe de la administración, quien las ejercía mediante actos reglamentarios. Claro, más tarde se cayó en cuenta que la organización administrativa -sino toda, al menos una parte de ella- implica conferir competencias susceptibles de afectar el dominio de las libertades, de los deberes y de las cargas correspondientes a los particulares, lo cual forma parte de la reserva legal según antes se dijo.

No obstante, el razonamiento continuaba manteniendo su validez. En efecto, aún suponiendo que el ámbito de la ley fuera en cierta manera ilimitado, ello no obstaría a que el poder reglamentario se proyectara sobre las diferentes materias situadas fuera de la reserva legal, produciéndose entonces una clase de *Reglamentos en defecto de ley*, empero a la expectativa de que ésta se dictara en cualquier momento. Así el Reglamento regiría en consecuencia al consentimiento tácito del legislador quien mantendría siempre sus atribuciones legislativas.

Pero mucho más importantes son los *Reglamentos excluyentes de la ley*. Este fue el papel que en Francia se había tratado de asegurar por largo tiempo al equívoco Reglamento de administración pública, considerando que cuanto perteneciera al orden administrativo debía ser regulado por la administración. Idéntico pensamiento ha prevalecido en Alemania en las Ordenanzas de Administración ("*verwaltungsverordnungen*") destinadas únicamente a regular el aparato administrativo<sup>22</sup>.

Todos estos razonamientos, determinantes de algunas soluciones del Derecho positivo, han sugerido más tarde la existencia de unas materias de naturaleza administrativa ("*matières administratives par nature*") cuya regulación competería a Reglamentos desligados de la ley (autónomos).

Aún sin plantearse así el problema, en términos tan concluyentes, ya se había apuntado de una manera un tanto difusa a principios de siglo,

---

<sup>21</sup> Charles Durand. Obra citada, pág. 140.

<sup>22</sup> R. Carré de Malberg. Obra citada. T. I, págs. 556-558 y 659-663.

con la justificación de los Reglamentos de policía y los Reglamentos relativos a la organización y funcionamiento de los servicios públicos<sup>23</sup>.

Ahora, prosiguiendo en la misma trayectoria del pensamiento, se ha llegado a las últimas consecuencias, cuando la vigente Constitución francesa de 1958, establece el reparto de materias: unas, reservadas expresamente a la ley (art. 34) y las restantes objeto de Reglamento (art. 37).

## **EL DOMINIO DEL REGLAMENTO EN LA CONSTITUCIÓN FRANCESA DE 1958**

Por muy profundo que haya sido el cambio introducido en la Constitución francesa de 1958 respecto al dominio propio de los Reglamentos, no ha de suscitar ninguna sorpresa, como revelan muchos de los comentarios que se le han dedicado. La idea, según se dijo antes, no es nueva ni menos aún está desprovista de buenos argumentos que la abonen. Al contrario, representa la solución, más o menos lograda, a una apremiante exigencia de los tiempos modernos, cuya administración pública, debe conjugar la celeridad con el empleo de técnicas especializadas. Pues bien; poco puede contarse para ello con el concurso de los Cuerpos Legislativos que, conservando su vieja tónica, resultan premiosos y técnicamente inidóneos. Así no están en condiciones de producir, en el tiempo preciso toda la normación requerida, ni siquiera la mayoría de ella, lo cual hace inevitable delimitar la parte imprescindible vinculada al Congreso o Parlamento -que adopta forma de ley- diferenciándola de aquella otra a cargo de la administración realizada mediante una serie muy matizada de actos reglamentarios. Es lo que ya había hecho Francia con la ley 17 agosto 1948 -donde aparece por vez primera la noción "matière administrative par nature" -correctivo de la atonía igual o quizás mejor impotencia- del Parlamento, que tuvo al menos el acierto de decidir la segregación de una gran cantidad de normas que, perteneciendo innecesariamente al orden legal pasaban a integrar el contenido de los Reglamentos.

---

<sup>23</sup> R. Carré de Malberg. *Obra citada*. T. I, págs. 657 y ss.; 671 y s.; 678 y s..

La Constitución de 4 de octubre de 1958 adopta el mismo criterio, en ella perfectamente sistematizado.

Ante todo; el campo de la legislación comprende tres parcelas de desigual significado, a saber:

1º- La primera parcela, corresponde a lo que constituyendo la reserva legal clásica tiene el carácter de garantía no pudiendo así regularse sino mediante ley formal, íntegramente dictada por el Parlamento.

2º- La segunda parcela, se refiere a aquellos extremos cuyos principios fundamentales ha de determinar la ley, pero susceptibles de ser desarrollados por actos reglamentarios de distintas clases.

3º- La tercera parcela, incluye las leyes de programa -o de planificación- señalando los objetivos de la acción económica y social del Estado, luego hechos efectivos con el poder reglamentario.

Una vez delimitado el dominio de la ley, se considera que lo residual tiene carácter reglamentario (art. 37). De esta manera adquieren el mayor relieve, en el Derecho Constitucional contemporáneo, aquellos actos reglamentarios que antes se denominaron *Reglamentos excluyentes de la ley*.

En suma, el sistema constitucional establecido queda configurado de la siguiente manera: 1º- La Constitución delimita el ámbito respectivo de la ley y del Reglamento. 2º Las materias legislativas representan un "numerus clausus", en tanto que las materias administrativas quedan indeterminadas. 3º- El Parlamento no puede legislar en materias propias del Reglamento -es decir, del Reglamento calificado como excluyente de la ley- y si lo hiciera el Consejo Constitucional impediría la promulgación de la ley<sup>24</sup>.

Mas, no sólo existe este género de Reglamento, sino además toda la serie de los que antes se enunciaron bajo el nombre de *Reglamentos de base legal*.

De otra parte, el poder reglamentario está atribuido, según los casos: al Presidente de la República (art. 13), al Consejo de Ministros con audiencia del Consejo de Estado (art. 38), o simplemente al Consejo de Ministros ("Reglaments délibérés en Conseil des Ministres"), al Primer

---

<sup>24</sup> Ver Maurice Duverger. "La Vème. République". P.U.F. París. 1959. También Marcel Prelot. "La nouvelle Constitution". Les éditions du Centurion. París, 1959.

Ministro (art. 21) y restringidamente a los Ministros, si se lo concede expresamente la ley o bien actúan por delegación del Primer Ministro<sup>25</sup>.

Mas, claro está: esta extensión del poder reglamentario -impuesto por el progresivo crecimiento de las actividades del Estado contemporáneo- tienen como garantía jurídica el mecanismo regulador de la jurisdicción sea contencioso administrativa o judicial, correlativamente cada vez más fortalecida<sup>26</sup>.

## **OTRA ESPECIE NORMATIVA SOBREVENIDA: LOS ACTUALES PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO O DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

La pluralidad normativa se acentúa al elaborarse, con un nombre viejo, una noción completamente nueva: los principios generales del Derecho, mejor llamados principios generales del Ordenamiento Jurídico.

Anteriormente, desde el primer tercio del siglo pasado, se hablaba de principios generales del Derecho como medios de integración en las lagunas de la ley, cuando no hubiera ley exactamente aplicable al caso y a los cuales se refiere en este sentido el art. 4 párrafo 2º del Código Civil venezolano.

---

<sup>25</sup> Ver André de Laubadère. Obra citada. T. I, págs. 69-83.

<sup>26</sup> Sobre la complejidad que adquiere la administración actual, ver J. M. Auby, R. Catherine, M. Crozier, R. Drago, Ch. Eisenmann, B. Gournay, J. Rivero, L. Mehl... etc. "Traité de Science Administrative". Ed. Mouton. París-La Haye. 1966. Jordana de Pozas y otros. "La administración pública moderna". Ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1961. John K. Galbraith. "El nuevo Estado industrial" (trad. del inglés). E. Airel. Barcelona, 1968. Fritz Morstein Marx. "El Estado administrativo" (trad. del inglés). Ed. Escuela Nacional de Administración Pública. Madrid, 1968. -James M. Landis- "El poder administrativo (trad. del inglés). Ed. Depalma. Buenos Aires. 1951. A su vez en estos últimos años se han multiplicado los estudios concernientes a los Reglamentos y al poder reglamentario de la administración. Ver la voluminosa obra de Jean-Claude Donerce. "Réchêches sur le pouvoir réglementaire de l'administration". Ed. L.G.D.J. París. 1968. En Italia se ha publicado: Enzo Lignola. "La delegazione legislativa". Ed. Giuffré. Milano. 1956. Tausto Cuocolo. "Le leggi cornice...". Ed. Giuffré. Milano. 1967. Lorenza Carlassare. "Reglamenti dell'Executivo e principio de legalità". Ed. CEDAM. Padova. 1966. Enzo Cheli. "Potere regolamentare e struttura costituzionale". Ed. Giuffré. Milano. 1967. En España es. a destacar el excelente estudio de Eduardo García de Enterría. "Legislación delegada, Potestad reglamentaria y Control judicial". Ed. Tecnos. Madrid. 1970.

### *El principio de legalidad y sus implicaciones*

Los principios generales del Derecho se concibieron tradicionalmente -arrancan del Código Civil sardo de 1837- como máximas de Derecho Natural, o en la versión inglesa exigencias de la justicia natural ("principles of natural justice"), la mayoría formuladas en el Derecho Romano que se había venido considerando "la razón escrita", según la lisonjera frase de su expositor, el filósofo Cristian Wolf, discípulo de Leibnitz, quien fue por cierto un jurista malogrado. A vía de ejemplo basta citar la "regulae juris" que dice: "Nadie puede transferir a otro mayores derechos de los que tenga" ("Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet").

Empero desde hace poco más de treinta años, los tratadistas y asimismo algunos cuerpos normativos consideran principios generales del Derecho las generalizaciones del Ordenamiento jurídico. Así comienzan figurando simultáneamente en los textos internacionales -por ejemplo, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia- y en el Derecho interno de la mayoría de países (Francia, Italia, España, Alemania..., etc.).

La nueva noción es por lo demás sencilla, pues trata de destacar aquello que tienen en común un complejo de normas, inclusive pertenecientes a distintos textos legales, como si fuera el fundamento de cada de ellas. Por ejemplo, las normas singulares de Derecho Privado establecen constantemente prestaciones y contraprestaciones ligadas a equivalencias, en los contratos, en las obligaciones y en las responsabilidades pero así sucede también en las relaciones de la Administración con los administrados. Ahora bien; si escogemos el tantas veces alegado del enriquecimiento sin causa nos percatamos en seguida de que no se trata tanto de una regla de Derecho Natural cuanto de una generalización de lo establecido por distintas normas concretas del Derecho positivo. Entonces los principios generales del Derecho se presentan como un extracto del Ordenamiento Jurídico en cuestión, sin que pretendan tener por tanto un valor universal quedando antes bien adheridos, por decirlo así, al Ordenamiento Jurídico del cual proceden.

Para insistir sobre este punto se recuerda un arrête del Consejo de Estado francés donde se declara que "todo servicio prestado a la administración debe ser remunerado" por ser un principio general del Derecho. Con ello se eleva a la categoría de definición general aquello mismo que de una manera particular establecen distintas normas aisladamente (así, las leyes laborales, la ley de funcionarios públicos, las

leyes sobre contratación administrativa, las leyes reguladoras de las concesiones de gestión interesada ..., etc.).

Los principios generales del Derecho que, para evitar confusiones se denominan principios generales del Ordenamiento Jurídico, son pues verdaderas normas -normas quintaesenciadas- con calidad de fuentes del Derecho y en particular del Derecho Administrativo<sup>27</sup>.

Ha llegado ahora el momento de retroceder un poco para aclarar algo que continúa permaneciendo en las sombras. Se había dicho anteriormente que conforme a los artículos 34 y 37 de la Constitución francesa, todas las materias no incluidas en el dominio de la ley deben ser objeto de Reglamento, es decir, de uno de aquellos Reglamentos que se ha denominado *excluyente de la ley*. Pues bien; si estos actos reglamentarios no pueden ser referidos a ninguna ley, ¿cuál es la norma que pueda acreditar su legalidad? ¿Cómo cabe calificarlos de legales o ilegales sin una ley preexistente que sirva de medida calificadora? Muy sencillo. Entonces el papel de la ley lo cumplen los principios generales del Ordenamiento Jurídico, cuya infracción por el Reglamento puede ser recurrida en vía contencioso administrativa. Con ello los principios generales del Ordenamiento jurídico quedan equiparados a la ley.

## JERARQUIZACIÓN DE LAS NORMAS. LA ESTRATOGRAFÍA NORMATIVA

Establecer el orden prelativo del conjunto de normas resultaba antes tarea fácil, quedando representado geoméricamente en lo que se conoce con el nombre de "pirámide de la legalidad". Al ápice o vértice superior, la ley y solamente ella, siguiendo en descenso las demás normas, cuyo nivel decreciente expresa el índice de su sucesiva subordinación. Las reglas de

---

<sup>27</sup> Uno de los mejores trabajos dedicados a este tema pertenece al constitucionalista italiano Vincenzo Crisafulli, publicado el año 1947, en la "Rivista de Filosofia del Diritto". Pero son los franceses, tanto los tratadistas como la jurisprudencia del Consejo de Estado, que han insistido mayormente. Ver A. de Laubadère. Obra citada. T. I, págs. 199-202 y 400. De una manera especial se recomienda la excelente monografía de Benoit Jeanneau. "Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence administrative". E. Sirey. París. 1954. En la bibliografía española se encuentra: Eduardo García de Enterría. "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho". R.A.P., N° 40, enero-abril 1963. En Venezuela, ver la Sentencia de la Corte Suprema (en pleno) de 18 enero 1966, ponencia del Magistrado profesor José Román Duque Sánchez.

superior nivel privan sobre las de nivel inferior. En ello consiste la jerarquía de las normas jurídicas.

Empero ahora la situación es mucho más complicada. En primer lugar ya la ley no es la única norma preeminente, sino que comparte su valor jurídico con otras varias normas a ella asimiladas. Por tanto, la imagen de la pirámide se desvanece pues su vértice más que un punto representa un plano, resultando entonces preferible hablar de una estratografía normativa; de distintos estratos superpuestos.

- El primer estrato o estrato superior, contendría las diferentes normas de rango legal, a saber, leyes orgánicas, leyes ordinarias, Tratados Internacionales, Derecho Internacional, Derecho Comunitario, los Actos parlamentarios sin forma de ley, los Actos de Gobierno y los principios generales del Derecho, en el sentido de principios generales del Ordenamiento Jurídico, tal como antes se ha explicado.

- El segundo estrato aloja normas "sui generis". Se trata de actos administrativos pero con fuerza de ley entre los cuales destacan los Decretos-leyes propiamente dichos.

- En el estrato inferior, se encuentran todos los demás actos normativos de la Administración o sea los llamados genéricamente actos reglamentarios aun cuando sean de muy diversas clases y tengan entre sí su propia jerarquía.

Como es evidente corresponde al Ordenamiento Jurídico de cada país fijar el orden prelativo de las normas en el mismo previstas. Y como quiera que ello requiere una simplificación -al menos en lo posible- es elogiable que la contenga un texto legal, como sucede en España<sup>28</sup>.

Pero esto no resuelve los problemas en todas partes planteados, aún una vez establecido el orden prelativo de las normas. He aquí algunos de ellos:

1º- No todas las leyes son de la misma índole ni por tanto dotadas de idénticos efectos. Hay leyes de aprobación, leyes medida, leyes puente; leyes financieras; leyes de plan, leyes que contienen normas principales, auxiliares, o normas sobre normas. ¿Cómo combinarlas entre sí?

---

<sup>28</sup> En España la ordenación de las normas figura en los artículos 23, 26 y 28 de una Ley que por su técnica merece todos los elogios: la Ley de Régimen Jurídico de la Administración de 26 de julio de 1957.



2º- ¿De qué manera se determina la prelación entre la pluralidad de normas que, junto con la ley se encuentran situadas en el mismo rango legal? Por ejemplo, ¿prima el Tratado internacional sobre la ley? ¿Es preferente el Derecho Comunitario al derecho interno de los Estados incorporados a la Comunidad?

3º- Las interpolaciones y extrapolaciones de normas de distinto rango ¿no alteran el orden prelativo? Por ejemplo: el Reglamento dictado por un cuerpo con autonomía constitucional -es el caso de las Regiones en Italia- ¿puede en ciertas materias de su competencia primar sobre una ley nacional?

Las dificultades se multiplican, habiendo dado lugar los intentos de resolverlos a una abundante bibliografía<sup>29</sup>.

Con lo dicho se ha expuesto la segunda exigencia de la legalidad, o sea que la norma aplicable ha de ser precisamente aquélla a la que corresponde un mayor rango conforme a las reglas que rigen su ordenación prelativa.

---

<sup>29</sup> La jerarquización de las normas con arreglo a su fuerza vinculatoria y los complicados problemas derivados de sus recíprocas relaciones, de supremacía, paridad o subordinación, requieren análisis particularizado. Ver. A. de Laubadère. *Obra citada*, T. I, págs. 69 y s. 76 y s. V. Crisafulli. "Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti". *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*. 1960. N° 4, págs. 775 y s. A. M. Sandulli. "Legge, forza de legge, valore de legge". *Idem*. 1957. N° 2, p. 269. G. Cuocolo. "Gli atti dello Stato aventi forza di legge". *Idem*. 1961. págs. 99 y s. José Luis Villar Palasi. "Derecho Administrativo". Universidad de Madrid. 1968, Vol. I, págs. 292-312; 363-385; 392-397 y 406-408. E. García de Enterría. "Apuntes de Derecho Administrativo". (Curso 1970-1971) Mimeografiado. N° 1, págs. 35 y s. Manuel Francisco Clavero. "¿Existen Reglamentos Autónomos en el Derecho español?". *Revista de Administración Pública* N° 62. 1970, págs. 9-34. Lorenzo Martín Retortillo. "Actos administrativos generales y Reglamentos". *Idem*. N° 40. 1963. José Luis Meilan Gil. "La distinción entre norma y acto administrativo". Ed. Escuela Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares. 1967. Para el orden jerárquico de las normas en Derecho Venezolano, ver A. R. Brewer. "Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana". Ed. Facultad de Derecho de la U.C.V. Caracas. 1964, págs. 29 y s. E. Lares Martínez. "Manual de Derecho Administrativo", Misma editora. 1963, págs. 35 y s. A. Moles Cabuet. "Lecciones de Derecho Administrativo" (Curso 1956-57). Mimeografiado IV, págs. 40 y s.

## PUNTO TERCERO

### RELACIÓN NORMA-ACTO ADMINISTRATIVO. DISTINTOS MODOS DE VINCULARSE

Hasta ahora se han examinado dos de las condiciones necesarias para que el principio de legalidad pueda tener cumplimiento. La primera, consiste en que la Constitución haya delimitado una zona dentro de la cual rija tan sólo la ley -o su equivalente-, quedando excluida cualquier otra norma. La segunda, supone el establecimiento de un orden prelativo en el conjunto de las normas integrantes del Ordenamiento Jurídico, de manera que la jerarquía de las mismas indique su respectivo valor jurídico. Todo esto tiene implicado, según se vio, un buen número de cuestiones que, habiendo de resolverse en los sistemas jurídicos de los diversos países, constituyen el antecedente de las soluciones allí adoptadas.

La tercera condición necesaria -inseparable de las anteriores- comporta que, teniendo la norma carácter de uno u otro modo vinculante, queda siempre asegurado el nexo entre ella y el acto administrativo, sea reglamentario, general o individualizado.

## TÉRMINOS DE LA RELACIÓN

La relación así originada cuenta con dos componentes: de una parte, la norma, y de otra parte la administración cuya actividad *funcional* engendra el acto administrativo.

Mas inmediatamente surgen estas dos preguntas:

- 1º- ¿Cuál es en este caso el sentido de la norma? Dicho brevemente: establecer un patrón de conducta.
- 2º- ¿En qué consiste entonces el subsiguiente cometido de la administración, al dictar el acto administrativo? También muy sencillo: cumplimentar lo mandado o hacer uso de lo permitido por la norma, cuyo destinatario es precisamente la administración.

He aquí lo que representa la relación norma-acto administrativo. Empero para extremar el rigor del razonamiento se hace necesario

proseguirlo en otra instancia. Así, tratándose de una relación, ha de comenzarse preguntando en qué consiste exactamente y cuáles sean sus posibles variantes.

Ante todo, según se sabe, la relación en el sentido lógico -denominada también predicamental- es “el orden de un término respecto a otros términos”. Es decir, aquí una relación de principio o enunciado (la norma) a consecuencia (conducta de la administración). Ahora bien; los modos de la relación dependerán entonces de los enunciados, es decir, de la clase de norma. Si el enunciado es incondicional o absoluto tendremos una proposición categórica, en forma de *proposición modal de necesidad* (es necesario que S. sea P.). En cambio, cuando el enunciado sea condicional tendremos, bien una proposición hipotética, bien una proposición disyuntiva, ambas equivalentes a una *proposición modal de posibilidad* (es posible que S. sea P.). A su vez, la proposición hipotética -la más frecuente en el dominio jurídico- cabe que tenga implicada una consecuencia necesaria (*si se da a, se producirá necesariamente b*) o también una consecuencia disyuntiva (*si se da a, se podrá producir, sea a, o b, o c, ... o n*).

### **a.- La norma como primer término de la relación: Sus clases**

Pues bien; dependiendo el modo propio de la relación del primer término, o sea de la norma, precisa seguidamente determinar sus clases, a saber: imperativas, taxativas, y facultativas, con sus secuelas de imposiciones, autorizaciones, habilitaciones, creación de competencias y atribuciones de facultades extraordinarias.

1.- Las normas imperativas y las normas taxativas o preceptivas son creadoras de deberes para la administración, llamadas “preceptos de deber” (“Sollenvorschriften”). Ahora bien; las normas imperativas imponen el deber absoluto e incondicionado de obrar. Las normas taxativas establecen el deber de que, al obrar se haga únicamente en los términos por ella señalados.

2.- En cambio, la amplitud y elasticidad caracterizan las normas facultativas, llamadas “preceptos potestativos” (“Kannvorschriften”). Estas no son creadoras de deberes sino de poderes, entre los cuales se encuentra

el de dictar otras normas subalternas (actos normativos) o de adoptar ciertas decisiones (actos individualizados).

## **b.- Modos correlativos de vinculación**

La clase de norma actuante da lugar, según sea ella, a un distinto modo de relación. En consecuencia, el distinto modo de estar relacionada la norma antecedente con la conducta administrativa subsiguiente, determina un modo correlativo de vinculación. El modo de relación implica el modo de vinculación.

La calidad de la norma -ya se ha dicho- condiciona la conducta administrativa. Así, la administración *debe* actuar en un momento dado porque el imperativo es conminatorio y no puede lícitamente eludirse. Otras veces, la administración ha de actuar tan sólo al producirse el supuesto -proposición o juicio hipotético-, pero entonces también *debe* hacerlo de la manera prevista, sin desviarse de la prescripción. En fin, si la administración recibe unos poderes, los ejercita ateniéndose a su medida, dentro de la cual escoge las opciones o adopta, las innovaciones permitidas. Resumiendo, estos diferentes modos de actuar de la administración son reductibles a tres figuras lógicas fundamentales:

a.- Cuando la norma es imperativa, incluye una proposición o juicio categórico (de absoluta necesidad).

b.- Si la norma es taxativa, pero condicionada por una única consecuencia posible, incluye una proposición o juicio hipotético (de necesidad subordinada al cumplimiento del supuesto).

c.- Si la norma es facultativa incluye una proposición o juicio disyuntivo, de contenido más o menos extenso<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> La obra que trata con mayor amplitud el tema de la relación, en la Lógica clásica aquí utilizada, es la de Harald Hóffding. "Relation Som Kategori". MacMillan. London, 1921. También, varios autores en "Studies in the Problem of Relations". University of California, 1930. Para su aplicación en el campo del Derecho, ver Eduardo García Maynez. "Lógica del Juicio Jurídico". Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1955. Págs. 117 y s. Actualmente la Logística introduce promisorias perspectivas, llenas de incentivos para los investigadores de la Lógica Jurídica moderna. Puede encontrarse una referencia en J. D. García Bacca. "Introducción a la Lógica Moderna". Ed. Labor. Barcelona. Madrid, 1936. Pág. 171 y s. Asimismo José Ferrater Mora y Hugues Leblanc. "Lógica matemática". Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1962. Págs. 29-34.

## FORMULAS VINCULATORIAS

El enlace necesario de las diferentes normas con la correlativa conducta por ellas determinada se expresa en las siguientes fórmulas vinculatorias:

Primera. *La conexión se opera con el absoluto cumplimiento de aquello que la ley o la norma ordena imperativamente.*

Se trata por tanto del cumplimiento, puro o simple de una obligación pública -llamada también deber específico- impuesta en términos absolutos que no admite variantes. El incumplimiento constituye entonces una ilegalidad.

Segunda. *La conexión se opera con el exacto cumplimiento de aquello que la ley o la norma prescribe cuyo contenido ha de permanecer incólume.*

La conducta de la administración queda así estrictamente prefijada. La falta de concordancia o la desviación de los fines implicados en la regla constituye una ilegalidad.

Tercera. *La conexión se opera al ejercitarse los poderes conferidos por la ley o norma, siempre que sea en las condiciones y en la medida señaladas.*

Ello supone, dicho concretamente, una autorización legal habilitante ("Ermächtigung"). El poder ejercido que no derive de la habilitación resulta irregular. En consecuencia, lo que no está permitido se considera prohibido, conforme a la máxima "quae non sunt permissis prohibita e intelligentur".

En suma; todo depende de la amplitud acordada a la autorización legal habilitante, muy restringida o muy dilatada. Entonces, según se presente, el enunciado de la regla -ley o norma- es reductible al siguiente esquema: "En tal o en tales casos, la administración podrá adoptar esta sola decisión (mínimo de la habilitación), o bien optativamente otras decisiones también previstas (habilitación ampliada) e inclusive cualquier decisión de su propia iniciativa, más o menos condicionada (habilitación máxima).

Cuarta. *La conexión se opera como el cumplimiento de aquello que, la ley o norma ordenan imperativamente, en las condiciones y en la medida que señalen.*

En puridad se trata de una fórmula mixta, originada por la concurrencia de una regla legal imperativa combinada con otra regla legal

habilitante, cuyo esquema sería este: “La administración *deberá adoptar* (imperativo) tal medida, o bien toda clase de medidas necesarias para obtener determinados resultados (facultad habilitante)”.

La proposición o juicio imperativo ofrece, pues, dos aspectos: Primero, una orden a cumplir de contenido predeterminado (imperativo simple). Segundo, asimismo un estar mandado, pero con opciones a escoger (imperativo disyuntivo).

Falta la última fórmula vinculatoria que, difiriendo de las anteriores, expresa una relación cuyo primer término no es tanto la regla concreta -ley o norma- como el conjunto de Ordenamiento Jurídico. Hela aquí.

*Quinta. La conexión se opera cuando, en defecto de una norma dispositiva expresa, el Ordenamiento Jurídico no prohíbe la conducta administrativa.*

La administración puede realizar cuanto no le esté, de una u otra manera prohibido.

Expresado en la terminología clásica: no puede actuar “contra legem”, pero sí “extra legem”. Basta que no contradiga el Ordenamiento Jurídico. Esta fórmula vinculatoria corresponde a la posibilidad de que la administración proceda “dentro de los límites de la ley”. Claro está que mediando una autorización contenida en la propia regla legal, no puede haber duda alguna. Es la que incluye el artículo 86 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: “Si la Federación ejecuta las leyes mediante su propia administración, el Gobierno Federal dicta, *salvo que la ley no lo prohíba específicamente*, preceptos administrativos generales. Regula, salvo que la ley *no determine otra cosa*, la institución de autoridades”. Ahora, la razón es menos evidente cuando se alega una permisón implícita que sea válida como regla de competencia. En Francia, la doctrina se ha pronunciado siempre por la afirmativa, aduciendo el ejemplo de los Reglamentos autónomos, anteriores a la Constitución de 1958<sup>31</sup>. Semejante criterio lo compartió también el Consejo de Estado en sucesivas decisiones, que se inician con el “arrête” Heyries de 28 junio 1908 y el “arrête” Labonne de 8 agosto 1919, reconociendo la facultad de dictar Reglamentos de Policía, en defecto de

---

<sup>31</sup> Ha habido unanimidad (Duguit, M. Hauriou, Moreau, Calven, Esmein, Jéze, Eisenmann). Ver, R. Carré de Malberg, *Obra citada*. T. I. Págs. 652-668, especialmente la Pág. 663.

ley preexistente, “para asegurar el buen orden, la seguridad y el normal funcionamiento de los servicios públicos”.

Los tratadistas italianos -Borsi, Lucifredi, Treves, Resta, Rivalta y sobre todo Falzone- han sostenido la misma posición, fundándose en el cumplimiento de un deber, el deber de buena administración (“buona amministrazione” o “buon andamento”) que antes hacían derivar de un principio general del Derecho y ahora de un principio constitucional<sup>32</sup>.

También este modo de relación queda definida en una figura lógica, que ha de añadirse a las anteriormente indicadas. Es la siguiente: Cuando existe un Ordenamiento jurídico carente de una norma expresa, interviene una proposición o juicio hipotético, el cumplimiento de cuya condición negativa (el supuesto) incluye una consecuencia permisiva. Dicho de otros términos: *si* el Ordenamiento Jurídico no lo prohíbe, la conducta administrativa está permitida<sup>33</sup>. Estas cinco fórmulas vinculatorias tienen un valor relativo, o sea, que cada una de ellas es únicamente aplicable al caso implicado en el primer término de la relación, el cual determina -como se dijo antes- el modo correlativo de vinculación.

## APLICACIÓN DE LAS FÓRMULAS VINCULATORIAS

Antes de seguir adelante, para considerar la casuística de las vinculaciones adecuadas, conviene hacer dos advertencias previas:

a.- Hasta ahora los Reglamentos han sido considerados únicamente como fuentes de Derecho, es decir, actos normativos que, junto con los demás, integran un orden jerárquico (segundo punto). Mas los reglamentos son también actos administrativos, por lo cual conservando esta doble condición, si de una parte representan actos normativos de otra parte son actos normados, sujetos así a la norma de superior jerarquía. Entonces, el Reglamento actúa como una norma respecto al acto

---

<sup>32</sup> “El deber de buena administración forma el esqueleto del Ordenamiento Administrativo entero”, afirma María Rivalta. “La motivazione degli atti amministrativi”. Ed. Giuffrè. Milano, 1960, pág. 118. Guido Falzone. “Il dovere de buona amministrazione”. Ed. Giuffrè. Milano. 1953. R. Resta. “L'onere de buona amministrazione”. Ed. Giuffrè. Milano. 1953.

<sup>33</sup> Eduardo García Maynez. “Los principios de la Ontología formal del Derecho”. Imprenta Universitaria. México. 1953. Págs. 95-96.

reglamentario inferior o bien al acto individual derivado, pero a su vez se encuentra vinculado, sea inmediatamente a la ley, sea mediatamente a ella por intermedio del Reglamento superior.

En cambio, el acto individualizado o individual no ofrece más que un solo aspecto; es siempre acto normado, sujeto de una manera inmediata a la norma que lo condiciona, ley o Reglamento.

Resumiendo: El principio de legalidad comprende por igual todos los actos administrativos, sea cualquiera su especie, tanto los actos reglamentarios como los actos singulares. El acto reglamentario se encuentra condicionado por la ley o por el Reglamento de superior jerarquía, enlazado en virtud del tracto sucesivo hasta ascender a la ley o norma equivalente. El acto singular lo está por cualquier acto normativo.

b.- Otro extremo ha de ser también recordado, siquiera sea incidentalmente; el que se refiere a los efectos de la inactividad administrativa, lo que plantea el problema de los actos omitidos o negativos.

Sin pretender abordar un tema, por lo demás sumamente complejo, bastará ahora distinguir al menos dos conceptos diferentes. Uno, la abstención -o conducta omisiva- en el cumplimiento de un deber legalmente atribuido, a lo que se denomina "acto negativo". Otro, la falta de decisión en el procedimiento administrativo intentado, conocida con el nombre de "negativa procedimental o negativa a proveer".

1.- En cuanto al primero, implica el incumplimiento de un deber -mas o menos apremiante- que supone o revela un no querer o conducta tácitamente infractora, de donde dimana su ilegalidad<sup>34</sup>.

2.- Análogamente sucede en el procedimiento administrativo, entendido de la manera más lata. En principio, todos los actos de iniciativa que tienen carácter formal -instancias, solicitudes, demandas, recursos- *han de producir efectos jurídicos procedimentales*. El órgano administrativo requerido tiene, pues, la obligación de proceder y decidir. La inercia en la iniciación y subsiguiente tramitación del procedimiento se

---

<sup>34</sup> El tema está tratado con el mayor acierto en la monografía de F. Leda. "Il rifiuto di provvedimento amministrativo". UTET. Torino. 1964. También, G. Alessi. "Rilievi in ordine alla impugnazione del comportamento omissivo dell'amministrazione pubblica". R.T.D.P.



presenta así como un manifiesto quebrantamiento de la obligación de proceder<sup>35</sup>.

Ello aclarado, para la mejor comprensión de lo que sigue, llegó el momento de poner en juego las cinco fórmulas vinculatorias, refiriéndolas, separadamente, a los actos reglamentarios y a los actos singulares.

## I. CASUÍSTICA DE LOS ACTOS REGLAMENTARIOS

### *A.- Aplicación de la primera fórmula vinculatoria. Los Reglamentos exigidos*

Tal es el caso de los Reglamentos que hayan de ser dictados respondiendo a una regla legal imperativa. Así, cuando ésta exige que la administración actúe, dictando un acto reglamentario, tal mandamiento es obligatorio, sin que quepa eludirlo con una abstención. Por tanto, "si un texto legal impone a la administración adoptar una medida -afirma Laubadère- no cabe duda que está obligado a actuar, teniendo prohibida la abstención, constituyendo su negativa una ilegalidad susceptible de anulación.

Mas, ¿cómo puede tener ello lugar en el caso de los actos reglamentarios? ¿Es que existen, por así decirlo, Reglamentos forzosos?

Pues bien; la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha resuelto parcialmente la cuestión, en cuanto se refiere al ejercicio del poder reglamentario atribuido a los Alcaldes. La Ley Municipal francesa ("Communale") prescribe, *con carácter imperativo*, que aquéllos "deben dictar los Reglamentos oportunos cuando la exija, el buen orden, la seguridad o la salubridad". Ahora bien; el rechazo, constituye una ilegalidad susceptible de ser recurrida en vía contencioso administrativa<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> M. S. Giannini. "Diritto Amministrativo". Ed. Giuffrè. Milano. 1970. Vol. II. Págs. 936-939 y 1065.

<sup>36</sup> André de Laubadère. Obra citada. T. I. Págs. 202-203. La doctrina jurisprudencial se encuentra en el "Arrêté Doublet" de 23 octubre 1959. (Conclusiones del Comisario del Gobierno Bernard, que publica la R.D.P. 1959, comentadas en la propia revista del año 1960 por una nota del Prof. Waline. Otro comentario de Lavroff en Dalloz, 1960. Pág. 191).

***B.- Aplicación de la Segunda fórmula vinculatoria. El Reglamento espontáneo o complementario***

La segunda fórmula vinculatoria es tan sólo aplicable -con las modalidades luego expresadas- al Reglamento espontáneo o complementario, que según se recordará impone "el exacto cumplimiento de aquello que la norma prescribe, cuyo contenido ha de permanecer incólume". Dicho de otra manera; la norma se ha de cumplir en sus propios términos.

Empero, insistiendo en el enunciado se advierte en seguida que estos términos -definidores de la norma- pueden tener una mayor o menor precisión, marcando con ello distintos grados de taxatividad. Ordinariamente, las normas atinentes a actos singulares son más taxativas a medida que definen derechos, los protegen o limitan cargas, siéndolo menos cuando los actos reglamentarios han de perfeccionar -dicho metafóricamente- los trazos del mismo modelo.

De otra parte, los Reglamentos han ido adquiriendo, desde sus orígenes, una función peculiar: la de interpretar la ley reglamentada, lo que les hace escapar entonces al rigor de la fórmula vinculatoria<sup>37</sup>.

Estas características que concurren en el tipo de Reglamento espontáneo o complementario obligan a considerar seguidamente sus notas configuradoras.

***Particularidades en los Reglamentos espontáneos o complementarios***

Las Constituciones de los Estados de régimen administrativo suelen conferir al Gobierno, al Presidente de la República o Jefe de Estado, y a veces al Primer Ministro -como en Francia- la facultad de dictar espontáneamente Reglamentos para ejecutar la ley. El término que se utiliza es precisamente éste, "ejecutar la ley" por lo cual se denomina genéricamente a tales actos, Reglamentos ejecutivos. Mas ha de convenirse en que la expresión resulta poco clara, como será luego comentado. ¿Qué se entiende -precisa preguntarse ahora- por ejecutar las leyes mediante Reglamentos ejecutivos? Aquí no caben vaguedades terminológicas y se requiere una respuesta dotada de precisión jurídica. Tres han sido los criterios puestos para ello en juego.

---

<sup>37</sup> Charles Durand. "Etudes sur le Conseil d'Etat napoléonien", P.U.F. París, 1949. Pág. 143.

1.- La doctrina francesa aduce el concepto de complementariedad. El Reglamento ejecutivo ha de complementar la ley. De aquí que se le denomine también Reglamento complementario.

“Si la Constitución -sostiene Eisenmann- confiere al Presidente de la República -y ahora también al Primer Ministro- la facultad de dictar los referidos Reglamentos podrán hacerlo sin que hayan de atenerse a un único contenido posible sino adoptando aquel que mejor pueda asegurar la aplicación o realización de la ley, teniendo así la libertad de elegir los mejores medios. En esto consiste la complementación”.

La jurisprudencia reciente -“arrête Daunizeau” de 27 enero 1961- insiste en el concepto de “complemento indispensable”, pero permitiendo introducir las innovaciones necesarias para la mejor realización de aquello que la ley reglamentada tenga establecido.

2.- Otro criterio estriba en el concepto de finalidad. La ley tiene una dirección finalista, encaminada a producir los efectos en ella previstos. Este criterio es el acogido por la Constitución venezolana en una forma negativa, que le confiere mucha mayor amplitud. “Son atribuciones y deberes del Presidente de la República -dice el artículo 190, ordinal 10º- reglamentar total o parcialmente las leyes, *sin alterar su espíritu, propósito y razón*”. Por cierto que ésto abre especialmente una vía de impugnación del Reglamento por desviación de poder.

3.- En Italia, la ley 31 enero 1926 -que regula el ejercicio del poder reglamentario- considera los Reglamentos “normas jurídicas necesarias para disciplinar la ejecución de las leyes”. El vocablo utilizado, “disciplinar”, es suficientemente expresivo pues significa también “addestrare” o sea convertir en algo hábil y eficaz. Los tratadistas coinciden en que las normas reglamentarias han de ser las necesarias para la ejecución de la ley. Mas, aun en el mismo sentido de necesidad se admite que puedan adicionarse nuevas normas (“*praeter legem*”) de carácter integrativo, tanto más necesarias cuando la ley reglamentada contenga mayores generalidades o abstracciones<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Renato Alessi. “Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano”. Ed. Giuffré. Milano. 1960. Págs. 30-31. Federico Cammeo. “Corso de Diritto Amministrativo”. Edición CEDAM. Padova. 1960. Págs. 103 y s. Rocco. “Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche”. En “Archivio Giuridico”. 1952. Págs. 117 y s. Enzo Cheli. “Potere regolamentare e Struttura costituzionale”. Ed. Giuffré. Milano. 1967. L. Carlassare. “Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità”. CEDAM. Padova. 1966

Una subespecie atípica del Reglamento complementario, sin embargo no espontáneo sino exhortado, es en Francia el tradicional Reglamento de administración pública, consecuencia del encargo hecho al Gobierno para que “regule las condiciones de aplicación de la ley”. Mas, pudiendo intervenir en ello actos de iniciativa que comporten ciertas opciones, sería discutible si se trata más bien de una especie reglamentaria derivada de una autorización legal, pero los autores franceses lo califican de Reglamento complementario debiendo así prevalecer su calificación<sup>39</sup>.

Una vez indicadas las condiciones positivas concernientes a la legalidad de los Reglamentos complementarios, falta ahora, para mejor configurarlos, recordar sus límites negativos, resumidos en las siguientes reglas:

1 Contenido exclusivamente general, sin poder incluir disposiciones particulares o con un destinatario individual.

2 No pueden afectar la reserva legal, o sea en este caso todas aquellas materias concretas que la constitución exige sean reguladas por ley formal.

3 No pueden abrogar ni modificar ningún acto que tenga rango ni fuerza de ley.

4 Tampoco pueden transgredir los principios generales del Derecho.

5 No pueden suprimir o restringir derechos subjetivos ni funciones propias de la autonomía normativa.

6 No pueden atribuirse efectos retroactivos.

Los criterios expuestos intentan solucionar el problema que plantea la concordancia necesaria entre la medida o módulo de los poderes constitucionales ejercitados y el contenido o sustancia del Reglamento.

### ***C. Aplicación de la tercera fórmula vinculatoria. El Reglamento exhortado o habilitado***

La tercera fórmula vinculatoria supone la preexistencia de un poder o autorización habilitante contenidos precisamente en la ley, de donde deriva el Reglamento su legalidad. En este sentido constituye también un modo de ejecutar la ley, representando por tanto otra versión del Reglamento ejecutivo.

---

<sup>39</sup> André de Laubadère. Obra citada. T. I. Pág. 74.

Aquí el primer término de la relación es una norma facultativa, creadora de competencias, poderes y facultades, que se resuelve en una proposición o juicio hipotético-disyuntivo (si se da *a*, o bien *b*, *c*, *d* ... se podrá realizar, *p*, *q*, *r*... o *n*).

La extensión de la regla legal habilitante determina el contenido de las diferentes clases de Reglamentos exhortados o habilitados.

