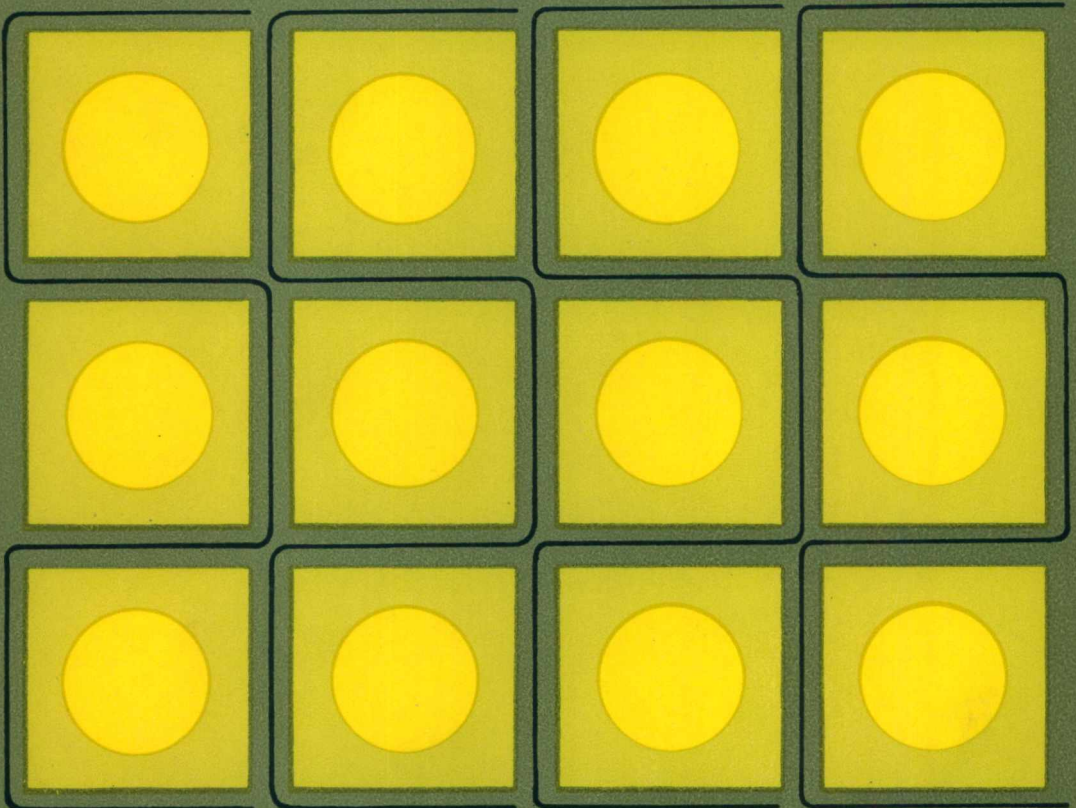


**INSTITUTO DE DERECHO PUBLICO**

# Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración



1970 - 1971

Vol. 2

FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA  
CARACAS 1972





FACULTAD DE DERECHO

Dr. Luis Henrique Fariás Mata  
*Decano*

Dr. Nelson Rodríguez García  
*Director de la Escuela de Derecho*

Dr. Nelson Socorro  
*Director Encargado de la Escuela  
de Estudios Políticos y Administrativos*

CONSEJO DE LA FACULTAD

Dr. Luis Henrique Fariás Mata  
Dr. Nelson Rodríguez García  
Dr. Carlos Leáñez Sievert  
Dr. Tulio Chiossone  
Dr. José Melich Orsini  
Dr. Antonio Moles Caubet  
Dr. Manuel García-Pelayo  
Dr. Juan Carlos Rey Martínez  
Dr. Alberto Arteaga Sánchez  
Dr. Gustavo Planchart Manrique  
Dr. Rafael Alfonzo Guzmán  
Dr. José R. Burgos Villasmil  
Dr. Efraín Schacht Aristiguieta  
Dr. Florencio Contreras  
Dr. Augusto Matheus Pinto  
Br. Freddy Castillo  
Br. Freddy Gutiérrez

INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO

Dr. José Melich Orsini  
*Director*

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES  
Y CRIMINOLOGICAS

Dr. Tulio Chiossone  
*Director*

INSTITUTO DE ESTUDIOS POLITICOS

Dr. Manuel García-Pelayo  
*Director*

INSTITUTO DE DERECHO PUBLICO

Dr. Antonio Moles Caubet  
*Director*

CURSOS DE POSTGRADO

Dr. José Muci-Abraham  
*Director*

DIRECTOR DE PUBLICACIONES

Dr. Ricardo Azpúrua Ayala

UNIVERSIDAD CENTRAL  
DE VENEZUELA

Dr. Rafael José Neri  
*Rector*

Dr. Antonio J. Muskus  
*Vicerrector Académico*

Dr. Manuel Vicente Benezra  
*Vicerrector Administrativo*

Dr. Jesús Morales Valarino  
*Secretario*

SOCIEDAD VENEZOLANA DE  
DERECHO ADMINISTRATIVO  
Y CIENCIAS DE LA  
ADMINISTRACION

*Presidente:*

Antonio Moles Caubet

*Vocales:*

Eloy Lares Martínez  
Gonzalo Pérez Luciani  
Tomás Polanco

*Secretario General:*

Allan-R. Brewer-Carías

ARCHIVO DE DERECHO PUBLICO  
Y CIENCIAS DE LA ADMINISTRACION  
(1970 - 1971)

VOL. II



PUBLICADO BAJO LOS AUSPICIOS DE LA SOCIEDAD VENEZOLANA DE  
DERECHO ADMINISTRATIVO Y CIENCIAS DE LA ADMINISTRACION

INSTITUTO DE DERECHO PUBLICO

**ARCHIVO DE DERECHO PUBLICO  
Y CIENCIAS DE LA ADMINISTRACION**

**1970 - 1971**

Vol. II

DIRECTORES:

**ALLAN-RANDOLPH BREWER-CARIAS**

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela

**LEON CORTIÑAS-PELAEZ**

*Maitre-assistant associé* en la Universidad de París I  
(Panthéon - Sorbonne)

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA  
FACULTAD DE DERECHO  
CARACAS / 1972

*Derechos reservados*

Impreso en Venezuela

Printed in Venezuela

---

Impreso en la Imprenta de la Universidad Central de Venezuela

CONTENIDO GENERAL  
DEL VOL. II

EDITORIAL

PRIMERA PARTE

DOCTRINA

SEGUNDA PARTE

JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA ANOTADA

TERCERA PARTE

DOCUMENTACION ADMINISTRATIVA  
LATINOAMERICANA

CUARTA PARTE

BIBLIOGRAFIA LATINOAMERICANA ANOTADA



# EDITORIAL





## § 14. LAS CIENCIAS ADMINISTRATIVAS EN AMERICA LATINA

León CORTIÑAS - PELÁEZ

*Maître-Assistant associé en la Universidad  
de Paris I (Panthéon-Sorbonne)  
Investigador honorario de la Fundación  
Alexander von Humboldt*

*A mis compañeros  
de las Facultades de Derecho  
de Concepción (Chile)  
de la Nacional Autónoma (México)  
y de Valencia (Venezuela),  
donde colegas y alumnos  
enriquecieron estas páginas.*

### SUMARIO

*INTRODUCCION.* 1. Una encrucijada científica. 2. Este *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*. 3. La tesis del latinoamericanismo. 4. De este trabajo y su plan. *I. DEL FUNDAMENTO.* 5.A) La Edad Administrativa. 6.B) De la dominación a la integración. 7.C) La falsa oposición del *Polizeistaat* al *Rechtsstaat*. 8.D) El positivismo jurídico, expresión doctrinal del capitalismo. 9.E) Relevancia democrática de la doctrina de la integración. 10.F) Lo material y lo formal en el Estado Democrático. 11.G) Aportación de la historia. 12.H) La ordalía de la experiencia. *II. DEL OBJETO.* 13. La distinción: Administración Pública y administración privada. 14.A) *Las diferencias económicas*. 15.B) *Las diferencias sociales*. 16.C) *Las diferencias políticas*. 17.D) *Las diferencias normativas*. 18.a) Los valores constitucionales. 19.b) La finalidad. 20.c) La irradiación externa. 21.d) El orden jurídico dominante. 22.e) La relación jerárquica. 23.f) La coordinación. 24.g) El elemento coercitivo. 25.h) El personal. 26.i) El estatuto de la función pública. 27.j) La remuneración de los agentes públicos. 28.k) Los objetivos de la productividad. 29.l) La naturaleza monopólica de las prestaciones administrativas. 30.m) La contabilidad. 31.n) El control. 32.ñ) La responsabilidad. 33.E) *Las diferencias técnicas*. 34.F) *Las convergencias*. 35.a) Trasfondo de la pretendida asimilación. 36.b) Límites de un perfeccionamiento instrumental. 37.c) Una dimensión sustancial de la "aparición administrativa". 38. Elementos para una definición. *III. DEL METODO.* 39. Un horizonte desdibujado. 40.A) *El juridicismo tradicional*. 41.a) Inadecuación del derecho público clásico a nuestros países. 42.b) La

metódica superación del juridicismo. 43.aa) La investigación y el estudio universitarios. 44.bb) Insuficiencias y deformaciones del método jurídico tradicional. 45.bb) Continuación: concreción de esta insuficiencia y deformación. 46.B) *El empirismo angloamericano*. 47.a) El estructuralismo funcionalista y la relevancia política del fenómeno administrativo. 48.b) El economismo administrativo. 49.c) La ideología de las ciencias administrativas angloamericanas. 50.aa) El olvido del entorno humano y cultural de la Administración. 51.bb) El mito dualista de la Administración desarrollista. 52.cc) La metodología subdesarrollante. 53.C) *El derecho administrativo en las ciencias administrativas*. 54.a) El derecho administrativo clásico. 55.b) El derecho administrativo contemporáneo. 56.aa) Peculiaridad de la concepción francesa del derecho administrativo. 57.bb) Del neoliberalismo a la democracia social. 58.aaa) El derecho administrativo del Estado neoliberal. 59.bbb) El derecho administrativo en el Estado democrático y social. 60.c) Valoración del derecho administrativo. 61.aa) La aportación permanente. 62.bb) Las limitaciones. 63.cc) El derecho administrativo como derecho político. 64.D) *El marco pluridisciplinario: remisión*.

## INTRODUCCIÓN

1. *Una encrucijada científica*. El estudio de la Administración Pública está adquiriendo un impulso notable en los últimos lustros, pudiéndose decir que la clásica tradición germánica de las ciencias camerales (siglos XVII y XVIII), olvidada durante casi dos siglos en el mundo jurídico-administrativo de Europa continental, está siendo vigorosamente descubierta y reactualizada, como consecuencia —defensiva y comparativa— de la llegada masiva, a Europa occidental, de las técnicas (matemáticas, psicológicas, económicas) angloamericanas, que han revolucionado la organización y los métodos administrativos (tanto públicos como privados) en los Estados Unidos del Norte, desde comienzos del siglo XX y, muy particularmente, desde la Segunda Guerra Mundial.

La pretensión de estas últimas de apoyarse en un concepto muy amplio y, en definitiva, formal, del fenómeno administrativo, ha llevado a sostener equivocadamente la consideración unitaria de la Administración Pública y de las administraciones privadas, mediante un sincretismo que desconoce la especificidad del fenómeno humano<sup>1</sup> que es la Administración Pública.

La colisión en territorio europeo de dos métodos aparentemente tan excluyentes en el estudio de la Administración, ha enfrentado a dos tradiciones científicas y culturales que invocan, cada una en su favor, la gravitación de siglos de elaboraciones teóricas y prácticas, ciertamente diversas, pero no necesariamente opuestas.

---

1. Cf. Peretti, André de, *L'administration, phénomène humain*, prólogo de M.J. Minot, París, ed. Berger-Levrault, 1968, 351 pp., *in totum*.

La consideración de nuestra disciplina —provisoriamente bautizada aquí como *Ciencias Administrativas*, en plural— suscita, conjuntamente con dichos arduos problemas de fundamento, de objeto y de método, los no menos complejos, aunque cronológica y lógicamente posteriores, de la sistematización de una teoría administrativa. Esta, partiendo de la base de la unidad fenoménica última de lo real, nos capacitará para una concepción sistemática, global, de este fenómeno humano de organización, decisión y ejecución.

En efecto, dicho estudio teórico no tendría sentido, divorciado de la *praxis*. La teoría administrativa, en cuanto se refiere precisamente a un *fenómeno humano*, reclama imperiosamente, como proyección natural de un esfuerzo científico coherente e inteligente, una concreción eficaz y hacia el futuro, la acción administrativa.

De esta manera, indisociablemente, la consideración de la disciplina administrativa —en cuanto encrucijada científica pluridisciplinaria en la que confluyen la tradición dogmático-jurídica continental europea y la tradición empírico-funcionalista angloamericana— nos lleva de la mano a la consideración de la política administrativa, piedra angular de toda consideración científica de la Administración en países del Tercer Mundo.

2. Este "*Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*". En la medida en que la Administración es un fenómeno humano,<sup>2</sup> su estudio científico en América Latina corre el riesgo de verse desvirtuado por dos enfoques opuestos, entre los cuales es menester hallar un justo medio.

Un extremo está constituido por *la tesis del universalismo*, para la cual, los países más adelantados del planeta —es decir, en definitiva, los europeos y los angloamericanos— han forjado ya instrumentos científicos de validez intemporal e inespacial, dotados de una comprensión exhaustiva de las posibilidades individuales y sociales de la especie, por lo cual, la joven ciencia latinoamericana tiene en ellos modelos insuperables para sus limitados medios humanos y técnicos, que sólo corresponde trasplantar a nuestra América. El otro extremo está constituido por *la tesis del particularismo*, para la cual, los valores espirituales del Hombre latinoamericano exigen instituciones radicalmente originales, que nada tienen que aprender y sí mucho que perder, mediante una imitación simiesca —siempre más

---

2. En el sentido de Teilhard de Chardin, Pierre, *Le phénomène humain*, París, ed. du Seuil, 1955, *in totum* (trad. española, ed. Taurus, Madrid). Cfr. ampliamente *infra*, nuestra nota 371.

o menos servil, dominada y deformada— de teorías y políticas concebidas en atención a realidades individuales y sociales, temporal y espacialmente muy distintas de las enfrentadas por nuestra América Latina del umbral del siglo XXI.

Ambas posturas nos parecen pecar de una simplificación arbitraria, abstracta, ahistórica, de la realidad enfrentada por las ciencias administrativas en América Latina. Filosóficamente, la primera se emparenta con un cierto idealismo, mientras que la segunda invoca una aproximación realista del objeto de nuestra ciencia. En cierta medida, podría decirse que ambas tesis se derivan de una disociación arbitraria de esa realidad compleja que es la latinoamericanidad, síntesis de la universalidad latina y de la particularidad americana. *La tesis del universalismo es falsa* en cuanto pretende que los valores individuales y sociales fijados por los países dominantes, por el hecho de haberse revelado eficaces en su peculiar coyuntura espacio-temporal, deben ser adoptados universalmente por todos los pueblos del planeta: lo grave no es tanto el relativo complejo de superioridad que, con implícito racismo, lleva a europeos y angloamericanos a pretender inculcar sus "formas superiores" de promoción humana y de organización social; lo grave es la "mentalidad colonialista de ciertos latinoamericanos"<sup>3</sup> que confunden una transitoria superioridad tecnológica con una supremacía humana, y que partiendo —consciente o inconscientemente— de esta falsa dicotomía, olvidan que, antes de la llegada de los europeos a América, ya existen en nuestro continente todos los niveles de desarrollo cultural, y que los indios —a pesar de la limitación del aislamiento continental y de la forzosa endogamia— han inventado todos los tipos de sociedad, de la simple tribu al imperio incaico, practican todos los sistemas religiosos conocidos y hablan quinientas lenguas. *La tesis del particularismo es falsa* en cuanto, deslumbrada por las realizaciones institucionales del Hombre americano anteriores al siglo XV e irritada —con razón— por el genocidio atroz de los siglos XV y XVI<sup>4</sup> y por sus actuales prolongaciones,<sup>5</sup> aspira

---

3. Como la ha estigmatizado el profesor Rafael Caldera en su discurso "El orgullo de ser latinoamericano" (2ª parte del Discurso del Presidente de la República de Venezuela ante la Organización de Estados Americanos, Washington, 4 de junio de 1970), ed. Comisionado de la Presidencia de la República para Asuntos Culturales, Caracas, 1970.

4. De veinticinco millones de habitantes en el México de 1519, la población cae a menos de dos millones en 1605, es decir, una baja de 75% en menos de un siglo; de 2,5 millones en el imperio incaico de 1560, sólo quedan 1,3 millones en 1590, es decir, una baja de casi el 50%. Cf. Wachtel, Nathan, *La vision des vaincus*, París, col. Bibliothèque des Histoires, Gallimard, 1971.

5. Al genocidio físico —que sigue desarrollándose, en la Amazonia particu-

a un crecimiento cultural y tecnológico rígidamente "endógamo", que desconocería todo valor a las realizaciones institucionales de los países dominantes y a la doctrina que intenta reflejarlas. Ciertamente, una civilización de la Edad de Piedra nada puede contra el ataque de una civilización de la Edad Metálica; tampoco pudieron mucho los japoneses de 1945 cuando fueron atacados por una civilización de la edad atómica. Sería insensato deducir —de los triunfos hispánico del siglo XVI y angloamericano del siglo XX— una superioridad humana radical y definitiva; no es menos insensata la creencia de que aislándose definitivamente se logrará captar y descontar la ventaja tecnológica accidental<sup>6</sup> que asegura el predominio y la dominación —precedera, como todas las dominaciones de la historia— de una civilización sobre otra.

3. *La tesis del latinoamericanismo.* Ante las afirmaciones y negaciones excesivas del universalismo y del particularismo, el justo medio nos parece hallarse en el latinoamericanismo medular que se formula, ya etimológicamente, al hablar de ésta, nuestra América, calificándola de latina. Lo sustantivo es América, lo adjetivo —lo cual no quiere en modo alguno aquí significar secundario— es la latinidad. Entendemos que nuestro deber es construir una Administración concreta, para una América calificada, para un crisol particular de razas<sup>7</sup> que se integra en la universalidad latina. No es un juego de palabras. El lenguaje simplemente nos define, sobriamente, sin rodeos. No somos ni angloamericanos ni europeos, y ésta es la verdad del particularismo; pero la verdad del universalismo radica en

---

larmente— se añade, desde los tiempos de la dominación española y perdura bajo los Estados verbalmente independientes desde el siglo XIX, una discriminación económica y social que linda frecuentemente con el genocidio cultural. No todos los países, sin embargo, han llegado a la barbarie de la República Oriental, que no sólo exterminó a sus indios en cuanto alcanzó la independencia, sino que luego envió sus tropas a participar —conjuntamente con Brasil y Argentina, por imposición de éstos, es verdad, y bajo un gobierno dictatorial— en la carnicería del Paraguay, contra los hermanos guaraníes (1865-1870), que redujo a un pueblo heroico de dos millones de combatientes a apenas 200.000 mujeres y niños. Cfr., respecto del genocidio en el siglo XX, Hargous, Sabine, *Les oubliés des Andes*, París, ed. Maspero, 1969; Jaulin, Robert, *La paix blanche - Introduction à l'ethnocide*, París, Le Seuil, 1970; Stavenhagen, Rodolfo, *Les classes sociales dans les sociétés agraires*, París, Anthropos, 1969; González-Casanova, Pablo, *La democracia en México*, ed. Era. S.A., México, 3ª ed., 1969.

6. Cfr. Hemming, John, *La conquête des incas*, París, Stock, 1971, refiriéndose a la armadura, la espada y el caballo de los españoles, factores de invulnerabilidad, destrucción y movilidad comparables, en su tiempo, a la imaginable irrupción de los carros blindados de Rommel, ante los soldados de Napoleón, un siglo antes de El Alamein.
7. *Vid., infra*, N° 51, y nuestras notas 371 y 372.

exigirnos lo mejor de nosotros mismos para superar las realizaciones institucionales extranjeras y su doctrina, adaptándolas o rechazándolas en lo pertinente.

Esta *tesis del latinoamericanismo* no niega las potencias y las realizaciones históricas concretas, las aportaciones definitivas realizadas a la cultura universal por las instituciones latinoamericanas. Pero tan segura está de su vocación ascendente, que no rehúye examinar críticamente las aportaciones —especialmente doctrinales, en materia de ciencias administrativas— que puedan enriquecer desde afuera, permitiendo un perfil más rico en la elaboración, no sólo de nuestra propia doctrina, sino muy particularmente, de nuestra práctica, jurisprudencia y documentación administrativas.<sup>8</sup> Partiendo de éstas, la tesis del latinoamericanismo postula la necesidad de forjar aquellas categorías propias, y de estimular todo esfuerzo de valía que se manifieste en la bibliografía administrativa latinoamericana.<sup>9</sup>

Un ilustre maestro extranjero, huésped del primer tomo de este *Archivo* y jefe de la escuela democrática española de Derecho Administrativo, ha tenido la nobleza de reconocer, en hidalgo prólogo, la exactitud de esta tesis latinoamericanista, con palabras que merecen ser aquí reproducidas *in extenso*:

Para los autores españoles, el contacto con la realidad americana y con la doctrina que, más o menos penosamente (como todas las doctrinas), la refleja y a la vez intenta conformarla, es algo no sólo enriquecedor, sino, yo diría, teniendo aun muy reciente mi primera experiencia de suelo americano, para mí tan tardía, imprescindible para su propia madurez y conformación intelectual. No se trata, naturalmente, de buscar a través de ese contacto ninguna satisfacción nacionalista, como ha sido tan común, y, por lo demás, tan contraproducente con los efectos que se buscaban, en una cierta política de los años precedentes; tampoco pienso, parece aun más obvio, en la posibilidad de fundar nuevos imperios espirituales, o, menos aún, parroquias personales más extensas. *El mundo latinoamericano tiene plena y substantiva realidad y no es un apéndice de nada ni de nadie*; así como el amor al prójimo comienza por su aceptación como persona, singular y distinta, el amor a América comienza por la conciencia de ese hecho elemental, por lo demás de una evidencia desmesurada, que sólo la vulgaridad nacionalista (como es vulgar y limitada toda autocomplacencia) es capaz de no percibir.

- 
8. Por ello, mientras la Parte de "Doctrina" de este *Archivo* es internacional, las partes siguientes son latinoamericanas.
  9. En efecto, de toda publicación que se reciba se dará noticia, y se incluirá una recensión detallada de toda nueva obra de la cual se envíen tres ejemplares, a los directores del *Archivo*, a la siguiente dirección: Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho, UCV, Caracas, Venezuela.

América Latina es para un español justamente lo contrario de un mero pretexto para el esteticismo nacionalista, es la liberación de la estrechez de los horizontes domésticos, del encerramiento en una supuesta dialéctica definitiva y predeterminante, de la reducción del futuro a repetición de gestos y posturas ya usados y vacíos, del personalismo y del hastío de lo cotidiano. *La formidable realidad americana, sus ingenios problemas, su vitalidad proteica, su inmediato protagonismo planetario, son una cura de universalidad*, que, como país que sale a penas de lo que Ortega calificó certeramente de una "tibetización" secular, necesitamos de manera especialmente aguda.

En el campo de la Administración y del Derecho Público ese contacto relativiza, por de pronto, fórmulas que tendemos a usar como absolutas y alumbra funcionalismos y comprobaciones o correcciones inesperadas para poder penetrar en la esencia de las instituciones. En el terreno puramente doctrinal, por otra parte, la escuela o escuelas americanas son especialmente vivaces y alertas, de modo que *un verdadero diálogo por encima del Atlántico es una perspectiva estimulante e incitadora*.<sup>10</sup>

4. *De este trabajo y su plan.* Las dificultades naturales de la encrucijada científica constituida por las Ciencias Administrativas, se ven agravadas por la adopción plena de la tesis del latinoamericanismo. En efecto, la ya compleja situación forjada por el encontronazo, en la Europa de la segunda mitad del siglo XX, de las tradiciones continental y angloamericana, se hace mucho más difícil cuando se pretende tenerla en cuenta desde un punto de vista latinoamericano, tendente a forjar nuestros propios instrumentos respecto de una disciplina nueva y aun carente de contornos y métodos definitivos. Ello se acentúa cuando quien lo hace ha sido forjado durante tres lustros largos, por la mentalidad unilateral de la tradición continental y sólo muy recientemente —casi al mismo tiempo que sus propios maestros de Francia y Alemania— se enfrenta, receptiva pero críticamente, con la avalancha de la tradición angloamericana. La conciencia de nuestras limitaciones nos ha llevado en más de una oportunidad, desde 1968, a plantearnos la conveniencia de abandonar la tarea emprendida, pues ciertamente no éramos nosotros los llamados a escribir un estudio general sobre las Ciencias Administrativas latinoamericanas actuales. La conciencia de que la antorcha hay que encenderla cuando se tiene su responsabilidad, la seguridad y el ardiente deseo de que otros la lleven más lejos, nos ha llevado a perseverar en una tarea ingrata, que tendrá sólo el mérito de haber impulsado a quienes pronto esperamos la superen.

---

10. García de Enterría, Eduardo, Prólogo a Prat, Julio A., *Los Entes Autónomos en la Descentralización Funcional Uruguaya*, Montevideo, Librería Editorial Amalio M. Fernández, 1971, 200 pp., pp. 7 y 8, subrayados nuestros.



La inquietud de estos temas, forjada por la dirección del *Homenaje a Enrique Sayagués-Laso* y en particular de sus tomos IV y V referentes a la Administración Pública, se acentuó en oportunidad de nuestras conferencias de 1968-1970, en misión de la Fundación Alexander von Humboldt, en las principales Facultades de Derecho latinoamericanas, desde México a Concepción (Chile). La estimulante acogida encontrada, nos permitió una serena pero fermental meditación —con colegas y alumnos— en torno al bloqueo administrativo de los esfuerzos latinoamericanos de liberación y desarrollo. Posteriormente, ya en París, Georges Langrod, profesor de Ciencia Administrativa en la Escuela Práctica de Altos Estudios, nos brindó no sólo su invalorable experiencia como docente y experto de las Naciones Unidas en América Latina, sino una primera orientación bibliográfica alemana, que resultó a la postre decisiva para tamizar ciertos excesos de la doctrina angloamericana. Naturalmente encontramos en Pierre Lavigne y Maurice Bourjol, catedrático de Ciencia Administrativa y *Maitre-Assistant* de Derecho Administrativo respectivamente, en la Universidad de París I (Panthéon-Sorbonne), una acogida entusiasta respecto de los fundamentos aquí preconizados para la Administración prestacional; y además nos brindaron algunas ideas y sugerencias valiosas. Queremos manifestar nuestro profundo agradecimiento a dichas personas e instituciones por la colaboración que así brindaron a nuestra investigación.

Deseo indicar igualmente que este trabajo sólo ha podido seguir adelante por la comprensión y el diálogo siempre renovador que me ha brindado el amor de mi esposa, *alter ego* constante de esta reflexión latinoamericana.

Enfrentados ahora al desarrollo mismo de este trabajo introductorio, nos limitaremos en este *Editorial* del *Archivo* correspondiente a 1970-71, a los tres primeros puntos mencionados *supra* en el § 1, es decir, que nuestras partes sucesivas serán: I. *El Fundamento*; II. *El objeto*, y III. *El Método*, de las Ciencias Administrativas en América Latina, esperando ocuparnos en contribución posterior de la aportación histórica, la teoría y la política administrativas.

## I

### DEL FUNDAMENTO

5.A) *La Edad Administrativa*. La extensión e intensidad de los cometidos administrativos en la era contemporánea parece querer alcanzar pronto

el impulso, la realización o, por lo menos el control, de todas y cada una de las actividades, individuales o colectivas, de interés social.

Ello se pone de manifiesto, con peculiar expresividad, en una de las obras generales más importantes, en materia de Administración, publicadas recientemente en Alemania:

En las ferias internacionales, durante el tráfico vacacional y al comienzo como al final de la jornada de trabajo en las grandes ciudades, helicópteros y transmisores de radio de la policía se ponen en acción para mantener la fluidez de la corriente de vehículos. Los aparcamientos para automóviles funcionan con el concurso o bajo la gestión directa de la Administración. La Administración fiscal distribuye hojas explicativas, que brindan indicaciones útiles a los contribuyentes para llenar sus respectivos formularios. La Administración sanitaria emprende una amplia campaña ilustrativa, para obtener que el mayor número de habitantes participe, libre y gratuitamente, en la vacunación antipoliomielítica por vía bucal. Autoridades administrativas se esfuerzan en mantener limpios el aire y las aguas públicas; se procede a la urbanización de las zonas balnearias próximas, facilitando su acceso a la población de las ciudades industriales. Las explotaciones agropecuarias son transformadas, con el apoyo básico de la Administración, para adaptarlas a las condiciones dominantes en el mercado mundial.<sup>11</sup>

Las cátedras de Ciencias Administrativas surgen numerosas y dicha disciplina alcanza un creciente desarrollo en esta segunda mitad del siglo xx: ello se relaciona estrechamente con el fenómeno indicado, con la materialización de una Edad Administrativa,<sup>12</sup> uno de los rasgos más típicos de las sociedades modernas que, más allá quizá de las revoluciones industriales, las diferencia de las sociedades tradicionales.<sup>13</sup>

La Edad Administrativa, que no es necesariamente una "era burocrática",<sup>14</sup> significa el umbral de un período fascinante en el crecimiento colectivo de la persona humana, en cuanto el Hombre afianza su dominio sobre

- 
11. Breuckmann, Elmar, "Handelnde Verwaltung", en Morstein - Marx (director), *Verwaltung, Eine einführende Darstellung*, ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1965, 488 pp., p. 215.
  12. Bandet, Pierre, y Mehl, Lucien, "Le fait administratif: nature, origine et développement", en Langrod, Georges, (director), *Traité de science administrative*, Mouton, París, 1966, 901 pp., p. 80, citando a André Siegfried, quien escribía: "Hemos aquí llegados, sin haber salido de la edad mecánica, a una edad administrativa".
  13. Bandet, Pierre, y Mehl, Lucien, *ibidem*.
  14. En el sentido ideal del modelo célebre de Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, ed. Mohr, Tubinga, 1922 (4ª ed. 1956, por Johannes Winckelmann, 2 vols., XXVI + 1.033 pp.).

sí mismo (*reflexión*) y sobre su entorno (*planetización*), orientando mediante una racionalización sistemática y de la especie toda (*correflexión*), los moldes (*socialización*) y aun el contenido (*noosfera*) de la historia. En este sentido hay quien concibe a la Administración como el motor científico de la evolución social,<sup>15</sup> como la guía responsable en el sendero del progreso,<sup>16</sup> encargada de analizar las previsiones del cambio social y de proponer, prospectivamente,<sup>17</sup> las estructuras y actividades tendentes a su realización armónica y acelerada.

6.B) *De la dominación a la integración.* Cuando hablamos de Administración, con mayúscula, nos referimos en castellano, a la Administración Pública.<sup>18</sup> Sus actos de decisión, ejecución y control configuran una función estatal,<sup>19</sup> la función administrativa. Una función del Estado. Una concepción finalista, instrumental, tiende en la Edad Administrativa a presidir el conjunto de las funciones estatales. Ya no estamos ante el Estado como expresión necesaria de una dominación,<sup>20</sup> ante la mera personificación abstracta de una relación socioeconómica de fuerzas políticas, sino ante el Estado como el centro de imputación, directo o indirecto, de un conjunto de actividades prestacionales,<sup>21</sup> tendentes a la promoción integral del Hombre, mediante un acabamiento creciente, y jamás totalmente realizado, del Estado *democrático y social* de Derecho.<sup>22</sup> Las notas "democrático" y "social", injertadas en el concepto clásico liberal del *Rechtsstaat*, no sólo lo

15. Así, Sfez, Lucien, *L'administration prospective*, ed. Colin, París, 1970, préface de Georges Vedel, 431 pp., pp. 5-6, esp. 219 y 388.

16. Sfez, Lucien, *ibidem*, p. 453.

17. Para la distinción entre mito, utopía, previsión y prospectiva, *vid.* Sfez, *ibidem*, pp. 35 y ss.

18. Igual afirmación, en la doctrina alemana: *vid.* Morstein-Marx, Fritz, *Vorwort*, en la obra por él dirigida, precitada *supra*, nota 11, p.V.

19. Cfr. Rivero, Jean, "La fonction administrative", en *L'Encyclopédie française*, tomo X, *L'Etat*, ed. Société nouvelle de l'Encyclopédie française, París, 1964, p. 339 y ss.

20. En el sentido de la doctrina de la *Herrschaft*, pensamiento alemán de fines del siglo XIX, en cierta medida coincidente con el pensamiento de la *puissance publique* en la escuela de Tolosa.

21. Hablar hoy de un Estado prestacional (*Leistungsstaat*) parece un eco no demasiado lejano de la doctrina de Burdeos, cuya excesiva expansión del *service public* no debe empañar el acierto profundo de su vertebración pre-democrática.

22. En el sentido de Abendroth, *Der demokratische und soziale Rechtsstaat als politischer Auftrag*, en Cortiñas-Paláez (director), *Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX, Homenaje a Enrique Sayagués Laso (Uruguay)*, ed. I.E.A.L., Madrid, 1969, tomo I, pp. 803-846, *passim*.

preceden en la terminología de la doctrina alemana que es su fuente,<sup>23</sup> sino que significan su radical transformación, tanto en sus estructuras como en su funcionamiento.

7.C) *La falsa oposición del «Polizeistaat» al «Rechtsstaat».* El liberalismo, al restringir la imagen tradicionalmente intervencionista (*Polizeistaat*) del Estado absolutista, para convertirlo en un mero juez y gendarme al servicio de las minorías poseedoras, forjó con este propósito la oposición, históricamente <sup>24</sup> falsa y conceptualmente errónea, entre *Polizeistaat* y *Rechtsstaat*. Al entender a este último como el único tipo de Estado de Derecho, ocultó que el antiguo *Polizeistaat* no era, en el sentido moderno de la lengua, un Estado "policíaco", sino, en sentido muy diverso, un Estado "político", al servicio de la Ciudad (*polis*). En definitiva, jugando hábilmente con el sentido contemporáneo de la voz "policía",<sup>25</sup> se logró empañar la concepción administrativa clásica, en la cual el Estado era responsable del bienestar de todos sus súbditos (*politica* global, igualmente expresada por la expresión "Estado de Bienestar", *Wohlfahrtsstaat*), a los cuales debía servir, debía prestar, no sólo ayuda (*Hilfe*) sino también protección en su Derecho (*Recht*).<sup>26</sup> Dicho brevemente, el liberalismo presentó al Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) como la única forma no arbitraria de ejercicio del poder público, deformando al Estado de la (buena) policía para presentarlo como la negación del Derecho, siendo que, en teoría, el

- 
23. Nótese que, en la sintaxis del alemán, los adjetivos *demokratischer* y *sozialer* preceden con acierto no-adjetivo, la enunciación del mero *Rechtsstaat*: Se habla del "*Demokratischer und sozialer Rechtsstaat*".
  24. Cfr., exhaustivamente, la ejemplar obra de Maier, Hans, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre (Polizeiwissenschaft)*, ed. Luchterhand, Neuwied a. R./Berlín, 1966, 366 pp.
  25. El mismo juego de palabras del alemán *Polizei* ha sido válido en castellano, como surge de Jordana de Pozas, Luis, "Los cultivadores españoles de la ciencia de la Policía", *Rev. de Estudios de la Vida Local*, Madrid, año III (1944), N° 17, reproducido ahora en *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas*, ed. I.E.A.L., Madrid, 1961, p. 3 y ss. En dicho mismo sentido, más ampliamente, vid. Baena del Alcázar, Mariano, *Los Estudios sobre Administración en la España del siglo XVIII*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, 167 pp., quien señala que "policía" era empleado por "Administración", habiendo pasado, de una mera identificación con el poder mismo, a ser la actividad de este poder, acepción genérica que identifica "policía" con toda la actividad estatal (p. 29 y ss., esp. p. 35).
  26. Cfr. para dicha síntesis del Estado en *Hilfe* (alemán antiguo, por *Hilfe*) y *Recht*, Maier, precitado *supra*, nuestra nota 24, su p. 116 y ss., así como especialmente, en pleno siglo XIX, la obra de Mohl, Robert von, *Die Polizey-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 3 tomos, Tübinga, 1831-1834, que vanamente intenta conciliar la plenitud clásica de la *Polizei* con el Estado de Derecho.

