

§ 15. IMPLICACIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Antonio MOLES CAUBET
*Director del Instituto de Derecho Público
de la Universidad Central de Venezuela*

SUMARIO

- I. PRINCIPIOS CON TRASCENDENCIA JURÍDICA Y PRINCIPIOS INCORPORADOS A LA NORMA. A) *Planteamiento de la cuestión.* B) *Contextura normativa del principio de legalidad.* a) Actividades funcionales de la administración necesariamente reguladas por la ley. b) Ordenación prelativa de las normas.
- II. MODOS DE VINCULAR LA ADMINISTRACION A LA LEY. GRADOS DE SUBORDINACIÓN. A) *Legalidad de los actos administrativos reglamentarios. Fórmulas vinculatorias.* a) Aplicación de la primera fórmula vinculatoria. b) Aplicación de la segunda fórmula vinculatoria. 1. El caso de los Reglamentos ejecutivos. 2. Reglamentos diferentemente vinculados. c) Aplicación de la tercera fórmula vinculatoria. d) Aplicación de la cuarta fórmula vinculatoria. B) *Legalidad de los actos administrativos singulares.* a) Actos incluidos en la relación de conformidad. 1. Actos derivados de una regla legal taxativa. 2. Actos resultantes del cumplimiento de deberes administrativos. b) Actos incluidos en la relación de compatibilidad. C) *Ejecución y aplicación de las reglas legales.*
- III. DINÁMICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. A) *Términos de la relación regla legal-acto administrativo.* B) *Las incidencias del hecho y su unificación con el Derecho en el cuadro de la legalidad administrativa*

I

PRINCIPIOS CON TRASCENDENCIA JURIDICA Y PRINCIPIOS INCORPORADOS A LA NORMA

A) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

Los Estados de régimen administrativo, cuya configuración corresponde al modelo doctrinal y organizativo de la revolución francesa y sus epígonos —bonapartismo y restauración— se caracterizan por la concurrencia de cuatro notas distintivas. Primero, una nueva rama del Derecho Público,

el Derecho Administrativo, regula la administración pública. Segundo, aparece la categoría de derechos subjetivos con un contenido público. Tercero, la tutela de situaciones jurídicas de tal calidad, queda atribuida a una jurisdicción especial, la contencioso-administrativa, que también corrige las irregularidades de la Administración constitutivas *d'excès de pouvoir* (recurso objetivo). Cuarto, 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 . . . y sobre todo los países latinoamericanos. Ahora bien; solamente ellos tienen el principio de legalidad. 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.

Dicho 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"¹ en vez del principio de legalidad propiamente dicho. Comprende los países de la "Common Law", Inglaterra, Norteamérica y parte de Asia, África y Oceanía. Experimentan sin embargo una acelerada transformación que, cada vez más, los acerca a los Estados de régimen administrativo.

El tipo de Estado socialista cuenta con un Derecho Administrativo sumamente desarrollado, en cambio carece de una auténtica jurisdicción contencioso-administrativa. Los derechos subjetivos de cualquier índole no tienen un fin en sí mismos sino que quedan subordinados siempre al cumplimiento de ordenaciones objetivas. En este tipo de Estado rige el principio de legalidad socialista.

Se ha de comenzar sentando, que el principio de legalidad es un verdadero principio —*principium est primum*— consistente en aquella proposición general que condiciona la totalidad de un sistema jurídico. Es-

1. A. V. Dicey: *Law of the Constitution*. London, 1885. R. Entrena Cuesta: "La contraposición entre régimen administrativo y *Rule of Law*". En *Estudios Jornada de Pozas*. Madrid, 1956, III, 1.

pecíficamente, el principio de legalidad pertenece a la categoría de los principios normativos, es decir, proposiciones generales con fuerza constitutiva que, de una u otra manera, operan como normas. En este sentido tienen, pues, la función de principios axiomáticos, aun cuando puedan servir asimismo, según los casos, de principios constructivos.

El principio normativo ha comenzado siendo frecuentemente un postulado de razón o de convicción que, una vez madurado en la conciencia histórica, alcanza valor jurídico y llega inclusive a "positivizarse". Esto es lo que ha sucedido con las Declaraciones de derechos del Hombre y del ciudadano, en puridad auténticos principios normativos, los cuales actúan, sea como "Derecho detrás del Derecho", sea como contenido "dogmático" de las Constituciones.²

También en el principio de legalidad subyace desde luego una vieja idea política —la de impedir cualquier actuación arbitraria del Poder Público— convertida, al hacerse históricamente realizable, en una norma más o menos explicitada del Ordenamiento Jurídico.

He aquí, pues, apuntado el desenvolvimiento del principio de legalidad que, en razón de su compleja estructura, comporta numerosas implicaciones, políticas, jurídicas y lógicas.³

2. Josef Esser: *Principio y Norma* (traducción del alemán por Eduardo Valenti Fiol). Ed. Bosch, Barcelona, 1961, pp. 5, 38, 55-56, 62-65, 87-97, 114-129 y 120-130. M. Hauriou: *Précis de Droit Constitutionnel*. Librairie du Recueil Sirey. Paris, 1929, p. 631.

La Corte Suprema de Justicia Venezolana considera obligatoria la observancia de los principios normativos, como aquel que afirma el derecho de defensa, por ser "inspirador del sistema jurídico e institucional de Venezuela", aun cuando no figurase literalmente incorporado a ningún artículo de la Constitución. Así, al incluirse ahora al texto constitucional de 1961 en su artículo 68, éste no hace otra cosa que "consagrar lo que ha estado en el espíritu de todas las Constituciones anteriores", se declarara o no en su articulado. Esta luminosa doctrina jurisprudencial se encuentra en la Sentencia de 18 de enero de 1966, cuyo ponente fue el Magistrado, profesor José Román Duque Sánchez, que publica la *Gaceta Oficial* N° 27.947, de 26 de enero de 1966.

3. Respecto a los supuestos políticos del principio de legalidad, Karl Schmitt: *Teoría de la Constitución* (traducción de Francisco Ayala). Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, pp. 41-45, 145-149, 151-152, 182-192. Sobre la lógica en tanto que elemento jurídico, Guido Calogero: *La logica del giudice ed il suo controllo in cassazione*. Ed. Cedam. Padova, 1937. Josef Esser: Obra citada, pp. 72-73, 117 y 141-142. Una aplicación concreta de

Mas, ¿qué se entiende por principio de legalidad? Las contestaciones suelen ser fragmentarias, imprecisas y no pocas veces confusas. Lo más frecuente es que se limiten a destacar uno solo de los aspectos, el relacional, afirmando 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*. Prosiguiendo así la misma línea del pensamiento podría enunciarse el principio de legalidad en estos o parecidos términos: toda actividad derivada de una función administrativa estará regida por la ley y/o las demás normas a ella subordinadas.

Pero reflexionando sobre los términos utilizados se hace necesario preguntarse en seguida: ¿Cuándo una actividad administrativa *es conforme* a la regla de Derecho? ¿Cuándo se considera que *la respeta*? ¿Se supone que ha de coincidir con el precepto legal o es suficiente que no lo contradiga? ¿Qué expresan exactamente en el plano jurídico los vocablos "ser conforme" o "respetar" la regla de Derecho, "desarrollar la administración sobre bases legales" o "regirla mediante la ley"? Una respuesta satisfactoria no puede remitirse al significado gramatical ni por lo tanto se encontrará la clave en el Diccionario. El enfoque ha de tener un distinto punto de partida, habiendo de situarse en un ámbito estrictamente jurídico.