Los textos constitucionales y sus interpretaciones, permiten un gran número de actos reglamentarios diferentemente vinculados a la ley, que adoptan múltiples figuras jurídicas y comportan una escala variable de poderes. Empero el repertorio de Reglamentos así concebidos resulta desde luego excesivo para ser ahora examinado en cada una de sus especies. Bastará por tanto incluir todas ellas en dos grandes grupos.

*Primero:* Los Reglamentos derivados de leyes, llamadas de bases o de cuadro, en las cuales tan sólo figuran principios fundamentales que han de desarrollarse ampliamente mediante un acto reglamentario. Se trata pues de una habilitación que permite deducir, de los principios establecidos, todas sus consecuencias en ellos implicadas.

*Segundo:* Los Decretos emanados en virtud de una competencia especialmente creada para dictar, durante el tiempo previsto, actos reglamentarios con fuerza de ley. Es el caso, en Francia, de las Ordenanzas en materia legislativa (Constitución, art. 38); en Italia, de los Decretos legislativos (Constitución, art. 80); en Alemania de los Decretos-leyes (Ley Fundamental, art. 80) y asimismo en Venezuela, los Decretos leyes (Constitución, art. 190, ordinal 8º). La ley atributiva de competencia ha de señalar la extensión de las facultades conferidas, el tiempo durante el cual pueden ejercitarse la materia o materias sobre que versen, y los fines perseguidos.

En resumen, las reglas habilitantes, tienen como medida, un grado máximo y un grado mínimo de vinculación.

#### *D.- Aplicación de la cuarta fórmula vinculatoria. El Reglamento mixto*

Otro modo de vinculación se opera combinando la regla imperativa con la regla facultativa, conforme a este esquema: en tal circunstancia; la administración *deberá* adoptar la medida predeterminada (imperativo simple) u optativamente alguna de las previstas o bien cualquiera que

estime oportuno (imperativo disyuntivo). De ello derivan dos figuras lógicas distintas: primero; una doble proposición o juicio categórico-taxativo (deberá hacerse tan sólo esto), segundo; una doble proposición o juicio categórico-disyuntivo (deberá hacerse, sea esto o aquello, o algo diferente no especificado).

El ejemplo se pone de manifiesto con los Reglamentos de policía que en Francia *deben* dictar los Alcaldes, por mandato de la Ley Municipal, anteriormente aludidos. Pero mayor relevancia ofrecen, los Reglamentos, Ordenes, Bandos, Proclamas y otras especies análogas que a veces *deben* adoptarse -aun cuando otras veces puedan ser facultativas- por disposición de las leyes de orden público y que en la terminología alemana se conocen con el nombre de Ordenanzas de necesidad<sup>40</sup>.

#### *E.- Aplicación de la quinta fórmula vinculatoria. El Reglamento autónomo e independiente*

Esta vez el modo de vinculación resulta del todo diferente. Antes, según se vio, era necesario que preexistiera una norma -imperativa, taxativa o facultativa- cuyo contenido había de ser ejecutado en las condiciones y medida que la misma tuviere establecidas. Así, todo Reglamento ejecutivo deriva siempre de la norma, conforme su propio nombre indica.

Ahora la situación es otra. No preexiste ninguna norma legal a ejecutar y el Reglamento carece por tanto del nexo que, en los casos anteriores calificaba su legalidad. Este es el carácter definitorio de los Reglamentos autónomos o independientes, que incluyen dos modalidades.

a.- Frecuentemente las Constituciones o las leyes contienen una regla de competencia que permite reglamentar determinadas materias sin el concurso de ninguna norma legal. Es lo que han hecho algunas viejas Constituciones venezolanas y, para no aducir más ejemplos, la citada ley francesa de 17 de agosto 1948, donde se atribuye al Gobierno la facultad

---

<sup>40</sup> Fritz Fleiner. "Instituciones de Derecho Administrativo" (traducción de la 8<sup>o</sup> edición alemana por el Prof. Sabino A. Gendin). Ed. Labor. Barcelona. 1933. Pág. 62, bibliografía indicada en la nota 25. Respecto a Italia, ver Massimo S. Giannini. Obra citada. Vol. I. Págs. 577-583.

de dictar Reglamentos “en materia administrativa”, es decir, Reglamentos autónomos o independientes”<sup>41</sup>.

b.- Pero la grave dificultad comienza cuando no existe norma legal explícita a ejecutar ni tampoco atributiva de competencia. ¿Cómo puede cumplirse entonces el principio de legalidad?

Pues bien; la hipótesis, las condiciones y la consecuencia quedan expresadas en el siguiente enunciado: *Si falta una norma legal expresa, el Ordenamiento Jurídico debe o puede integrarse con un acto reglamentario que no lo contradiga.*

En efecto, la norma legal, representa desde luego una de las fuentes preeminentes del Ordenamiento Jurídico, cuyo ápice es tanto la constitución formal como los principios constitucionales; entendiéndose por Ordenamiento Jurídico no sólo la unidad normativa del conjunto sino además una organización productora del orden jurídico.

Ante todo; el Ordenamiento Jurídico ha de considerarse unitariamente “Un Ordenamiento Jurídico -dice Santi Romano- no es una suma de varias partes, sean o no éstas simples normas, sino una unidad, quede bien claro, no artificiosa ni lograda por un procedimiento de abstracción, sino concreta y efectiva... debiendo estimarse que no se puede tener un concepto adecuado de las normas que lo forman, sin anteponer previamente el concepto unitario de aquél, del mismo modo que no se puede tener una idea exacta de los distintos miembros del hombre o de las ruedas de una máquina, si no se sabe antes qué sea el hombre o qué aquella máquina”<sup>42</sup>.

De otra parte, el Ordenamiento Jurídico se conforma dinámicamente mediante un proceso continuo de producción, susceptible de asegurar su plenitud. Ahora que, pese a todo ello, con variables e intermitentes frecuencias, se presentan situaciones que exigen ser reguladas, cuando no es posible sin embargo hacerlo por falta de previsión

---

<sup>41</sup> Las tres últimas Constituciones venezolanas que tienen expresamente previstos Reglamentos autónomos, son: 1928 (art. 100, ord. 10º), 1931 (art. 100, ord. 12º), 1936 (art. 32, ord. 8º, Nº 3, párrafo Segundo). La Constitución Federal Suiza hace referencia a numerosas Ordenanzas llamadas independientes, de idéntica naturaleza, como también sucede en varias Constituciones Cantonales. Ver, André Grisel. “Droit Administratif Suisse”. Editions Ides et Calendes. Neuchâtel. 1970. P. 80.

<sup>42</sup> Santi Romano. “El Ordenamiento Jurídico (trad. De Sebastián y Lorenzo Martín Retortillo). Ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1963. Págs. 95 s. y 107. M. S. Giannini. Obra citada, págs. 92 y s., 160, 315 y 790.

normativa, poniéndose de manifiesto desde este momento una laguna del Ordenamiento Jurídico. Como afirma Francesco Carnelutti, “parece incluso inverosímil que, no obstante la variedad de las instituciones y su colosal actividad, el producto resulte todavía insuficiente. Pero lo cierto es que al mismo tiempo que la producción, aumentan las necesidades de la economía -dicho en metáfora- que presenta al Derecho diariamente nuevos problemas, esto es, algo nuevo en lo que no se pensaba hasta aquel momento”.

La consecuencia es evidente: las lagunas del Ordenamiento Jurídico han de ser integradas. Primero, con una *producción complementaria* de las reglas legales preexistentes, lo cual es el caso de los Reglamentos de complementación antes estudiados. Mas en defecto de una regla legal primaria, imposible entonces de ser complementada, ha de actuar otro mecanismo de *producción suplementaria* única manera de colmar el Ordenamiento Jurídico. Tal es la función de los Reglamentos autónomos<sup>43</sup>.

Empero, ¿cómo alcanzar tales resultados? Algunas veces el Ordenamiento Jurídico contiene una mención o una simple alusión a un deber o a una facultad (ejemplo; el Gobierno o la Administración, “hará cumplir”, “cuidará de que...”, “asegurará”, “adoptará medidas para...”, “impedirá que...”, etc.). Otras veces el deber se encuentra implícito en un principio del Derecho Constitucional como sucedía en Italia con el “deber de buena administración”, antes de incluirse en el texto constitucional. En fin, la necesidad de un orden jurídico requiere colmar la laguna del Ordenamiento.

Dos ejemplos sirven para ilustrar lo afirmado.

1º- Cuando las naves comenzaron a equiparse con T.S.F. (telegrafía inalámbrica) su tránsito por el mar territorial y las estadias en los puertos, exigía desde un primer momento, normas de uso y seguridad que tan sólo podían establecerse en Reglamentos autónomos.

2º- Existen, inclusive en gran escala, actividades corrientes de la administración, por ello mismo continuas e imprescindibles, desprovistas sin embargo de regla legal, con lo que quedan sustraídas a toda legalidad,

---

<sup>43</sup> Francesco Carnelutti. “Teoría general del Derecho” (trad. Carlos G. Posada). Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1941. Págs. 103 y 113-116.



entonces hecha únicamente posible mediante Reglamentos autónomos”<sup>44</sup>. En estas condiciones el Reglamento autónomo tiene un límite negativo. No contradecir en ningún punto el Ordenamiento Jurídico que precisamente viene a integrar y del cual forma parte.

Quedarían por considerar varias cuestiones que susciten las diversas especies de Reglamentos -limitados ahora a los procedentes de la Administración Central- pero la exigüidad del tiempo impone un obligado diferimiento. Sin embargo, dada su importancia y para que sirva la menos de referencia, no puede omitirse siquiera sea un simple índice.

a.- La llamada “deslegalización”, o sea el efecto derogatorio e innovador experimentado por la ley en virtud de ciertos actos reglamentarios, concretamente los Decretos-leyes administrativos y asimismo los Reglamentos residuales franceses, previstos en el artículo 37 de la Constitución antes comentada.

b.- Ordinariamente se impone el tracto sucesivo de los actos reglamentarios, de manera que el Reglamento habilitado -producto de una ley habilitante- representa una vinculación directa o de primer grado, en tanto que los derivados de aquél constituyen vinculaciones de segundo grado. Claro que la misma regla es aplicable a cualquier otra clase de Reglamentos derivados, en este sentido verdaderos sub-Reglamentos.

c.- También existe la llamada “heterodegradación de la ley”, operada cuando esta misma se remite a normas reglamentarias, dándoles efectos sustitutivos y derogatorios.

d.- Con alguna frecuencia la ley requiere de Reglamento para adquirir vigencia -una “conditio iuris” de la ley- situación conocida por los tratadistas italianos con el nombre de “vacatio legis”. Ello es lo que suele suceder en Francia con los Reglamentos de administración pública aquí tantas veces aludidos<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> En la administración moderna amplias zonas desprovistas de legislación requieren Reglamentos autónomos, sobre todo en cuanto se refiere al régimen de obras públicas, prestación de obras públicas, prestación de servicios públicos y dispositivos organizatorios. Ver, M. Nigro. “Studi sulla funzioni organizzatrice della pubblica amministrazioni”. Ed. Giuffré. Milano. 1966.

<sup>45</sup> Una referencia bien documentada en esta noción se encuentra en José Luis Villar Palasí. “Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las Normas”. Universidad de Madrid. 1968. Págs. 342-344.

e.- Reglamentos que sobreviven a la ley derogada “de la cual fueron esclavos”, según la frase de M. Hauriou, criterio doctrinal y jurisprudencial que comienza a imponerse desde comienzos de este siglo, “para evitar los perjuicios que causaría la falta de normación”; es decir, abonando el argumento antes aducido con respecto a los Reglamentos autónomos cuya misión es precisamente la de integrar una laguna del Ordenamiento Jurídico.

## II. CASUÍSTICA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SINGULARES

El acto singular -individual o individualizado- tiene los mismos modos de vinculación correspondientes a los actos reglamentarios dado que, el primer término de la relación consiste también en normas -Leyes o Reglamentos- de cuya índole, imperativa, taxativa o facultativa, han de desprenderse necesariamente idénticas consecuencias. Por ello las fórmulas vinculatorias son igualmente válidas en el caso de los actos singulares, con las particularidades resultantes de su respectiva aplicación. Evidentemente, cuando la Administración-sujeto, aplica normas jurídicas es siempre administración vinculada, con todas sus consecuencias. Así, la vinculación de la Administración-sujeto a la norma que ha de regir la hace dependiente de su contenido.

El profesor Charles Eisenmann, quien tanto ha contribuido a esclarecer semejante tema, hace un original planteamiento del mismo, considerando que, “cuando se habla de legalidad de los actos administrativos se puede pensar en dos relaciones extremas a las cuales corresponden dos nociones correlativas del principio de legalidad: una, la mínima y otra la máxima. Según la noción mínima, la legalidad es *una relación de no contrariedad, de no incompatibilidad* o positivamente de compatibilidad. Según la noción máxima, la legalidad es una relación de conformidad. La regla conforme a la cual los actos administrativos deben ser legales, significa, *al mínimo*, que la Administración ha de observar una conducta compatible con el sistema de reglas legislativas, es decir, que no desconozca ni contradiga ni interfiera o infrinja ninguna disposición de la ley. En cambio, que los actos administrativos deben ser legales, significa al máximo, una relación más rigurosa, que impide a la Administración realizar algo distinto a lo estrictamente pautado o modelado”.

Entonces cada una de tales relaciones tiene lugar de acuerdo con las exigencias normativas o del Ordenamiento Jurídico a ellas referidas.

- La relación de conformidad postula la preexistencia de una regla -Ley o Reglamento- que condiciona el contenido del acto. La carencia de regla impide dictar legalmente el acto administrativo singular. Empero la regla puede ser de diferente rigidez o elasticidad. Unas veces el acto ha de estar dictado en los mismos términos previstos que constituyen el patrón o modelo. Otras veces, la regla contiene una escala de posibilidades. En ambos casos se trata de una relación de conformidad.

- Contrariamente, la relación de compatibilidad permite a la Administración hacer o decidir todo aquello que de una u otra manera no prohíba el Ordenamiento Jurídico. Por tanto, la carencia de regla legal relativa a un acto evita la no contradicción. Esta relación negativa entre el acto administrativo singular y el Ordenamiento Jurídico, que no lo prohíbe, es una relación de no contrariedad o de compatibilidad.

Estas dos posiciones extremas -relaciones de conformidad y relaciones de compatibilidad- permiten incluir en ellas los planteamientos metodológicos anteriormente utilizados.

1.- Las relaciones de conformidad, comprenderían: a) Normas imperativas que se resuelven en proposiciones o juicios categóricos. b) Normas taxativas que se resuelven en proposiciones o juicios hipotéticos. c) Normas facultativas que se resuelven en proposiciones o juicios disyuntivos.

2.- Las relaciones de compatibilidad comprenderían: a) Deberes o autorizaciones que se resuelven en una proposición o juicio hipotético, con una consecuencia de no contradecir (si existe el deber o la autorización de obrar es obligado o permitido cuanto no prohíba el Ordenamiento Jurídico. b) Los actos-medida. c) Los actos de gestión pública y propios de la actividad administrativa de Derecho Privado.

### ***A.- Relaciones de conformidad***

1.- *Actos derivados de una norma taxativa.* La relación de conformidad está dada de una manera absoluta en todos aquellos actos cuyo íntegro contenido ha de encontrarse prefijado en la regla legal. Se

trata, en suma, del típico acto reglado o en la terminología francesa “de compétence lié”.

Su mejor ejemplo se encuentra en la actividad tributaria. La Administración fiscal jamás puede asignar válidamente una cuota a quien no tenga la calidad de contribuyente y además por el monto exacto que resulte de los cálculos predeterminados en la regla legal. Esta prescribe: “las personas incluidas en las condiciones a, b y c, han de tributar conforme a la tarifa correlativa a su situación”. Lo mismo cabría decir de la expedición de un permiso. La regla legal indica: “al solicitante que reúna las condiciones a, b y c, se les expedirá un permiso, de caza, de pesca, de conducción de automóviles..., etc. La Administración debe entonces atenerse a las especificaciones de la regla legal.

2.- *Actos resultantes de normas imperativas para la Administración.* La norma prescribe algunas veces a la Administración el cumplimiento de ciertos deberes. Pues bien, cuando se desatienden internamente, sin trascender al público, los órganos administrativos superiores corrigen la inacción. Mas ¿qué sucede si está prescrito un deber cuyo incumplimiento lesiona un derecho de los particulares o les irroga un perjuicio? He aquí planteado el importante problema de la inactividad de la Administración, denominada también comportamiento omisivo o abstención. La Administración deja de actuar y omite así el cumplimiento de su deberes, con lo que lesiona un derecho y perjudica los intereses de los particulares.

Los ejemplos más relevantes, extraídos de la jurisprudencia española, suiza y francesa, se refieren a la ocupación permanente del dominio público por un particular, bloqueando el acceso a las fincas colindantes de propiedad privada. La sombra de un árbol frondoso, plantado en la vía pública, priva de luz a una casa. La falta de señalamiento con luz roja en una obra que afecta la vía pública, produce de noche un grave accidente de automóvil.

La regla obliga a que la Administración actúe, con lo cual su comportamiento omisivo constituye una flagrante ilegalidad. El remedio pertenece desde luego al orden jurisdiccional, pues una inactividad obstinada e invencible únicamente puede ser enmendada o corregida por los Tribunales, sea los ordinarios o más adecuadamente los contencioso-administrativos.

Si la inactividad fuera formal, es decir, que haya sido objeto de una solicitud o queja ante la Administración obligada, entonces, su negativa a actuar, expresa o tácita por el silencio, abre la vía al recurso jurisdiccional.

Las soluciones difieren en los distintos sistemas de Derecho. El Consejo de Estado francés, poco propicio a las decisiones conminatorias (“pas d'injections à l'Administration”), establece en caso de renuencia la indemnización por los daños sufridos. Semejante era antes lo resuelto por la jurisprudencia alemana<sup>46</sup>. Pero a partir de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 21 de enero 1960, se permite, en su artículo 43, ejercitar acciones que denomina de “imposición” (“Verpflichtungsklage”), por las cuales se impone a la Administración la obligación de ejecutar el acto administrativo desatendido.

Las Comunidades Europeas -CECA, CEE y CEEA- han instituido un recurso contra cualquier abstención ilegal. Es el llamado “recours en carence”. Los Estados miembros, el Consejo, las empresas, asociaciones o personas físicas legitimadas podrán requerir a la Alta Autoridad para que adopte una decisión o formule una recomendación, y de no hacerlo en el plazo de dos meses, la decisión explícita o implícita de rechazo será recurrible ante la Corte de Justicia de la Comunidad a fin de que compruebe la violación producida. La Institución responsable del acto anulado o cuya omisión se hubiera declarado contraria al Tratado o a sus Reglamentos estará obligada a tomar las disposiciones que lleven consigo la ejecución de la Sentencia de la corte de Justicia.

Ahora bien; ¿cómo se resolvería en Venezuela el caso de la conducta omisiva o abstención ilegal? La Ley Orgánica de la Corte Federal lo tiene previsto al atribuírsele competencia para “conocer la negativa de los funcionarios nacionales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes nacionales, cuyo conocimiento no esté atribuido a otro Tribunal” (art. 7, ordinal 23). Sorpresivamente, y sin que quizás se haya intentado, resulta bien claro que en Venezuela está también admitido un equivalente del “recours en carence”.

Por último; la abstención en el procedimiento promovido ejercitando un derecho, el derecho a instar, que responde al llamado

---

<sup>46</sup> E. Forsthoff. Obra citada. Págs. 417-425. Charles Eisenmann. “Etudes et Documents”.

“principio de accionabilidad”, es asimismo ilegal, produciendo las consecuencias derivadas de semejante ilegalidad<sup>47</sup>.

3.- *Actos resultantes de normas imperativas para los administrados.* Uno de los contenidos de la norma puede consistir en una obligación impuesta al administrado, la cual, como obligación “ex-lege”, se exige y hace efectiva mediante un acto administrativo característico: la orden.

La orden individualiza al destinatario de la obligación, es decir, al obligado, requiriendo su cumplimiento.

Ante todo, ha de hacerse observar que el término tiene dos distintas acepciones jurídicas. No es lo mismo, la orden dada por el superior al subordinado en la jerarquía administrativa, que la orden, aludida en este caso, con la cual se individualizan prescripciones generales. Ahora bien; la orden así considerada, puede consistir en un mandato que prescribe un hacer.

La orden, como acto administrativo, responde a la segunda fórmula vinculatoria: “la conexión se opera con el exacto cumplimiento de aquello que la ley o la norma prescribe, *cuyo contenido no puede alterarse*”.

El nexo entre la regla legal antecedente y la orden de ella derivada, o sea su legalidad, se manifiesta en cuatro aspectos diferentes:

1º- La especificación de la obligación, cuya índole y magnitud ha de ser la misma que imponga la regla legal.

2º- La determinación, por la regla legal, del sujeto de la obligación exigible (por ej., la obligación del servicio militar no atañe, al extranjero, ni al inválido. La obligación de hacer obras o reparaciones afecta tan sólo al propietario del inmueble).

3º- La exigibilidad de la obligación (por ej., si las condiciones no se han cumplido o bien han sido modificadas por existir un permiso, prórroga o autorización).

4º- Las modalidades de cumplimiento han de atenerse a la regla legal. claro que, la renuncia, permite poner en juego intimaciones o la ejecución forzosa, ambas sujetas también a la regla legal.

---

<sup>47</sup> M. S. Giannini. Obra citada. T. I. Págs. 83-84 y T. II. Páginas 938, 903, 934-939, 1065. Antonio Moles Caubet. “Vicisitudes del procedimiento administrativo venezolano”. En “Revista Internacional de Ciencias Administrativas”. Número especial dedicado a Venezuela. Setiembre 1972. Pág. 274, letra a).

Dada su extensión, complejidad e importancia -no por ser de distinta especie- suele hacerse referencia particular a las llamadas órdenes de policía. En efecto, éstas abarcan, ante todo, campos diversos -seguridad, sanidad, protección del dominio público, observancias reglamentarias..., etc.- y están combinadas con actos heterogéneos, como autorizaciones, permisos, sanciones, comunicaciones y represiones. Solamente en esto consiste su particularidad.

4.- *Actos de opción.* Lo facultado, autorizado o permitido abre la perspectiva a un gran número de posibilidades, preferiblemente llamadas opciones para excluir desde un principio toda idea de arbitrariedad. Por tanto, expresado con mayor exactitud se habla de actos optativos en vez de actos incondicionados, sea cualquiera el nombre con que se les designe.

La norma facultativa incluye -como se recordará- una proposición o juicio disyuntivo de contenido más o menos extenso, con lo que, "la conexión se opera ejercitando los poderes conferidos, en las condiciones y en la medida señalados". (Tercera fórmula vinculatoria), Es decir; "en tal o cual caso -siempre mediando un supuesto de hecho- la administración podrá adoptar la conducta: a, b, c..., etc.".

Mas, ¿ello significa que existe entonces una absoluta libertad de elección? De ninguna manera por cuanto en ella interviene un elemento esencial del acto administrativo: *el motivo*.

El acto administrativo tiene un solo objeto: la realización de un interés público, precisamente el mismo que enuncia, presupone o persigue la norma aplicada o sea un interés preconstituido. El motivo se configura así por la coincidencia de intereses públicos predeterminados y de fines previstos, lo que le confiere un carácter teleológico. De aquí que constituya un requisito interno del acto administrativo cuya inexistencia o insuficiencia pueda acarrear su nulidad, por exceso de poder<sup>48</sup>.

"El mecanismo de prefijación de los motivos -dice Aldo Piras- va identificado con aquél de la normación que canoniza los intereses"<sup>49</sup>. Claro que entonces, el motivo concreto del acto constituye, en último

---

<sup>48</sup> M. Severo Giannini. Obra citada. T. I. Pág. 630.

<sup>49</sup> Aldo Piras. "Interesse leggitimo e giudizio amministrativo" Ed. Giuffré. Milano. 1962. Vol. II. Págs. 29 s. M. S. Giannini. "Lezioni di Diritto Amministrativo". Ed. Giuffré. Milano. 1962. Págs. 318-321 con referencia a las págs. 91-93.

término, una valoración de intereses públicos concurrentes, mas no una valoración psicológica sino eminentemente objetiva.

La doctrina jurisprudencial francesa ha hecho una considerable aportación al papel del motivo en tanto que requisito interno del acto administrativo, destacando sobre todo su objetividad. El motivo se compone, según tal concepción, por unos elementos de hecho y otros de Derecho que dirigen la conducta administrativa.

*a. Exigencias fácticas.* 1º La existencia y exactitud de los hechos con una cualidad promotora -suficientes para originar la decisión- que en la terminología francesa se conocen con el nombre de “hechos determinantes”. (P. ej. Disolución de una Asociación por el motivo de que había dejado de existir, cuando efectivamente proseguía sus actividades. Falta de motivo).

2º Apreciación de los hechos atendiendo a su real significado (P. ej. ¿cabe o no cabe afirmar que exista “una grave crisis de la habitación” para decidir una requisita de locales, conforme en tal caso autoriza la ley?). Los hechos constituyen el motivo en virtud del cual los órganos administrativos competentes pueden actuar. Empero tan sólo si los hechos se han producido con las características que la regla legal establece, o sea “la gravedad de la crisis” (“arrêté” del C. de E. de 9 diciembre 1948, “consorts Barbedienne”).

3º Determinación del concepto. Frecuentemente la regla legal expresa una calificación jurídica, constituida, sin embargo, por una mera situación de hecho. (El ejemplo ofrecido corresponde a la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado que permite objetar el concepto de utilidad pública, como base de una expropiación forzosa, por considerarlo un hecho de apreciación económica que admite por tanto ser contradicho. Esta jurisprudencia no sólo resulta acertada, desde el punto de vista jurídico sino altamente moralizadora, por cuanto excluye de la arbitrariedad administrativa decidir caprichosamente mediante conceptos que incluyen hechos, tales como el de “perspectiva urbanística”, “orden público”... etc.).

*b. Exigencias de Derecho.* 1º Actos adoptados fuera del campo de aplicación de la ley “Dehors le champ d'application de la loi”). Ejemplo, el acto cuyo motivo se encuentra en una norma no aplicable al caso.

2º Defecto de base legal. Aquí los motivos son múltiples. Por inexactitud del texto en que se funda el acto. Por su falta de vigencia. Por su



manifiesta ilegalidad. El error de Derecho. El falso alcance de la regla legal (Ejemplos. Denegación de instalar en la vía pública una terraza cuando el Reglamento lo que prohíbe son los escaparates ).

Podría quizás criticarse una cierta confusión entre causa y motivo, que la propia jurisprudencia del Consejo de Estado ha advertido, mas ello no tiene sino un valor teórico, sin que en nada menoscabe su gran sabiduría<sup>50</sup>.

De todo lo dicho se desprende, que el efecto vinculante de la regla legal es variable. Unas veces, marca el grado máximo de vinculación, como sucede con la norma taxativa que permite una única solución. Otras veces, marca un grado inferior -con las normas facultativas- el cual comprende una escala dependiente de la magnitud de las autorizaciones o permisiones conferidas. Empero, todos estos casos tienen en común que el contenido de la regla legal -sea un modelo preformado o "standard", sean directivas más o menos amplias, sean alternativas o cuantificaciones- constituye el contenido homólogo del acto administrativo. En suma; éste, sean cualesquiera sus modalidades se produce siempre "intra legem". Ahora que no siempre sucede de esta manera como se verá seguidamente.

### ***B.- Relaciones mixtas; de conformidad y de compatibilidad***

La inclusión de los actos administrativos singulares en dos categorías -según correspondan a relaciones de conformidad o a relaciones de compatibilidad, llamadas también de no contradicción- es sin duda válida pero insuficiente, pues omite un tercer género: el de los actos administrativos singulares situados en una categoría intermedia. Así, cuando la regla legal crea un poder para dictar actos administrativos, éstos quedan evidentemente comprendidos, *en tal aspecto*, dentro de las relaciones de conformidad. Pero si el poder creado nada prescribe respecto al contenido mismo de los actos administrativos, éstos habrán de quedar evidentemente comprendidos *en tal aspecto*, dentro de las relaciones de compatibilidad o de no contradicción. Entonces, el modo de producirse la vinculación norma-acto administrativo, resulta diferente, aun cuando ambos coincidan en el mismo acto administrativo, el cual resulta, de una parte conforme y de otra parte compatible con la regla

---

<sup>50</sup> J. M. Auby et R. Drago. "Traité de contentieux Administratif". L.G.D.J. París. 1965. T. II. Págs. 91-93.

legal originaria. Este es el caso: 1º de los actos derivados de un poder legal sin pauta predeterminante y 2º de las medidas administrativas, y cuya exposición se hace seguidamente.

1.- *Actos derivados de un poder legal sin pautas determinantes.* Frecuentemente existen normas en las cuales se confiere un poder o facultad de actuar, pero sin que se señalen al propio tiempo las condiciones del mismo y por tanto sus contenidos y límites. De esta manera, al no regularse el poder conferido -sujetándolo a una regla- es susceptible de producir efectos, no sólo desmedidos sino jurídicamente desnaturalizados. Entonces el acto administrativo se conforma según una iniciativa incondicionada de la Administración, como si al hacerlo aplicara lo que se ha llamado “una ley en blanco”.

Sin embargo, toda regla atributiva de poder postula necesariamente, además del *quién* (órgano), *el qué* (contenido) y *el cómo* (procedimiento). No basta pues que la norma indique el órgano capaz de una actividad indefinida. Es este un error, modernamente rectificado, de la teoría del orden normativo escalonado -de diferentes clases de normas, hasta llegar al acto singular- en la que Hans Kelsen atiende tan sólo al *proceso de producción del Derecho*, por sucesivas autorizaciones, pero no a sus contenidos, donde se encuentran los preceptos, es decir, los mandatos y las prohibiciones. Conforme hace observar el mismo Félix Kaufmann, perteneciente a la escuela Kelseniana, “en la sucesión gradual -de la Ley al Reglamento y al acto individual- se trata de una vinculación entre actos de normación, *no de una conexión entre contenidos normativos*”<sup>51</sup>.

Ante todo; el poder, en tanto que poder de mando, es la clásica “potestas” -equivalente al “imperium” o a la “auctoritas”- constituyendo una facultad de mandar *para* la tutela de un interés público preciso y por tanto ajeno a cualquier otro, diferenciándose así del derecho subjetivo (“jus”). En su virtud, cuando la regla legal crea o confiere una potestad, lo hace siempre con el presupuesto de que sea para la consecución de objetivos, metas o fines constitutivos del interés público tutelado, es decir el interés público específicamente previsto.

---

<sup>51</sup> Hans Nawiasky. “Teoría general del Derecho” (traducción de la 2º edición alemana por el Prof. José Zafra Valverde). Ediciones Rialp. Madrid. 1962. Págs. 24-25, 84-85 y 385-386. El propio autor comenta: “lo consustancial a la norma de Derecho es la tendencia a una determinada forma de comportamiento... De aquí que no pueda eliminarse lisa y llanamente el elemento *fin*. La Teoría general del Derecho no es por tanto únicamente Teoría formal del Derecho, sino también Teoría del contenido del Derecho.

Algunas veces las reglas legales indican “el fin determinante o móvil del acto”, aun cuando sea de una manera más o menos vaga (P. e. “En vista de...”, “a fin de...”, “con objeto de...”). Mas otras veces se limitan a establecer la competencia del órgano administrativo sin que semejantes condiciones aparezcan explicitadas. Sin embargo en ambos casos afectan igualmente a la legalidad del acto pues, de contrariarlas, aquel quedaría viciado por “*detournement de pouvoir*” (desviación de poder).

La desviación de poder fue considerada por el C de Estado francés como una de las especies del exceso de poder, durante el segundo Imperio (1858) y desde entonces constituye una figura típica en el Derecho Administrativo adoptada, aun cuando no sea con la misma calificación, en casi todos los países provistos de una jurisdicción contencioso administrativa, e introducida inclusive en los Tratados de las Comunidades Europeas, Venezuela tiene prevista expresamente la desviación de poder en el artículo 206 de su texto constitucional.

La desviación de poder consiste en “el vicio que enerva un acto, mediante el cual, la Administración ha perseguido un fin distinto al que el Derecho le asigna, desviando así de su fin legal el poder conferido”. (Rivero).

Ahora bien, la desviación de poder operada en el acto administrativo, se diferencia de los motivos del mismo -antes estudiados- por su carácter predominantemente subjetivo pues pone en juego, a la postre, las intenciones reales de su autor. En efecto, si “el fin determinante o móvil del acto” no queda señalado, entonces ha de extraerse del contexto de la ley mediante su interpretación. De aquí que, según afirman Auby-Drago, “cuando la jurisdicción contencioso administrativa trata de descubrir la desviación de poder, debe ante todo investigar el fin previsto por el legislador, comparando este fin con aquél que ha seguido la autoridad administrativa al adoptar su decisión. En suma; ha de producirse la coincidencia entre ambos fines”.

Las sucesivas decisiones del Consejo de Estado francés, durante más de un siglo, permiten distinguir en la desviación de poder tres casos diferentes:

1º- La Administración puede actuar con un fin enteramente ajeno al interés público, sea en favor o en contra de personas determinadas (móviles de amistad, enemistad, pasión política o ideológica..., etc.). El ejemplo más burdo lo ofrece la prohibición acordada por un Alcalde de

celebrar fiestas bailables en cualquier otro local que no fuera el de su propiedad, pues era el hotelero del pueblo. "Arrête Dlle. Rault, 14 marzo 1934).

2º- Pueden empero concurrir dos fines de interés público, si bien no se imponga entonces aquél precisamente pretendido y tutelado por la regla legal. Ello es muy frecuente cuando se ejercitan poderes con objeto de proporcionar ingresos u otras ventajas económicas a la Administración. P, ej. El Alcalde prohíbe bañarse en la playa si no se utilizan las cabinas municipales allí instaladas, no tanto por razones de moralidad sino con el fin de obtener recursos destinados al Municipio ("Arrête Beauge", 4 juillet 1924). El caso más generalizado y aleccionador lo ofrecen aquellos Municipios que acuerdan zonificaciones, alturas de edificios y uso de zonas verdes con el fin primordial de proporcionarse ingresos y no para tutelar, como debieran los intereses urbanísticos.

3º- No siempre el fin de interés público concurrente tiene carácter patrimonial, cabiendo cualquier otro de índole distinta. P. e. Una decisión ministerial niega autorizar a la empresa concesionaria de un canal de irrigación, las sobretasas necesarias para su funcionamiento, a fin de obtener, mediante un déficit financiero el rescate de la concesión. ("Arrête Société du canal d'irrigation de Craponne" 18 nov. 1939). La doctrina jurisprudencial de desviación de poder, tan cuidadosamente elaborada, ha tenido un posterior perfeccionamiento al complementarse, hacia 1947, con una modalidad lógica: "le détournement de procédure" (desviación de procedimiento).

La desviación de procedimiento "es una variedad de la desviación de poder: la Administración, quien dispone de un procedimiento legal previsto con un fin determinado, pretende alcanzarlo por otro procedimiento destinado a un fin distinto, pero que estima más práctico en aquel caso" (Rivero)

Es decir, trata de obtener el fin perseguido, mas con un procedimiento inadecuado. La desviación de procedimiento -aclara el Consejero de Estado francés, François Gazier "supone la existencia de dos legisladores paralelos que permiten en ciertos casos obtener los mismos efectos jurídicos, sin embargo, a través de procedimientos diferentes, los cuales corresponden a los fines particulares de cada una de las referidas legislaciones". P. e. La Administración en vez de corregir dentro del cuadro contractual las deficiencias de un servicio público susceptibles de

interrumpir su continuidad, recurre al procedimiento que le permite requisicionar la empresa concesionaria ("Arrête Société lyonnaise des Eaux et de l'Eclairage" 28 avril 1950).

He aquí, expuesta a grandes rasgos el concepto de "desviación de poder" que incluye la "desviación de procedimiento", con lo cual la doctrina francesa contribuye de una manera tan eficaz a asegurar el principio de legalidad<sup>52</sup>.

2.- *Medida administrativa o Acto-medida.* Acto administrativo o Acto-tipo y medida administrativa no son exactamente lo mismo, teniendo diversas connotaciones jurídicas.

Como se sabe, la norma de la cual deriva el acto administrativo es lo que confiere a este sus características definidoras, realizando el llamado "principio di nominatività" en la doctrina italiana clásica. Mas, lo que califica el acto administrativo, expresándolo con mayor precisión, es su propia estructura, dependiente del contenido, y de las conexiones existentes entre sus elementos y efectos. En esto consiste su tipicidad. Así los actos administrativos pueden consistir, en nombramientos, concesiones, permisos, conminaciones, controles, sanciones, registros..., etc.

La noción de Acto-medida es compleja. El vocablo, pese a sus múltiples acepciones tiene un sentido sugerente. Medida -de "mensura"- indica en el lenguaje común, un exponente cuantitativo (de extensión, peso, volumen, frecuencia, proporción...). Pero la misma idea se extiende a cualquier actuación con un objeto o finalidad (medidas de precaución, de seguridad, de eficacia..., etc.) e inclusive expresando el mejor medio de lograrlo ("être en mesure de..."). De donde se sugiere no sólo el procedimiento o manera sino también la regla en sentido jurídico. De aquí que en los textos romanos se hable de "mensura Legatis", o sea las atribuciones que el Legado tiene conferidas.

Ante todo; la medida no es un mero hecho jurídico -una conducta administrativa con efectos jurídicos- antes bien un verdadero acto. De aquí que resulte mucho más preciso llamarlo Acto-medida. Así es

---

<sup>52</sup> J. M. Auby et R. Drago. Obra citada. T. III. Págs. 84-96. André de Laubadère. Obra citada. T. I. Págs. 479-483. Juan Rivero. Obra citada. Págs. 222-224. François Gazier. "Ouvertures du recours pour excès de pouvoir". En "Etudes et Documents". París, 1951. Págs. 82-83. Para el desarrollo de la doctrina en España, ver F. Clavero Arévalo. "La desviación de poder". Revista de Administración Pública N° 30. Año 1959.

efectivamente, pues el Acto-medida necesita de una norma, mejor aun, de un conjunto de normas que confieran poderes. En ello estriba la realización del principio de legalidad.

La norma preexistente se caracteriza, desde luego, por su amplitud, equivalente al género de las facultativas, con unas opciones llevadas al máximo, e inclusive, la mayor parte de las veces, limitándose a crear una atribución, cuyo límite expresa algo tan impreciso como el señalamiento de los resultados que tratan de producirse. En este sentido los Actos-medida cabalgan entre las relaciones de conformidad y las relaciones de no contradicción. La naturaleza de las normas aplicables lo demuestra: Leyes de Seguridad del Estado, Orden Público, Sanidad, Calamidades Públicas, Ordenanzas de Policía, etc. Los términos en ellas utilizados son sumamente amplios y elásticos: “Cuando hubiere amenaza de invasión de una enfermedad contagiosa... el Ejecutivo Federal queda facultado para ejecutar y hacer ejecutar las medidas que juzgare necesarias para prevenirla o combatirla en resguardo de la salud pública” (Ley venezolana); o bien, “El Gobierno adoptará las medidas impuestas por las exigencias de la defensa nacional”; “en casos de urgencia o por grave necesidad pública... podrán adoptar todas las medidas indispensables para la tutela del orden y de la seguridad públicos”, “cuando se produjera un desastre, terremotos, inundaciones, incendios, se adoptarán las siguientes medidas...”. A su vez, la gama de medidas resulta extensa y variada, comprendiendo: vacunaciones obligatorias, cuarentenas, decomisos de sustancias nocivas, sacrificio de animales, clausura o apertura forzosa de establecimientos comerciales e industriales, requisiciones, ocupaciones de inmuebles, cierre de vías públicas al tránsito, prohibiciones de circular, demoliciones, disolución de manifestaciones, etc.

Sin embargo, cabe matizar las diversas medidas posibles hasta llegar a clasificarlas. En efecto; existen *medidas precautorias*, que requieren *previsiones* (señalaciones, uso de aparatos o dispositivos protectores...); *medidas conservadoras del orden establecido*, que requieren *proveimientos o provisiones* (protección de la libertad, propiedad, tranquilidad...); medidas conminatorias, que requieren la coacción (obligación de circular, disolución de un agrupamiento o manifestación, desalojo de un lugar...).

Se ha dicho anteriormente que la noción de Acto-medida es compleja, pues la misma regla legal de donde dimana, puede a la vez

contener la facultad de dictar Actos-tipo e inclusive actos reglamentarios con una idéntica finalidad.

Por último el Acto-medida es precario, en el sentido de que se encuentra unido a una situación dada ("Situationsbedingtheit"), siempre eventual. No obstante puede comportar efectos definitivos (comisos, demoliciones, sacrificio de animales, etc.), lo que plantea nuevos problemas.

El principio de legalidad queda protegido en lo que respecta al Acto-medida por el concurso de tres recursos posibles: la denuncia de la vía de hecho, la ilegalidad y la responsabilidad. La "voie de fait", es un hecho material positivo realizado fuera de una vía permitida por el Derecho, que resulta por tanto ajeno a la administración. Es decir; que cuando los funcionarios o agentes de la Administración no proceden conforme a los requisitos legales exigidos, dejan de ejercitar poderes administrativos propios de su competencia, incurriendo en las ilicitudes previstas en el Derecho Penal o en el Derecho civil<sup>53</sup>.

Ahora bien; la ilegalidad del acto-tipo conexo, pero con su autonomía -"acte détachable"- es impugnabile por exceso de poder o su equivalente según el sistema jurisdiccional.

En cuanto a la responsabilidad por medidas de policía -categoría a la que pertenecen la mayoría de Actos-medida- comienza a admitirse desde comienzos de siglo en Francia al tratarse de "faute lourde", aun cuando más modernamente se extienda a la falta simple, "a no ser que la medida afecte al orden público" (C. de E. "Arrête Grue", 9 mayo 1958), además la teoría del riesgo por el uso de las armas de fuego<sup>54</sup>.