Derecho era esencial a la realización del *Polizeistaat*, el cual, a diferencia del Estado de Derecho, estaba igualmente obligado a velar activamente (*Hülfe*) por el bienestar de todos sus súbditos.

El Estado de policía sólo conoce súbditos. Lo mismo, el Estado de Derecho. En cambio, la concepción contemporánea del Estado ya no se satisface del mero Derecho, sino en cuanto esté precedido y regido por las mayorías responsables y autoconducidas, sino en cuanto sea *democrático*,<sup>27</sup> incorporándose así a la clásica construcción alemana, formalista, una substantialidad ínsita en el derecho público francés:<sup>28</sup> éste, revolucionario, sólo conoce *ciudadanos*.

De este modo, la realización del Derecho por el Estado, tiene una *condictio sine qua non*, que éste tienda a afirmar y realizar, estructural y funcionalmente, el papel dirigente de sus habitantes, ciudadanos<sup>29</sup> y no súbditos, sujetos activos y pasivos de la esencia del Estado, esencia por consiguiente sustancial, política, que hace inseparables<sup>30</sup> a ambos conceptos (Estado y Política), en el sentido, pleno y no fragmentario, del *Polizeistaat* germánico tradicional.

8.D) *El positivismo jurídico, expresión doctrinal del capitalismo*. El tránsito de la pasividad del Estado liberal (pretendidamente de Derecho) a la promoción integral del Hombre en sociedad, postulada por el Estado democrático y social de Derecho, de un Estado de sujetos a un Estado de ciudadanos, pone de manifiesto la falsedad metodológica del positivismo jurídico, que empobrece aceleradamente al Derecho al grado de poder hablarse de una ciencia jurídica sin Derecho;<sup>31</sup> en efecto, dicho método convierte a la ciencia jurídica en una mera técnica descriptiva de relaciones formales pre-existentes, ya que se traduce en una pasiva aceptación de los desequilibrios

---

27. Es decir, gobernado por y para la mayoría.

28. Así lo reconoce Abendroth, precitado *supra*, nuestra nota 22, remontándose a la Revolución Francesa de 1848 (su p. 807).

29. Cfr. Smend, Rudolf, *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht*, 1933, ahora en sus "Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze", ed. Duncker u. Humblot, Berlín, 1968 (2ª ed.), 621 pp., pp. 309-325.

30. Scheuner, Ulrich, "Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre", en Hesse, Konrad; Reicke, Siegfried; Scheuner, Ulrich, (Directores), *Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962*, ed. Mohr, Tubinga, 1962, 466 pp., pp. 225-260, esp. p. 226.

31. Cfr. Cortiñas-Peláez, León, *Una concepción planetaria del Hombre y del Derecho Público, Introducción General* (120 pp.) a la obra precitada *supra*, nota 22, t. I, p. CXLII.

socioeconómicos expresados en las normas, en un renunciamiento de principio a todo enfoque crítico del derecho público vigente.<sup>32</sup> En definitiva, históricamente, el positivismo se presenta como la manifestación metodológico-jurídica típica del capitalismo del siglo XIX.<sup>33</sup> En efecto, Estado y Sociedad se presentan como dos realidades antagónicas,<sup>34</sup> y particularmente el Pueblo, exterior al poder, es sólo un elemento del Estado.<sup>35</sup> La fuerza, la dominación de la minoría, exigen la pasividad del Estado; su exterioridad y en definitiva su ajenidad a las mayorías conlleva la renuncia a una promoción integral del Hombre que implicaría, necesariamente, la quiebra del poder confiscado y la destrucción de la organización socioeconómica de la que éste deriva.

9.E) *Relevancia democrática de la doctrina de la integración.* Enfrentándose a las consecuencias de esta concepción positivista, sustancialmente conformista, surge en el derecho constitucional de los años veinte, en Alemania, la doctrina de la integración,<sup>36</sup> que tiende a interpretar la esencia del Estado, no como un mero querer o como una dominación, sino como un proceso dialéctico de unificación (*Vereinheitlichung*), como un siempre renovado proceso vital cuyo estudio jurídico impone la consideración del contexto político-social.<sup>37</sup> Ella lleva, superando el divorcio hegeliano entre Estado y Sociedad,<sup>38</sup> a no ver la sustancia del Estado sólo en el "Monarca",

32. Scheuner, precitado *supra*, nota 30, p. 227.

33. Cfr. Polak, Karl, "Dialektik und Positivismus in der Staats und Rechtswissenschaft", en su *Zur Dialektik in der Staatslehre*, Akademie Verlag, Berlín, 1963, 571 pp., pp. 201-305, que muestra cómo el positivismo jurídico tiene por esencia una concepción fijista de las relaciones sociales, tendente a excluir la hipótesis de cambio en un aparato normativo que se busca así abstraer de la evolución económica y política (esp. pp. 202 y 218). Este fijismo —que también puede denunciarse en ciertas posturas de la doctrina en los países socialistas— despoja al positivismo de su pretendido cientificismo racionalista.

34. Así, Jellinek, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, 7ª reimpresión de la 3ª ed. (1929), Hermann Gentner V., Bad Homburg v. d. Höhe, 1960, 837 pp., pp. 180 y 406 y ss.

35. Jellinek, *ibidem*.

36. Smend, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1928; y luego, del mismo Smend, sus artículos "Integrationslehre", en *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, tomo 5, 1956, pp. 299-302, e "Integration", en *Evangelisches Staatslexikon*, ed. Kreuz-Verlag, Stuttgart-Berlín, 1966, pp. 803-805; los tres ahora, en su recopilación precitada *supra*, nuestra nota 29, pp. 119-276, 475-481 y 482-486.

37. Cfr. Scheuner, precitado *supra*, nota 30, p. 247.

38. Cfr., ampliamente, Ehmke, Horst, "«Staat» und «Gesellschaft» als verfassungstheoretisches Problem", en la *Festschrift Smend*, precitada *supra*, nota 30, pp. 23-49.

las fuerzas armadas y el aparato burocrático,<sup>39</sup> sino a integrar en él la plenitud de la voluntad —que pasa a ser fuerza— de los ciudadanos, al servicio de cuya mayoría se legitima la existencia del Poder, y se articula la Administración.

La Administración Pública no se limita, en efecto, al mero cumplimiento técnico de ciertas prestaciones, autoritariamente resueltas por el Poder y pasivamente recibidas por la población.<sup>40</sup> Por el contrario, la afirmación *democrática y social* del Estado de Derecho en esta segunda mitad del siglo XX supone una política cívica y de redistribución político-social, inconciliable con una actividad servicial de contenido apolítico.<sup>41</sup> Esta apoliticidad sólo pretende cristalizar, en moldes formales, el radical cambio de sustancia que va del Estado liberal burgués —fundado en las minorías— al Estado democrático y social de Derecho —que promueve la integración de todos los ciudadanos, como fundamento de una actividad prestacional para las mayorías.

Lo expuesto permite comprender la naturaleza *material* de esta evolución. Reducir el tránsito, del Estado de Derecho al Estado democrático y social de Derecho, a un mero cambio formal,<sup>42</sup> significa desvirtuar, frenar, la proyección política del mismo.<sup>43</sup> Se desconoce así que, incluso respecto del Estado (meramente) social de Derecho,<sup>44</sup> los elementos formales sólo existen al servicio, sólo han sido forjados para, la realización y consolidación de la Justicia como fin del Estado,<sup>45</sup> es decir, que lo "social" sólo

---

39. Ehmke, *ibidem*, p. 46.

40. Como en el esquema, de cuño nacionalsocialista, de Forsthoff, Ernst, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, ed. Kohlhammer, Stuttgart-Berlín, 1938, ahora en su recopilación *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Kohlhammer, Stuttgart, Schriftenreihe "res publica", 1959.

41. Cfr. Scheuner, precitado *supra*, nuestra nota 30, p. 238 y su nota 51, que refuta expresamente la dudosa apoliticidad (en 1961), de quien como Forsthoff escribiera (en 1933) *Der totale Staat (El Estado Total)*.

42. Tal cual lo preconiza insistentemente Forsthoff, Ernst, *Vorwort* a sus *Rechtsstaat im Wandel, Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964*, ed. Kohlhammer, Stuttgart, 1964, pp. 7-9.

43. Como lo pretende Forsthoff, en las *Veröffentlichungen...*, cit., *infra*, nota 45, pp. 8 y 36, en postura reaccionaria (nostálgica, implícitamente, de la Alemania hitlerista) combatida por el maestro Bachof, *ibidem*, pp. 37 ss.

44. Que no es necesariamente un Estado antidemocrático, sino sólo un Estado *predemocrático*, en el sentido que adoptamos en el texto, estadio previo en el cual pueden existir y existen innumerables y casi insensibles transiciones, desde la casi plenitud liberal a la casi plenitud democrática.

45. En este sentido, la relevante contribución de Bachof, Otto, "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht", co-ponencia en las *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 12, ed. Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1954, pp. 37-84.



se vale de lo formal para impartir al Estado el deber (y para acordarle los medios jurídicos) de construir y preservar la justicia social, poniendo remedio a las necesidades de las masas mediante una actividad de promoción integral del Hombre en sociedad.<sup>46</sup> En este último sentido, la Administración se ve transformada por imperio de la Constitución, el derecho administrativo se vuelve un derecho constitucional concretizado,<sup>47</sup> cuya ejecución sólo puede tener adecuado cumplimiento a través de la libre y plena asunción de sus responsabilidades sociales por ciudadanos —no por súbditos.<sup>48</sup>

Sin perjuicio de desarrollar más adelante<sup>48 bis</sup> esta relevancia política del Estado democrático y social de Derecho, surge ya el entronque directo del Derecho con las ciencias sociales, con las ciencias del espíritu en sentido amplio. No puede abstraerse al Hombre de su entorno social, de su existencia supraindividual, en cuanto miembro de la comunidad, y, en sentido contrario, no puede concebirse al Estado como un "yo-colectivo" prescindente, sino como una estructura unitaria de las vidas individuales, comprensible dialécticamente sólo en cuanto proceso fluido en vía de realización y de transformación.<sup>49</sup> Esta comprensión del Estado en cuanto proceso vital, piedra angular de la doctrina de la integración (*Integrationslehre*) en cuanto teoría del Estado, exige un método diverso del de las matemáticas, repugna a una consideración aislada de norma y realidad, impone una

---

46. Cf. Bachof, *ibidem*, p. 40 y ss. En este sentido de exaltación del contenido material, democrático y social, del Estado de Derecho del siglo xx, se recordará el combativo trabajo de Heller, Hermann, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, ed. Mohr, Tubinga, 1930, enfrentado a quienes ya preparaban el hundimiento de la República de Weimar, mediante la reducción del Estado a moldes técnico-formales. En el mismo sentido su *Staatslehre*, 3ª ed. por Gerhart Niemeyer (1934), reimpresión 1963, A.W. Sijthoff, Leiden, esp. pp. 125 a 182.

47. Werner, Fritz, "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, Colonia-Berlin, 1959, pp. 527 y ss. El punto acaba de ser brillantemente estudiado por el maestro de Tubinga, Otto Bachof, "Ueber einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrecht", en el *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit. *supra*, nota 22, t. IV, 439-462.

48. La educación de las masas para el ejercicio responsable del poder, constituye entonces un derecho fundamental, una libertad pública decisiva en la estructuración del Estado democrático y social. Cfr., en el *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit. *supra*, nuestra nota 22, de Ricoeur, Paul, *Perspectivas de la Universidad para 1980*, t. I, pp. 3-20, esp. p. 6; y de Abendroth, Wolfgang, *ibidem*, pp. 825-828.

48. bis. *Infra*, N° 16.

49. Smend, Rudolf, precitado *supra*, nota 36, *Integrationslehre*, p. 299, y *Staatsrechiliche...*, p. 475.

consideración unitaria de la norma y de la vida social circundante.<sup>50</sup> El método positivista en el derecho público tiende a asegurar, mediante una consideración formal y aséptica, la invariabilidad de las estructuras de dominación que subtienden al Estado de Derecho. La doctrina de la integración postula un método realista, considerando al Estado como una estructura social en devenir (*Vorgang*) dialéctico, cuyo sentido exige, en el análisis científico, la máxima compenetración de la norma y los hechos.<sup>51</sup> Así, el estudio *jurídico* comprende una integración entre análisis normativo y conclusiones de las ciencias sociales, en particular de las ciencias políticas y administrativas, de la sociología, la economía y las relaciones internacionales.<sup>52</sup>

10.F) *Lo material y lo formal en el Estado Democrático.* En el estudio de la Administración Pública, consiguientemente, lo formal, lo normativo, es un elemento instrumental, válido sólo en cuanto esté al servicio de un contenido concreto, material. En verdad, esto siempre ha sido así, incluso en la época de oro del Estado de Derecho liberal burgués, en el siglo XIX; sólo que, entonces, la aparente universalidad de la norma y la retórica igualitaria del liberalismo, ocultaban cuidadosamente la naturaleza privilegiarista (pro minorías) del *Rechtsstaat*, estilizada abstracción de la dominación monárquica y burguesa. Afortunadamente, dicha fórmula no ha sido expresamente adoptada por la mayoría de las constituciones político-administrativas de América Latina, las cuales, fieles en esto a una inspiración menos antidemocrática, siguen los ideales democrático-republicanos y personalistas del derecho público francés.<sup>53</sup> Ello permite enfocarlas según las exigencias del Estado *democrático y social* de Derecho, particularmente

---

50. Smend, Rudolf, *ibidem*.

51. Smend, Rudolf, *Integrationslehre*, p. 302, y *Staatsrechtliche...*, p. 480.

52. Cortiñas-Peláez, *Derecho Público de América Latina*, Curso de doctorado, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1970, Parte I, 1-c). En el mismo sentido, Cortiñas-Peláez, cit. *supra*, nota 31, pp. CXLII a CXLVI. Aunque pueda parecer redundante, es obvio que la noción de "integración" aquí manejada (Smend) sólo tiene un parentesco "semántico" con la referente a los procesos supranacionales de convergencia (mercados comunes, etc.) posteriores a 1950.

53. Así, el artículo 72 de la Constitución uruguaya de 1967 (idéntico, en este punto, en las precedentes constituciones de 1918, 1934, 1942 y 1952), ha sido manejado para fundamentar el Estado burgués de Derecho, cuando una interpretación distinta puede surgir de su texto, que no menciona dicha forma de Estado y sólo invoca, como pilar de los Derechos Humanos consagrados en la Carta, "los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma *republicana* de gobierno" (subrayados nuestros).

luego de la Segunda Guerra Mundial, que ha visto en ellas la consagración creciente de los Derechos del Hombre en materia económica y social.<sup>54</sup>

La doctrina <sup>55</sup> ha señalado, en dicho sentido, una oposición *ab initio* de lo democrático y lo social, no sólo contra el liberalismo burgués sino contra su aparente contrario —y habitual consecuencia— la dictadura fascista.<sup>56</sup> En el proceso de integración democrática del poder, la presencia creciente del proletariado y del campesinado tiende a exigir, como elementos básicos del *nuevo* Estado y de la dignidad de la persona humana, además de los derechos clásicos, la seguridad social en un marco de pleno empleo, el libre y efectivo acceso de las masas a la educación (incluso superior), y la plena participación democrática en el aparato prestacional de la Administración. Para quebrar las desigualdades del Estado de Derecho, para impedir las acechanzas de la dictadura fascista, el Estado democrático y social de Derecho impone mecanismos de redistribución del Poder.<sup>57</sup> Baste por el momento con la mención de intervenciones coactivas en materia de libertad y propiedad, tendentes a destruir las bases económicas del poder político de las minorías poseedoras, privilegiadas por el Estado burgués de Derecho. Así, se distingue entre una expropiación de bienes personales y una expropiación de medios de producción.<sup>58</sup> La concepción clásica del Estado de Derecho exigía para estos últimos una indemnización por equivalente, una plena compensación del valor material de los bienes, para mantener idéntico el patrimonio del expropiado. El nuevo Estado, democrático y social, encara el Derecho *universal* a la propiedad privada, como exigiendo su plena accesibilidad a la mayoría de los ciudadanos, y, por ende, desconfía de- y debe evitar-toda circunstancia tendente a la perpetuación de la desigualdad patrimonial. En cuanto dicha desigualdad es fuente de poder político antidemocrático, debe eliminársela,<sup>59</sup> o, por lo menos, atenuársela fuertemente. El Derecho

---

54. Su reconocimiento constitucional en Derecho Comparado data de 1917, con la Constitución mexicana, anterior a la soviética y a la Constitución de Weimar. En dicho sentido, puede oponerse una categoría de "derechos 1917", económicos y sociales, a otra de "derechos 1789", libertades públicas en el clásico sentido liberal francés.

55. Heller, Hermann, cit. *supra*, nota 46, *Rechtsstaat...*, pp. 9-10 y 26.

56. Heller, *ibidem*.

57. Cfr. Martín-Mateo, Ramón, *El horizonte de la descentralización*, ed. I.E.A.L., Madrid, 1969, 272 pp., pp. 64 y 262.

58. Cfr. Ipsen, Hans Peter, "Enteignung und Sozialisierung", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 10, ed. Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1952, p. 74 y ss.

59. En este sentido, Ipsen, *ibidem*, y Abendroth, cit. *supra*, nota 22, p. 817.

del Estado democrático y social exige expropiaciones de medios de producción, mediante compensaciones mínimas y diferidas. Mantener la desigualdad es acentuarla, pues ella es siempre fuente de mayores desigualdades, por un conocido proceso de *causación circular acumulativa*.<sup>60</sup> Este cometido, democrático y social, de nivelación económica y de reorganización coactiva de la producción, es de la esencia del Estado de Derecho contemporáneo, y su imperatividad resulta obvia para la Administración en países subdesarrollados como los que constituyen la Nación Latinoamericana.

La Administración y la Justicia, ciudadelas tradicionales del formalismo normativista caro a las minorías, se ponen así, necesariamente, al servicio de una reestructuración económica y social, política en definitiva, de la Sociedad. Esta ya no es dominada por una minoría, gracias a la actitud prescindente o complaciente del Estado, sino que Sociedad y Estado se integran dialécticamente y tanto la Administración como la Justicia se ponen al servicio de la mayoría. La actividad prestacional, las vías procedimentales y procesales administrativas, se rigen por formas, el primado del Derecho perdura. Pero la forma está abiertamente al servicio de lo material, el Derecho del Nuevo Estado tiende a asegurar sistemáticamente el cumplimiento de los objetivos del Estado democrático y social,<sup>61</sup> la realización de sus contenidos concretos.<sup>62</sup> El primado del Derecho en el Estado democrático y social significa una sujeción imperativa, no al Derecho como idea abstracta, sino a un contenido concreto de éste, que

---

60. Ampliamente en Cortiñas-Peláez, *Curso*, precitado *supra*, nota 52, siguiendo a Myrdal, Gunnar, *Economic Theory and Under-developed Regions*, ed. Gerald Duckworth & Co., Londres, 1957 (trad. castellana, *Teoría económica y regiones subdesarrolladas*, México, Fondo de Cultura Económica, 4ª ed., 1968, 188 pp.).

61. En este sentido, el barbarismo de "Estado procesal" (*Rechtswegestaat*) alcanza sentido material. Para quienes lo acuñaron, se trataba formalmente de exaltar la relevancia constitucional del Poder Judicial en la Constitución de Bonn: cfr. Jahreiss, Hermann, "Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung", *Recht-Staat-Wirtschaft*, II, p. 203 y ss. (esp. 213) cit. por Menger, Christian-Friedrich, "Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz", *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Mohr, Tübinga, 1953, p. 3 y ss., su nota 9. Ahora, las vías procesales (*Rechtsweg*) pueden seguirse considerando de la esencia del Estado democrático y social de Derecho, pero sólo tienen sentido en cuanto instrumentos de realización, de exigencia, de lo democrático y lo social. Cf. Hesse, Konrad, "Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes", en la *Festgabe Smend*, cit. *supra*, nota 30, pp. 71-95, esp. p. 77, referido expresamente a esta transformación del *Rechtswegestaat*.

62. Hesse, *ibidem*, p. 73.

tiende a cumplir con los fundamentos y deberes del Nuevo Estado, la plena dignidad del Hombre, y la libertad e igualdad *sustanciales* en el perfeccionamiento de su personalidad social.<sup>63</sup> Por imperio del Derecho, el Estado realiza la democracia y forja una sociedad nueva; el Estado no paraliza sino que "motoriza" el cambio, planifica, distribuye, reorganiza la vida individual y social. La compenetración de la mayoría social con el Poder se torna dialécticamente tan íntima, que hace perder pie a la distinción hegeliana entre Estado y Sociedad, la cual se torna jurídicamente (no sólo políticamente) imposible.<sup>64</sup>

Vemos así que el Derecho, lejos de esfumarse, resulta fortalecido en el Estado democrático y social de Derecho. Este tiende sólo a hacer reales, efectivas, las aspiraciones retóricas del mero Estado de Derecho decimonónico. Naturalmente, lo formal no resulta eclipsado por lo material, sino que se pone concretamente a su servicio. La garantía formal sigue siendo herramienta para la obtención de los objetivos materiales, sólo éstos han cambiado.

En cambio, el objetivo real del *Rechtsstaat*, mediante la fórmula del *laissez faire, laissez passer*, era posibilitar —mediante la abstención estatal— la autorregulación, el equilibrio natural de las fuerzas económicas y sociales. Dicho objetivo reposaba sobre un objetivo que se ha demostrado falso:<sup>65</sup> el del recobramiento automático del equilibrio por el mero juego de la libre empresa.<sup>66</sup> No es así, *la ley económica* es precisamente la contraria, *la*

---

63. Hesse, *ibidem*, p. 78, rechazando expresamente la incompatibilidad de *Sozial* y *Rechts* en el nuevo Estado, en la que se complace Forsthoff, quien trata vanamente de vaciar de todo contenido material, de convertir en una mera retórica normativa, al imperativo democrático y social *concreto* de la Ley Fundamental de Bonn. *Vid.* esp. sus notas 24 y 27.

64. Hesse, *ibidem*, p. 79.

65. Cf. Myrdal, Gunnar, cit. *supra*, nota 60, caps. II y III esp., remitiéndose a un estudio anterior referente a la desigualdad creciente de la población negra en el mundo angloamericano, antes de que la intervención federal tendiera a quebrar el proceso negativo de causación circular acumulativa (*vid.* del mismo Myrdal, *An American Dilemma: The Negro Problem and Modern Democracy*, ed. Harper & Bros., Nueva York, 1944). Myrdal cita, como visión perfecta de esta trágica ley social, tan duramente sufrida por los países subdesarrollados, un versículo del Nuevo Testamento: "Porque al que tiene se le dará y tendrá en demasía; pero al que no tiene se le quitará incluso lo que tiene" (San Mateo, XXV, 29).

66. La falsedad del equilibrio clásico —utopía liberal— quebró al liberalismo de comienzos del siglo XIX, en el interior de los Estados. Pero la falsedad del equilibrio entre naciones y continentes, la realidad del desequilibrio causado por la injusta distribución internacional del trabajo y por los dife-

*persistencia y acentuación espontánea de los desequilibrios naturales de la vida social*: el equilibrio no se da sino que se logra, se posibilita y aun impone. Para imponerlo, el Nuevo Estado debe encargar a la Administración de nuevos cometidos, debe servirse de las formas jurídicas tradicionales, o de otras nuevas y aun revolucionarias, para distribuir competencias orgánicas,<sup>67</sup> debe asegurar formalmente la realización de lo democrático y social en el —sin formas, frágil e inestable— procedimiento administrativo de preparación, decisión, ejecución y control.

11.G) *Aportación de la historia*. Para todas las ciencias sociales y, en particular, para las ciencias administrativas, la interpretación histórica constituye un método imprescindible.<sup>68</sup> Los desarrollos que preceden, al precisar conceptos sólo comprensibles en función de su evolución, han ratificado que todo es historia<sup>69</sup> y que nos condenaríamos a la ignorancia del

---

rentes grados de industrialización, sólo ha sido concientizada en esta segunda mitad del siglo XX, y está aun esperando el teórico de su redención. Cfr., para las alternativas de liberalismo y dirigismo del comercio internacional, Colliard, Claude-Albert, "Sur l'organisation internationale du commerce", en *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit. *supra*, nuestra nota 22, t. II, pp. 333-362, *passim*. Una valoración latinoamericana, *vid.* en dicho *Homenaje a Sayagués-Laso*, Cortiñas-Peláez, "Una concepción planetaria del Hombre y del Derecho", Introducción General en el t. I, sus Nos. 68, 83 y 85, pp. CXV, CLIII y CLV.

67. Cf. Hesse, cit. *supra*, nota 61, p. 74.
68. Cfr., para las ciencias administrativas y la historia del pensamiento administrativo: Langrod, Georges, *La science et l'enseignement de l'Administration publique aux Etats-Unis*, ed. Armand Colin, París, 1954; Baena del Alcázar y Jordana de Pozas, *precitados*, *supra*, nota 25; Baena del Alcázar, Mariano, *Perspectivas y tendencias de los estudios sobre Ciencia de la Administración*, y Langrod, Georges, "L'apparition et l'apport de la science administrative socialiste", en *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit. *supra*, nota 22, t. IV, pp. 19-50 y 281-300; Maier, Hans, cit. *supra*, nuestra nota 24; Ellwein, Thomas, *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise, Zur Geschichte des Verfassungstaates in Deutschland*, ed. Isar, Munich, 1954; Legendre, Pierre, *Histoire de la pensée administrative française*, en Langrod, Georges, *Traité*, cit. *supra*, nota 12, pp. 5-79. *Vid.* igualmente los informes nacionales europeos, esp. sus introducciones históricas, en la obra colectiva del coloquio de 1968 en la Escuela Superior de Ciencias Administrativas de Spira, publicación póstuma del maestro Morstein-Marx, Fritz, Hrg. y *Vorwort, Verwaltungswissenschaft in europäischen Ländern: Stand und Tendenzen*, colección "Schriftenreihe der Hochschule Speyer", Duncker & Humblot, Berlín, 1969. Hemos desarrollado particularmente esta relevancia de la historia respecto de las estructuras jurídicas de la Administración en América Latina en el *Curso* cit. *supra*, nota 52, siguiendo al igual que aquí, al pensamiento y la bibliografía de la medular introducción de Issa, Hossam, "Pour une nouvelle perspective des rapports entre structure sociale et droit", en *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit. *supra*, nota 22, t. I, pp. 237-261.
69. Issa, *ibidem*, p. 258, citando a Lévi-Strauss, Claude, *Anthropologie structurale*, ed. Pion, París, 2ª ed., 1964, p. 17.

presente si no lo situáramos constantemente en la dimensión temporal de pasado y futuro, dimensión que nos permite pesar y evaluar los elementos de la realidad concreta. Toda ciencia social digna de este nombre es una ciencia histórica, tiende y trata de describir el presente como un producto de la historia.<sup>70</sup> Toda estructura social es originariamente una manifestación humana, espacial y temporalmente condicionada. Los fenómenos administrativos serán considerados, no como entidades inertes sometidas a una evolución diacrónica que les sería exterior, sino —por el hecho mismo de su vinculación a una estructura social esencialmente histórica— como realidades encarnadas por la dimensión histórica en su núcleo significativo, como realidades estructuradas a partir y en función de una temporalidad original, la de toda estructura social.<sup>71</sup> La historia no es un mero marco general de los fenómenos sociales: ella es su esencia misma.<sup>72</sup>

De esta manera, todo fenómeno administrativo está esencialmente condicionado por una estructura social históricamente determinada. Ahora bien, para tratar de revelar la naturaleza teórica de dicha relación, sería necesario vislumbrar la transición gradual de una estructura social a otra, apreciando las leyes que gobiernan la relación entre estructura social y organización administrativa, mediante una visión de los hechos en movimiento.<sup>73</sup> En la época del Estado democrático y social de Derecho, la actividad prestacional de la Administración tiende a transformar, y aun a quebrar, ciertas resistencias de la estructura social. Sería por ello unilateral e inexacto analizar las relaciones entre Administración y estructura social como dependientes exclusivamente de esta última. Siempre, pero más en nuestro tiempo, Administración y estructura social están *recíprocamente* condicionadas, y sería arbitrario reducir a la Administración al rango de mero epifenómeno. Las relaciones sociales están esencialmente dominadas por el principio de la pluricondicionalidad o de la sobredeterminación.<sup>74</sup>

---

70. Issa, *ibidem*, p. 258.

71. Issa, *ibidem*; Poulantzas, Nicos, *Le concept de nature des choses dans la philosophie et la sociologie contemporaine du droit*, L.G.D.J., París, 1964, p. 606.

72. Issa, *ibidem*, p. 259.

73. Renner, Karl, *The institutions of private law and their social functions*, ed. Routledge & Kegan Paul, Londres, 1949, p. 58 y ss.

74. Puede definírsela como "la acumulación de determinaciones eficaces sobre la determinación en última instancia". *Vid.* Althusser, Louis, *Pour Marx*, ed. Maspero, París, 1965, p. 112, quien, sin perjuicio de reconocer al factor económico la causalidad final de los hechos sociales, insiste en la eficacia propia de los elementos de la superestructura y en la imposibilidad de reducirlos a un simple fenómeno de infraestructura. La complicación sin fin, el entrelazamiento de las causas entre sí y las relaciones de los efectos entre

La relación de Administración y estructura social, como la relación de derecho positivo y estructura social,<sup>75</sup> es una relación más compleja que la de un determinismo superficial y unilateral; en efecto, si las instituciones administrativas, por ejemplo, son determinadas por la estructura social, también aquéllas contribuyen a condicionar la existencia de ésta. En otros términos, la Administración, que se nos presenta como esencialmente condicionada, no pierde por ello su *eficacia propia*, es decir, su capacidad de reaccionar sobre la estructura social y determinarla a su vez de manera preponderante.<sup>76</sup> La Administración es así determinada y determinante, en un solo y mismo movimiento.

Para aproximarse y profundizar las líneas de fuerza de las ciencias administrativas en el umbral del siglo XXI, la evolución precientífica del pensamiento administrativo nos será sumamente útil, pues ella jalona problemas y enfoques cuya actualidad anula el aparente desfase temporal, como la mera mención del Estado de Bienestar del absolutismo que realizábamos, bastaría para probarlo.<sup>77</sup> Por otra parte, las ciencias administrativas de los países en vía de *subdesarrollo* tienen que ser lúcidamente críticas, con relación a las disfuncionalidades de la doctrina tradicional<sup>78</sup> así estudiada, cuya importación mecánica omitiría tener presentes el entronque y las consecuencias históricas de la misma. En esto, la psicología social no puede reemplazar a la investigación histórica, sino que ésta es su necesaria introducción.<sup>79</sup>

12.H) *La ordalía de la experiencia*. Resumiendo,<sup>80</sup> hemos visto que la Edad Administrativa coincide con un nuevo concepto democrático de la

---

ellos mismos, son evidencia que impide reducir la realidad a una determinación pura y simple: en este sentido, ya Engels, Friedrich, *Lettre à Joseph Bloch* (21 sept. 1890, Londres), "Lettres philosophiques (Extraits)", *Études philosophiques*, ed. Sociales, París, 1961, p. 154.

75. Reléase, en su totalidad, el trabajo de Issa, *ibidem*.

76. *Vid.* Althusser, Louis, "Contradiction et surdétermination", *La Pensée*, París, N° 106, déc. 1962, y *Sur la dialectique matérialiste*, *ibidem*, N° 110, ag. 1963, cit. por Issa, *ibidem*, su nota 88.

77. *Supra*, Nos. 7-8.

78. Cfr. Ilchman, Warren F., "Angloamerican Public Administration and developing countries: a note", en *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit. *supra*, nota 22, t. IV, pp. 177-189, quien analiza agudamente las insuficiencias críticas (históricas, políticas, psicológicas) de la tradicional ciencia administrativa angloamericana, cuya obsesión economista, unilateralmente centrada en la eficacia, desconoce más de "la mitad del universo relevante" (p. 189).

79. Legendre, Pierre, cit., *supra*, nota 68, p. 77, *passim*.

80. *Supra*, Nos. 9-10.



libertad. Esta, encarnada en el Estado democrático y social de Derecho, tiende a estructurarse en nuestro entorno histórico concreto, mediante una sumisión teleológica rigurosa de lo formal a lo material: la libertad existe, para los ciudadanos, en cuanto participación en la ampliación e intensificación de la actividad administrativa prestacional del Estado.<sup>81</sup> La problemática de la Administración deberá enfocarse, en nuestra América Latina, a la luz de nuevos conceptos adecuados a nuestra realidad actual, a nuestra lucha para quebrar la causación circular acumulativa del subdesarrollo,<sup>82</sup> siendo impensable el desarrollo de nuestros países sin una serie de reformas estructuradas que debe acometer y dirigir el Estado.<sup>83</sup> Esta afirmación de principio, y la precisión incluso de sus metas concretas,<sup>84</sup> están sin embargo lejos de su realización. Instrumentar una Administración eficaz, lograr el cumplimiento adecuado y sin pausas de nuevos cometidos, alcanzar que la redistribución de competencias sea no sólo eficaz sino eficiente, constituye prueba de fuego, auténtica ordalía empírica, para la más acabada de las teorías administrativas. La Administración abandona el abstracto pedestal óntico del ser, para encarnarse en la desgastadora concreción cotidiana del devenir.

La estrechez de la visión, unilateralmente normativa, heredada de la Europa continental,<sup>85</sup> nos revela la amplitud de nuestras lagunas y la insuficiencia de los instrumentos de análisis administrativo predominantes en América Latina. Al reducirse la macrovisión del Estado a la microvisión de la Administración prestacional, al descenderse del Estado —como ser (*Sein*)— al Estado como cometido (*Aufgabe*),<sup>86</sup> el esfuerzo cotidiano del administrativista se multiplica en proporciones inesperadas. Los administra-

- 
81. Maier, Hans, "Verwaltungslehre und politische Theorie", en *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nota 22, t. I, pp. 781-802, esp. p. 788-89.
  82. Cf. Brewer-Carías, Allan-Randolph, "Las transformaciones de la Administración Pública para el desarrollo: el caso de Venezuela", *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1969, N° 58, pp. 387 y ss., esp. p. 398.
  83. Brewer-Carías, *ibidem*, p. 401, N° 13.
  84. Así, en sentido político-constitucional, los precitados trabajos de Abendroth y Hesse, *supra*, notas 22 y 61; en sentido de reforma administrativa concreta, Brewer-Carías, Allan-Randolph, *Reforma Administrativa y Desarrollo Económico y social en Venezuela*, *supra*, en el t. I de este *Archivo*; en el sentido previo de una reforma de las estructuras políticas, *vid.* igualmente, Brewer-Carías, *Problemas institucionales del desarrollo en Venezuela*, conferencia pronunciada el 18 de enero de 1972, ed. mimeografiada, Asociación Cultural Humboldt, Caracas, 38 ff.
  85. Cf. Langrod, Georges, "Frankreich: Einleitung", en Morstein-Marx Hrg., *Verwaltungswissenschaft...*, cit., *supra*, nota 68, pp. 26-30.
  86. Cf. Scheuner, cit., *supra*, nota 30, p. 255.

tivistas latinoamericanos hemos trabajado con numerosos conceptos, sin haber comprobado alguna vez el alcance concreto de los mismos. La tarea de las ciencias administrativas, para la América Latina contemporánea, consiste en estudiar primero nuestra realidad concreta, para recién después intentar una construcción teórica en base a investigaciones empíricas. La pluridisciplinariedad del estudio<sup>87</sup> se torna imperativa, pero su aplicación es fatigosa, porque es menester combinar métodos distintos, especialistas de muy diversa formación y prácticas. Intelectual y prácticamente nos encontramos en el umbral de un trabajo desbordante. Respecto de él, parece oportuno detenernos en este Tomo II del *Archivo* en su objeto (II) y su método (III), esperando ocuparnos, en el Tomo III, de sus antecedentes históricos y principales apoyaturas bibliográficas e institucionales.

