

# 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 induyendo 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. "Récherches 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, N° 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. Forsthoft. 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. "Contrôle de la légalité et contrôle 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", "gravedad 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.