### *C. Relaciones de compatibilidad o de no contradicción*

Según se ha visto la norma específica -es decir, la aplicable al caso- ha de regular la actividad funcional de la administración, apareciendo así directamente vinculadas, aun cuando sea de distintos modos. Por lo demás, el Derecho, considerado como el conjunto normativo, constituye también una condición. De aquí que si la relación de conformidad no es exigida, rige necesariamente la relación de compatibilidad o no

---

<sup>53</sup> Michel Debary. "Le voie de fait en Droit Administratif". L.G.D.J. París. 1960.

<sup>54</sup> André de Laubadère. Obra citada. T. I. Págs. 616 y 621.

contradicción. Ello hace entonces que la administración pueda proceder, en ciertos márgenes, mediante una serie de actos característicos: apreciaciones, elección de medios para el logro de determinados fines, ponderación comparativa de intereses, criterios técnicos, etc.

Todo ello abre un capítulo, largamente transitado por la doctrina y la jurisprudencia, referido a los conceptos de oportunidad-inoportunidad, a su vez enlazados con la llamada “discrecionalidad administrativa” (mejor que poder discrecional), cuyo estudio desbordaría los límites de este escrito.

Sin embargo, se mencionan, a título indicativo, otras de tales zonas marginales, cada una de las cuales comporta una complicada problemática:

- a) Los actos discrecionales (de discrecionalidad ordinaria o de discrecionalidad técnica).
- b) Los actos que atienden a circunstancias excepcionales, legalmente determinadas.
- c) Los actos de gestión de la administración pública, en la parte sujeta al Derecho Privado, donde imperan el principio de autonomía de la voluntad.

## PUNTO CUARTO

### DINÁMICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

#### A. Términos de la relación Regla Legal-Acto Administrativo

El análisis de la relación existente entre regla legal y actividad-acto administrativo, ha permitido deducir las tres modalidades con que aparece determinada, según su respectiva fórmula vinculatoria. Empero semejante relación, sobre todo cuando se trata de actos administrativos singulares o individuales, resulta excesivamente esquemática para poder revelar cada uno de los factores actuantes entre la regla legal o “*conditio prius*” y el acto administrativo o “*actio conditionata*”. Y es que ello se efectúa en distintas fases, que no constituyen sucesiones en el tiempo cuanto concurrencia de actividades diferenciadas.



La imagen intelectual del principio de legalidad se proyecta, pues dinámicamente, por lo cual ha de representarse en movimiento o si se prefiere, en funcionamiento.

Por de pronto, en el binomio regla legal-acto administrativo el ajuste se hace imperfecto si no se intercala un tercer componente: el concepto de situación, entendida como un hecho o un complejo de hechos y sus circunstancias. En efecto, aun cuando sean implícitamente, la regla legal expresa una condición parecida a ésta: "Si se da tal hecho o circunstancia, la administración deberá o podrá adoptar tal decisión o cualquier decisión siempre que se encuentre dentro de determinadas alternativas o límites". En suma, este enunciado, desde el punto de vista lógico, es reducible a una proposición condicional o a un juicio hipotético<sup>55</sup>.

Mas, de semejante proposición condicional no puede desprenderse inmediatamente la consecuencia sin antes haber comprobado, valorado y calificado la condición requerida: es decir, que aquella es efectivamente la prevista, conforme a sus notas calificativas. Entonces el binomio se convierte en trinomio, quedando dispuesto en la siguiente forma: *Primer término*: En cuanto al Derecho se refiere, "quod iuris" o componente jurídico, es la regla legal aplicable.

*Segundo término*: En cuanto a la situación se refiere, el "quod factis" o componente fáctico, es el hecho o complejo de hechos y sus circunstancias, que determinan la aplicabilidad de una regla legal dada.

*Tercer término*: Representa la conclusión, resultante de la síntesis de Derecho y Hecho. La síntesis se opera porque los hechos y sus circunstancias están conectados a la regla legal, haciéndose indisolubles, si bien sean distinguibles. El hecho contemplado por el Derecho se

---

<sup>55</sup> En la proposición condicional o juicio hipotético, el supuesto de hecho corresponde al sujeto y la consecuencia jurídica al predicado; como a su vez, el supuesto de hecho determinado en la proposición jurídica, se conecta con la consecuencia jurídica en ella también determinada, según la fórmula tradicional: "Si Q es R, S es P". Ver A. Pfänder. "Lógica" (traducción de Pérez Bances). Ed. Espasa Calpe, Argentina, Buenos Aires, 1945, págs. 120-124. Eduardo García Maynez. "Lógica del juicio jurídico". Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1955, pág. 117-121. Hans Kelsen. "Théorie pure du Droit" (traduc. Ch. Eisenmann). Ed. L.G.D.J., París, 1962, págs. 56-57. Karl Larenz. "Metodología de la Ciencia del Derecho" (traducción Gimbenau Ordeig). Ed. Ariel, Barcelona, 1966, págs. 164 y ss. José Luis Villar Palasi. "Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las normas". Publicaciones de la Universidad de Madrid, 1962, págs. 434 y ss.

convierte en hecho jurídico. Así, el jurista italiano, Giuseppe Maggiore afirma: “La decisión administrativa o judicial no es el Hecho más el Derecho sino el hecho *sub specie iuris*”<sup>56</sup>.

El proceso dinámico opera con esta triada: “*quod iuris*”, “*quod factis*” y conclusión, en dos fases homólogas que van a describirse.

I. En una primera fase, ha de verificarse si el Ordenamiento Jurídico -“*quod iuris*”- contempla la situación de que se trata -“*quod factis*”- para concluir con una valoración jurídica, de la siguiente manera:

- a. “*quod iuris*”. El punto de referencia es el Ordenamiento Jurídico, conjunto de reglas que contienen una pluralidad de previsiones. De ellas será únicamente aplicable aquella que prevea el hecho o la situación.

Ejemplo: Un edificio ruinoso amenaza desplomarse y causar daños. El Ordenamiento Jurídico italiano regula el caso desde dos distintos puntos de vista. El Artículo 153 de la Ley Municipal y Provincial de 1915 preceptúa que, “si un edificio ruidoso pone en peligro la vía pública, la autoridad administrativa dispondrá, mediante el procedimiento señalado, que se repare o se derruya”. A su vez, el Artículo 1172 del Código Civil establece que, “si hubiere razón de temer un daño grave que amenazara un bien privado por un edificio ruinoso, los Tribunales adoptarán las medidas cautelares allí indicadas”.

Ahora bien, ¿cuál es la regla que contiene la previsión y resulta por tanto aplicable? Ello depende del segundo término de la triada.

- b. -“*quod factis*”- Las particularidades de la situación han de examinarse en cada uno de sus elementos configuradores.

¿Es o no ruinoso el edificio? Su estado actual ¿constituye o no una amenaza? ¿El desplome amenaza directamente a un inmueble privado o pone en peligro la vía pública?

---

<sup>56</sup> Ello corresponde a la subsunción o enjuiciamiento jurídico del hecho. Ver Karl Larenz. Obra citada, págs. 224-226.

Los hechos en cuestión son los hechos jurídicamente trascendentes, contemplados por la regla legal que la doctrina francesa denomina "hechos determinantes".

- c. *Primera conclusión.* Síntesis de Hecho y Derecho, juicio valorativo y valoración jurídica, de donde se desprende; el "*nomen iuris*", la regla legal aplicable y la competencia funcional del órgano que la tiene atribuida.

De tales premisas ha derivado una primera consecuencia, en forma de juicio valorativo. "La legalidad del hecho no se realiza sin su valoración, que constituye un recurso de conocimiento", afirma Carnelutti, quien añade: "la valoración jurídica del hecho tiene lugar, y de esta manera actúa su legalidad, mediante una comparación entre el concepto ofrecido por la norma y la imagen suministrada por la realidad"<sup>57</sup>. En esto consiste lo que, tanto la doctrina como la jurisprudencia denominan "apreciación de los hechos", es decir, los hechos jurídicamente calificados y valorados.

El juicio valorativo en el caso planteado, permite, seleccionar la norma aplicable (Ley Municipal o código, civil), adquirir el hecho "*nomen iuris*" (amenaza a la propiedad privada o a dominio público), determinando finalmente la competencia administrativa o judicial<sup>58</sup>.

Todo el curso de la valoración lo rige la legalidad, En efecto, si la situación dada por supuesta fuera inexacta, se incurriría en un error de hecho, susceptible de viciar el acto administrativo. Si la regla legal seleccionada fuera la indebida o dejara de aplicarse la debida, se incurriría en un error de Derecho suficiente para viciar el acto administrativo. Finalmente, la aplicación de una ley administrativa por parte de los Tribunales ordinarios o de las leyes civiles por parte de la administración daría lugar -donde existe jurisdicción contencioso administrativa- a una incompetencia funcional.

---

<sup>57</sup> Francisco Carnelutti. "Teoría General del Derecho" (traducción de Carlos G. Posada). Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, págs. 349 y 371.

<sup>58</sup> La elección de la norma, o mejor del grupo normativo aplicable, es estudiada con gran agudeza por José Luis Villar Palasi. Ver Obra citada, págs. 459-490.

II. La segunda fase del proceso operativo, versa sobre el ejercicio de los poderes atribuidos a la administración por la regla legal aplicable, que contiene una de las tres fórmulas vinculatorias anteriormente expuesta. Es así que se produce entonces la homología.

- a. -“quod iure”- La regla legal seleccionada, en virtud del juicio valorativo, ha de ser interpretada para colegir sus finalidades explícitas o implícitas. La interpretación resulta una actividad fundamental, pues está destinada a demarcar tanto el límite de los poderes (legalidad), como el margen de iniciativa (discrecionalidad), teniendo en cuenta que la discrecionalidad no abona ninguna actuación arbitraria por encontrarse unida al concepto de oportunidad.
- b. -“quod factis”- La situación -el hecho o complejo de hechos y sus consecuencias- se considera nuevamente en cuanto determine las particularidades con que han de ser ejercitados los poderes atribuidos en la regla legal. De una manera preferente habrá de revisarse en definitiva, la significación legal de los hechos; es decir, lo que la doctrina francesa denomina “faits de nature à justifier lègalement”.
- c. *Segunda conclusión.* La síntesis Derecho-Hecho da lugar a un juicio de legalidad-oportunidad, inevitablemente complejo.

La conclusión de la regla legal imperativa o taxativa es simple, pero el caso se complica al entrar en juego iniciativas permitidas por la regla legal habilitante. “La proposición jurídica discrecional -dice el Profesor Piras- expresa la subordinación del acto emanado, al interés público que se confía al órgano investido de la titularidad del poder”<sup>59</sup>.

En efecto, la discrecionalidad no constituye una excepción del principio de legalidad. Por el contrario, gran parte de la administración consiste en el ejercicio de un poder que permite elegir los medios para la realización del interés público, sea con opciones prefijadas (discrecionalidad de la alternativa), con el libre contenido del acto (discrecionalidad

---

<sup>59</sup> Aldo Piras. “Interesse legittimo e giudizio amministrativo”. Ed. Giuffrè, Milano 1962, T. I., págs. 403-404 y 411-419.

de "quid") o con las modalidades del mismo (discrecionalidad del "quomodo").

Esto abre el largo capítulo referente, por una parte, a la distinción, conexión y confusión de legalidad -oportunidad-, y por otra parte a la problemática de la discrecionalidad común y de la discrecionalidad técnica<sup>60</sup>.

El ejercicio de la potestad discrecional incide frecuentemente en la calificación de los hechos, siendo posible, cada vez más, someterlos al control contencioso administrativo<sup>61</sup>.

Por lo demás, el factor dominante en la discrecionalidad, es siempre la finalidad de la regla legal aplicable que ha de coincidir con el motivo del acto administrativo emanado.

## **B. LAS INCIDENCIAS DEL HECHO Y SU UNIFICACIÓN CON EL DERECHO EN EL CUADRO DE LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA**

Derecho y Hecho suelen presentarse como dos entidades diferentes y disociadas. El Derecho representa una abstracción, un "sollen" o deber ser normativo, en tanto que el Hecho constituye un "sein", una realidad concreta. El procedimiento romano del período clásico (s. 100 a. Cr.-200 d. Cr.) partía de semejante suposición, al desarrollarse en dos fases separadas, una fase "in iure" que resumía la "fórmula" del Pretor, y otra fase "apud iudice" que resuelve consiguientemente "in facto"<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> La realización del interés público por parte de los distintos órganos administrativos se encuentra estudiada en estas obras de M. S. Giannini. "Lezioni di Diritto Amministrativo". Ed. Giuffré, Milano, 1950, págs. 87-93. "La giustizia amministrativa". Jandi Sapi Editore. Roma. 1964, págs. 131-132. El tema de la discrecionalidad se aborda en "Lezioni" citada, págs. 93-102. "Diritto Amministrativo", citado, págs. 477-490 y 550-552. P. Virga. "Sulla c. d. discrezionalità tecnica". Jus. 1957. La literatura jurídica francesa ha expuesto los aspectos del concepto legalidad-oportunidad. G. Jéze. "Controle de la légalité et controle de l'opportunité", en "Revue de Droit Public et de la S.P. 1944, págs. 63 ss. M. Dubusson. "La distinction entre la légalité et l'opportunité...". Ed. L.G.D.J., París, 1958. Para la discrecionalidad administrativa, ver Jean Claude Venezia. "Le pouvoir discrétionaire". Ed. L.G.D.J., París, 1959.

<sup>61</sup> Auby Drago. "Traité de Contentieux Administratif", pág. 81-83.

<sup>62</sup> R. Dekkers. "Le fait et le Droit dans la procédure classique romaine", en "La Fait et le Droit. Etudes de Logique juridique". Ed. Bruylant, Bruxelles, 1961. págs. 15-26.

También el sistema de la casación, en el transcurso del siglo pasado, al adoptar el esquema de un juicio de Derecho, acentuaba el corte neto entre Derecho y Hecho. De la misma manera, tanto el recurso por exceso de poder en Francia, como el recurso de legitimidad en Italia manteniendo semejante dicotomía, se asimilaban a la casación.

Sin embargo, nada más inexacto ni menos conveniente. Ya la máxima romana lo advertía: "Ex facto oritur ius". Efectivamente, "para el jurista, en general, y para el juez en particular -indica el profesor Jean Rivero- esta hermosa simplicidad se desvanece, pues no sabría discernir cuando contempla, en su pureza esencial, la norma y la realidad. Precisa tender el puente que comunica una con otra. Así la distinción de Derecho y Hecho evoca ciertos personajes de Pirandello: cambia de visaje e inclusive de naturaleza, según por quien es observada"<sup>63</sup>.

Pronto hubo de cambiarse de criterio en la fractura radical entre cuestiones de Derecho y cuestiones de Hecho. En efecto, podía darse el caso de que en el fallo de un Tribunal de instancia se hubiera subvertido el carácter propio de un contrato, de un testamento, alterando inclusive el significado de las palabras, extremo que comporta un juicio sobre el hecho. Es así que desde el segundo tercio del siglo pasado la casación entraba a conocer de lo que la jurisprudencia francesa denominaba "dé naturement", la jurisprudencia napolitana "snaturaments" y la jurisprudencia torinesa "travisamento". La doctrina dominante sostenía que "el error derivado de la desnaturalización o engañosa apariencia, aun cuando para ser verificado exigiera un reexamen del hecho, entraba en los errores de Derecho" (Pescatori, Borsari, Mattei, Ferrari, Ricci).

El ámbito de la casación quedó aun ampliado en Italia por el Código de Procesamiento Civil de 1865, al admitir "el defecto de motivación", punto éste que permitía el examen sobre el hecho mismo. Es así que Chiovenda habla de "cuestiones de hecho no sustraídas a la censura de la Corte de casación"<sup>64</sup>. Lo mismo sucedía en Alemania donde la infracción de la ley acabó extendiéndose, tanto a la manera de interpretar las declaraciones de voluntad como a la apreciación de la prueba,

---

<sup>63</sup> Jean Rivero. "La distinction du Droit et du Fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français", en "Le Fait et le Droit", citado, págs. 130-148.

<sup>64</sup> G. Chiovenda. "Istituzioni di Diritto Procesale". Ed. 1934, págs. 575.576.

incluyéndose todo ello en el concepto de “faltas de subsunción o de error nomológico”<sup>65</sup>.

He aquí una demostración histórica de la dificultad, por no decir imposibilidad, con que el Hecho se escinde del Derecho.

Algo parecido ha ocurrido, desde un principio en el plano de la jurisdicción contencioso administrativo, en Francia y en Italia, no obstante las diferencias que median entre ambos sistemas.

En Francia, el origen del recurso por exceso de poder suele situarse en 1815 (M. Hauriou), pero no comienza a desenvolverse verdaderamente sino a partir de 1852, y de una manera más completa desde 1862 para acabar su evolución a principios de este siglo. Italia, ya unificada, instaura en 1889 un tipo de recurso llamado de legitimidad. Pues bien; tanto el recurso por exceso de poder como el recurso de legitimidad son asimilados originariamente al recurso de casación en el sentido de constituir un juicio de Derecho. Sin embargo, no quedan excluidos, ni el reexamen, ni la interpretación, revaloración y reconstrucción de los hechos<sup>66</sup>.

El campo del hecho ha ido ampliándose aun en los juicios de Derecho. Italia lo ha realizado con la jurisdicción llamada “de mérito”, que dotada de competencia plenaria “reconstruye una versión propia de las circunstancias del hecho”. En cuanto al Consejo de Estado francés ha ido acentuándose progresivamente el control de los hechos, lo que implica la posibilidad de reexaminarlos y apreciarlos<sup>67</sup>.

La cuestión de hecho, el “quod factis” se ha ido destacando como ingrediente de la legalidad, con lo cual acrece su importancia,

---

<sup>65</sup> James Goldschmidt. “Derecho Procesal Civil” (Traduc. L. Prieto Castro). Ed. Labor, S. A., Barcelona, 1936, págs. 301-420.

<sup>66</sup> P. G. Poticelli. “La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagni Storiche”. Ed. Giuffré, Milano, 1958, pág. 108 y ss.

<sup>67</sup> M. Letourneur. “El control de los hechos por el Consejo de Estado francés en su reciente jurisprudencia”. Rev. de A. P., citada N° 7, 1951, págs. 229 y ss. Idem. “Fait materialement inexact. Etudes et Documents, citados N° 7, 1953. Auby-Drago. Obra citada, T. III, p. 79. Jacques Megret. “De l’obligation de proceder á un examen particulier des circonstances de l’affaire avant de prendre une décision même discretionnaire”. Etudes et Documents, citados, 1953, pp. 77. Edwin W. Patterson, “L’influence sur les jugements de valeur juridique”. En “Mélanges en l’honneur de Jean Dabin”. Ed. Bruylant. Bruxelles, 1962, Vol. I. Salvatore Romano. “Osservazione sulle qualifiche a difatto e di Diritto”, en “Scritti in onore di Santi Romano”, Vol. IV.

proyectándose en tres direcciones: la exactitud de los hechos, las circunstancias en cuanto sean determinantes y las calificaciones que conducen a lo que se ha llamado “conceptos jurídicos indeterminados” (“*ubestimmte Rechtsbegriffe*”).

La noción de hecho materialmente exacto o inexacto es la primera que aparece, sin duda porque resulta la más simple y cuenta en Francia con una extensa jurisprudencia<sup>68</sup>.

A veces el carácter determinante pertenece a las circunstancias del hecho y así la trascendencia jurídica puede precisamente tenerla, la causa, la ocasión, el fin o los efectos. También en este aspecto la jurisprudencia contencioso-administrativa francesa es abundante<sup>69</sup>.

Por último, cabe que el hecho se destaque por su calificación jurídica, con lo que se identifica con el Derecho. Ya Maurice Hauriou al referirse a la calificación de urgencia en los trabajos públicos, deduce la existencia de unos conceptos jurídicos indeterminados. Waline insiste en “la categoría jurídica de perspectiva monumental”, aducida por la jurisprudencia como “algo conforme a lo que el legislador ha entendido por ello” con independencia de cualquier otro criterio subjetivo y Auby-Drago la han bautizado con el nombre de “*conditions légales abstraites*”.

Tales categorías jurídicas se multiplican y así aparecen las de “orden público”, “circunstancias excepcionales”, “urgencia”, “justo precio”... etc.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> La jurisprudencia francesa ejemplar está, sobre todo contenida en el “*arrête*” Cazonou, 9 mayo 1951; “*arrête*” *Mesure* y “*arrête*” *veuve Bisme* de 4 mayo 1951; “*arrête*” *Urrutiaguer*, de 7 Mayo 1952. La interpretación puede afectar una unidad de sentido, “*arrête*” *sieur Fiat*, de 20 julio 1951, “*arrête*” *Kurzemann*, de 16 marzo 1951; “*arrête*” *Caunac*, 4 abril 1951; “*arrête*” *Legros*, 1º junio 1951..., etc. Pueden consultarse, entre las diferentes decisiones jurisprudenciales del Consejo de Estado: el “*arrête*” *Schaeffer* y el “*arrête*” *Cambes*, de 20 enero y 24 marzo 1950; el “*arrête*” *Linard*, 17 marzo 1950; “*arrête*” *Scheider* y “*arrête*” *Givotudeatu*, de 16 febrero y 1º Junio 1951 y de una manera especial, el “*arrête*” *Bizot*, de 16 junio 1950. La Jurisprudencia española cuenta con una significativa sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso Administrativa de 6 Julio 1959, comentada por el profesor García de Enterría.

<sup>69</sup> Maurice Hauriou. “*Precis de Droit Administratif*” 12<sup>ème</sup> ed. p. 760, refiriéndose al “*arrête*” *Trépout*, M. Waline. “*Etendue et limites du juge administratif*” en “*Etudes et Documents*, citados, N° 10, 1956. La categoría de “*perspectiva monumental*” comienza con el “*arrête*” *Gomel* de 4 abril 1914. Nota de Hauriou (Rec. Sirey 1917, 3.25). Auby-Drago. Obra citada. T. III, pág. 78.

<sup>70</sup> Paul Bernard. “*La notion d'ordre public en Droit Administratif*”. L.G.D.J., París 1962. Lucieu Nizard. “*La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la*



La doctrina alemana ha generalizado estas nociones, consideradas como “conceptos jurídicos indeterminados”, que incluyen, bien juicios de valor, bien juicios de experiencia, bien juicios de prudencia, empero con una connotación objetiva. El repertorio es sumamente variado y a los antes indicados puede añadirse la “falta de moralidad”, “gravidad de una situación”, “severidad de la represión”, “conducta indecorosa”, “carencia de probidad”... etc.

Los textos legales en que figuran tales conceptos jurídicos indeterminados, señalan su aplicación con módulos precisos, quedando preservada su objetividad y sin que dependan necesariamente del ejercicio de poderes discrecionales ni de calificaciones arbitrarias<sup>71</sup>.

Tales son los conceptos o categorías donde convergen Derecho y Hecho, hasta el punto de poder afirmarse que ambos son las dos caras de una misma pieza jurídica.

---

légalité”. L.G.D.J. París, 1962. G. Boland. “La notion d’urgence dans la jurisprudence du Conseil d’Etat en Belgique”. En “Le Fait et le Droit citado, pág. 175-190. José Luis Villar Palasi. Ha dedicado su tesis doctoral al tema “el justo precio en el Derecho Administrativo”.

<sup>71</sup> Otto Bachof. “Beurteilungspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff” in “Juristenzeitung” 1955, pág. 87 y ss. R. Ule. “Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht” - “Gedachtniscrift zur W. Jellinek”, “Muncheu 1955, pág. 309 ss.

## Vicisitudes del procedimiento administrativo venezolano\*

1. El procedimiento administrativo -interno o no contencioso- ha tenido un destino halagüeño, habiendo puesto de manifiesto como el proceso del Derecho Administrativo, aun cuando siguiendo direcciones distintas e inclusive divergentes, acaba conduciendo a un mismo punto final. Originado en Francia desde el advenimiento del régimen revolucionario, al organizarse la nueva administración, habrá de experimentar cambios evolutivos, mientras en los otros países se va desarrollando siguiendo sus oscilantes e intermitentes contingencias históricas.

Cuando aparece la justicia administrativa, el único contencioso existente estaba fundado en el desconocimiento o menoscabo de un derecho subjetivo, llamándose entonces contencioso ordinario hasta llegar a convertirse en *plein contentieux* o *pleine juridiction*. Diferentemente, si se trataba de corregir excesos de la administración contra los administrados éstos podían interponer un recurso jerárquico que permitía al Consejo de Estado anular el acto administrativo, de donde deriva, después de una larga trayectoria, el recurso de ilegalidad o *d'excès de pouvoir*<sup>1</sup>.

La revolución francesa había pretendido erigir un Estado legalista, lo que le obligaba a regular y controlar de una manera continua la actividad administrativa. El profesor Jean Rivero hace observar como durante el Primer Imperio las decisiones administrativas eran elaboradas mediante la observancia de una serie de trámites (encuestas, términos, publicidad, intervenciones del interesado, etc.), insistiendo los

---

\* Publicado en la Ciencias Administrativas en Venezuela (Tirada aparte de la Revista Internacional de Ciencias Administrativas con motivo de la Mesa redonda celebrada en Caracas, del 11 al 15 de septiembre de 1972). Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Bruselas, Bélgica, 1972, pp. 270 a 276.

<sup>1</sup> Pierre Sandevoir, *Etudes sur le recours de plein juridiction* LGDJ, París 1964. pág. 143, 145, 217-233, 227-233, 243-251, 460 y s. Pierre Laudon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Louis Imbert, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir (1872-1900)*. Dalloz, 1952. Pierre Landon, *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, LGDJ, 1962.

Reglamentos de incluir reglas de procedimiento, todo lo cual hace, de este periodo "la edad de oro de las garantías administrativas"<sup>2</sup>.

También en el plano doctrinal el procedimiento administrativo no contencioso es de iniciativa francesa. En efecto, la concepción de un procedimiento que fuera el mecanismo productor del acto administrativo se debe a Joseph Marie de Gérando, quien lo designa por vez primera con aquel nombre en su *Cours de Droit Administratif*, publicado el año 1822. El procedimiento administrativo consiste, según sus propias palabras, en "las reglas para la instrucción de los asuntos que tramita la administración activa y deliberante"... pues "este trabajo preparatorio debe conducir a determinar la utilidad pública en que ha de inspirarse toda decisión administrativa, aun cuando sin detrimento del interés de los particulares".

Teoría y práctica estaban en perfecta concordancia. Mas pese a sus brillantes albores el procedimiento administrativo irá desplazándose a medida que el perfeccionamiento de la jurisdicción contencioso administrativa, dotada de un inmenso poder creador, adquiere el monopolio procedimental, produciéndose entonces "una aprehensión contenciosa del procedimiento no contencioso"<sup>3</sup>. Pero no por ello el procedimiento administrativo es eliminable. Lo reconocerá el Decano Hauriou cuando en 1910, anticipándose a lo descubierto treinta años más tarde, afirma que, "la procédure constitue en quelque sorte le mode opératoire de l'Etat entier"<sup>4</sup>. De aquí que rebrote de nuevo en Francia el procedimiento administrativo no contencioso, si bien hasta ahora con tantas restricciones que lo mantienen evidentemente en un segundo plano<sup>5</sup>.

2. La aventura del procedimiento administrativo prosigue con tanta pujanza en Austria que la solución allí lograda servirá siempre de modelo a los otros países. Múltiples fueron las circunstancias determinantes. Primero, la actuación de los Tribunales Administrativos, cuya jurisprudencia tuvo, al ser expuesta, un enfoque doctrinal en la obra de Franz Turner, *Manual de Procedimiento Administrativo Austríaco*, publicado el año 1879. Empero, sobre todo, la influencia decisiva de la

<sup>2</sup> Jean Rivero, "Le système français de Protection des administrés contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits", en *Mélanges Dabisa*, Bruxelles 1963, T. II, pág. 819.

<sup>3</sup> Guy Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*. LGDJ, París 1968, págs. 30, 47-58.

<sup>4</sup> Maurice Hauriou, *Principes de Droit Public*, 1910, pág. 197.

<sup>5</sup> Guy Isaac, op. Cit., págs. 247-321 y 372-385. J. M. Auby y R. Drago, *Traité de Contentieux Administratif* LGDJ París, 1962. T. II. págs. 593-618.

escuela jurídica vienesa, encabezada por Hans Kelsen, a la cual pertenece el administrativista Adolfo Merkl, quien plantea con inusitada claridad el problema en estos términos: "La teoría procesal tradicional consideraba el proceso como propiedad de la justicia, identificándolo con el procedimiento judicial". Constituía una de esas restricciones habituales de conceptos jurídicos de validez general. Se explica históricamente la limitación del concepto de proceso a la justicia porque dentro de esta función estatal se hallan las raíces del proceso y dentro de ella ha sido elaborada técnicamente, pero, desde el punto de vista jurídico-teórico no es sostenible esta reducción porque el proceso, por su propia naturaleza, puede darse en todas las funciones estatales, posibilidad que en realidad se va actualizando en medida cada vez mayor. A lo largo no fue posible desconocer, junto al procedimiento judicial, el proceso administrativo<sup>6</sup>.

Bajo esta mentalidad generalizada aun antes de expresarse en términos tan explícitos, una comisión de juristas logró sistematizar por primera vez el procedimiento administrativo en cuatro leyes correlacionadas que se promulgaron el 21 de julio 1925 (modificadas en 1950 y 1959). Ellas son: la Ley del Procedimiento Administrativo General, la Ley sobre el Procedimiento Administrativo Penal (o de contravenciones administrativas), la Ley sobre Procedimiento Administrativo de Ejecución (ejecución de actos administrativos firmes), precedidas de una Ley de Introducción que regula las conexiones entre las anteriores. Este complejo legislativo señala el *iter* o secuencia del procedimiento administrativo así como la situación que comprende a quienes intervienen en el mismo. Por tanto, cuanto concierne a los "participantes", diferenciando "partes" e "interesados", la instrucción (*Ermittlungsverfahren*), las exigencias de publicidad, pruebas y contrapruebas, motivación del acto, recursos ordinarios (el jerárquico) y extraordinarios, con la particularidad de que, tanto las peticiones como los recursos deben resolverse en el término máximo de seis meses, transcurridos los cuales el poder de decisión puede ejercitarse por el órgano administrativo superior<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Adolfo Merkl. "Teoría General del Derecho Administrativo" (traducción E. Imaz). Revista del Derecho Privado, Madrid 1935, pág. 279 (la obra original fue publicada en 1927).

<sup>7</sup> R. Herrarit, *Das Verwaltungsverfahren*. Wien 1932.

El reflejo incide inmediatamente en las Leyes de Procedimiento Administrativo promulgadas por Checoslovaquia (13 de enero 1928), Polonia (22 de marzo 1928), Yugoslavia (9 noviembre 1930).

Una importante novedad se produce seguidamente. El Derecho Público de la postguerra presenta entre sus características la llamada "procedimentalización de las funciones estatales", es decir, que "el procedimiento formalizado regula en general el desenvolvimiento de las actividades públicas", con lo que afecta las funciones legislativas y se hace más exigente respecto a la administración<sup>8</sup>. Al mismo tiempo los progresos técnicos (métodos organizativos y de trabajo, mecanización, medios electrónicos...,etc.) son ampliamente aprovechados por la administración, incidiendo en algunas particularidades del procedimiento para racionalizarlo, haciéndolo más sencillo, seguro, acelerado y eficaz<sup>9</sup>.

Desde entonces las Leyes de Procedimiento Administrativo se multiplican, unas veces supliendo vacíos, otras con intentos perfeccionistas.

Entre los Estados de régimen administrativo ha de citarse en primer lugar la Ley española de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958<sup>10</sup> y la Ley Federal sobre el Procedimiento Administrativo de la Confederación Suiza de 20 de diciembre de 1968<sup>11</sup>. Pero en todos los países domina la misma preocupación. Algunos *Länder* alemanes cuentan con normas procedimentales del orden administrativo, como Renania-Westfalia (16 de julio 1957), existiendo ya un proyecto de unificación

---

<sup>8</sup> S. Galeoti, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*. Giuffrè, Milano 1957. F. Benvenuti: "Funzione amministrativa, procedimento, processo", *Rivista Trimestrale di Diritto Amministrativo*, 1952, págs. 118 s.

<sup>9</sup> Giuseppe Cataldi, *Il procedimento amministrativo nei suoi attuali orientamenti giuridici e non giuridici*, Giuffrè, Milano 1967. págs. 173-195.

<sup>10</sup> Merece citarse su antecedente remoto, la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo de 19 octubre 1889, desarrollada en cada Ministerio por un Reglamento aprobado mediante Decreto, siendo entre ellos destacable el del Ministerio de Justicia de 9 julio 1917 (375 artículos). Actualmente, la Ley de Procedimiento Administrativo forma una triada con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado 26 julio 1957 y la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 diciembre 1956.

<sup>11</sup> Los trabajos preparatorios se encuentran minuciosamente expuestos por Georges Langrod, "Quelques remarques sur la procédure non contentieuse en droit administratif comparé", *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Bruselles, vol. XXV, 1959, págs. 6-8.

federal redactado por un equipo de especialistas<sup>12</sup>. En Bélgica el Decreto (*Arrête du Régent*) de 23 de agosto de 1948 reforma el procedimiento ante la Sección de Administración del Consejo de Estado, si bien lo más destacable sea el proyecto de Procedimiento Administrativo no contencioso introducido al Senado el 9 de abril de 1957<sup>13</sup>. Los laboriosos estudios hace tiempo emprendidos por la doctrina italiana han culminado en un interesante proyecto de Ley, titulado Normas Generales sobre la Acción Administrativa, que presentó a la Cámara de Diputados el 11 de octubre de 1968 (N° 508) uno de sus distinguidos autores, el profesor y diputado Roberto Lucifredi<sup>14</sup>.

Ahora bien, lo sorprendente es que el movimiento de "procedimentalización de la función administrativa" se propague tanto a los tradicionales Estados juricualistas como a los modernos Estados de la legalidad socialista.

De una parte, Estados Unidos de Norteamérica adopta la *Federal Administrative Act*. de 1947 (*An act to improve the administrative procedure*) mientras que Inglaterra aprueba la 1957 *Crown Proceedings Act*<sup>15</sup>.

Los Estados de la legalidad socialista -excepto la URSS- forman dos grupos.

En el primero figuran los que recibieron la influencia austríaca. Entre ellos Checoslovaquia cuya Ley de Procedimiento Administrativo es de 22 de marzo de 1955 (90 artículos), enmendada por el Reglamento-Delegado de 24 de junio de 1960. Yugoslavia, a diferencia de los demás países socialistas tiene una Ley sobre Procedimiento Administrativo General y una Ley del Procedimiento Contencioso-Administrativo, ambas de 1956. Polonia cuenta con un Código de Procedimiento

---

<sup>12</sup> Georges Langrod, "Le projet-moèle de Code allemand de Procédure Administrative non-contentieuse", *Revue Administrative*, 1964, Págs. 588 s.

<sup>13</sup> André Mast, *Précis de Droit Administratif Belge*. Story.Science, Bruselles-Gand 1966, pág. 423. Georges Langrod. "Le projet de réforme législative de la procédure administrative non contentieuse en Belgique", *Revue Administrative*, 1957, págs. 430 s.

<sup>14</sup> Sobre los antecedentes del proyecto, ver G. Cataldi, op. cit., págs. 63-71.

<sup>15</sup> La fundamentación de la Ley norteamericana ha sido ampliamente debatida. J. C. Adams: "Il Diritto Costituzionale americano", Firenze 1954, págs. 115 s. Bernard Schwartz, "La procédure administrative aux Etats-Unis" *Revue internationale de Droit comparé*, Paris 1951, págs. 232 s. Villar-Palasi, "La Federal Administrative Procedure Act en Estados Unidos", *Revista de Administración Pública*, Madrid 1950, N°1, págs. 277 s. Respecto a Inglaterra, W. A. Robson, "Justice and administrative Law" London. Griffith and Street, *Principles of Administrative Law*. London, Pitman, 1952, cap. VI.

Administrativo, aprobado por la Ley de 14 de junio de 1960 (170 artículos). Un segundo grupo lo constituye Hungría que, pese a su pasada unión con Austria no acogió jamás su legislación procedimental administrativa y ha elaborado con cierta originalidad una Ley que lo regula, la Ley IV del año 1957<sup>16</sup>.

He aquí el marco de referencia, a escala mundial, dentro de cuyo contorno han de situarse las diversas cuestiones atinentes al procedimiento administrativo.

3. El régimen político de Venezuela ha sido fuertemente presidencialista y a partir de 1864 débilmente federal, con un federalismo que acaba por hacerse ficticio. Mas desde el punto de vista jurídico, el Derecho Administrativo venezolano representa, en sus grandes rasgos, una verdadera recepción doctrinal y jurisprudencial del Derecho Administrativo francés, pese a la extremada lentitud e intermitencias con que se ha venido elaborando<sup>17</sup>. Sin embargo precisa tener en cuenta que aquí faltó un Consejo de Estado, pieza clave en Francia de la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que ésta hubo de crecer premiosamente en el seno de la Corte Suprema de Justicia, denominación cambiante en las diferentes etapas constitucionales, pero siempre un organismo del orden judicial que ha acumulado otra doble jurisdicción: la de inconstitucionalidad y la contencioso-administrativa. En todo caso puede fácilmente advertirse el paralelismo histórico. Desde 1830 comienza a evolucionar el contencioso de los contratos y de las concesiones y en 1869 se introduce el contencioso de indemnización por responsabilidad, ampliando la Constitución de 1925 el juicio contencioso a cualquier controversia con el Ejecutivo Nacional "por actos de administración pública". En cambio, el contencioso de ilegalidad identificado con *-l'excès de pouvoir* -asoma en la Constitución de 1929 que permite "anular los Decretos o Reglamentos dictados para la ejecución de las leyes, cuando alteraren el espíritu, razón o propósito de ellas" (Artículo 120), nulidad que, partiendo de 1931 se extiende a cualquier otro acto administrativo<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Georges Langrod, "La nouvelle loi hongroise sur la procédure administrative non contentieuse", *Revue Administrative*, 1958, pág. 310 s.

<sup>17</sup> A. R. Brewer-Carías, "La enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela", en la *Memoria para el concurso a la cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas 1966.

<sup>18</sup> Constitución de 1931, artículo 120, ordinal 12º párrafo 2º, Constitución de 1936, art. 128, ordinal 11º, párrafo 2º, Constitución de 1947, art. 220, ordinal 9º, párrafo 2º.

Todo ello para culminar en la vigente Constitución de 1961, que dice: "Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones subjetivas lesionadas por la actividad administrativa"<sup>19</sup>.

Estas fueron antaño y son actualmente las condiciones del supremo control jurisdiccional en cuyo ámbito se desenvuelve el procedimiento administrativo venezolano.

Empero para comenzar emplazando la cuestión en su base ha de recordarse que el acto administrativo propiamente dicho no surge de una manera aislada sino que es la consecuencia de otros actos anteriores. De ello dedujo el administrativista italiano Ugo Forti la teoría del *acto-procedimentado*: "La noción de procedimiento -índica- se refiere a una serie de actos que aún estando dotados de individualidad jurídica propia se encuentran coligados, siquiera procediendo de distintos sujetos, para formar una superior unidad. Es así que el efecto jurídico derive, más que del acto decisorio (*provvedimento*) de la cadena de actos procedimentales que lo anteceden"<sup>20</sup>.

En efecto, existen actos característicos que marcan las sucesivas fases del procedimiento administrativo; a saber: de iniciación, llamados también de apertura o preparatorios; de incoacción, que expresa la obligación de proceder; de instrucción o tramitación; de comprobación; de dictamen; de audiencia y de decisión final. Este es el esquema típico del procedimiento administrativo<sup>21</sup>. Por tanto, las leyes deben contener según su materia -sea en si mismas o sea por referencia a otra general- las reglas que constituyen el respectivo procedimiento cuya prosecución dará lugar al acto decisorio.

---

<sup>19</sup> Hay un proyecto legislativo sobre el ejercicio de la Jurisdicción contencioso-administrativa, uno por no estar aún aprobado continua rigiendo la Ley Orgánica de la Corte Federal de 23 de julio de 1953 que resulta por tanto evidentemente desfasada respecto a la Constitución de 1961.

<sup>20</sup> Ugo Forti, "Atto e Procedimento Amministrativo" en *Studi di Diritto Pubblico*. Foro Italiano Roma 1937, vol. I, pp. 455-475.

<sup>21</sup> Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*. Giuffrè, Milano, 1970. Vol. II, 829-831, 833-845, 871-879. Aldo M. Sandulli, *Il Procedimento Amministrativo*: Giuffrè, Milano 1964.



Venezuela carece de una Ley de Procedimiento Administrativo que establezca el patrón necesario para elaborar el acto administrativo decisorio. En su defecto son las diferentes leyes particulares que contienen ciertas reglas procedimentales. Así, por ejemplo, la Ley de Minas de 28 de diciembre de 1944, tiene prevista la concesión de sustancias minerales mediante un procedimiento que regula: denuncia, publicación, oposición, pruebas, términos, incidencias y acto decisorio. Otras veces los textos legales y reglamentarios incluyen actos decisorios de distinta índole, como la Ley de Tierras Baldías y Ejidos de 19 de agosto de 1936, donde además de concesiones tiene previstas compras y arrendamientos. Hay con respecto a las reglas de procedimiento, leyes minuciosas o parcas e inclusive algunas no cuentan con ninguna, y lo que es peor, un gran número de materias administrativas importantes están desprovistas de legislación<sup>22</sup>.

La Suprema Corte de Justicia ha tratado de reducir semejantes vacíos estableciendo que: "cuando la ley crea formas especiales para el cumplimiento del acto quiere decir que el acto debe estar rodeado de todas aquellas garantías necesarias para que pueda producir su efecto... y si la ley y la costumbre -léase la práctica administrativa- no preceptúan una forma determinada, la autoridad administrativa puede servirse de cualquier forma adecuada para la orden concreta".