## II

### DEL OBJETO

13. *La distinción: Administración Pública y administración privada.* En castellano, hablar de Administración significa hablar de Administración Pública.<sup>88</sup> Esta precisión no se agota en un purismo lingüístico, sino que ella obedece a las considerables diferencias que separan a la Administración Pública de la llamada administración privada.

Ha podido sostenerse que la distinción es una mera cuestión de posturas profesionales, como si sólo los juristas tuvieran razones para afirmarla, como si fuera correctamente desdeñable por quienes detentan una postura gerencial,<sup>89</sup> que los llevaría sólo a tener en cuenta ciertas convergencias funcionales, técnicas, de decisiva relevancia. Ahora bien, la reducción de ambas administraciones a un mero administrar (*Verwalten*), la creencia de que la distinción sólo obedecería a criterios formales,<sup>90</sup> obedece a una aproximación superficial de nuestro objeto.

---

87. *Vid.* Tomsova, Iva, "Einiges über die Tschechoslowakei", en Morstein-Marx Hrg., cit., *supra*, nota 68, p. 201.

88. *Supra*, N° 6 y nota 18.

89. Cfr. Molitor, Andrés, *Las ciencias sociales en la enseñanza superior: Administración Pública*, trad. española de Jordana de Pozas, Luis, ed. Unesco y Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España, Madrid, 1961, 216 pp., p. 19.

90. Cfr. Morstein-Marx, Fritz, "Stand der Verwaltungswissenschaft", en la obra colectiva por él dirigida cit. *supra*, nota 11, p. 39.

La tendencia a la exageración de las semejanzas,<sup>91</sup> pasa por alto la existencia de diferencias fundamentalmente económicas (A), sociales (B), políticas (C), y no sólo normativas (D), o aun técnicas (E), todas las cuales parece oportuno reseñar desde ahora, sin perjuicio del reconocimiento, a un nivel secundario, de ciertas convergencias (F).

14.A) *Las diferencias económicas.* La Administración, tanto en los Estados dominantes, cuanto, con mayor razón aún, en los Estados dominados, es esencialmente promotora de desarrollo, problema éste que desborda a la iniciativa privada, por dos razones mayores.

En primer lugar, la primacía de las inversiones no lucrativas —en particular, las llamadas infraestructuras colectivas o de equipamiento— choca con las exigencias de lucro individual, a corto y aun a lejano plazo. Económicamente el desarrollo sólo es posible gracias a dichas inversiones, socialmente sólo es efectivo mediante ellas: no hay industrialización, ni hay turismo, sin medios de transporte; no hay mano de obra calificada, ni tampoco movilidad social, sin escuelas y liceos; como tampoco hay progresos intelectuales ni progresos técnicos, sin investigación. Sin una voluntad imperiosa, más fuerte que todos los intereses particulares, el bienestar individual correría el riesgo de acarrear la miseria colectiva.<sup>92</sup> La segunda razón es la ampliación de los grupos humanos y su interdependencia. Tanto en las reuniones de la ALALC en Montevideo como de la CEPAL en Santiago, los funcionarios mexicanos o argentinos van a discutir y preparar decisiones que conciernen al brasileño o al venezolano, cuyo porvenir económico y social dependerá en buena parte de la suerte de dichas negociaciones lejanas.<sup>93</sup> Funcionarios latinoamericanos estudian y organizan las previsiones, y aun la prospectiva, de las vidas de ciudadanos latinoamericanos distantes miles de kilómetros, perspectiva supranacional que, todo induce a esperar, irá acrecentándose en las próximas décadas. Estos trabajos preparatorios y aun de decisión, escapan cada vez más a la esfera de la administración privada.

---

91. Denunciada incluso por uno de los autores angloamericanos más recientes: Nigro, Félix A., *Modern Public Administration*, ed. Harper & Row (Nueva York, Evanston & Londres)-John Weatherhill (Tokio), 1966, 531 pp., p. 18.

92. Grégoire, Roger, "Mutations", *Esprit*, N° 388 (spécial sur *L'Administration*), janvier 1970, París, pp. 159-160.

93. Cfr. Grégoire, Roger, *ibidem*, p. 160.

Cabría agregar, por otra parte, que el monopolio de hecho de que suele estar dotada la actividad económica de la Administración Pública, impide la competencia y desaventaja la búsqueda de la eficacia.<sup>94</sup>

En definitiva, una Administración promotora del desarrollo, y una administración monopólica, son de difícil, si no de imposible, conciliación con los principios rectores de la administración de la empresa privada.

15.B) *Las diferencias sociales.* En una de las elaboraciones más profundas y abstractas que se hayan intentado recientemente en el mundo entero, en materia de ciencias administrativas,<sup>95</sup> se ha destacado que las burocracias estatales tienen un grado de independencia mucho mayor que las administraciones privadas, son más autónomas respecto de su entorno y están más estrictamente especializadas en la particular función de emitir decisiones vinculantes.<sup>96</sup> Sus fronteras relacionales —con los sectores de la política, del público y del personal<sup>96 bis</sup>— respecto del entorno de una decisión, son más fáciles de percibir. La Administración Pública es el prototipo de la Administración autosuficiente, sistemáticamente independiente. Las administraciones privadas, por el contrario, son sistemas típicamente subordinados a organizaciones más amplias, como lo son, por ejemplo, fábricas de producción o empresas de servicios generales, clubes sociales o asociaciones no lucrativas. En efecto, ningún particular encontraría reconocimiento y apoyo si pretendiera condenar por sí mismo, a su entorno social al cumplimiento de decisiones obligatorias.<sup>97</sup> Sólo puede utilizarlas en el marco de organizaciones o sistemas más amplios, que pueden sostenerse por sí mismos en su entorno.<sup>98</sup>

En segundo lugar, y quizá por el hecho mismo de esa conciencia de su independencia, la Administración Pública puede asumir hoy, no sólo los servicios esenciales tradicionales (defensa, policía, relaciones exteriores), sino cuantos cometidos van surgiendo —en la evolución planetaria de socialización—,<sup>99</sup> a los cuales los poderes públicos, y la ciudadanía que los

---

94. Langrod, Georges, "Réflexions sur la science administrative", *Nomos*, Niza, 1971, su nota 86.

95. La de Luhmann, Niklas, *Theorie der Verwaltungswissenschaft, Bestandsaufnahme und Entwurf*, ed. Grote, Colonia-Berlín, 1966, 118 pp.

96. Luhmann, *ibidem*, p. 79.

96 bis. Luhmann, *ibidem*, pp. 77-78.

97. Luhmann, *ibidem*.

98. Luhmann, *ibidem*.

99. Cfr. Bilot, cit., *infra*, nota 371.

elige y apoya, atribuyen relevancia *vital*<sup>100</sup> para la supervivencia y el ascenso de la dignificación del Hombre en sociedad.

En tercer lugar, podría empíricamente señalarse que la impersonalidad de las estructuras administrativas,<sup>101</sup> la distancia entre quienes deciden y quienes ejecutan, su imposibilidad creciente de reformarse a sí mismas,<sup>102</sup> hacen de la Administración Pública el terreno ideal para las disfuncionalidades burocráticas;<sup>103</sup> aunque ciertas actividades privadas, excesivamente protegidas,<sup>104</sup> puedan tipificar igualmente dicha disfuncionalidad, al punto de decirse que "se han burocratizado".

16.C) *Las diferencias políticas.* Las administraciones públicas de este umbral del siglo XXI son herramientas de la realización de lo democrático y lo social, en el Estado de Derecho. No se trata tanto de producir bienes y servicios por estos mismos, sino en cuanto contribuyan sistemáticamente a la plenitud del Hombre en sociedad. Son, eminentemente, administraciones políticas. Su extensión en número, la multiplicación de sus poderes jurídicos, no están destinados al beneficio de intereses particulares, sino al cumplimiento de una voluntad ciudadana, ratificada periódicamente por el pueblo en las urnas. No puede reducirse esta proyección a una mera obediencia respecto del ordenamiento jurídico: ésta existe,<sup>105</sup> pero lo decisivo es el esfuerzo por forjar una estructura política más justa, quebrando o sustituyendo los focos privados de poder económico que la impiden, mediante un ejercicio de la libertad o mediante un goce de la propiedad que resultan contrarios a la voluntad ciudadana y a los fines que la sociedad moderna se fija. La administración privada, en cuanto se propone el enriquecimiento de una minoría mediante el control de los medios de producción, tiende así a oponerse cada vez más netamente a la voluntad de las mayorías, justamente ansiosas de quebrar el proceso de causación circular

---

100. Morstein-Marx, Fritz, Hrg., "Vorwort" a *Gegenwartsaufgaben der öffentlichen Verwaltung*, ed. Heymann, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1968, p. XXI.

101. y 102. Cf. Crozier, Michel, *Le phénomène bureaucratique*, ed. Seuil, París, 1963, 413 pp., *in totum*.

103. Cf. Crozier, Michel, "Le rapprochement actuel entre administrations publiques et grandes entreprises privées et ses conséquences", *Rev. internationale des sciences sociales*, Unesco, París, 1968, pp. 9 y ss.

104. Piénsese en la extensión burocratizante que han asumido la banca privada, los transportes marítimos y sobre todo los aéreos federados en la IATA, la comercialización de las exportaciones en numerosos países del Tercer Mundo, los ferrocarriles —hasta hace pocos lustros— en los Estados Unidos del Norte y en Francia (Cf. Crozier, *Le rapprochement...*, *ibidem*, p. 11).

105. *Supra*, N° 10 y nota 61.

acumulativa de la miseria. Históricamente, incluso en el mundo liberal-capitalista, los ejemplos de desarrollo industrial acelerado sólo pudieron realizarse, sea mediante una discreta pero activísima intervención estatal (casos de Gran Bretaña y de los Estados Unidos del Norte, en el período inicial), sea mediante una directa asunción de la actividad económica por el Estado (Italia, Alemania, entre los países de tardío desarrollo industrial). No existe un solo caso de despegue económico y social, en el cual se haya carecido de una intensa presión de la Administración.

Por otra parte, la Administración privada en América Latina tiene dos características reñidas con las exigencias del desarrollo. En primer lugar, ella responde frecuentemente al proceso mundial de expansión del capitalismo,<sup>106</sup> teniendo una relación vicarial respecto de grandes empresas de los países dominantes, cuando no se trata de éstas mismas, que están directamente succionando nuestras materias primas,<sup>107</sup> o abusando de nuestra mano de obra barata —*Ersatz*, en el mundo periférico— de la esclavitud.<sup>108</sup> En segundo lugar, cuando la Administración privada en América Latina corresponde a un capital auténticamente nacional, nos encontramos ante una organización y un inversionismo temerosos,<sup>109</sup> que asumen penosa y disfuncionalmente las riesgosas exigencias del desarrollo.

- 
106. Cfr. Comparato, Fabio Kónder, "Le «Tiers Monde» devant l'unification européenne", *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1963, t. 60, pp. 153-170; Jalée, Pierre, *L'impérialisme en 1970*, ed. François Maspero, París, 1970, 232 pp.; un excelente panorama de la historia latinoamericana posterior a la emancipación *verbal* de comienzos del siglo XIX, brinda Beyhaut, Gustavo, en el tomo 23 de la *Fischer Weltgeschichte, Süd-und Mittelamerika II (Von der Unabhängigkeit bis zur Krise der Gegenwart)*, ed. Fischer Bücherei, Frankfurt a.M., 1965, 346 pp.
107. Comparato, esp. Jalée y Beyhaut, *ibidem, passim*; *vid.* también de Jalée, Pierre, *Le pillage du tiers monde*, ed. Maspero, París, 1965; cfr. Amin, Samir, *L'accumulation à échelle mondiale*, ed. IFAN (Dakar)-Anthropos (París), 1970; Emmanuel, Arghiri, *L'échange inégal*, ed. Maspero, París, 1969; Bairoch, Paul, *Diagnostic de l'évolution économique du Tiers Monde 1900-1966*, Gauthier-Villars, 2ª ed., París, 1967; Frank, André Gunder, *Le développement du sous-développement*, trad. del inglés, ed. François Maspero, París, 1970.
108. Cf. Cortiñas-Peláez, *Una concepción planetaria del Hombre y del Derecho Público*, cit. *supra*, nota 22, donde se señala a los países industrializados como los *Slave-drivers* de la segunda mitad del siglo XX (Nº 68, su p. CXVII).
109. Cf. Sayagués-Laso, Enrique, "Consulta sobre concesión de nuevas líneas de servicio colectivo de pasajeros", *La concesión de la Cooperativa Uruguaya de Transportes Colectivos: su legalidad*, Montevideo, 1944, pp. 429-492, esp. p. 490, apoyando en consecuencia el sistema cooperativo, en cuanto sea viable para la explotación de servicios públicos.

17.D) *Las diferencias normativas.* Su naturaleza formal les confiere un rango segundo, pero no secundario. Ellas no hacen sino consolidar y reforzar —en las formas constitucionales, legislativas, administrativas y jurisprudenciales— las diferencias materiales que venimos de reseñar.

18.a) *Los valores constitucionales.* Los valores de la Administración Pública, consagrados por las normas constitucionales, apuntan a un nivel superior, están referidos a los intereses supremos de la comunidad política. El Estado trasciende a los individuos y a los grupos, proponiéndose servir a la totalidad, o, cuando menos, a la gran mayoría de la población, y no sólo a sectores fragmentarios.<sup>110</sup>

19.b) *La finalidad.* En la Administración Pública, regida por la realización del Estado democrático y social de Derecho, mediante una actividad prestacional —en principio desinteresada— que asegure una existencia digna al Hombre en sociedad, el fin contrasta con el carácter generalmente lucrativo, y ciertamente individualista, de la teleología de la administración privada.

Esta actividad desinteresada, “*catapultada*” hacia el ahondamiento de los cimientos democráticos del Estado, inserta la teleología en la axiología, plasma un espíritu administrativo democrático. Esta vivencia responsable de lo administrativo, por y para la democracia, ha sido proclamada recientemente, en la página final de una apasionante obra colectiva:<sup>111</sup>

En resumen, puede decirse que el espíritu de la Administración Democrática de Derecho se funda en el peculiar cometido que le incumbe en el conjunto de la sociedad: otras concepciones diversas, provenientes de ordenamientos estatales y sociales del pasado, deben ser erradicadas. Lo peculiar de este cometido se halla, para decirlo con palabras de Hegel, en el “trabajo para el pueblo”, pero bajo las exigencias de una sociedad democrática. El peculiar cometido de la Administración Pública requiere ciertamente para su consumación, instalaciones particulares; no transfiere sin embargo a sus titulares administrativos ninguna competencia originaria que no se derive en última instancia, en el Estado democrático, de la totalidad del pueblo; dicho cometido no fundamenta élite institucional alguna y no acuerda ningún rango moral peculiar. El espíritu de la Administración Democrática del Estado de Derecho es una pieza del espíritu democrático de nuestro tiempo. La natural identidad democrática del Hombre contemporáneo, que se inserta en el gran proceso emancipador de la Edad Moderna y que marca crecientemente a nuestros ordenamientos sociales y políticos, no es sin embargo algo casual

---

110. Bandet y Mehl, cit., *supra*, nota 12, p. 85.

111. La dirigida por Fritz Morstein-Marx, *Verwaltung*, cit., *supra*, nota 11.

o arbitrario, que podría ser dejado de lado hoy o mañana. El Hombre, que se ha venido esforzando en el camino de su autodeterminación y de su desarrollo personal autónomo, no puede ya retroceder, o ¡no faltaría más!, ser repelido hacia atrás. Quien quisiera negar esto, debería refugiarse en una dictadura, abierta o más o menos disfrazada de ideología.

En una época que ya no sabe de pretendidos ordenamientos trascendentes, la comunidad política sólo es concebible como una cooperación, librada a la autodeterminación de los ciudadanos y en las formas del Estado Democrático de Derecho.<sup>112</sup>

20.c) *La irradiación externa.* La organización administrativa tendrá que fundarse, además, partiendo de la prevalencia, *hacia afuera* de la Administración Pública, y hacia adentro de la administración privada, prevalencia cuyas opuestas repercusiones de régimen jurídico, orgánicas, de personal y especialmente salariales, procedimentales, y, en los terrenos del control y de la responsabilidad, examinaremos seguidamente.

Administración Pública hacia afuera, administración privada hacia adentro. En efecto, la Administración Pública abarca gran parte de lo que la administración privada englobaría bajo el concepto de dirección de la empresa; ella (la Administración Pública) desarrolla una actividad (la del Ejecutivo) planificadora de su entorno, y encuadrada por sus autoridades en la división de poderes, actividad que en última instancia se vincula con una imperatividad teleológica de derecho público.<sup>113</sup>

La administración de la empresa privada no es, en sí misma, finalista o planificadora. Frente a los terceros que la contratan, ella sólo tiene la libre disposición de la elección de los medios para alcanzar los fines prescritos por aquéllos. Pero, incluso respecto de fines predeterminados por la dirección empresarial, la administración no está habilitada para considerar la iniciativa que le queda, como pura ejecución de cometidos determinados.<sup>114</sup> En efecto, el administrador (por oposición al director) privado tiene aun que decidir de los medios más aptos para alcanzar aquellos fines.

---

112. Ryffel, Hans, *Eigenverantwortlichkeit*, en *ibidem*, pp. 470-71.

113. Schnettler, Albert, y Ahrens, Heinz, *Verwaltung im Bereich des Unternehmens*, en Morstein-Marx, *ibidem*, p. 19.

114. Schnettler y Ahrens, *Verwaltung im Bereich des Unternehmens*, *ibidem*. Naturalmente que nos referimos en el texto a la noción clásica de empresa privada, hoy enmascarada por las firmas multinacionales cuya estructura molecular (*conglomérats*) adopta políticas que colocan a ciertos órganos de la misma empresa en un *sistema orgánico* (en el sentido de Méndez, Aparicio) semejante al de algunas empresas públicas. *Vid.*: Michalet, C. A., *L'entreprise*



21.d) *El orden jurídico dominante*. "Los aspectos orgánicos seguirían regidos por el Derecho Público, pero el funcionamiento cotidiano de la Administración estaría crecientemente penetrado por las técnicas del Derecho Privado",<sup>115</sup> al punto que la privatización de la Administración Pública sería un rasgo definitivo de la Edad Administrativa, y tendería a saltar la tradicional valla que separaba a ambas "administraciones". La afirmación nos parece sospechosa. Ciertamente susceptible de matices, y, quizás, de acabada refutación.

En abstracto, en teoría pura (es decir, en la irrealidad del positivismo normativista), no tendríamos inconveniente en admitir todas las sutilezas del binomio de Newton y del algoritmo de Ruffini, las casi infinitas posibilidades de la teoría combinatoria, como aplicables a la dosificación del Derecho Público y del Derecho Privado. Si fueran meras formas, ¿por qué no regirlas por ecuaciones matemáticas? Sólo que acontece, que las formas, en el Estado democrático y social de Derecho, sólo tienen sentido al servicio de un contenido material.<sup>116</sup> Entonces, en la medida en que el Estado no es un ente trascendente y abstracto, sino un proceso encarnado de integración nunca acabada, la teleología del devenir se impone por imperativo mismo de la forma suprema, la Constitución. El Derecho Privado sólo podrá aplicarse, en un sistema jurídico coherente, en la medida concreta en que no atente a los fines de la comunidad política. Como se ha aportado con sagacidad, incluso el funcionamiento administrativo realizado mediante técnicas de derecho privado, está regida por el Derecho Público y debe obedecer exclusivamente a las finalidades de éste.<sup>117</sup> Pero siempre habrá que recordar la historicidad concreta de nuestra Administración en América Latina. Como España en los tiempos de Isabel y Fernando, como Francia

---

*plurinationale*, Paris, Dunod-Economie, 1969, XXII + 106 pp.; y fundamentalmente Goux, Christian y Landeau, Jean-François, *Le péril américain*, (Le capital américain à l'étranger), Paris, Calmann-Lévy, 1971, 272 pp.

115. Es éste un lugar común, ya tópico, de la literatura jurídico-administrativa europea occidental luego de la Segunda Guerra Mundial. *Vid.* cualquiera de los manuales franceses o alemanes recientes. Yendo incluso más lejos que ellos, el monismo kelseniano lleva a sostener la vigencia, cualitativamente comparable, de dos regímenes jurídicos de la Administración Pública, uno de Derecho Administrativo y otro de Derecho Civil. Así, Eisenmann, Charles, "Un dogme faux: L'autonomie du droit administratif", *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nota 22, t. IV, pp. 417-438, *passim*.

116. *Supra*, N° 10.

117. Cfr. Gordillo, Agustín, *El acto administrativo*, 2ª ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 68 y ss., quien restringe la vigencia del Derecho Privado sólo a limitados elementos del acto administrativo.

en los tiempos de Luis XI, América Latina es una comunidad política asediada y débil, que apenas ve alborear un Estado nacional capaz de resistir a la dominación extranjera y a las ciudadelas feudales del interior. Pretender que el Estado latinoamericano, en formación, se desprenda de sus aún no bien asentadas prerrogativas de poder público, exigirle a la letra su sumisión estricta a las sujeciones tradicionales de la Administración en el Estado liberal-burgués de Derecho, es no sólo un contrasentido histórico sino una dimisión de responsabilidades, una abdicación en el cumplimiento de los cometidos democráticos y sociales que le están encomendados y que deben serle constantemente exigidos por las mayorías. La clásica fórmula del decano Maurice Hauriou, definiendo al *Derecho administrativo como un derecho de personas desiguales*, es de imperativa vigencia en nuestros países: éstos se encuentran aun ciertamente muy lejos del grado de desarrollo industrial alcanzado por el capitalismo molecular en Europa luego de la Segunda Guerra Mundial, capitalismo avanzado y dominante, contra el cual —así como contra sus vicarios en el interior de América Latina— sería insensato preconizar una atenuación de fórmulas jurídicas tradicionales. La supremacía del poder público en las relaciones administrativas no fue una invención formal de académicos obnubilados por un espíritu de sistema; dicha supremacía en las formas fue la respuesta, de hondo sentido político y encarnada historicidad, de los juristas de la III República francesa a los islotes que pretendían retrogradarla a los tiempos de la Restauración, e impedir la eficaz transformación de las estructuras sociales, emprendida por los servicios públicos de la época.<sup>118</sup>

22.e) *La relación jerárquica*. Fundada en los principios tradicionales de autoridad forjados en las organizaciones castrense y clerical, la jerarquía parece menos válida en una Administración apoyada en un liderazgo permisivo,<sup>119</sup> en la cual la ejecución de las decisiones exige cada vez más la adhesión del ejecutante.<sup>120</sup>

118. Sería inexacto identificar unilateralmente a Maurice Hauriou con la doctrina del poder público, puesto que su nombre ha sido igualmente asociado al nacimiento de la Escuela del Servicio Público. Cfr. Rivero, Jean, "Hauriou et l'avènement de la notion de service public", en *L'évolution du droit public, Études en l'honneur d'Achille Mestre*, ed. Sirey, Paris, 1956, pp. 461-471; Sfez, Lucien, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, ed. L.G.D.J., Paris, 1966, (préface J. Rivero, *avant-propos* d'André Hauriou), XVI + 520 pp.

119. Cf. Crozier, cit., *supra*, nota 101, *in totum*, esp. p. 372.

120. Cf. Rivero, Jean, "A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration", en *Mélanges offerts à René Savatier*, ed.

Las exigencias de democratización de la Administración se harán sentir más fuertemente en los órganos del Estado, sometidos al veredicto indirecto del cuerpo electoral, que en el seno de la administración privada que no depende de éste. Por supuesto parece imposible la conciliación de la democracia con el mando y la subordinación irrestrictos —que nos legara la Administración prusiana del siglo XIX—, con la ausencia de motivación obligada en los actos administrativos y el secreto que rodea a éstos, en la tradición administrativa francesa; son principios difíciles de adaptar, incluso a esas formas menores de la democracia que son la explicación<sup>121</sup> y la participación<sup>122</sup> administrativas. Respecto de esta última mentalidad administrativa, el mito liberal de la administración como ejecución a la letra de la voluntad general plasmada en la Ley, permite vestir y enmascarar la manifiesta contradicción entre un poder político forjado por ciudadanos y una Administración que trata a los ciudadanos como simples sujetos.<sup>123</sup> Incluso en períodos de agitación casi revolucionaria, la Administración parece “una isla cuyos acantilados están suspendidos muy por encima del ascenso de la marea democrática”.<sup>124</sup> El temor a la demagogia, en caso de libre elección de las autoridades; el sacrificio del interés general a los intereses particulares, en caso de ser compartida la esfera de decisión con los administrados, han marcado rígidamente al burocratismo francés, incluso en la reciente Ley de Orientación de la Enseñanza Superior (*Ley Edgar Faure*) de 1968.<sup>125</sup>

---

Dalloz, París, 1965, pp. 821-833, esp. p. 830, destaca la eficacia decisiva de la adhesión de administrador y administrado para la buena suerte de la ejecución concreta de todo acto administrativo, adhesión apoyada por otra parte en una concepción del Hombre como ser libre y racional. Respecto de las experiencias recientes, particularmente en materia de planificación, *vid.* los trabajos de Chillón-Medina, José María, *Contribution à l'étude juridique de la planification économique en France*, 2 vols., thèse, París, 1965, esp. t. II, p. 320 y ss.; “Sur la valeur en droit des plans économiques en France: fait ou perspective”, *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nota 22, t. V, pp. 383-507, esp. p. 494 y ss.; “Formas, técnicas y estructuras administrativas ante la planificación económica”, *Rev. de Administración Pública*, Madrid, 1971, Nº 64, pp. 107-178, esp. pp. 116-157.

121. Rivero, Jean, *A propos...*, cit., *supra*, nota 120, pp. 822, 827 y ss.
122. Rivero, Jean, *ibidem*, destacando que la democracia no sólo es un modo de designación del Poder, sino también un modo de su ejercicio.
123. Rivero, *ibidem*, pp. 822, 825 y 826.
124. Rivero, *ibidem*, p. 826.
125. Cf. la interesantísima aportación de Arbeleche, Roberto, *Autonomie et cogestion de l'Université en Uruguay et France*, thèse, París, 1971, 317 + XXV ff, estudiando comparativamente las leyes E. Faure (1968) y E. Sayagués-Laso (1958).

El ordenamiento jurídico-público latinoamericano ha sabido plantear programáticamente esta aspiración de coherencia democrática entre Poder Político y Administración, sugiriendo para ésta formas concretas acordes con la inspiración de aquél.<sup>126</sup> En dichos casos, y no sólo para la organización universitaria,<sup>127</sup> sino incluso para los servicios públicos administrados directamente o por concesionarios,<sup>128</sup> así como para los servicios de seguridad social,<sup>129</sup> se ha propugnado una integración tripartita<sup>130</sup> de los órganos directivos, que ya ha recibido un principio de ejecución.

De todas maneras, aun limitándose provisoriamente la reforma a un modesto retoque de lo existente, la Administración Pública en una Democracia Social de Derecho parecería tender necesariamente a un reajuste de su jerarquía, interno y externo.<sup>131</sup> En lo interno, mediante la instauración de comisiones administrativas paritarias y la aplicación de las garantías

- 
126. Así, la Constitución Oriental de 1967, en sus artículos 65 (comisiones representativas de los personales, texto idéntico de la Constitución de 1952), 203 (integración del Consejo Directivo de la Universidad por elección de docentes, estudiantes y graduados), 230 (comisiones sectoriales de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, con representación de trabajadores y de empresas públicas y privadas); y en sus disposiciones especiales letras "G)" (integración del Directorio del Instituto Nacional de Colonización, con participación de las organizaciones nacionales de productores, las cooperativas agropecuarias y las sociedades de fomento rural), "M)" (integración del Directorio del Banco de Previsión Social, con miembros electos por los afiliados activos y pasivos, y por las empresas contribuyentes), "N)" (integración del Consejo Nacional de Enseñanza Primaria y Normal con maestros, pero nombrados por el Poder Ejecutivo y no en representación del magisterio).
  127. Para ésta, a la tesis de Arbeleche, cit., *supra*, nota 125, *adde*: Cortiñas-Peláez, León, "La nouvelle structure administrative de l'Université en Uruguay: le cogouvernement des étudiants", *Rev. du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, 1963, pp. 20-47, cuya trad. esp. (*Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, t. 58, y *Rev. de la Facultad de Derecho*, Valencia, Venezuela, 1962, Nos. 11-12) actualizada con la Constitución de 1967, puede leerse en *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nota 22, pp. LXXXI - CVI del t. I.
  128. Así, el inc. 2 del artículo 65 de la Constitución Oriental de 1967 (texto igual al de la Constitución de 1952), dispone la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros.
  129. Disposición especial "M)" de la Constitución Oriental de 1967, preindicada *supra*, nota 126.
  130. Cf. Real, Alberto-Ramón, "Administración tripartita de la seguridad social: representación de intereses en los servicios sociales", *La Revista de Seguridad Social*, Montevideo, 1958, t. II, N° 4, pp. 57-92.
  131. Es decir, respecto de los agentes de la propia Administración, y respecto de los administrados, respectivamente interiores y exteriores a ella. Cfr. Rivero, *A propos*, cit., *supra*, nota 120, p. 824.

clásicas del proceso al procedimiento administrativo.<sup>132</sup> En lo externo, renuncia al implícito desprecio por el administrado<sup>133</sup> y multiplicación de las técnicas consultivas<sup>134</sup> y de concertación,<sup>135</sup> tendentes a lograr una ejecución fundada en la adhesión y no en la imposición. Ello ciertamente redundará en una redistribución virtual del Poder, en una mayor integración institucional,<sup>136</sup> factor decisivo de fortalecimiento y continuidad<sup>137</sup> de la democracia social.

23.f) *La coordinación.* Esta asume en la Administración Pública una extensión mayor que en las administraciones privadas, por el hecho mismo de la pluralidad de centros de decisión, y además, en nuestros días, por la acción centrífuga a que se ve sometido el poder jerárquico tradicional. Ello puede comprenderse mejor atendiendo a lo ya indicado<sup>138</sup> con relación

- 
132. Cfr. Stjepanovic, Nikola, "Principi fondamentali della procedura amministrativa in Jugoslavia", *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nota 22, t. V, pp. 619-638, *passim*; *adde*: Gordillo, Agustín, *Procedimiento y recursos administrativos*, 2ª ed., Macchi, Buenos Aires, 1971, y su aguda contribución. "La vista de las actuaciones en el procedimiento administrativo", en este *Archivo*, t. II, Caracas, 1970-1971; Isaac, Guy, *La procédure administrative non contentieuse*, ed. L.G.D.J., París, 1968; Langrod, Georges, *La procédure administrative non contentieuse*, Cours 1961-63, Faculté Internationale pour l'Enseignement du Droit Comparé, Madrid-Estrasburgo, siendo enorme la influencia que este admirable cursillo fermental ha tenido en los trabajos anteriormente indicados en esta nota, particularmente en la obra de Isaac; González-Pérez, Jesús, *El procedimiento administrativo*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964. Dos manifestaciones recientes de esta reordenación procedimental en América Latina, las tenemos en la ley costarricense del 24 de enero de 1970 (*Ley General de la Administración Pública*, que contiene una detallada estructuración del procedimiento administrativo), reproducida en este *Archivo*, Caracas, t. I, 1968-69, pp. 484-578 y la *Recopilación y Sistematización de Normas de Procedimiento Administrativo*, aprobada por el Poder Ejecutivo de la República Oriental, por decreto N° 575-966 del 23 de noviembre de 1966, reproducida por Pérez-Pérez, Alberto, *Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967* (concordada y anotada), ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1970, t. II, pp. 444-510.
133. Cf. Rivero, Jean, *A propos...*, cit., *supra*, nota 120, p. 828.
134. Cf. Rivero, *ibidem*, p. 827; Weber, Yves, *L'administration consultative*, ed. L.G.D.J., París, 1968; Langrod, Georges, director de un vasto equipo pluridisciplinar en la "Ecole Pratique des Hautes Etudes", anuncia para 1972 la aparición de una obra mayor sobre *L'administration consultative*, que es lógico esperar sea una aportación digna del *Traité de Science Administrative*, cit., *supra*, nota 12.
135. Cf. Rivero, *ibidem*, pp. 830-32; Chillón-Medina, trabajos cit., *supra*, nota 120.
136. En el sentido de Smend y su Escuela de la *Integrationslehre*, cit., *supra*, N° 9 y notas 29 y 36.
137. Hesse, Konrad, cit., *supra*, nuestra nota 61, su p. 82, citando a su vez a Heller, Hermann, cit., *supra*, nuestra nota 46, su p. 267.
138. *Supra*, N° 20 y nota 113.

a la "dirección de la empresa" en la administración privada, que oponíamos a la administración en sentido estricto, cotidiana. Si bien es cierto que las nociones de "dirección de empresa" (privada) y superior jerárquico de la Administración (pública) tienden a recubrirse, no lo es menos que esta última está muy lejos de realizar una adopción predominante de las llamadas "técnicas modernas de dirección general".<sup>139</sup> Sería necesario, en el sentido de una convergencia —que en este punto podría ser fructuosa a la Administración—, el realce de la misión de la dirección general responsable, con atribuciones muy precisas, particularmente respecto de la definición de las políticas y de los objetivos, y de la elaboración de planes a largo plazo.<sup>140</sup> De lo contrario, la existencia de tan variados niveles de decisión dotados de poderes jurídicos concurrentes, genera, por razonables que sean las iniciativas, contradicciones y discordancias, las cuales sólo pueden ser allanadas mediante mecanismos complejos de coordinación.<sup>141</sup>

24.g) *El elemento coercitivo.* Consolidado en normas precisas, este elemento está mucho más netamente realizado en la dinámica de la Administración Pública, legitimada para modificar las situaciones jurídicas por su sola voluntad, sin el consentimiento de los interesados. La prerrogativa de la decisión ejecutoria, privilegio inconcebible en el dominio de una administración privada en los países de Europa continental, pertenece a la esencia del Poder Público —y por contraste con la concepción privativista anglosajona, que obliga a la Administración a recurrir al Poder Judicial—. Que en los países de la *common law* haya podido mantenerse la obligación de comparecencia de la Administración ante el juez, para confirmar la juridicidad de sus actos pasados en autoridad de cosa decidida, no debiera sorprender en la cuna del liberal-capitalismo. No debemos olvidar el papel tradicionalmente conservador (cuando no reaccionario, como en los Estados Unidos del Norte, ante las medidas del *New Deal* de Roosevelt) que corresponde en el Estado liberal-burgués de Derecho a los magistrados, cuyos excesos igualmente fueran tan execrados en Francia inmediatamente antes de la Revolución de 1789. Lo que parece inadecuado es que se postule dicha regresión por imitación mecánica de las instituciones británicas, con

---

139. Cf. Meynaud, Pierre, "Les techniques modernes de direction générale sont-elles applicables à l'administration?", *Bulletin O. et M.*, París, janvier-mars 1968, N° 27, p. 5.