El principio de legalidad representa algo más que una simple directiva, ya que sirve de soporte a la administración pública, convirtiéndola en administración legal. Por otra parte es el fundamento del Derecho Administrativo.

Cierto que el principio de legalidad tiene una evidencia política e inclusive un sentido intuitivo, pero se hace difícil reducirlo a definición conceptual pues ésta siempre ha de dejar resuelta "una ecuación de conceptos" (Pfänder). No obstante, puede describirse conforme a un esquema lógico. En efecto, el principio de legalidad aparece constituido por tres elementos: un presupuesto y dos consecuencias sucesivas.

El presupuesto consiste en la determinación objetiva de las normas excluyentes y concurrentes (estratografía de la normación). La consecuencia inmediata, es el grado requerido de vinculación (relación norma-administración). La subconsecuencia, resulta de las distintas maneras de apli-

la Lógica al principio de legalidad, Rupert Schreiber: *Logik des Rechts*. Springer —Verlag OHG. Berlin-Göttingen— Heidelberg, 1962, Dritter Abschnitt, Kap. II, 1-2.

car la norma adecuada, atendiendo a las modalidades de cada caso concreto (relación administración - acto individuado).

B) CONTEXTURA NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Por su preeminencia 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 austríaca 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 Federal Alemana, cuyo artículo 20, párrafo segundo, contiene este precepto: “Los poderes ejecutivo y judicial 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 entran en juego, proposiciones apodícticas (“esta 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”).

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.

Otra manera de conferir rango constitucional al principio de legalidad se obtiene 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.

Por de pronto, precisa considerar cómo el principio de legalidad opera constitucionalmente en tres direcciones, a saber: delimitando el espacio legalmente normado donde tan sólo puede intervenir la ley; asegurando el orden prelativo de las normas subordinadas a la ley, y últimamente con la

determinación de la norma o normas que hayan de aplicarse al caso concreto.

a) *Actividades funcionales de la administración necesariamente reguladas por la ley*

Un primer punto a destacar es el de aquellos dominios de la administración que requieren estar cubiertos por la ley, o bien, donde tan sólo una ley puede legitimar la actuación administrativa. Claro que ello depende de la medida adoptada por las diversas Constituciones. La venezolana servirá ahora de término comparativo en la siguiente relación:

— Primero, dado su significado histórico, se ponen de relieve los derechos fundamentales y las garantías típicas que integran la "reserva legal" clásica (artículos 60 a 71). A ella se añaden los derechos derivados (artículos 79, 82, 91, 92) y los derechos políticos (artículos 42, 111, 112, 114).

En cuanto a las cargas tributarias han estado tradicionalmente reservadas a la ley, habiendo constituido esta particularidad una reivindicación política. Inclusive fueron consideradas una autoimposición, decidida representativamente por el Parlamento, pero no cabe duda alguna, según había advertido Otto Mayer, que es en puridad el efecto de un poder tributario (*Finanzgewalt*), ejercido conforme a los preceptos de la Constitución y de la Legislación.⁴ De esta manera, si bien el artículo 56 prescribe la obligación de contribuir a los gastos públicos, el artículo 244 indica que, "no podrá cobrarse ningún impuesto ni contribución que no estén establecidos por la ley".

Lo impreciso del texto deja en la duda de si se refiere a toda clase de exacciones, incluyendo las tasas, sean fiscales o parafiscales.

Tampoco resulta mucho más explícita la Constitución francesa, necesitando aclarar el Consejo de Estado, que la creación de cualquier clase de tasa se encontraba asimismo cubierta por el principio de legalidad.

4. Prescindiendo de sus remotos orígenes medievales, el concepto de autoimposición se encuentra expresado en el artículo 4 del *Bill of Rights* de 1689, siendo aún sostenido por S. Bartholini: *Il principio di legalità dei tributi in materia d'imposte*. Ed. Cedam. Pavoda, 1957. Ver M. S. Giannini: *Diritto Amministrativo*. Ed. Giufrè, Milano, 1950, Vol. II, pp. 1264-1272.

Idéntico criterio sostiene la doctrina jurídica venezolana, siquiera carezca de una declaración jurisprudencial tan categórica.⁵

Correlativa a la carga tributaria, y con un proceso histórico análogo, figura una carga personal, el servicio militar obligatorio, que corresponde igualmente a un deber (artículo 53), cuyo cumplimiento ha de producirse "en los términos pautados por la ley" (artículo 60, N° 9°). Ahora que, una vez se forma parte del Ejército, el deber inicial queda convertido en una auténtica obligación, dependiente de Reglamentos internos y de Ordenes disciplinarias como consecuencia de las denominadas "relaciones especiales de subordinación" o bien "relaciones de supremacía especial".⁶

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 atañe 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 que la Constitución venezolana garantiza el derecho subjetivo de propiedad, aun 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 lo tanto, la propiedad, siempre que lo disponga expresamente la ley, es susceptible de ciertos sacrificios en beneficio general, cuyo ejem-

-
5. Paul Marie Gaudemet: *Précis de Finances Publiques*. Ed. Montchrestien. París, 1970. Vol. II, pp. 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 mayo de 1966. Sala Política y Administrativa. *Gaceta Oficial* N° 28.039, de 23 de mayo. Sentencia N° 263 del Tribunal de Apelaciones del Impuesto sobre la Renta de 18 noviembre de 1963, confirmada por la Corte Suprema de Justicia. Jurisprudencia del Impuesto sobre la Renta. Ministerio de Hacienda, Caracas, 1967. Tomo III, pp. 57 y 420. Hay un estudio muy completo y documentado, obrante en los autos del profesor Florencio Contreras Quintero, sosteniendo la doctrina admitida.
 6. El artículo 6 del *Bill of Rights* disponía que la leva militar y el mantenimiento del Ejército se sometiera al consentimiento del Parlamento. La Constitución francesa de 1795 (año III), establece el deber militar con sujeción a la ley. Ver V. Bachelet: *Disciplina militare e Ordinamiento giuridico Statale*. Ed. Giufrè. Milano, 1962.

plo más ostensible ofrece su transferencia coactiva (artículo 101). Además, ha de soportar de igual manera limitaciones propiamente dichas y distintas imposiciones autoritarias.⁷

— Siguiendo una reciente tendencia 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 *aufferre*, quitar), mediante cuya aplicación el poder público sacrifica el interés de un particular en beneficio colectivo.⁸

La noción de ablación —elaborada por el Derecho Intermedio— ha ido adquiriendo, en el transcurso de este siglo, forma procedimental, tanto más importante en cuanto que 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 perfil jurídico de la ablación, respecto a derechos, intereses y situaciones subjetivas que exige un procedimiento legal.⁹

7. Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución* (traducción de Francisco Ayala). Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, pp. 192, 199 y 210. S. Pugliatti: *La proprietà del nuovo Diritto*. Ed. Giuffrè, Milano, 1954. M. Constantino: *Contributo alla teoria giuridica della proprietà*. Ed. Jovane, Nápoli, 1967.