No obstante, ni la Sentencia llega a hacer una clara denotación de la forma, es decir, expresar en qué consiste, ni reconoce su irrefragabilidad, ni su valor absoluto, antes bien su contingencia, pues añade que, "solo cuando la ley establezca de manera categórica las formas en que ha de cumplirse llega el acto a estar viciado de nulidad (Sentencia, 7 de diciembre de 1937. Memoria 1938, T. I. pág. 374). En suma, el planteamiento es en si correcto, en tanto que caso carencial de procedimiento, pero el problema queda sin solución.

Ahora, que semejante deficiencia no cabe ser mantenida, en razón al principio de legalidad, pues el procedimiento administrativo comporta un presupuesto y el ejercicio de tres derechos que lo configuran. El presupuesto consiste en la competencia del órgano actuante -o medida de

---

<sup>22</sup> Existen, aun cuando excepcionalmente, comentarios al procedimiento contenido en ciertas Leyes, así la obra de la profesora Hildegard Rondón de Sansó, *Manual teórico-práctico de la propiedad industrial*, Ed. Arte, Caracas 1968. En cambio, faltando una Ley reguladora del urbanismo este es el reino de la arbitrariedad en manos de los Concejos Municipales.

su poder- sin la cual el acto carecía de validez, pudiendo así ser nulo de pleno derecho o simplemente anulable. Pero además, en la sucesión del procedimiento por rudimentario que sea, median tres derechos subjetivos, a saber: el derecho a instar (accionabilidad), el derecho a la defensa, y el derecho a la publicidad, secuela del anterior.

a) En los países que tienen organizado el procedimiento administrativo, es la Ley o Leyes reguladoras del mismo donde aparece declarado el derecho de accionar y la correlativa obligación de proceder (Ley española de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, art. 39, y Ley de Procedimiento Administrativo, art. 23). Mas, en su defecto la accionabilidad ha de ser referida a su prístino fundamento. En efecto, el llamado principio de accionabilidad es la consecuencia directa de otro principio superior: el principio de legalidad, que postula una acción para obtener el reconocimiento o reparación de derechos subjetivos o de intereses legítimos. Este es el sentido que incluye el art. 68 de la Constitución venezolana, equivalente al art. 113 de la Constitución italiana. Por tanto, todos tienen un acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa para obtener los pronunciamientos que señala el art. 206 de la Constitución venezolana, lo que implica el derecho a promover desde la base, con una petición inicial, el trámite susceptible de abrir y agotar la vía administrativa previa<sup>23</sup>.

b) El derecho a la defensa responde al principio clásico *audi alteram partem*, comportando que el afectado por cualquier posible decisión administrativa deba ser previamente oído, lo cual supone dejarle participar en el procedimiento, actuando así con garantías suficientes para defenderse. Como expresa Guy Isaac: "el administrado cesa definitivamente de ser extraño a la preparación del acto que le concierne, entablándose un diálogo entre él y la autoridad decidente. Puede entonces hacer valer su punto de vista y lograr incluir en el expediente los elementos de que dispone. De esta manera colabora verdaderamente a la determinación de su propio destino"<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Antonio Moles Caubet, "Implicaciones del principio de legalidad" en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración* Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas 1972, vol. I. M. S. Giannini, op. cit. T. I. págs. 83-84. Claude Albert Colliard, *Les libertés publiques*. Dalloz, París 1952, pág. 112.

<sup>24</sup> G. Isaac, op. cit. pág. 241.

El derecho de defensa ha obtenido en Venezuela una consagración de tal magnitud que, merced a ella, ha abierto nuevas perspectivas al Derecho Público Venezolano. Figuran en una Sentencia de la Corte Suprema de Justicia que contiene estas tres declaraciones:

- El reconocimiento de que existen principios generales del Derecho Constitucional, aun cuando no figuren literalmente incorporados a ningún artículo de la Constitución.
- Que ellos son principios normativos inspiradores del sistema jurídico e institucional de Venezuela.
- Que al consagrar el texto constitucional de 1961 en su artículo 68 el derecho de defensa "la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso", no hace otra cosa que consagrar lo que ha estado en el espíritu de todas las Constituciones anteriores (Sentencia de la Sala Político y Administrativa 18 enero 1966, ponencia del Magistrado profesor José Ramón Duque Sánchez).

A lo cual ha de añadirse que la libertad de defensa, como libertad pública, es indivisible y comprende tanto la defensa en el proceso judicial como en el procedimiento administrativo<sup>25</sup>.

c) El llamado principio de publicidad había sido reconocido explícitamente desde la primera legislación austriaca de 1925, respecto a quienes fueran "parte" en el procedimiento. La doctrina se había anticipado, pues ya M. Hauriou advertía en 1914 que, "la conciencia moderna exige que la administración actúe a plena luz. Ahora se requiere que todas sus acciones sean públicas y se tiene la sensación de que aquello que no ha sido hecho públicamente no es regular"<sup>26</sup>.

Sin embargo conviene considerar este punto de manera más minuciosa, dado que la administración, realizadora del interés público, ha de mantener a veces secretos los datos de que dispone. En semejante contraposición, la fórmula prevalente está así expresada: "la publicidad debe ser la regla general y el secreto la excepción".

Ahora bien, la exigencia de publicidad incluye tres aspectos: 1º El conocimiento por el interesado del expediente en su integridad (Ley

---

<sup>25</sup> Benoit Jeanneau, *Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, París 1954, págs. 78 y s.

<sup>26</sup> G. Isaac, op. cit. pág. 377.

española, artículos 62 y 91); 2º) La notificación de resoluciones que afecten a sus derechos e intereses (Ley española, artículos 46 y 79); 3º) La consulta y uso de los archivos de la administración. Este último extremo es menos simplista y requiere una solución matizada.

En principio el Derecho francés había marcado una posición radical: el carácter secreto del procedimiento administrativo, salvo los casos de publicidad establecidos por la ley, que van siendo progresivamente ampliados. También se delinea el derecho a consultar ciertos archivos.

La solución suiza resulta, sin duda alguna, la más sensata. Quien sea parte en el procedimiento administrativo tiene derecho a consultar los documentos que de una u otra manera le conciernen, entre ellos “todos los referidos a los actos que pudieran servirle de prueba” (art. 26), las excepciones son taxativas (art. 27) y aun entonces “el documento cuya consulta hubiera sido denegada al interesado no puede utilizarse en su desventaja” (art. 28).

Venezuela sigue el viejo régimen francés. Es así que su anacrónico Estatuto de Ministerios 30 diciembre 1950, deja al arbitrio del Ministro correspondiente autorizar la consulta de los archivos a los particulares, con el riesgo de poder hacerlo contrariando la igualdad de trato entre los interesados en un mismo expediente. Idéntica autorización precisa para expedir copias certificadas, estando prohibido “hacer constar el testimonio u opinión del funcionario declarante sobre algún hecho o dato de su conocimiento, de los contenidos de los archivados o en curso”. Tampoco se expedirá certificado de “los informes, opiniones y exposiciones de los funcionarios que hubieren intervenido en la tramitación, de los recaudos que el Despacho hubiere agregado” (arts. 31, 33 y 34). Siendo lo más grave que el Ejecutivo Federal pueda negar a los Tribunales, obtener copia, exhibición o inspección de determinado documento, expediente, libro o registro si lo considera de carácter reservado o confidencial (art. 34).

Semejantes restricciones incompatibles con el derecho de defensa, puesto en un plano preeminente por la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia antes comentada, hacen su constitucionalidad más que dudosa.

4. Una vez formado el acto administrativo decisorio, el , el procedimiento administrativo puede prolongarse en una instancia superior, por lo que esta fase ha sido denominada modernamente

“procedimiento de segundo grado”<sup>27</sup>. Ello es una medida de que disponen, sea los particulares afectados en sus derechos o en sus intereses legítimos, sea la propia administración. Semejante posibilidad responde al reparto de poderes entre los distintos órganos que componen la estructura jerárquica de la Administración para asegurar el cumplimiento del principio de legalidad, tutelando con ello tanto los intereses públicos como los privados.

a) En primer término el titular de un derecho o de un interés legítimo, haya o no haya participado en el procedimiento administrativo de primer grado, tiene frente al acto decisorio recaído dos alternativas: o bien consentirlo, caso en que adquiere firmeza, o bien impugnarlo como remedio, dando al término un sentido lato.

La impugnación constituye un verdadero reexamen, cuya forma típica es el recurso jerárquico -sea cualquiera su nombre en el Derecho positivo- provisto de reglas procedimentales adecuadas que conducen a un pronunciamiento, de nulidad, de reformar o de confirmación del acto recurrido.

Un primer punto a considerar es el derecho al recurso, pues se trata de un auténtico derecho subjetivo y no de un mero interés procedimental, referido a una situación jurídica en el procedimiento. Por tanto, cuantos estén legitimados tienen el derecho de recurrir. Así, dicho a vía de ejemplo, lo declaran los artículos 113-1 y 23 de la Ley española de Procedimiento Administrativo, donde concuerda la doctrina con la legislación como sucede también en los demás países provistos de un sistema de procedimiento administrativo. Pero habrá de comprobarse entonces lo que en caso contrario sucede.

La solución francesa ha de ser menos categórica aun cuando con tendencia a lograr los mismos resultados. Efectivamente, el Consejo de Estado ha establecido que “el recurso jerárquico es de Derecho común, o sea que existe de una manera general en todas las materias, *conforme a los principios generales del Derecho Público*”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> La expresión procede de la jurisprudencia italiana, adoptándola los tratadistas, entre ellos M. S. Giannini, obra citada T. II, págs. 1027-1040.

<sup>28</sup> B. Jeanneau, obra citada, págs. 66-67. El ingenio del Consejo de Estado francés consiste en haber elevado ésta a la categoría de principio general del Derecho, no dependiendo así de la jurisprudencia, que es especial, inestable y no trascendente.

Venezuela va a la zaga de la solución francesa sin haber logrado aún alcanzarla. La Corte Suprema de Justicia, comienza reconociendo que “a quien se siente lesionado por una decisión administrativa, es de principio en un Estado de Derecho, que se le conceda la apelación (recurso jerárquico)”. No obstante, “la ley puede negar el recurso, aun cuando tal negación ha de entenderse limitador al caso específicamente contemplado por el legislador, sin que pueda extenderse por analogía” (Sentencia de 6 de diciembre de 1955).

Empero cuando la Ley prohíba expresamente el recurso jerárquico o preceptúe que contra la decisión recaída “no se dará recurso alguno”, ¿se reconoce con ello que queda agotada la vía administrativa o, por el contrario, trata de impedir el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa? No cabe duda alguna, que acudir a los órganos jurisdiccionales supone el ejercicio de un derecho constitucional irrestringible (art. 68) y es precisamente la jurisdicción contencioso-administrativa aquélla que está dotada de competencia para resolver lo precedente respecto a *toda clase de actos administrativos* (art. 206). El supuesto contrario constituiría una notoria denegación de justicia.

Ahora bien; el hecho de que la fase correspondiente al procedimiento de segundo grado figure -la mayoría de las veces apenas aludido- en cada una de las leyes administrativas, distanciadas entre sí y concebidas con tan diversos criterios procedimentales, hace que el número y las modalidades de los recursos previstos produzcan confusiones e inclusive extrañeza. En efecto, al recurso jerárquico llamado en los viejos textos “reclamación” y en los posteriores “apelación”, se añaden una serie de recursos atípicos, como los de reconsideración, de revisión, de gracia o súplica y hasta un inconcebible recurso de apelación ante la Corte Federal, inexactamente calificado de recurso jerárquico impropio, todos ellos descritos con minuciosidad y espíritu crítico por el profesor Allan.Randolph Brewer-Carías<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Allan-Randolph Brewer-Carías. *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*, publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1964, págs. 227-292. Eloy Lares Martínez; *Manual de Derecho Administrativo*. Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1963, págs. 116-119. José Guillermo Andueza; Tomás Polanco; Luis Enrique Farías; Enrique Pérez Olivares, *El control en Venezuela de los actos ilegales de la administración pública*. Ministerio de Justicia, Caracas 1959.

c) Además, el procedimiento de segundo grado permite a la administración corregir los defectos, imperfecciones y otras irregularidades que se hubieran cometido en el curso del procedimiento anterior. Lo más sencillo son las rectificaciones materiales o de hecho pero puede asimismo tratarse de aspectos tan importantes como el de las convalidaciones.

Sin embargo los grandes problemas quedan planteados con las nulidades de pleno derecho o nulidades de orden público, apreciables y declarables de oficio en el propio procedimiento administrativo, materia que ha requerido delicadas soluciones legislativas, habiendo merecido asimismo el comentario de una abundante y valiosa bibliografía<sup>30</sup>. En Venezuela no está contemplado, ni en su legislación ni en su jurisprudencia, con lo que rige incondicionalmente, el principio de la irrevocabilidad por parte de la administración de los actos administrativos declarativos de derechos.

Aquí termina pues la delimitación del *procedimiento administrativo* venezolano, transpuesto el cual se entra ya en los dominios del *proceso contencioso-administrativo*

---

<sup>30</sup> La bibliografía española ha examinado cuidadosamente las nulidades de pleno derecho, decididas de oficio por la propia administración, conforme a los artículos 47, 52, 109, 110 y 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Ver Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid 1963. Vol. III, págs. 15-21. Lavilla Alsina, *Revisión de oficio de los actos administrativos*. R. A. P., N° 34, págs. 74 y ss. Pérez Olea, *Nulidad de pleno derecho de disposiciones administrativas*. R. A. P., N° 34, págs. 311 s. T. R. Fernández Rodríguez, *Orden Público y nulidad de pleno derecho*, R.A.P., N° 59, Págs. 9 s. T. R. Fernández Rodríguez, *La doctrina de los vicios de orden público*, Instituto de Estudios de la Vida Local, Madrid 1970.

# Dogmática de los Decretos-Leyes\*

## I.- DIVERSOS ACTOS DE NORMACIÓN DEL EJECUTIVO

El régimen llamado corrientemente de los Decretos-Leyes, cuyo advenimiento tuvo lugar en el tercer decenio de este siglo, vino a replantear la diferencia existente entre Ley formal y actos de normación del Ejecutivo, lo cual lleva, en último término a considerar una vez más la relación entre Poder Legislativo y Poder Ejecutivo.

El esquema de la división de Poderes, concebido por Rousseau y propugnado por la revolución francesa, resulta excesivamente simplista: Un Poder Legislativo *preeminente* que edicta en cualquier materia de interés general y un Poder Ejecutivo *subalterno* que se limita a ejecutar lo edictado.

Ello ocasiona un peligroso desequilibrio que en Francia conduce inexorablemente a la Convención y al Terror. Por tanto, si en un primer momento surge la figura agigantada y omnipotente del Parlamento, el equilibrio requiere que el Gobierno compense su debilidad hasta encontrarse dotado de poderes imprescindibles para ser eficaz. En esta trayectoria, la historia de la potestad normativa del Ejecutivo -o sea el Ejecutivo estrictamente constitucional- comienza en el continente europeo con la Constitución consular francesa 22 frimario año VIII -13 diciembre 1799- donde por vez primera se atribuye al Ejecutivo determinadas facultades de normación, abriéndose así el debate, largo tiempo mantenido y aún no cerrado, sobre la existencia, extensión y modalidades del poder reglamentario. En efecto, la referida Constitución consular prescribe que "el Gobierno hace los Reglamentos necesarios para asegurar la ejecución de las leyes, sin poder sustituirlas, alternarlas ni derogarlas" (artículo 44). Con ello se configura lo que más tarde se llamará "*reglamento espontáneo*", pues dimana de una potestad indeclinable conferida por la Constitución. En suma, incumbe al Ejecutivo

---

\* Publicación del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas, Venezuela, 1974.



reglamentar las leyes, sin que éstas puedan de ninguna manera impedir o menoscabar el ejercicio de semejante potestad.

Mas al lado de esta especie reglamentaria, figura en la propia Constitución consular, otra de mayor alcance, por la trascendencia que ha de tener: el Reglamento de Administración Pública. (artículo 51), donde se encuentra el remoto precedente y prefiguración de los Decretos-leyes aparecidos unos 127 años más tarde.

¿En qué consiste el Reglamento de Administración Pública? Pues bien, el Reglamento de Administración Pública, dicho en términos metafóricos, es la respuesta dada por el Ejecutivo a una petición de los Cuerpos Legisladores. Estos, al dictar una Ley con sobrias prescripciones, invitan, exhortan e inclusive requieren al Ejecutivo para que establezca y regule las condiciones de aplicación, lo cual le proporciona un amplio margen de iniciativa. Entonces el Ejecutivo interviene obligatoriamente, por disposición del Legislador a colaborar con él, desarrollando los lineamientos de la Ley y produciendo un Decreto, sometido al Consejo de Estado, cuyo dictamen es preceptivo aun cuando no vinculante. Tales fueron y continúan siendo en Francia los Reglamentos de Administración Pública, equiparados primeramente a un acto legislativo -y como tal irrecurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa- pero que luego, según declara la Jurisprudencia del Consejo de Estado, se consideran un acto reglamentario susceptible así de recurso (C.E. arrête 6 dec. 1907.-Compagnie des Chemins de-Ferde l'Est.- Nota G. Jezzè. R.D.P. 1908-38).

El movimiento liberal vertiginosamente extendido por Europa entera, alrededor de 1830, tiende en principio a desconfiar de los poderes de normación del Ejecutivo, asimilándolos erróneamente a las prerrogativas legislativas del Monarca durante "l'ancien régime". Es más, en Francia se reaviva el mal recuerdo cuando Carlos X promulgó unas Ordenanzas, las famosas Ordenanzas de julio, declarando la nulidad de unas elecciones populares y estableciendo la censura de prensa. El resultado fue la revolución de julio (27-29 julio 1830) que depuso a los Borbones entronizando a Luis Felipe de Orleans con el título de "Rey de los Franceses" y según frase conceptuosa de Lafayette, "Presidente coronado de la República y como administrador del pueblo convertido en Soberano".

Sin embargo, habiéndose de descartar erróneas asimilaciones históricas queda solamente la necesidad del poder reglamentario y demás poderes normativos del Ejecutivo, por lo que, tanto en Francia de la Tercera República como en los demás Estados europeos de mentalidad fundamentalmente liberal, va apareciendo otra especie reglamentaria que constituye el siguiente tramo que llevará, con el tiempo, al régimen constitucional de los Decretos-leyes. En efecto, se trata de los Reglamentos dictados en virtud de una habilitación legislativa expresa.

Entonces, una ley llamada habilitante permite al Ejecutivo, “edictar reglas que no se encuentran establecidas en la referida ley pero que ésta autoriza o bien obliga a hacerlas del contenido del correspondiente Decreto reglamentario” (Carré de Malberg. I, p. 587-589).

Es decir, el Legislador invita al Gobierno a edictar actos reglamentarios que no están destinados al simple desenvolvimiento de la ley, sino a regular enteramente cuestiones nuevas. Así el Parlamento puede habilitar al Gobierno a estatuir sobre materias legislativas, excepto las de la reserva legal, sin modificar ni derogar, empero, las leyes existentes (Laubadère. Manuel p. 197).

Ahora bien, ¿cómo cabe justificar jurídicamente semejante poder de no encontrarse expresamente determinado en la Constitución?

La respuesta revela dos posiciones que derivan de los conceptos jurídicos, puestos alternativamente en juego.

Por de pronto la doctrina alemana apela a la delegación, una delegación legislativa, como hay tantas otras en el campo del Derecho Público. La ley habilitante delega, en determinadas condiciones, el ejercicio de funciones legislativas.

Pero ello no resulta aceptable para los juristas franceses, cuyo Derecho Público tiene precisamente excluida la delegación legislativa, según se verá luego.

La doctrina francesa sostiene, en cambio, el concepto de ley constitutiva de atribución. En efecto, una ley es susceptible de crear un poder, una facultad, una competencia o un derecho, atribuyéndolos a sujetos determinados. Esto es la ley atributiva de poder o de competencia, acto jurídico constitutivo. Pues bien, en su virtud el Parlamento puede crear el poder o competencia que se atribuyen a un órgano del Ejecutivo para regular eventualmente, en un caso dado, materias legislativas, si bien

sin efectos derogatorios de la legislación formal (Carré T. I. p. 599 y 593-594).

El balance de poderes de normación de que dispone el Ejecutivo en la mayoría de los países europeos, desde las postrimerías del siglo XIX comprende los siguientes:

1º Los Decretos edictados en circunstancias excepcionales o Decretos de emergencia, únicos con fuerza o valor de ley antes de aparecer los Decretos-leyes.

(Por cierto que no cabe confundir, según algunos hacen, estas dos especies normativas, completamente individuales e irreductibles, una a otra).

- Normas de circunstancias excepcionales.
- Normas extraordinarias pero de normalidad constitucional.

2º Actos reglamentarios ejecutivos -de ejecución de la ley- entre los que se encuentran los Reglamentos espontáneos y los Reglamentos exhortados que incluyen subespecies, tales como los Reglamentos derivados de una ley de habilitación o de una ley de cuadro y, además, en Francia, los Reglamentos de Administración Pública.

3º Los Reglamentos autónomos o independientes, es decir, independientes de la ley.

## **II- LAS NORMACIONES DEL EJECUTIVO CON VALOR O FUERZA DE LEY. EL SISTEMA DE DECRETOS-LEYES**

El siglo XX se abre con un acontecimiento dramático: la guerra de 1914-1918 que adquiere en todos los órdenes grandes proporciones mundiales. No sólo porque sensiblemente convulsiónaría, deja un legado de escasez, de desajustes y de inseguridades, sino porque además promueve transformaciones profundas -sociales, políticas y jurídicas- que constituyen en definitiva un nuevo ascenso en el progreso. Pues bien, los Decretos-leyes constituyen una de las novedades de la postguerra que aun cuando de momento estaban tan solo destinados a solucionar situaciones circunstanciales, acaban convirtiéndose en el elemento de un sistema jurídico que adquiere gradualmente carta de naturaleza en las Constituciones.

Si antes el Reglamento podía ser innovador, regulando materias legislativas sin perder su naturaleza de acto reglamentario, ahora se dará el salto con el cual el Reglamento puede llegar a adquirir retroactivamente el valor de ley o bien se transmuta en ley desde el primer momento.

Mas, ¿qué se entiende por Decreto-ley?

Ante todo ha de hacerse observar que el nombre de Decreto-ley no constituye una designación uniforme utilizada en todos los países; por el contrario, es tan solo en Francia donde al aparecer hacia 1924-1926 una nueva especie de normación del Ejecutivo destinada a tener valor o fuerza de ley, recibe el nombre nada novedoso de Decreto-ley, pues así eran ya designadas las normas procedentes de los Gobiernos extraconstitucionales. Es más, en Francia lo que se llamaron primeramente Decretos-leyes, ahora, con la Constitución de 1958, llevan el nombre de Ordenanzas, Ordenanzas en materia legislativa. Corresponde pues al Derecho positivo de cada Estado identificar con un "nomen iuris" sus respectivas especies normativas. Sin embargo, habiendo sido francesa la primera experiencia de los Decretos-leyes se ha generalizado una denominación con la cual se designa abstractamente la figura jurídica y no la especie nacional concreta.

De otra parte los Decretos-leyes son algo más que simples unidades normativas aisladas, antes bien constituyen el término o pieza final de un auténtico procedimiento cuyo antecedente ha de ser una ley característica prevista en la Constitución. De aquí que es preferible hablar, no tanto de Decretos-leyes -suponiendo sea un nombre sobreentendido- como de régimen constitucional de Decretos-leyes.

En su sentido más abstracto, el régimen constitucional de Decretos-leyes se configura mediante la preexistencia de una ley "sui generis", en virtud de la cual un órgano del Ejecutivo está capacitado para emitir durante un cierto tiempo actos normativos que tienen o pueden llegar a tener valor de ley y asimismo dictar actos plurales o singulares de aquellos dimanantes.

Se trata así de un acto compuesto o complejo, dado por la concurrencia necesaria de una serie de actos de distinta índole, empero orientados al mismo fin, lo cual supone precisamente un procedimiento. He aquí su esquema:

A) Primeramente, como punto de partida se encuentra la *previsión* *isión* constitucional. Esta puede ser, desde luego, de escala muy variada. El mínimo de la misma consistiría en justificar la norma del Ejecutivo,

permitiendo su enganche constitucional. Más allá de esto caben descripciones de un mayor o menor detalle, pero sin omitir jamás aquellas que resultan imprescindibles para obtener una fórmula clara y precisa.

B) Viene inmediatamente el acto inicial del procedimiento: la ley prevista en la Constitución. Esta ley es única en su género por comportar las siguientes características:

1º Es una ley con un sólo destinatario: el Ejecutivo, diferentemente determinado: Jefe de Estado, Gobierno, Ministros, etc.

2º Es una ley sin contenido normativo, o sea sin preceptos generales.

3º Sin embargo es una ley que de una manera u otra confiere o bien complementa una capacidad jurídica y ello da lugar a tres distintas calificaciones.

En efecto: puede crearse un poder o competencia atribuyéndolos a un sujeto que antes no los tenía; puede conferirse un poder ya existente delegándolo a un sujeto que tampoco lo tenía. En ambos casos se trata de actos constitutivos. Pero aún queda el caso de un poder en estado potencial que, para ejercitarse, necesita una autorización.

He aquí por tanto tres clases de leyes antecedentes en el procedimiento de los Decretos-leyes: *Leyes atributivas*, *Leyes de delegación* y *Leyes de autorización*.

C) Viene por último el acto derivado de la ley antecedente, es decir, la norma, identificada con distintos nombres. El primero fue de *Decreto-ley* (Francia, seguida por otros países.). *Real Decreto* "Arrête Royal" (Bélgica). *Decreto Legislativo* (Italia), *Ordenanza jurídica* (República Federal de Alemania). *Ordenanza en materia legislativa* (Francia desde 1958), *Ordenanza de sustitución* (Suiza). También existen Constituciones donde no figura nombre alguno, por ejemplo: la venezolana.

Ahora falta examinar el momento en que la norma derivada, sea cualquiera su nombre, adquiere valor o fuerza de ley. Ello tiene lugar según el procedimiento que se adopte: el procedimiento circular o cerrado o bien el procedimiento rectilíneo o abierto.

a) En el procedimiento circular o cerrado la ley antecedente permite emanar actos normativos derivados, pero éstos para tener fuerza o valor de ley deben estar ratificados, o sea convertidos en actos legislativos por el Parlamento. Entonces existen dos momentos, uno anterior y otro

posterior a la ratificación o conversión. Antes tienen el carácter de actos reglamentarios, después de actos legislativos con efecto retroactivo (Francia, Bélgica. Panamá, etc.).

b) En el procedimiento rectilíneo o abierto, el acto normativo derivado adquiere desde el instante en que se dicta fuerza o valor de ley (Italia, República Federal de Alemania, Colombia, Venezuela).

El Derecho positivo de cada país instituye y regula de distinta manera el régimen de los Decretos-leyes, pero pese a la variedad de ello resultante, semejante régimen adopta uno de estos tres sistemas: *el sistema de atribución, el sistema de delegación y el sistema de autorización.*

Veamos pues seguidamente cómo el régimen de los Decretos-leyes aparece por vez primera en Bélgica y Francia con el sistema de atribución al que suceden, en distintos tiempos y lugares, los sistemas de delegación y de autorización.

### III.- EL SISTEMA DE ATRIBUCIÓN. EXAMEN COMPARATIVO ENTRE LAS PRIMERAS SOLUCIONES BELGA Y FRANCESA

El régimen de los Decretos-leyes aparece simultáneamente en Bélgica y Francia alrededor de 1926 con la ley belga del 11 de julio y la ley francesa del 3 de agosto, para hacer frente a idénticas dificultades económicas y financieras de la postguerra. Ambos países se vieron impelidos por la misma necesidad, hecha apremiante, de adoptar una serie de medidas innovadoras, rápidas y de índole prevalentemente técnica, que así habían de basarse en normas del Ejecutivo susceptibles de contradecir, alterar y derogar las leyes vigentes. Téngase en cuenta que se trataba de reconstruir unos países que aún cuando habían salido victoriosos de la contienda bélica quedaron en parte destruidos y en un todo arruinados al no satisfacer los vencidos las reparaciones de guerra estipuladas. Además la guerra misma -llamada con acierto conflagración mundial- había dado lugar a una transformación completa en la que algunos creyeron ver el tránsito real, y no meramente cronológico, de un siglo a otro, del siglo XIX al siglo XX, con los considerables cambios sociales, tecnológicos de mentalidad e inclusive de estilo de vida.

En suma, todo ello obligaba a encontrar algún medio jurídico en virtud del cual el Ejecutivo pudiera edictar normas con valor o fuerza de ley, provistas de efectos innovadores y derogatorios. Pero semejante previsión no estaba contemplada, ni en la añosa Constitución belga de 1831 ni en las tres exiguas leyes constitucionales francesas de 1875.

De otra parte no podía pensarse siquiera en que el Parlamento -órgano legislativo- delegara de alguna manera, al Rey o al Presidente de la República, la facultad de edictar actos normativos equiparados a la ley, pues la doctrina tradicional, tanto la belga como la francesa, excluían y continúan excluyendo la delegación en el ámbito del Derecho Constitucional.

En efecto, ya Siéyes escribía en 1788: “Sería necesario más de una vez recordar a la Asamblea el principio fundamental de que el poder legislativo no puede de manera alguna ser subdelegado y que pertenece de una manera inalienable e intransferible al Cuerpo de representantes”.

La Constitución del año III -22 agosto 1795- lo proclama también solemnemente en su artículo 46: “En ningún caso -prescribe- el Cuerpo Legislativo puede delegar a nadie las funciones que le hubieran sido atribuidas por la presente Constitución”.

Esta ha sido la doctrina constantemente mantenida “Los principios generales del Derecho Público francés -afirma el destacado constitucionalista Adhéman Esmein- se oponen a la posibilidad de una delegación del poder legislativo hecha por las Cámaras al Jefe del Ejecutivo. Ello porque en el sistema francés de la Soberanía Nacional el Cuerpo Legislativo no tiene en propiedad la potestad legislativa, antes bien tan sólo el ejercicio, en nombre y por cuenta de la nación, única soberana. Puede expresarse la misma idea diciendo que la potestad legislativa no deriva del Parlamento sino que éste la tiene de la nación por intermedio de la Constitución”.

Así es considerado, pues según añade Duguit, “difiriendo la Constitución a las Asambleas el ejercicio del Poder Legislativo, las erige en órganos legislativos de la nación; ella les confiere no un derecho del cual fueran dueñas de disponer sino una competencia constitucional. Resultaría por tanto contrario a la Constitución que el órgano por ella designado para el ejercicio de una función pudiera descargarse de su tarea disponiendo que lo sustituyera otro órgano designado por las Asambleas mismas”.

Claro está que a la luz de la Ciencia jurídica actual podría corregirse no solo la terminología utilizada sino algunos conceptos en ella expresados. Mas aquí se trata únicamente de demostrar hasta qué punto está arraigada en la doctrina tradicional francesa la idea de que cualquier delegación legislativa resulta jurídicamente imposible. Por esto, al debatirse el año 1924 en el Senado francés la naturaleza de los Decretos-leyes, el brillante parlamentario Paul Boncourt repite los mismos argumentos al decir, “que el Poder Legislativo no es un derecho del cual nosotros podamos disponer; es una función que nos está confiada en los términos y dentro de los límites establecidos por la Constitución y nosotros no podemos hacer lo contrario sin alterar con ello la propia Constitución”.

Bélgica, con una común doctrina constitucional, había de rechazar asimismo la posibilidad de una delegación legislativa. Pero disponiendo, a diferencia de Francia, de una verdadera Constitución, los juristas belgas encontraron que el artículo 78 de la misma permitía conferir al Rey, otros poderes, distintos a aquellos previstos en el artículo 67 para reglamentar las leyes, y entonces concibieron un poder reglamentario excepcional.

En cuanto a los juristas franceses se atuvieron a la técnica de los variados Reglamentos exhortados, en los que por medio de una ley habilitante el Ejecutivo podía, según antes se dijo, dictar actos reglamentarios en materias legislativas. Es así como en defecto de la delegación, se afirmó la atribución. Una ley puede en efecto crear y atribuir un poder o competencia.

Por tanto se trata ante todo de una ley constitutiva, es decir, que constituye un poder antes inexistente, confiriéndolo a un sujeto dado. Es una ley constitutiva atributiva. Hay una atribución del poder creado a un órgano del Ejecutivo, con una extensión demarcada, un tiempo fijo, unas limitaciones precisas y otros condicionamientos.

Por lo demás, con ello el Parlamento no aliena nada, pues en principio continúa libre de poner fin prematuro al ejercicio de los poderes acordados y de votar durante su vigencia leyes que comporten efectos diametralmente opuestos. Estos poderes legalmente atribuidos están en todo condicionados por la correspondiente ley atributiva, que representa el marco dentro del cual han de producirse los actos normativos derivados, o sea los Reales Decretos o los Decretos-leyes.



Mas, carentes tanto Bélgica como Francia de una previsión constitucional expresa, hubieron de suplirla con la práctica, haciendo que las distintas leyes atributivas fueran un verdadero módulo conteniendo las condiciones conformadoras de aquellos actos normativos. He aquí el índice de las mismas:

1. Se ha de señalar el sujeto a quien se haga la atribución de poder. Aquí, el Jefe del Estado -el Rey- en Bélgica y el Presidente de la República en Francia ("Loi attribuyant au Roi Certains pouvoirs" o "loi attribuyant compétence au Roi"). Sin embargo los Reales Decretos y los Decretos-leyes han de ser acordados en Consejo de Ministros.
2. Los poderes atribuidos han de ejercitarse exclusivamente dentro del término señalado (el tiempo ha oscilado entre 15 días a 20 meses).
3. Los poderes especiales atribuidos han de tener un objeto y una finalidad; es decir, han de indicar, el dominio de la normación-administrativo, económico, civil, procesal, fiscal, etc., y los efectos que se trate de obtener, precisando algunas veces las directivas u orientaciones a seguir.

El legislador belga tuvo el cuidado de proceder a una enumeración frecuentemente muy extensa y minuciosa (Ley 31 junio 1934). No así el legislador francés que utiliza fórmulas extremadamente sobrias: "para realizar economías", "para asegurar una regresión rápida de la crisis financiera", "para la defensa del franco". Esto hizo posible que, fundado en la ley 8 junio 1935 para la defensa del franco y lucha contra la especulación", el Gobierno Laval encajara en ella todo cuanto estimó conveniente.

4. Tanto los Reales Decretos como los Decretos-leyes han de acordarse con audiencia del Consejo de Estado.
5. No pueden aquellos alterar ni suspender la Constitución.
6. Tampoco pueden afectar el dominio propio de la reserva legal.
7. Tanto los Reales Decretos como los Decretos-leyes han de ser ratificados por el Parlamento.

En este particular Bélgica, es sumamente estricta y tiene dispuesta una doble actuación. Primero, el Gobierno ha de dar cuenta a las Cámaras

de cómo ha ejercido los poderes conferidos ("Rapport aux Chambres"). Luego presenta un proyecto de ley para confirmar los Reales Decretos emitidos que hubieran modificado la legislación formal. Así la ley 4 mayo 1936 ha confirmado retroactivamente 130 Reales Decretos.

Francia sólo tiene establecida la ratificación, en virtud de la cual los Decretos-leyes adquieren con retroactividad el carácter de acto legislativo.

Pero ahora se presenta un importante punto a resolver. Los Reales Decretos y los Decretos-leyes, ¿pueden derogar o modificar la legislación existente?

Las leyes francesas atributivas de poderes, contenían una cláusula declarando que los Decretos-leyes emitidos tendrían fuerza de ley. Las leyes belgas, aún sin expresarlo, consideraban que este era también su efecto jurídico.

Ahora bien, ¿cómo justificarlo cuando ha de aceptarse que una ley sólo puede derogarse por otra ley?

Claro está que la ratificación obligada de aquellos actos normativos por el Parlamento, convertía su contenido en ley formal, dotándolos de efecto retroactivo.

Empero ¿qué sucede si no llega a operarse semejante conversión? ¿Cuál sería la situación de tales actos entre la fecha en que fueron dictados y aquella en que fueron ratificados?

El bien conocido administrativista francés Louis Rolland adujo una ingeniosa explicación, luego muchas veces alegada e inclusive más o menos admitida por la jurisprudencia. Al conferirse poderes para dictar actos con valor legislativo -decía- que es tanto como legislar por decreto en determinados extremos, estos extremos quedaban desde entonces *deslegalizados*, es decir, carentes de virtualidad legal, con lo que podían ser objeto de reglamentación.

En todo caso los Reales Decretos o Decretos-leyes, antes de ser ratificados por el Parlamento tenían siempre el carácter de un acto reglamentario susceptible de ser recurrido en vía contencioso administrativa. Solo la ratificación parlamentaria los convertía en ley

Esta fue la primera manifestación del régimen de Decretos-leyes experimentado simultáneamente en Bélgica y Francia. En seguida otros países constitucionalizaron dicho instituto jurídico, el primero de ellos Polonia que lo adopta en su Constitución de 17 marzo de 1921

enmendada en 1949 (artículo 44 p. 5). Sigue Grecia con su Constitución del año 1927 (artículo 77) y luego la República Española con su Constitución de 1931 (artículo 80).

En el período de entreguerras el régimen de los Decretos-leyes tuvo sus críticos y detractores pero también grandes apologistas como Mizkine Guetzavitch, quien lo considera el mejor sistema legislativo del porvenir.

Después de la última guerra, Francia ratifica su confianza en el régimen de Decretos-leyes y decide regularlo en la Constitución de 1958 (artículo 38). Otros países no quieren privarse de semejante recurso constitucional, y así se encuentra también con distintas modalidades en la Constitución italiana de 1946 y en la constitución venezolana de 1961.

#### **IV.- EL SISTEMA DE DELEGACIÓN: ITALIA Y REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA**

También en Italia se había hecho sentir la necesidad de utilizar durante los períodos dificultosos, que se sucedían sin intervalo, normas del Ejecutivo con valor o fuerza de ley, por lo cual algunas veces llegaron a expedirse leyes llamadas entonces de “plenos poderes” cuyos adversarios calificaban de mandatos en blanco.

Desde luego, en un régimen constitucional, de poderes limitados, los plenos poderes están completamente excluidos y resultaba casi imprescindible encontrar la figura jurídica adecuada.

Es pues natural que el constituyente italiano, al elaborar la Constitución de 1946, debatiera punto tan importante, decidiendo redactar el artículo 76 en los siguientes términos: “El ejercicio de la función legislativa no puede ser *delegado* al Gobierno si no es con determinación de los principios y criterios directivos, y solamente por tiempo limitado y para objetos determinados”.

El concepto jurídico puesto en juego fue el de delegación, siguiendo con ello la doctrina alemana que tanto ha influido en los juristas italianos desde la segunda mitad del siglo pasado.

Pero la delegación legislativa adoptada es condicional, ya que “no puede acordarse si no es con determinación de los principios y criterios

directivos”, haciendo de esta manera más influyente la intervención del legislador delegante en el acto delegado, es decir el Decreto legislativo.

El dispositivo de la delegación comporta el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1.- La ley delegante tiene como destinatario al Gobierno, es decir, al Consejo de Ministros que adopta colectivamente los acuerdos, aún cuando la promulgación de la ley delegada o Decreto legislativo corresponda al Presidente de la República.
- 2.- El contenido de la delegación ha de incluir, el objeto u objetivos perseguidos y los principios y criterios directivos conforme a los cuales debe desarrollarse la actividad normativa.
- 3.- El término de duración para el ejercicio del poder delegado, sin que pueda jamás tener un tiempo indefinido.
- 4.- No son delegables poderes para leyes de aprobación o de autorización y sí para aprobar el Presupuesto o los Tratados internacionales.
- 5.- Tanto la ley delegante como la ley delegada o Decreto Legislativo no pueden en ningún caso colidir con la Constitución.
- 6.- El Decreto Legislativo, como acto delegado, estará siempre sujeto a la ley delegante.

Estas condiciones son inmodificables mas, el Parlamento puede añadir otras, como ya ha hecho en distintas ocasiones. Por ejemplo, exigir que los Decretos Legislativos se dicten con el parecer, *inclusive vinculante*, sea de una Comisión parlamentaria o de un organismo consultivo.

Los Decretos legislativos están dotados de fuerza o valor de ley, soliendo denominarlos los tratadistas italianos “fuentes paralelas”, aún cuando resulte preferible considerarlos, como hace M. S. Giannini, “fuentes sub-primarias” para indicar que si bien los Decretos Legislativos están equiparados por sus efectos a la ley formal, sin embargo conservan siempre su condicionamiento a una fuente primaria, la ley delegante, a la cual se subrogan.

Hasta ahora se ha hecho referencia al concepto jurídico de delegación sin haberlo previamente expuesto o definido. Ha llegado pues el momento de preguntarse, ¿qué se entiende en el Derecho Público por delegación?

Pues bien, la delegación es un acto constitutivo en virtud del cual el sujeto delegante, a quien corresponden los poderes con facultad de delegarlos en todo o en parte, los confiere al sujeto delegado, de una manera simple o condicionada para el cumplimiento de actos o para el ejercicio de funciones propias del delegante.

De ello se desprende:

- 1.- Que la delegación es directa e inmediatamente constitutiva de poder, el poder delegado.
- 2.- Que el delegado no recibe una mera facultad, antes bien un poder-deber.
- 3.- Que las condiciones para el ejercicio de semejante poder-deber -al tratarse de delegación legislativa- se encuentran ante todo en la norma constitucional y a la vez en el acto de delegación, o sea en la ley delegante.

Ha de añadirse que la delegación de Derecho Público es irreducible al mandato, a la sustitución o a la suplencia, conceptos completamente diferenciados.

La figura jurídica de la delegación legislativa está dispuesta como un acto compuesto o complejo, formada, por de pronto, con dos actos normativos; una ley delegante y una ley delegada, el Decreto Legislativo, cada uno de ellos dotado de peculiares características. La ley delegante es el acto constitutivo de poder y contiene las condiciones especiales con que habrá de ejercitarse. La ley delegada es el precepto jurídico destinado a la generalidad. Mas ambos actos, aún cuando con distinto destinatario están encaminados a producir un mismo efecto jurídico final y en este sentido representa los momentos extremos de un verdadero procedimiento legislativo.