140. Meynaud, *ibidem*, p. 6.

141. Para un estudio reciente sobre los problemas de la coordinación en la Administración prospectiva en particular, *vid.* Sfez, cit., *supra*, nuestra nota 15, p. 237 y ss.

desconocimiento de las condicionantes históricas y socioeconómicas de las mismas:<sup>142</sup> la ilusión de erigir una barrera contra una Administración, presuntamente más despótica que magistrados enmarcados en las anteojeras de una formación positivista de acentuado juridicismo,<sup>143</sup> olvidada que en países de Estado deformado por el autoritarismo, los jueces tienden a ser más proclives aún que los administradores a la influencia del Poder Ejecutivo, y el Poder Judicial —por inevitable tendencia de los legistas de todos los tiempos— más apegado al pasado que al progreso.<sup>144</sup>

- 
142. Cfr. Lefébure, Marcus, *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français*, prefacio de Jean Rivero, ed. L.G.D.J., París, 1961, VIII + 201 pp.
143. Nos referimos a la polémica recientemente suscitada en el seno de la Escuela democrática española de derecho administrativo, donde Parada pretende descubrir antecedentes de estilo *common law* para el sector español del sistema continental. *Vid.*: Parada Vázquez, José Ramón, "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso", *Revista de Administración Pública*, 1968, Nº 55, pp. 65 y ss., contradicho por Nieto-García, Alejandro, *Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo*, *ibidem*, 1968, Nº 57, p. 9 y ss.; y luego, Parada-Vázquez, *Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo*, *ibidem*, 1969, Nº 59, p. 41 y ss. Nos parece irrelevante, a efectos de teoría general, que sólo aquí interesa, la eventual exactitud de las normas legislativas, de los principios jurisprudenciales y aun de las prácticas administrativas, en que pretende fundar Parada-Vázquez su polémico criterio. Igualmente, aunque pueden comprenderse las motivaciones de su "aquí y ahora", que le llevan a embarcarse en su tesis, ellas no nos parecen justificar un cambio tan regresivo en la estructuración de los poderes públicos, ni siquiera en su país, donde lo procedente sería ocuparse, no de los órganos sino de sus soportes (*Träger*). La democracia británica no la hizo el *judge made law*, éste es sólo una emanación de una conciencia política capaz de funcionar con ésa y con cualquier otra estructura de poderes. En definitiva el planteamiento nos parece pecar de juridicismo, de una visión procedimental, respecto de problemas cargados de radical sustancialidad. Idénticas razones nos parecen refutar la tercería, coadyuvante con Parada, que deduce su discípulo Fernández-Rodríguez, Tomás-Ramón, *La doctrina de los vicios de orden público*, ed. I.E.A.L., Madrid, 1970, pp. 40-41, en extensa nota.
144. Las clásicas conclusiones de Lambert, Edouard, *Le gouvernement des juges*, Sirey, París, 1921, siguen siendo de inexcusable vigencia, incluso en derecho comparado. Recuérdese con Bachof, Otto, *Seminar über Staatsrecht der national-sozialistischen Zeit (Die Rechtsprechung)*, Tübinga, 1968, el papel desempeñado por la jurisprudencia, típicamente reaccionario, en contra de la República de Weimar, primero, y de sumiso acatamiento del "Conductor", después. Una concepción algo ingenua ha magnificado, en América Latina y aun en Derecho Comparado, las proyecciones del *Amparo* en los Estados Unidos Mexicanos. Una investigación exhaustiva acaba de demostrar la inexactitud de aquella valoración, probando que dicha institución ha contribuido esencialmente a la defensa y aun a la restauración de un orden jurídico contrario a los ideales de la Revolución Mexicana, consagrados en la Constitución de 1917 (cf. González Casanova, Pablo, *La democracia en México*, ed. Era, México, 3ª ed., 1969, *in totum*, esp. pp. 33-37 y cuadros anexos Nos. V a VIII). En definitiva, históricamente, por formación y por profesión, es raro

25.h) *El personal*. En la Administración Pública, los agentes están regidos por los principios del Servicio Civil, de la Función Pública, de derecho y de hecho muy diferentes a los que rigen en las administraciones privadas.

Una reciente encuesta <sup>145</sup> ha abundado respecto de las diferencias de formación entre ambos personales, rechazando la posibilidad de abrir ambos mercados de trabajo a los graduados de un mismo establecimiento. En efecto, la diferencia de naturaleza y de finalidad existente entre la Administración y la empresa privada, supone una orientación espiritual muy diferente en las nuevas generaciones que se destinan a ellas, respectivamente. La especialidad del Estado impone una formación autónoma de su futuro personal, la cual, por abierta que sea a las realidades de la sociedad y a las exigencias de una cierta competitividad industrial, no puede ser confundida con la dispensada a los dirigentes empresariales del sector privado.

El personal de la Administración Pública vive cotidianamente el peso y la inercia de una fuente material de Derecho, *la costumbre*,<sup>146</sup> de escaso arraigo en las administraciones privadas cuya mentalidad es diferente. Lo psicológico adquiere un carácter prácticamente normativo. La herencia de hábitos y orientaciones es un factor decisivo en la imposibilidad, para la Administración, de reformarse a sí misma.<sup>147</sup> Es como si estuviera regida por un "derecho constitucional administrativo", de naturaleza consuetudinaria, que veta toda reforma susceptible de cambiar algo esencial en el

---

que el juez esté a la altura de las exigencias de su época, es casi imposible que presida, como poder constitucional responsable en el Estado, la evolución progresiva de las instituciones. A lo más que puede aspirarse, es a que sea fiel ejecutor e intérprete de la Constitución vigente, haciéndola respetar por los otros Poderes: para esta hipótesis excepcional, *vid.*: en el *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nota 22, Aikin, Charles, "The United States of North America Supreme Court: New Directions in the 20th. Century", t. III, pp. 139-155; así como de Bachof, Otto, "Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik", in *Summum ius, summa iniuria*, col. Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, vol. 9, ed. Mohr, Tübinga, 1963, p. 41 y ss. (trad. esp. "El juez constitucional entre Derecho y Política", *Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1967, p. 245 y ss.). Ante semejante panorama, al que ni siquiera hace excepción (salvo quizás el fallo *Canal*, del 1962) el Consejo de Estado francés, parece prudente reservar la intervención del poder jurisdiccional a las hipótesis rigurosamente contenciosas, confirmando y aun ampliando la fuerza ejecutoria de las decisiones administrativas.

145. *Vid.* Bloch-Lainé, François (Président), "Rapport de la commission d'étude des problèmes de l'Ecole Nationale d'Administration", avril 1969, *La Documentation française*, París, p. 36.

146. Langrod, Georges, cit., *supra*, nuestra nota 94, su misma nota 86.

147. Definición misma del fenómeno burocrático según Crozier, cit., *supra*, nota 101, su p. 257.



funcionamiento real de la institución. La rigidez, la infelicidad, de la política de relaciones públicas y humanas, es su consecuencia natural.<sup>148</sup>

26.i) *El estatuto de la función pública.* Rígido, este estatuto deja escaso margen para una valoración *intuitu personae* de los agentes de la Administración. La flexibilidad del régimen contractual privado permite crear mayores incentivos, facilitando un crecimiento de la productividad mediante una cierta competitividad interna a la empresa. La mayor movilidad en la administración privada permite estructurar la "gran carrera" pasando de una empresa a otra, mientras que en el sector público el fenómeno fundamental es la "carrera" lineal en el seno de la misma organización.<sup>148 bis</sup> Por otra parte, la inamovilidad de los funcionarios impide una adaptación permanente a las exigencias del momento, y la seguridad, de que son beneficiarios, obsta a toda reorganización capaz de afectarla —aunque su precio sea una remuneración ciertamente inferior—. La rigidez "alimenticia" de la remuneración <sup>149</sup> de los funcionarios, la inexistencia práctica de posibilidades concretas de acelerar la carrera mediante actuaciones excepcionales, la prédica virtual del ahorro y el renunciamento, la exaltación del ascetismo <sup>150</sup> como virtud de la burocracia, tales son algunas "normas" vigentes en la Administración Pública, que la diferencian de la administración privada.

27.j) *La remuneración de los agentes públicos.* Insensiblemente traída a nuestro discurso por los párrafos anteriores, ella permite igualmente una distinción marcada con las administraciones privadas. El tema, huérfano hasta hace poco de adecuada consideración en castellano, acaba de ser objeto de una monografía excepcional,<sup>151</sup> cuyos fundamentos, más allá de las naturales limitaciones geográfico-políticas, iluminan decisivamente el tema. Una visión juricista, ateniéndose a ciertas convergencias normativas y doctrinales, podría vislumbrar una inminente identificación de ambos

---

148. Langrod, Georges, cit., *supra*, nuestra nota 94, su misma nota 86, b).

148 bis. Lavigne, Pierre, *Cours de science administrative*, Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), 1971-72, nuestras notas.

149. Ryffel, Hans, cit., *supra*, nota 112, *ibidem*, pp. 466-467.

150. Ryffel, *ibidem*.

151. Nieto-García, Alejandro, *La retribución de los funcionarios en España: historia y actualidad*, ed. de la Revista de Occidente, Madrid, 1967, trabajo que abre una época en el estudio de las ciencias administrativas en los países de lengua castellana, por su forma, por su fondo y por su sistemática aproximación pluridisciplinar, por lo que tanto cabe esperar de los trabajos que su autor anuncia sobre funcionarios.

regímenes.<sup>152</sup> Un adecuado enfoque pluridisciplinar, de ciencias administrativas, disipa rápidamente toda ilusión. Más allá de las pretensiones de instaurar, en todos los países, una sola política retributiva dentro de la economía nacional, dada la importancia de las vinculaciones entre los sectores público y privado y la necesidad de su equilibrio recíproco,<sup>153</sup> sobreviven básicas diferencias que imponen distinguir una política retributiva (de la Administración Pública) y una política salarial (del sector privado).<sup>154</sup>

En el sector privado, la política salarial depende fundamentalmente de la oferta y la demanda y del rendimiento o productividad, factores que actúan muy diferentemente para la Administración. En ella, en primer lugar, la productividad sólo es tenida en cuenta excepcionalmente, y con un valor muy relativo,<sup>155</sup> puesto que sus prestaciones tienen lugar bajo condiciones distintas, y sus realizaciones, no sólo no son casi nunca expresables en unidades monetarias, sino que ni siquiera son unívocamente mensurables.<sup>156</sup> Además, la permanencia de sus fines específicos exige de la Administración el mantenimiento de servicios "deficitarios", lo cual es casi inimaginable en el sector privado.<sup>157</sup> En segundo lugar, dicha permanencia teleológica hace que la demanda de trabajo sea muy inelástica en la Administración, y por ello, menos sensible a los principios de la libre competencia de la oferta y la demanda, con la curiosa consecuencia de que las retribuciones públicas son rígidas a la baja: en efecto, si sube el valor del trabajo en el mercado, la Administración, tarde o temprano, habrá de aumentar sus retribuciones; pero si baja este valor, es muy difícil que la Administración degrade sus retribuciones.<sup>158</sup>

Finalmente, no debe olvidarse que la rigidez presupuestaria y organizativa de la Administración, la obliga a operar con largos períodos de

---

152. Es, en definitiva, la tentación apuntada más arriba, de la convergencia del Derecho público y del Derecho privado, aplicada a este tema por Prat, Julio A., "Licencia anual de funcionarios públicos", *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nota 22, t. IV, pp. 1191-1208, esp. Nº 8 de p. 1208. En la República Oriental, se explica la unificación de regímenes por la supremacía igualadora de la Constitución, válida tanto para el derecho administrativo como para el laboral.

153. Nieto-García, cit., *supra*, nota 151, su p. 39.

154. Nieto-García, cit., *ibidem*.

155. Hüttl, Adolf, *Wirtschaftlichkeit*, en Morstein-Marx (Hrg.), cit., *supra*, nota 11. p. 291.

156. Hüttl, *ibidem*.

157. Nieto-García, *ibidem*.

158. Nieto-García, *ibidem*.

tiempo, a diferencia del sector privado, ya que no tiene la suficiente sensibilidad de reacción para adaptarse rápidamente a las alteraciones de la estructura económica del país. Lo cual no significa que la Administración deba ir a remolque de los acontecimientos económicos, sino todo lo contrario, que está obligada a preverlos con la debida anticipación,<sup>159</sup> por lo cual la Administración prospectiva se convierte en verdadero motor de cambio en la sociedad contemporánea.<sup>160</sup>

En definitiva, la Administración no sólo no es la élite de la sociedad, como en los tiempos de la dominación hispano-portuguesa, sino que su integración <sup>161</sup> en una sociedad igualitaria y democrática tiende a compensar su seguridad estatutaria en dos niveles, ante las crisis periódicas de desocupación del capitalismo: en primer lugar, mediante un marcado retraso de equiparación retributiva, no sólo respecto del sector privado sino de los vaivenes inflacionarios típicos del mundo posterior a los Acuerdos de Bretton Woods; y, en segundo lugar, mediante una lentitud y rigidez en la promoción por vía de ascenso,<sup>162</sup> que igualmente contrastan con la movilidad del sector privado.

28.k) *Los objetivos de la productividad.* La productividad conceptúa objetivos distintos, o, por lo menos, difícilmente identificables, en ambas administraciones. La lucratividad, la búsqueda de la mayor ganancia como fin supremo, motoriza a la empresa privada y determina la mentalidad de sus agentes. La rentabilidad de una Administración Pública se apoya en criterios de más difícil mensurabilidad. En cierta medida, tenemos aquí una repercusión específica de la divergencia genérica entre los intereses particulares y el interés general, que obliga al representante de este último, al Estado empleador, a preocuparse siempre simultáneamente por las responsabilidades del Estado como poder público. En efecto, en el Estado democrático y social de Derecho, la estabilidad y prosperidad general de la economía (a nivel de organismos nacionales especialmente) condiciona el logro de la seguridad social en el pleno empleo, que señaláramos <sup>163</sup> como una de las tres metas del Nuevo Estado. En el caso del sector privado, el

---

159. Nieto-García, *ibidem*.

160. Sfez, cit., *supra*, nota 15, *ibidem*.

161. Una vez más, en sentido de Smend y de la *Integrationslehre*.

162. *Vid.*, las modalidades compensatorias, para la sociedad opulenta (*affluent society*), principalmente de prestigio y ennoblecimiento cívicos, que encara Ryffel, Hans, cit., *supra*, nota 112, p. 467.

163. *Supra*, N° 10; cfr. *infra*, N° 63, la síntesis de *metas políticas del hexágono administrativo*.

interés del capital invertido a la tasa vigente en el mercado, debe ser incluido en los cálculos como un costo; <sup>164</sup> para la Administración, si el resultado del gasto radica en la inversión de un capital ocioso, el interés de este capital no sería imputable a los costos, desde el punto de vista de la macroeconomía. Más aún, el objetivo concreto <sup>165</sup> de la inversión pública puede incluir los efectos de ésta en la economía global, en los niveles de ingreso y empleo, y dichos efectos deben ser englobados en la medida del producto final.<sup>166</sup> De este modo, la productividad aparentemente baja de un proyecto público se eleva, haciéndolo rentable, a nivel de la consideración global de los objetos de la sociedad. Naturalmente que éstos no deben ser una ficción que desgaste sin sentido la economía de las administraciones públicas menores, cuyas inversiones, en primera aproximación, deben ser regidas por preferencias de rentabilidad microeconómica estricta, lo que les permitirá seguir siendo instrumentos de producción competitivos, evitándoles convertirse, por degradación progresiva, en servicios de asistencia económica financiados por el impuesto.<sup>167</sup> La rentabilidad macroeconómica, no siempre exactamente calculable, debe ser manejada con resolución, pero con pleno conocimiento de causa, sin disimular la diferencia entre, por ejemplo, las tarifas establecidas y las que habrían debido ser adoptadas en consideración estricta al equilibrio financiero de la empresa pública.<sup>168</sup>

Naturalmente que este problema de la rentabilidad macroeconómica de las administraciones públicas menores, implica como indicáramos, serios problemas de coordinación,<sup>169</sup> que suelen no plantearse ni aun en las mayores empresas privadas de naturaleza internacional, problemas que tienden a

---

164. Cf. Simon, Herbert A., *Administrative Behaviour: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*, Foreword by Chester I. Barnard, 2<sup>a</sup> ed., The Macmillan Company, New York, 1957, 15th. Printing (1970), p. 174.

165. En el sentido de *output*, que conceptualmente se opone al *input*, es decir, los medios en hombres, en material, en subvenciones, cuya puesta en acción es necesaria para la obtención de aquel objetivo concreto. Cfr. Pouillet, Edouard, *Program Budgeting: Instrument de la direction par les objectifs dans le secteur public*, ed. Institut Administration Université, Bruselas, 1967, pp. 3-4.

166. Simon, cit., *supra*, nota 164, p. 175.

167. Cfr. Trouvé, Jean, *Introduction générale aux thèmes traités lors de la session d'études de l'OCDE sur "L'Administration publique et le développement économique"*, ed. Organisation de Coopération et de Développement Economiques, París, 1966, p. 61.

168. Trouvé, *ibidem*, p. 62.

169. *Supra*, N<sup>o</sup> 23.

desbordar el cauce de lo puramente administrativo, asumiendo una franca coloración política, llegándose incluso a su regulación por la Constitución.<sup>170</sup> En cierta medida, corresponderá al Poder Ejecutivo central la precisión de la presente diferencia entre Administración y sector privado, incluso respecto de las actividades comerciales del Estado, cuya explotación eficaz no debe siempre inducir al olvido de los costos y ventajas sociales.<sup>171</sup> Lo importante es el deslinde de criterios, formalizado mediante compensaciones en otros niveles de la empresa pública o mediante subvenciones exteriores, deslinde que debe limitar claramente la zona "no-comercial" de la actividad, impidiendo la generalización de métodos deficitarios, de una gestión imprecisa, de técnicas económico-financieras anticuadas, o un apartamiento de las directivas de la planificación nacional.<sup>171 bis.</sup>

La productividad se nos presenta así como una exigencia de eficacia administrativa, referida a resultados muy variados. Ella no excluye la

---

170. Así, por el juego de los artículos 221 (inc. 6, párrafo 2) y 197 (inc. 1), de la Constitución Oriental de 1967, la autonomía de los establecimientos públicos industriales y comerciales del Estado (los entes autónomos, forjados originariamente en Derecho comparado por la Constitución Oriental de 1918, según el profesor venezolano don Antonio Moles Caubet) se ve severamente restringida, en aras de la coordinación centrada en el Poder Ejecutivo, asistido de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (Art. 230). Por ejemplo, en materia de tarifas (y, obviamente, de presupuestos), los entes autónomos están casi sometidos, en definitiva, al pensamiento del Ejecutivo, quien puede así, previamente, sugerir una política global y coherente, por encima de las autonomías. En efecto, los entes autónomos proponen, el Ejecutivo observa, y si el Parlamento no resuelve por mayoría especial respecto de estas observaciones, "se tendrá por aprobado el presupuesto, con las observaciones del Poder Ejecutivo", dentro del término perentorio de cuarenta días (establecido ya en la Constitución de 1952). Ahora bien, este criterio de "coordinación presupuestaria" se combina con la "coordinación administrativa" *stricto sensu* del artículo 197, que permite al Ejecutivo disponer la suspensión de los actos observados, y, en caso de ser desatendidas las observaciones, disponer las rectificaciones, correctivos o *remociones* que considere del caso, comunicándolos al Senado, quien resuelve en definitiva. Complementariamente, el Ejecutivo, *por sí*, puede destituirlos por ineptitud u omisión en el ejercicio del cargo, si el Senado no se pronuncia en el término de sesenta días (Art. 198). Cfr. Prat, Julio A., *Autonomía en la descentralización funcional*, tesis profesoral, cit. *supra*, nuestra nota 10, y Prat, Julio A., "Los entes autónomos y los servicios descentralizados en la Constitución de 1967", en *Estudios sobre la Reforma Constitucional*, ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1967, pp. 99-130.

171. Cfr. Hunt, J. J., "Les relations entre l'autorité centrale et les entreprises publiques", en *L'Administration publique et le développement économique*, ed. OCDE, París, 1966, pp. 157-170, esp. 165; Salisheva, Nadezda-Georgievna, "La autonomía de las empresas públicas ante la planificación centralizada", *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nuestra nota 22, su t. V, pp. 561-571.

171. bis. Hunt, *ibidem*, p. 166; Salisheva, *ibidem*.

ganancia, meta aceptada hoy hasta por las administraciones públicas de los países socialistas.<sup>172</sup> Pero esta rehabilitación de la ganancia como incentivo de la acción, no llega hasta la admisión, por los administrados, de la obtención de una ganancia desmedida respecto de una producción impuesta por el poder público en régimen de monopolio, virtual o total. La no incorporación, cualitativamente diversa y cuantitativamente limitada, de la ganancia en la Administración, priva a ésta de un estimulante intenso y de una medida unitaria para sus rendimientos, todo lo cual tiende a paralizarla mediante las inercias de la rutina, por racional que sea su organización, inicial o derivada de una reforma administrativa. Los compartimientos estancos forjados por la especialización de las administraciones públicas menores se tornan aún más herméticos ante la carencia de una pauta común, y la vigencia incluso de pautas opuestas.<sup>173</sup> Toda comparación entre la Administración y el sector privado tiene que tener muy presente esta diferencia esencial.<sup>174</sup> Si se quiere dotar entonces a la Administración de la eficacia del sector privado, será necesario multiplicar sucedáneos, e injertar el estímulo de la ganancia en todas aquellas zonas de la organización que puedan admitirla sin violencia para su especialidad.

29.1) *La naturaleza monopólica*, de hecho o de Derecho, de las prestaciones administrativas transforma profundamente las relaciones entre proveedor y cliente, válidas para el sector privado.<sup>175</sup> Mientras que la Administración tiene una clientela forzosa, la subsistencia de la empresa privada depende de la búsqueda, conservación y, si ello es posible, aumento, de su clientela. Dicho monopolio tiene consecuencias negativas para el comportamiento de administrados y agentes públicos, cuya agravación debe ser evitada mediante una sistemática explicación y superación de las condiciones y fines de la explotación pública.

---

172. Tanchuk, Igor-Anatolievich, "El papel del contrato económico en la URSS", *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nuestra nota 22, t. V, pp. 573-585 (esp. p. 577 y 584); Salisheva, *ibidem*, pp. 569-570; Zamengoff, Zoya-Mijailovna, "Derecho de la propiedad estatal en la URSS", *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nuestra nota 22, t. V, pp. 81-94, esp. pp. 93-94.

173. Los criterios de productividad postulados por el Ministerio de Economía y Finanzas coinciden rara vez con los de un establecimiento público cultural o de enseñanza, o, incluso, con los de un Ministerio como el de Relaciones Exteriores.

174. Cf. *L'administration dans la France contemporaine*, informe de la gran comisión "Administration" (1968-69), de la Ecole supérieure de guerre, ed. I.T.A.P., París, 1969, p. 70.

175. *L'administration dans la France contemporaine*, *ibidem*, p. 71.

30.m) *La contabilidad*. La de la Administración Pública se distingue de la contabilidad empresarial en sus principios y en su reglamentación general, sin perjuicio de la analogía existente en sus fines y técnicas formales.<sup>176</sup> Ambas contabilidades tienden a organizar las respectivas actividades mediante su descomposición y presentación racionales, para así poder materializarlas en dinero, verificar su exactitud y conservar su documentación. Pero la acción de la Administración, incluso respecto de sus establecimientos industriales o comerciales, responde a los enunciados criterios de democracia,<sup>177</sup> productividad<sup>178</sup> y transparencia,<sup>179</sup> que difieren marcadamente respecto del paternalismo, la lucratividad y el secreto reinantes en el régimen competitivo del capitalismo liberal.

La contabilidad de la Administración Pública, se distingue de la del sector privado, estructuralmente, no sólo merced a los principios peculiares de la contabilidad pública tradicional, tales como los principios rectores del derecho presupuestario,<sup>180</sup> la separación de atribuciones entre administradores y contadores,<sup>181</sup> la contabilización separada de ingresos y egresos,<sup>182</sup> la regularidad fundada en el complejo juego político-técnico de controles y responsabilidades, que se apoya institucionalmente en los tribunales de cuentas y contralorías del tesoro, en el Parlamento y la opinión pública. Ella se distingue contemporáneamente también, por la contabilidad llamada económica, o de las cuentas nacionales.<sup>183</sup>

---

176. Carcelle, Paul, y Mas, Georges, "La comptabilité", en Langrod (director), *Traité de science administrative*, ed. Mouton, Paris-La Haya, 1966, p. 673 y ss.

177. *Supra*, N° 10

178. *Supra*, N° 28.

179. El sector público, sometido a constantes y contradictorios controles, se vuelve mucho más transparente que el privado (cf. Morstein-Marx, Fritz, "Hierarchie und Entscheidungsweg", en *Verwaltung*, cit., *supra*, nota 11, su p. 125). Por otra parte, superar la rigidez burocrática de los esquemas taylorianos de productividad mediante una consecuente consideración de las relaciones humanas lleva consigo una potenciación —interna y externa a la Administración— de la opinión pública (cfr. Nigro, Félix, cit., *supra*, nota 91, su p. 19).

180. Cfr. Cortiñas-Peláez, León, *Los principios rectores del presupuesto en Francia*, ed. del Seminario de Finanzas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1958, *passim*; Devaux, Gilbert, *La comptabilité publique*, ed. P.U.F., Paris, 1957, t. I, 248 pp.

181. Carcelle y Mas, cit., *supra*, nota 176, p. 676.

182. Carcelle y Mas, cit., *supra*, nota 176, p. 677.

183. Carcelle y Mas, cit., *supra*, nota 176, pp. 683-686; Marchal, Jean, *Nouveaux éléments de comptabilité nationale*, ed. Cujas, Paris, 1964, 3ª ed., 526 pp.; Culmann, Henri, *Les comptabilités nationales*, ed. P.U.F. (coll. Que sais-je?), Paris, 1965, 128 pp.

La contabilidad económica no se limita en verdad a las administraciones públicas, sino que tiende a abarcar, en forma simplificada y apoyándose en aquéllas, a toda la actividad del país,<sup>184</sup> registrando el flujo de bienes y servicios, y no los activos. Limitándose a la producción agregada, y no a la producción intermediaria, para evitar los dobles empleos, la contabilidad económica carece del rigor de las técnicas de la contabilidad comercial, por cuanto tiene necesariamente que apoyarse en datos estadísticos a menudo inciertos cuando no inexistentes, para cuya superación surge el recurso a extrapolaciones o estimaciones tendenciales, carentes de montos exactos.<sup>185</sup>

En definitiva, la contabilidad de la Administración exige un esfuerzo de objetividad constantemente renovado, puesto que, no sólo en la contabilidad económica, sino también en la contabilidad tradicional, su régimen general comporta subjetividades y vallas permanentes a un régimen eficaz de dirección general.<sup>186</sup> Concebida en una época en que el papel del Estado era muy reducido, la época liberal del Estado burgués de Derecho, la contabilidad pública tradicional, aun reformada, se adapta difícilmente a las necesidades modernas de la acción. Muchas reglas presupuestarias, y en particular los principios de la anualidad y de no transposición de rubros, pueden constituir obstáculos a la gestión económica. La dificultad del establecimiento de los costos y precios, en el sector público, hace difícil la apreciación financiera de los resultados, lo que lleva a juzgar la acción según criterios subjetivos.<sup>187</sup>

31.n) *El control*. Las diferencias normativas se acentúan en materia de control, entre la Administración y el sector privado. Por definición, decíamos, la Administración tiende a ser transparente, *res publica*, cosa de la República, cosa de todos, respecto de la cual todos tienen derecho a exigir saber. Ya hemos hecho referencia al control interno, patentizado en la existencia de un procedimiento administrativo<sup>188</sup> en vía de regulación en América Latina, y no es éste el momento de detenernos en el control externo mediante el proceso administrativo.<sup>189</sup>

---

184 y 185. Carcelle y Mas, cit., *supra*, nota 176, p. 683 y ss.

186. Meynaud, Pierre, cit., *supra*, nota 139, su p. 5.

187. Meynaud, Pierre, *ibidem*.

188. *Supra*, N° 24 y nota 132.

189. Lo consideran, extensamente, todos los manuales de derecho administrativo. Cfr. en América Latina, por todos: Briseño-Serra, Humberto, *El proceso administrativo en Iberoamérica*, ed. U.N.A.M., México, 1968.



Hemos visto igualmente que el ciudadano del Estado democrático y social de Derecho no se contenta con saber, y eventualmente controlar mediante las vías procedimentales y procesales tradicionales, sino que le interesa participar<sup>190</sup> y, exigir, llegado el caso, el cumplimiento mínimo de ciertos objetivos prestacionales.<sup>191</sup> Cabría agregar, amén de los Tribunales de Cuentas,<sup>192</sup> la existencia en ciertos países de un control, previo al acto, de juridicidad;<sup>193</sup> así como, en los países escandinavos, en Nueva Zelandia y ahora en el Reino Unido, la acción complementaria del *Ombudsman*,<sup>194</sup> cuya irradiación promete ser considerable en el Derecho comparado de los países capitalistas en las próximas décadas, al cubrir con su protección materias que escapan al control jurisdiccional tradicional.<sup>195</sup> Evidentemente, todas estas formas de control son ajenas, por esencia, al sector privado, sometido a su vez a controles sanitarios, fiscales, laborales, etc., que, sin serle exclusivos, tienen lógicamente que asumir modalidades distintas a los vigentes respecto de la Administración.

32.ñ) *La responsabilidad*. Las diferencias normativas culminan en materia de responsabilidad, donde los diversos tipos de control enunciados, añaden a la tradicional responsabilidad civil y penal, las responsabilidades administrativas (régimen del poder disciplinario en la Admi-

190. *Supra*, N° 22.

191. *Supra*, N° 12 y nota 81.

192. *Vid.* Sayagués-Laso, Enrique, "Tribunales de Cuentas", *Rev. de Derecho Público y Privado*, Montevideo, 1940.

193. Así, la Contraloría General de la República, en Chile, por ejemplo. Cf. Silva-Cimma, Enrique, "La 'controlería general' de la République chilienne", París, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1961, t. 77, pp. 286-291. Cfr. del mismo Silva-Cimma, *Panorama...* cit. *infra*, nota 264, e igualmente Brewer-Carías, *El Control...*, cit., *infra*, nuestra nota 275, sus pp. 123-149.

194. Cfr. La Roche, Humberto, "El «Ombudsman» en los Países Nórdicos y el caso de Venezuela", *Rev. de la Fac. Der. Univ. del Zulia*, Maracaibo, N° 19, pp. 9-60. Holmgren, Kurt, "La protection des administrés en droit suédois et la charge de l'ombudsman", *Droit social*, París, fev. 1969, p. 69 y ss.; Haller (Walter Dolf), *Der schwedische Justie-ombudsman. Eine Einrichtung zur Vertärkung des Rechtsschutzes und der parlamentarischen Kontrolle im Hinblick auf das Verhalten von Organen der Verwaltung und der Rechtspflege*. (tesis Zurich), Winterthur, D. G. Keller, 1965, XX + 321 pp.; Gellhorn, Walter, *Ombudsmen and others, Citizen's Protectors in Nine Countries*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, XVI + 448 pp.; Legrand, André, *Le commissaire parlementaire pour l'Administration - Ombudsman britannique*, "Rev. du droit Public", París, avril 1969, y, del mismo autor, su tesis *L'ombudsman scandinave*, préface Roland Drago, París, L.G.D.J., 1970, VI + 551 pp.

195. Cf. Soto-Kloss, Eduardo, "El «Ombudsmand» nórdico-sajón", *infra*, en este *Archivo*, Caracas, t. II, 1970-71, *passim*.

nistración) y constitucionales. Estas últimas son la piedra de toque de toda Administración, en el régimen del Estado democrático y social de Derecho, fundado en la periódica realización de elecciones disputadas.<sup>196</sup> En la medida en que el Estado contemporáneo, el Estado occidental de la Edad administrativa, tiende a ser un Estado de partidos (*Parteienstaat*),<sup>197</sup> surge una estrecha vinculación entre Administración y política, puesto que, cada día más, los responsables directos de la conducción administrativa responden, a través de su exigida calificación técnica,<sup>198</sup> a postulados defendidos previamente por un partido político en la contienda electoral y respaldados por éste en el Parlamento.<sup>199</sup> Esta unificación se acentúa porque a la intensa coordinación exigida por los fenómenos de desconcentración y descentralización,<sup>200</sup> se agregan las repercusiones centralizantes de la planificación, aun de la indicativa o flexible de tipo francés.<sup>201</sup>

33.E) *Las diferencias técnicas.* Ellas completan la distinción entre Administración y sector privado, que hemos venido trazando merced a las diferencias económicas, sociales, políticas y normativas.

El contraste entre Administración de gestión y Administración de misión,<sup>202</sup> la tensión entre la Administración tradicional y la Administración prospectiva,<sup>203</sup> la distancia entre la contabilidad pública tradicional y la

196. Cf. Hauriou, André, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, París, 4ª ed., 1970, p. 226 y ss. Se exceptúan, obviamente, las democracias marxistas y algunas del Tercer Mundo (como por ejemplo, los Estados Unidos Mexicanos).

197. Morstein-Marx, Fritz (Director), *Gegenwartsaufgaben der öffentlichen Verwaltung*, ed. Heymann, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1968, p. 8.

198. Así, el artículo 187 de la Constitución Oriental de 1967, diferente de la norma concordante de la Constitución de 1952, impone al Poder Ejecutivo la fundamentación —de sus propuestas para la provisión de las Direcciones descentralizadas ante el Senado— en las *condiciones personales, funcionales y técnicas* de sus candidatos.

199. Las preocupaciones de popularidad o electorales de los políticos ante procesos de opinión, pueden llevarlos, bajo la presión de los administrados, a decretar prestaciones o crear servicios contrarios a los medios reales o a la organización misma de la Administración. Por el contrario, las presiones de la clientela sobre el sector privado son para éste un desafío, un estímulo para un crecimiento y perfeccionamiento en la organización y en el progreso técnico, (*L'administration dans la France...*, cit., *supra*, nota p. 71).

200. Cfr. *supra*, N° 23 y nota 141.

201. Cfr. *supra*, nota 120, los trabajos citados de Chillón-Medina y *passim*. Cfr., igualmente, para las repercusiones centralizadoras de la planificación en el estado neoliberal de los monopolios, Bourjol, cit. *infra*, nota 453, pp. 43-45.

202. *Infra*, este mismo párrafo y notas 208 a 210.

203. *Supra*, N° 5 *in fine*. Cfr. Sfez, Lucien, cit., *supra*, nota 15, *in totum*.

contabilidad económica nacional,<sup>204</sup> tienden a recubrir dos zonas administrativas que se hallan en dos estados distintos en cuanto a la plena introducción de las técnicas modernas de gestión. Por supuesto que éstas no son fácilmente aplicables, en particular, por ejemplo, las llamadas técnicas modernas de dirección general,<sup>205</sup> dado que el fin no lucrativo de la Administración, la realización del Estado democrático y social de Derecho, no coincide exactamente con los imperativos aritméticos del crecimiento, la expansión o la ganancia a mediano término. Ahora bien: la lucidez crítica conduce a comprobar si la democratización social realizada por el Estado prestacional no está sirviendo, en casos aislados o en tendencias en vías de generalización, a enmascarar la negativa, o el miedo, a utilizar la ganancia, a mediano plazo o su equivalente, como medida de la eficacia administrativa. Los imperativos de productividad, de concurrencia y competitividad se concretizan por esfuerzos constantes; ellos suprimen la comodidad material e intelectual, creando tensiones permanentes que deben favorecer la iniciativa, el placer del riesgo, la voluntad de luchar. En verdad, se presta un mal servicio a la causa de la democratización y de la socialización, mediante una visión demasiado abstracta del interés general o del servicio público, que no tienda a la eficacia con suficiente dinamismo.<sup>206</sup>

Comprendiéndolo así, y teniendo conciencia de la imposibilidad de los mecanismos burocratizados para reformarse a sí mismos,<sup>207</sup> se ha producido una duplicación —considerada transitoria— de ciertos servicios administrativos, tendente al cumplimiento de ciertas tareas nuevas o altamente especializadas en sectores técnicos de punta, así como, en general, en materia de administración económica.<sup>208</sup> El paralelismo de esta Administración “de misión” —afectada a una misión concreta y destinada a extinguirse con el cumplimiento de la misma— con la Administración tradicional, ha estimulado en ésta un cierto reformismo por imitación; de la Administración de misión primero, de sus estatutos flexibles, que permiten la movilidad del personal y la aportación exterior; y, en segundo lugar, de su búsqueda de una gestión competitiva articulada en técnicas financieras modernas.<sup>209</sup>

204. Cfr. *supra*, N° 30 y nota 183, *passim*.

205. Cf. Meynaud, Pierre, cit., *supra*, nota 139, p. 6.

206. Meynaud, *ibidem*.

207. Cf. Crozier, Michel, cit., *supra*, nota 101.

208. Cfr. Pisani, Edgard, “Administration de gestion, Administration de mission”, *Rev. française de science politique*, París, 1956, p. 315 y ss.; Debbasch, Charles, “La Cinquième République et l’Administration”, *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nota 22, t. IV, pp. 347-378, esp. p. 370 y ss.