8. F. Benvenuti: “Funzione amministrativa, procedimento, proceso”. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1952, p. 118 y ss. F. Bartolomei: *Contributo ad una teoria del procedimento ablatorio*. Ed. Giuffrè, Milano, 1962. M. S. Giannini. Obra citada, pp. 820-825 y 1181-1289.

9. L. Galateria: *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*. Ed. Giuffrè, Milano, 1950. M. S. Giannini: “Provvedimenti ablatori in materia sanitaria”,

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 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 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. Por tanto, no cabe duda alguna que se trata de un verdadero principio constitucional cuya fuerza constitutiva, en defecto de norma concreta, corresponde reconocer a la jurisprudencia ¹⁰

— 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 incluyendo la potestad administrativa, o sea, la situación subjetiva constituida por el complejo de poderes, derechos y deberes pertenecientes a la admi-

en *Revista bimestral di Diritto Sanitario*. Roma, 1963. G. Zanobini: *Le sanzioni amministrative*. Torino, 1924. F. Benvenuti: *Sul concetto di sanzione*. Jus, 1955. P. Barile: *La libertà nella costituzione italiana*. Cedam. Padova, 1966. F. Bartolomei: *L'espropriazione nel Diritto Pubblico*. Ed. Giuffrè. Milano, 1965, 2 vol. R. Lucifredi: *Le prestazioni obbligatorie in natura dei privati alle pubbliche amministrazioni*. Cedam, Padova, 1934, 1935, 2 vol.

10. Josef Esser: Obra citada, p. 88. En Francia la noción equivalente al procedimiento ablativo 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. Castagne: *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de la police administrative*. Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1968. André de Laubadère: *Traité élémentaire de Droit Administratif* Ed. L. G. D. J., Paris, 1963, I. I. p. 263 y III, p. 96-99. J. De Soto: *Récours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique*. Etudes et Documents N° 6, 1952, p. 64 y siguientes. B. Jeanneau: *Les principes généraux du Droit*. Ed. Sirey, Paris, 1954, pp. 78-91.

nistración.¹¹ 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-tribuère* (proviniente de *at-tributio-ônis*, 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 *compètere*, 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.

— La actividad organizativa, dimanante del poder de organización, está primordialmente regida por la ley. Por tanto, ésta en primer término es 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. 2), 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

11. M. S. Giannini: Obra citada, pp. 501-506.

objeto de diversos acomodamientos, precisamente para compaginar la vigencia del principio de legalidad con la eficacia administrativa.¹²

— 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,¹³ 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^o 11). He aquí, pues, una nueva aplicación del principio de legalidad.

— 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

12. En Francia, el ejercicio de los poderes organizativos ha experimentado una aleccionadora variación. Véase, para el período de la Tercera República, R. Carré de Malberg: *Contribution à une theorie générale de l'Etat*. Ed. Sirey, Paris, 1920, T. I, pp. 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 Laubadère: Obra citada, T. I, pp. 76-77 y 82. Para todo cuanto se refiere al poder organizativo en general, ver M. S. Giannini: Obra citada, pp. 313-333, 376, 790 y 1294.

13. Ernst Forsthoﬀ: *Tratado de Derecho Administrativo*. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 473 y siguientes. Renato Alessi: *Le prestazioni amministrative rese ai privati*. Ed. Giuffrè, Milano, 1956. M. S. Giannini: *Le obbligazioni pubbliche*, Ed. Jandri Sapi, Roma, pp. 44-50. U. Pototschnig: *I pubblici servizi*. Ed. Cedam, Padova, 1964.

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.¹⁴

*

Este es, conforme a la Constitución venezolana, el campo acotado por la ley, donde tan sólo ella vale, si bien de la misma deriven otras especies normativas.

La formulación lógica de semejante exigencia jurídica, corresponde a una proposición apodíctica que expresa la necesidad de una ley y la imposibilidad de que no sea precisamente la ley. Dicho en términos de la lógica formal: "S es necesariamente P". (Pfänder).

b) *Ordenación prelativa de las normas*

La dogmática revolucionaria concebía el principio de legalidad como un verdadero monopolio de la ley. Esta era el único módulo de la actividad ejecutiva. Según el simplista esquema constitucional, un Poder Legislativo preeminente, edicta en cualquier materia del interés general, y un Poder Ejecutivo subalterno se limita a ejecutar lo edictado.¹⁵

Además, desde el punto de vista político, la ley, adoptada directa o representativamente por los mismos obligados a cumplirla, aparecía como el vehículo de la libertad y la contrapartida de la arbitrariedad, lo que explica su superlativa valoración social.¹⁶

Empero, habiendo sobrevenido nuevas fuentes de la legalidad y por tanto otras reglas jurídicas, la ley forma junto con ellas el llamado "bloque legal" (M. Hauriou), haciéndose entonces imprescindible ordenarlas

-
14. Ver A. de Laubadère: Obra citada, T. I, pp. 197-198; 251-252 y 272-273. Renato Alessi: *La revoca degli alti amministratori*, Ed. Giuffrè, Milano, 1956.
 15. Actualmente no cabe identificar el Poder Ejecutivo con aparato administrativo y administración. M. S. Giannini: Obra citada, T. I, pp. 6, 7, 33-34, 43-45; 56-59; 63-81 y 445-447. Eduardo García de Enterría: "Verso un concetto amministrativo como Diritto Statutario", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, N° 2-3.
 16. J. J. Rousseau: *Le Contrat Social*, Livre II, chap II. Ver Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1793, artículos 4, 9, 11, 12 y 14.

jerárquicamente, atendiendo a su distinta fuerza jurídica. La ley tiene, desde luego, la supremacía sobre todo el resto, ahora que su campo no es ya ilimitado y en algún espacio puede ser reemplazada por otra norma. Así sucede en Francia, cuya Constitución hace contenido de la ley determinadas materias (artículo 34), asignando las demás a los Reglamentos (artículo 37). Por otra parte, en la mayoría de países, una especie nuevamente conformada, los principios generales del Derecho, pueden sustituir a la ley, quedando con ella equiparados. Los principios generales del Derecho adquieren auge y calificación entre las fuentes, hacia el segundo tercio de este siglo, concretamente alrededor de los años 40. A diferencia de su calidad anterior no se trata de postulados de Derecho Natural ni de proposiciones axiomáticas —simples medios integradores— sino de generalizaciones del Ordenamiento Jurídico positivo, con lo que vienen a formar parte del mismo. Así constituyen verdaderas fuentes del Derecho y por tanto del Derecho Administrativo.¹⁷

Ahora que, dada una pluralidad de normas, corresponde al Ordenamiento Jurídico fijar el orden prelativo en razón a su valor respectivo. Entonces queda, ante todo, determinado un rango legal, donde figura la ley y las demás normas a la misma asimiladas, entre ellas los principios generales del Derecho. Le sigue el rango sublegal, llamado así para expresar una relación de dependencia, que incluye los diversos actos normativos de la administración. A su vez, las normas situadas en cada rango pueden tener entre sí prioridad, equivalencia o minivalencia. La ley y los actos normativos a ella asimilados, son el punto de referencia para graduar el valor de las demás normas que le están subordinadas. Sin embargo, el nexo entre las normas de rango legal y de rango sublegal, plantea una difícil problemática que, al menos en parte, será luego abordada. En cuanto a estas últimas, se encuentran escalonadas con arreglo al principio de jerarquía organizativa que determina el orden jerárquico de la Administración. Este conjunto ordenado de normas suele representarse geométricamente con la llamada "pirámide de la legalidad". Las reglas de Derecho de mayor calidad y fuerza jurídica al ápice o vértice superior, quedando situadas las demás en niveles inferiores, conforme a un orden decreciente que expresa el índice de su sucesiva subordinación. Las reglas de supe-

17. A. de Laubadère: Obra citada, I, pp. 199-202 y 440. Benoît-Jeanneau: *Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence administrative*. Ed. Sirey, Paris, 1954. Eduardo García de Enterría: "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", en *Revista de Administración Pública*, Nº 40, enero-abril 1963, p. 189-222.

rior nivel privan sobre las de nivel inferior. En ello consiste la jerarquía de las normas o reglas de Derecho.