Otros países siguen el sistema de delegación, entre ellos Suiza y la República Federal de Alemania; mas imposibilitados de examinar sus respectivas modalidades se dirá de esta última siquiera sea unas pocas palabras.

El concepto de delegación ha sido preferentemente estudiado por los juristas alemanes que han producido una abundantísima bibliografía. Por lo demás la "delegación del Poder legislativo" ha tenido una aplicación corriente en el transcurso del siglo pasado (Fleiner, p. 58).

La posibilidad de que el Ejecutivo dicte actualmente normas con fuerza de ley en virtud de una delegación está reconocida en el artículo 80 de la vigente Constitución de 22 de mayo de 1949 que dice: “Mediante una ley, el Gobierno Federal, un Ministro Federal o los Gobiernos de los Países (Länder) pueden ser facultados para dictar Ordenanzas jurídicas (Rechtordnung)”.

La ley determinará el contenido, la finalidad y extensión de la facultad concedida. Las Ordenanzas deberán indicar su fundamento jurídico. Si la ley prevé que puede *delegarse* a su vez la facultad, tal delegación necesita de una “Ordenanza jurídica”.

La técnica de la delegación es aquí la misma que en el modelo italiano de manera que no vale la pena de insistir sobre lo mismo. Bastará ahora hacer notar que la ley delegante debe incluir las condiciones de la delegación, expresando “el contenido, finalidad y extensión de la facultad concedida”.

Además, cabe que sean sujetos de la delegación, no sólo el Gobierno, sino también los Ministros individualmente considerados.

Por último se admite la subdelegación mediante una Ordenanza jurídica dictada por el propio delegado.

## V.- EL SISTEMA DE AUTORIZACIÓN. VENEZUELA

En Venezuela aparece por vez primera el régimen de los Decretos-leyes con la Constitución de 1945 enunciado en los siguientes términos: “De las atribuciones comunes a ambas Cámaras como Cuerpos Colegisladores. Artículo 73 ordinal 23º” “Autorizar temporalmente al Presidente de la República para ejercer determinadas y precisas facultades extraordinarias destinadas a proteger la vida económica de la Nación cuando la necesidad o la conveniencia pública lo requieran.”, añadiendo correlativamente en el artículo 104 ordinal 29, que corresponde al Presidente de la República ejercer tales facultades como suyas, texto transcrito en la Constitución de 1947 (artículos 162, ordinal 9º y 198º ordinal 30º).

En la vigente Constitución de 1961 el texto es distinto, figurando únicamente bajo el nombre “De las atribuciones del Presidente de la República”, así redactado: “Artículo 190 ordinal 8º Dictar medidas

extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por una ley especial”.

Hay diferencias entre los textos respecto a la denominación de los actos. En el de 1947 se indica que el Presidente ejerce determinadas y precisas facultades extraordinarias y en el de 1961 que “dicta medidas extraordinarias” expresiones, estas, *facultades* y *medidas* asimiladas en el segundo párrafo del artículo 226.

Por lo demás, circunscribiéndose al texto vigente este resulta tan equívoco que para extraer su sentido es necesario apelar a la interpretación. En efecto, sometido a análisis, se advierten en seguida los extremos menesterosos de esclarecimiento e inclusive de una más precisa expresión, según será comprobado.

1. Ante todo se indica que el Presidente de la República “*dictará medidas*”. Ahora cabe preguntarse inmediatamente, ¿qué significa el término utilizado? En la acepción jurídica no cabe duda alguna: el acto-norma se opone al acto-medida, el cual es acto singular sin contenido normativo.

Mas ¿pretende con ello afirmarse que no le corresponde al Presidente sino dictar actos-medida o sea actos singulares?

Desde luego el contexto permite deducir lo contrario. Es verdad que se omite toda referencia a la norma, como se hace en otras Constituciones, pero por una especie de elipsis el término “medidas” implica el término “norma”, conforme advierte el notable constitucionalista suizo Jean Francois Aubert: “Si la Constitución autoriza al Gobierno a tomar determinadas medidas es lógico que quede también autorizado para establecer las reglas conforme a las cuales debe tomarlas” (Jean Francois Aubert. “*Traité de Droit Constitutionnel Suisse*” -Ed. Ides et Calendes- Neuchatel -1967- Tomo II, pág, 146 ).

Semejante omisión deja además sin nombre la especie normativa de la que se trata, cuya designación resultará entonces un tanto arbitraria. En efecto, ¿por qué llamarla Decreto-ley y no por ejemplo Decreto extraordinario?

2. Admitido que el Presidente puede dictar verdaderas normas aún cuando innominadas, sin “*nomen iuris*”, ¿dónde consta que ellas tengan valor o fuerza de ley? Sin embargo, esto es, más que importante, esencial, especialmente al tratarse de un procedimiento abierto o rectilíneo en el

que la norma resultante no ha de ser ratificada por el Congreso a fin de convertirla entonces en ley formal, como sucede en Francia y Bélgica.

Aquí caben dos interpretaciones, una restrictiva y otra extensiva.

A) La interpretación restrictiva parte del supuesto de que las medidas a adoptar -actos-norma y actos-medidas- tendrán tan sólo carácter administrativo, como de mera ejecución de la ley especial prevista.

B) La interpretación extensiva comporta diversos argumentos.

Ante todo no iba la ley especial a autorizar al Presidente de la República para aquello que ya pueda hacer por sí mismo.

En efecto, ejecutar una ley e inclusive desarrollarla y suplir sus vacíos es una atribución constitucional de carácter ordinario que no requiere por tanto autorización alguna. Aquí en cambio se pretende indicar "contrario sensu" que se trata de emitir normas extraordinarias con efectos innovadores y derogatorios que no son pues actos administrativos sino verdaderos actos legislativos. No cabe así duda que con tales características se alude a un instituto jurídico completamente identificado, pese a la oscuridad del texto constitucional donde se recoge.

3. Previsto siempre como un medio extraordinario, el régimen de los Decretos-leyes comporta la temporalidad, con lo cual la ley antecedente ha de señalar un límite de tiempo dentro del cual pueden dictarse los actos normativos consiguientes, pues de lo contrario se sustraería de una manera continua al Parlamento su función legislativa. Lo que es extraordinario se convertiría en ordinario. Por ello las fórmulas adoptadas en todos los textos constitucionales son sumamente cuidadosas, incluso las Constituciones venezolanas de 1945 y 1947. En cambio nada se expresa a este respecto en la Constitución vigente, sin que el silencio sea interpretable como que no exista límite de ejercicio. El contexto constitucional exige todo lo contrario o sea que la ley correspondiente ha de señalar siempre un término hábil.

En la mayoría de países el régimen de Decreto-leyes permite dictar normas referidas a cualquier clase de materias, pero la Constitución venezolana sólo admite las de índole económica y financiera con lo que su ámbito queda mucho más restringido, pero a la vez plantea delicados problemas de delimitación.

Falta ahora abordar un punto fundamental: la calificación jurídica que corresponde al régimen de Decretos-leyes en Venezuela. ¿Es una



atribución, como en Francia, Bélgica, Colombia y Panamá? ¿O es una delegación como en Italia, Alemania y Suiza?

El texto constitucional lo expresa claramente: Es atribución propia del Presidente de la República “dictar medidas extraordinarias..., habiendo sido *autorizado* por ley”. En suma se trata de una autorización.

Los poderes del Presidente de la República no derivan en este caso de ningún acto legal constitutivo, como la atribución o la delegación. Aquí por el contrario el poder deriva directamente de la Constitución aun cuando se exija para su ejercicio una autorización. Ahora bien, ¿en qué consiste una autorización?

La autorización, como se sabe, es el acto que consiente al titular de los poderes el expeditivo ejercicio de los mismos. Entonces, la autorización presta el consentimiento para ejercer el poder, pero en manera alguna lo crea ni lo transmite.

El acto autorizante es una ley de autorización que concurre a complementar una capacidad jurídica. En efecto, el titular del poder lo tiene potencialmente pero para ejercerlo le falta aquello que no es otra cosa que la legitimación. En una palabra, la autorización juega aquí como lo que se conoce con el nombre de procedimiento de legitimación para actuar.

Por fin habría de plantearse si la autorización pueda ser optativamente pura o condicionada. Sin duda cabe que ella contenga cláusulas que constituyan modalidades o límites de la actuación y asimismo otras que tengan el carácter de requisitos.

Así mientras la ley llamada de “medidas económicas de urgencia” de 29 de junio de 1971 contiene una autorización incondicionada, la ley que “autoriza al Presidente de la República para dictar medidas económicas y financieras” de 31 de mayo último, establece determinados requisitos de índole procedimental. De acuerdo con ellos “el Ejecutivo Nacional deberá informar a una Comisión mixta del Congreso sobre la forma y contenido de los decretos antes de ser promulgados” (artículo 4).

Resulta además curioso que se aplique aquí lo que en Bélgica se llama “*rapport aux Chambres*”, en virtud del cual “el Presidente de la República dará cuenta especial suficientemente detallada al Congreso de la República del ejercicio de las facultades extraordinarias... y de los resultados concretos obtenidos” (artículo 3).

No puedo concluir, tal como sería deseable, con un juicio de valor, pues para hacerlo habrían de compararse distintas experiencias, pero en general cabe decir que el régimen de los Decretos-leyes ha demostrado su consistencia en la medida que representa un caso concreto de colaboración del Poder Legislativo con el Poder Ejecutivo. Claro que existen fallas, mas todas ellas son enmendadas y el hacerlo solo depende ya de la buena voluntad.



# Rasgos generales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa\*

## LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: CONCEPTO, FUNCIONES Y ESTRUCTURAS

La Constitución venezolana de 1961, consolida un auténtico sistema de jurisdicción contencioso-administrativa, vinculado al conjunto constituido por la Corte Suprema de Justicia y los demás Tribunales que determine la Ley. Esta Ley, constitucionalmente prevista, habría de abarcar tres extremos concordados, a saber: 1º el funcional, atinente al ejercicio de potestades jurisdiccionales del orden administrativo; 2º el orgánico, con la indicación de los órganos para ello coordinadamente dispuestos; 3º las reglas de actuación, o sea, los módulos procesales consiguientes.

Ahora bien, en vez de haberse dictado una ley de contenido singular, que cubriera únicamente tales particularidades, se ha preferido, por motivos de prudencia política, desde luego respetable, aun cuando discutibles, introducir el régimen contencioso-administrativo en la ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 30 de julio último. Es pues, esta ley la que regula actualmente la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, ello tan sólo continuará siendo así, mientras no se promulgue la ley anunciada que la organice de una manera sin duda más completa (Art.181). Se trata por tanto de una ley provisional, tendida entre el presente y el futuro, es decir, lo que se conoce con el nombre de ley puente.

Semejante solución no es en manera alguna lamentable, antes bien, comporta dos ventajas. Una, la de experimentar las posibilidades de un texto legal que contiene considerables avances. Otra, la de ir poniendo en juego entre tanto el razonamiento crítico para poder suministrar los materiales de estudio que contribuyan a la perfección de la ley definitiva.

---

\* Publicado en la obra colectiva *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*. Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, pp. 67 a 77.

Y ahora, hecho este comentario inicial, llegó el momento de abordar el tema que me fue asignado: "La jurisdicción contencioso-administrativa. Concepto. Funciones. Estructuras".

La jurisdicción contencioso-administrativa es, ante todo, una potestad jurisdiccional, referida a la administración, desenvuelta en el parámetro del proceso, o sea, que se manifiesta en procesos dotados de una estructura típica. He aquí lo que, con variantes históricos y doctrinales, se ha denominado, contencioso, contencioso-administrativo, jurisdicción administrativa, jurisdicción contencioso-administrativa o control jurisdiccional de la administración.

### **I. La jurisdicción contencioso-administrativa del Estado de Derecho en cuyo mantenimiento contribuye. El Estado de Derecho de tipo estructural administrativo**

Ahora bien, la primera cuestión suscitada, frente a la existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa, parece que haya de ser la de preguntarse por su propio sentido. ¿Qué sentido tiene, pues, el advenimiento, en un determinado periodo histórico, de una nueva jurisdicción, añadida a las jurisdicciones tradicionales?

La respuesta es sencilla: la jurisdicción contencioso-administrativa o su equivalente, es una de las condiciones del Estado de Derecho, sin la cual éste no sería posible, consustanciada con él de tal manera que se convierte en el indicador de sus períodos de ascenso y decadencia. Así, apreciándolo en términos de magnitud, puede asegurarse que un Estado determinado -desde luego, de tipo estructural administrativo-, tendrá una mayor o menor connotación de Estado de Derecho, en la medida que su jurisdicción contencioso-administrativa sea más o menos consistente y perfeccionada.

No va a insistirse ahora sobre las notas configuradoras del Estado de Derecho, bastando recordarlas para facilitar las secuencias del razonamiento. Son ellas, como se sabe: 1º La existencia necesaria de un Ordenamiento Jurídico que condicione la actividad estatal. 2º La declaración en dicho Ordenamiento Jurídico, de unos derechos individuales y colectivos preeminentes, de carácter supralegal. 3º La realización efectiva del Ordenamiento Jurídico establecido, y de los

derechos en el mismo declarados, mediante una jurisdicción dotada de independencia.

A ello precisa añadir, para desvanecer dudas, que figuran varios tipos estructurales de Estados de Derecho. Primero, los Estados de Derecho cuya administración regula el Derecho Común asegurado por una única jurisdicción (ejemplo: Inglaterra, Estados Unidos de América); luego, los Estados cuya administración regula el Derecho Administrativo, asegurado por una jurisdicción diferenciada, la jurisdicción administrativa (ejemplo: Francia, República Federal de Alemania, Venezuela).

Mas, cabe preguntarse nuevamente, ¿cómo queda asegurada en un Estado de Derecho la realización de su Ordenamiento Jurídico?

De momento vamos a considerar la parte del Ordenamiento Jurídico referido a la efectividad de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados, lo que nos lleva a examinar un nuevo ingrediente del Estado de Derecho: el llamado principio de accionabilidad y el derecho implicado de obtener justicia.

### *a. El principio de accionabilidad y el derecho a la justicia*

El llamado principio de accionabilidad tiene su fundamento e inclusive llega a identificarse con el derecho a obtener justicia.

En efecto, ya los fundadores de la Ciencia Procesal alemana, comenzando por uno de sus patriarcas, Adolf Wach (1843-1926), pusieron en evidencia a fines del siglo pasado, que el proceso no es otra cosa que la manera como el Estado hace efectiva la exigencia debida de protección o tutela jurídica ("Rechtsschutzanspruch"). Por ello el proceso tiene siempre carácter jurídico-público, perteneciendo en consecuencia al campo del Derecho Público.

Semejante misión esencial del Estado, la pone de relieve George Jellinek en su famoso "Sistema de los derechos públicos subjetivos", con estas palabras: "la pretensión más importante, insita en el núcleo mismo del Estado, es la que persigue la tutela jurídica, hasta el punto de constituir un atributo de la personalidad".

Resulta por tanto claro que existe el derecho a obtener justicia, hecho efectivo mediante el proceso que, a su vez, se pone en marcha respondiendo al principio de accionabilidad.

Es precisamente lo que, de una u otra manera consagran los textos constitucionales. Así, la Constitución italiana, en su artículo 24, dispone, que “todos pueden accionar para la tutela de sus derechos e intereses legítimos”, declaración que figura también por vez primera en la vigente Constitución venezolana, cuyo artículo 68 expresa: “Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses en los términos establecidos por la ley”.

He aquí un derecho no sólo de rango constitucional, sino incluido en el capítulo de los derechos individuales garantizados, por lo que, “todo acto del Poder Público que lo viole o menoscabe es nulo” a tenor del artículo 46.

### *b. La denegación de justicia: Sus distintas formas*

El imperativo de justicia -o sea, el de prestar tutela jurídica- inherente al Estado de Derecho, queda disminuido en la medida que su realización no sea expeditiva, pudiendo quedar gradualmente disminuido hasta el punto culminante de producirse una denegación de justicia.

En efecto, si el Estado tiene el deber de impartir justicia a todos, existe también un derecho correlativo para obtener su cumplimiento, con lo que su rechazo es un rechazo injusto. Así, el Estado que rechazara de cualquier manera que fuera su deber de juzgar aceptaría la perpetración de una injusticia; en otros términos, consentiría un acto contra su propio Ordenamiento Jurídico, abdicando entonces a su condición de Estado de Derecho.

Empero hay varias formas de producirse una denegación de justicia, que cubren la distancia entre la negativa pura y simple o la resistencia a juzgar, hasta otras variadas maneras que llevan en definitiva a los mismos resultados, quedando entonces la denegación de justicia identificada con la frustración de la justicia.

La manera más ostensible de justicia corresponde a los jueces o funcionarios que se negaran a fallar. Esta es la llamada denegación formal ya registrada en el Art. 4 del Código de Napoleón, al establecer que “el juez que se negara a juzgar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley puede ser perseguido como culpable de denegación de justicia”, precepto que tiene su correspondencia en el artículo 207 del Código Penal venezolano.

Las demás formas de denegación de justicia no afectan a la persona de jueces, sino a la estructura misma del Estado y al funcionamiento real de sus Poderes. Por ello son más graves.

Tales denegaciones de justicia por frustración, que tanta importancia adquieren en el Derecho Administrativo, pueden reducirse a dos supuestos.

*Primero:* Hay denegación de justicia cuando no es posible promover el proceso por no encontrarse previstos la acción o recurso en la Ley, o si ésta los excluyera o bien limitara su alcance.

Se dirá que en el primer caso se trata de una simple negligencia legislativa, pero no es menos cierto que siempre habrá de comprobarse si ella se hace excusable conforme al superior efecto de los principios constitucionales imperantes en los respectivos países.

Ahora, la exclusión expresa de una acción o recurso definidos en la Constitución, pudiera viciar por inconstitucionalidad la ley donde se establezca. Punto importante si se tiene en cuenta con cuanta frecuencia suelen declarar las leyes que contra determinados actos no se dará recurso jurisdiccional alguno o bien conceden otro diferente al adecuado.

También es frecuente que las leyes señalen campos o zonas acotadas para sustraer ciertos actos a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, como ha sucedido y continúa sucediendo con la discrecionalidad, de la cual dijo el eminente jurista suizo Hans Hiiber, que “es el verdadero caballo de Troya en el seno del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho”.

Un administrativista tan fino y brillante como Eduardo García de Enterría ha arremetido contra semejante mengua del Estado de Derecho en un interesante estudio titulado significativamente, “La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo”, donde se expresa lo siguiente: “La historia de la reducción de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la Administración tradicional ha opuesto a la exigencia de un control jurisdiccional plenario de sus actos, mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo” (R.A.P. N° 38, pág. 159 y sig.).

*Segundo:* El segundo supuesto de denegación de justicia por frustración, se produce cuando, a pesar de que la acción o el recurso están previstos en la ley no pueden ejercitarse por faltar los órganos



jurisdiccionales pertinentes. Se trata entonces de una falla en la organización o en el funcionamiento del aparato jurisdiccional.

## **II. Orígenes de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa**

### **A. Conexión: Derecho Administrativo. Acción Legal. Jurisdicción Contencioso-Administrativa**

Es en Francia donde por efecto de su gran revolución de 1789, concurren tres acontecimientos decisivos que la convierten en el primer Estado de Derecho del continente europeo. Estos acontecimientos implicados, pues dependen uno del otro, quedan reducidos, con propósito tan sólo de recordarlos a la siguiente triada:

*Primero:* La elaboración de un nuevo Derecho Público dentro del cual se encuentra una especie hasta entonces desconocida: El Derecho Administrativo.

*Segundo:* La prescripción de una administración, aún poderosa y centralizada, que observa el principio de legalidad, con vocación así de administración legal.

*Tercero:* La implantación de un mecanismo mediante el cual se mantiene la legalidad de la actuación administrativa y con ella el respeto a los derechos de los administrados. Es lo que se logra montando primero, dentro de la propia Administración, un órgano fiscalizador que paulatinamente se hace independiente de ella adquiriendo poderes jurisdiccionales. En una palabra, la jurisdicción contencioso administrativa.

Derecho Administrativo, Administración legal y jurisdicción contencioso-administrativa, representan las tres caras de una misma pieza, es decir, las del Estado de Derecho correspondiente al tipo estructural administrativo.

### **B. Desarrollo de la Jurisdicción Contencioso-administrativa**

La jurisdicción contencioso-administrativa dentro de su contexto, merced al incentivo de la ideología, al progreso histórico y a la técnica jurídica.

### *a. El factor ideológico*

El primer factor que contribuye a la implantación, estímulo e ininterrumpido desarrollo de la jurisdicción contencioso-administrativa es de índole ideológica. En efecto, el contencioso, como se le llamó en sus orígenes, con todas sus esperanzas representa tanto una forma jurídica institucionalizada como la realización de un ideal: el hacer propicio un nuevo modelo de Estado, sustituyendo todas las piezas del antiguo régimen.

Inspirado en la ideología revolucionaria con el Contrato Social y la declaración de derechos del hombre -y luego en sus epígonos liberales- dirige y arraiga donde aquellos iban llegando.

Primeramente es Napoleón quien impone la incipiente institución del Consejo de Estado a los países conquistados: Bélgica, Norte de Italia, países del Rin, España. Pero lo que se impone "imperio ratio", por razón del dominio, acaba siendo aceptado de buen grado "imperio ratio", por imperio de la razón.

En términos generales puede afirmarse que el liberalismo ha sido el vector de la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo cual los hombres que lo sostenían, especialmente profesores y políticos, han sido quienes con mayor ahínco han hecho posible su existencia y perfeccionamiento en Francia, Italia, Alemania, Austria, etc.

En Francia, las influencias liberales marcan claramente la ascensión de la jurisdicción contencioso-administrativa, así como las reacciones más o menos absolutistas producen su decadencia.

Aparte, polémicas sobre la unidad de jurisdicción, alimentadas por algunas corrientes del liberalismo, empero, puede en definitiva asegurarse que la jurisdicción contencioso-administrativa es un producto de la ideología liberal.

### *b. El factor histórico*

La jurisdicción contencioso-administrativa se ha desarrollado en el cuadro histórico de cada país siguiendo la dinámica de su proceso evolutivo. Ha de considerarse así, que ni aún en Francia, su lugar de origen, nació

completamente articulado, constituyendo un sistema. Al contrario, emerge de una manera rudimentaria, atendiendo a principios bien establecidos, el más decisivo de los cuales fue el siguiente: “juzgar a la administración es también administrar”:

El contencioso-administrativo francés se desenvuelve desde sus comienzos en un doble plano, persiguiendo distintos fines, ejercitando diferentes poderes y dando lugar a estructuras procesales diversificadas.

Una jurisdicción persigue la tutela jurídica de los derechos subjetivos de los administrados, mediante un contencioso entre partes, -de aquí su nombre y que termina comprobando la existencia, contenido y efectos de los derechos alegados.

La función para ello realizada es una función declarativa, en cuanto reconoce derechos.

El tipo de contencioso-administrativo así concebido en poco difiere de la jurisdicción judicial, excepto en que versa sobre materias administrativas, lo cual obliga entonces a conciliar el interés público con el interés privado.

A esta figura procesal se la ha llamado contencioso ordinario, contencioso de plena jurisdicción o contencioso de derechos.

Simultáneamente aparece la semilla de lo que será con el tiempo otra jurisdicción, sin duda alguna la más importante y característica. Aquí, en efecto, se ejercen poderes de vigilancia y censura para imponer la legalidad a los diversos órganos de la administración.

Así, su único objeto consiste no ya en la tutela de derechos, sino asegurar a la vez que el deber de legalidad es el deber de buena administración.

Semejante recurso llamado al comienzo de abuso de poder, fue originariamente un recurso jerárquico que adquiere carácter jurisdiccional pleno en el año 1872, produciendo la anulación de los actos administrativos, por incompetencia, violación de formas substanciales y violación de la ley.

Este tipo de jurisdicción, llamada ya de exceso de poder o de ilegalidad, se va perfeccionando de una manera tan considerable que acaba convirtiéndose no sólo la legalidad de los actos administrativos, sino también su oportunidad y su finalidad.

Es por ello que la jurisdicción de exceso de poder es llamada contrato jurisdiccional de la administración.

### **III. Esquema del sistema venezolano de Jurisdicción contencioso-administrativa**

Para trazar en sus grandes lineamientos un esquema del sistema venezolano de jurisdicción contencioso-administrativa -cuya exposición completa es el propósito de este curso- se impone examinar ahora panorámicamente, como telón de fondo, su contenido funcional y su contenido orgánico. Todo ello con la sobriedad propia de un esquema.

#### **A. Perfil funcional**

##### *a. Incorporación del doble contencioso*

La Constitución de 1961, a diferencia de las anteriores, enuncia, en su Art. 206, p. 2º, dos especies de jurisdicción contencioso-administrativa, definiéndolas por sus efectos. Una, el contencioso de anulación, incluida la desviación de poder, y otro que versa sobre la preexistencia de derechos subjetivos, sean concernientes, al pago de dinero, a la reparación de daños dimanantes de la responsabilidad de la administración o al restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, todo lo cual se comprende en el conocido *contencioso de derecho*.

Estas dos especies de jurisdicción contencioso-administrativa han aparecido en orden inverso a lo largo de las sucesivas constituciones venezolanas.

1. Primero, desde la Constitución de 1830, empieza a figurar el *contencioso de los contratos y concesiones*, incluyéndose en las siguientes el *contencioso de la responsabilidad por daños y perjuicios*, el *de cobro de sumas de dinero y otros análogos*. Es decir, se trata de los mismos casos cubiertos, desde el primer período de la revolución francesa mediante el llamado inicialmente *contencioso ordinario* que más tarde toma el nombre de "*plein contentieux*" o plena jurisdicción.

Semejante contencioso, como se sabe, estatuye sobre la existencia, contenido y efectos de los derechos subjetivos alegados, teniendo por objeto su reconocimiento, restitución o reparación. Se trata, así como se dijo anteriormente, de un proceso declarativo.

Pero no es sino en la Constitución de 1925, cuando asoma la posible anulación de Decretos o Reglamentos ejecutivos y de los demás dictados con extralimitación de funciones (Art. 120, Ord. 12), precepto mantenido en la Constitución de 1928 (Art. 120, Ord. 12), la Constitución de 1931 es más explícita indicando que se trata de una "nulidad por ilegalidad o abuso de poder", calificada en estos mismos términos (Art. 112, N° 12). De aquí en adelante se expresa lo mismo, en la Constitución de 1936 (Art. 123, N° 11, p. 2°), 1945 (Art. 128, N° 11, p. 2°), 1947 (Art. 220, Ord. 9°, p. 2°). No cabe, pues, duda alguna que este es el mismo tipo de contencioso que figura incluido en el artículo 206 de la vigente Constitución, definido allí por sus efectos y que indistintamente puede denominarse de ilegalidad o de exceso de poder.

Este tipo de contencioso, según se recordará, tiene por objeto *anular* los actos administrativos. No es, pues, un proceso donde se cuestionen o conviertan derechos u obligaciones de los contendientes, antes bien un proceso al *acto*, con independencia de los sujetos de titularidades.

### ***b. Descripción del conjunto de acciones o recursos previstos***

La vigente ley de la Corte Suprema de Justicia destaca únicamente el proceso de nulidad, confiriéndole una doble característica: la nulidad de actos de efectos particulares.

Por lo demás hace referencia además de las nulidades: a cuestiones, controversias, recursos y acciones, sin indicar su índole o calificación.

Mas, ¿a qué tipos de contencioso-administrativo corresponde cada una de las unidades enumeradas, fuera del caso en que se trate de nulidades?

No hay duda que en defecto de una determinación legal ello habría de ser tarea de la jurisprudencia y en todo caso de los comentaristas.

Sin embargo, y aun a riesgo de equivocarme, trataré de hacer una clasificación, que ha de ser desde luego repensada.

Así, partiendo de características incuestionables cabe incluir las acciones y recursos enumerados en los dos grandes contenciosos establecidos en la Constitución, aun cuando quepa un tercero, como simple modalidad de aquéllos.

He aquí el resultado:

1. *En el contencioso de derechos* cabría incluir en éste: el pago de sumas de dinero. La reparación de daños y perjuicios originados en la responsabilidad de la administración. El restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas por la acción administrativa. Las controversias en que será parte la República o algún Estado o Municipio entre sí (C. Art. 206, p. 2º y Art. 215, Ord. 8º). La ley en su Art. 42 añade los demás, a saber: Cuestiones suscitadas en materia de contratos administrativos (Ord. 14). Las acciones que se propongan contra la República, Institutos Autónomos o empresas con participación estatal (Ord. 15). A todo lo cual habría que sumar cuanto se encuentre previsto en las demás leyes, por ejemplo, la expropiación.

Hay de otra parte casos discutibles y discutidos de los que hablaré luego, los cuales han sido considerados tanto por la doctrina en general como por la jurisprudencia extranjera.

2. *El contencioso de anulación, de ilegalidad o de exceso de poder.* En su ámbito se encuentran ante todo, las nulidades de los actos administrativos, tanto generales como individuales, contrarios a derecho (C. Art. 206, p. 2º) y los casos señalados en el Art. 42 de la Corte Suprema de Justicia, ordinales 9, 10 y 12.

También se habrá de incluir aquí cuanto concierne a correcciones administrativas, es decir, al denominado en Francia *contencioso de represión*.

Finalmente en este mismo lugar ha de incluirse la especie de contencioso enunciado en el ordinal 23 del propio artículo 42, sobre la abstención indebida de los órganos administrativos. En Venezuela figura este singular recurso desde 1925, con anterioridad, por tanto al "recours en carence" que se encuentra en el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 instituyendo la Comunidad Económica Europea.

Sus fundamentos son categóricos. Cuando existe el deber de actuar, la inactividad o conducta deliberadamente o misiva de la Administración resulta ilegítima con todas las consecuencias; es decir, susceptible de ser recurrida y enmendada. Así, conforme al Tratado de Roma tanto los

Estados miembros como las demás instituciones de la Comunidad, pueden recurrir ante la Corte de Justicia contra la abstención a estatuir por parte del Consejo o de la Comisión violatoria del Tratado (Art. 175). Por su parte, la Ley de la República Federal de Alemania de 21 de enero de 1960 tiene prevista una acción de condena que impone la obligación de dictar el acto administrativo no emitido o rechazado (Arts. 42, 113-3, 114).

Hasta ahora todo parece claro y sencillo. En el *contencioso de ilegalidad* el juzgador se limita a inquirir si un acto determinado desconoce o vulnera la regla de Derecho objetivo. Es decir, como se ha afirmado, “un verdadero” proceso de introspección administrativa. A diferencia de ello en el *contencioso de derechos* el juzgador aprecia la existencia de las situaciones jurídicas. No obstante los contenidos de ambos contenciosos no son homogéneos ni cabe separarlos de una manera absoluta. Así hay casos en que la declaración de nulidad comporta ciertas consecuencias subjetivas, poniendo al vivo la existencia de derechos desconocidos o lesionados. Ejemplo típico, la nulidad del acto de destitución de un funcionario que afecta situaciones subjetivas, cobro de sueldos atrasados, avances escalafonarios, etc. A la inversa, la preexistencia de derechos subjetivos lesionados llevaría a determinar la nulidad del acto que los lesiona. Por ejemplo, el derecho de un funcionario para cobrar bonificaciones daría lugar evidentemente a un contencioso de derechos, pero a su vez permitiría atacar por ilegalidad el acto administrativo en virtud del cual aquéllos habrían sido negados.

### *3. El contencioso mixto*

Con lo dicho se comprenderá la necesidad de situar en una tercera categoría todos aquellos recursos que hayan de contener pronunciamientos atinentes tanto a la nulidad del acto como a la declaración de derechos.

Esto sucede frecuentemente en el contencioso electoral, en el del Impuesto sobre la Renta, en el de Inquilinato y en el de la Carrera Administrativa.

## **B. El perfil orgánico**

### *Esquema de la organización contencioso-administrativa*

Hay tres estratos de la jurisdicción contencioso-administrativa:

- I. En el ápice, *la Corte Suprema de Justicia* en su Sala Político Administrativa. Conoce en primera instancia y apelación (Art. 42).
- II. *La Corte Primera Administrativa*. Conoce en primera instancia y apelación (Arts. 184 y 185).
- III. *Tribunales Superiores con competencia civil*. Conocen únicamente en primera instancia (Arts. 181 y 182).

Las jurisdicciones administrativas especiales se ejercen por el Tribunal del Impuesto sobre la Renta, el Tribunal de Inquilinato, el Tribunal de la Carrera Administrativa y en ciertos aspectos los Tribunales de Hacienda.

He aquí en sus grandes líneas, descrito el sistema venezolano de jurisdicción contencioso-administrativa que no dudo aprovecharía la jurisdicción de los Tribunales de una manera progresiva, apuntando al futuro, en todo lo que de sí permita.





# La potestad reglamentaria y sus modalidades\*

## I. NOCIONES IMPLICADAS

### A. Potestad-función y sus derivaciones

En el Estado constitucional moderno, la potestad normativa está distribuida por grados. Los criterios distributivos han sido dos: el uno histórico, de prerrogativas políticas necesitadas de equilibrio, el otro técnico, de organización especializada, tendiente a la eficacia.

Así en los comienzos del régimen constitucional la presencia de una potestad normativa correspondía a la manera de estar dispuestos los Poderes del Estado: un Poder Legislativo preeminente que edicta y un Poder Ejecutivo subalterno que ejecuta lo editado. Los supuestos doctrinales de la época conducían lógicamente a semejante conclusión. En efecto, si el Parlamento era el único Poder representativo -Asamblea del pueblo- resulta evidente, como afirmaba Blunckli, que “tan sólo la ley contiene el *jussum populi*, siendo la Ordenanza (Reglamento) una simple orden, un *Edictum Magistratum* que no tiene por tanto el carácter de fuente de Derecho. En otros términos, el acto de establecer nuevos preceptos de Derecho -*nova iure condere*- pertenece exclusivamente al Poder Legislativo<sup>1</sup>. Sin embargo, la tardía concesión hecha al Poder Ejecutivo para dictar Reglamentos, en tanto que normas accesorias, trata de atenuar el monopolio de la normación, introduciendo un contrapeso equilibrante.

Con posterioridad, lo que clásicamente era considerado Poder Ejecutivo se transforma en el “complejo Gobierno-Administración”.

---

\* Publicado en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución*. Libro Homenaje a Rafael Caldera, Tomo IV, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, pp. 2.081 a 2.104.

<sup>1</sup> V. E., Orlando. *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano*. Società Editrice Libreria. Milano, vol. I, pp. 1.049-1.050

Entonces, Gobierno y Administración quedan diferenciados, tanto en sus estructuras como en sus funciones, conforme lo acentúan cada vez más las modernas constituciones. En consecuencia, si existen actos administrativos también existen actos de gobierno, entre ellos los de carácter normativo.

En semejante cuadro, el Reglamento se concibe de distinta manera, y en vez de ser como antes la cuota de una prerrogativa política asignada para equilibrar un Poder del Estado, responde, cualesquiera que sean sus particularidades, a un modelo organizativo que tiene establecida una desconcentración graduada de la potestad normativa, mediante distintos conceptos jurídicos, convertidos en técnicas (atribución, delegación, creación de competencias, reenvío receptivo, reenvío formal o remisión... etc.).

De esta manera la potestad normativa del Estado queda desconcentrada, manifestándose en tres planos diferentes con una distinta graduación en cada uno de ellos. Primero, la potestad-función legislativa, propia del Parlamento (legislación) que da lugar a normas primarias. Segundo, la potestad-función gubernamental, propia del Gobierno (actos de Gobierno) que da lugar a normas homólogas. Tercero, potestad-función administrativa, propia de la Administración, que da lugar a normas secundarias y terciarias. He aquí, pues, donde aparece situada la potestad reglamentaria, con sus variados Reglamentos.

Ahora bien, semejante reparto de potestades-funciones la hace la Constitución atribuyéndolas a determinados órganos o complejos orgánicos, con lo que éstos adquieren competencia y por ende poder jurídico<sup>2</sup>.

Toda potestad reglamentaria tiene, pues, su fundamento en la Constitución, sea de una manera inmediata o directa; sea, de una manera mediata o indirecta a través de la ley. En efecto, unas veces el Reglamento está previsto en la propia Constitución y otras veces en la ley, lo que da lugar a competencias de distinto rango: constitucionales y legales. A su vez, existe un poder reglamentario de competencia ordinaria, perteneciente permanentemente a determinados órganos administrativos,

---

<sup>2</sup> Han de distinguirse conceptos bien diferenciados, expresándolos en su terminología técnica. Así, potestad y función, como sus derivados: atribución, competencia y poder jurídico. Ver: Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*. Ed. Giuffrè. Milano, 1970, T. I, pp. 153, 156, 220, 284, y especialmente 501-506.

y un poder reglamentario de especial atribución, conferido eventualmente a los órganos indicados<sup>3</sup>. Es decir, un poder ejercitado conforme a una regla general o a una regla especial de competencia.

Se insiste, como es bien sabido, en el carácter general y abstracto del acto reglamentario. No obstante ésta es tan sólo una condición necesaria pero no suficiente, pues existen actos generales y abstractos que no por ello son Reglamentos<sup>4</sup>.

El Reglamento se caracteriza por ser un acto normativo emanado en el ejercicio de funciones administrativas. La nota definitoria se encuentra en su contenido normativo. Constituye una norma y por ello integra, al mismo título que la ley, el ordenamiento jurídico general<sup>5</sup>. Mas, y esta es la diferencia, el Reglamento, en virtud del principio de legalidad, está condicionado por la ley, siendo entonces una fuente jurídica secundaria o terciaria<sup>6</sup>.

## **B. El acto reglamentario producto de la función administrativa**

Como producto de la función administrativa el Reglamento es un acto administrativo por oposición a la ley. Punto a destacar, pues al tener el Reglamento los caracteres de generalidad y de abstracción, y lo que es aún más importante, de normación, se le ha venido confundiendo hasta principios de siglo con un acto de contenido legislativo, una ley material, inclusive por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés.

---

<sup>3</sup> Emilio Betti. "Sulla base giuridica del potere regolamentare". En *Rivista di Diritto Pubblico*. 1927, t. I, p. 14, especialmente pp. 18 y 19.

<sup>4</sup> Jean Marie Rainaud. *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*. Ed. LGDJ. París, 1966, pp. 7 y 16-17. Santanello. *Gli atti amministrativi a contenuto non normativo*. Ed. Giuffrè. Milano, 1963. Martín Retortillo. *Actos administrativos generales y reglamentos*. R.A.P. N° 40, 1963. J. L. Meilan Gil. *La distinción entre norma y acto administrativo*. Escuela Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares, 1967.

<sup>5</sup> M. S. Giannini, *ob. Cit.*, pp. 92-97. Vezio Crisafulli. "Atto normativo". En *Enciclopedia del Diritto*. T. IV. N. Bobbio. *Teoría della norma giuridica*, Torino, 1958, pp. 227s. Con respecto a Venezuela, ver Allan Brewer-Carías. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Facultad de Derecho de la UCV, Caracas, 1975. P. 222.

<sup>6</sup> Antonio Moles Caubet. *El principio de legalidad y sus implicaciones*. UCV, Facultad de Derecho, Caracas, 1974, pp. 48-57. Giuliano Amato. *Rapporti tra norme primarie e secondarie*. Torino, 1962. Enzo Cheli. *Potere regolamentare e struttura costituzionale*. Ed. Giuffrè. Milano, 1967, pp. 404-428. Aldo M. Sandulli. *L'attività normativa della Pubblica Amministrazione*. Ed. E. Jovene, Napoli, 1970, pp. 33-36.

Para Carré de Malberg los Reglamentos son simplemente actos administrativos. También lo sostiene así, con la doctrina moderna, el profesor Gonzalo Pérez Luciani<sup>7</sup>. Sin embargo, los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, consideran que el Reglamento no es una ley material ni tampoco un acto administrativo sino un *tertium genus*. No sería correcto -escriben- explicar el Reglamento como un simple acto administrativo general... pues aquél forma parte del ordenamiento jurídico, en tanto que el acto es algo ordenado. El Reglamento innova el ordenamiento (deroga otro anterior, crea normas nuevas, habilita relaciones o actos hasta ese momento no previstos), el acto se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado o previsto por dicho ordenamiento<sup>8</sup>. La distinción es oportuna, pero solamente para destacar que se trata de dos especies distintas -una normativa y otra no normativa-, si bien con un género común por ser ambas producto de una misma función, la función administrativa.

Claro está que aquí se trata únicamente de los Reglamentos del orden administrativo, quedando excluidos los Reglamentos parlamentarios y los Reglamentos judiciales cuya naturaleza jurídica requeriría un planteamiento ahora innecesario.

### C. Pluralidad de Reglamentos: Su tipología

Como es sabido, la Administración Pública tiene una estructura pluralista. Está constituida por múltiples administraciones públicas, diversas pero coordinadas, titulares todas ellas de ciertos poderes y deberes desde luego diferenciados. Así, ante todo y sobre todo, la Administración del Estado (con su complejo Gobierno-Administración), la de los Estados integrados, y luego la local (Municipios y organizaciones supramunicipales) con personalidad jurídica independiente, así como la de las entidades institucionales y corporativas igualmente personificadas: "La galaxia administrativa -expresan García de Enterría y Tomás Ramón Fernández-

---

<sup>7</sup> R. Carré de Malberg. *Contribution á la Théorie générale de l'Etat*. Recueil Sirey. París, 1920. T. I, pp. 568, 570, 572s, 634. Gonzalo Pérez Luciani. "La actividad normativa de la Administración". En *Anales de la Facultad de Derecho*, de la Universidad de los Andes, N° 8, p. 83, (Dispongo tardíamente de este notable trabajo no habiendo podido utilizarlo por ello debidamente, señalándolo como una importante fuente de conocimiento del tema tratado).