209. Meynaud, Pierre, cit., *supra*, nota 139, p. 6.

Sin embargo, como su destino y duración <sup>210</sup> lo indican, esta Administración de misión es excepcional. La Administración sigue siendo, en general, incapaz de racionalizar, con la misma intensidad que el sector privado, las condiciones técnicas y económicas de esta segunda mitad del siglo XX. En efecto, mientras que el constante reajuste técnico es un imperativo en empresas similares de casi todos los países, el pasaje al mundo de la Administración nos revela una incoherencia casi general. Los apremios de la técnica se vuelven imprecisos y la autonomía es grande, al nivel de los medios; los sistemas de organización son construcciones voluntarias que responden más a los modelos culturales diferentes de la respectiva comarca, que a similares imperativos de eficacia.

Naturalmente, uno de los problemas más graves que se plantean a la Nueva Administración, es el de la conciliación de dicha marcha hacia la racionalización —impulsada considerablemente por el progreso tecnológico—, con la creciente participación de los ciudadanos, en la organización misma de dicho aparato prestacional, cada vez más complejo y altamente especializado.<sup>211</sup>

34.F) *Las convergencias*. Las intensas diferencias, constatadas entre Administración y sector privado, no excluyen ciertas convergencias, que hemos venido presintiendo en estos desarrollos.

En un sentido genérico, "administrar", en efecto, no se limita a la Administración, sino que comprende también la labor de dirección y gerencia de la empresa privada, en un sentido tan amplio que se aplica a las actividades gerenciales de asociaciones, iglesias, fundaciones y organismos semejantes. En este sentido, la frontera se torna fluida <sup>212</sup> y los límites parecen determinarse sólo por categorías formales, como la que atribuye, en Alemania, a la Administración Pública, todo lo referente a las Fuerzas Armadas, a las empresas públicas de fomento y a los oficios de investigación científica.<sup>213</sup> Incluso se ha llegado a proponer que, teniendo en cuenta la plura-

---

210. Cfr. Lyonnet, Alain, "La mission interministérielle pour l'aménagement touristique du littoral Languedoc-Rousillon: un exemple d'administration de mission", en Lyonnet, Alain, y Menard, Luc-Alexandre, *Recherches sur l'administration de mission dans la vie sociale*, ed. P.U.F., París, 1969, p. 75.

211. Crozier, Michel, *La société bloquée*, París, ed. Du Seuil, 1970, *in totum*.

212. Cf. Morstein-Marx, Fritz, "Stand der Verwaltungswissenschaft", en Morstein-Marx (Hrg.), *Verwaltung*, cit., *supra*, nota 11, p. 39; en el mismo sentido, pero generalizando la "fluidez" excesivamente, *vid.* Thieme, *Verwaltungslehre*, Carl Heymanns Verlag, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1967, 345 pp., p. 1.

213. Morstein-Marx, Fritz, *ibidem*, p. 39.

lidad de tendencias convergentes en materia de gestión de empresas (públicas y privadas), sería indicado armonizar y coordinar sus conocimientos en una disciplina de síntesis, que sería nueva en cuanto a su propósito unificador, ya que no en cuanto a sus ideas directrices, una especie de ciencia de la gestión o "gestiología" al nivel de la investigación aplicada.<sup>214</sup>

35.a) *Trasfondo de la pretendida asimilación.* Dicho análisis unitario nos parece histórica y sociológicamente condicionado por la reestructuración del capitalismo avanzado en los países anglosajones y en Europa Occidental, particularmente luego de la Segunda Guerra Mundial.<sup>215</sup> En la medida en que la realidad latinoamericana exige estructuras y concepciones propias a nuestros imperativos de liberación y desarrollo presididos por un Estado *democrático y social* de Derecho, cuya actividad prestacional tiende no sólo a aumentar la integración de toda la población sino a quebrar los reductos económicos que fundan estructuras semif feudales de poder, en dicha medida —subrayamos— debe considerarse reservadamente toda generalización de esta interpenetración de lo público y lo privado que caracteriza al supercapitalismo contemporáneo.<sup>216</sup>

Más concretamente aún, debe tenerse presente que dicha interpenetración parece llevar, en los países de capitalismo avanzado, a poner al Estado al servicio del gran capital, creando facilidades para éste y atenuando fuertemente la eficacia de su misión democratizante y socializante. En Francia, como en Estados Unidos del Norte, por ejemplo,<sup>217</sup> se acuerda a la empresa privada la realización de misiones de servicio público, y se generaliza un régimen de empresas de economía mixta, que asegura las ganancias a los

---

214. Langrod, Georges, "Pour une Gestiologie", *Cahiers d'études et d'informations*, Association des élèves et anciens élèves de l'Ecole nationale supérieure des PTT, París, N° 59, 1968, p. 3 y ss.

215. Corresponde a un intenso proceso de concentración del capital técnico y financiero, que tiene su correspondiente normativa en los tratados de la CEEA (1951), de la CEE y de la CEEA (1957), así como en los acuerdos de La Haya y Bruselas (1970), que presidirán la Europa de los Diez. La victoria de Pompidou en las elecciones de 1969 en Francia, y el referéndum sobre la "construcción europea" de abril de 1972, parecerían liquidar toda posible resistencia política como la protagonizada por De Gaulle. De la posible vivacidad de ésta testimonio, empero, la designación del ortodoxo Messmer como Primer Ministro (julio 1972).

216. Cfr. *supra*, nota 115.

217. Cfr. pretendiendo justificar esta criticable postura, política, enmascarándola técnicamente: Drago, Roland, *Cours de science administrative*, ed. Les cours de droit, París, 1969-1970, p. 76, quien se felicita del fenómeno, coherentemente con sus objeciones a Brewer-Carías. *Vid.* este *Archivo*, t. I, p. 622 (donde debe leerse "liberales" y no "libreristas").

inversores privados y hace soportar los riesgos a la Administración. A pretexto entonces de incorporar, mediante la gestión privada de dichos servicios, métodos modernos a la ejecución de cometidos estatales, se desvirtúa la finalidad última de éstos. Esta desvirtuación sería más peligrosa en América Latina, donde a pretexto de incorporar nuevas técnicas modernas a la realización de servicios públicos y sociales, se permitiría una dominación de sectores económicos claves por el capital extranjero. Inicialmente, la aportación de nuevas técnicas parece renovar intensamente una rama de la producción, pero luego se puede comprobar el efecto nocivo de una "interpenetración importada", que ha sido descrito magistralmente por un eminente economista latinoamericano:<sup>218</sup>

«Las empresas privadas angloamericanas pasan a gozar de una situación de privilegio con relación a idénticas empresas que operan el territorio de los Estados Unidos del Norte (...). Convocadas para actuar en América Latina con una serie de privilegios, fuera del control de la legislación antitrust de los Estados Unidos del Norte y con la cobertura político-militar de ese país, las grandes empresas angloamericanas tendrán necesariamente que transformarse en un superpoder en cualquier país latinoamericano. Correspondiéndoles gran parte de las decisiones básicas con respecto a la orientación de las inversiones, a la localización de las actividades económicas, a la orientación de la tecnología, a la financiación de la investigación y al grado de integración de las economías nacionales, *es perfectamente claro que los centros de decisión representados por los actuales estados nacionales pasarán a un plano cada vez más secundario* (...). Este proyecto (...) consigue sustraer al Estado gran parte de sus funciones sustantivas en la orientación del proceso de desarrollo económico-social (...). Tal proyecto de desarrollo es inviable en las presentes condiciones históricas de América Latina (...). Las grandes empresas, con su avanzada tecnología y elevada capitalización, particularmente apoyadas en numerosos privilegios, al penetrar en una economía subdesarrollada, tienen efectos similares al de ciertas grandes plantas exóticas, cuando son introducidas en ciertas áreas: drenan toda el agua y desecan el terreno, provocando un desequilibrio en la flora y en la fauna, el surgimiento de plagas y otras cosas parecidas. En efecto (...), tienden a provocar desequilibrios estructurales de difícil corrección, tales como mayores disparidades de niveles de vida entre grupos de población y rápida acumulación de desocupación abierta o disfrazada. *Si se reduce la capacidad*

---

218. El brasileño Celso Furtado, "A hegemonia dos Estados Unidos da América do Norte e o futuro da América Latina", *in totum, Homenaje a Enrique Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nota 22, t. I, pp. 575-602.

de control de los gobiernos nacionales (...) tenderá a acentuarse la concentración de las actividades económicas en ciertas subáreas, agravando las desigualdades de nivel de vida entre grupos sociales y áreas geográficas. El resultado último sería un aumento (...) de las tensiones sociales en América Latina. Como las decisiones económicas de carácter estratégico estarían fuera del alcance de los gobiernos latinoamericanos, tales tensiones tenderían a ser vistas (...) solamente desde su ángulo negativo. La acción del Estado tendría que ser de carácter esencialmente represivo». <sup>219</sup>

En definitiva, la asimilación gerencial de la Administración y del sector privado, la interpenetración importada de ambos, la atribución de la ejecución de cometidos estatales a particulares, la atenuación de los controles públicos sobre la iniciativa privada, son elementos de un mismo movimiento cuya ambigüedad, a juzgar por sus resultados en las economías centrales del mundo capitalista, sólo significa un debilitamiento peligroso de las estructuras y funciones del Estado democrático y social de Derecho.

36.b) *Límites de un perfeccionamiento instrumental*. Formulada esta reserva mayor, tendente a realzar el particularismo de la Administración, <sup>220</sup> precisado así su dominio reservado, de fines y de medios finalizados, no debe por ello ponerse la feliz realización de éstos en peligro, por una inadaptación, por un desfase temporal y técnico, que hagan del bajo rendimiento y de la ineficacia el monopolio del sector público. La penetración del sector público por la preocupación de los costos y del máximo rendimiento <sup>221</sup> debe ser saludada, no como una convergencia y menos aún como una identificación con el sector privado, pero sí como un perfeccionamiento de los instrumentos institucionales forjados por la comunidad para la concepción y ejecución intransigentes de sus fines.

En dicha orientación, la adopción de técnicas perfeccionadas de gestión empresarial (*management*) puede tener una aplicación idónea en la Administración Pública, y no sería sensato considerarla un privilegio del sector privado. La valoración de la acción por sus resultados, no tiene por qué ser cifrada monetariamente. <sup>222</sup> La noción de "ganancia" se convierte en

---

219. Furtado, *ibidem*, pp. 598-601.

220. Cf. Debbasch, Charles, *Science administrative: Administration publique*, ed. Dalloz, París, 1971, 682 pp., pp. 6-7.

221. Debbasch, *ibidem*, p. 6.

222. Delion, André G., "Administration publique et management", *Bulletin de l'Institut international d'administration publique*, París, janvier-mars 1969, p. 55 y ss.

“el excedente de los valores producidos con relación a los valores consumidos”, que toda empresa, pública, cooperativa, en cogestión o privada, debe deslindar. Para calcular políticas culturales o sociales, se consideran los beneficios no-monetarios, pasándose de la óptica monetaria “costo-ganancia” a la óptica general “costo-eficacia”. Una de las mayores adquisiciones recientes de las ciencias administrativas aplicadas a la Administración es la admisión de que todas las actividades estatales, que se trate de los servicios esenciales, como de los servicios públicos o de los servicios sociales, o, evidentemente, de la actividad privada a cargo de la Administración,<sup>223</sup> son valorables, en mayor o en menor medida, mediante juicios de “costo-eficacia”.<sup>224</sup>

En efecto, los cometidos estatales, incluso los servicios esenciales,<sup>225</sup> no son ni podrían ser razonablemente administrados con prescindencia de toda consideración de costos,<sup>226</sup> pues ello terminaría arruinando a las empresas públicas y facilitando el control del mercado por un renaciente sector privado, siempre listo para reasumir, mediante el poder económico, la conducción de la *res publica* que el Estado democrático y social de Derecho se propuso arrebatarse, para convertirla en patrimonio de las mayorías y palanca de promoción integral del Hombre en sociedad. Existe una idea falsa, muy arraigada, que confunde cometidos estatales y gratuidad (o, por lo menos, débil rentabilidad) prestacional, de donde se ha deducido, con idéntica equivocación, que, en particular respecto de los servicios públicos y servicios sociales, se trataría de actividades que los particulares no pueden o no quieren emprender, por cuanto ellas se fundan en prerrogativas y sujeciones especiales, como la no-rentabilidad, lo que postularía criterios de explotación contrarios al cálculo de costos y a la ganancia vigentes en el sector privado.

En verdad: en primer lugar, todos los cometidos que hoy son estatales, se han desgajado históricamente del “sector privado”, en cuanto el Estado

---

223. Para la distinción de los cuatro cometidos estatales, *vid.* Sayagués-Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed., Montevideo, 1963, t. I, p. 48 y siguientes.

224. Delion, *cit.*, *supra*, nota 222, p. 57.

225. Cf., para su noción, Sayagués-Laso, *cit.*, *supra*, nota 223, p. 55.

226. Distribuir sin producir, lleva en poco tiempo a la imposibilidad de la distribución. La demagogia a corto plazo de políticos sin formación administrativa, termina quebrando así el instrumento puesto en sus manos por el poder público, para la ejecución de una actividad prestacional que ya no podrá apuntalar la realización del Estado democrático y social. La demagogia es, históricamente, la antesala del fascismo.



le es posterior, puesto que la concientización institucionalizada de las mayorías ascendentes se da históricamente, progresivamente, a partir del Neolítico. En segundo lugar, los servicios esenciales son aquellos cometidos que, desde fines de la Edad Media, nunca han sido ejercidos por particulares, a los cuales se les reputa insusceptibles del contrato de concesión; así, no se concibe una concesión de relaciones exteriores, de defensa nacional o de la justicia, actividades *esenciales* del poder público en la Edad Moderna, pero no existe razón suficiente para que su gestión sea irracional o no tenga en cuenta principios de gestión tales como la eficiencia y la eficacia, aunque su financiación pueda ser ampliamente sustentada en el impuesto. En tercer lugar, los servicios públicos y los servicios sociales son actividades prestacionales concretas, cuya racionalidad y eficacia exigen una estructuración y funcionamiento respetuosos de las técnicas modernas y que, aun cuando eventualmente amparadas en subvenciones o en una tributación especial, tienen que rendir cuentas de su gestión; los particulares suelen prestar servicios sociales por derecho propio, y penetrar mediante concesión en la prestación de servicios públicos, aceptando su régimen de privilegios y sujeciones, todo lo cual hace pensar que el cálculo de costos y la exigibilidad de una rentabilidad (no necesariamente monetaria) son aquí plenamente compatibles. En cuarto lugar, las llamadas actividades privadas de la Administración tiene una frontera fluida, y en los países en vía de *subdesarrollo*, la expansión del régimen de servicio público, para una mejor realización del Estado democrático y social, tenderá a un creciente trasvase de actividades privadas hacia ella, por un lado, y, por otro, a la incorporación posterior de muchas de estas actividades (por ejemplo, la banca,<sup>227</sup> la explotación petrolífera<sup>228</sup>) a la categoría de los servicios públicos. Obvio es decir que, respecto de esta cuarta categoría de cometidos estatales, la rigurosa exigencia de criterios de gestión racionales y remuneradores será de principio.

Sería arbitrario deducir, de este enriquecimiento práctico de la acción del poder público en régimen prestacional,<sup>229</sup> la inexistencia de una espe-

---

227. En cuanto ella es decisivo puntal de un poder político contrario a la democracia, como lo ha probado la corta experiencia del Banco Central, reclamado para un mejor control de la banca privada en la República Oriental desde los años cincuenta y creado —mediante una garantía institucional constitucional— apenas por la Constitución de 1967 (disposición especial letra "F").

228. Cf. Sayagués-Laso, Enrique, *Consulta* cit., *supra*, nota 109, p. 443.

229. Preferimos hablar de *régimen prestacional*, en lugar de "régimen de servicio público", pues aquella expresión evita los equívocos de este último y tan debatido concepto.

cificidad —previamente demostrada por diferencias definitivas, en los países capitalistas— de la Administración pública.<sup>230</sup> Todo lo aquí desarrollado, en cuanto a las diferencias existentes, y en cuanto a las convergencias de orden técnico, sólo permite establecer un fortalecimiento *instrumental*, adjetivo, secundario, del régimen y de los fines de la Administración. Sólo así entendida cabe compartir la afirmación de que, tanto los Estados como las comunidades supranacionales (de orden regional en particular) deben fundar su actividad prestacional en las condiciones racionales de eficacia de las opciones colectivas, basadas a su vez en la elaboración racional de una estrategia.<sup>231</sup>

37.c) *Una dimensión sustancial de la "apariciencia administrativa"*. Las técnicas modernas de gestión empresarial (*management*) no pueden sin embargo limitarse, en el Estado democrático y social, a la simple ejecución de procedimientos lógicos o de sistemas econométricos, por necesarios que éstos sean. Al superar el burocratismo organizatorio, debe centrarse el objetivo en los hombres y en la filosofía política del Nuevo Estado. Los hombres deberán no sólo aceptar los nuevos métodos y los nuevos conceptos, no sólo aplicarlos, sino convertirlos en un reflejo, personal y vivido.

En este sentido, *las técnicas de gestión se convierten en técnicas de participación*, lo administrativo desborda una vez más sobre lo político. La apuesta de las técnicas modernas de gestión empresarial se podría perder, si se limitara a fórmulas abstractas e hiciera más inhumana la administración de los asuntos públicos; pero dicha apuesta podría ser ganada, ya que no tiene sólo un alcance administrativo. Las reglas de gestión empresarial pueden contribuir a la elaboración de una filosofía política, en la medida en que tiendan a adaptar las estructuras a las necesidades sociales de *explicación*,<sup>232</sup> en que obliguen a explicitar las motivaciones de las opciones públicas que influyen a su vez tan fuertemente en las opciones de los ciudadanos mismos, imponiendo así el hacerlas comprensibles para todos. De este modo, la doctrina administrativa se nos presenta hoy como la articulación de un "envite" (*enjeu*) político más amplio: la reconciliación del ciudadano con la democracia de una Edad administrativa condicionada por la técnica, dándole la parte que le corresponde en la forja de su destino.<sup>233</sup>

230. En contra, Delion, cit., *supra*, nota 222, quien resume bastante bien la corriente asimilacionista aquí combatida.

231. Cf. Delion, *ibidem*, p. 56.

232. En el sentido de Rivero, Jean, cit., *supra*, nota 120, p. 822.

233. Cf. Delion, cit., *supra*, nota 222, *ibidem*.

38. *Elementos para una definición.* Dejando de lado los elementos puramente formales; ateniéndonos a la determinación histórica concreta, para América Latina; parece prudente utilizar los elementos reseñados en los párrafos precedentes de este trabajo, para ir situando *provisoriamente* la noción de Administración, en la certidumbre de que el presente estadio de nuestra investigación carece de la madurez suficiente para una aproximación rigurosamente sintética del concepto, debiendo ésta serlo sólo de carácter predominantemente analítico.<sup>234</sup>

Con estas limitaciones, la *Administración Pública*:

1. Es una comunidad superior a, y diversa de, las administraciones privadas.
2. Está constituida por una organización de agentes públicos, subordinada al poder político, democrático y social.
3. Tiene por fines la quiebra de la dominación deformante y explotadora que es causa de la causación circular acumulativa<sup>235</sup> del subdesarrollo, y la realización del Estado democrático y social de Derecho.
4. Se propone, para ello, la promoción integral del Hombre en sociedad, para lo cual considera primordial su participación dominante en la ampliación, intensificación y perfeccionamiento técnico-gerencial de los servicios prestacionales del poder público.<sup>236</sup>

### III

#### DEL MÉTODO

39. *Un horizonte desdibujado.* El estudio de la Administración Pública en la América Latina de este umbral del siglo XXI, se encuentra condicionado

---

234. Cfr. con la muy diferente aproximación, igualmente analítica, de Nigro, cit., *supra*, nota 91, p. 25.

235. Sobre la dominación extranjera como factor decisivo del subdesarrollo tienden a coincidir la mayoría de los autores contemporáneos, tanto antropólogos como economistas. *Vid.*: Ribeiro, cit., *infra*, nota 369, *in totum, passim*, para los primeros; Bettelheim, Charles, *Planification et croissance accélérée*, París, Maspero, 1965, para los segundos.

236. Cfr. con las definiciones material (p. 2) y funcional (p. 3) de Thieme, cit., *supra*, nota 212.

y deformado por una doble tradición que le es extranjera: en primer lugar, por la tradición europea continental (*A*), prolongada en sus aspectos menos fecundos; en segundo lugar, por una recepción inmadura de las realizaciones de la tradición científica angloamericana (*B*), recepción que olvida las limitaciones de esta tradición que sólo abarca la mitad del universo relevante. La tradición europea hace del método jurídico (*C*), en sus variantes a'emana clásica y francesa contemporánea, el instrumento casi exclusivo de la Administración, instrumento cuyas virtualidades cognitivas parece necesario enriquecer, a la vista de la experiencia angloamericana, integrando al derecho administrativo en el marco pluridisciplinar de las ciencias administrativas (*D*).

En efecto, la brillante tradición continental tiende a olvidar las aportaciones de la cameralística germánica, limitándose a una visión formalista y superficial, la del derecho administrativo, necesaria, pero insuficiente, para valorar los fenómenos en su unidad, así como inadecuada para impulsar lúcidamente los cambios institucionales. La Administración se resiente así de un enfoque juricista, ajeno a la esencia teleológica de las ciencias sociales e ignorante de las conclusiones de las ciencias políticas —en su sentido más amplio.

Por otra parte, el formidable desarrollo alcanzado en los Estados Unidos del Norte por las ciencias administrativas desde los años veinte de este siglo, parte igualmente de un enfoque desequilibrado de la realidad, desconocedor de los fines concretos immanentes al Estado democrático y social de Derecho, cosificante de las realizaciones humanas que sólo tiende a valorar en el plano instrumental de la eficiencia material, descuidando todo fin macrosocial y, en particular, las consecuencias distributivas de una acción administrativa al servicio del Hombre en sociedad.

Fundamentalmente, el juricismo de tradición romanista y de acentuación castellana, pero también el mecanicismo de cuño angloamericano, actuando metodológicamente sin una integración complementaria y recíproca, forjan una Administración Pública que descuida al sujeto primordial de toda ciencia humana y social, de toda acción, al Hombre mismo.

Trataremos de ver seguidamente, en el orden enunciado en el primer párrafo de este número, la doble perspectiva así enunciada, y las posibilidades de su superación pluridisciplinar, que sólo enunciaremos aquí someramente, para tratarlas en detalle en un trabajo posterior.

40.A) *El juridicismo tradicional*. La fuerza expansiva del liberalismo y del *Rechtsstaat* como ideología jurídica del capitalismo de pequeñas unidades del siglo XIX, olvida sistemáticamente en toda Europa continental los esfuerzos anteriores de las ciencias camerales en Alemania<sup>237</sup> y los concomitantes de algunos autores franceses<sup>238</sup> y españoles.<sup>239</sup> En cierta medida, el triunfo de la Revolución Francesa y el ascenso de la burguesía se encuentran en la base del desarrollo que adquiere progresivamente la consideración "defensiva"<sup>240</sup> de la Administración Pública, y que preside los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales del derecho administrativo. No se trata tanto de forjar una Administración al servicio de los ciudadanos, sino de defender a éstos respecto de sus eventuales excesos; de ahí la visión patológica, procedimental y fundamentalmente procesal, que domina a su vez al derecho administrativo. El propósito de limitar los daños y perjuicios que pueden emanar de la Administración, trae consigo otras deformaciones sucesivas: entre éstas, la reducción de lo administrativo a la norma que lo rige, la identificación del administrador con el jurista de derecho administrativo, la formación casi exclusivamente jurídica de los futuros administradores,<sup>241</sup> la reducción de lo administrativo a un "desierto

- 
237. Cfr. ampliamente, Maier, Hans, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, ed. Luchterhand, Neuwied a.R. y Berlín, 1966; Morstein-Marx, Fritz, "Die Bundesrepublik Deutschland", en el Congreso por él dirigido, *Verwaltungswissenschaft in europäischen Ländern. Stand und Tendenzen*, ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1969, 283 pp., pp. 222-249, esp. p. 223.
238. Cfr. Langrod, Georges, *Frankreich*, en dicho Congreso, pp. 26-50, esp. p. 26, citando a Bonnin, Macarel y Vivien.
239. Señaladamente la obra de Colmeiro, Manuel, *Derecho administrativo español*, 1ª ed. de 1850, 4ª ed. de 1876, apéndice de 1880. Cfr. los trabajos reunidos en *Estudios jurídico-administrativos en honor de Colmeiro*, ed. Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago (Compostela), 1950; así como Royo-Villanova, Segismundo, "Colmeiro y la Ciencia administrativa", en el volumen *Centenario de los iniciadores de la ciencia jurídico-administrativa en España*, ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1969, 283 pp., pp. 222-249, esp. p. 223.
240. Particularmente notable en las obras clásicas del derecho administrativo francés, como la de Laferrière, pero igualmente dominante en las posteriores, donde sólo mucho más tarde parece comprenderse que la Administración no es el Consejo de Estado, sino que éste surge sólo cuando aquélla no funciona debidamente o para impedir que esto acaezca.
241. Aplastante en Francia hasta 1945 y aun dominante luego de la creación de la E.N.A.: cfr. Bloch-Lainé, François, Président, *Rapport de la commission d'étude des problèmes de l'Ecole Nationale d'Administration*, avril 1969, ed. La documentation française, París, p. 36. Igualmente abrumadora en Alemania, donde el monopolio de los juristas (*Juristenmonopol*) en la función pública motiva que se estudie, no tanto la apertura de la Administración a otras formaciones previas, sino la incentivación del estudio de lo administrativo dentro de la carrera jurídica tradicional: *vid. Gutachten über die juristische Ausbildung unter besonderer Berücksichtigung der Interessen der Verwaltung*, ed. Grote, Colonia y Berlín, 1965, 208 pp.

de mecánica jurídica",<sup>242</sup> en el cual las puras formas se van vaciando<sup>243</sup> de sus contenidos concretos iniciales, aun estrechamente vinculados a la realidad, hasta encontrarnos con una ajenidad<sup>244</sup> de la máquina pública respecto de su entorno, a comienzos del siglo xx.

Dicha ajenidad, conforme a la ideología liberal,<sup>245</sup> al impedir un estrecho contacto entre las normas y la realidad, a la que se aplican, convierte a aquéllas en meras palabras,<sup>246</sup> en un lenguaje cuya desencarnación se acentúa al adquirir las normas administrativas una jerarquía superior mediante su recepción en los ordenamientos constitucionales, dado que esta recepción sigue teniendo naturaleza retórica,<sup>247</sup> y, por ende ficticia,<sup>248</sup> e insatisfactoria.<sup>249</sup> Si a esto añadimos la incapacidad creadora del posi-

- 
242. Cf. Gonidec, Pierre-François, *Cours d'Institutions internationales*, ed. Les Cours de Droit, París, 1970-71, p. 5, quien fustiga esta esterilización de la vida, este encapsulamiento alienante del juridicismo tradicional de nuestras Facultades de Derecho.
243. Cfr. para las formas vacías de "Derecho, Seguridad, Bienestar", Ellwein, Thomas, *Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre*, W. Kohlhammer V., Stuttgart/Berlín/Colonia/Maguncia, 1966, p. 31.
244. Ellwein, *ibidem*, p. 30.
245. El jurista tradicional, ignorante de las conclusiones de la política, de la economía y de las lecciones de la historia, será esencialmente incapaz de comprender las realidades sociales que subtienden a la norma, sólo podrá contemplar a éstas desde fuera, murmurando *laissez faire, laissez passer*.
246. Cfr. para esta "semántica" constitucional, la obra de Loewenstein, Karl, *Verfassungslehre*, ed. Mohr, Tubinga, 1959, 431 pp., *in totum*. En América Latina, en el mismo sentido, Restrepo-Piedrahíta, Carlos, "El Estado constitucional liberal para el desarrollo", *Rev. de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, dic. 1967; y Tejera-Paris, Enrique, *Administración Pública: Teoría de la estructura administrativa para el desarrollo*, ed. Distribuidora América Latina, Caracas, 1963, 315 pp., esp. p. 14. Respecto de la aportación de Loewenstein, *vid.*, por todos, Martín-Retortillo, Sebastián, "Administración y Constitución: En torno a la «Teoría de la Constitución», de Karl Loewenstein", *Revista de Administración Pública*, Madrid, N° 53, 1967, pp. 9-34, y la bibliografía indicada en su pág. 10.
247. Cf. Luhmann, Niklas, *Theorie der Verwaltungswissenschaft: Bestandsaufnahme und Entwurf*, ed. Grote, Colonia y Berlín, 1966, su p. 95, nota 160.
248. Cfr. Cathérine, Robert, y Thuillier, Guy, *Introduction à une philosophie de l'administration*, préface de Vladimir Jankelevitch, ed. Armand Colin, París, 1969, 376 pp., pp. 203-204, quien ejemplifica la distancia creciente entre norma y realidad, hasta que siendo el exceso ya demasiado visible, la Administración se ve obligada a "reconsiderar" la realidad para reducir el abusivo margen de ficción reinante.
249. Respecto de la generalizada insatisfacción por el estado actual de los estudios de derecho, *vid.* el apasionante librito de Capella, Juan Ramón, *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas*, ed. Fontanella, Barcelona, 1970.

tivismo,<sup>250</sup> tenemos que la unilateralidad del enfoque tradicional de la Administración se ve agravada por un fijismo inmanente, típico del estructuralismo funcionalista,<sup>251</sup> que prescinde de la misión esencial de la Administración en el Estado democrático, la promoción del cambio económico y social.

De este modo, el gusto por la abstracción y el culto de la forma prevalecen sobre el sentido de las realidades y la aptitud para la acción.<sup>252</sup> El liberalismo se apoya sobre un postulado de equilibrio, cuya falsedad se ha demostrado fehacientemente, tanto en economía<sup>253</sup> como en ciencia política. La imperiosa necesidad de restablecer el equilibrio en una sociedad regida por la *ley del desequilibrio*, constantemente acentuado por un proceso de causación circular acumulativa,<sup>254</sup> impone no sólo el abandono teórico del liberalismo, sino, en particular, el rechazo de sus consecuencias concretas en la consideración del Estado, de la Administración Pública y del ordenamiento normativo que los rige. La formulación normativa, el derecho positivo, no es un fin sino un medio: las ciencias jurídicas

- 
250. Cf., por todos, Leibholz, Gerhard, "Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne", *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, París, 1931, t. 1, pp. 207-224, reproducida en español en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1931, año 80, t. 159, pp. 545-564; y en Leibholz, *Conceptos fundamentales de la política y de teoría de la Constitución*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pp. 15-49. Siguiendo a las clases del mismo Leibholz, *Einige Grundfragen der modernen Demokratie*, Facultad internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, Estrasburgo, 1963, *vid.* Cortiñas-Peláez, León, "Una concepción planetaria del Hombre y del derecho público", *Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX, Homenaje a Enrique Sayagués-Laso (Uruguay)*, ed. I.E.A.L., Madrid, 1969, t. I, pp. XXXIX a CLIX, esp. pp. CXLII y ss.
251. Sin comprometer aquí opinión sobre la polémica suscitada por el estructuralismo, cfr. la postura favorable de Auzias, Jean-Marie, *Clefs pour le structuralisme*, 3ª ed. Seghers, París, 1971, esp. p. 222, con el rechazo matizado de las tesis neomarxistas (de Althusser, Louis, *Pour Marx*, Maspero, París, 1965) que realiza Lefebvre, Henri, *Au-delà du structuralisme*, ed. Anthropos, París, 1971, pp. 313 a 417. Para una crítica radical de este estructuralismo funcionalista que casi no admite convergencia alguna con el progreso mediante el cambio social —salvo quizá en Talcott Parsons del último período—, cfr. las breves pero muy interesantes precisiones del curso de Gonidec, cit., *supra*, nuestra nota 242, su p. 7.
252. Cf. Escoube, Pierre, "Les hommes dans l'administration", en Langrod, Georges, director, *Traité de science administrative*, ed. Mouton, París, 1966, p. 329.
253. Cf. Myrdal, Gunnar, *Economic Theory and Under-developed Regions*, ed. Gerald Duckworth & Co., Londres, 1957, XII + 168 pp., *in totum*. Igualmente, en materia social, el famoso estudio de Myrdal, *An American Dilemma: The Negro Problem and Modern Democracy*, ed. Harper & Bros, Nueva York, 1944, LIX + 1.484 pp., *passim*.
254. Cf. Myrdal, *Economic...*, cit., *supra*, nota 253.

se reducirían a vana palabrería,<sup>255</sup> si su consideración de la Administración prescindiera de las condicionantes de aquella formulación o desconociera un balance crítico de sus repercusiones, no sólo formales, sino en la totalidad de la realidad, regida por el principio de la unidad fenoménica.<sup>256</sup>

41.a) *Inadecuación del derecho público clásico a nuestros países.* Puede hablarse de un divorcio ante esta distancia creciente entre aspiración y realización, que marca la aplicación del enfoque positivista a las realidades económico-sociales enfrentadas por la Administración. Pero quizá, atendiendo a las sociedades dominadas y deformadas “en vía de *subdesarrollo*”, sería más exacto rastrear hasta dónde los enfoques forjados por los países dominantes —y esto vale también para el estructuralismo funcionalista— son inadecuados para realidades tan diferentes. En este sentido, por ejemplo, nos parece cada día más evidente la vulnerabilidad del derecho constitucional clásico en los países del Tercer Mundo.<sup>257</sup>

En efecto, no se trata sólo de que exista un fracaso innegable<sup>258</sup> de los “principios” occidentales para mejorar la Administración Pública, convertida ahora en el principal instrumento de desarrollo global, y en donde, con frecuencia, se ha pretendido sustituir la solución cualitativa de los problemas políticos y económicos por un mero aumento cuantitativo de la capacidad administrativa de los países subdesarrollados.

Se trata de un fracaso o, por lo menos de una grave inadecuación, virtual y cada día más explícita, de algunas de las ideas, de las institu-

---

255. Urwick, L., *The Elements of Administration*, ed. Isaac Pitman & Sons, Londres, 2ª ed., 1947 (citamos la trad. española, ed. Herrero Hermanos, México, 4ª ed., 1967, p. 38); Jiménez-Castro, Wilburg, “La administración pública y el desarrollo integral”, en la obra colectiva de Velasco-Ibarra, Martínez-Cabañas, Riggs, Frieiro, Duhalt-Krauss, Martínez-Silva, Jiménez-Castro, y De Baecque, *Administración Pública y desarrollo*, ed. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la U.N.A.M., México, 1970, pp. 271-314, esp. p. 276.