Ahora bien, cuáles sean tales normas y de qué manera quedan jerarquizadas, depende del sistema de fuentes propias de cada Ordenamiento Jurídico. No obstante, puede afirmarse que los Estados de régimen administrativo adoptan *mutas mutandi* una análoga jerarquización.

En el esquema piramidal cabe distinguir tres estratos. El primero, correspondiente al vértice de la pirámide, agrupa las normas externas a la Administración, es decir, las legislativas y asimiladas: leyes orgánicas, leyes ordinarias, Tratados Internacionales, Derecho Internacional, Derecho Comunitario, los Actos parlamentarios sin forma de ley, Actos de Gobierno y principios generales del Derecho. El segundo estrato aloja normas *sui generis*. Se trata de actos normativos con fuerza de ley y entre ellos se encuentran: los Decretos dictados sobre materias de naturaleza administrativa conforme al artículo 37 de la Constitución francesa; los Decretos-leyes propiamente dichos y en Francia las Ordenanzas legislativas previstas en el artículo 38 de la Constitución. En el estrato inferior se encuentran todos los actos normativos de la Administración, o sea, los llamados genéricamente actos reglamentarios, aun cuando tengan entre sí, según se dijo, una distinta jerarquía. Semejante ordenación, dispuesta en realidad por estratos, constituye así una estratografía normativa.¹⁸

Según puede advertirse, una segunda exigencia de la legalidad consiste en asegurar el mantenimiento del orden prelativo de las reglas de Derecho. Es por ello que los textos legales de algunos países estiman necesario prescribirlo expresamente, conforme lo hace la Ley española del Régimen Jurídico de la Administración: "Ninguna disposición —indica el artículo 23— podrá vulnerar preceptos de otro grado superior", añadiendo:

18. 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 particularizados. Ver A. de Laubadere: Obra citada, T. I, pp. 69 y ss. 76 y ss. V. Crisafulli: "Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti", en *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, N° 4, p. 775 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, pp. 99 y ss. José Luis Villar Palasi: *Derecho Administrativo*. Universidad de Madrid, 1968, vol. I, pp. 292-312; 363-385; 392-397 y 406-408. E. García de Enterria: *Apuntes de Derecho Administrativo*. (Curso 1970-71) Mimeografiado N° 1, pp. 35 ss. Manuel

“Las disposiciones administrativas de carácter general se ajustarán a la siguiente jerarquía normativa: Primero: Decretos; Segundo: Ordenes acordadas por las Comisiones Delegadas del Gobierno; Tercero: Ordenes Ministeriales; Cuarto: Disposiciones de autoridades y órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía. El artículo 26 tiene previsto que, “La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes ni regular, salvo autorización expresa de una ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes”, resultando, caso contrario, “nulas de pleno Derecho” (artículo 28) e “inaplicables” por los Tribunales (artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

También el orden jerárquico comprende los actos administrativos singulares. En consecuencia: 1º Al dictar los órganos administrativos, actos singulares o individualizados han de ajustarse a las reglas generales. Superioridad de los actos reglamentarios. 2º Los órganos administrativos no pueden contrariar sus propios Reglamentos, conforme a la máxima *tu patere legem quam feciste*. 3º En principio, una autoridad superior no puede adoptar una decisión singular o individual contraria a la norma reglamentaria regularmente dictada por el órgano inferior (*Arrête* del Consejo de Estado francés, 3 julio 1931, *Commune Clarmant*). Igualmente lo señala el artículo 30 de la Ley española de Régimen Jurídico de la Administración: “Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan rango igual o inferior a éstas”. 4º Por último, los actos administrativos singulares o individuales creadores de derechos —actos constitutivos, contratos, concesiones, etc.— comportan un límite de la legalidad en el sentido de que no consienten alteraciones perjudiciales sino por medio de la ley —reserva legal— según fue explicado anteriormente.

*

Francisco Clavero: “¿Existen Reglamentos Autónomos en el Derecho español?”, en *Revista de Administración Pública*, N° 62, 1970, pp. 9-34. Lorenzo Martín Retortillo: *Actos administrativos generales y Reglamentos*, *Idem*, N° 40, 1963. José Luis Meilán 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, pp. 29 y ss. E. Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*. Misma Editora, 1963, pp. 35 y ss. A. Moles Caubet: *Lecciones de Derecho Administrativo*. (Curso 1956-57), mimeografiado IV, pp. 40 ss.

El orden prelativo de las normas, dada la función específica de cada una, ni es rígido ni inmutable. La prelación no puede ser pura y simple. Cabe, por el contrario, la concurrencia de leyes de distintas clases (atributivas, de organización, leyes-medida, etc.), o de diferente contenido material (minas, aguas, carreteras, orden público...), o especies legales del mismo rango (Tratados Internacionales, Actos de Gobierno, principios generales del Derecho), o leyes de variada eficacia (degradadas, heterodegradadas, deslegalizadas, reviviscentes, leyes necesitadas de Reglamento...), o *Normas principales y auxiliares* o *Normas sobre Normas*... Ello requiere efectuar una búsqueda y una elección. Es decir, "Hallar el grupo normativo vigente, entre el cúmulo de disposiciones, establecer los límites de su fuerza imperativa" y seleccionar la adecuada, o mejor la serie adecuada, teniendo en cuenta la materia y el caso.¹⁹

II

MODOS DE VINCULAR LA ADMINISTRACION A LA LEY.

GRADOS DE SUBORDINACION

La administración está subordinada a la ley. Esta necesidad jurídica se ha expresado, no obstante su trascendencia, en un lenguaje carente de exactitud. Se repite así que las funciones administrativas deben adaptarse a la ley o bien ser realizadas de acuerdo con ella.

El principio de legalidad comprende por igual todos los actos administrativos, sea cualquiera su especie, tanto los actos generales o reglamentarios como los actos singulares. El acto reglamentario se encuentra condicionado por la ley o el reglamento de superior jerarquía, enlazado en virtud del tracto sucesivo, hasta ascender a la ley. El acto singular lo está por cualquier acto normativo.

Mas la vinculación del acto reglamentario inferior a la norma de superior jerarquía, ordinariamente la ley, se verifica conforme a varias posibilidades que marcan los grados de vinculación. A su vez, la concordancia entre el acto singular —individuo o individual— y la norma antecedente, sea la ley o el reglamento, también tiene lugar con arreglo a peculiares modalidades. Habrá, pues, que distinguir las situaciones creadas por unos y otros, lo cual se hace seguidamente.