<sup>8</sup> *Curso de Derecho Administrativo*. Ed. Civitas, Madrid, 1974, p. 113.

gira en torno a la Administración del Estado en cuya órbita se mueven todas las demás administraciones menores, merced a una serie de técnicas que permiten reconducir a una unidad estructural esta realidad plural... teniendo en cuenta la supremacía del Estado sobre todas las demás personas jurídico-administrativas”.

Todas estas administraciones son titulares de una desigual potestad reglamentaria. Basta señalarlo, pues, no será ahora examinada por cuanto el examen desbordaría la temática programada. Aquí el estudio se circunscribirá a los Reglamentos estatales, es decir, a los que corresponden al complejo Gobierno-Administración.

Sin pretender una clasificación completa, sí habría que comenzar distinguiendo los diversos tipos de Reglamento. Estos son clasificados, tanto por su naturaleza funcional como por su objeto y eficacia. Atendiendo, pues, a tales módulos se diferencian de la siguiente manera:

1. La naturaleza funcional, agruparía, los Reglamentos ejecutivos o de ejecución de la ley, los Reglamentos independientes o autónomos, las normas actuantes como medidas extraordinarias (decretos-leyes), las normas actuantes como medidas de excepción, (emergencia), Reglamentos de entes institucionales y los Reglamentos internos.

2. El objeto y calidad jurídica de las normas, agruparía: los Reglamentos de organización, los Reglamentos disciplinarios, los Reglamentos de policía general (orden público, seguridad, tranquilidad) y de policía especial (sanidad, tránsito, dominio público, urbanismo... etc.), los Reglamentos de servicios públicos y los Reglamentos de materias administrativas sectoriales.

3. La eficacia permite diferenciar, los Reglamentos subordinados a la ley o a otros Reglamentos de superior rango y los Reglamentos con fuerza o valor de ley y en consecuencia equiparados a ella.

La vigente Constitución de 1961 ha conservado los tipos de Reglamento que figuraban en los textos constitucionales anteriores, con apenas unas pocas variantes que en poco los alteran.

El Reglamento ejecutivo o de ejecución de la ley figura con la fórmula definitivamente utilizada en la Constitución de 1914 (Art. 79, ord. 8º). Subsisten también las medidas extraordinarias (decretos-leyes) incluidas por vez primera en la Constitución de 1945 (Art. 104, ord. 29).

---

<sup>9</sup> *Ob, cit.*, pp. 27-28.

En cuanto a los Reglamentos independientes o autónomos ofrecen en algunos casos posibilidades constitucionales. Por fin, los Reglamentos ministeriales que tuvieron su auge desde la Constitución de 1925 (Art. 104, p. 2) hasta la de 1945 (Art. 109), derivados de una competencia constitucional, han sido convertidos en una mera expectativa diferida a la Ley Orgánica prevista (Art. 193).

Ahora ha de insistirse por su extraordinaria importancia en el origen del poder reglamentario. Pues bien, en Venezuela el poder reglamentario dimana exclusivamente de una competencia constitucional o legal, estando así excluida cualquier clase de delegación.

La técnica de la delegación legislativa es la más antigua, pues, se utilizó ya en Inglaterra con el *Statute of Proclamations* de 1539, bajo el reinado de Enrique VIII. Es también la técnica más simplista. Posteriormente existen otras. Como advierten García de Enterría y Ramón Tomás Fernández, “la tesis de la delegación legislativa, válida en los países anglosajones, no sirve en los países del sistema administrativo, entre los cuales se encuentra el nuestro”<sup>10</sup>.

La crítica a la tesis de la delegación legislativa se encuentra convincentemente refutada por Carré de Malberg<sup>11</sup>. En todo caso la Constitución venezolana no hace referencia alguna a la delegación legislativa, y por el contrario, en su Art. 117 declara que las atribuciones del Poder Público -entre ellas las competencias- dimanan de la Constitución y las leyes.

## II. REGLAMENTOS DE BASE CONSTITUCIONAL

Las especies reglamentarias incluidas en este grupo dimanan todas de una regla de competencia establecida en la Constitución. Sin embargo, esta competencia es ejercida con dos distintas modalidades:

1º) Unas veces la competencia se ejerce espontáneamente, *ad arbitrium*, de una manera incondicional. Se comprenden en este subgrupo, los Reglamentos ejecutivos, de ejecución de la ley y los Reglamentos independientes o autónomos.

---

<sup>10</sup> *Ob. Cit.*, p. 111.

<sup>11</sup> Carré de Malberg, *ob. cit.*, t. I, p. 591-602.

2º) Otras veces, en cambio, la competencia es eventual, pues, su legitimación depende del cumplimiento de los supuestos previstos en la propia Constitución. Se comprenden en este subgrupo, las normas actuantes como medidas extraordinarias (decretos-leyes) y las normas actuantes como medidas de excepción (emergencia).

## **Primer Subgrupo: Reglamentos espontáneos**

### *A. Reglamentos ejecutivos o de ejecución de la ley*

Este tipo de Reglamento, el más frecuente, se adoptó por primera vez en la Constitución de 1893, tan sólo si la ley lo exigiera o lo tuviera establecido en su texto (Art. 76, ord. 18). Es después, al eliminarse tales condicionamientos en la Constitución de 1914, cuando se entroniza el Reglamento espontáneo definitivamente incorporado a los textos constitucionales posteriores, afirmando un poder reglamentario permanente. Además, a la fórmula según la cual ha de cuidarse que los Reglamentos “no alteren el espíritu y la razón de la ley” reglamentada, la Constitución de 1914, le añade que tampoco podría alterarse su “propósito” (Art. 78, ord. 8º), novedad susceptible de tener, como se dirá, importantes consecuencias jurídicas.

Por fin, la actual Constitución de 1961, atribuye al Presidente de la República en Consejo de Ministros, “reglamentar total o parcialmente las leyes sin alterar su espíritu, propósito y razón” (Art. 190, ord. 10).

Ahora bien, reglamentar las leyes puede tener lugar de dos distintas maneras: primero, reglamentando cada una de ellas, segundo reglamentándolas en grupos o conjuntos. Asimismo, el contenido de la ley puede reglamentarse de una doble manera, atendiendo a la extensión de la iniciativa de que se dispone.

Respecto al primer punto, sobre la unidad o pluralidad de leyes a reglamentar, la doctrina francesa tradicional sostenía que, “la ejecución de las leyes es más que la ejecución de cada ley” (Vedel), ello por cuanto el Presidente de la República ejercía en determinados dominios un poder reglamentario como ejecutor de las leyes en general<sup>12</sup>. Pero desde la

---

<sup>12</sup> Carré de Malberg, *ob. cit.*, t. I, p. 593. Jean-Claude Douence. *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration*. Ed. LGDJ. París, 1968, pp. 162, 169, 172.



Constitución de 1958 el Reglamento ejecutivo se refiere solamente a cada ley en singular. Esto mismo es lo que ha sucedido siempre en Venezuela a lo largo de su historia constitucional.

A su vez, el Reglamento ejecutivo ofrece por de pronto, dos modalidades: o bien ejecuta el contenido de la ley con un criterio restringido, o bien lo ejecuta extensivamente introduciendo una mayor o menor cantidad de iniciativa conforme a la medida que permita la propia ley reglamentada.

Carré de Malberg describe tal dicotomía, diciendo que los Reglamentos ejecutivos están hechos, sea “para” la ejecución de la ley, o sea, “en” ejecución de la ley, marcando la diferencia entre dos clases de ejecución: la que corresponde a una actividad subalterna y la que corresponde a una actividad de iniciativa, aun cuando condicionada por la misma ley<sup>11</sup>.

Estas dos modalidades de ejecución engendran correlativamente una clase de preceptos que son complementarios y otra clase de preceptos que son de aplicación, objeto de los llamados Reglamentos complementarios y de los Reglamentos llamados de aplicación, si bien, ambas clases de preceptos puedan coexistir en un mismo Reglamento.

He aquí sus respectivas connotaciones:

***a) Reglamentos complementarios o auxiliares***

La característica de los Reglamentos complementarios consiste en que transportan en su integridad e incolumidad las reglas de la ley, detallándolas en cuanto sea necesario, dentro de una unidad de contexto. Se trata, en suma, de lo que tanto la doctrina francesa como la italiana denominan “complementaridad necesaria”.

Ante todo, han de ejecutar el contenido de la ley sin extralimitarlo. Por tanto, el contenido de la ley representa un modelo preformado que ha de reproducirse -cabría decir a escala- con las consecuencias que lógicamente se desprendan. De esta manera los límites de los Reglamentos complementarios resultan categóricos: los detalles de la complementación han de ser necesarios para el sentido de la ley; no pueden innovar, estableciendo principios, deberes u obligaciones distintos a los que declare

---

<sup>11</sup> Carré de Malberg, *ob. cit.* t. I. pp. 498 y 651.

la ley. En cuanto a formalidades, puede el Reglamento precisar las condiciones para su cumplimiento pero sin añadir otras diferentes<sup>14</sup>.

Mas, lo decisivo en los Reglamentos complementarios es verificar cómo se cumple en ellos el principio de legalidad. La relación ley-reglamento ha de mantenerse en los términos de conformidad. Esto no permite hacer nada que no esté de alguna manera declarado, previsto o siquiera subentendido en la ley<sup>15</sup>.

### *b) Reglamentos de aplicación o suplementarios*

La característica de los Reglamentos de aplicación consiste en que desenvuelven las proposiciones fundamentales, las reglas enunciadas o las normas carentes de una completa formulación, con el objeto de hacerlas aplicables.

Actualmente la ejecución de las leyes tiene un significado técnico. La racionalización legislativa aconseja que, salvo casos singulares, no sea el Parlamento quien elabore la totalidad de la ley, como se ha venido haciéndose tradicionalmente, sino que se limite a fijar los contenidos a desarrollar en los Reglamentos mediante las condiciones a tal efecto requeridas.

Aquí la relación ley-reglamento ya no ha de ser una relación de conformidad, antes bien, de no contradicción.

### *c) La condición común de los Reglamentos ejecutivos*

La vigente Constitución comprende ambas clases de Reglamentos ejecutivos -el complementario y el de aplicación-, pues, la fórmula negativa utilizada permite todos cuantos "no alteren el espíritu, propósito y razón de la ley".

Pero, ¿cuál es el significado jurídico de tales términos?

1. La expresión "espíritu de la ley" es clásica. Recuérdese por pronto la obra de Montesquieu -*L'esprit des lois*- para acabar comprobando la continuidad del uso en los artículos 42 y 190, ord. 10 de la Constitución venezolana.

El espíritu ha estado siempre contrapuesto a la letra "El espíritu vivifica la letra". Jurídicamente, espíritu equivale a mente, *mens legis*,

---

<sup>14</sup> Carré de Malberg, *ob. cit.* t. I. pp. 649-650.

<sup>15</sup> Charles Eisenmann. "Le Droit Administratif et le principe de légalité". *Etudes et Documents*. Conseil d'Etat. Paris, 1957, pp. 25-40, especialmente pp. 29, 33 y 38, 40. Antonio Moles Caubet. *El principio de legalidad y sus implicaciones*, antes citado, pp. 44, segundo y 48-B.

oponible a la palabra. Controversia *inter mentem et verba legis*, decían los legistas del Renacimiento (Federici). En suma, la mente representa lo ininteligible, es decir, el significado y la comprensión de la ley, el cómo debe entenderse, por qué en la ley hay más de inteligencia que de escritura (*plus esse intellectum in lege quam scriptum*).

2. La razón equivale en el texto constitucional examinado a fundamento. En efecto, la razón explica por qué algo es como es y no de otro modo (razón suficiente o determinante).

La razón de la ley constituye por tanto un caso particular del principio de razón suficiente en virtud del cual la ley tiene existencia y es como es. Mas, su fundamento no depende únicamente de una razón jurídica sino también de múltiples razones metajurídicas, razones vitales, razones éticas, razones políticas, razones económicas, razones estéticas... etc., que en cada caso actúan como elementos generales o de fundamentación.

3. En cuanto a la adecuación del Reglamento al propósito de la ley que reglamenta constituye una condición de validez.

El "propósito" (de *pro-ponere, pro-positum*) es un término que significa literalmente "poner a la vista o poner por delante", coligándose así con el fin o finalidad, es decir, la obtención del resultado previsto. Esto es, precisamente, lo que corresponde a toda norma jurídica, "su preordenación al fin para el cual fue establecida".

Entonces el propósito de la ley, identificado con su finalidad, ha de encontrar en el Reglamento el instrumento para obtener su completa realización. Por ello, el Reglamento que de cualquier manera altera la finalidad de la ley, consumaría una desviación de poder.

Recuérdese en efecto que se incurre en desviación de poder cuando se dicte un acto de ejecución con una finalidad distinta a aquella que tenía prevista la ley ejecutada. El principio de legalidad quedaría vulnerado por introducir el Reglamento un sesgo que no admite la Ley.

La conclusión resulta evidente: el Reglamento contrario al propósito y finalidad de la ley reglamentada es susceptible de un recurso por desviación de poder. Este fue el punto de vista sostenido por el autor en las Terceras Jornadas de Derecho Franco-Latinoamericanas que tuvieron lugar en Toulouse el año 1950, donde fue *rapporteur* del tema *le*

*contentieux des actes administratifs*, junto con el profesor Marcel Waline, quien recoge esta conclusión en su *Manual de Derecho Administrativo*<sup>16</sup>.

Resumiendo: la Constitución admite ambas maneras de ejecutar la ley; restrictivamente, mediante el Reglamento complementario, o extensivamente, mediante el Reglamento de aplicación, basta cumplir la única condición exigida, la de no alterar el espíritu, propósito y razón de la ley. Así el Presidente de la República recibe de la Constitución la competencia para reglamentar la ley pero es ésta la que establece el modo de hacerlo.

### *B) Reglamentos independientes o autónomos*

La presencia de un tipo de Reglamento denominado independiente o autónomo, suscita no pocas confusiones, comenzando por su propio nombre.

La nota característica de semejantes Reglamentos consiste en que no tienen ley preexistente que ejecutar, con lo cual realizan una función innovadora dictando nuevas normas.

Sin embargo, la relación de tales Reglamentos con la ley -positivas y negativas- hace que ofrezcan dos distintas modalidades, a saber: o bien estatuyen en defecto de ley, mientras ésta no exista, o bien estatuyen en sustitución de la ley, a la cual excluyen.

#### *a) Reglamentos independientes o autónomos concurrentes con la ley*

En esta modalidad el Reglamento suple a la ley, es dictado en defecto de ella. Como observa Carré de Malberg, "suple el silencio del legislador, el cual puede siempre ejercitar la facultad legislativa". Lo mismo que mucho antes había afirmado Von Stein: "Reglamentos fuera de la ley cuando ésta no existe" (*eigentliche Verordnung*).

Esta modalidad del Reglamento independiente o autónomo la ha tenido establecida Venezuela desde la Constitución de 1904 en lo que respecta a "los servicios de Correos, Telégrafos y Teléfonos Federales", después ampliados a las comunicaciones inalámbricas (Art. 80, ord. 17), añadiendo a ellos, en la Constitución de 1922, "Los servicios de sanidad"

---

<sup>16</sup> Antonio Moles Caubet. "Rapport". *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1952, N° 152. Marcel Waline. *Droit Administratif*, 7<sup>ème</sup> ed. En la 8<sup>ème</sup> ed, 1959, p. X.

(Art. 79, ord. 10). No obstante, al mismo tiempo eran objeto de ley -menos los servicios de sanidad- hasta que con la Constitución de 1945, desaparece la reglamentación de tales materias sometidas entonces únicamente a la ley (Art. 78, ords. 21 y 22 en relación con el Art. 15, N° 4). En la misma línea, la Constitución de 1936, establecía que el trabajo agrícola sería reglamentado por el Poder Ejecutivo (Art. 32, ord. 3°, segundo párrafo).

La vigente Constitución replantea el caso de los Reglamentos independientes o autónomos también en materia de sanidad, “Es de la competencia del Poder Nacional -prescribe en el artículo 136, ord. 17- el establecimiento de *normas administrativas* y la coordinación de los servicios destinados a la defensa de la salud pública”. Ahora bien, “normas administrativas” son las contenidas en un acto administrativo el cual no puede ser otro por definición que el acto reglamentario: el Reglamento. Y entonces, ¿de qué Reglamento puede tratarse? Por de pronto, no de un Reglamento ejecutivo, pues, este no necesita mención. Así la alternativa lleva al Reglamento independiente o autónomo. Por cierto que la Ley Orgánica de la Administración Central (20 de diciembre de 1976) lo confirma, cuando atribuye al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, “la reglamentación... de las actividades y servicios nacionales, estatales, municipales y privados en materia de salud pública” (Art. 30, N° 3).

El problema planteado, se prolonga y se complica. En efecto, la protección de la salud, que tiene rango constitucional (Art. 76), se desenvuelve en dos planos de desigual calidad jurídica. En un plano, se desenvuelve el conjunto de servicios públicos de sanidad cuya regulación podría corresponder a “normas administrativas”. Por el contrario, el otro plano, sustenta el mantenimiento de la salud pública, propio de la policía sanitaria que exige frecuentemente medidas ablatorias, las cuales sólo pueden adoptarse mediante la ley (Art. 71, p. 3).

Esta es, pues, ahora, la única posibilidad de los Reglamentos independientes o autónomos precisamente en materia de sanidad.

*b) Reglamentos independientes o autónomos excluyentes de la ley* ley

Hay que apresurarse a indicar que Venezuela no tiene ni ha tenido jamás esta especie de Reglamento, aludido ahora tan sólo para establecer su contraste con el anterior.

La existencia de un Reglamento excluyente de la ley constituye una solución nueva a un problema viejo, ya planteado en la doctrina del siglo XIX cuando se sostenía que ley y reglamento tienen distintos dominios.

En Francia, la ley de 17 de agosto de 1948 -precedida de un dictamen del Consejo de Estado- reconoció la existencia de materias administrativas *par nature*, que entran, debido a ello, dentro del Reglamento independiente o autónomo excluyente de la ley.

Este ha sido el antecedente de la actual Constitución francesa de 1958. En ella la cuestión queda definitivamente resuelta. Los artículos 34 y 37 establecen la distinción rígida entre dominio de la ley y del Reglamento. El primero enumera las materias legislativas, con lo que, residualmente, conforme al segundo, "las demás materias tienen un carácter reglamentario".

Sin embargo, tales Reglamentos están subordinados a los principios generales del Derecho, cuya infracción puede acarrear la nulidad, declarada por la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>17</sup>.

## **Segundo Subgrupo: Actos normativos eventuales**

Se trata de actos normativos sin la connotación unitaria de Reglamentos, por sus especiales peculiaridades. Son los siguientes:

### ***A. Normas actuantes como medidas extraordinarias (decretos-leyes)***

La vigente Constitución tiene previstas unas medidas extraordinarias en materia económica y financiera, adoptadas por el Presidente de la República con el Consejo de Ministros, mediante una serie de actos normativos corrientemente denominados Decretos-Leyes (Art. 190, ord. 8º).

Estos decretos leyes son consecuencia de un acto compuesto; la ley y los decretos de ella derivados. La ley antecedente es una ley especial que confiere autorización para emitir durante el tiempo señalado, una serie de decretos que tienen o pueden tener fuerza de ley. La autorización es conferida para un objetivo determinado, precisamente de índole

---

<sup>17</sup> Jean Claude Douence, *ob. cit.*, pp. 237, 250, 252, 259 y 261

económica y financiera, pudiendo contener condicionamientos diversos y cláusulas que constituyan modalidades o límites de la actuación, así como otras que tengan el carácter de requisitos. Uno de ellos, por ejemplo, dar cuenta al Congreso de la República del ejercicio de las facultades extraordinarias y de los resultados obtenidos.

Con ello los decretos resultantes adquieren fuerza de ley, teniendo por tanto efectos derogatorios.

La estructura de los decretos-leyes, permite destacar: 1º) La Ley de autorización o autoritativa, provista de eficacia legitimadora, recurrible por su inconstitucionalidad, y 2º) El decreto-ley, acto de cumplimiento de las condiciones establecidas en la ley y en este sentido acto administrativo normativo recurrible.

### ***B. Normas actuantes como medidas de excepción (emergencia)***

Todos los textos constitucionales venezolanos, desde la Constitución de 1811, han contemplado situaciones de gravedad por sus causas y consecuencias.

La suspensión o restricción de garantías constitucionales -que son el exponente de las libertades declaradas representa, como observa Carl Schmitt, “la autodefensa del Estado en los momentos de peligro para su forma de existencia política”. El peligro cuya defensa se pretende puede ser interior o exterior lo que tiene distintas consecuencias.

La vigente Constitución distingue tres grados de emergencia según la gravedad de la situación. La emergencia simple o preventiva, la emergencia con suspensión o restricción de garantías en caso de conflicto interior y la emergencia con suspensión o restricción de garantías en caso de conflicto exterior.

La emergencia simple o preventiva se declara “si existieren fundados motivos para temer inminentes trastornos del orden público que no justifiquen la restricción o suspensión de las garantías constitucionales”. Entonces el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá adoptar como medidas indispensables la detención de confinamiento, participándolo al Congreso o a la Comisión Delegada (Art. 244).

Cuando se trate de un conflicto interior el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, puede y debe “declarar el estado de

emergencia y decretar la restricción o suspensión de las garantías” (Art. 190, ord. 6°).

Los supuestos de hecho que jurídicamente son motivos determinantes los enuncia el artículo 241 con una generalización que abona el mayor grado de discrecionalidad.

El decreto será motivado y sometido a la Comisión Delegada dentro de los diez días siguientes a la publicación (Art. 242). El decreto en cuestión tiene el carácter de un típico Acto de Gobierno contra el cual no cabría otro recurso que el de inconstitucionalidad.

El conflicto externo o emergencia internacional está distinguido en el Art. 190, ord. 7°, y parte también de la restricción o suspensión de garantías, con unas consecuencias, caso de guerra, que ponen en juego preceptos del orden militar y del Derecho Internacional.

La suspensión de las garantías constitucionales -y en parte su restricción- plantea un importante problema. En efecto, declaradas sin vigor las garantías constitucionales suspendidas, quedan también consiguientemente sin vigencia las leyes ordinarias que las regulan, produciéndose entonces un completo vacío de legalidad incompatible con un Estado de Derecho. De aquí la imperiosa exigencia de una legalidad excepcional que rijan en defecto de la legalidad ordinaria durante los estados de emergencia.

Y ahora una cuestión derivada ¿Tiene o no tiene el Presidente de la República poderes reglamentarios durante el estado de emergencia?

La falta en la Constitución de una regla general de competencia, ni siquiera implícita, parece conducir a una opinión negativa.

El texto constitucional establece que cuando se trata de conflicto exterior, el Presidente de la República adoptará “las medidas necesarias para la defensa de la República” (Art. 190, ord. 7°), lo cual obliga inmediatamente a preguntarse en qué consisten las “medidas necesarias”. El término es multívoco pudiendo significar que abarca tanto precauciones como disposiciones. Pero jurídicamente -y esto es lo decisivo-, ¿cabe incluir entre las medidas los actos normativos?

Por de pronto existe la llamada ley-medida (*Massnahmegesetz*), provista de una competencia normativa limitada, teniendo únicamente como objeto resolver una situación de hecho, y cesa en su vigencia



cuando aquélla se ha extinguido. Así, si existen leyes-medidas, pueden existir asimismo sus homólogos, los Reglamentos-medidas.

Empero, es el constitucionalista suizo Jean François Aubert, quien aduce un argumento convincente: “Si la Constitución -escribe- autoriza al Gobierno a tomar determinadas medidas, es lógico que quede también autorizado para establecer las reglas conforme a las cuales debe tomarlas”<sup>18</sup>.

Esta ha sido la práctica constitucional venezolana en virtud de la cual en el mismo decreto de suspensión de garantías se establecen una serie de regulaciones con los contenidos más variables. Así, por ejemplo, en el Decreto N° 16, de 10 de enero de 1942, “se sujeta a licencia, vigilancia y control del Ejecutivo Federal, el tránsito de los extranjeros en el país”; y mucho más allá de una acción de seguridad, el Decreto N° 164, del 16 de junio de 1941, “hace obligatoria la explotación técnica de los arbolados de caucho existentes en el país autorizando al Ministro de Agricultura y Cría posesionarse de los que no se encontraran en explotación o que fueren explotados en forma perjudicial para las plantaciones”.

### III. REGLAMENTOS DE BASE LEGAL

Todos los Reglamentos incluidos en este grupo dimanar de una regla de competencia establecida en la ley, que según los casos es una competencia especial o una competencia general. Ellos son los siguientes:

#### A. Reglamentos habilitados o por habilitación

En principio la ley puede contener una habilitación para emitir un Reglamento. Entonces se trata de leyes habilitantes de las que derivan Reglamentos habilitados.

La justificación es clara, pues, como afirma el administrativista francés M. De Soto, “la potestad legislativa nunca ha significado que el

---

<sup>18</sup> Jean François Aubert. *Traité de Droit Constitutionnel suisse*. Ed. Ides et Calendes. Neuchâtel, 1967, t. II, p. 146.

Parlamento decida sobre todo sino que puede libremente fijar aquello que le place y encomendar el resto al Gobierno”.

Claro, añadiendo, siempre que no pertenezca a la reserva legal.

Ello es ante todo posible por vía de la delegación, como sucede en Inglaterra, Estados Unidos de América y algunos otros países. No es en cambio el caso de Venezuela ni tampoco el de Francia donde la delegación carece de soporte constitucional. Así, en ambos países la ley crea atribuciones y competencias de donde dimana el poder reglamentario, para dictar determinados Reglamentos, pues, los que se dictan por habilitación de la ley son de dos clases: Reglamentos de habilitación singular y Reglamentos de habilitación permanente.

#### *a) Reglamentos de habilitación singular*

Con frecuencia la ley invita o exhorta al Ejecutivo para que reglamentaria<sup>19</sup>. Este Reglamento añade, pues, a la ley lo que no ha sido legislado, sea una particularidad diferidos a la iniciativa reglamentaria. Este Reglamento añade, pues, a la ley lo que no se encontraba en ella, ni siquiera en germen.

La invitación o exhortación es susceptible de adoptar varias fórmulas, inclusive la más simple que consiste en expresar que “el Ejecutivo reglamentará esta ley”, por cuanto no refiriéndose a un Reglamento habilitado, semejante expresión carecería de sentido.

Ahora bien, la ley habilitante que invita o exhorta a emanar tales Reglamentos puede asimismo contener un requerimiento conminatorio, lo cual plantea interesantes problemas ampliamente estudiados por la doctrina<sup>20</sup>.

Resumiendo: el Reglamento de habilitación singular, es consecuencia de una regla de competencia especial que versa sobre una única ley en la cual se agota.

---

<sup>19</sup> Jean Claude Douence, *ob. cit.*, p. 187.

<sup>20</sup> Jean Claude Douence, *ob. cit.*, pp. 481, 504.

**b) Reglamentos de habilitación permanente**

A diferencia del caso anterior la ley puede contener una regla de competencia general que habilita para edictar permanentemente en determinadas materias. El Consejo de Estado francés expuso la doctrina confirmatoria en términos perfectamente aplicables a Venezuela: “Considerando -dictamina- que el legislador puede en principio determinar soberanamente la competencia del poder reglamentario, pudiendo a este fin decidir que ciertas materias propias de la competencia del Poder Legislativo entren en la competencia del poder reglamentario siempre que no pertenezcan a la reserva legal”<sup>21</sup>.

En Venezuela existen varias leyes contentivas de esta competencia general. Una de ellas es la Ley de Sanidad Nacional (texto refundido de 7 de julio de 1942) cuyo artículo 10 dispone que: “El Ejecutivo Federal dictará los Reglamentos y Resoluciones que fueren necesarios para la mejor organización y el mejor funcionamiento del Servicio de Sanidad en el país”.

La Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales (texto refundido de 21 de noviembre de 1958) prescribe que, “la acción de mando la ejercerá -el Presidente de la República- por medio de órdenes, resoluciones y reglamentos que serán dictados, previa disposición, por el Ministro de la Defensa y también decretos refrendados conforme a la Constitución Nacional (Art. 50). La Ley Orgánica del Sufragio (6 de septiembre de 1973), ofrece otros ejemplos. Así, conforme al Art. 22, p. 2, “el Consejo Supremo Electoral por Resolución dictada al efecto determinará la forma de integración en escala nacional de los organismos electorales”.

El Art. 120 dispone que, “el Consejo Supremo Electoral determinará el procedimiento de votación de los electores ciegos”, y el Art. 130 prescribe que “los escrutinios se realizarán en la forma que determine el Consejo Supremo Electoral de acuerdo con el tipo de máquinas de votación adoptado”.

---

<sup>21</sup> Dictamen del Consejo de Estado de 6 de febrero de 1953, publicado en la *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, 1953, N° 1, p. 170.

## **B. Reglamentos de entes institucionales autónomos**

Todo ente institucional dotado de autonomía dispone por esta misma razón de una especial capacidad para darse normas, constituyendo su propio ordenamiento. “La autonomía se identifica así con la potestad reglamentaria” (*Santi Romano*)

La autonomía institucional es una manera de organizar y la personificación del ente creado -con el reconocimiento de su capacidad patrimonial- responde también a una técnica organizativa. Se trata, pues, de una forma de organización independiente a la cual corresponde una gestión separada, pero sin dejar de ser un ente instrumental o auxiliar de la Administración del Estado, aun cuando portador de intereses específicos.

La concesión de autonomía, así como su calidad y extensión depende de la ley creadora. En principio, como indican García de Enterría y Ramón Tomás Fernández, “las clases de entes institucionales son prácticamente tantas como entes, puesto que cada uno cuenta con una norma propia, sin responder a tipos predeterminados normativamente. Esto es lo que se ha llamado *atipicidad* de los entes instrumentales”<sup>22</sup>.

He aquí que los Institutos Autónomos previstos en el Art. 230 de la Constitución -creados únicamente con preocupaciones de autonomía financiera- son uno de los varios entes posibles cuyas características dependen de la ley creadora.

Ahora, afirmada la potestad reglamentaria de los entes institucionales autónomos precisa considerar la materia propia de aquella. En efecto, los Reglamentos autónomos tan sólo pueden versar sobre las materias correspondientes a las distintas especies de autonomía concedida, autonomía estatutaria, autonomía organizativa, autonomía administrativa, autonomía financiera, autonomía contable... etc.

Por ello los problemas se presentan en las delimitaciones de los dominios, es decir, aquellos acotados por la autonomía en los que actúan los Reglamentos propios de la misma, y los dominios sin autonomía, correspondiente a los Reglamentos del complejo Gobierno-Administración.

---

<sup>22</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, p. 251.

Por lo demás los Reglamentos de los entes institucionales autónomos tienen la condición de normas externas, es decir, integrantes del ordenamiento general, a diferencia de las normas internas que tienen otra calidad<sup>23</sup>.

### **C. Reglamentos de contenido organizativo**

Aun cuando los Reglamentos de organización sean definibles, como todos, por su naturaleza funcional -relación con la ley-, su contenido les confiere una peculiar característica.

Ante todo, la norma de organización es el “prius” de toda la actividad organizativa de la administración pública. El acto organizativo, en efecto, determina situaciones subjetivas -entre ellas las competencias- y tiene una repercusión sobre el gasto público. De aquí la necesidad de que sea regulado por unas normas de especial calidad<sup>24</sup>.

La potestad organizativa es inherente a la naturaleza misma del Estado, pues, determina genéticamente su aparición y mantiene luego su existencia política en la forma constitucionalmente decidida. De aquí su imperiosa necesidad. Por ello, en los comienzos del régimen constitucional, el jefe del Estado se arrogaba la potestad organizativa y aún se le reconocía con gran amplitud al Poder Ejecutivo en una buena parte del siglo XIX, pero la vigencia, cada vez más estrecha, del principio de legalidad, hizo que hubiera de ejercitarse en dominios crecientes por medio de unas leyes peculiares, denominadas “leyes de organización”, que tienen por objeto cuanto concierne a la estructura administrativa, y en consecuencia a las figuras subjetivas públicas con sus respectivas competencias y actuaciones: oficios, órganos y sus titulares, personal, relaciones interorgánicas, coordinaciones, controles... etc. (Constitución, art. 139 en concordancia con los artículos 12, 26, 117, 122, 137, 181, 193 último inciso, 200, 204, 207, 210, 230, 234, p. 2). La potestad organizativa ha de repartirse por tanto, entre la legislación y la Reglamentación.

Primero, están los Reglamentos ejecutivos de las leyes de organización, aun cuando no sean éstos los más adecuados. ¿Cuál sería

---

<sup>23</sup> Massimo S. Giannini, *ob. cit.*, pp. 204, 207, 326, 329, 393s y 220.

<sup>24</sup> Massimo S. Giannini, *ob. cit.*, pp. 103, 106, 313 y 315

pues la mejor manera de reservar la organización a Reglamentos organizativos?

La Ley italiana N° 100, de 31 de enero de 1926, atribuía una competencia permanente a la Administración para dictar Reglamentos organizativos. En todo caso ha de tener su origen en la Ley, si bien Forsthoff afirma que, “los Reglamentos de este tipo no precisan de ninguna autorización legal especial, como la que a menudo se contienen en las constituciones porque el poder de organización es una expresión evidente y reconocida del supremo poder directivo que compete al Gobierno”<sup>25</sup>. Ahora que semejante tesis resultaría aventurada sostenerla en Venezuela. Aquí la ley cubre este campo y de ella dimanan los Reglamentos de organización, aun cuando tengan también cabida los Reglamentos independientes o autónomos.

La Ley Orgánica de la Administración Central (28 de diciembre de 1976) tiene previstos tres Reglamentos presidenciales de organización. El Reglamento que determine el número de las Direcciones y demás dependencias que integran el Ministerio y las funciones que ejercerán esas reparticiones administrativas (Art. 5). El Reglamento que regule la Constitución y funcionamiento de gabinetes sectoriales (Art. 10, párrafo primero) y el Reglamento que establezca la figura del directorio para las oficinas centrales de la Presidencia de la República que lo requieran, fijando sus atribuciones (Art. 44).

Mas, no son estos los únicos Reglamentos posibles de organización. Ya han existido y existirán otros.

Por de pronto el Decreto N° 394 de 11 de noviembre de 1960, implantando el Reglamento de Administración de Personal, cuyo primer considerando declara que se dicta para “organizar debidamente el sistema de personal de la Administración Pública *mientras se dicten normas sobre la Carrera Administrativa*”, lo cual le hace aproximarse al tipo de Reglamento independiente o autónomo que tiene carácter integrativo del ordenamiento jurídico<sup>26</sup>. Así, en materia de organización además de los Reglamentos habilitados podrán existir los Reglamentos independientes o autónomos.

---

<sup>25</sup> Ernst Forsthoff. *Tratado de Derecho Administrativo* (trad. española). Ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1958, p. 561, nota 33.

<sup>26</sup> Antonio Moles Caubet. *El principio de legalidad y sus implicaciones*. UCV, Facultad de Derecho. Caracas, 1974, pp. 54-57, letra b).

Ha de llamarse también la atención sobre otros tres importantes Reglamentos de Regionalización Administrativa puestos en vigencia por los Decretos N° 72 de 11 de junio de 1969, el N° 929 de 5 de abril de 1972 y el N° 1.331 de 16 de diciembre de 1975. Ahora todos ellos se basan en el Decreto-Ley N° 492 de 30 de noviembre de 1958.

Todos estos Reglamentos de organización son del orden presidencial pero, en un plano inferior, existen también los que pueden dictar los Ministros.

#### **D. Reglamentos ministeriales**

Los Reglamentos ministeriales persistieron desde la Constitución de 1925 hasta la de 1945. No obstante, en ellas el poder reglamentario de los Ministros, aún cuando propio dada su responsabilidad personal (Constitución de 1925, art. 108), quedaba condicionado por el mandato del Presidente, con lo cual se repite la fórmula adoptada por las monarquías constitucionales, en las que el Rey es el jefe del Poder Ejecutivo ejercitado por intermedio de los Ministros (*Idem*, art. 104).

La vigente Constitución de 1961 ni siquiera alude a las competencias reglamentarias de los Ministros: “ Los Ministros son órganos directos del Presidente de la República... y la Ley Orgánica determinará el número y organización de los Ministerios y su respectiva competencia” (Art. 193).

Por tanto, la posibilidad de cualquier competencia reglamentaria de los Ministros debe derivar de la ley, es decir, ha de tener un origen legislativo.

Ahora bien, la ley constitucionalmente prevista es la “Ley Orgánica de la Administración Central” de 18 de diciembre de 1976. En ella se atribuye a los Ministros, “la promulgación y ejecución de las Resoluciones que dicte el Presidente” (Art. 20, ord. 7°).

Ante todo, que los Ministros hayan de promulgar las Resoluciones presidenciales no puede obedecer sino a un error. Se promulgan las leyes (Constitución, artículos 173 a 177) y se publican los actos administrativos entre ellos los reglamentarios sin lo cual no pueden obligar<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Carré de Malberg. ob. cit., t. I, pp. 329, 366 y 665. André de Laubadere. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, t. I, p. 249, N° 463.

En cuanto a la ejecución por vía administrativa consiste en la facultad de adoptar lo que se denomina técnicamente "Decisiones ejecutorias", o sea, órdenes, conminaciones, coerciones, sanciones, y empleo de la fuerza pública, mas todo ello mediando necesariamente una previsión legal<sup>28</sup>.

Los poderes formales del Ministro quedan así paradójicamente disminuidos pese a ser el jefe superior de un Departamento.

En consecuencia, cabe entonces preguntarse: si el Presidente de la República concentra la potestad reglamentaria en toda clase de Reglamentos, ¿para qué necesita prolongarla en un escalón inferior?

La rectificación se produce en la propia Ley que instituye dos tipos de Reglamento, uno independiente, restringido a dos únicos dominios y otro de organización que es general.

Corresponde al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, "la reglamentación... de las actividades y servicios, nacionales, estatales, municipales y privados en materia de salud pública y asistencia social" (Art. 30, ord. 3º).

Corresponde al Ministerio de la Defensa, "los reglamentos militares" (Art. 27, ord. 14).

Tales Reglamentos no pueden ser de ejecución de la ley, pues, la competencia para dictarlos procede de la Constitución. Queda entonces el Reglamento independiente o autónomo en materias seccionales, ejercitando una regla de competencia general establecida en la Ley.

Las normas organizativas de los Ministros se adoptan más bien mediante Reglamentos internos e instrucciones.

¿Qué ha de entenderse por Reglamento interno?

Para precisarlo es preferible comenzar contraponiendo los términos. En principio el acto normativo externo es así denominado porque tiene eficacia directa en el ordenamiento jurídico general, en tanto que el acto normativo interno lo tiene en el ámbito particular, o sea, en su propio ordenamiento. Pero puede suceder que algunos actos del ordenamiento particular -aquí el ordenamiento administrativo- tengan también validez

---

<sup>28</sup> André de Laubadere *ob. cit.*, t. I pp. 263 y 268.



en el ordenamiento jurídico general por estar en éste expresamente establecido o previsto<sup>29</sup>.

La Ley Orgánica de la Administración Central habla de “Reglamentos orgánicos internos respectivos”, es decir, en distintos dominios, uno de los cuales el de “organización y funcionamiento de los Archivos de la Administración” (Art. 53), como también “la delegación de firmas por los Ministros a los Directores Generales” (Art. 20, p. 25).

Empero, son tan variadas las actividades organizativas a reglamentar que se hacen necesarios Reglamentos internos a ellas referidas y así, por ejemplo, Reglamentos interiores de procedimiento, Reglamentos internos de servicio: Reglamentos internos de dependencias, Reglamentos internos del material... etc.

La actividad organizativa, a partir de las leyes de organización se proyecta en una línea sucesiva de Reglamentos organizativos, Reglamentos internos de organización, instrucciones, circulares, actos generales, actos individuales e inclusive hechos organizativos.

---

<sup>29</sup> Massimo G. Giannini, *ob. cit.*, pp. 793 y 798. Para las relaciones entre el ordenamiento jurídico general y el ordenamiento administrativo, ver: Vittorio Ottaviano. “Sulla la nozione di Ordenamento Amministrativo”. *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*. 1958, pp. 844, 846, 897 y 906.

# Irrecurribilidad en vía Contencioso-Administrativa de las decisiones emitidas por las Comisiones Tripartitas creadas por la Ley Contra Despidos Injustificados\*

La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo ha dictado Sentencia, fechada el 27 de septiembre último, con el voto salvado de los Magistrados Nelson Rodríguez García y Antonio J. Angrisano, la cual sienta la siguiente doctrina:

*Primero:* Las Comisiones Tripartitas instituidas en la Ley Contra Despidos Injustificados del 8 de agosto 1974, si bien constituyen organismos administrativos, sus decisiones tienen naturaleza jurisdiccional.

*Segundo:* Siendo así si los fallos dictados tienen naturaleza jurisdiccional estando por ello revestidos con toda la autoridad de la cosa juzgada.

*Tercero:* En consecuencia, los referidos fallos o decisiones quedan excluidos de la vía contencioso-administrativa.

## I

Sin duda alguna han existido y continúan existiendo diversos órganos u organismos de la Administración activa cuyos actos producen efectos jurisdiccionales a los que por ello se les considera propios de la jurisdicción administrativa, término multívoco susceptible de varios significados. Bastará para comprobarlo aducir dos ejemplos, uno histórico y el otro actual.

El ejemplo histórico lo ofrece en Francia la figura tan relevante del Ministro-Juez, quien, desde 1790 era Juez de Derecho común en materia

---

\* Publicado en la *Revista de Derecho Público* N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio, 1980, pp. 184-188.

administrativa, hasta que el Consejo de Estado adquiere poderes jurisdiccionales plenarios, lo que sucede en 1872 con su independencia de la Administración activa y aún de una manera más completa cuando, por propia jurisprudencia desaparece la decisión previa (“decisión preálable”) en el contencioso de anulación (arrête Cadit, 13 décembre 1889), subsistiendo en el contencioso de plena jurisdicción.