256. *Tout se tient*, tal es la expresión de una de las leyes fundamentales del conocimiento, la ley de la unidad de los fenómenos, que pone en evidencia una idea esencial, la idea de totalidad. No existe un ente normativo independiente de entes no normativos, sino que unos y otros se encuentran indisolublemente entrelazados. Cf. Gonidec, *Cours d'Institutions internationales*, cit., *supra*, nuestra nota 242, p. 5.

257. Así, para las libertades públicas, creemos haber contribuido a demostrarlo en Cassinelli-Muñoz y Cortiñas-Peláez, *Des droits de l'homme au Tiers Monde?*, informe al Coloquio sobre los Derechos Económicos y Sociales de Bruselas (1967), Centre interuniversitaire de droit public/Centre interuniversitaire de droit comparé, que esperamos sea publicado antes de fines del próximo año en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración* (Montevideo).

258. González-Pedrero, Enrique, Introducción a *Administración Pública y Desarrollo*, cit., *supra*, nuestra nota 255, su p. 9.



ciones básicas del derecho público forjado en Europa y en los Estados Unidos del Norte, en los primeros tiempos de la expansión mundial del capitalismo. Basta pensar, para sólo insinuar un campo de fecundas investigaciones: en derecho financiero, en los principios presupuestarios de la anualidad y del equilibrio; en derecho constitucional, en la profesionalización irrestricta de la carrera judicial, en el parlamentarismo, en la representación proporcional, en la reserva de la ley, en el régimen del pluripartidismo, en la libertad formal de la radiotelevisión; en derecho administrativo, en la responsabilidad irrestricta de la Administración, en la indemnización necesaria y previa de toda expropiación; en derecho internacional y de las organizaciones internacionales, en la extensión del mar territorial, en la protección diplomática de empresas extranjeras, etc. Se trata, parece obvio resaltarlo, de principios que los países hoy dominantes adoptaron generalmente luego de haber alcanzado su propia integración nacional y de haber logrado, mediante ella, una irreversible liberación en lo exterior que les permitiera cosechar y redistribuir en exclusividad los frutos económicos de una expansión creciente. Sin pesar su significado, simplemente por haber sido adoptadas por países altamente desarrollados, confundiendo incluso desarrollo económico con nivel de civilización,<sup>259</sup> se importaron indiscriminadamente dichas instituciones, sin comprender que en muchos casos ellas serían factor de debilitamiento de Estados incipientes, frenarían los mejores esfuerzos de integración nacional, acentuarían las posibilidades de presión de los grupos internos y de los intereses de potencias extranjeras, disminuirían, en resumen, nuestras tardías posibilidades de alcanzar un despegue económico que es la única garantía real de instituciones libres y democráticas.<sup>260</sup>

La antropología dialéctica contemporánea <sup>261</sup> permite comprender fácilmente —sin rubores ni complejos— las disparidades de civilización que

---

259. Mentalidad alienada de nuestros estadistas y juristas, que no tienen rubor en someterse a —o aun, en integrar— instituciones como la Corte Internacional de Justicia de La Haya, cuyo Estatuto invoca (Art. 38, apartado 1, inc. c.) los principios generales de derecho reconocidos por *las naciones civilizadas*, en expresión de inequívoco racismo, luego de la cual nada extraña la jurisprudencia sentada en el caso del *Sudoeste africano* de 18 de julio de 1966.

260. Cf. Hauriou, André, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4ª ed., Montchrestien, París, 1970, esp. la 2ª Parte (*Le droit constitutionnel classique à l'épreuve des mondes nouveaux*), *in totum*.

261. Cfr. Ribeiro, Darcy, *Las Américas y la Civilización*, 3 vols., ed. Centro Editor de América Latina. Buenos Aires, 1969-1970, y *L'enfantement des peuples*, ed. du Cerf, París, 1971, respectivamente 800 y 124 pp.

nos separan de los países dominantes del siglo xx, y, por ende, la necesidad de buscar nuestro propio camino para alcanzarlos.<sup>262</sup> No sucedía así en generaciones anteriores, que se contentaban con explorar los catálogos políticos europeos, a falta de tiempo y medios para utilizar los propios. Con razón ha podido hablarse de una esquizofrenia (institucional) y decirse complementariamente a este respecto:

Cada vez que las modas políticas extranjeras dejaban de cuajar en nuestro medio, se procedía a reemplazarlas por otras más nuevas e igualmente apartadas de él (...). Fue creciendo así una desvinculación con la realidad, puesto que se jugaba sólo con ideas y palabras; y se llegó eventualmente a ese fenómeno típicamente (nuestro): dictaduras monstruosas con legislación y constituciones hasta progresistas, que, por supuesto, jamás se aplicaban. En América Latina, las elucubraciones intelectuales se convirtieron en opio de generaciones enteras de universitarios, volviéndose un gigante continente de esquizoides políticos, en el que las declaraciones y escritos pocas veces llegan a mostrar relación con los hechos.<sup>263</sup>

Lo grave, en este umbral del siglo xxi, consiste en la ingenua creencia, acrítica, de que quizá el fracaso de la estructura económica no tenga ninguna relación con estructuras político-administrativas tan inadecuadas. Esta mentalidad legalista, patentizada en Chile por el mito de la Contraloría General de la República,<sup>264</sup> en la República Oriental por un aberrante bicameralismo y una representación proporcional curiosamente limitada cuando se trata de asegurar representación parlamentaria a ciertos feudos despoblados,<sup>265</sup> se manifiesta por ejemplo en los Estados Unidos Mexicanos

---

262. En este sentido, Ribeiro, *Las Américas...*, cit., t. 3, pp. 145-194; Jaguaribe, Helio, *Desarrollo económico y desarrollo político*, ed. Universitaria de Buenos Aires, 1964, 215 pp. (original en portugués, *Desenvolvimento econômico e desenvolvimento político*, ed. Fundo de Cultura, Río de Janeiro, 1962), y, del mismo Jaguaribe, más recientemente, "Modelos políticos y desarrollo nacional en Latinoamérica", en *Hacia una política de integración para el desarrollo de la América Latina*, ed. Sociedad Interamericana de Planificación, San Juan de Puerto Rico, 1967.

263. Tejera-París, cit., *supra*, nuestra nota 246, p. 14.

264. Cfr., con todo, Silva-Cimma, Enrique, *Panorama y perspectivas de la crisis institucional chilena*, en Cortiñas-Peláez (Director), *Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX, Homenaje a Enrique Sayagués-Laso* (Uruguay), ed. I.E.A.L., Madrid, 5 tomos, 1969, en su t. IV, pp. 523-551, cuyos matices (escritos en 1966) iluminan magistralmente la posterior evolución de Chile.

265. "Corresponderán a cada Departamento, dos Representantes por lo menos" (Art. 88 inc. 2 de la Constitución de 1967), con lo cual se potencia el voto rural en departamentos de débil densidad, debilitando parejamente el sufragio de los departamentos más densos y urbanizados. Es, con las diferencias del caso, la constitucionalización de los "burgos podridos" del siglo xix británico.

por las formas aparentes de control, judicial<sup>266</sup> y legislativo,<sup>267</sup> de la eficiencia administrativa, profundamente inoperantes.

42.b) *La metódica superación del juridicismo.* La Administración Pública en América Latina debe ser estudiada como un fenómeno social, resultado de causas definidas y averiguables.<sup>268</sup> Dentro de éstas, el hecho normativo o jurisprudencial se nos presenta como un elemento a encuestar y no como un dato definitivo. Es menester tender un puente que salve el abismo mental, cada vez más ancho y profundo, que separa a los educados y preparados únicamente en materia de las mal llamadas "humanidades", de aquellos cuyas mentes han sido conformadas por la tecnología, aplicada a las máquinas, que tienden a subordinarnos cada vez más por lo que respecta a las bases materiales de la existencia.<sup>269</sup>

Parece necesario enriquecer la mentalidad del legista con la del organizador. Precisamente, a la resistencia de los hombres de Derecho cabe atribuir muchos de los retrasos existentes en la aplicación de técnicas modernas de organización y métodos (O. y M.) a la realidad administrativa.<sup>270</sup> Acostumbrados al enfoque contencioso, patológico, del acto administrativo, los legistas —que carecen de una preparación pluridisciplinar de verdaderos juristas— comprenden difícilmente que un acto contrario a la ley pueda ser indispensable<sup>271</sup> y que un acto sea costoso, tardío y deshumanizado, siendo como es, en un todo, conforme al precepto de la norma.<sup>272</sup>

Parece llegada la hora de recordar que el Derecho es una de las ciencias sociales, y que *el derecho administrativo es una de las ciencias administrativas*, siendo impensable que la unidad del objeto, la Administración Pública, pueda ser compatible con la ignorancia reinante, en el

---

266. Duhalt-Krauss, Miguel, "El control de la eficiencia como complemento de la reforma administrativa", en *Administración pública y desarrollo*, cit., *supra*, nuestra nota 255, pp. 107 a 211, esp. pp. 180-182.

267. Duhalt-Krauss, Miguel, *ibidem*, pp. 182-184.

268. Cfr. Urwick, cit., *supra*, nuestra nota 255, p. 25.

269. Urwick, *ibidem*, p. 13.

270. Cf. Moulias, Daniel, "Organisation et méthodes", en Langrod, *Traité...*, cit., *supra*, nuestra nota 12, p. 540.

271. Luhmann, cit., *supra*, nuestra nota 247, habla de la eventual necesidad o, por supuesto, de las útiles funciones, que puede cumplir una acción administrativa ilegal (p. 99), invocando paralelamente el *permissive leadership* de la sociedad angloamericana con remisión a Bensman (Joseph) y Gerver (Israel), "Crime and Punishment in the Factory: The Function of Deviance in Maintaining the Social System", *American Sociological Review*, 28, 1963, pp. 588-593.

272. Moulias, cit., *supra*, nuestra nota 270, *ibidem*.

campo de los legistas administrativistas, respecto de las conclusiones de las otras ciencias administrativas.

Sin que proceda entrar en este momento al detalle de la metodología de las ciencias sociales,<sup>273</sup> parece indisputable que toda ciencia exige una aproximación respecto de su objeto, la comprensión de éste, y, si se trata de una de las ciencias políticas,<sup>274</sup> saber actuar a tiempo para provocar el cambio en cuestión.<sup>275</sup>

- 
273. Cfr. los manuales correspondientes, por ej. Duverger, Maurice, *Méthodes des sciences sociales*, París, 3ª ed. P.U.F., VIII + 503 pp., 1964; y Pinto-Grawitz, *Méthodes des sciences sociales*, París, 4ª ed., Dalloz, X + 950 pp., 1971.
274. Las ciencias administrativas (incluso la ciencia administrativa en singular) son consideradas como una rama de la ciencia política por Molitor, André, *Préface* a la recopilación de Molitor-Gazier-Braibant, *L'administration publique*, ed. Armand Colin, París, 1971, 526 pp., p. 18. En el mismo sentido, ya antes, Molitor, André, *Administración Pública*, trad. esp. Jordana de Pozas, Unesco, Madrid, año 1961.
275. La docencia latinoamericana de Derecho público teme la realización (eventualmente vana, siempre modesta) de todo esfuerzo prospectivo. Está "instalada" en la cómoda postura del comentario exegético *a posteriori* al punto de que parece poco menos que insólito el que un profesor, convertido entonces en auténtico jurista, se preocupe y exponga seriamente sus preocupaciones ante las insuficiencias institucionales de su país. Los alumnos salen así de la Universidad convencidos de la exactitud de sus conocimientos, sin que jamás se les haya siquiera indicado la distancia que media entre dichos textos "semánticos" y la realidad nacional concreta. Cfr., en el sentido que preconizamos, de una asunción responsable de sus responsabilidades de jurista, las seis contribuciones chilenas presididas por Silva-Cimma, "Introducción común a los trabajos chilenos", en el *Homenaje a Sayagués-Laso...*, cit., *supra*, nota 250, su t. I, pp. 849-50. En el mismo sentido, algunas de las últimas publicaciones de Brewer-Carías, Allan-Randolph, tales como: su *Prólogo* a su propio libro *El control de las actividades económicas del Estado en el derecho venezolano*, ed. Contraloría General de la República, Caracas, 1969, pp. 1-33; "Las transformaciones de la Administración Pública para el desarrollo: el caso de Venezuela", *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1969, N° 58, p. 387 y ss.; así como su (muy discutible) *Aspectos institucionales del Transporte y Tránsito en el Área Metropolitana de Caracas*, prólogo de Antonio Moles Caubet, Fondo Editorial Común, Caracas, 1971, y, finalmente, su conferencia *Problemas institucionales...*, cit. *supra*, nota 84. En sentido convergente, recordamos los trabajos de Real, Alberto Ramón, *Las estructuras políticas y administrativas uruguayas en relación con el desarrollo*, Montevideo, ed. La Justicia Uruguaya, 1965; de Giorgi, Héctor, *La Nueva Administración Pública (Ensayo de una reconstrucción orgánica del Estado)*, Montevideo, ed. Amalio M. Fernández, 1965 (algo ambiguo en su horizonte), y Cortiñas-Peláez, León, "Una concepción planetaria del Hombre y del derecho público". Introducción General al *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nuestra nota 250, sus pp. XXXIX a CLIX. Obviamente integráramos en esta corriente los trabajos de la *Escuela Democrática* en la doctrina española de derecho administrativo, tales como: García de Enterría, Eduardo, "La lucha contra las inmunidades del Poder", *Rev. de Administración Pública*, Madrid, 1962, N° 38, p. 159 y ss.; Nieto-García, Alejandro, *El mito de la Administración prusiana*, Sevilla, ed. del Instituto García

Ahora bien, ninguno de estos extremos ha sido cumplido hasta hoy por el estudio de la Administración Pública en América Latina. Pasible de las críticas tradicionales que apuntaban en el siglo XIX a la "inutilidad de la jurisprudencia como ciencia",<sup>276</sup> podemos decir que nuestro derecho administrativo no comprende a su objeto,<sup>277</sup> que éste se le escapa constantemente en sus renovaciones,<sup>278</sup> que la doctrina llega siempre tarde para enfrentar el cambio administrativo,<sup>279</sup> que el manejo reiterado de antiguallas categoriales mantiene una permanente contradicción entre los fines del derecho como ciencia social y los pobres resultados alcanzados,<sup>280</sup> que la apoliticidad<sup>281</sup> cientificista reivindicada e implantada por el normativismo tiende a convertir al Derecho en una "ciencia jurídica sin Derecho",<sup>282</sup> lo cual —si fuera definitivamente así— justificaría su arrinconamiento en el trasto de las herramientas inservibles.

Para enfrentarse contra el estudio de la Administración Pública convertido en meros "malabarismos intelectuales",<sup>283</sup> lo fecundo es intentar un replanteamiento global, que permita un conocimiento más acabado del objeto y una cierta eficacia en su transformación. La unilateralidad jurídicista sólo puede ser superada mediante una pluridisciplinaridad convergente, que estudie la totalidad del *fenómeno administrativo*, pragmáticamente,

---

Oviedo, 1962, y su magistral *La retribución de los funcionarios en España: Historia y actualidad*, Madrid, ed. de la Revista de Occidente, 1967; los fragmentos de su obra general sobre planificación administrativa que nos va descubriendo Martín-Retortillo, Sebastián, en la *Rev. de Administración Pública*, Madrid, "Antecedentes del concepto de plan y referencia a la legislación de fomento del siglo XIX" (1966, N° 49, p. 39 y ss.), y "Parlamento y gobierno en la planificación económica" (1968, N° 55, p. 27 y ss.), así como "Presupuestos políticos y fundamentación constitucional de la planificación administrativa", en *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nuestra nota 250, t. III, p. 209 y ss.; y Martín-Mateo, Ramón, *El horizonte de la descentralización*, Madrid, ed. I.E.A.L., 1969. Como los primeros respecto de América Latina, también éstos son excepción en el marcado juridicismo reinante en España.

276. Kirchmann, Julius von, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlín, ed. Juristische Gesellschaft, 1848, reimpresión por la Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Darmstadt, 1956, traducida con excesiva concisión como *La jurisprudencia no es ciencia*, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, año 1961.
277. Kirchmann, *Die Wertlosigkeit...*, *ibidem*, p. 11.
278. Kirchmann, *ibidem*, p. 14.
279. Kirchmann, *ibidem*, p. 15.
280. Kirchmann, *ibidem*, p. 36.
281. Kirchmann, *ibidem*, p. 45.
282. Cf., por todos los críticos del normativismo, Leibholz, *Einige Grundfragen...*, cit., *supra*, nuestra nota 250.
283. Cf. Vedel, Georges, *Droit administratif*, París, P.U.F., 4ª ed., 1968, p. 57.

investigando empíricamente, pero también teóricamente, las concomitancias del enfoque normativo tradicional.

En definitiva, la superación del juridicismo continental, tan arraigado en el estudio de la Administración en América Latina, significa una crítica y una renovación de la investigación y, en general, de los estudios universitarios (*aa*) en primer lugar, y, una visión lúcida de las insuficiencias y deformaciones concretas del método jurídico tradicional (*bb*), en segundo lugar.

43.aa) *La investigación y el estudio universitarios*. Que la docencia no progresa sino gracias a la investigación, es una evidencia desdichadamente olvidada en nuestras unidades "prehumboldtianas". El "doble propósito" de la institución universitaria —en sus fines puramente científicos— ha sido descuidado en América Latina, por motivos financieros conocidos, pero también porque nunca se han enfatizado debidamente, ya a nivel estudiantil, las letales consecuencias del estudio sin investigación. Esta reserva, que también se aplica al autor de estas páginas, exige una revisión de los métodos pedagógicos y un nuevo "amojonamiento" de la disciplina universitaria, tan poco cuestionada —en profundidad, claro está— entre nosotros, a pesar de la conmoción europea de 1968.<sup>284</sup>

---

284. Nuestros planes de estudio y sus "resonantes" reformas, versan siempre sobre una reordenación de las disciplinas, casi nunca sobre una nueva (*la*) disciplina de éstas. Nos fascinan los fines, nos fastidia la forja de los medios. La paciencia del sembrador nos es desconocida. Antes de 1968 merecían destacarse, por su profunda renovación, algunas experiencias latinoamericanas. Así, entre otras, el proyecto de Santiago Dantas, Federico Clementino de, "A educação jurídica e a crise brasileira", ed. Empresa Gráfica da *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1955; las conclusiones de nuestro estudio "Algunas Facultades de Derecho europeas - Esbozo de un panorama de sus planes de estudio", en *Revista del Centro Estudiantes de Derecho*, t. XIX, pp. 475-509, esp. p. 495 y ss., Montevideo, 1956; igualmente, inspirándolas, las técnicas de "seminarios" practicadas en Montevideo desde 1954, por el extinto catedrático Sánchez-Fontans, José, posteriormente sistematizadas en su gran obra pedagógica, "Consideraciones metodológicas sobre los Seminarios", *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, ed. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1962; la Reforma del Régimen de Estudios en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción (Chile), impulsada con su Proyecto de Reformas Estructurales (1964) por el Decano Sanhueza-Cruz, Manuel, de 1964 a 1969; el Reglamento de Preseminarios y Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia (Maracaibo, Venezuela) y la correspondiente reforma ramificada del plan de estudios impulsada por los decanatos sucesivos de los catedráticos de Derecho público Andrade Labarca, Nectario, y La Roche, Humberto, de 1963 a 1971. *Adde*, la novísima reforma oriental de 1971, mencionada *infra*, nota 317.

No basta con preconizar una especialización ramificada de los estudios,<sup>285</sup> es menester una transformación no sólo de la materia sino *de la forma misma* de la enseñanza y de la investigación.

Precisamente porque tenemos dificultades financieras aparentemente insuperables, serán los estudiantes quienes tendrán que cumplir un papel —una vez más fundamental—<sup>286</sup> en esta renovación.<sup>287</sup>

La superación del curso magistral, que es sólo un elemento dentro del nuevo sistema de control continuo de aptitudes y conocimientos (C.C.A.C.), en las universidades francesas, desde 1969, permite explorar las posibilidades y límites de la directa participación estudiantil en la investigación, en la docencia misma. Fichas de lectura, resúmenes críticos de libros y artículos, expedientes de prensa, pequeños artículos sintéticos sobre el estado último de una cuestión, encuesta muy concreta en una administración pública, prolongaciones de actualidad de los temas tratados en el curso o en los seminarios, etc., tales son algunos de los elementos considerablemente creadores, no sólo para el estudiante sino para la cátedra misma, que configuran el perfil (la nota) final del candidato ahora exento de examen. Entendámonos con un ejemplo concreto. Antes, el estudiante memorizaba un manual —actualizado y prolongado por la versión de un curso— y era interrogado una única vez, al término del año, sobre toda una disciplina, pongamos, Ciencia Administrativa. Ahora, el estudio de manual y curso (sucesivos “sondeos” durante todo el año) apenas si cubre del 25 al 30% de los puntos en juego para la admisibilidad. El curso, el manual, sólo son punto de partida, paralelismo demarcador de grandes corrientes, respecto de las otras pruebas, continuas, que cosechan los dos tercios del puntaje, y aun los tres cuartos. *En primer lugar*, tendrá el estudiante que

---

285. “Su intensificación [de los trabajos prácticos] (...) es la llave del nuevo sistema francés, en forma más relevante, a nuestro entender, que la orientación ramificada”, indicábamos ya en nuestro estudio de 1956, citado en la nota anterior (Nº 4, p. 498). Remitiéndonos a la *docencia del derecho vivo* preconizada por el maestro Eduardo J. Couture, planteábamos la necesidad de una hora práctica semanal (son noventa minutos semanales en cada uno de los cursos básicos de licenciatura de París I para 1971-72) dedicada al estudio concreto de expedientes, documentos, instituciones.

286. Cfr. Cortiñas-Peláez, León, “La nouvelle structure administrative de l’Université en Uruguay: le cogouvernement des étudiants”, *Revue du droit public et de la science politique*, París, 1963, Nº 1, pp. 20-47.

287. Cfr. Honey, John C., *Toward Strategies for Public Administration Development in Latin America*, Syracuse University Press, Nueva York, 1968, p. 118, quien señala la necesidad de explorar dicha posibilidad.

leer un libro de ciencia administrativa en su lengua materna,<sup>288</sup> y escribir una ficha de lectura, crítica, de unas diez a quince páginas a máquina, doble espacio. *En segundo lugar*, no para la admisibilidad, pero sí para la nota superior a la media del puntaje, tendrá la opción de leer otro libro, en lengua extranjera,<sup>289</sup> y redactar una ficha de lectura, en su lengua materna, de otras diez a quince páginas. *En tercer lugar*, reuniendo —en equipo preferentemente con uno o dos compañeros—<sup>290</sup> todos los recortes de prensa, del primero al último día de clase, tener totalmente al día la discusión pública sobre un problema administrativo de actualidad,<sup>291</sup> en el marco nacional y, si es posible, en los países limítrofes y aun en las principales potencias mundiales,<sup>292</sup> redactando al término del curso, tras haber ordenado sistemáticamente dichos recortes, un “balance” del estado de la cuestión. *En cuarto lugar*, tenemos la resultante, científicamente ascendente, de la(s) ficha(s) de lectura y del expediente de prensa: la redacción (*dissertation*) y defensa —ante profesor y compañeros de clase— de un tema (*exposé*) que recubre —ampliándolos— las lecturas y/o expedientes de prensa de dos o tres alumnos, trabajo valorado tanto en su versión escrita (unas treinta páginas a máquina, doble espacio) como en su presentación oral. *Eventualmente*, por acuerdo con el profesor, pueden

- 
288. Por ejemplo, Fayol, H., *Administration industrielle et générale*, 1917 (2è. ed., Dunod, París, 1956), 174 pp., o Crozier, Michel, *Le phénomène bureaucratique* (ed. du Seuil, París, 1963), 413 pp., o el número especial de la rev. *Esprit* (Nouvelle série) sobre “L’administration”, París, janvier 1970, 197 pp.
289. Pongamos, alternativamente, o Morstein-Marx, Fritz, *Das Dilemma des Verwaltungsmannes* (ed. Duncker & Humblot, Berlin, 1965, 215 pp.), o March, James Gardner; Simon, Herbert Alexander y Guetzkoow, Harold, *Organizations* (ed. John Wiley and Sons, Nueva York, 1958, XII + 262 pp.), o de González-Casanova, Pablo, *La democracia en México* (3ª ed., Era S. A., México, 1969, 333 pp.), o Jaguaribe, Helio, *Desenvolvimiento económico o desenvolvimiento político* (ed. Fundo de Cultura, Río de Janeiro, 1962, 215 pp.), o Gramsci, Antonio, *Socialismo e Fascismo, L’ordine nuovo 1921-1922*, Turín, Einaudi, 1966, XVIII + 556 pp. como ejemplos de obras de interés en las principales lenguas europeas occidentales.
290. Se busca, de preferencia, que dominen distintas lenguas extranjeras, complementarias, para ampliar al máximo la visión fuera de fronteras.
291. Tales como, en la Francia contemporánea, *La Reforma Regional, La desconcentración de las empresas públicas fuera de París, La autonomía y el autofinanciamiento de las universidades luego de la Ley Edgar Faure de 1968, La administración consultiva, Las relaciones públicas en la Administración consultiva, La eficacia de la justicia administrativa, La Inspección de Finanzas, Los grupos de presión y la administración francesa*, etc., etc.
292. El interés no se limita a Europa Occidental y a los Estados Unidos del Norte. Existe un marcado vuelco hacia las realidades de China, Japón, India y la Unión Soviética, y, ahora, en el marco del Instituto Internacional de Administración Pública, por los problemas administrativos de los países en vía de subdesarrollo.



reemplazarse las fichas y aun el expediente de prensa por una investigación o encuesta, muy concreta, en una administración pública, cuya exposición sustituye igualmente a la *dissertation* y su *exposé*.

Estas cuatro series de pruebas corresponden a la licenciatura. Para el doctorado, en el marco de las llamadas *Direction d'études et de recherche* (D.E.R.), paralelas al curso monográfico correspondiente, es posible sustituir la totalidad de las pruebas parciales y el examen, por la redacción y defensa de una memoria (mínimo cien páginas, excluyendo anexos),<sup>293</sup>

---

293. Parece interesante señalar, a título meramente informativo, algunos de los temas tratados en los últimos años en cursos, seminarios y coloquios de nivel universitario. Entre ellos tenemos: *La administración de Lorena bajo el reino del rey Estanislao. La administración eclesiástica. La gestión de la empresa socialista. El programa de las Naciones Unidas en materia administrativa. El régimen administrativo de la información en los países socialistas. Algunos rasgos característicos de la administración polaca posterior a 1960. La formación del personal de la función pública. La utilización de las técnicas modernas de gestión empresarial ("management") en las administraciones de los países en vía de desarrollo. La informática en la Administración Pública francesa. Tendencias y medidas modernizadoras en el gobierno local británico. Los problemas de los recursos humanos en la función pública y su enfoque global. El enfoque de la Administración bajo el ángulo de la teoría general de los sistemas. El bosquejo de una teoría general de la ciencia administrativa en la obra de Luhmann. El Consejo de Estado. La Corte de Cuentas. La teoría cibernética de la acción administrativa. La policía de los abastecimientos en el Antiguo Régimen. Jacques Peuchet y la 'burocracia'. Charles-Jean Bonnin, precursor de la ciencia administrativa. Las cartas políticas de Charles Duveyrier y la Escuela de Administración, Alexandre-François Vivien (1799-1854): Contribución al estudio de un liberal autoritario. La política de subvenciones administrativas. El contralor de las finanzas comunales en Francia. Estudio sociológico de un centro de distribución postal. Análisis concreto de la jurisprudencia administrativa de un tribunal departamental, durante un año civil determinado. Los diputados funcionarios bajo la Monarquía de Julio. Grandes líneas de las reformas administrativas actualmente en ejecución. Los proyectos de reforma administrativa en Francia (durante un período concreto). El método experimental aplicado por la administración francesa a la reforma de sus servicios exteriores. El método experimental aplicado por la administración francesa a la implantación de las nuevas estructuras regionales. La reforma administrativa en los Estados Unidos del Norte. La misión coordinadora del Primer Ministro. La coordinación administrativa en materia económica y social. La coordinación administrativa en materia cultural y de enseñanza. Los servicios del Primer Ministro. Los servicios de la Presidencia de la República. La Secretaría General del Gobierno. Problemas de coordinación interministerial bajo la égida del Primer Ministro: los comités interministeriales. La coordinación funcional material. La coordinación funcional intelectual. La coordinación por anexión. Las fusiones de servicios administrativos. La publicidad y el secreto administrativo en Suecia. Burocracia y opinión pública. El Delegado Parlamentario en materia de defensa en la República Federal de Alemania. La posición de la Corte de Cuentas en la construcción organizativa del Poder Público. Problemas del control de las cuentas públicas mediante ordenadores electrónicos. Los límites del control jurisdiccional respecto de las decisiones valorativas*

considerada como el antecedente inmediato, y el más recomendable, de la tesis doctoral.

---

*de la administración. Posibilidades de racionalización en el proceso administrativo. El control interno de la Administración. Racionalización de la administración pública municipal. Métodos para una simplificación de la contabilidad municipal. Elementos de una administración aborrotativa y económica. La comunicación interadministrativa verbal. La clientela de una empresa pública. El lenguaje escrito de la Administración. Ventajas e inconvenientes (empíricamente considerados) de una codificación de la parte general del derecho administrativo. Consideración psicológica del procedimiento administrativo. La planificación a largo plazo de las inversiones municipales. El control de las inversiones extranjeras. La información administrativa como herramienta del mando administrativo. Las estadísticas en la práctica administrativa. La planificación de la política exterior. Racionalización y depuración del ordenamiento administrativo. La edición de un decreto. La edición de una circular. Cuestiones fundamentales de una reorganización del régimen presupuestario municipal. El precio de costo en los contratos administrativos. Centralización y descentralización de las adquisiciones. El Estado y los municipios como cocontratantes de la empresa privada. El archivo administrativo. Los formularios administrativos. La automatización en la Administración central. El enfoque jurídico de la automatización administrativa. Simplificación administrativa mediante mecanización. El planeamiento de los edificios destinados a oficinas administrativas. Los hombres en la Administración: táctica, clientela, conducción. La planificación del personal en la Administración. Valoración funcional y presupuestaria del cargo administrativo. Rendimiento y nivel de vida como fundamentos de una política salarial. El perfeccionamiento de los cuadros medios de la administración central y de las empresas públicas en la República Federal de Alemania. La formación del personal municipal. Formación jurídica o formación administrativa de los funcionarios. Métodos de selección del personal. La politización de la burocracia. Los funcionarios de particular confianza. La imagen del funcionario postal en sus conciudadanos. Funcionarios y empleados en la pirámide administrativa. Aplicabilidad de la ley de Parkinson a la administración nacional. La administración de la Administración. El jerarca, el mando y la organización administrativa. Los cometidos estatales deficitarios. Reordenación del territorio y autonomía municipal. La asociación de municipios. El fortalecimiento de la capacidad administrativa de los pequeños municipios. El equilibrio financiero de los municipios. La autoridad subordinada. La autoridad superior. El tamaño de las administraciones territoriales. El acceso al que manda. Cantidad y calidad en la política educacional. Los nuevos cometidos del Estado después de 1950. Los cometidos clásicos en la era atómica. Los sindicatos en el ordenamiento administrativo. Caducidad del modelo weberiano de la burocracia. Los monopolios de la administración económica. La dirección de la economía nacional. La redistribución administrativa del PNB. Tributos y cometidos estatales ante la opinión pública. Atribuciones administrativas de la segunda cámara legislativa. Subordinación y autonomía de la Administración ante el Poder político. La superioridad y el derecho de resistencia. Participación de comisiones parlamentarias en la ejecución presupuestaria. La teoría política de la tecnocracia. Democracia y burocracia. El taylorismo y la administración económica italiana. La doctrina angloamericana y sus insuficiencias ante la realidad administrativa continental europea. La tradición angloamericana y las perspectivas de los países en vía de desarrollo. La influencia de Lorenz von Stein (1815-1890). La reciente revaloración de las ciencias camérales. Ciencia administrativa o ciencias administrativas. Derecho administrativo y ciencias de la administración.*

Surge automáticamente de esta ordenación, ascendente, de las sucesivas investigaciones, cómo ellas determinan no sólo el crecimiento de los conocimientos del propio estudiante, sino el enriquecimiento de la cátedra o del instituto respectivo, y de todos y cada uno de sus docentes, en particular de aquel que ha "presidido" (*patroné*) la investigación, grande o pequeña, y que la incorpora, por derecho propio al "arsenal" de sus futuros cursos y publicaciones. Paradójicamente, el estudiante, guiado por sus profesores, multiplica los conocimientos y las posibilidades de investigación de éstos.<sup>294</sup>

Sin perjuicio de reconocer la dificultad en la delimitación estricta de los temas de ciencias políticas y de ciencias administrativas, debería tratarse en lo posible de deslindar los campos de las distintas cátedras, máxime partiendo de la base de que esta renovación metodológica es (deberá ser) general a todas las disciplinas enseñadas en nuestras universidades, y en nuestras Facultades de Derecho en particular.<sup>295</sup> Por ello, la apertura del abanico a la totalidad de los procesos gubernamentales parecería una invasión injustificada en el campo de disciplinas afines, pero diversas. La pluridisciplinaridad se facilita y profundiza en la medida en que se precise el tema, y no al contrario. Parece, en este sentido, muy atinado enriquecer constantemente el horizonte mediante la innovación y la experimentación, dejando ancho campo a las consideraciones de administración comparada.<sup>296</sup>

---

294. Piénsese solamente en la formidable documentación forjada por tres cuartos de siglo en la Fundación Nacional de Ciencias Políticas de París, "administrada" por setenta y seis documentalistas. La F.N.C.P. comprende más investigadores que docentes, y aquéllos no se hallan en diálogo directo con los estudiantes. Hay aquí sólo una posibilidad de deseable institucionalización —digna de meditación en América Latina. En efecto, la exagerada oposición entre docentes y estudiantes, que algunos pretendieron equivocadamente debería acentuarse con motivo de la Ley venezolana de Universidades de 1958, o la Ley Sayagués-Laso de la Universidad del Uruguay, no tendría sentido apenas ambos órdenes universitarios comprendieran su común responsabilidad científica, institucionalizada, a nivel de la investigación, ante la futura generación.

295. En sentido contrario, Honey, John C., *Public Administration Development in Latin America*, cit., *supra*, nuestra nota 287, p. 20, preconiza un objeto que nos parece excesivamente amplio, pues comprendería mucho más que el efectivo funcionamiento del "tipo ideal" de burocracia, abarcando la dirección de todos los programas gubernamentales, la actividad de todos los órganos legislativos, etc. Aun aceptando que la(s) ciencia(s) administrativa(s) sea(n) una articulación de la(s) ciencia(s) política(s), correspondería precisamente reservar dichos temas a éstas en sentido estricto.

296. Honey, *ibidem*, p. 4, y muy ampliamente respecto de la importancia del método comparativo, Molitor, Andrés, *Administración...*, cit., *supra*, nuestra nota 274, pp. 59-61.

Los esfuerzos futuros para desarrollar los sistemas de Administración Pública en América Latina deberán ser experimentales y pragmáticos,<sup>297</sup> y con este enfoque deberían igualmente plantearse las orientaciones de investigación y docencia universitarias. Pragmatismo no debe identificarse sin embargo con cinismo, como se desprendería de las posturas de ciertos administrativistas angloamericanos, que introducen sus enseñanzas —un poco demasiado en la línea del informe del enviado especial del Presidente de los Estados Unidos del Norte a América Latina en los años 1968-69— afirmando que “el caos puede existir bajo gobiernos popularmente electos tanto como el progreso puede existir bajo juntas militares y sistemas de partido único”.<sup>298</sup>

Sin perjuicio de volver sobre el tema, cabe una precisión inmediata.<sup>299</sup> Pocas afirmaciones revelan con tanta crudeza la indiferencia existente entre los metodólogos del imperio por el desarrollo integral <sup>300</sup> de América Latina.