19. José Villar Palasi: *Obra citada*, pp. 334-360 y 459-490.

A) LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS REGLAMENTARIOS.
FORMULAS VINCULATORIAS

La legalidad de los actos administrativos reglamentarios está determinada por el distinto modo de quedar vinculados, sea de una manera inmediata a la ley, sea de una manera mediata a la norma de superior jerarquía. Estas vinculaciones se producen siguiendo cuatro fórmulas vinculatorias.

1a.) El principio de legalidad se manifiesta como el cumplimiento de aquello que la ley ordena imperativamente o establece taxativamente. Por tanto, si se trata de una regla legal imperativa, el cumplimiento resulta ineludible en los términos de una verdadera obligación. Si se trata de una regla legal taxativa la conducta de la Administración queda prefijada, sin opción alguna. Entonces el acto reglamentario derivado no admite ningún otro contenido.

2a.) El principio de legalidad supone una autorización legal (*Ermächtigung*) que es la medida de los poderes ejercitados. Toda la actividad de la Administración que no concuerda con el poder conferido es irregular. En consecuencia, lo que no está permitido se considera prohibido, aplicando la máxima, *quae non sunt permissa prohibita intelligentur*.

La regla legal habilitante es reductible al siguiente esquema: "En tal caso la Administración *podrá* adoptar tales decisiones", bien sea una determinada, lo cual señala el mínimo de la habilitación, bien sea otra cualquiera de las previstas, lo cual señala el máximo. Existe, pues, un margen variable de opción que permite dar al acto reglamentario diversos contenidos.

3a.) La Administración puede realizar cuanto no le esté prohibido por la regla legal, en virtud de una autorización expresa de la misma y asimismo de una permisón general implícita. 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 la autorización expresa, contenida en la propia regla legal, no ofrece duda alguna. Es la que sigue 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 prohiba específicamente*, preceptos administrativos generales. Regula, *salvo que la ley no determine otra cosa*, la institución de autoridades".

Ahora, el punto crítico se suscita cuando se alega una permisón implícita que sea válida como regla de competencia. En Francia, la doctrina prevalente se ha pronunciado siempre por la afirmativa, aduciendo el ejemplo de los Reglamentos autónomos anteriores a la Constitución de 1958.²⁰ Semejante criterio lo compartió también el Consejo de Estado en sucesivas decisiones, que se inician con el "arrête" Heyriès, de 28 de junio de 1908 y el "arrête" Labonne, de 8 de agosto de 1919, reconociendo la facultad de dictar Reglamentos de Policía, en defecto de 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 se hacía derivar de un principio general del Derecho y ahora de un principio constitucional.²¹

4a.) Cabe también una fórmula mixta originada por la concurrencia de una regla legal imperativa combinada con otra regla legal habilitante, cuyo esquema sería éste: "La Administración *deberá adoptar* (imperativo) *todas las medidas oportunas* para obtener tales o cuales resultados (facultad habilitante)".

Quedó ya descrito anteriormente el papel de la ley en el cumplimiento del principio de legalidad. Ahora falta comprobar cómo encajan con ella los actos reglamentarios, según la aplicación de las distintas fórmulas vinculatorias.

a) *Aplicación de la primera fórmula vinculatoria*

Tal es el caso de los actos reglamentarios que hayan de ser irremisiblemente dictados respondiendo a una regla legal imperativa. En efecto, la ley establece algunas veces un imperativo a la manera de un mandamiento apremiante o de una orden conminatoria. Entonces el precepto impone verdaderas obligaciones de hacer, sin que quepa eludirlas con una absten-

20. Ha habido unanimidad (Duguit, M. Hauriou, Moreau, Cahen, Esmein, Jèze, Eisenmann). Ver R. Carré de Malberg: *Obra citada*, T. I, pp. 652-668, especialmente p. 663.

21. "El deber de buena administración forma el esqueleto del Ordenamiento Administrativo entero", afirma María Rivalta: *La motivazione degli atti amministrativi*, Ed. Giuffrè, Milano, 1960, p. 118. Ver Guido Falzone: *Il dovere de buona amministrazione*, Ed. Giuffrè, Milano, 1953.

ción. Por tanto, "cuando un texto legal impone a la administración adoptar una medida —indica Laubadère— no hay duda que está obligada a actuar teniendo prohibida la abstención; su negativa constituye una ilegalidad susceptible de anulación".²²

b) *Aplicación de la segunda fórmula vinculatoria*

Los actos reglamentarios han de estar autorizados por una regla legal habilitante. Ya no deberán dictarse obligatoriamente sino facultativamente, pero cuando se haga tienen que atenerse a una habilitación contenida en la Ley. Conforme a ella, la administración opera con una mayor o menor amplitud. En el caso de los Reglamentos ejecutivos, los poderes ejercitables son restringidos, acrecentándose hasta una tolerancia máxima, cuando se trata, sea de Reglamentos cuya habilitación se encuentra en leyes de cuadro o de bases, sea de actos reglamentarios derivados de leyes habilitantes, tales como las de concesión de facultades con efectos legislativos. Semejante variedad comporta distintos límites de la vinculación que conviene examinar siquiera sea muy someramente.

1. *El caso de los Reglamentos ejecutivos*

Todas las Constituciones de los Estados de régimen administrativo confieren, al Gobierno, al Presidente de la República y a veces al Jefe del Estado y 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 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.

— 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.

22. A. de Laubadère: Obra citada, pp. 202-203. La doctrina jurisprudencial coincidente se encuentra en el *arrête* Doubet, de 23 de octubre 1959 (Conclusiones Bernard, que publica la R.D.P., 1959, N^o 6, p. 1235 y nota M. Waline, Dalloz, 1960, 191). Es importante, por referirse a otra clase de Reglamentos, el *arrête* Châtel, de 5 de noviembre de 1958.

“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”, permitiendo introducir las innovaciones necesarias para la mejor realización de aquello que la ley reglamentada tenga establecido.

— 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 mayor amplitud. “Son atribuciones y deberes del Presidente de la República —dice el artículo 190, ordinal 10— reglamentar total o parcialmente las leyes, *sin alterar su espíritu, propósito y razón*”. Por cierto que esto abre especialmente la vía de impugnación del Reglamento por desviación de poder.

— En cambio, los tratadistas italianos adoptan un criterio enumerativo que, por su minuciosidad, resulta además provechosamente didáctico.²³

La legalidad del Reglamento ejecutivo, depende de que no traspase ciertos límites fijados por el conjunto del Ordenamiento Jurídico; a saber:

- 1º Contenido exclusivamente general, sin poder incluir disposiciones particulares o con un destinatario individual.
- 2º No puede afectar la reserva legal, o sea, en este caso, todas aquellas materias concretas que la Constitución exige sean reguladas por ley formal.
- 3º No puede abrogar ni modificar ningún acto que tenga rango o fuerza de ley.
- 4º Tampoco puede transgredir los principios generales del Derecho.

23. El estudio del tema fue objeto del Curso de Doctorado que dictó el profesor Eisenmann en la Facultad de Derecho de París (1954-1955), recogido en la publicación mimeografiada *Droit Administratif approfondi*, siguiéndole el artículo “Le Droit Administratif et le principe de legalité”, incluido en *Etudes et Documents*, N° 7, Ed. Imprimerie Nationales Paris.