El ejemplo actual se encuentra en las numerosas “Comisiones creadas por Ley” (statutory commissions) que funcionan en Inglaterra, provistas de una jurisdicción llamada “cuasi-judicial”, es decir, con algunos atributos de la decisión judicial pero no todos, pudiendo inclusive dirimir contiendas entre dos partes. En puridad se trata de una decisión administrativa alguna etapa o elemento de la cual comporta características judiciales.

Teniendo todo ello en cuenta no es extraño que puedan existir también en Venezuela órganos u organismos semejantes siquiera sea con otras modalidades.

En efecto, la Sentencia analizada estima que las Comisiones Tripartitas son uno de tales organismos provistos de jurisdicción administrativa, si bien en unos términos que los hacen desbordar del marco hasta ahora establecido tanto por la doctrina como por el Derecho positivo de los diferentes países.

He aquí la importancia y la gravedad que comporta esta preocupante jurisprudencia, cuya construcción jurídica merece ser cuidadosamente examinada.

El primer punto a considerar es la razón por la cual el acto emanado de las Comisiones Tripartitas se declara de naturaleza jurisdiccional. Pues bien, la Sentencia aduce dos razones: una, porque el acto decisorio requiere un procedimiento; otra, porque se trata de una contención entre partes.

1.- La Sentencia comienza afirmando que “son fallos (sic) de naturaleza claramente jurisdiccional, *lo que se pone de manifiesto por el procedimiento que deben seguir...*”.

Que el procedimiento sea una nota definidora de la jurisdicción resulta totalmente inexacto. Por el contrario, “el procedimiento administrativo constituye la forma de la función administrativa.” (M. S. Giannini). Así los actos administrativos han de ser necesariamente “actos procedimentalizados”.

*Irrecurribilidad en vía Contencioso-Administrativa de las decisiones emitidas por las Comisiones Tripartitas creadas por la Ley Contra Despidos Injustificados*

El procedimiento no es por tanto una exclusiva de la jurisdicción -o de la justicia- sino que paralelamente existe un procedimiento administrativo generador de actos administrativos. Esto lo advertía ya el conspicuo administratista de la Escuela Vienesa, Adolf Merkl en 1927 al afirmar que, “la teoría tradicional considera el procedimiento como propio de la justicia -o de la jurisdicción- identificándolo con el Procedimiento judicial... pero a lo largo no fue posible desconocer junto al procedimiento judicial el procedimiento administrativo. (*Principios generales de Derecho Administrativo actual; Derecho Administrativo* Ed. Giuffré, Milano 1965, T. II, P. 820)”.

Las reglas de procedimiento para la formación del acto administrativo -algunas de ellas principios generales del Derecho- actúan como una garantía, hasta el punto de que su violación constituye un vicio susceptible de acarrear la nulidad del acto. Auby-Drago, *Traité de Contentieux Administratif*. L.G.D.J. París 1962. T. II, págs. 145 a 338 y 593).

2.- Tampoco es una nota definidora de la jurisdicción, como sostiene la Sentencia analizada, “el que los intereses contrapuestos entre dos sujetos sean dirimidos por un tercer sujeto en forma imparcial”. En efecto, ello está contradicho por la existencia de “órganos administrativos contenciosos” que permiten la contención entre partes sin adquirir por ello carácter jurisdiccional (*M. S. Giannini*. Obra citada. T. I. Pág. 76).

De otra parte así sucede en Venezuela; por de pronto y para no extender las referencias, en materia de patentes sujeta a un procedimiento con oposición de las partes interesadas y que finaliza mediante una decisión administrativa del Registrador que constituye un acto administrativo apelable ante el Ministro de Fomento contra cuya resolución cabe el recurso contencioso administrativo (Ley de la Propiedad Industrial, 2 septiembre 1955, artículos 58 a 69).

Otro ejemplo lo ofrece el procedimiento establecido para la regulación de alquileres, procedimiento administrativo contradictorio que “deberá asegurar a las partes las garantías procedimentales indispensables para el ejercicio de sus derechos”, entre ellas “los términos concedidos a las partes para contestar las pretensiones; promover y evacuar pruebas, e interponer los recursos legales pertinentes”.

La decisión adoptada en forma de Resolución corresponde a la Dirección de Inquilinato -en el D.F. y Distrito Sucre del Estado Miranda-

procediendo contra aquella el recurso de apelación ante el Tribunal de Apelaciones de Inquilinato (Ley 1 de agosto de 1960, artículos 12 y 13. Reglamento 26, enero 1972, artículos 46 a 54 y 67).

En consecuencia, por las razones que aduce la Sentencia analizada, las Comisiones Tripartitas no difieren ni del Registro de la Propiedad Industrial ni de la Dirección de Inquilinato. Ninguna de ellas tiene carácter jurisdiccional ni sus decisiones pueden producir por sí mismas efectos de cosa juzgada aún cuando sí adquirida al acceder a la jurisdicción contencioso administrativa o en terminología francesa, alemana e italiana, sencillamente a la *jurisdicción administrativa*.

## II

Si se atiende únicamente a la nota funcional resulta imposible diferenciar la administración de la jurisdicción. En efecto, la jurisdicción suele definirse corrientemente como "la subsunción de una situación de hecho en una norma abstracta, con lo cual se dice o declara el derecho en un caso individual entre partes contendientes". Pero semejantes actos pueden ser también -como se ha visto- propios de la administración.

La única nota diferencial, conforme a la doctrina y a las modernas tendencias del Derecho positivo, está dada por la independencia del órgano jurisdiccional con respecto a la Administración, independencia además constitucionalmente garantizada. Con ello la jurisdicción se identifica con la justicia, es decir, con el orden judicial. El Juez está solamente sujeto a la Ley, para aplicarla e interpretarla, y en esto consiste su independencia, la cual no puede lograrse si se encuentra formando parte o sometido de alguna manera al orden administrativo; contrariamente, los órganos de la Administración activa, con su estructura jerárquica, dependen de las órdenes del superior y entre ellas el modo de interpretar la Ley.

Esta tendencia, cada vez más decidida, comenzó con un organismo tan prestigioso como el Consejo de Estado francés que fue parte de la Administración activa hasta que la Ley 24 de mayo de 1872 lo separa orgánicamente de aquélla para constituir una Administración contenciosa dotada de independencia plenaria, con lo que se convierte en un verdadero Tribunal (las Secciones y Subsecciones contenciosas). Por

tanto, en Francia, como en Alemania, Italia y España la jurisdicción administrativa está identificada con la justicia administrativa.

Las Comisiones Tripartitas integran la organización administrativa. Dependen del Ministerio del Trabajo (Ley, art. 17 y Reglamento art. 19). Sus componentes son designados por el Ministerio del Trabajo (Ley, art. 1) e inclusive sus atribuciones serán determinadas por el Ejecutivo Nacional (Ley, Art. 4).

Con respecto pues a la independencia exigida para los organismos jurisdiccionales, el contraste no puede ser más rotundo.

### III

Las Comisiones Tripartitas, siguiendo la terminología de la Ley y su Reglamento -que además es la técnicamente adecuada- dictan *decisiones*, sin que éstas puedan constituir "fallos de naturaleza claramente jurisdiccional" según expresa la Sentencia analizada.

Las disposiciones administrativas -cuidadosamente estudiadas por la doctrina alemana e italiana- son, ante todo, actos administrativos, actos de tipo dispositivo, una de cuyas especies se designa con el nombre de "decisión contenciosa", o para ser más exacta en la traducción, actos administrativos que son decisiones contenciosas ("Streitscheidenden Verwaltungsakte"). Ahora bien, el concepto resulta claro si se tiene en cuenta que semejante decisión deriva de un procedimiento contradictorio (con contención), en el que se han de observar los principios y reglas que le confieren estructura contenciosa, lo que permite resolver un conflicto de intereses particulares, coincidiendo con la realización de un "interés judicial".

Este es precisamente el caso de las Comisiones Tripartitas cuya actuación ha de sujetarse a un procedimiento administrativo, previsto para regular una controversia, en el que la reclamación del trabajador es seguida de citaciones, comparecencia del patrono, oposición del mismo con sus alegatos y defensas, articulación de prueba y finalmente la decisión (Reglamento, arts. 22 al 25), todo lo cual revela su estructura contenciosa tipo de procedimiento administrativo que, como señala agudamente la profesora Doctora Hildegard Rondón de Sansó, ha tomado por razones históricas el modelo del proceso civil pero -y ello es lo

concluyente- sin ser en manera alguna un proceso ni producir por tanto sus efectos. (*El Procedimiento Administrativo*. Ed. Jurídica Venezolana. Caracas, 1976, págs. 16-18).

La decisión recaída en semejante tipo de procedimiento administrativo de estructura contenciosa es, según se dijo, un acto administrativo de carácter declarativo, recurrible ante la jurisdicción contencioso administrativa.

#### IV

Uno de los puntos más delicados de la Sentencia que se analiza es el considerar que las decisiones de las Comisiones Tripartitas “están revestidas con toda la autoridad de la cosa juzgada”, lo cual no aparece en la Ley, antes por el contrario ella declara que se trata de “una decisión definitivamente firme” (Art. 8 p. 2º). Ahora bien, esta expresión procede del léxico jurídico español, en el que es clásica, designando los actos administrativos consentidos por no haberse interpuesto el recurso contencioso administrativo en tiempo y forma, como también cuando hubiera sido desestimado, con lo que tal expresión no tiene aquí sentido alguno. Sí lo tiene en cambio, la expresión “decisión definitiva”, es decir, que ya no es susceptible de recurso ordinario en vía administrativa (F. Garrido Falla. *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963. T. I. págs. 65-72).

En otros términos, la decisión definitiva constituye la “decisión ejecutoria” (“Decision exécutoire”) impuesta coactivamente mediante la ejecución forzosa, como lo prescribe el citado artículo 8 p. 2º de la Ley, aun cuando a reserva de que no sea recurrida ante la jurisdicción contencioso administrativa para obtener su nulidad o su invalidez (Rivero, *Droit Administratif*. Ed. Dalloz. París. 1975. págs. 107-109).

Con ello se plantea inmediatamente la cuestión de la recurribilidad de los actos administrativos irregulares, en vía contencioso-administrativa.

En Francia la solución es sencilla. El recurso por exceso de poder queda siempre abierto contra cualquier decisión administrativa, inclusive sin texto legal que lo establezca, ello en virtud de los principios generales del Derecho. En suma, el recurso por exceso de poder es de Derecho

*Irrecurribilidad en vía Contencioso-Administrativa de las decisiones emitidas por las Comisiones Tripartitas creadas por la Ley Contra Despidos Injustificados*

común y de orden público (Jeanneau, *Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence administrative*. Ed. Sirey. París, 1954, págs. 69-71).

En Venezuela el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa es de rango constitucional, lo mismo que en Italia.

Primeramente, el artículo 68 de la Constitución venezolana, equivalente al artículo 24 de la Constitución italiana, preceptúa que “todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia en los términos y condiciones establecidas en la Ley”. Dicho de otra manera; los órganos jurisdiccionales están constitucionalmente dispuestos, precisamente por su independencia e imparcialidad, para tutelar los derechos e intereses de los particulares con las medidas y pronunciamientos consiguientes. Ello tiene el carácter de una garantía constitucional, sin que la Ley pueda contradecirla ni hacerla nugatoria. Es así preceptivo, que corresponda a los órganos del orden judicial resolver en definitiva los recursos contra la Administración.

Este es de otra parte el sentido que tiene el artículo 206 párrafo segundo, cuando prescribe que “los órganos de la jurisdicción contencioso administrativo generales o individuales contrarios a Derecho...”. La Constitución establece por tanto una cláusula general de competencia que comprende todos los actos administrativos, sin excepción, con los requisitos procesales de recurribilidad. A la inversa; la misma cláusula general de competencia asegura la posibilidad de someter a la jurisdicción contencioso administrativa las diversas pretensiones que se deduzcan con respecto a todos los actos administrativos.

Como afirma tan certeramente el profesor Eduardo García de Enterría: “Mal puede hablarse de imperio de la Ley, de sometimiento del Estado al Derecho, si, no importa cuáles y por qué, determinadas actividades del Poder Público se consideran como inmunes a todo control independiente, a toda revisión jurisdiccional”.

Al comenzar esta nota se afirmaba que la jurisdicción administrativa -la atribuida a órganos de la Administración activa- no sólo ha existido sino que continúa existiendo o subsistiendo. En efecto; unas veces se trata de un residuo histórico y otras veces de alguna solución moderna en defecto de una mejor.

Lo cierto es que en el Estado de la época actual ese tipo de jurisdicción suscita desconfianza. En Francia, desde 1937, la jurisprudencia del Consejo de Estado hace desaparecer las últimas



supervivencias de la justicia retenida (*Auby-Drago*. Obra citada T. I. pág. 144-146). En Inglaterra el "Informe para el estudio de los poderes ministeriales" de 30 octubre 1939, recomienda que las funciones jurisdiccionales -de carácter judicial- siempre excepcionales y justificadas sean confiadas a un Tribunal ministerial, independiente del Ministro, quien queda obligado por sus decisiones. Finalmente Italia, en su Constitución de 1947 atribuye la función jurisdiccional a la Magistratura del orden judicial quedando así abolida cualquier otra clase de jurisdicción (Art. 102).

Estas son las reflexiones que sugiere, como comentario, la Sentencia examinada.

# El Sistema Contencioso Administrativo venezolano en el Derecho Comparado\*

La vigente Constitución de 1961 instaura en Venezuela un verdadero sistema contencioso administrativo con todas sus consecuencias. Mas, para mantener la necesaria claridad del razonamiento habrá que empezar diciendo qué se entiende por sistema en general y por sistema jurídico en particular. Pues bien; el sistema es, ante todo, un orden que conduce a la unidad, sea la unidad de los conceptos (sistema conceptual), sea la unidad de los objetos (sistema real).

Lo mismo sucede en el dominio del Derecho donde existe un sistema conceptual referido a conceptos jurídicos que ordenan la pluralidad de normas, relacionándolas entre sí. En efecto, las normas no se encuentran aisladas sino que las de un mismo contenido constituyen un complejo llamado instituto (propiedad, familia; dominio público, servicio público, etc.), quedando así integradas en una unidad sistemática, es decir, en un sistema normativo.

De esta manera los conceptos ordenadores -erigidos a veces en principios- ordenan el complejo normativo y de ello resulta el sistema.

Esto sentado puede ahora describirse la trayectoria histórica a lo largo de la cual llega a formarse.

En Francia, donde tiene origen el contencioso administrativo, éste se ha ido configurando partiendo de un principio, el principio de separación de las funciones administrativas y judiciales, afirmado en la Ley 11-24 Agosto 1790, con lo cual aparece una jurisdicción que acaba siendo independiente, tanto del orden judicial como de la administración activa. Así nace el sistema contencioso administrativo francés que sirve en seguida de modelo, con mayores o menores variantes, a los diversos Estados de régimen administrativo.

Sin embargo, en Venezuela no tuvo lugar ninguna recepción del sistema francés, ni "ratio imperii", como sucedió en Italia, ni "imperio

---

\* Publicado en la Obra colectiva Contencioso Administrativo en Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1981, pp. 7 a 31.

ratio”, como en tantos otros países. Los fundamentos fueron distintos y el desenvolvimiento se produjo de diferente manera.

En Venezuela el contencioso administrativo aparece tardíamente en sus Constituciones reducido a una selección de remedios procesales que atienden a situaciones singulares. De aquí que el contencioso administrativo se determina tan sólo como una competencia orgánica -no funcional- de un único órgano jurisdiccional, y existe en la medida que se van atribuyendo a ella algunas materias administrativas sometidos entonces a un proceso contencioso, con lo cual quedan sustraídas a las decisiones unilaterales de la Administración.

El criterio utilizado es meramente cuantitativo, dependiendo del mayor o menor número de materias jurisdiccionalizadas, es decir, incluidas en las competencias orgánicas.

Así comienza con la competencia en materia de contratos y negociaciones que celebre el Poder Ejecutivo, establecida en la Constitución de 1830 (artículo 147, ordinal 5º), mejor precisada en el Código Orgánico de Tribunales de 18 Mayo 1855 (artículo 2, ordinal 6º). Los textos constitucionales y legales posteriores añaden las concesiones mineras y de tierras baldías.

Con cerca de un siglo de distancia, la Constitución de 1925 viene a establecer nuevas competencias, esta vez más extensas. Por de pronto, respecto a la nulidad de Decretos o Reglamentos del Ejecutivo Nacional, como también para la nulidad de actos administrativos individuales, por extralimitación de facultades y cuanto se refiera a reclamaciones por daños y perjuicios y pago de sumas de dinero (artículo 120, ordinal 12º).

Pero además, la Ley Orgánica de la Corte Federal de 19 Julio del propio año 1925 introduce un equivalente al “recours en carence”, para “conocer de la negativa de los funcionarios federales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes federales cuyo conocimiento no esté atribuido a otro Tribunal” (artículo 11, ordinal 19º).

Pero esta selección de competencias orgánicas no tiene unidad sistemática alguna.

En efecto, el sistema contencioso administrativo se fundamenta en cuatro a conceptos axiales o rectores, a saber: 1º El concepto de legalidad. 2º El concepto de contencioso administrativo dispuesto para obtener el

cumplimiento de la legalidad. 3º El concepto de accionabilidad, y 4º El concepto de proceso contencioso administrativo.

He aquí expuestos seguidamente.

## **I. EL CONCEPTO DE LA LEGALIDAD ERIGIDO EN PRINCIPIO**

El concepto de legalidad tiene función de principio, actuando por tanto como lo primero de cuanto le sigue. Así el principio representa un valor jerárquico respecto al conjunto de normas a las cuales da sentido. Por esto mismo el principio de legalidad es algo más que el enunciado contenido en una norma, el artículo 117 de la Constitución, pues consiste realmente en una contextura propia del Estado de Derecho, o sea aquel tipo de Estado cuya actuación ha de estar condicionada por el Derecho, del cual la ley es una parte integrante.

Congruentemente, el principio de legalidad condiciona a la administración convirtiéndola en administración jurídica. A este respecto resulta exacta la fórmula adoptada por la Constitución austríaca de 1920, cuando preceptúa que “la administración pública no puede ejercerse sino en base a las leyes”.

No es éste el lugar para atraer la atención que requiere un tema tan relevante y sugestivo. Bastará decir lo imprescindible, destacando los puntos que hayan de tenerse ahora presentes.

En primer término ha de afirmarse que el principio de legalidad, pese a su nombre, no se refiere únicamente a la ley formal -aun cuando sea su base- sino al conjunto normativo llamado “bloque de la legalidad”, dentro del cual se encuentran los principios generales del Derecho o del Ordenamiento Jurídico que, en Venezuela, pone de relieve la interesante Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en pleno de 18 de Enero 1966, siendo ponente el Prof. Dr. José Román Duque Sánchez.

Semejante conjunto normativo tiene un orden del que resulta una línea jerárquica a cuyo extremo superior se encuentra la ley formal, con otras normas del mismo rango y en el extremo inferior los reglamentos, sub-reglamentos y demás actos normativos asimilados, en el bien entendido de que hay materias que únicamente pueden regular las leyes formales por estar incluidas en la reserva legal.

Ha de tenerse también en cuenta que el principio de legalidad se manifiesta de una manera dinámica por incluir siempre dos términos: la norma y la actividad funcional de la administración. La norma condiciona la actividad administrativa dando lugar a una relación dialéctica, entre la norma aplicable -suscitando ya un problema a resolver- y el hecho o situación contemplada por la misma norma, lo que ha de producir necesariamente como resultado el cumplimiento del principio de legalidad, dado que éste tiene el carácter de un auténtico imperativo.

Pues bien, las diversas maneras con que la Administración puede desconocer o vulnerar el principio de legalidad, conduce como consecuencia inmediata al contencioso administrativo.

## **II. EL CONCEPTO DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

### **A. Caracteres de la jurisdicción**

El contencioso administrativo es, ante todo, lo que indica su nombre, una contención o controversia con la Administración, la cual puede suscitarse, tanto respecto a un acto administrativo tildado de ilegal o ilegítimo, como respecto a un derecho subjetivo lesionado o a la reparación de un daño. Ha de añadirse que tal contención o controversia está dispuesta de manera que se produzca entre partes paritarias, aun cuando una de ellas sea la Administración, y decidida por un organismo del Estado, independiente y neutro, dotado de poderes para determinar las consecuencias de la ilegalidad o ilegitimidad y de la lesión de los derechos subjetivos, restableciendo el orden jurídico con ello perturbado.

En suma, se trata de una jurisdicción, indiferentemente que se ejerza por un Consejo de Estado, como en Francia, Italia, Bélgica, Países Bajos, Colombia..., un Tribunal del orden judicial como en España y Venezuela o un Tribunal especial como en la República Federal de Alemania, Austria y Suiza.

Por tanto, cualesquiera que sean las particularidades organizativas, el contencioso administrativo es, sobre todo, jurisdicción, una jurisdicción especial, distinta de la ordinaria -la civil y la penal- que tiene por objeto

“hacer definitivo el Ordenamiento Jurídico, controlar el ejercicio de competencias y procurar finalmente la seguridad jurídica” (G. Scelle).

Es así que la jurisdicción contencioso administrativa incluye una doble función: una función de control y una función judicial, cuyas respectivas modalidades se examinan seguidamente:

### ***1) La jurisdicción contencioso-administrativa con función de control***

Históricamente el control de la legalidad administrativa ha comenzado siendo una incumbencia de la propia Administración, bien de oficio o mediante el recurso jerárquico.

Así fue en Francia desde el antiguo régimen, con el recurso llamado entonces de abuso de poder que después, la Asamblea constituyente rehabilita en la Ley 14 Diciembre 1789 haciendo efectivo el dogma revolucionario según el cual la ley es la expresión de la voluntad general y siempre ha de hacerse prevalecer. De esta manera los ciudadanos podían reclamar contra las arbitrariedades de la administración, o mejor dicho, de los administradores, con lo cual poco a poco se diseña un recurso exclusivamente administrativo, propio de los poderes de vigilancia de la Administración sobre los cuerpos administrativos, ello con un doble objetivo: de una parte, obtener la reparación de los agravios irrogados, y de otra parte, asegurar el funcionamiento de la administración en tanto que administración legal. Estos son los resultados perseguidos mediante los poderes de control, de censura y de tutela que, en un primer momento ejerce el Ministro requerido, en su condición de Ministro-Juez.

Más tarde, con la creación, el 13 de Diciembre 1799, del Consejo de Estado, éste emite dictamen como requisito previo a la decisión del Jefe de Estado, al cual corresponde adoptarla en virtud del principio de justicia retenida entonces vigente. En fases sucesivas, el recurso llamado ya por exceso de poder, acentúa su carácter jurisdiccional hasta que lo adquiere completamente cuando en 1872 el Consejo de Estado tiene atribuida la justicia delegada actuando como un auténtico Tribunal.

La evolución del recurso por exceso de poder, garantía de la legalidad, lo ha calificado Maurice Hauriou de “magnífica arqueología jurídica”. En efecto, desde sus orígenes cuenta como causa de nulidad, la incompetencia, a la que se van añadiendo la violación de las formas sustanciales, la violación de la ley y de los derechos, incluyendo en 1860 la

desviación de poder. Hoy las “ouvertures” del recurso por exceso de poder son más extensas, comprendiendo además, los vicios de procedimiento, violación de la regla de Derecho, defecto de base legal, error de Derecho, inexactitud de los hechos, alegación de hechos no previstos en la ley, apreciación incorrecta de los hechos y el control de su calificación jurídica, completándose la noción de desviación de poder con la de desviación de procedimiento.

El recurso por exceso de poder, pese a su carácter netamente jurisdiccional, mantiene en Francia los rasgos de un recurso jerárquico, quedando así dispuesto como un control jurisdiccional de la administración, término consagrado que sirve de título a los renombrados Tratados de Roger Bonnard y Raphael Alibert, “Le controle juridictionnel de l'Administration”.

La creación francesa tuvo en Venezuela un tenue reflejo cuando su Constitución de 1925 establece la competencia de la Corte Federal y de Casación, para declarar la nulidad, tanto de los Reglamentos ejecutivos que alteran el espíritu, razón o propósito de las leyes ejecutadas, como de los demás actos dictados con extralimitación de facultades o uso de la violencia.

Claro está que la fórmula resulta restringida, pero no cabe duda de que el término utilizado, “extralimitación de funciones”, coincide filológicamente con el término “exceso de poder”, pues la preposición latina “extra” significa “fuera de” y así “fuera de límites”, en tanto que “exceso” proviene de “excederse”, salir, o sea salirse del poder, lo cual es lo mismo que extralimitarlo.

Mas, aparte la reconducción de la terminología utilizada a una unidad de significado, puede afirmarse que el control de la legalidad establecido en Francia con el recurso de exceso de poder, no ha tenido en Venezuela sino un eco atenuado, que repercute intermitentemente en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

## *2) La jurisdicción contencioso-administrativa con función judicial*

El actual Estado de Derecho, con mayor razón que los anteriores tipos históricos -Estado Absoluto y Estado Policía- tiene el atributo de la justicia, consistente en una potestad-deber que decide definitivamente,

mediante las debidas garantías, respecto a las situaciones jurídicas subjetivas.

El Estado tiene en efecto como función esencial, la realización del Derecho, lo cual persigue precisamente impartiendo justicia, es decir, haciendo que a cada uno se le dé lo suyo, conforme prescribe la consagrada regla de Ulpiano: "Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum quique tribuendi". Pues bien, fundándose en esta voluntad de dar a cada uno el derecho que le pertenece, la función judicial tiene los siguientes cometidos: declarar derechos; mantener la integridad de los derechos atribuidos y restablecerlos cuando fueren perturbados, resarciendo subsidiariamente los daños y perjuicios producidos, como también, resarcir los demás daños y perjuicios de cualquier otra manera irrogados.

Las situaciones jurídicas subjetivas tienen implicadas, de una parte, derechos, poderes, intereses legítimos e intereses simples o de hecho (situación activa), y de otra parte, deberes, sujeciones y obligaciones (situación pasiva). Por lo demás, las relaciones jurídicas entabladas con la Administración pueden ser, bien de paridad, bien de sujeción, siendo también distinta la índole de los derechos ostentados y por tanto las situaciones jurídicas subjetivas. He aquí las categorías resultantes:

a) Situaciones jurídicas de los particulares en sus relaciones con la Administración, cuando están regidas por el Derecho Privado, civil o mercantil. En este caso se trata de dos sujetos de Derecho Privado, con una condición de comprador, de comunero, de mutuatario, de depositario,... o cualquiera otra análoga.

Entonces, tanto el acto como los derechos y obligaciones son de índole privada.

b) Se dan en cambio situaciones jurídicas de los particulares en sus relaciones con la Administración, reguladas por normas de Derecho Administrativo. Tal sucede, por ejemplo, en el empleo público, con el derecho al cargo ("jus ad officium") o el derecho o derechos derivados del cargo ("jus in officio").

Igualmente sucede con las prestaciones de la Administración, asistencia pública, sanidad, seguridad social, etc., y con los servicios públicos, correos, telecomunicación, transporte, etc. En todos estos casos los derechos subjetivos son de índole administrativa.



c) Otras veces el particular ostenta un tipo peculiar de derecho, que , que no tiene atribuido singularmente sino por su condición de ciudadano, es decir, de sujeto perteneciente a una colectividad estatal o infra-estatal. Son éstos los derechos llamados cívicos, tales como el sufragio, el uso de bienes colectivos, vías de comunicación, el mar y demás aguas públicas, el aprovechamiento de la caza y de la pesca, etc. En tales situaciones los derechos ostentados son derechos públicos denominados por algunos derechos públicos subjetivos.

Ahora bien, la Administración, dada su posición de supremacía y ejercitando potestades y poderes de una manera antijurídica puede afectar situaciones jurídicas subjetivas produciendo, sea una ilegitimidad o ilegalidad, sea una inoportunidad, sea una ilicitud.

1. La ilegitimidad y su especie la ilegalidad, se producen objetivamente cuando el acto administrativo vulnera la norma. Mas también la ilegalidad o ilegitimidad se consuma con la lesión a los derechos subjetivos, lo cual constituye una manera indirecta de vulnerar la norma que les confiere existencia y consistencia.

Así en Francia, donde el contencioso de derechos se encuentra radicalmente separado del contencioso por exceso de poder, sin embargo la jurisprudencia del Consejo de Estado admite que la violación de los actos administrativos individuales, título de derechos subjetivos, se equipara a la violación de la regla de Derecho, con lo que, según pronostica Alibert, el recurso por exceso de poder acabará absorbiendo el recurso de plena jurisdicción.

La ilegitimidad o ilegalidad del acto administrativo, atendiendo a su grado, comporta como sanción, la nulidad radical, la anulación o la invalidez.

Ahora bien, cuando la nulidad o anulación ha sido por violación del derecho subjetivo, procede disponer a la vez su inmediato restablecimiento. Pero además, si el acto administrativo declarado ilegítimo o ilegal por el mismo motivo, es productor de daño, entonces se configura un ilícito que subsidiariamente lleva aparejada la condena de la Administración a su resarcimiento.

2. La apreciación de la oportunidad corresponde en principio a la Administración aun cuando la jurisdicción administrativa puede siempre verificar la exactitud de los hechos determinantes del acto administrativo,

inclusive hacer su calificación jurídica, lo cual, si bien es distinto a la oportunidad, reduce sin duda el campo de la misma.

La inoportunidad designa aquella que no es conveniente en atención al lugar, tiempo o circunstancias, y al tratarse de una inoportunidad administrativa se alude a la inobservancia de reglas de buena administración, de prudencia y de sagacidad necesarias para lograr el acierto. Así el acto administrativo inoportuno, “proviene de una mal concebida o mal realizada ponderación comparativa de los distintos intereses” (Giannini).

Por tanto, la inoportunidad representa una disconformidad con el interés público prevalente, llevando a la anulación del acto administrativo.

Claro está que el control de oportunidad por parte de la jurisdicción administrativa es de Derecho Positivo, lo cual indica su posibilidad jurídica y así lo tiene establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado francés respecto a los poderes de policía municipal, y la vigente Ley española de la jurisdicción contencioso administrativa, en materia de Ordenanzas Fiscales de los Municipios (artículo 85 ).

3. La noción de ilicitud y su consecuencia inmediata la a la responsabilidad patrimonial, ha experimentado una mutación al pasar de un tipo de responsabilidad civil a otro tipo, distintamente configurado de responsabilidad administrativa.

En un comienzo la responsabilidad pública estaba excluida por el dogma de la irresponsabilidad del Monarca, expresado en la famosa máxima inglesa: “el Rey no puede hacer agravio” (“the King can do not wrong”), quien además tenía inmunidad.

Pero lo inconcebible es que el Estado que surge de la revolución americana y francesa, pese a su origen democrático, mantiene el mismo principio por cuanto, como afirmaba irónicamente el administrativista francés Gaston Jéze, “el derecho divino de los Reyes ha sido sustituido por el derecho divino del pueblo”. Esta situación prevalece, por ejemplo, en Estados Unidos de América hasta 1946, cuando se promulga la “Federal Tort Claims Act”, que reconoce la responsabilidad del Estado por la actuación culposa de los funcionarios autores del daño, conforme a las reglas del Derecho Común.

Es verdad que en los países de Europa continental se aplicaba al Estado las disposiciones sobre la ilicitud contenidas en sus Códigos

Civiles, circunscrita a la culpa o negligencia, única causa de responsabilidad, exigible a aquellas personas por la que se debe responder, entre las que se encuentran los funcionarios del Estado, generalmente con condiciones restrictivas.

Esto es lo que se viene conociendo con el nombre de ilicitud civil de la Administración.

Faltaba empero confirmar la ilicitud de la Administración separadamente de la ilicitud civil, sobre bases autónomas, lo que comienza haciendo el Consejo de Estado francés en 1873 con la noción central de “falta de servicio”, que obliga a la separación, cuya casuística es cada vez más extensa, llegando a comprender toda clase de servicios, inclusive los que comportan ejercicio de autoridad y la apreciación de cualquier daño, siempre que fuera evaluable en dinero.

La meta ideal de la responsabilidad patrimonial del Estado la había vislumbrado Duguit hace más de medio siglo, al concebirla objetivamente como la reparación de un riesgo social cuyo costo soporta un fondo colectivo, equivalente a un seguro que indemniza los perjuicios irrogados por el funcionamiento de los servicios públicos.

La cuestión planteada actualmente en el Ordenamiento Jurídico de los distintos países, es la de establecer una cobertura, en toda la extensión posible, de las consecuencias dañosas que pudieran resultar de la actuación de la Administración, aun sin mediar culpa.

Es lo que ha hecho, por de pronto la República Federal de Alemania con la denominada “teoría de la indemnización de Derecho Público”, que llega a incluir, “las intervenciones conforme a Derecho”, particularmente cuando se trata de “un sacrificio especial no exigible a la generalidad de los ciudadanos”.

En España, desde 1957 la responsabilidad de la Administración es directa, no tan sólo subsidiaria, configurada en “el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contencioso administrativa”. (Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, artículo 40).

En este tipo de responsabilidad de Derecho Público se incluye la reparación de los daños que ocasionara la vulneración de un derecho

subjetivo por parte de la Administración, así como los derivados de la inejecución de sentencias firmes o la violación del principio de la autoridad de la cosa juzgada.

Resumiendo cuanto se ha dicho de la jurisdicción contencioso administrativa, tanto en su función de control como en su función justicial, ha de dejarse sentado que la potestad de la jurisdicción contencioso administrativa es unitaria, pudiendo por tanto hacer en un solo acto jurisdiccional los siguientes pronunciamientos: 1º) Declarar la nulidad de los actos ilegítimos o ilegales; 2º) Disponer el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas perturbadas; 3º) Condenar el resarcimiento de los daños por la lesión inferida a los derechos subjetivos, así como independientemente de los que por otra causa se hubieren irrogado.

## **B. La definición constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa**

Hasta la vigente Constitución de 1961 la jurisdicción contencioso administrativa no tiene definición alguna, ni constitucional ni legal. Existía tan sólo una multiplicidad de competencias entreveradas que, aplicando los módulos correspondientes del Derecho Comparado, se hacía posible calificarlas como pertenecientes a la jurisdicción contencioso administrativa.

La Constitución vigente, por el contrario, comienza indicando en qué consiste la jurisdicción contencioso administrativa, definiéndola por su objeto.

Ha de advertirse que la jurisdicción contencioso administrativa, constitucionalmente garantizada, se refiere al contencioso de los actos unilaterales, el contencioso típico, excluyendo el contencioso de los contratos y el contencioso de los hechos o actuaciones de la Administración susceptibles de ocasionar la responsabilidad patrimonial, cuyo ámbito es comparativamente reducido, estando reservadas a las regulaciones de la ley.

La jurisdicción contencioso administrativa se define siempre por su objeto, que en el contencioso de los actos es el acto administrativo antijurídico, con lo cual las consecuencias de la antijuricidad constituye el

contenido de las pretensiones aducidas en el proceso y en definitiva de los pronunciamientos de la sentencia.

El artículo 206 de la Constitución es a este respecto perfectamente claro: “Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a Derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas por la actividad administrativa”.

Haciendo el análisis del texto, destacan por su orden lógico los tres elementos integrantes, a saber: el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa; la cláusula general de competencia, y la determinación de los efectos jurídicos producidos.

Primero. El objeto de la jurisdicción contencioso administrativa son los actos administrativos, generales o individuales comprendidos en la regla de competencia.

En efecto, la jurisdicción contencioso administrativa se ha creado precisamente para conocer de las cuestiones que se susciten respecto a los actos administrativos, haciendo los pronunciamientos que procedan.

Segundo. La Constitución establece literalmente una cláusula general de competencia en estos términos: “Son de la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa los actos administrativos generales o individuales contrarios a Derecho”.

Esta cláusula general de competencia, expresa que es justiciable ante la jurisdicción contencioso administrativa aquello que constituye precisamente su objeto, el acto administrativo, siempre que sea contrario a Derecho, lo cual comprende, la ilegitimidad o ilegalidad, la inoportunidad y la ilicitud.

Tercero. La disconformidad del acto administrativo con el Derecho produce un primer efecto, la declaración de nulidad. Pero seguidamente derivan los demás, a saber: 1º) El restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas. 2º) La condena al pago de sumas de dinero. 3º) La reparación de los daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración.

Estas son las regulaciones constitucionales referentes a la jurisdicción contencioso administrativa, que han de completarse con las establecidas por la Ley, "ministeri legis", entre ellas las competencias en materia de contratos administrativos y de responsabilidad patrimonial de la Administración, incluidas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 30 de julio de 1976 (artículo 42, ordinales 14º y 16º y artículo 185, ordinal 6º).

Ahora bien, la clave del sistema contencioso administrativo venezolano, cuyo núcleo se encuentra en el artículo 206 de la Constitución, es una traslación del modelo español, tal como resulta configurada en la Ley Reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa de 27 de Diciembre de 1956.

El contencioso de actos está dispuesto con una gran sencillez en dos grupos del articulado: primero, los artículos 41, 83-2 y 84a) contemplan la nulidad del acto y luego los artículos 42, 79-3 y 84 b y c prevén sus consecuencias, que son: el reconocimiento y pleno restablecimiento de una situación jurídica individualizada, así como el resarcimiento de los daños y la indemnización de los perjuicios causados.

"El demandante -dispone el artículo 41- podrá pretender la declaración de no ser conforme a Derecho y en su caso la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación". El punto central consiste por tanto en la declaración de si el acto administrativo es o no contrario a Derecho, lo que reafirma el artículo 83, al añadir que "la Sentencia estimará el recurso contencioso administrativo cuando el acto o disposición incurra en cualquier forma de infracción del Ordenamiento Jurídico, incluso la desviación de poder".

El término utilizado, acto administrativo, comprende todas las manifestaciones de la actividad administrativa sujetas al Derecho Administrativo, "no solo las formales, expresas o escritas, sino cuantas constituyendo infracciones jurídicas requieren asistencia jurisdiccional y así el silencio administrativo y la inactividad ilegítima de la Administración".

La referencia al Derecho, se hace en tanto que Ordenamiento Jurídico, que no es únicamente un cuerpo de leyes antes bien "se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones" (Exposición de Motivos).

Declarada la nulidad del acto administrativo por no ser conforme a Derecho, las consecuencias inmediatas de la antijuridicidad, están previstas en el artículo 84, b y c, donde se dice que, al haberse solicitado, “la Sentencia reconocerá la situación jurídica individualizada y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma, declarando el derecho al resarcimiento de daños o a la indemnización de perjuicios”.

En suma, el artículo 206 de la Constitución venezolana contiene en germen todo el sistema del contencioso de actos español, adoptando inclusive su misma terminología.

### III. EL CONCEPTO DE ACCIONABILIDAD

El llamado principio de accionabilidad postula el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa en virtud de un derecho público subjetivo cuyo desconocimiento constituye una denegación de justicia.

La jurisdicción es una potestad obligatoria -una potestad deber- que ha de ejercitarse necesariamente siempre que sea requerida para tutelar un derecho subjetivo. Ahora bien, el derecho subjetivo cuya tutela se insta es un derecho material, el derecho que se ha de defender, en tanto que el derecho público a la tutela es un derecho procesal para la defensa de aquél, mediante la acción. Así el derecho público a la tutela se convierte en derecho de acción. La acción -“actio”- es el nombre que daban los romanos al tránsito del derecho subjetivo material al derecho público subjetivo procesal, o si se prefiere instrumental.

Lo importante es dejar bien sentado que el derecho subjetivo desconocido o vulnerado tiene una dinámica, pues su titular, ejercitando la acción, puede hacer valer lo que se ha llamado “exigencia de protección jurídica”, acudiendo para ello a la jurisdicción, que ha de concederla necesariamente en cumplimiento de un deber del Estado.

Este derecho a poner en movimiento el aparato jurisdiccional, lo consagra el artículo 68 de la Constitución venezolana de esta manera: “Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidas por la ley, la cual fijará las normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes”.

La declaración del derecho es categórica, sin que el hecho de que la ley establezca los términos y condiciones para utilizarlo, pueda en nada menoscarlo ni menos aún hacerlo nugatorio, pues se trata de un derecho de rango constitucional, incluido entre los derechos individuales en el título III, capítulo III de la Constitución, con lo cual sería nulo cualquier acto del Poder Público -inclusive la ley- que lo violara (Constitución, artículos 46 y 215, ordinales 3º, 4º y 6º).

La declaración del referido derecho es una novedad, sin duda derivada del artículo 24 de la Constitución italiana y que adopta igualmente la Constitución española en su artículo 24, redactado con mayor precisión en esta forma: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión".

La Constitución italiana refuerza la garantía, añadiendo en su artículo 113 que, "contra los actos de la Administración Pública se admite siempre la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante los órganos de jurisdicción ordinaria o administrativa".

Tal tutela jurisdiccional no puede ser excluida o limitada por medios particulares de impugnación o para determinada categoría de actos.

Evidentemente, en Italia, España y Venezuela el derecho a la tutela jurisdiccional del orden administrativo es absoluto, sin que admita ni alteraciones ni restricciones.

Ello plantea el problema de si una ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa puede dejar excluidos algunos actos, a lo que tanto se presta la fórmula enumerativa de competencias, o bien los excluya expresamente cualquier otra Ley. Desde luego, la respuesta ha de ser negativa pues no hay manera jurídica de que pueda prevalecer ninguna inmunidad jurisdiccional contra el texto inequívoco de la Constitución. Ningún acto administrativo puede excluirse.

A este respecto resulta esclarecedora la jurisprudencia española que, entre diversos fallos del Tribunal Supremo, la Sentencia de 26 de Abril 1976, declara, que "cuando una Ley indica que contra determinados actos no cabe recurso alguno, se estima que sólo están excluidos los recursos gubernativos o administrativos, pero no el contencioso administrativo propiamente dicho".



Asimismo, ha de añadirse que si la Ley impidiera el acceso a la jurisdicción Contencioso administrativa de ciertos actos, la prohibición resultaría manifiestamente inconstitucional.