Uno de los pretextos más reiterados en América Latina, para no preocuparse por la investigación, es la argüida inexistencia o pobreza de datos;<sup>301</sup> en verdad, el argumento prueba lo contrario de lo que pretende, pues precisamente sólo impulsando con disciplina y energía la investigación es como se irán clarificando problemas, delimitando vacíos de documentación y estadística, urgiendo fundadamente la destinación de los recursos de la comunidad a las necesidades así comprobadas. Lo que falta no es materia para ser investigada, sino vocaciones de investigador, forjadas desde los tiempos estudiantiles y cultivadas luego en institutos adecuadamente orientados y equipados. Hay aquí una preferencia intelectual por la búsqueda en bibliotecas por oposición a la búsqueda sobre el terreno, que define claramente nuestra raigambre cultural europea meridional, nuestra ajenidad respecto

---

297. Cf. Honey, *ibidem*, pp. 2, 4 y 32.

298. Honey, *ibidem*, p. 3.

299. Cfr. además, *infra*, N° 49 y ss.

300. En el sentido humanista del Decano Barrère, Alain, “Socialisation et développement”, en *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nota 250, su t. I, pp. 505 a 524. Desarrollo económico bruto (mera elevación de la renta *per capita*) sin desarrollo político y social, no es desarrollo, repetía mi maestro de París, el extinto Goetz-Girey, en sus cursos de “Economía social de los países de la comunidad económica europea”, 1961/62. Por otra parte, en la medida en que las dictaduras latinoamericanas son palancas de la “sucursalización” de nuestros países, la afirmación de Honey parece pecar de ignorancia, sea del concepto de progreso, sea de las condiciones concretas de la sociedad latinoamericana.

301. Cfr. Honey, cit., *supra*, nuestra nota 287, su p. 29.

de las ciencias experimentales cultivadas pioneramente en los países anglosajones, centro y noreuropeos.

Naturalmente que donde la Administración no está acostumbrada a ser investigada científicamente, todo intento en este sentido suscita desconfianza y provoca insólitas manifestaciones de un mal entendido "secreto administrativo". Más aún, es innegable que en algunos países latinoamericanos —ciertamente los más atrasados— es virtualmente imposible obtener siquiera un organigrama preciso de la estructura del gobierno nacional. Es comprensible por ello la inexistencia de registros y análisis respecto del volumen y composición de la burocracia; del número, naturaleza y atribuciones de las casi independientes empresas públicas; de las finalidades concretas de la acción pública, estatal, estadual, departamental o local; de la organización y funcionamiento de los órganos legislativos, de los partidos políticos, tribunales judiciales y administrativos.<sup>302</sup> Este estado de cosas significa una barrera —obviamente no infranqueable, pero sí desalentadora— para el investigador primerizo, que creía tenerlo todo al alcance de la mano, como si se hallara en alguna de las potencias dominantes. Para los investigadores latinoamericanos, el tener que forjar ellos mismos su instrumental informativo, con ser arduo y difícil, no significa otra cosa que abrazar en la modesta escala de su oficio, las dificultades que el resto de la población sufre a otros niveles. No es índice de imposibilidad sino urgimiento para una tarea, imprescindible e impostergable como tantas otras semejantes, en los países dominados y deformados por el impacto de las economías centrales.<sup>303</sup>

44.bb) *Insuficiencias y deformaciones del método jurídico tradicional.* La consideración científica de la Administración Pública puede invocar, como hemos dicho antes, dos grandes tradiciones en ciencias administrativas comparadas, la tradición continental europea y la tradición angloamericana reciente —inaugurada por un célebre artículo de Woodrow Wilson publicado a fines del siglo XIX. Nos ocuparemos ahora de la primera con algún detalle, haciéndolo con la segunda en próximo párrafo, de acuerdo al plan indicado de esta parte (*supra*, N° 39).

---

302. Cf. Honey, *ibidem*, pp. 27/28.

303. *Vid.*, sobre la dominación y la deformación operadas por las economías centrales, como factor decisivo para el surgimiento y la perpetuación del subdesarrollo, Bettelheim, Charles, *Planification et croissance accélérée*, ed. Maspero, París, 1965, y Jalée, Pierre, *L'impérialisme en 1970*, ed. Maspero, París, 1970, y del mismo autor, *Le pillage du Tiers Monde*, ed. Maspero, París, 1965, los tres *in totum*.

La tradición europea continental, que no suele remontarse sino en recientes estudios históricos a los cameralistas del siglo xviii,<sup>304</sup> se desarrolla particularmente luego de la caída del Antiguo Régimen, es decir, en el período inicial del capitalismo atómico o de pequeñas unidades, dominado por el liberalismo de la Revolución Francesa y sus epígonos. Se trata de un enfoque predominante libresco, teórico, sistemáticamente abstracto, que tiende a proclamar como un mérito el radical divorcio metodológico entre ciencias del espíritu y ciencias naturales. La máxima amplitud del horizonte tiende a cerrarse en las perspectivas históricas y filosóficas, deductivas, de la comprensión de las realidades sociales: sin que ello implique aceptar las exageraciones de la crítica positivista, fuerza es reconocer que una visión casi metafísica de la realidad cotidiana, se convierte en barrera para todo desarrollo de la pericia en la observación concreta de las cosas y evidencias empíricas.<sup>305</sup> Probablemente debido al rigor de los razonamientos exegéticos "en torre de marfil", por la exactitud aparentemente incuestionable que alcanzan los comentarios de las primeras codificaciones forjadas por la burguesía para asegurar el marco de su acción que pasa a ser dominante, las Facultades de Derecho se convierten en el semillero de la Administración liberal y de ellas egresan la mayoría de los futuros jefes administrativos. Dicha mentalidad escolástica, limitada casi a la glosa de los maestros, es transmitida a América Latina, mediante los rigores del mundo ibérico, sin encontrar entonces, en los contrapesos italiano<sup>306</sup> y francés,<sup>307</sup> una flexibilidad y concreción que sólo surgen con posterioridad,

304. *Supra*, nota 237, para la obra de Maier, Hans, *passim*.

305. Honey, cit., *supra*, nuestra nota 287, su p. 29.

306. En el siglo xix, la acción de una "ciencia de la administración social" sólo se va a desarrollar tardíamente en Italia, contemporáneamente con la transición del Estado liberal al Estado social. Cfr. Giura, D., *Introduzione allo studio della scienza dell'amministrazione*, Bolonia, 1895; Rava, L., *La scienza dell'amministrazione nelle sue origini italiane e nel suo più recente sviluppo*, Bolonia, 1895; ambos citados por Benvenuti, Feliciano, "Italien: Die Entwicklung in der Vergangenheit", en la obra dirigida por Morstein-Marx, cit., *supra*, nuestra nota 237, pp. 113 a 135, esp. 113-115.

Entre los primeros cultivadores italianos, citados igualmente por Benvenuti, *ibidem*, se destacaron: Ferraris, C.F., *Saggi di scienza dell'amministrazione di economia politica*, Turín, 1879; Wautrain Cavagnari, V., *Elementi di scienza dell'amministrazione*, Florencia, 1890; Garelli della Morea, *Saggio sulla scienza dell'amministrazione*, Turín, 1883; así como los artículos de Orlando, V.E., "Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione" (*Archivio giuridico*, 1887, p. 5 y ss.) y de Vacchelli, G., "La scienza dell'amministrazione come scienza autonoma" (*Archivio giuridico*, 1891, p. 33 y ss.).

307. Faltaba aún la sistematización creadora de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que iba a permitir a la doctrina con Hauriou, Maurice, y fundamentalmente en la síntesis solidarista de Duguit, León, superar la visión pura-

después de la Segunda Guerra Mundial, al ser estos últimos fuertemente influidos, al igual que los estudios administrativos en Alemania<sup>308</sup> por la arrolladora "instalación" de las técnicas angloamericanas. En verdad, la actual situación de los estudios administrativos en la casi unanimidad de las universidades latinoamericanas, no se diferencia mayormente del nivel existente en la Europa continental de los años treinta,<sup>309</sup> habiendo podido describírsela, sin crueldad, en los siguientes términos:

Buena parte de la literatura (legal) latinoamericana es estéril. Ella es naturalmente representativa del habitual estilo de análisis legal.<sup>310</sup> En ella encontramos artículo tras artículo en torno a la verdadera naturaleza de un concepto u otro, incluyendo polémicas que se continúan durante años, sin que ninguno de los participantes vaya más allá de las deducciones lógicas fundadas en los códigos o en los escritos de los grandes juristas... Los artículos escritos por estudiantes que usualmente ganan premios en concursos son generalmente de dicho tipo clásico.<sup>311</sup> Demuestran erudición (*scholarship*), es decir, familiaridad con los clásicos. La originalidad es premiada algunas

---

mente "defensiva" del derecho público, quebrando el estrecho y patológico horizonte del "acto administrativo ilegal", mediante las nociones de institución y servicio público, cuya perdurabilidad por encima de inacabables y ya tediosas polémicas doctrinarias es la mejor prueba de la vigencia de aquella renovación, para los primeros años del siglo XX especialmente. En verdad, ellos incorporaron al enfoque jurídico de la administración, una riqueza de contenidos que desbordó rápidamente todo juridicismo, en el cual tanto ha tendido a empantanarse cierta doctrina francesa posterior a la Segunda Guerra Mundial.

308. Cfr., por todos, Morstein-Marx, Fritz, *Die Bundesrepublik*, cit., *supra*, nuestra nota 237.
309. La apertura, en Francia por ejemplo, surge con la creación de la Escuela Nacional de Administración en 1945, y con la reforma ramificada de los estudios de Derecho instaurada por el decreto de 27 de marzo de 1954. Respecto de este último, cfr. Cortiñas-Peláez, *Algunas Facultades de Derecho europeas*, cit., *supra*, nuestra nota 284, sus pp. 483-494.
310. Preferimos no traducir el término inglés *legal* por jurídico, reservando este vocablo para una integración científica de las meras normas, por el jurista, con las conclusiones de otras disciplinas tales como las ciencias políticas y administrativas, la economía, las relaciones internacionales y las ciencias sociales en general. Un verdadero método de *ciencia jurídica*, no puede ignorar la ley fundamental de la unidad de los fenómenos sociales: en ello se la distingue de la mera técnica, y ello nos permite oponer al *jurista* respecto de los legistas egresados habitualmente de nuestras Facultades.
311. No estamos haciendo sino una crítica *inmanente* a nuestra realidad. Esta miseria de la "ciencia" jurídica latinoamericana vale también para anteriores trabajos nuestros. Así, Cortiñas-Peláez, León, "Estructura monitoria de la liquidación de créditos en la quiebra" (premiado en el Concurso de 1957 de la *Revista del Centro Estudiantes de Derecho*, t. XIX, pp. 725-762, Montevideo, 1958).

veces, pero se trata de una clase estilizada y conceptual de originalidad, la habilidad en realizar nuevas deducciones de las fuentes antiguas.<sup>312</sup>

La ya apuntada tendencia retórica, inconducente, verbalista, de la enseñanza del Derecho en la tradición europea del siglo XIX no brilla por ello menos mediante sus aparentes oropeles: casi ninguna Facultad lo es sólo de Derecho sino "y de Ciencias Sociales"<sup>313</sup> o "y de Ciencias Políticas",<sup>314</sup> pero en verdad sólo se trata de un "homenaje a la virtud". En efecto, de un total próximo a las treinta asignaturas, rara vez las asignaturas no-jurídicas llegan a cinco, muchas veces se trata sólo de un barniz limitado a una o dos materias, que bien podrían haberse incluido al final del segundo ciclo secundario.

No podemos hacernos todavía ilusiones con los muy leves cambios, en general puramente formales, que se han formulado recientemente en algunas Facultades aisladas. Los sectores dominantes de nuestras sociedades externa e internamente deformadas prefieren tener que habérselas con abogados expertos en derecho privado, y no con buenos conocedores de las estructuras y metas del Estado. Para ellos y para sus descendientes siguen estructurándose rígidamente los planes de estudio, prácticamente ignorantes de una participación seria en la formación de futuros servidores públicos. El derecho administrativo y el derecho constitucional, las bases legales de elementos tan importantes en la "aceleración evolutiva"<sup>315</sup> como son la reforma agraria o el desarrollo urbano, el estímulo del desarrollo industrial, la temática del derecho comunitario en formación, o no tienen lugar alguno, o lo tienen subordinado y casi arrinconado.<sup>316</sup> El impacto de la ley y de su ejecución administrativa en el ciudadano, y, en consecuencia, las actitudes

---

312. Cf. Karst, Kenneth, L., en Wagley, Charles (Editor), *Social Science Research in Latin America*, ed. Columbia University Press, New York, 1964, su p. 295, cit. por Honey, cit., *supra*, nuestra nota 287, su p. 30.

313. Así la de Montevideo. Hasta en la asamblea estudiantil que por primera vez propuso, en los años cincuenta, la incorporación de Ciencia Política al plan de estudios, el desinterés y la resistencia —aun entre dirigentes maduros— se manifestó en una magra afirmativa por diez contra nueve (1955). La cátedra recién pudo inaugurarse en 1963. Junto a Sociología y Economía Política, eran las únicas "ciencias sociales" del *pensum*, puramente normativo, antes de la reforma de 1971 (cfr. *infra*, nota 317).

314. Himes, James R., *Perú*, referido a las universidades de este país; en Honey, cit., *supra*, nuestra nota 287, su p. 144.

315. En el sentido de Ribeiro, cit., *supra*, nota 261.

316. Las últimas disciplinas no se enseñan. Las primeras, sumadas, apenas si equivalen al total de estudios de derecho civil. El individualismo de éste, su mentalidad exegética, forjan al futuro "hombre de Derecho".



de éste hacia el gobierno y las administraciones especializadas, son cosa remota respecto de los estudios legales.<sup>317</sup>

En todas nuestras universidades, un símbolo de su incapacidad congénita para transformar el entorno está dado por la abrumadora mayoría de los estudiantes de derecho respecto de las otras disciplinas,<sup>318</sup> y en particular respecto de economía, administración pública y ciencias sociales en general. Sin temor a la generalización <sup>319</sup> puede decirse que las Facultades de Derecho latinoamericanas son tradicionalmente las escuelas de la élite de la clase gobernante, y que la experiencia de la vida en las Facultades de Derecho es precedente relevante del gobierno futuro de nuestros países, siempre tendente a evadirse de los problemas reales, refugiándose en la resolución de cuestiones secundarias para la marcha de la comunidad. En efecto, la contribución de los juristas a una transformación radical de la realidad latinoamericana ha sido siempre casi nula.<sup>320</sup> La norma es más un instrumento del *statu quo* que un factor de cambio, y quienes se preocupan por la motorización de una transformación o por la administración de una reforma no se esfuerzan por encontrar al jurista, sino que se afanan por eludirlo.<sup>321</sup>

---

317. En la indicada "batalla" (1955) para incorporar Ciencia Política al plan de estudios de Montevideo, se fracasó en la inclusión de un segundo año de Sociología, dedicado a la Sociología nacional. Naturalmente, constitucionalistas y administrativas se desentienden. Así, el estudio del contencioso-administrativo, por ejemplo, se detiene prácticamente en la decisión anulatoria y poco o nada versa sobre su ejecución efectiva y ulterior respeto por la Administración activa. Igualmente se despreocupa por el acceso efectivo del administrado a la justicia administrativa (cfr. Braibant, Guy, "Conditions d'efficacité de la juridiction administrative", en *Homenaje a Sayagués-Laso* [Uruguay], cit., *supra*, nuestra nota 250, su t. V, pp. 875-893, esp. p. 879 y ss.). Adde, del mismo Braibant, su curso multigráfico de *Droit administratif*, I.E.P. (Amicale des élèves), 1971-72, capítulo final.

Estando en pruebas este trabajo, nos llega el nuevo plan de estudios (1971) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Intentando quebrar con el juridicismo tradicional, se crea un primer año (Ciclo Básico), obligatorio, constituido *exclusivamente* por disciplinas no-normativas. Ellas son: Ciencia Política, Historia de las Ideas, Sociología y Economía Política. Es un paso importante. ¿Bastará para cambiar el juridicismo *inmanente* de la pedagogía de los cuatro años posteriores, puramente normativos?

318. Cfr., por ej., *Anuarios Estadísticos do Brasil*, cit. por Bell, Peter D., "Brazil", en Honey, cit., *supra*, nuestra nota 287, p. 105.

319. A partir de afirmaciones del mismo Bell, comprobadas para Brasil.

320. Permitásenos rectificar así las afirmaciones idealistas, ingenuas, contenidas (respecto del papel de los estudiantes de Derecho y abogados en la transformación de la República Oriental) en Cortiñas-Peláez, León, *La Nouvelle*, cit., *supra*, nuestra nota 286, sus Nos. 4 y 29 (8°).

321. Bell, cit., *supra*, nuestra nota 318, *ibidem*.

Buena parte de la reciente legislación reformista en América Latina (reforma agraria, reforma bancaria, reforma fiscal, hasta reformas constitucionales) ha sido redactada por economistas o aun ingenieros, y no por legistas. El estanciero-abogado (*fazendeiro-advogado*), cuya mentalidad dominara por décadas nuestra sociedad tradicional, es incapaz de forjar las renovaciones legislativas o administrativas exigidas por la liberación y el desarrollo en América Latina.<sup>322</sup>

Con excepciones honrosas que hemos intentado enunciar antes,<sup>323</sup> los profesores de Derecho aparecen totalmente ajenos a los cambios, aun constitucionales, hasta que ellos están consumados. Es como si estuvieran sólo interesados en el derecho escrito en caracteres góticos (*black-letter law*). Se ha llegado a pensar que nuestros profesores buscan la cátedra como coronación del prestigio ganado en el foro y en la vida pública;<sup>324</sup> pero todos sabemos que esta ingenua creencia, de extranjeros, es todavía demasiado amable, pues el procedimiento opuesto es abrumadoramente mayoritario, se "utiliza" a la cátedra, y se la abandona cuando las auténticas responsabilidades de un maestro (la forja de una generación de discípulos) surgen, para irse al bufete o a algún cargo público, nacional o internacional. Por su parte, los estudiantes <sup>325</sup> que rara vez lo son a tiempo completo, siguen las clases, apurada y distraídamente, cuando asisten. Al término del año académico, suelen memorizar apuntes de nivel no siempre elevado, que muchas veces no han sido adecuadamente controlados por los catedráticos. Los graduados en Derecho son considerados gente "culto", por haber frecuentado su Facultad, pero menos del veinte por ciento ejerce alguna vez la profesión.<sup>326</sup>

La paradoja que caracteriza a las Facultades de Derecho es un extendido fenómeno en América Latina: en efecto, ellas se nos presentan exteriormente como instituciones antiguas y venerables, de incuestionable solidez, cuando en verdad, interiormente, todos sabemos que carecen de solidez institucional.<sup>327</sup> El problema no radica en intereses creados en el mantenimiento de las Facultades tal cuales son, sino en la ausencia absoluta de todo interés institucional —salvo quizá el de los dirigentes del movimiento

322. Cfr. Bell, *ibidem* y p. 106.

323. Cfr. *supra*, bibliografía cit. en nuestra nota 275.

324. Así lo afirma Bell, *ibidem*.

325. Excluyendo a quienes militan activamente en la actividad sindical.

326. Cf., para Brasil, Bell, *ibidem*.

327. Bell, *ibidem*.

estudiantil—. Estos aparentes bastiones del conservatismo son casi trémulos espejismos, con las idas y venidas de profesores y estudiantes. El "tradicionalismo" de las Facultades se debe, de hecho, quizás más a un fallo que a un propósito. Profesores y estudiantes en constante vaivén profesional carecen del tiempo, de la energía o de otros recursos, para encarar las necesidades y reformas de enfoque y de organización de estudios. Su lucha no pretende cambiar algo sino que todo siga como está, y ellos centrados en otras preocupaciones que más les interesan.<sup>328</sup>

45.bb) *Continuación: concentración de esta insuficiencia y deformación.* La consideración puramente "jurídica" (*normativa*, queremos decir) de la Administración deforma, por su excesiva abstracción, los fenómenos estudiados; suele verse privada de una adaptación concreta a las técnicas de organización y programación mediante ordenadores; y termina, configurando la ajenidad de su objeto, un objeto meramente "ideal" con respecto a los objetos "reales" que dice estudiar.

En primer lugar, existen patrones culturales del mundo anglosajón, cuya ausencia marca las investigaciones intentadas en América Latina. La esencia deductiva, dogmática-racionalista, del mundo jurídico romano-germánico, se ha presentado tradicionalmente como divergente, cuando no en las antípodas, de la postura inductiva, realista y empírica, del mundo de la *common law*. El pragmatismo de los centros de investigación anglosajones, financiados y concebidos como instrumentos de precisión de las sucesivas políticas gubernamentales, poco tiene en común con el enfoque, reformista y aun revolucionario, de las universidades latinoamericanas, cuya actividad no suele verse confrontada a la inmediatez de la experiencia sino en muy reducida escala. Pueden señalarse hoy esfuerzos aislados para aproximar la experiencia cotidiana a las racionalizaciones universitarias,<sup>329</sup>

328. *Ibidem.*

329. A la *Clinica Jurídica* (atención de casos prácticos, como pasantes, por estudiantes de Práctica Forense, en el último año de la carrera, en la Facultad de Derecho de Montevideo) nunca la acompañó una *Clinica Administrativa* a pesar de tratarse del país más burocratizado de América Latina. No conocemos una sola monografía empírica de ciencia administrativa en la República Oriental, y casi no las hay teóricas. Dicho panorama es general en América Latina, salvo recientes estudios (cfr. *Administración Pública y desarrollo*, obra colectiva cit., *supra*, nuestra nota 255), debiéndose anotar la inquietud por dicho vacío, plasmada por recientes centros de alcance supranacional, tales como el Instituto Centroamericano de Administración Pública (San José), la Escuela de Ciencias Políticas y Administrativas de la FLACSO (Santiago) y el Instituto Interamericano de Administración Pública (Río de Janeiro). Cfr. para Brasil, Bell, *ibidem*, pp. 89-110. Cfr. *infra*, las reservas de los autores de la nota 348.

para concretar una alternativa válida a las opciones políticas de los gobiernos. Pero el lastre de siglos de teoría pura dificulta, en todos nosotros, la asunción plena de las dificultades de las ciencias sociales aplicadas, de la investigación de campo, por ejemplo, llegándose, en este temor a la confrontación directa con la vida de la calle, a extremos sorprendentes.<sup>330</sup>

En segundo lugar, una forma sutil de vanidad, la creencia de que el jurista es el especialista de una "ciencia noble", lleva no sólo a no preocuparse por buscar personalmente ciertas constantes de la vida administrativa concreta, sino a ni siquiera tener la humildad elemental de manejar las conclusiones (sociológicas, económicas, políticas e históricas) establecidas por otras disciplinas aplicadas al mismo objeto.<sup>331</sup>

La imposibilidad radica no sólo en nuestras Facultades de Derecho, sino quizá, como se ha señalado con acierto,<sup>332</sup> en el sistema total de nuestra enseñanza, concebida para mantener el equilibrio descendente de *una sociedad deformada por la "actualización histórica"*<sup>333</sup> e incapacitada así de siquiera concebir los difíciles caminos de una "aceleración evolutiva".<sup>334</sup> Nuestros estudios de ciencias sociales sólo se inician, como autodidactas, por quienes han terminado una carrera de Derecho en la cual casi no se habló de

---

330. En una Facultad de Derecho, su Instituto de Ciencias Sociales prefirió especular con una encuesta sobre la estratificación social del alumnado universitario, en lugar de estudiar otras realidades nacionales de mayor interés general. La Universidad aparecía así financiada con fondos públicos para estudiarse a sí misma. Claro que ello significaba un progreso respecto de la mera sistematización libresca tradicional, de encuestas extranjeras sobre temas extranjeros.

331. Un reconocimiento ejemplar de esta incompetencia de los juristas en materias no-normativas, lo formula Nieto-García, cit., *supra*, notas 151 y 275, en su p. 31, aludiendo a la necesidad de atenerse a monografías generales de confianza, desgraciadamente inexistentes en España, para la materia económica. Otro tanto cabría decir de América Latina.

332. Prats, Juan, *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1970, N° 63, p. 416 (en su recensión a un libro de Lasso de la Vega sobre informática aplicada al Derecho).

333. *La actualización histórica* se opone antropológicamente a la *aceleración evolutiva*. Enfrentados al proceso civilizatorio, los pueblos pueden incorporarse a él, sea cediendo a la presión externa y sometándose paralelamente a los valores de una potencia dominante que los reduce a la categoría de proletariado externo (así sucedió con Indoamérica, víctima de la conquista operada por España y Portugal, así acaece con los pueblos africanos y árabes ante la expansión europea), sea adoptando técnicas de potencias más avanzadas, pero sin mengua de su autenticidad autóctona, de su autonomía étnica, cultural y política (así, Alemania e Italia en el siglo XIX, Japón y China Popular en el siglo XX). Cfr. la estupenda obra de Ribeiro, Darcy, *Propuestas acerca del subdesarrollo*, ed. Arca, Montevideo, 1970 (trad. francesa, ed. du Cerf, París, 1970, *L'enfantement des peuples*, p. 50).

334. Ribeiro, Darcy, *ibidem*.

aquéllas. La estructura misma de los estudios parece marcar los compartimientos estancos entre dos o tres "ciencias sociales" y el Derecho —que así nunca es considerado como una de ellas—. De la misma manera que el estudio del derecho público internacional ignora todo de las relaciones internacionales que lo fundan y le dan sentido, nuestras escasas nociones de "derecho administrativo económico" se superponen a un conocimiento vulgar de economía y de matemáticas, inconsistente para aportar una comprensión en profundidad de los fenómenos que las normas sólo dibujan en su parte emergente. En efecto, nuestros conocimientos básicos, al respecto, se semejan a la visión que tenemos de la parte oculta de un ténpano gigante. Ignoramos la realidad y creemos conocerla, la "regimos", la "normamos". Nuestra enseñanza responde al ideal del hombre conservador en la cultura de las sociedades preindustriales, cree moverse en los tiempos de la carreta y de la diligencia. No comprende que la integración latinoamericana, ejecutada por administraciones públicas que se extienden desde la Ciudad de México a Montevideo (para tomar las dos latitudes más alejadas) exige otro ritmo, otras herramientas, de conocimiento teórico y de síntesis práctica. La aplicación, eficaz y hasta revolucionaria en el campo del Derecho que tienen ya los procedimientos electrónicos en marcha,<sup>335</sup> es ignorada por obra de una formación que ha sido justamente calificada de viciosa en breve pero magistral recensión,<sup>336</sup> afirmándose con razón:

"[...nuestras Facultades de Derecho tradicionales] de las que han salido y salen todavía —en el mejor de los casos— fieles intérpretes de las leyes positivas, ignorantes del contexto en que éstas se producen, de los intereses a que responden y de los valores que encarnan. De este modo, incapacitado para una reflexión axiológica de base científica —es decir, fundada en el conocimiento de las potencialidades presentes— e ignorante de las posibilidades y complejidades técnicas del proceso productivo actual, el jurista se limitará a contribuir a la puesta en marcha del Derecho positivo, o sea, de un determinado orden de relaciones sociales, convirtiéndose así en un engranaje más del mecanismo de conservación del sistema establecido. Y si bien es cierto que esta situación —la tradicional— ha comenzado a cambiar, no lo es menos —[...]— que su cambio se debe al proceso general de intensa transformación social actual, y en ningún modo a una modificación de la actitud de nuestras Facultades, que siguen respondiendo estructuralmente al modelo tradicional.<sup>337</sup>

---

335. Cfr. Lasso de la Vega, Javier, *La documentación y la electrónica en el campo del Derecho. Una revolución*, Ed. Dirección General de Archivos y Bibliotecas, Madrid, 1969.

336. Prats, Juan, recensión cit., *supra*, nota 332, su p. 415.

337. Prats, Juan, *ibidem*.

En tercer lugar, la limitación del horizonte administrativo captado por el método "jurídico" se ve en nuestros días acentuada por la fuerte especialización de toda una serie de disciplinas científicas conexas, cuyo objeto también es la Administración, y, cuya mera existencia revela la inexactitud del papel dominante asignado tradicionalmente al derecho administrativo y a los "juristas", en el estudio y organización del hecho administrativo.<sup>338</sup> Enfocada así en sus repercusiones concretas, la ciencia jurídica se nos presenta sociológicamente convertida en una doctrina del derecho positivo, encogida en los estrechos objetivos de su interpretación y de su armonización conceptual y dogmática.<sup>339</sup> Este enfoque aparece así tan desfasado con relación al objeto, que se llega incluso a sostener la incapacidad mental de los "juristas" para adaptarse a dichos esquemas cognoscitivos complementarios.<sup>340</sup>

46.B) *El empirismo angloamericano.* La limitación e insuficiencia apuntadas del enfoque jurídico tradicional se agudizan cuando, a la inadecuación "espacial" del enfoque se agrega una inadecuación "temporal": el carácter estático del ya parcial enfoque "jurídico" pone su desfase cruelmente de manifiesto cuando nos hallamos ante organizaciones sociales como las latinoamericanas, donde no sólo cambian metas y entorno, sino que, de principio, la transformación de éstos se erige en objetivo esencial de una ciencia administrativa ante los imperativos de liberación y desarrollo.

La comprensión del cambio y de sus metas, la incorporación de informaciones psicológicas, sociológicas y económicas, por ejemplo, tendentes a clarificar una investigación estratégica del comportamiento administrativo,<sup>341</sup> no sólo se presenta como incompatible con el juridicismo continental, sino que se acuerda difícilmente con los modelos del estructuralismo funcionalista,<sup>342</sup> cuya estabilidad normativa (*pattern maintenance*) presupone un

---

338. Cf. Luhmann, Niklas, *Theorie der Verwaltungswissenschaft: Bestandsaufnahme und Entwurf*, ed. Grote, Colonia y Berlín, 1966, p. 11.

339. Luhmann, *ibidem*, p. 13.

340. Luhmann, *ibidem*, p. 14.

341. Jacobsen, Knut Dahl, "Die skandinavischen Länder: Dänemark, Norwegen und Schweden. Eigenständigkeit der Verwaltungswissenschaft?", en Morstein-Marx, cit., *supra*, nuestra nota 237, p. 102.

342. Doctrina de cuño angloamericano cuyo jefe de fila, parcialmente inédito aun, es el sociólogo Parsons, Talcott, *Structure and Process in Modern Society*. Ed. Glencoe (Illinois), Free Press, 1960, quien se ubica como continuador de Max Weber al que reputa como teórico "sistémico": cf. igualmente del mismo Parsons, Talcott, *The Structure of Social Action*, 2ª ed., Glencoe, Free Press, 1949, p. 640 y ss. La enorme irradiación de Parsons hace difícil, en un trabajo como éste, una evaluación de su tan reciente pensamiento. Una matización

valor de equilibrio constante en el seno de la estructura social y política vigente.<sup>343</sup>

Respecto de esta aportación de las ciencias angloamericanas, veremos sucesivamente a continuación, el contraste entre los postulados del estructuralismo funcionalista y la relevancia política del fenómeno administrativo (*a*) y las insuficiencias del llamado economismo administrativo (*b*), para detenernos algo más en la ideología subyacente a la tradición angloamericana no sólo de las ciencias administrativas (*c*), sino de las ciencias sociales en general. Estas implican, en efecto, un marcado desconocimiento del entorno humano y cultural de la Administración (*aa*), que las lleva a caricaturizar —o a mitologizar— el universo internacional y las sociedades nacionales mediante esquemas dualistas (*bb*), suma de omisiones y de errores que las convierten, sin una oportuna matización crítica, en una metodología subdesarrollante (*cc*).

47.a) *El estructuralismo funcionalista y la relevancia política del fenómeno administrativo.* En cierta medida, el *estructuralismo funcionalista* es a la sociología, al hecho administrativo y a las relaciones internacionales, lo que la teoría pura de Viena al Derecho, *la ocultación de la mitad del universo relevante*,<sup>344</sup> mediante una abstracción tendente a evitar los contenidos políticos de toda ciencia social. En efecto, incluso en el último estadio del pensamiento de sus fundadores, en que tratan de incorporar la noción de cambio al análisis "sistémico",<sup>345</sup> el postulado del equilibrio se mantiene, y podría pensarse que quien dice equilibrio dice automáticamente rechazo

---

virtual de sus conclusiones sobre Weber nos parece ser aportada por Dronberger, Ilse, *The Political Thought of Max Weber (in Quest of Statesmanship)*, Foreword por Presthus, Robert, Nueva York, ed. Appleton-Century-Crofts, 1971.

Una natural prolongación, paralela en el tiempo, del pensamiento parsoniano en materia administrativa, nos la brinda Merton, Robert K., en sus estudios "Bureaucratic Structure and Personality" (1940) y "The Role of the Intellectual in Public Bureaucracy" (1945), ambos reimprimos en la 2ª ed. de su *Social Theory and Social Structure*, Glencoe (Illinois), Free Press, 1957.

Sin entrar en este lugar al debate en sus detalles, nos remitimos a la virulenta crítica de Mills, C. Wright, *Imagination sociologique*, París, ed. Maspero, 1968. Hay trad. castellana, ed. Fondo de Cultura Económica, México (*La imaginación sociológica*), 240 pp., 1970.

343. Cf. la breve pero terminante refutación de Gonidec, Pierre-François, *Institutions internationales*, cit., *supra*, nuestra nota 242, su p. 7.
344. Cf. Ilchman, Warren F., "The Challenge of Economic Development to Public Administration: A Note", en *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nuestra nota 250, t. IV, pp. 177-189.
345. Excútese el barbarismo, tendente a evitar "sistemático", usualmente dotado de otro sentido.

del cambio; en todo caso, el cambio, si lo hay, es considerado como un movimiento que oscila en torno a una posición de equilibrio, como una especie de accidente en la vida normal de un "sistema", un fenómeno patológico al que es menester remediar para salvaguardar la existencia y la integridad del "sistema". Por otra parte, los funcionalistas limitan su estudio a los cambios "intrasistémicos", a los que se manifiestan en el marco del "sistema" existente. Ello implica la exclusión de toda transformación, aun evolutiva, del sistema social en cuanto "sistema". Aunque habitualmente no se tenga mayor conciencia de esta ambigüedad del estructuralismo funcionalista, estas sumarias precisiones permiten comprender su naturaleza conservadora.<sup>346</sup> Por ello, debe considerarse con natural reticencia toda interpretación global del fenómeno administrativo que se limite a trasladar la técnica de dichos modelos a las ciencias administrativas.<sup>347</sup>

48.b) *El economismo administrativo.* Igualmente reticente es la acogida que nos merece la concepción puramente económica de la Administración, en cuanto dicha unilateralidad, centrada exclusivamente en la productividad, en la mera eficiencia (entendida como la relación matemática de insumos y producto), tiende demasiado fácilmente a descuidar la totalidad del fenómeno, su unidad, centrada en el Hombre, que también requiere participación pensante en la decisión y una transformación *real* en la distribución. La asepsia axiológica, típica de esta concepción angloamericana y fatalmente imitada<sup>348</sup> por la inmensa mayoría de los autores fuera de la economía central dominante,<sup>349</sup> no puede sino llevar a la

---

346. Cf. Gonidec, *Institutions internationales*, cit., *supra*, nuestra nota 242, su p. 7.

347. Tal es la de Parsons, Talcott, en general, particularizada en su artículo "A Sociological Approach to The Theory of Organizations", en *Administrative Science Quarterly*, Nueva York, 1 (1956), pp. 63-85 y 225-239, y en el estudio "Some Ingredients of a General Theory of Formal Organization", reimpreso en su *Structure and Process*, cit., *supra*, nota 342.