5º No puede suprimir o restringir derechos subjetivos ni funciones propias de la autonomía normativa.

6º No puede 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.

Empero no es ésta la única especie de Reglamento ejecutivo o complementario. En efecto, puede darse que la propia ley contenga una exhortación a ser reglamentada mediante determinadas condiciones, una de carácter formal, como sucede en Francia e Italia con el dictamen del proyecto de Reglamento por el Cuerpo Consultivo que se indique, generalmente el Consejo de Estado. A los poderes generales conferidos por la Constitución, se añaden entonces las particularidades especialmente exhortadas. En Francia tales Reglamentos se denominan de Administración Pública.

He aquí descritos con sus matices diferenciales, las dos especies de Reglamentos ejecutivos, que siendo igualmente complementarios, han de cumplir de la misma manera el principio de legalidad.

2. *Reglamentos diferentemente vinculados*

No es ésta la única extensión de la regla legal habilitante.

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, artículo 38); en Italia, de los Decretos

legislativos (Constitución artículo 80); en Alemania de los Decretos-leyes (Ley Fundamental, artículo 80) y asimismo en Venezuela, los Decretos leyes (Constitución, artículo 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.

c) *Aplicación de la tercera fórmula vinculatoria*

Afecta a los actos reglamentarios que carecen de regla legal habilitante expresa, pero que no contradicen el Ordenamiento Normativo de superior rango.

En esta zona libre de toda regla vinculante, se alojan los Reglamentos autónomos o independientes, entre los cuales descuellan los Reglamentos de Policía. Estos han sido ofrecidos como un ejemplo de los poderes reglamentarios implícitos o de los poderes reglamentarios ejercidos en cumplimiento de un deber.

Algunos textos constitucionales contienen una competencia reglamentaria atribuida en determinadas materias y otras veces es una ley ordinaria que la confiere con carácter general y permanente, conforme sucedió con la ley francesa de 17 agosto 1948, donde se establece por vez primera el concepto de dominio reglamentario "por naturaleza de la materia", reelaborando así la clásica doctrina alemana de los Reglamentos administrativos (*Verwaltungsverordnungen*).

d) *Aplicación de la cuarta fórmula vinculatoria*

Por último, se obtiene otro modo de vinculación, uniendo la regla imperativa con la regla permisiva, conforme a este esquema: "En tales circunstancias la Administración *debe* (imperativo) adoptar las medidas que estime convenientes (potestativo)". Análogamente puede decirse de la combinación resultante al unir la regla taxativa con reglas habilitantes, lo que daría lugar a un acto reglamentario mixto.

*

Resumiendo: el juego de las fórmulas vinculatorias abarca en toda su extensión la escala en que actúa el principio de legalidad, afirmándose en estas conclusiones:

- 1º El Reglamento *debe* ser dictado. Cumplimiento de un imperativo.
- 2º El Reglamento *puede* ser dictado, sea con los mismos contenidos que la ley, sea conforme a las permisiones de la misma.
- 3º Se puede dictar un Reglamento en defecto de ley condicionante, mas sin contradecir el Ordenamiento Normativo de superior rango.
- 4º Existen Reglamentos mixtos que son los que combinan las fórmulas vinculatorias.

B) LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SINGULARES

Respecto a los actos administrativos singulares, su legalidad se califica adaptando las mismas fórmulas vinculatorias, como resulta del fino análisis del profesor Charles Eisenmann, resumido en estos términos: "La expresión principio de legalidad puede designar dos relaciones diferentes entre los actos administrativos individuales y la regla legal, según se rijan por el principio de conformidad o por el principio de compatibilidad".

Ahora bien, cada una de tales relaciones tiene lugar, diferenciadamente, de acuerdo con el patrón normativo que las rijan. Así:

— La relación de conformidad postula la preexistencia de una reglamentación modelo —sea por ley o reglamento— que condiciona el contenido del acto. La carencia de tal reglamentación impide dictar legalmente el acto administrativo singular o individual. Por tanto, queda excluido de la legalidad cualquier acto no dictado en los mismos términos contenidos en la regla legal que lo tenga previsto. La conformidad ha de ser completa, conformidad en el fondo y en la forma.

— Contrariamente, la relación de compatibilidad permite a la administración hacer o decir todo aquello que, de una u otra manera no prohíba el Ordenamiento Jurídico. Por tanto, la carencia de regla legal relativa a un acto asegura 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 dicho positivamente, de compatibilidad.

No obstante, la dicotomía conformidad-compatibilidad, determina varios actos matizados que conviene distinguir.

a) *Actos incluidos en la relación de conformidad*

1. *Actos derivados de una regla legal 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 liée*.

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 le expedirá un permiso, de caza, de pesca, de conducción de automóviles, etc. La Administración debe proceder entonces con adecuación a una regla legal taxativa".

2. *Actos resultantes del cumplimiento de deberes administrativos.* El Ordenamiento Normativo prescribe algunas veces a la Administración el cumplimiento de ciertos deberes categóricamente formulados. 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 sus 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 o el Ordenamiento Normativo obligan 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 es formal, o sea que, según antes se dijo, ha sido objeto de una solicitud o queja ante la Administración obligada, entonces su negativa a actuar, expresa o presuntiva por el silencio, abre la vía al recurso jurisdiccional.

Las soluciones han sido diversas. El Consejo de Estado francés, poco propicio a las medidas conminatorias, *pas d'injonctions à l'Administration* es su lema, tiene como portillo de escape, en caso de renuencia, una condena a satisfacer una indemnización. Mucho más categórica, la Ley alemana reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 21 enero 1960, permite en su artículo 43 ejercitar acciones que denomina de "imposición" (*Verpflichtungsklage*), por las cuales se impone a la Administración la obligación de ejecutar un acto administrativo denegado o desatendido.

Parecidamente, el Tratado de Roma, instituyendo el Mercado Común Europeo, establece en su artículo 175 el llamado *recours en carence*, e inclusive la Ley Orgánica de la Corte Federal de Venezuela, aún vigente, atribuye a la misma, 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" (artículo 7, ordinal 23). Sorpresivamente y quizá sin haber hecho uso jamás de él, resulta que en Venezuela está también previsto un equivalente del *recours en carence*.

b) *Actos incluidos en la relación de compatibilidad*

De la regla legal taxativa, según se dijo, deriva una única decisión positiva. Inversamente, una regla legal permisiva abre la perspectiva a un gran número de posibilidades.

Por de pronto, la regla permisiva contiene a veces mayores o menores alternativas, inclusive contradictorias, que la administración puede aplicar electivamente según las circunstancias de hecho, o lo que es más delicado, según apreciaciones de la oportunidad. A vía de ejemplo permite percatarse de ello un caso jurisprudencial, el *arrête consorts Barbedienne*, dictado por el Consejo de Estado el 9 diciembre de 1948. En Francia una ley confiere a la Administración la facultad de requisar locales deshabitados en los lugares donde exista "una grave crisis de la habitación". Los hechos constituyen la condición por la cual los órganos administrativos competentes han de actuar. Empero, tan sólo pueden hacerlo si los hechos se han producido con las características que la regla legal establece. Así para ejercitar

la facultad prevista se da un margen amplio para apreciar la "gravidad de la crisis".