Todo impedimento relevante con el que, de una u otra manera, se imposibilite el ejercicio del derecho de acción, implica un quebrantamiento del deber del Estado a la tutela jurisdiccional, constituyendo entonces una denegación de justicia.

En efecto, la denegación de justicia no se reduce a la abstención del Juez para decidir, o al retraso ilegal de su decisión, conforme está previsto en el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil (denegación formal), sino que puede revestir variadas formas. Una de ellas, de gran importancia, consiste en la imposibilidad de accionar, por la inexistencia de una jurisdicción competente, debido a una falla en la organización o en el funcionamiento del aparato jurisdiccional, como también por la ineficacia del recurso entablado cuando siendo admisible, no puede sin embargo prosperar debido a la imperfección de las técnicas procesales, una de ellas la falta de los textos reguladores del procedimiento.

El repertorio de las posibles infracciones al principio de accionabilidad, mediante la denegación de justicia, ha merecido particular atención por parte de la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo y de los tratadistas franceses, entre los cuales destaca Marcel Waline de quien son estas palabras: “Hace falta transponer las fórmulas empleadas por el Consejo de Estado para justificar ciertas condenaciones del servicio público y decir: la denegación de justicia revela una mala organización o un mal funcionamiento del servicio, y aun sin falta precisa, esta mala organización o este mal funcionamiento, constituyen el fundamento suficiente para producir la responsabilidad del Estado”.

## IV. CONCEPTO DE PROCESO Y SUS TÉCNICAS

### A. Perfil del proceso

#### 1) *Caracteres generales del proceso*

La doctrina prevalente (Wach) considera el proceso como “el medio para realizar la exigencia de protección jurídica (Rechtsschutzauspruch)”, es decir, el derecho subjetivo público que corresponde a la parte frente al

Estado, en su calidad de titular de un derecho material que pretende hacer prosperar mediante la acción.

La acción es un concepto que procede del Derecho Público, como una relación entablada entre el ciudadano y el Estado (derecho cívico). Pero, al propio tiempo existe un nexo entre la acción y el derecho subjetivo de cualquier naturaleza -público o privado- hasta el punto que Chiovenda la califica metafóricamente, de "escolta vigilante y armada del derecho subjetivo".

Por tanto, en un principio es la pretensión, la pretensión jurisdiccional para obtener la protección jurídica, que a su vez incluye una pretensión al derecho subjetivo, afirmado según el Derecho material, y por fin, una pretensión procesal como petición de decisión, exigida en la demanda.

Esta es la base del proceso, desenvuelto como una relación procesal, o sea una relación jurídica regulada por normas procesales.

En los procesos contenciosos las partes se encuentran en posición de paridad, provistos como sujetos de una misma relación procesal, de derechos y cargas procesales, con lo que, el actor o demandante, por medio de la acción, y el demandado por medio de las excepciones, establecen las condiciones del litigio, conforme a las cuales el órgano jurisdiccional dicta la decisión.

El principio dispositivo en el proceso civil, hace que la iniciativa de las partes prive y a veces suprime la del juez, permitiendo así, puestas de acuerdo, obtener una Sentencia basada en hechos inexistentes o falseados, e inclusive lograr con un simple allanamiento a la demanda que un negocio jurídico inicialmente inválido, adquiera los efectos de la cosa juzgada. De aquí que no quepa la disponibilidad en los procesos que tengan por objeto relaciones concernientes al estado y capacidad de las personas.

Sin embargo, el proceso no siempre ha de desenvolverse entre partes paritarias, ello es solamente propio del proceso dispositivo, pero no en cambio del proceso inquisitivo, a cuya especie pertenece el proceso penal y algunas veces el proceso administrativo. Inclusive, las tendencias modernas han llegado a propugnar un tipo de proceso civil inquisitivo, como lo hacen ilustres procesalistas, entre ellos, Kohler, Cicu, Baumbach y Carnelutti en su "Proyecto de Código de Procedimiento Civil".

Por lo demás, el proceso no puede reducirse a una mera composición de intereses singulares en conflicto. Primero, porque están regulados por el Derecho, conforme al cual han de valorarse. Después, teniendo en cuenta que el Estado participa en la relación procesal como interesado directo, particularmente en el proceso administrativo.

En puridad, como hace observar Redenti, “cuando el Estado administra justicia, se mueve no para prestar con sacrificio propio un servicio a quien se lo pide sino para cumplir con ello uno de los intereses esenciales del Estado, esto es, para imponer un interés primordialmente público”.

Interés público que coincide con la realización del deber de impartir en cada caso justicia, precisamente una de las funciones de la jurisdicción, según se dijo antes.

En suma, estas consideraciones han de tenerse presentes cuando se trata de encontrar el tipo de proceso mejor adaptado a lo peculiar de las relaciones administrativas, advirtiendo que no se ha de optar por dos tipos puros de proceso, el dispositivo y el inquisitivo, cuando es opinión generalizada la de eludir los extremos, compaginando en el término medio la autoridad del Derecho con la libertad de exigir su cumplimiento.

## *2) Caracteres especiales del proceso contencioso administrativo*

En términos abstractos, la jurisdicción es la función estatal que tiene por cometido dictar un acto definitivo, con las garantías adecuadas, mediante el cual un juicio de probabilidad se convierte en juicio de certeza, adquiriendo entonces los efectos de la cosa juzgada (Carnelutti).

Ahora, con estos caracteres comunes, la jurisdicción se configura distintamente, en tanto que jurisdicción civil, jurisdicción penal o jurisdicción administrativa, manifestaciones de una misma función cuyas variantes se afirman por la naturaleza de las relaciones jurídicas objeto del Derecho material correspondiente. Por tanto, según sean ellas estarán sometidas a una u otra jurisdicción, en virtud de un reparto de competencias asegurado por los mecanismos previstos en el Derecho Positivo de los diversos países.

La clase de jurisdicción competente se determina, conforme se dijo, por la índole de las relaciones jurídicas de que se trate y éstas a su vez, por

el sistema de Derecho que las regule. Tal es el criterio adoptado en España y la República Federal de Alemania. Así, la Ley Española de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de 17 de diciembre de 1956, prescribe que: "La jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo..." (artículo 1º).

Análogamente, la Ley alemana sobre Ordenamiento de la Jurisdicción Administrativa, de 21 de enero de 1960, dispone que "se pueden recurrir a la jurisdicción administrativa todas las controversias de Derecho Público de carácter no constitucional, si la competencia no está expresamente atribuida a otro tribunal por una ley federal" (artículo 40).

La solución francesa ha sido distinta porque la parquedad de los textos legales, casi todos del primer tercio del siglo pasado, hizo que el Consejo de Estado tuviera que desprender de ellos principios generales, completados con reglas establecidas para los casos concretos, dando origen a una abundante doctrina jurisprudencial. De esta manera se han ido elaborando nociones como las de "litigio administrativo", caracterizado sucesivamente por la cualidad de los litigantes, naturaleza privada o pública de la controversia, la índole de los actos del Poder Público, el criterio tanto tiempo dominante del servicio público...; sin embargo, la última jurisprudencia del Consejo de Estado permite desprender de ella una cláusula general referida al Derecho aplicable a la solución del litigio.

En consecuencia, "cuando el litigio encuentra su solución en la aplicación de una regla de Derecho Público pertenece a la jurisdicción administrativa. Contrariamente, es la jurisdicción judicial la que interviene si el litigio no suscita sino cuestiones de Derecho privado".

Una nota diferencial del proceso administrativo la ofrece la condición de las partes, una de las cuales es la Administración Pública actuando como persona jurídica de Derecho Público. Mas aún cuando como tal, la Administración tenga una posición de supremacía, el proceso la sitúa en un plano de igualdad por presentarse entonces como justiciable que rinde cuenta del ejercicio de sus poderes. Por ello, dicho de una manera breve, consiste en un proceso contradictorio o contencioso que resuelve posibles controversias, destacando esta característica para dejar bien sentado que se trata de un verdadero proceso y no ya, como lo fue anteriormente, de un mero recurso para revisar un acto administrativo.

El predominio del Derecho como único interés, destacado sobre las divergencias de las partes, ha dado lugar a que el sistema contencioso administrativo francés haya introducido con perfecta lógica en el proceso, no como contendiente pero sí como parte complementaria, la figura del Comisario del Gobierno que no es, como su nombre impropriadamente indica, ningún portavoz gubernamental, antes bien un órgano independiente para la defensa del Derecho, siendo sus titulares eminentes especialistas, cuyas conclusiones inspiran la doctrina que ha hecho famosas las decisiones del Consejo de Estado.

Queda por último considerar las técnicas del proceso contencioso-administrativo, dispuestas de manera que, como toda técnica, sean los instrumentos más adecuados para hacer efectivos los contenidos del Derecho material o sustancial; es decir, el proceso ordenado por el Derecho Procesal, es el instrumento del Derecho material o sustancial aplicable.

Así ha de comenzarse deslindando los campos del proceso, en los que se resuelven primordialmente las cuestiones planteadas por el Derecho Administrativo. Estos campos, en los que coinciden el Derecho Procesal y el Derecho Administrativo son: el contencioso de los actos, el contencioso de los contratos, el contencioso de la responsabilidad patrimonial de carácter administrativo y el contencioso de la interpretación.

En el sistema contencioso administrativo venezolano, el contencioso de los actos tiene rango constitucional, estableciendo sus bases, el artículo 206 de la Constitución.

El contencioso de los actos, referido a éstos, se fundamenta en la noción de su "contrariedad al Derecho", de la cual derivan las consecuencias jurídicas.

La expresión resulta categórica; lo determinante es que exista una infracción jurídica, sea ésta cualquiera. En este punto la ley española, de donde procede, ha estado muy acertada al rechazar la técnica francesa que instituye los dos recursos tradicionales de anulación y de plena jurisdicción, por cuanto "la gama de las ilicitudes posibles es mucho más amplia y variada. Nada justifica, por otra parte, enunciar una clasificación de las infracciones y que las demandas tengan que subsumir la ilicitud denunciada en uno de esos tipos abstractos lo que importa es, si existe infracción jurídica, y ante ella, más interesa hacer expeditiva la Justicia

que dificultarla con la imposición de un requisito permanente formal, como el de calificar la infracción precisamente con un nombre determinado, máxime si el error en la calificación puede determinar que prevalezca el acto, a pesar de no ser conforme a Derecho. En definitiva, la Ley no considera que la procedencia de la acción contencioso-administrativa sea distinta según los casos. Esencialmente es siempre el mismo: que el acto no sea conforme a Derecho". (Exposición de Motivos).

Ahora bien, partiendo conforme a la prescripción constitucional, de la "contrariedad al Derecho" o ilegitimidad, las consecuencias de la misma se encuadran en cuatro categorías típicas:

a) La contrariedad al Derecho, producida por los vicios del acto administrativo cuya sanción es su invalidez. Esta comprende la nulidad absoluta o de pleno Derecho, la anulabilidad y las posibles irregularidades invalidantes.

b) La contrariedad al Derecho, producida por la perturbación de las situaciones jurídicas subjetivas, con la lesión de derechos o intereses. La sanción derivada es la de disponer su restablecimiento.

c) La contrariedad al Derecho que produce daños y perjuicios originados por la responsabilidad de la Administración. La sanción derivada es su reparación.

Según se ha hecho observar anteriormente, existen dos clases de responsabilidad de la Administración calificada como ilicitud: la ilicitud civil y la ilicitud administrativa.

d) La contrariedad al Derecho, producida por el incumplimiento de obligaciones públicas, no sólo las concernientes al pago de sumas de dinero sino también aquellas otras que entren en cualquier concepto obligacional, como la obligación de proceder, la obligación a los servicios públicos y otras prestaciones, y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas perturbadas.

Estos distintos supuestos determinan acciones y pretensiones, sean declarativas, constitutivas o de condena, que repercuten en los pronunciamientos de la sentencia:

- *La acción declarativa*, como su nombre indica, se dirige a lograr una declaración de certeza, respecto a una situación jurídica preexistente. Tal sucede con la declaración de inexistencia, o nulidad de pleno derecho

del acto administrativo, y también siempre que se trate de afirmar derechos o intereses desconocidos o amenazados.

- *La acción constitutiva* tiende a que se produzca una nueva situación jurídica o bien a que se introduzca una variación en la ya existente. Es el caso de la anulación del acto administrativo con la que cesan sus efectos cuando se modifica o revoca.

- La discutida *acción de condena*, pretende un mandato dirigido al obligado, para que su comportamiento se atenga a los términos de la condena. De aquí que la doctrina alemana considere el contenido de la sentencia subsiguiente, como una orden de prestación (“*Leistungsbefehl*”), planteándose entonces la cuestión de asegurar la observancia del mandato por parte del órgano del Estado al cual se dirige. El caso más frecuente lo constituye la indemnización de daños, pero asimismo se encuentran las acciones por incumplimiento de obligaciones públicas, como el pago del dinero debido, la obtención de las prestaciones administrativas y el correctivo de la inacción ilegítima de la Administración que dé lugar al llamado “*recours en carence*”.

En el plano procesal estas acciones son acumulables. Por de pronto en la acumulación inicial simple, cuando con la acción declarativa de nulidad absoluta o la acción constitutiva de anulación se ejercita subsidiariamente la acción de condena para obtener el restablecimiento de la situación jurídica perturbada o la indemnización por los daños irrogados.

Finalmente, además de las varias formas de acumulaciones iniciales, existen las acumulaciones sucesivas que ahora resulta innecesario describir.

He aquí delineado el esquema del sistema contencioso administrativo venezolano, conforme a los fundamentos establecidos en la Constitución y que la ley prevista en la misma corresponde desarrollar.

# Planificación y Zonificación en el Área Metropolitana de Caracas\*

## I. EL CARÁCTER CONDICIONANTE DEL PLAN DE DESARROLLO URBANO LOCAL

La función urbanística, o sea la actividad pública en el campo del urbanismo, se ha desenvuelto en todos los países a lo largo de dos etapas que responden a dos distintas concepciones. En un primer momento, hasta los comienzos de este siglo, la función urbanística se limitaba al encauzamiento de la construcción en cuanto ésta implica el ejercicio de un derecho privado, el *jus aedificandi*. Sigue luego un segundo momento del urbanismo, entendido en su acepción moderna, cuando la función urbanística aparece unida a dos ideas determinantes: una, la planificación y la otra el régimen del suelo que afecta al condicionamiento de su uso, lo cual constituye una vinculación de la propiedad. Pero ello, por tratarse de una materia propia de la reserva legal, sólo es posible mediante la ley formal.

Establecido el urbanismo a dos niveles -Estado y Municipio- la planificación corresponde a cada uno de ellos conforme dispongan los textos legales que señalen sus respectivas competencias.

Ahora concretamente va a considerarse la planificación y su derivada, la zonificación en el Area Metropolitana de Caracas.

### 1. Contenido del Plan

En las condiciones ordinarias el Plan de Desarrollo Urbano -cualquiera sea su nombre- es el acto inicial de todo el proceso urbanístico en el ámbito municipal o intermunicipal, derivando del mismo, sea de una

---

\* Publicado en la *Revista de Derecho Público* N° 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1981, pp. 27 a 36.



manera directa o indirecta las sucesivas operaciones. El Plan es pues el supuesto necesario de la actuación urbanística y de aquí su obligatoriedad.

La ley Orgánica de Régimen Municipal de 18 de agosto de 1978, introduce la figura jurídica del Plan de Desarrollo Urbano o Urbanístico Local (Artículos 7, ordinal 3º y 36, ordinal 9º), distinguidos así de otros Planes de mayor amplitud territorial y superior jerarquía. Ahora bien, la elaboración y aprobación de dichos Planes Locales constituye una obligación para todos los medios urbanos de más de 5.000 habitantes (Artículo 10, letra h), los cuales se consideran susceptibles de ser ordenados urbanísticamente.

Ello sentado se hace preciso establecer seguidamente en qué consiste un Plan de Desarrollo Urbano de índole Local, extremo cuyo estudio cuenta con una abundante bibliografía técnica y jurídica. Por tanto, ahora se trata tan sólo de destacar las notas definidoras que han de tenerse presentes a lo largo de los ulteriores razonamientos.

Dicho sobriamente: El Plan de Desarrollo Urbano Local ("Plan General de Ordenación", "Piano Regolatore Generale", "Plan directeur d'Urbanisme", etc.), es un acto administrativo que determina la ordenación del territorio para obtener los asentamientos humanos con una adecuada distribución demográfica, en función a las distintas actividades previstas y a la prestación de los servicios públicos necesarios.

El Plan es, ante todo, un acto administrativo formal cuya formación y modificación está sujeta a un procedimiento del que depende su validez. Las fases del procedimiento formativo comprenden: el estudio y la redacción del proyecto, la información pública, la intervención de los órganos u organismos preceptuados, la deliberación y la aprobación que, a su vez, puede comportar dos niveles como se verá luego.

Claro está que el contenido del Plan lo especifica la ley, siendo así de Derecho positivo. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que los conceptos fundamentales del Urbanismo se han ido configurando y sistematizando en estos últimos treinta años de tal manera que constituyen un conocimiento universal, el de la Urbanística o Ciencia del Urbanismo, los cuales se encuentran incorporados en las normas reguladoras del Urbanismo existentes en los diferentes países y que tienen por ello una evidente semejanza.

La planificación urbana abarca todo el territorio municipal. Este es demarcado, ante todo atendiendo a las distintas categorías de los suelos derivados de sus propias condiciones, a saber:

1. Suelos urbanos, asiento de la población, en el que ha de distinguirse, el núcleo, los ensanches o ampliaciones y las partes no urbanizables.
2. Suelos rústicos urbanizables, expansión del aglomerado urbano.
3. Suelos no susceptibles de urbanización. (Reservas rústicas).

Tales son las tres reparticiones del territorio municipal, cada una de las cuales comporta una distinta calidad jurídica.

Por lo demás, los componentes del Plan, cualesquiera sean sus perfeccionamientos técnicos pueden quedar reducidos a tres grupos, determinados por la respectiva actuación urbanística y sus consecuencias jurídicas, a saber:

#### ***A. Grupo de inmuebles afectados por obras públicas***

- a. La red vial, así como las instalaciones y dispositivos con ellas relacionadas.
- b. Areas destinadas a espacios de utilización pública o sometidos a servidumbres especiales.
- c. Areas reservadas a edificios públicos o de utilización pública, así como a obras y establecimientos de interés público o social.

#### ***B. Grupo constituido por áreas de propiedad privada.***

Es su característica, aun cuando esta propiedad privada tenga asegurados distintos usos (residenciales, industriales, comerciales, etc.) y cuyas edificaciones están sujetas a determinadas normas.

#### ***C. Grupo de áreas protegidas.***

Incluye los lugares de carácter histórico, ambiental o paisajístico.

Ahora bien, y esto es fundamental: los contenidos del grupo 1 corresponden a lo que técnicamente se denominan localizaciones, en tanto que los del grupo 2 corresponden a lo que técnicamente se denomina zonificación o divisiones en zonas. (Ver Mazzazolli, Leopoldo, *I piani regolatori urbanistic*. Ed. Cedam, Padova. 1962, págs. 278-279, 353-354 y 358-359. Spantigati, Federico, *Manual de Derecho Urbanístico*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1973, págs. 122-123, 130-131).

Todas las denominadas *localizaciones*, dado que incluyen una obra pública, requieren inmuebles que en definitiva pertenezcan al dominio público, sea de una manera originaria sea porque se trate de una propiedad privada, cuya disponibilidad total o parcial haya quedado transferida al ente público sujeto de la actuación urbanística.

Por el contrario, resulta incuestionable que cualquier privación singular de la propiedad o de derechos o intereses patrimoniales legítimos -y así desmembramientos, lesiones objetivas, servidumbres u otras cargas- pueden constitucionalmente producirse sino mediante la expropiación.

Ahora bien, las localizaciones tienen por destinatario directo al Municipio, obligados por su propio Plan, aun cuando pueda afectar de otra parte a los propietarios, siendo entonces necesario que seguidamente se haga la declaración de utilidad pública o su equivalente, adquiriendo o expropiando el inmueble en cuestión dentro del plazo al efecto prefijado.

En cambio, con respecto a la *zonificación*, los únicos destinatarios son los propietarios de inmuebles objeto de la misma, obligados, desde la vigencia del Plan, a destinar sus inmuebles al uso prescrito y someter las correspondientes construcciones a las normas que las regulen.

Inversamente, firme el acto de asignación del uso éste produce una situación consolidada generadora de derechos subjetivos que han de ser respetados.

## **2.- Los instrumentos derivados del Plan de Desarrollo Urbano**

El Plan que es, como se dijo antes, el supuesto necesario de la ordenación urbanística -y de aquí su obligatoriedad- ha de complementarse con otros instrumentos, precisamente previstos para obtener su íntegra realización. Estos sucesivos eslabones varían según las distintas legislaciones, pero en todas ellas queda afirmado su carácter subalterno.

He aquí los instrumentos previstos en algunos países jurídicamente afines:

Italia: *Plan Regulador General*. Plan Regulador particularizado o de sector. Reglamentos edilicios o de construcción. Convenciones edilicias.

Francia: *Plan Director de Urbanismo*. Plan de detalle. Planes de ocupación de suelos. Plan permanente de salvaguardia.

España: *Plan General de Ordenación*. Programa de desarrollo o ejecución. Proyecto de Alineación y Rasantes. Normas complementarias y subsidiarias del Plan. Proyectos de urbanización. Planes de Ordenación (para el suelo rústico urbanizable programado). Proyectos de actuaciones urbanísticas (para el suelo rústico urbanizable no programado).

Ya se dijo antes que el Plan de Desarrollo Urbano debe contener, tanto las *localizaciones*, referidas a las instalaciones públicas o de uso público, como las *zonificaciones*, asentamiento de los edificios privados. Ahora bien, las localizaciones exigen los instrumentos adecuados para ejecutar la obra pública, desenvolviéndose en el ámbito de la expropiación. En cuanto a las *zonificaciones* también han de menester otros instrumentos que regulen las condiciones de la construcción privada y, por tanto, de la actividad edificatoria.

Estos instrumentos incluyen las normas que requiere el interés público en orden a la adecuada distribución de los espacios según su destino, a la higiene, a la seguridad, a la estética, a la mejor calidad de vida, y al decoro ciudadano, todo lo cual constituyen limitaciones intrínsecas del "jus edificandi".

Semejantes normas aun cuando concebidas y edictadas con una misma finalidad, se encuentran por motivos históricos un tanto dispersas, si bien predomina la tendencia de sistematizarlas en cuerpos normativos. Así, unas normas figuran en los Códigos Civiles -donde tuvieron su origen-, otras en textos legales aislados y otras adquieren cierta unidad, especialmente en Italia con los llamados Reglamentos Edilicios (de edificación) que también se encuentran con distintos nombres en otros países.

Resumiendo, como anteriormente se dijo, la zonificación -demarkada en zonas- se define por el objeto, el destinatario y los efectos jurídicos. A su vez, la zonificación incluye estos dos componentes, diferenciados pero conexos.

- a) La determinación del uso que deberá darse a las diversas porciones del territorio zonificado, lo cual se denomina técnicamente zonificación funcional.
- b) Las características que en cada una de tales porciones deberá tener la construcción, a lo que se denomina técnicamente zonificación arquitectónica.

(Ver, Testa, Virgilio, *Disciplina Urbanística*. Ed. Giuffré. Milano 1964, páginas 55, 83-84; Noel, F., *Le Droit de l'Urbanisme*. París. 1957. pág. 96; Mazza-Zolli, *obra citada*, págs. 289 y 371).

La zonificación y especialmente la zonificación funcional es un elemento constitutivo del Plan de Desarrollo Urbano y ha de establecerse, por tanto, en el mismo acto administrativo que la configura jurídicamente confiriéndole legitimidad. Es ello evidente porque, implicando la zonificación una limitación de la propiedad y otros derechos reales, únicamente puede dimanar de un acto que, como el Plan de Desarrollo Urbano, se forma y modifica con las garantías de un procedimiento que permite la intervención de los interesados (fase de información pública).

Partiendo así del Plan otros instrumentos pueden sucesivamente detallar las particularidades de la zonificación, mejor dicho, de ambas zonificaciones, la zonificación funcional y la zonificación arquitectónica.

Respecto a la zonificación funcional procedería complementar el Plan con ciertas especificaciones concernientes a las áreas demarcadas y al régimen de las mismas en relación al uso que tuvieran asignado, pero sobre todo lo atinente al volumen de construcción permitido. Este punto es de mayor importancia pues la zonificación, una vez determinado el uso, tiende a distribuir los volúmenes de construcción para obtener el balance de los elementos del Plan atendiendo a la totalidad de población calculada.

En suma, el Plan determina los usos, y la zonificación los volúmenes en función al cupo de población.

Estas prescripciones se encuentran en instrumentos subalternos, citándose como ejemplos el caso típico de Italia con sus Planes Reguladores Particularizados y en menor escala Francia con sus Planes de Ocupación de suelos.

Respecto a la zonificación arquitectónica la solución es distinta; los instrumentos complementarios del Plan en su mayor parte tienen carácter

reglamentario. Tales Reglamentos están previstos a dos niveles: unos, son estatales, como por ejemplo en Francia el “Reglamento Nacional de Urbanismo”; otros, en cambio, tienen carácter municipal cubriendo la mayoría de la actividad edificatoria, o sea, las regulaciones correspondientes a la arquitectura y a la construcción.

De este tipo reglamentario han de destacarse los llamados en Italia “Reglamentos Edilicios Comunales” que editan en armonía con la Ley de Urbanismo y el texto único de las leyes sanitarias (Ley 17 de agosto de 1942 reformada, Arts. 33 y 35), habiendo de añadirse a las normas de superior observancia las que contiene el Código Civil en sus Arts. 871 y 872; 873, 879, 889, 890, 891 y 899.

La profusión de materias propias de los Reglamentos Edilicios Comunales dificulta relacionarlas de una manera completa. Basta señalar que abarcan: las buenas reglas de construcción, alturas máximas y mínimas de los edificios, distancias, espacios interiores, salientes, masa y líneas arquitectónicas... dirección de obras, vigilancia, inspecciones... servidumbre..., etc. (Ver Testa, Virgilio. *Obra citada*, páginas 461-504).

### **3. El cuadro de la legislación urbanística vigente**

#### ***A. Los textos aplicables***

Lamentablemente aún no se ha dictado en Venezuela “una Ley nacional que regule la materia urbanística”, prevista como necesaria con un reenvío a ella, en el artículo 168 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

La falta de una norma de rango legal que discipline el urbanismo en sus distintos aspectos y niveles, produce las perturbaciones propias de todo vacío legislativo, haciendo propicia la arbitrariedad.

En efecto, es una ley, precisamente una ley formal, que ha de determinar la organización del urbanismo, en el orden nacional, supramunicipal y municipal, así como las activaciones que de alguna manera afecten a la propiedad privada, pues tanto la organización que atribuye competencias, como las limitaciones a la propiedad privada, forman parte de la reserva legal.

Existen algunas leyes aisladas, por ejemplo la de Sanidad e inclusive el Código Civil, que hacen referencia a determinadas particularidades de

la edificación, pero éstas constituyen aspectos parciales del urbanismo según se expresó anteriormente.

De otra parte, la actuación urbanística tiene un condicionamiento en la Ley Orgánica de Régimen Municipal y en la Ley Orgánica de la Administración Central, sin que cubran el conjunto del urbanismo.

En su defecto, son tan sólo pocas entidades municipales de superior población e importancia que han dictado normas urbanísticas en forma de Ordenanzas y Reglamentos. Es el caso del Distrito Federal y el Distrito Sucre, Estado Miranda, que celebraron un Convenio con fecha 27 de enero de 1972 en virtud del cual "establecen y mantienen en común los instrumentos y organismos fundamentales para la armónica ordenación urbana del Area Metropolitana de Caracas", si bien las Ordenanzas de idéntico contenido habrán de ser promulgadas y publicadas por las respectivas municipalidades. Por tanto no se trata de una auténtica Mancomunidad, como se afirma en el texto, sino de un mero Convenio de acción coincidente.

Las Ordenanzas simétricas de esta manera acordadas por los respectivos Concejos Municipales, son las siguientes:

1.- "Ordenanza sobre Ordenación Urbana del Area Metropolitana de Caracas y su zona de influencia". (G.M. del Distrito Sucre, Estado Miranda, del 26 de julio de 1972 y G.M. del Distrito Federal del 19 de agosto de 1972, para regir ambas desde el 1º de enero de 1973).

2.- "Ordenanza sobre Urbanismo, Arquitectura y Construcciones en general" (Distrito Federal, G.M. extraordinaria del 18 de abril de 1977, y Distrito Sucre, Estado Miranda, G.M. extraordinaria del 18 de agosto de 1978).

3.- "Ordenanza de Zonificación" que ya no es simétrica. Distrito Federal, G.M. extraordinaria del 16 de febrero de 1971 y Distrito Sucre, Estado Miranda, G.M. extraordinaria del 16 de febrero de 1978.

## **B. Supremacía del Plan**

Empero el instrumento preeminente en el proceso urbanístico es en Venezuela el "Plan de Desarrollo Urbano Local" cuya existencia dimana directamente de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (Art. 7 ordinal 3º y Art. 10 letra h), y no de las Ordenanzas Municipales que, a falta de una

norma nacional, reguladora de los Planes, establecen con mayor o menor acierto algunas de sus particularidades. Por tanto, las Ordenanzas Municipales han de atribuir al Plan un carácter condicionante y prevalente como efectivamente hacen.

Se ha de comenzar advirtiendo, ello es de la mayor importancia, que la Ordenanza sobre Ordenación Urbana del Area Metropolitana de Caracas, prima sobre las demás Ordenanzas, las cuales habrán de dictarse conforme a ella en todo lo relativo a la ordenación urbana (Art. 1º).

Esta Ordenanza dedica a los Planes de Desarrollo Urbano todo el título III, que comprende IV Capítulos con 22 Artículos, es decir, la mitad de la Ordenanza, lo cual demuestra la relevancia que tiene el Plan como pieza maestra de toda la actividad urbanística.

En efecto, el carácter condicionante y prevalente del Plan lo prescribe la referida Ordenanza cuando establece que no podrá realizarse ningún desarrollo urbano sino de conformidad, primero con el Plan General de Desarrollo Urbano y luego con las Ordenanzas y normas técnicas aplicables (Art. 41, p. 11).

Por tanto, los permisos otorgados en contravención con dicho Plan, "serán nulos de pleno derecho y no podrán surtir efecto alguno" (Art. 4, p. 4º), consecuencia que es aplicable a la realización de cualquier obra o actividad (Art. 4, p. 2).

Ahora bien, el Plan, según se explicó anteriormente, es un acto administrativo formal y en consecuencia ha de estar elaborado y aprobado conforme a un procedimiento que es condición necesaria para su validez.

Es así que la elaboración y aprobación del Plan General de Desarrollo Urbano esté cuidadosamente regulado por los artículos 27 a 38 de la Ordenanza sobre Ordenación Urbana del Area Metropolitana, Ordenanza preminente, y el artículo 7 ordinal 3º, en relación con el artículo 36 ordinal 9º de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Las fases integrantes del procedimiento se desenvuelven como sigue:

1.- Estudios, antecedentes y redacción del proyecto de Plan (artículos 14, 27, 28 y 30).

2.- Traslado del proyecto a la Comisión Metropolitana de Urbanismo que conocerá del mismo, poniéndolo inmediatamente a información o consulta pública (artículos 31 y 32).



Este trámite comporta una participación de la colectividad en un acto que ha de obligarla para presentar, tanto observaciones generales de colaboración como también alegaciones referidas a intereses particulares, todo ello sometido a la Oficina Metropolitana de Planeamiento Urbano, la cual, considerando cuanto se hubiere aducido, propondrá las modificaciones pertinentes (artículo 33).

3.- Dictaminado el proyecto por la Comisión Metropolitana de Urbanismo, ésta lo remitirá con todos los recaudos a los respectivos Concejos Municipales que, previa deliberación, acordarán aprobarla en los términos que resulten, si así lo decidieran, con lo cual el Plan adquirirá existencia jurídica, aun cuando no eficacia por faltarle su perfeccionamiento.

4.- Corresponde al Ministerio del Desarrollo Urbano la ulterior aprobación del Plan para que tenga desde entonces vigencia (Ley Orgánica de Régimen Municipal, artículo 7, ordinal 3º y Ley Orgánica de la Administración Central, artículo 37 primer párrafo y ordinal 6º).

Esta ulterior aprobación del Plan por parte de un órgano de la Administración Central, exigida también en la Ley española (artículo 28) y en la Ley italiana (artículo 3) se considera un control en un procedimiento de segundo grado o bien el complemento de un acto complejo, pero en cualquier caso constituye un requisito indispensable para el perfeccionamiento del Plan. (Ver F. Spantigati, *obra citada*, págs.110-113).

5.- Por último, la publicación en las Gacetas Municipales de los respectivos Concejos (artículo 38).

En cuanto al contenido del Plan puede quedar reducido a tres aspectos fundamentales: uno, la enunciación de metas y objetivos a alcanzar; otro, la demarcación o delimitación de todo el territorio municipal, atendiendo a las categorías del suelo (urbano y rústico sea urbanizable o de reserva agrícola) y finalmente, la determinación de áreas según el destino que tengan asignado.

Esto es, un resumen, lo que indica el artículo 24 de la Ordenanza sobre Ordenación Urbana del Area Metropolitana de Caracas.

Ha de insistirse en el último extremo, la determinación de áreas según su destino, pues, como anteriormente se dijo, los destinos posibles son reductibles a dos. Primeramente, el de cumplir con un fin público, a lo que se denomina técnicamente "localizaciones" (artículo 24, letras d y

e), debiéndose incluir en ellas los espacios destinados a edificios públicos o a servicios públicos. En segundo lugar, la determinación de las áreas destinadas a usos privados, lo que técnicamente se denomina “zonificaciones”. El texto utiliza para ambos casos el mismo nombre en un sentido atécnico pero con el bien entendido de que se trata de dos distintas categorías jurídicas diferenciadas por su función, por sus destinatarios y por sus efectos.

Las áreas que comportan localizaciones han de convertirse necesariamente en dominio público para ser objeto de obras públicas y uso público. En cambio, las áreas que comportan zonificaciones conservan su condición de propiedad privada, aún cuando sujeta a vinculaciones, limitaciones y deberes. Además el *jus aedificandi*, el derecho de edificar ha de ejercitarse conforme a las normas pertinentes, sobre todo las referentes a superficies, alturas, volúmenes, distancias, etc.

Ahora bien, tanto las localizaciones como las zonificaciones han de figurar en el Plan, del cual derivan el régimen jurídico que a cada una de ellas corresponde. Así, las localizaciones dan lugar a la expropiación de los inmuebles afectados, sin necesidad de declaración de utilidad pública, siendo suficiente que las obras -vialidad, edificaciones públicas o de uso público, acondicionamientos- “estén comprendidas en el Plan Regulador de la ciudad de Caracas, o en los planes de acondicionamiento o modernización de otras ciudades o agrupaciones urbanas, siempre que se elaboren y aprueben previamente por las autoridades competentes” (Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social, Art. 11 último párrafo). En cuanto a las zonificaciones es el Plan que ha de establecer las vinculaciones y limitaciones de cualquier clase concernientes a la propiedad.

Ahora bien, la zonificación es de dos especies: la *zonificación funcional* referente a la predeterminación de usos con todas sus consecuencias, y la *zonificación arquitectónica*, referente a las condiciones de la construcción. La zonificación funcional está regulada por las Ordenanzas de Zonificación y la zonificación arquitectónica por las Ordenanzas de Urbanismo, Arquitectura y Construcciones en general

Ambas Ordenanzas, dispuestas precisamente para la realización del Plan son instrumentos subalternos del mismo, con lo cual en manera alguna pueden contradecirlo (Ordenanza sobre Ordenación Urbana del Área Metropolitana de Caracas, artículo 23, y Ordenanza sobre

Urbanismo, Arquitectura y Construcciones en General, artículo 2, parágrafo 20).

## II. SITUACIÓN REAL DEL URBANISMO EN EL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS

Ha sido expuesto anteriormente el sistema jurídico del urbanismo en Venezuela y de una manera particular en el Área Metropolitana de Caracas. Mas ahora falta examinar la manera como queda en la realidad sin aplicación, pues las prácticas implantadas contradicen las normas y distorsionan el sistema.

En efecto, lo más importante es comprobar cómo el Plan de Desarrollo Urbano, clave del sistema, es eludido hasta producir su completa desaparición.

Por de pronto, se comienza presentando un pretendido "Plan General Urbano de Caracas, 1970-1990", denominación inexacta ya que no se trata sino de unos estudios previos sin las condiciones de contenido ni de formalización exigidas para un verdadero Plan de Desarrollo Urbano, tanto en la doctrina como en el Derecho comparado y en las regulaciones vigentes (Ordenanzas sobre Ordenación Urbana del Area Metropolitana, artículo 24 y artículos 27 a 38).

De otra parte, la Ordenanza de Urbanismo, Arquitectura y Construcciones en general que aún mantiene en su texto la existencia y preeminencia del Plan General de Desarrollo Urbano (artículo 2 parágrafos 1º y 2º, artículo 88), con evidente inconsecuencia establece, que, "la falta de promulgación del Plan General de Desarrollo Urbano no será obstáculo para sancionar los planos de zonificación del Distrito Sucre" (artículo 3) y con ellos las Ordenanzas correspondientes.

Semejante precepto resulta, actualmente ilegal por cuanto la Ley Orgánica de Régimen Municipal hace obligatorio el Plan de Desarrollo Urbano Local (artículo 10, letra h), y asimismo fue irregular al dictarse por infringir una norma de rango superior como lo es la Ordenanza sobre Ordenación Urbana del Area Metropolitana de Caracas que impone el Plan como supuesto necesario de toda la actuación urbanística.

Al sustituir el Plan de Desarrollo Urbano con Ordenanzas de Zonificación, que entonces carecen de basa legal, la zonificación ya no

obedece a un criterio permanente haciéndose inestable, con lo cual proliferan zonificaciones y rezonificaciones mediante Ordenanzas especiales, Decretos y Acuerdos cuya adopción es tan expeditiva que, de considerarse urgentes, pueden quedar aprobados en una sola discusión (Reglamento Interior y Debates del Distrito Sucre, de 23 de octubre de 1973, artículo 123).

La Ley Orgánica de Régimen Municipal trata de remediar las inseguridades con ello producidas, mientras no se dicte la Ley Nacional que regule la materia urbanística, prohibiendo los cambios de zonificación aislada o singular. Los cambios de zonificación integral de un sector no podrán hacerse antes de diez años, a no ser en las condiciones y con el procedimientos que se señalan.

Por lo demás resulta dudoso que estando preceptuada legalmente la existencia del Plan, las vinculaciones y limitaciones de la propiedad privada, que corresponden al mismo, pueda hacerlas por sí sola una Ordenanza de Zonificación.

En todo caso, las alteraciones producidas con los sucesivos cambios en las situaciones jurídicas consolidadas originan la lesión de derechos subjetivos, lo que da lugar a nulidades, restablecimientos o reparaciones.

Otro punto a destacar es la confusión introducida en las Ordenanzas de Zonificación al no diferenciar, incluyéndolas en un mismo elenco, las verdaderas zonas, referidas a terrenos de propiedad privada y las otras zonas denominadas técnicamente localizaciones que han de ser objeto de dominio y uso público, con lo cual se pretende algunas veces que ello constituye una limitación de la propiedad, sobre todo en zonas verdes públicas, en vez de comportar por el contrario la adquisición o indemnización por parte de la Administración, utilizando si es preciso el procedimiento expropiatorio.

Así lo exige ahora la Ley Orgánica de Régimen Municipal al disponer que, "cuando con la promulgación de un Plan de Desarrollo Urbano Local se afecten terrenos de propiedad privada para usos recreacionales o deportivos, asistenciales, educacionales o para cualquier uso público, se indicará el plazo dentro del cual el Municipio deberá adquirir esos terrenos. Este plazo en ningún caso podrá exceder de cuatro años, vencido el cual sin que el Municipio haya adquirido esos bienes se considerará sin efecto dicha afectación." (artículo 85).

He aquí descrito el régimen de la planificación y zonificación en el Área Metropolitana de Caracas, tal como se encuentra actualmente establecido mientras se regule la totalidad del desarrollo urbanístico, lo cual requiere un texto legal ya previsto en la Ley Orgánica del Régimen Municipal.

**La impresión de este libro se realizó en los talleres  
gráficos de la Nación, adscritos al Servicio Autónomo  
Imprenta Nacional y Gaceta Oficial de la República,  
en el mes de julio de 1997**

Desde muy temprana edad se dedicó el Dr. Moles a la doctrina y a la investigación. Países como España, Francia, Panamá, México y Venezuela disfrutaron del privilegio de tenerlo en su personal docente. Desde esa época hasta su fallecimiento, publicó numerosos trabajos en materia Administrativa, Constitucional, Municipal, Contencioso-Administrativo, Urbanismo, constituyendo el Administrativo su especialidad. Sus obras sobre Derecho Administrativo y sobre el Contencioso-Administrativo le dan al profesor Moles una figuración entre los grandes del Derecho en Europa y Latinoamérica.

El profesor Moles, así, en lenguaje cotidiano, como lo conocí desde mis comienzos en la antigua Facultad de Derecho hace más de treinta años, nació en Puigcerdá (Gerona), España, el 8 de octubre de 1900, inició sus estudios secundarios en los institutos de Palma de Mallorca y Alicante; con posterioridad obtuvo la licenciatura y su doctorado en Derecho en las Universidades de Valladolid y Central de Madrid. Inicia su brillante periplo internacional en la Universidad de Barcelona y pasa luego al Institute de Droit Comparé de la Université de Toulouse. Latinoamérica también fue escenario de su larga y meritoria carrera que lo ubica entre los más notables juristas del mundo Hispanoamericano. Formó parte del profesorado de la Universidad Michocana de San Nicolás de Hidalgo, Morelia, México, de la Universidad Interamericana de Panamá, terminando su labor docente en la Universidad Central de Venezuela, en 1979.

**Alfredo Arismendi A.**