Mayor flexibilidad ofrece la aplicación de reglas legales con las que se persigue obtener un resultado, dejando a la Administración la escogencia de los medios adecuados. La regla legal adopta esta o parecida formulación "En vista de...", "A fin de...", Con objeto de...". Entonces la regla legal se limita a señalar las metas a alcanzar. Todas las iniciativas son admisibles, siempre que no contradigan el Ordenamiento Normativo.

C) EJECUCION Y APLICACION DE LAS REGLAS LEGALES

El lenguaje jurídico —como todo lenguaje conceptual— ha de ser preciso, hasta el punto, según hace notar Ihering, que, "el progreso del Derecho consiste en la correlación más exacta del Derecho escrito con su lenguaje". Por esto aquí, la peculiar relación establecida entre la regla legal y el acto administrativo subsiguiente, se intenta acentuar en los giros del lenguaje.

Carré de Malberg fue quien primeramente atrajo la atención sobre el doble significado que incluye el vocablo "ejecución", lo cual conduce a distinguir dos modalidades expresadas con las frases, "ejecutar la ley" y "aplicar la ley", ejecutar y aplicar.

El vocablo "ejecución" —indica Carré de Malberg— sirve para expresar dos ideas distintas. Ante todo, una tarea consistente en que tenga efecto, por vía de cumplimiento positivo, una decisión ya enteramente formada o un mandamiento que se manifiesta por órdenes precisas y formales. Al agente ejecutor no le atañe sino la obediencia puntual o la realización material. Su actividad es subalterna, como la del instrumento puesto al servicio de un poder superior.

Empero, el mismo vocablo "ejecución", no expresa siempre un menester tan humilde. Cuando se dice que un escultor ejecuta una obra de arte encomendada a su talento o que el Gabinete ministerial ejecuta un programa político por el voto de confianza obtenido en el Parlamento, se pone de relieve dos distintas acepciones.²⁴

Los tratadistas alemanes habían señalado la diferencia con cada una de estas palabras: *Vollziehung* y *Ausführung*. Su sentido respectivo resulta

24. R. Carré de Malberg: Obra citada, T. I, pp. 498-499, nota 9 y 651-652, nota 8.

muy preciso. “*Vollziehung*” —compuesta de *Voll*, querer apremiante, y *ziehung* tirar para su completa realización— sugiere el íntegro cumplimiento de aquello que ha sido ya decidido. En cambio, *Ausführung* —procedente de *Ausführen*, llevar a cabo o poner en práctica para completar— evoca la idea de desenvolver con una cierta libertad de iniciativa el pensamiento sucinto, las directivas o las intenciones genéricamente contenidas en la proposición primordial.

En ambos casos la palabra “ejecución” sirve para indicar que la actividad del ejecutor interviene en virtud de un acto impulsor precedente, que siempre la condiciona. En este aspecto la actividad ejecutiva destaca un cierto carácter de subordinación, por lo que nunca llegará a ser un acto primario. No obstante, persisten las diferencias entre una ejecución de contenido preestablecido, sin posibilidades de iniciativa, y otra ejecución que permite adoptar nuevas medidas o prescripciones si bien sea en la línea de las directivas anteriormente señaladas, lo que comporta una cierta actividad creadora.

De esta manera, una ley habilitante podría ser tan restrictiva que redujera el acto reglamentario a detallar técnicamente las prescripciones en ella contenidas. Mas, por el contrario, la ley habilitante podría acordar el ejercicio de un amplio poder dispositivo como suele suceder con las leyes de cuadro. La doctrina jurídica suiza denomina a los primeros —siguiendo la terminología alemana— *Vollziehungsverordnungen*, Reglamento que cumple íntegramente lo decidido, y *Ausführungsverordnungen*, Reglamento que pone en práctica.²⁵

El profesor Charles Eisenmann propone que semejantes modalidades queden reflejadas en el lenguaje con el empleo de términos precisos. Ello pondría en vigencia la siguiente terminología:

Al tratarse de reglas legales imperativas, que prescriben a la Administración una conducta inmodificable —es decir, que *debe adoptarla* sin alternativas posibles—, entonces tiene lugar una *ejecución*.

Al tratarse de reglas legales taxativas que, sin embargo, requieren verificar un supuesto de hecho, tiene lugar la *aplicación*. El acto administrativo “es la aplicación” pura y simple de la regla legal. Ejemplo, la liquidación de un impuesto.

25. Erwin Ruck: *Schweizerisches Verwaltungsrecht*, Poligraphischer Verlag, A.G. Zurich, 1951, Erster Band, p. 89.

Al tratarse de reglas legales habilitantes, que autorizan sin obligar de una manera absoluta, entonces se produce también una aplicación, pero diferenciada a su vez con las siguientes variantes: El acto administrativo se ha dictado "en aplicación" de una regla legal. Ejemplo, los Decretos-leyes legislativos. El acto administrativo se ha dictado "para la aplicación" de la regla legal. Ejemplo, los Reglamentos complementarios.

Insiste Eisenmann: "«Ser la aplicación», «ser dictado en aplicación» y «ser dictado para la aplicación» o «para asegurar la aplicación», aun cuando se usen de una manera indistinta, expresan tres tipos de relación del todo independientes".

Con semejantes precisiones terminológicas, queda esclarecida la manera como se plantea el principio de legalidad de la acción administrativa, lo cual permite reconducir el planteamiento a los términos del Derecho positivo. Se trata así de inquirir cuál es de las tres fórmulas posibles aquella que el Derecho positivo consagra; es decir, escoger entre tres alternativas en el mismo incluidas, expresa o presuntivamente. Por tanto, ¿la Administración puede hacer todo lo que no comporte violación de una regla legislativa?, o bien, ¿no puede actuar sino dentro del cuadro delimitado y con base a la atribución de una competencia que le es otorgada por la ley?, o, en fin, ¿no puede realizar otros actos sino aquellos cuyo fondo consista en la aplicación concreta de una regla general legislativa?²⁶

III

DINAMICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A) TERMINOS DE LA RELACION 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 tanto sucesiones en el tiempo cuanto concurrencia de actividades diferenciadas.

26. Charles Eisenmann: *Cours de Droit Administratif approfondi* (1954-1955). Ed. Les Nouvelles Institutes, Paris, pp. 233-235. También E. Forsthoef distingue entre "ejecución" y "actuación". Obra citada, pp. 27-28.

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 reductible a una proposición condicional o a un juicio hipotético.²⁷

Mas, de semejante proposición condicional no puede desprenderse inmediatamente la consecuencia sin antes haber comprobado, valorado y calificado la condición requerida; es decir, que aquélla 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 indisociables, si bien sean dis-

27. 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, pp. 120-124. Eduardo García Maynez: *Lógica del juicio jurídico*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1955, pp. 117-121. Hans Kelsen: *Théorie pure du Droit* (traduc. Ch. Eisenmann), Ed. L.G.D.J., París, 1962, pp. 57-56, Karl Larenz: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (traducción Gimbernat Ordeig), Ed. Ariel, Barcelona, 1966, pp. 164 y ss. José Luis Villar Palasi: Obra citada, pp. 434 y ss.

tinguibles. El hecho contemplado por el Derecho se 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*".²⁸

El proceso dinámico opera con esta tríada: *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 ruinoso 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 tríada.

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?

Los hechos en cuestión son los hechos jurídicamente trascendentes, contemplados por la regla legal que la doctrina francesa denomina "hechos determinantes".

28. Ello corresponde a la subsunción o enjuiciamiento jurídico del hecho. Ver Karl Larenz: Obra citada, pp. 224-226.

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 del 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".²⁹ 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 al dominio público), determinando finalmente la competencia, administrativa o judicial.³⁰

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.

II. La segunda fase del proceso operativo, versa sobre el ejercicio de los poderes atribuidos a la administración por la regla aplicable, que contiene una de las tres fórmulas vinculatorias anteriormente expuesta. Es así como 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

29. Francisco Carnelutti: *Teoría General del Derecho*, (traducción de Carlos G. Posada). Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, pp. 349 y 371.

30. La elección de la norma, o mejor del grupo normativo aplicable, es estudiada con gran agudeza por José Luis Villar Palasi: Ver obra citada, pp. 459-490.

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 la definitiva, la significación legal de los hechos; es decir, lo que la doctrina francesa denomina *faits de nature à justifier légalement*.

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".³¹

En efecto, la discrecionalidad no constituye una excepción al 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 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.³²

31. Aldo Piras: *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*. Ed. Giuffrè, Milano, 1962, T. I, pp. 403-404 y 411-419.

32. 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. Giuffrè, Milano, 1950. pp. 87-93. *La giustizia amministrativa*. Jaudi Sapi, Editore, Roma, 1964, pp. 131-132. El tema de la discrecionalidad se aborda en *Lezioni* citada, pp. 93-102. *Diritto Amministrativo*, citado, pp. 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. Jèze: "Contrôle de la légalité et contrôle de l'opportunité", en *Revue de Droit Public et de la S. P.*, 1944, pp. 63 y ss. M. Dubisson: *La distinction entre la légalité et l'opportunité*. . . Ed. L.G.D.J., Paris, 1958. Para la discrecionalidad administrativa, ver Jean Claude Venezia: *Le pouvoir discrétionnaire*. Ed. L.G.D.J., Paris, 1959.

El ejercicio de la potestad discrecional incide frecuentemente en la calificación de los hechos, siendo posible, cada vez más, someterlos al control contencioso-administrativo.³³

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 UNIFICACION 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 debe ser normativo, en tanto que el Hecho constituye un *Sein*, una realidad concreta. El procedimiento romano del período clásico (s. 100 a.C. —200 d.C.) partía de semejante suposición al desarrollarse en dos fases separadas, una fase *in iure*, que resumía la *formula* del Pretor, y otra fase *apud iudcem*, que resuelve consiguientemente *in facto*.³⁴

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 contemplaba, 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 rostro e inclusive de naturaleza, según por quien es observada".³⁵

33. Auby-Drago: *Traité de Contentieux Administratif*, pp. 81-83.

34. R. Dekkers: "Le fait et le Droit dans la procédure classique romaine", en *Le fait et le droit. Etudes de Logique juridique*. Ed. Bruylant, Bruxelles, 1961, pp. 15-26.

35. Jean Rivero: "La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français, en *Le Fait et le Droit*, citado, pp. 130-148.

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, alternando 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 *dénaturation*, la jurisprudencia napolitana *snaturamento* y la jurisprudencia turinesa *travisamento*. La doctrina dominante sostenía que "el error derivado de la desnaturalización o engañosa apariencia, aun cuando para ser verificado exigiría 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 Procedimiento Civil de 1865, al admitir "el defecto de motivación", punto este 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".³⁶ 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, incluyéndose todo ello en el concepto de "faltas de subsunción o de error nomológico".³⁷

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-administrativa 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 asimilados originariamente al recurso de casación, en el sentido de constituir un juicio

36. G. Chiovenda: *Istituzioni di Diritto Processuale*. Ed. 1934, pp. 575-576.

37. James Goldschmidt: *Derecho Procesal Civil*, (traduc. L. Prieto Castro). Ed. Labor S.A., Barcelona, 1936, pp. 301 y 420.

de Derecho, sin embargo no quedan excluidos, ni el reexamen, ni la interpretación, revaloración y reconstrucción de los hechos.³⁸

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.³⁹

La cuestión de hecho, el *quod factis*, se ha ido destacando como ingrediente de la legalidad, con lo cual acrece su importancia, 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" (*unbestimmte 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.⁴⁰

38. P. G. Ponticelli: *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato Indagini Storiche*, Ed. Giuffrè, Milano, 1958, pp. 108 y ss.

39. 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, pp. 219 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 procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision même discrétionnaire" *Etudes et Documents* citados, 1953, p. 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 quilibriche di fatto e di Diritto", en *Scritti in onore di Santi Romano*, vol. IV.

40. La jurisprudencia francesa ejemplar está, sobre todo, contenida en el *arrête* Cazonou, 9 mayo 1951; *arrête* Mesure y *arrête* veuve Bisme de 4 de mayo de 1951; *arrête* Urrutiaguer, de 7 de mayo de 1952. La interpretación puede afectar una unidad de sentido, *arrête* sieur Fiat, de 20 de julio de 1951, *arrête* Kurtzemann, de 16 de marzo de 1951; *arrête* Caunac, 4 de abril de 1951; *arrête* Legros, 1° de junio de 1951, etc. Pueden consultarse, entre las diferentes decisiones jurisprudenciales del Consejo de Estado: el *arrête* Schaeffer y el *arrête* Cambes, de 20 de enero y 24 de marzo de 1950; el *arrête* Linard, 17 de marzo de 1950; *arrête* Scheider y *arrête* Givoudeau, de 16 de febrero y 1° de junio de 1951 y de una manera especial, el *arrête*

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.⁴¹

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.⁴²

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", "gravedad de una situación", "severidad de la represión", "conducta indecorosa", "carencia de probidad", etc., etc.

Los textos legales en que figuran tales conceptos jurídicos indeterminados, señalan su aplicación con módulos precisos, quedando preservada

Bizot, de 16 de junio de 1950. La jurisprudencia española cuenta con una significativa sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativa de 6 de julio de 1959, comentada por el profesor García de Enterría.

41. Maurice Hauriou: *Précis de Droit Administratif*, 12^{ème} ed., p. 760, refiriéndose al *arrête* Trépout. M. Waline: "Etendue et limites du juge administratif", en *Etudes et Documents* citados, N^o 10, 1956. La categoría de "perspectiva monumental" comienza con el *arrête* Gomel de 4 de abril de 1914. Nota de Hauriou (Rec. Sirey 1917, 3.25). Auby-Drago, obra citada. T. III, p. 78.
42. Paul Bernard: *La notion d'ordre public en Droit Administratif*. L.G.D.J., Paris, 1962. Lucien Nizard. *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*. L.D.G.J. Paris, 1962. G. Boland: "La notion d'urgence dans la jurisprudence du Conseil d'Etat en Belgique", en *Le Fait et le Droit*, citado, pp. 175-190. José Luis Villar Palasi: Ha dedicado su tesis doctoral al tema "el justo precio en el Derecho Administrativo".

su objetividad y sin que dependan necesariamente del ejercicio de poderes discrecionales ni de calificaciones arbitrarias.⁴³

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.

43. Otto Bachoff: "Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff", in *Juristenzeitung*, 1955, p. 87 y ss. R. Ule: "Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht". *Gedächtnisschrift für W. Jellinek* (director Otto Bachoff), München, 1955, pp. 309 y ss.