348. Podríamos decir, *singée*, en el simiesco sentido de la lengua francesa. Para una valoración auténticamente *latinoamericana* de los peligros de estas derivaciones de la sociología angloamericana, *vid.* Frank, André Gunder, *Sociología del desarrollo y subdesarrollo de la sociología*; Real de Azúa, Carlos, *Elites y desarrollo en América Latina*; y González-Casanova, Pablo, "La nueva sociología y la crisis de América Latina"; los tres recopilados bajo el título *La sociología subdesarrollante*, cuadernos Nos. 6-7 de la ed. Aportes, Montevideo, 1969, 198 pp.

349. La dominación está ya tan centralizada que, sin perjuicio de considerar seriamente su superficial resquebrajamiento en la crisis monetaria que opone a la Comunidad de los Diez contra los Estados Unidos del Norte, nos parece clara su manifestación —con variados matices— en la mayoría de las más relevantes contribuciones europeas recientes a las ciencias administrativas, más arriba citadas, tales como los trabajos de Langrod, Luhmann y Morstein-



agravación del desequilibrio, dado que *es precisamente el desequilibrio la ley suprema de toda estructura social*, si se la deja librada a sus reflejos automáticos y no se busca contrarrestarlos, orientándolos y aun quebrándolos mediante la acción coherente del Estado en lo nacional,<sup>350</sup> de la comunidad planetaria en vías de organización<sup>351</sup> en la vida internacional.<sup>352</sup>

Se ha incurrido tan reiteradamente en los últimos años en una despiadada crítica del juridicismo romano-germánico respecto de la Administración, que nos parece imperdonable olvidar que, curiosamente, idénticas conclusiones esterilizantes para la acción se derivan de los "modelos" de la sociología<sup>353</sup> y aun de la ciencia administrativa angloamericana.<sup>354</sup> En verdad, si la crítica del formalismo juricista y del normativismo positivista puede sintetizarse en su complicidad con una determinada estructura económica y social<sup>355</sup> que se estudia como si fuera inmanente al entorno

---

Marx. Hacen excepción, tanto el alemán Maier (quizá por su sólida formación histórica) como el belga Molitor (por su equilibrado humanismo, difícil de "dominar" por mentalidades tecnocráticas).

350. Cfr., por todos, los trabajos de François Perroux y de Gunnar Myrdal. De éste, en particular, los citados *supra*, nuestra nota 253.
351. Como ejemplos de esta organización planetaria en tímida formación, que realmente tiene en cuenta al Tercer Mundo, recuérdese a la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) y a la Organización de los Países Exportadores de Petróleo (OPEP) Cfr., respectivamente: El-Naggar Saïd, "The UNCTAD", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, La Haya, t. 128 (1969, III), pp. 245-345; y El-Sayed, Mustafá, *L'organisation des pays exportateurs de pétrole*, París, ed. L.G.D.J., 1967, 219 pp.
352. Sobre las tendencias hacia un dirigismo a escala planetaria, *vid.* Colliard, Claude-Albert, "Sur l'organisation internationale du commerce", *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nuestra nota 250, t. II, pp. 333-362.
353. Así, particularmente, de los sociólogos nucleados en el *Research Center in Economic Development and Cultural Change*, tales como Hoselitz, Bert F.; el citado Parsons; Levy, Marion; Moore, Wilbert; Feldman, David; Lerner, Daniel; Haggen, Everett; McClelland, David y Kunkel, John H. De ellos se ocupa con demolidor detalle, Frank, André Gunder, cit., *supra* nuestra nota 348, a quien seguimos, en general, en este desarrollo. Su monografía se puede consultar igualmente en su recopilación posterior, *Le développement du sous-développement: l'Amérique Latine*, ed. Maspero, París, 1970, 376 pp., de la que constituye el primer capítulo (pp. 17-83).
354. Cfr. Ilchman, Warren F., cit. *supra*, nuestra nota 344 y, más ampliamente, su monografía, de ambiguo título en colaboración con Norman Thomas Uphoff: *The Political Economy of Change*, ed. University of California Press, Berkeley-Los Angeles-Londres, 1971, 316 pp., que se presenta como una "protesta contra el fracaso, de los especialistas de ciencias sociales no-económicas, en la superación de las tipologías y análisis *ex-post facto* y en la fijación de sus estudios en la ejecución y el mejoramiento de los cometidos estatales" (p. viii).
355. *Vid. supra*, Nos. 8 y ss.

social, ello quiere decir que nuestra crítica exige la consideración del Derecho como ciencia social.<sup>356</sup> Pues bien: la crítica de las ciencias sociales (y, por ende, de las ciencias administrativas) difundidas por los especialistas angloamericanos, acusa a éstos, igualmente, de una deformación ideológica de la realidad.

49.c) *La ideología de la ciencia administrativa angloamericana.* En la doctrina administrativa forjada por la Universidad Central de Venezuela<sup>357</sup> se ha puntualizado recientemente, con acierto, que la cadencia histórica del desarrollismo importado de cuño angloamericano<sup>358</sup> nos es inaplicable, por su marcado desfase social y aun histórico. La refutación merece que nos detengamos un instante, para acentuar la falsedad empírica y la inexactitud teórica del “desarrollismo”, virtual substrato de toda la pregonada “Administración para el Desarrollo”. En efecto, supone una visión unilateral y parcializada de la Administración Pública, enfrentada a una acción humanamente desvirtuada.

Las ciencias sociales angloamericanas, y en especial su sociología subyacente en todo enfoque administrativo, se fundan en insuficiencias metodológicas y en postulados probadamente falsos.<sup>359</sup>

50.aa) *El olvido del entorno humano y cultural de la Administración.* La Administración, en cuanto instrumento institucional de la comunidad organizada para la promoción del Hombre en sociedad, no es una realidad puramente abstracta, reductible a un “tipo ideal” que desconozca totalmente la sociedad concreta, a la cual le compete servir mediante una actividad prestacional multiforme. La Administración no es la misma en todas las latitudes, porque la sociedad tampoco lo es y porque el Hombre abstracto se concreta en el hombre *hic et nunc*, el latinoamericano en nuestro caso, que es bastante diferente del angloamericano por un complejo proceso histórico cultural al cual aquí sólo podemos aludir.<sup>360</sup> Los “modelos”, por cuantificados que sean, no bastan: la Administración no es una realidad en sí, sino una realidad *para*. La intencionalidad, la teleología de su acción,

356. *Vid. supra*, Nos. 9 a 11.

357. Brewer-Carías, Allan-Randolph, *Prólogo cit. supra*, nuestra nota 275, su p. 7.

358. En particular, la científicamente tan hueca y propagandísticamente tan inflada de Rostow, Walt Whitman, *The Stages of Economic Growth, A Non-Communist Manifesto*, ed. Cambridge University Press, 1962.

359. Cf. Frank, Real de Azúa y González-Casanova, *La sociología subdesarrollante*, cit., *supra*, nuestra nota 348, *in totum*.

360. Cfr. ampliamente, Ribeiro, Darcy, *Las Américas y la Civilización*, ed. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 3 vols., 800 pp. en 12º, 1969-1970.

dan sentido a su existencia. La asepsia axiológica en la consideración científica de la Administración,<sup>361</sup> lleva a la construcción de *una ciencia administrativa sin administrados*, a una Administración que los objetiviza, olvidando que son ciudadanos de una República. Esta insuficiencia general, bastaría, aun en los Estados Unidos del Norte, para fundamentar extensas reservas a semejante método científico. Estas reservas son mucho más graves, tratándose de la Administración en países en vía de subdesarrollo, puesto que las ciencias sociales angloamericanas parten de una observación incorrecta, de una apreciación desvirtuadora.

51.bb) *El mito dualista de la Administración desarrollista*. No es correcto analizar separadamente, en forma dualista, a las sociedades superdesarrolladas y a las sociedades en vía de subdesarrollo, sin investigar históricamente la cadena causal<sup>362</sup> que las reúne en un todo indisoluble. El arsenal institucional y bibliográfico aparentemente impresionante de los Estados Unidos del Norte<sup>363</sup> peca de "etnocentrismo",<sup>364</sup> realiza reiteradamente los factores de control social olvidando en demasía al control estatal,<sup>365</sup> nos pontifica una "modernización" aparentemente abstracta pero que, concretizada, significa lisa y llanamente nuestra angloamericanización.<sup>366</sup>

- 
361. Un ejemplo extremo al respecto lo tenemos en la pretendida renovación científica operada por Simon, Herbert A., *Administrative Behaviour - A Study of Decision-Making Process in Administrative Organization*, 2ª ed. (1957), 15ª reimpresión (1970), particularmente su jactancioso *Appendix - What is an Administrative Science*, pp. 248-253 (ed. Macmillan Company).
362. La noción de *causa*, que el normativismo tanto contribuyó a erradicar de las ciencias jurídicas, parece repugnar parejamente al purismo científicista, limitado a descripciones *ex post facto*, en materia administrativa.
363. Europa posterior a 1945, salvo Molitor, parece deslumbrada, habiendo llegado a hablarse, hasta de un "complejo de inferioridad", por Drago, Roland, *Science administrative (Licence 4ème année)*, ed. Les Cours de droit, París, 1968/69, 238 pp., p. 29.
364. Real de Azúa, cit., *supra*, nota 348, p. 126.
365. Burdeau, Georges, *Méthode de la science politique*, cit. por Real de Azúa, *ibidem*. Ilchman, Warren F., y Uphoff, Norman Thomas, *The Political Economy of Change*, cit., *supra*, nuestra nota 354, apuntan convergentemente (p. viii) que el incumplimiento reiterado de las promesas de políticos y administradores lleva a que muchos sólo esperen un mejoramiento de las condiciones de vida mediante la iniciativa privada, aunque afortunadamente algunos hombres de ciencia, a los que invocan, perseveran en el estudio de las *public policies*.
366. La "esperada norteamericanización" preconizada por Lipset, Seymour Martin, y Solari, Aldo E., compiladores, en *Elites y desarrollo en América Latina*, vol. N° 30 de la Colección de Psicología Social y Sociología dirigida por Germani, Gino, y Butelman, Enrique, ed. Paidós, Buenos Aires, 1967, 515 pp., en su p. 230. Una crítica detallada de dicho volumen, recopilación de los trabajos presentados en 1965 al Seminario sobre dicho tema organizado, en Montevideo por la Universidad de la República, *vid.* en Real de Azúa, Carlos, cit., *supra*, nuestra nota 348, pp. 121-173.

Las "variables-pautas" raíz de sus "modelos" de subdesarrollo no sólo son equívocas y flotantes, sino que su vaguedad encubre inexactitudes concretas, fácilmente demostrables<sup>367</sup> y en las cuales no hubieran incurrido sus predecesores europeos más eminentes.<sup>368</sup>

Concebir la escena internacional como una evolución lineal que, si progresa, lleva fatalmente a los pueblos en vía de subdesarrollo a adoptar —por transculturación— los valores culturales de los pueblos superdesarrollados, es negar la posibilidad de una evolución acelerada de los primeros que respete sus valores propios,<sup>369</sup> es afirmar su papel necesariamente secundario en la evolución histórica, en definitiva erigir a la concepción angloamericana de la vida, en la concepción "superior" (si no suprema) de la organización social. El racismo virtual de dicho enfoque, aparte de su falsedad antropológica,<sup>370</sup> olvida que los tres ingredientes étnicos del administrado latinoamericano, configuran aportaciones históricas irremplazables en la marcha ascendente de la humanidad: el crisol africano de la especie humana,<sup>371</sup> las realizaciones imponentes de las culturas precolom-

367. Cfr. en general, los trabajos precitados *supra*, nuestra nota 348, especialmente el de Frank, pp. 9 a 119.

368. Cf. Frank *ibidem*, p. 86, quien muestra cómo esta sociología del subdesarrollo es subdesarrollante en cuanto no sólo abandona el enfoque, las conclusiones y la política de Carlos Marx, sino que incluso olvida el fuerte énfasis en la importancia determinante de la estructura social que habían conservado, por ejemplo, Max Weber y Emile Durkheim.

369. Respondiendo afirmativamente a la posibilidad de esta "aceleración evolutiva", *vid.* la genial obra de Ribeiro, Darcy, *Las Américas y la Civilización*, 3 vols., ed. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969/70, 800 pp. en 12<sup>o</sup>, esp. su vol. I, pp. 7-137 y su vol. III, pp. 149-194. Una recensión crítica de la misma, en la perspectiva de este artículo, puede verse por Hermoso, J.M., y Urdaneta, A.S., en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, t. II (1970-1971), Caracas, 1972.

370. Ribeiro, *ibidem*, *passim*.

371. Teilhard de Chardin, Pierre, confirmado simultánea y posteriormente por la mayoría de los paleontólogos, sitúa en Africa Oriental el origen de la primera sociedad humana, que luego por migraciones sucesivas se trasladó primero al Asia, y de ésta, en las divergentes direcciones de América y Europa. Allí, por vez primera, el "tejido del universo", estructura compleja de materia y espíritu desde los orígenes del átomo, supera los estadios iniciales de predominio *exterior* de la materia, para franquear definitivamente el paso al predominio *global* del espíritu, mediante la primera reflexión en el seno de la biosfera. Que dicha *hominización* decisiva haya tenido lugar en el hombre africano es ciertamente un elemento a considerar por los epígonos contemporáneos del racismo. Cfr. las obras de Teilhard, sea en la ed. francesa (Seuil) o en la ed. en castellano (Taurus), en particular de las *Oeuvres*, el t. III, "La vision du passé", p. 71 y ss. y p. 271 y ss., esp. p. 298 (con referencia a trabajos inicialmente de los años 1923 y 1939). El último estadio del pensamiento de Teilhard lo brinda su escrito póstumo, *The Antiquity and World Expansion of Human Culture*, de 1955, recogido ahora en la monu-

---

mental recopilación de Schmitz-Moormann, Nicole y Karl, *Pierre Teilhard de Chardin - L'oeuvre scientifique, Préface* de Piveteau, Jean, once tomos, XL + 4.634 pp. + un tomo de mapas y cartografías, ed. Walter-Verlag, Olten-Friburgo de Brisgovia, 1971. En esta imponente edición fotomecánica alemana de todas las obras de Teilhard, con exclusión de las filosóficas y teológicas ya difundidas por la editorial francesa Seuil, se resumen las investigaciones de décadas en dicho escrito, que creemos deber citar algo extensamente aquí:

"Whereas the pithecanthropians (*Pithecanthropus*, *Sinanthropus*, *Homo soloensis*) of the Far East never exceeded the dimensions of a marginal branch of humanity, or even rose above a low anatomical stage comparable with that of Neanderthal man of Middle Pleistocene of Europe, evidence is growing that *in the heart of Africa, and nowhere else* [subrayado L.C.P.] there originated what has become the bulk, if not the totality of modern mankind" (t. X, p. 4.582). Dicho pensamiento se precisa, en la página siguiente, con esta frase: "Several hundred thousand years had been spent on the mere *preparation*, mainly in Africa, of a human planetary invasion. Some thirty thousand years more had been required for the actual *occupation* of the extra-African lands. Approximately ten thousand years (that is, the whole combined Neolithic and historical times) were necessary before a preliminary *consolidation* of the human envelope had been realized all around the earth" (*ibidem*, p. 4.583).

Ahora bien, como lo expresa el prologuista, las conclusiones científicas de Teilhard, y en particular ésta —agregamos nosotros— del *African center of hominization*, no son fruto de una improvisación sino el resultado de una tenaz investigación de décadas, que se encuentra guiada, no sólo por estudios teóricos, sino por la información directa de las excavaciones por él directamente dirigidas o compartidas con los primeros paleontólogos de su tiempo, particularmente en China, Java, Birmania, Abisinia, Sudáfrica.

En el crisol racial de nuestro tiempo, y particularmente a la luz de la Declaración de Derechos del Hombre de 1948 y de los pactos de 1966, esta investigación aporta mucho al mundo plurirracial de América Latina y a las ciencias sociales que intentan, como las ciencias administrativas, una organización de la sociedad al servicio de las mayorías. Al igual que el científico francés para las ciencias naturales, puede parafrasearse nuevamente al prologuista: "Más allá de una simple descripción, lo que se trata de orientar es el movimiento de la vida social misma en su etapa de correflexión y de socialización [...] en la prolongación directa de la aportación de la paleontología sobre el ritmo del fenómeno evolutivo" (Cfr. Piveteau, *ibidem*).

En la medida en que las ciencias administrativas se presentan como una rama mayor de las ciencias políticas, parece oportuno remitir aquí, a varios trabajos recientes, que se han ocupado de la proyección contemporánea de Teilhard, en la perspectiva que este Editorial apunta: Senghor, Léopold Sédar, "Pierre Teilhard de Chardin et la politique africaine", en *Cahiers Pierre Teilhard de Chardin*, N° 3, ed. du Seuil, París, 1962, pp. 13-65; Mathieu, Pierre-Louis, *La pensée politique et économique de Teilhard de Chardin*, préface de Chevallier, Jean-Jacques, París, ed. du Seuil, 1969, 303 pp. (trad. esp., Taurus, Madrid, 1970); Bravo, Francisco, *La vision de l'Histoire chez Teilhard de Chardin*, París, ed. du Cerf, 1970 (trad. esp. Nova Terra, Barcelona, 437 pp.); Bilot, Alain, *La socialisation chez Teilhard de Chardin et ses incidences politiques*, París, tesis, 1968, 292 pp. multigráficas; Martin, Charles-Marie, *Portrait politique de Pierre Teilhard de Chardin*, Niza, tesis, 1968, 278 pp. multigráficas; Peretti, André de, *L'Administration, phénomène*

binas<sup>372</sup> que remontan a cuarenta siglos, el humanismo latino personificado en las increíbles hazañas ibéricas de los siglos xv y xvi, deberían, de entrada, forzar a un reconocimiento expreso del nivel, humanamente de máxima significación, que reviste América Latina frente a sociedades cuyo avance —tecnológico— se remonta apenas a dos siglos. Este enfoque de los especialistas angloamericanos en ciencias sociales, caricaturizando los esquemas weberianos<sup>373</sup> y parsonianos<sup>374</sup> mediante su empleo indiscriminado, los aleja del realismo, del sentido común, de los creadores de dichos esquemas o de sus críticos más autorizados, que aseveran que “sociedad moderna” y “sociedad tradicional”, tal como se definen por cada lote homogéneo de “variables-pautas”, representan meras abstracciones, que nunca se han dado, que no se dan jamás, en los hechos, en la pureza ideal del “modelo”.<sup>375</sup>

Existe, pues, una inadecuación de las ciencias sociales angloamericanas para que su trasvase sea operativo en un mundo distinto a aquel para el cual sus “modelos” fueron inicialmente concebidos. Pero no debemos olvidar, por otro lado, que dicha orientación de las ciencias sociales responde, incluso cuando se la analiza dentro de la aparente “campana de cristal” de la sociedad angloamericana, a disfuncionalidades no menos graves. La paz atómica no significa necesariamente la perpetuación del modo de vida angloamericano, éste corre el riesgo de estallar por dentro, al hallarse ante una sociedad internacional progresivamente bloqueada y cuya rigidez impide la “válvula de escape” que fueron los conflictos mundiales de la primera mitad del siglo xx.<sup>376</sup> Dicha vulnerabilidad interna tiende a hacer de las ciencias sociales instrumentos científicos al servicio de la represión social,<sup>377</sup> o, por lo menos, elucubraciones<sup>378</sup> más o menos “sofisticadas” pero ineficaces en la transformación de una estructura social

---

*humain*, préface de Minot, M.J., Paris, ed. Berger-Levrault (col. L'Administration Nouvelle), 1968, 351 pp.; Mansion, Françoise, *La Planétisation ou la notion de communauté internationale dans la pensée de Teilhard de Chardin*, mémoire, Institut de Hautes Etudes Internationales, con una *Appréciation* preliminar de Charles Rousseau y de René D'Ouinice, Paris, 1969, 231 pp. multigráficas.

372. Cfr., por todos, Ribeiro, cit., *supra*, nuestra nota 369.

373. Frank, cit., *supra*, nuestra nota 348, su p. 95, y p. 86 (donde, refiriéndose a ellos dice que “freudianizan a Weber [...] no lo siguen en absoluto”).

374. Frank, *ibidem* p. 35, Real de Azúa, citado *supra*, nuestra nota 348, p. 131.

375. Real de Azúa, Carlos, *ibidem*.

376. Cf. Merle, Marcel, *La transformation des relations internationales - Essai de prospective*, Paris, Associations internationales, janvier 1972.

377. Mills, C. Wright, *The power elite*, Nueva York, Oxford University Press. 1956.

378. Mills, C. Wright, cit., *supra*, nuestra nota 342.

aceleradamente regresiva<sup>379</sup> que nos parecen ocultar penosamente una actitud conformista tácita reñida con la esencia de la ciencia. La abstracción "numerificada"<sup>380</sup> de la ciencia administrativa angloamericana, no sólo es ineficaz respecto del entorno, sino que deforma la correcta representación de éste. Se dice axiológicamente neutra y por ello, se limita a análisis *ex post facto*,<sup>381</sup> cuando lo que interesa a las ciencias latinoamericanas es el análisis *ex ante*,<sup>382</sup> la orientación que permita orientar los hechos en lugar de sólo describirlos. Hay que partir de la realidad estructural del desequilibrio<sup>383</sup> y concebir a la Administración como una herramienta forjadora y ejecutora de la voluntad política del Estado<sup>384</sup>. De lo contrario, en ciencias administrativas como en otros sectores de la cultura y de la organización social, la copia de los esquemas angloamericanos y la adopción de sus valores no logrará sino ahondar el dualismo estructural de las sociedades latinoamericanas, acrecentar su vulnerabilidad económica e ideológica, aumentar, a través de la permanencia del *status* colonial, la distancia siempre mayor que las aleja de la metrópoli central.<sup>385</sup>

52.cc) *La metodología subdesarrollante*. En cierta manera, dentro de poco tiempo, de no más de dos o tres lustros, las ciencias administrativas enfrentarán probablemente la situación que actualmente enfrenta la sociología en América Latina, la encrucijada de una ciencia subdesarrollante.<sup>386</sup> En efecto, no dudamos que los esfuerzos supranacionales y nacionales aun dispersos —tendientes a una consideración científica de la Administración

- 
379. Cfr., sobre la tremenda desigualdad reinante en la sociedad angloamericana: Perroux, François, "Alienación y creación colectiva", *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, t. I, p. 443; Kolko, Gabriel, *Wealth and Power in America, an Analysis of Social Class and Income Distribution*, Nueva York, ed. Praeger, 1962, XII + 178 pp.; Harrington, Michael, *The Other America, Poverty in the United States*, Nueva York, McMillan, 1963 (trad. francesa, *L'autre Amérique, La Pauvreté aux Etats Unis*, París, Gallimard, 1967, 293 pp).
380. Complejo de la numerología denunciado por Sorokin, Pitirim, *Fads and Faibles in Modern Sociology and Related Sciences*, Chicago, H. Regnery Co., 1956, VIII + 357 pp.
381. Ilchman-Uphoff, citados *supra*, nuestra nota 354, su p. viii y p. 257.
382. Ilchman-Uphoff, *ibidem*, p. 257.
383. Afirmada como la ley económica fundamental, no sólo por Myrdal, cit., *supra*, nuestra nota 253, sino reconocida por un tan moderado discípulo de Parsons como Ilchman (en colaboración con Uphoff), *ibidem*, p. 48.
384. Forjadora, no en sentido tecnocrático, sino en cuanto concretización y aplicación de las opciones realizadas por la mayoría mediante los órganos políticos de formación de su voluntad.
385. Cf. Real de Azúa, cit., *supra*, nuestra nota 348, su p. 157.
386. Cf. González-Casanova, cit., *supra*, nuestra nota 348, *in totum*.

Pública, que supere el unilateral enfoque normativista tradicional— lograrán la forja de un instrumental concreto, apto para la aplicación de los métodos empíricos de investigación y análisis. Surgirá un nuevo lenguaje, analítico y matemático poco frecuente en los administrativistas de cuño jurídico, susceptible de lograr ese tipo de abstracción propio de las ciencias naturales. La desaparición del viejo concepto del investigador aislado y solitario traerá problemas metodológicos y administrativos, financieros y técnicos; las investigaciones serán más caras y exigirán la participación de quienes no eran administrativistas: programadores, perforistas, operadores, especialistas en estadística matemática, planteándose las dificultades de las máquinas electrónicas, agravadas por las barreras psicológicas de una cultura para la que la máquina es un elemento todavía extraño.<sup>387</sup> Ello puede traer una nueva forma de enajenación, la de la importación de técnicas y técnicos, o la de la exportación de nuestros posibles técnicos al centro internacional de la disciplina: el prestigio de dichas ciencias administrativas pensadas por angloamericanos, para una sociedad distinta de la nuestra, corre el riesgo de volverse tan grande —si no se las tamiza críticamente— que temas, categorías, técnicas y métodos, por causación circular acumulativa, pueden llevarnos al olvido de nuestros reales objetivos, y aun a confundirlos con los de una sociedad dominante, extraña, con la cual estamos cada vez en conflicto más abierto. El estudio riguroso, matemático y en equipo, exige, además, “una nueva objetividad”,<sup>388</sup> derivada de la aplicación del método científico a una Administración enfrentada a realidades problemáticas y conflictivas. Ello exige una ciencia administrativa concreta,<sup>389</sup> humilde en sus pretensiones de generalidad, pero que trata de escapar al azar comprendiéndolo en sus características generales, mediante un pensamiento probabilístico,<sup>390</sup> inadecuado en nuestro marco de prejuicios deterministas, pero muy adaptado si nos atenemos a una larga tradición en estudios sobre la guerra y el juego.<sup>391</sup> La Administración latinoamericana, en efecto, sólo conoce y controla *algunas* de las variables más significativas; y únicamente las pruebas estadísticas, las predicciones, las estimaciones, los modelos de simulación y todas las formas de inferencia estadística parecen expresiones *posibles* de una postura defensiva que prevé la posibilidad de nuevos

---

387. González-Casanova, *ibidem*, pp. 175-77.

388. *Ibidem*, p. 187, comillas nuestras.

389. Insistentemente reclamada concreción, para un cambio eficaz, por Ilchman-Uphoff, cit., *supra*, nuestra nota 354, p. 15.

390. González-Casanova, cit., *supra*, nuestra nota 348, p. 196-97.

391. *Ibidem*, p. 197.



errores, y trata de medirlos y precisarlos. En esta situación, igualmente, la aplicación indiscriminada de la ciencia administrativa angloamericana sería fatal, en cuanto que su ideología latente prefiere ignorar, y en verdad implica, la subsistencia de los factores de enajenación y subdesarrollo que la ciencia administrativa latinoamericana pretende erradicar.

53.C) *El derecho administrativo en las ciencias administrativas.* La percepción de la necesidad de una ciencia administrativa general, fenómeno reciente en la Europa continental, ha sido postergada reiteradamente por la brillantez sistemática y la solidez de las construcciones jurídicas.

Dichas construcciones, particularmente logradas en Francia merced al empirismo de la jurisprudencia del Consejo de Estado, lograron prevalecer en el siglo XIX incluso en Alemania, donde la tradición de las ciencias camerales y el surgimiento de una doctrina sistemática de la Administración<sup>392</sup> podrían haber hecho posible una consideración diferente del fenómeno administrativo.

Ahora bien, dicha evolución fundada sólidamente en las ideas liberales triunfantes con la Revolución Francesa y la exaltación del *Rechtsstaat*, es en parte insuficiente y, ni siquiera en Francia llega a abarcar la totalidad de los estudios sobre la Administración Pública.

El derecho administrativo se presenta como la herramienta de la sumisión del poder público a la regla de Derecho, enmarcando la vida pública en la legalidad y adquiriendo una considerable autonomía científica.<sup>393</sup> Pero, aunque la ciencia del derecho administrativo abarca ampliamente el desarrollo de la acción administrativa, al punto de que en algunos países la presentación pedagógica de la Administración Pública se agota en los cursos de derecho administrativo de las Facultades de Derecho o de los Institutos de Estudios Políticos,<sup>394</sup> no es por ello menos cierto que existe gran distancia entre la Administración en las normas (dominio del *Sollen*, del deber ser) y en la vida cotidiana (dominio del *Sein*, del ser). Por ello, la ciencia del derecho administrativo se nos revela como insuficiente para fundar una concepción sistemática de la Administración.<sup>395</sup>

Por otra parte, incluso en Francia, los estudios de derecho administrativo contienen siempre, y particularmente en el siglo XIX, toda una serie de

392. La de Stein, Lorenz von, *Die Verwaltungslehre*, Stuttgart, 1865-1884, 10 t.

393. Morstein-Marx, cit., *infra*, nota 425, p. 38.

394. Vedel, Georges, *Préface* a Langrod, *Traité...*, cit., *infra*, nota 424, p. VI.

395. Morstein-Marx, cit., *infra*, nota 425, p. 38.

materias parajurídicas que implican una filosofía amplia del régimen administrativo,<sup>396</sup> pudiéndose hablar, paralelamente a la clásica doctrina cameral alemana, de una ciencia administrativa francesa particularmente rica, y desarrollada material y metodológicamente, como una ciencia social aplicada,<sup>397</sup> que prepara la resistencia técnica del fayolismo<sup>398</sup> del siglo XX a los excesos del juridicismo.<sup>399</sup>

Hay así planteada una discordancia entre una visión tradicional del derecho administrativo y una nueva problemática, contemporánea, que va a exigir una revisión de aquel enfoque inicial, enfoque inicial cuya culminación podemos situar en los años treinta de este siglo XX, con la aparición de la construcción pura, aquí combatida, de un derecho administrativo general.<sup>400</sup>

54.a) *El derecho administrativo clásico*. Producto típico del liberalismo de 1789 y del Estado burgués de Derecho, la concepción puramente normativa y jurisprudencial de la Administración convierte al derecho positivo en un fin en sí mismo, en un dato *definitivo* cuya estabilidad desequilibrante<sup>401</sup> se agrava por la indicada exclusividad que los legistas adquieren en la formación y estructuración de la carrera administrativa (*Juristenmonopol*). La Administración tiende a reducirse al derecho positivo, el derecho positivo agota el fenómeno administrativo.<sup>402</sup> Esta afirmación, que excluye toda globalidad en el estudio de la Administración, puede parecer a lo mejor excesiva a los administrativistas positivistas del siglo XIX, pero,

396. Langrod, Georges. "La science de l'administration publique en France au XIX<sup>e</sup> et au XX<sup>e</sup> siècle", *Revue administrative*, París, 1961, p. 5 y s.

397. Langrod, *ibidem*.

398. Por referencia a la obra clásica de Fayol, cit., *supra*, nota 288.

399. Este se acentúa en Francia desde los años treinta, donde la consideración rica (virtualmente pluridisciplinar) de la Administración por los fundadores León Duguit y Maurice Hauriou tiende a ser reemplazada por un enfoque cada vez más limitado y empobrecedor, que se explica quizá por la formación más estrechamente especializada de las nuevas generaciones (cf. André Hauriou en su *Avant-propos* a Sfez, Lucien, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, París, L.G.D.J., 1966).

400. La de Adolf Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena/Berlín, Springer Verlag, 1927, reimpresión fotomecánica (prólogo de Karl Korinek), XXI + 400 pp., Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1969. La teoría pura de Kelsen aún no ha alcanzado, entonces, su versión sistemática de 1934, pero acaban de aparecer sus *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1923, 2<sup>a</sup> ed. (reimpresión fotomecánica, 1960, Scientia, Aalen), XXXVI + 709 pp., nunca traducida en lenguas europeas occidentales.

401. En cuanto según Myrdal, cit., *supra*, nota 253, el desequilibrio es ley esencial de toda estructura social.

402. Merkl, Adolf, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., *supra*, nota 400, p. XI.

como es usual, su insuficiencia se manifiesta desnuda a nivel de sus discípulos, los normativistas.<sup>403</sup> De la opción dogmática de los administrativistas del siglo XIX se olvida su prudencia, su explícito reconocimiento del valor científico-jurídico del estudio histórico, filosófico, económico y político del Estado;<sup>404</sup> y se retiene únicamente su exaltación de la pura lógica como instrumento, exclusivo e insustituible,<sup>405</sup> no ya del estudio de una de las "caras de la ciencia jurídica",<sup>406</sup> la dogmática, sino de la totalidad del fenómeno administrativo.<sup>407</sup>

La rigidez y la autosatisfacción de los civilistas<sup>408</sup> de la exégesis son así asimiladas por los administrativistas que, buscando divorciar el estudio del Estado de los movimientos políticos y de las valoraciones que le dan

- 
403. El viejo adagio de que "las fallas de maestro en el discípulo descubrirás" se aplica aquí puntualmente. Con razón se afirma que "Kelsen es el ejecutor testamentario de Laband" (cf. Leibholz, *Grundfragen*, cit., *supra*); cfr. también Gierke, cit., *infra*, nota 444, su p. 95.
404. La ciencia jurídica (y por ende, el derecho administrativo) presenta para Paul Laband, por ejemplo, varias "caras", más de un "flanco" (*Seite*). En el prólogo de su segunda edición, afirma: "Demasiado sé que el dominio exclusivo de la consideración lógica del Derecho sería una unilateralidad sumamente perjudicial, y, que en cierta manera, podría introducir el raquitismo de nuestra ciencia. No desconozco ni la significación de las investigaciones histórico-jurídicas —a las que me he dedicado yo mismo con ardor durante largo tiempo— ni el valor que la historia, la teoría económica, la política y la filosofía tienen para el conocimiento del Derecho. La dogmática no es el único flanco de la ciencia jurídica, pero es, sí, uno de ellos" (Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübinga, 5ª ed., 1911, Mohr, 4 tomos, reimpresión fotomecánica 1964, 532 + 318 + 524 + 670 pp., Aalen, Scientia Verlag, t. I, p. IX).
405. Afirmada, pero sólo respecto del "flanco" dogmático del Derecho, por Laband, Paul, *ibidem*.
406. "*Seite der Rechtswissenschaft*", *ibidem*.
407. "Toda acción conocida como Administración ha crecido en la tierra vegetal del Derecho. Toda la Administración se presenta en la forma del Derecho y penetra gracias a este ineludible ambiente en la totalidad de la ciencia jurídica. Por ello puede ponerse en obra una doctrina de la Administración, en cuanto disciplina exclusivamente científico-jurídica, dotada de un contenido exclusivamente jurídico". Merkl, cit., *supra*, nuestra nota 400, su p. XI [*Vorwort*].
408. Scheuner, Ulrich, "Das Wesen des Staates und der Begriff des politischen in der neueren Staatslehre", en Hesse, Konrad; Keicke, Siegfried y Scheuner, Ulrich, directores, *Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962*, Tübinga, Mohr, 1962, 466 pp., pp. 225-260, esp. p. 227. La misma consideración, algo reverencial, por el nivel científico del derecho privado, que Scheuner denuncia, se manifiesta tácitamente en el *Vorwort* de Laband, precitado *supra*, nuestra nota 404, pp. VI-VII, aunque éste reacciona vigorosamente afirmando lo inadecuado de una reducción de los conceptos generales del Derecho a meros principios del derecho privado, y denunciando como absurda la consideración "civilística" del derecho público (p. VII).

vida y sentido, quieren en verdad, tras una apariencia de objetividad científica, adecuarse al "orden" que acaba de establecerse,<sup>409</sup> aceptarlo en su plenitud, acriticamente y suprimiendo para el futuro toda controversia de principio con dicho ordenamiento político y social.<sup>410</sup> El concepto del poder del Estado es exaltado al rango de noción central del derecho público, para describir su voluntad de poderío y reducir a los ciudadanos al rango de objetos,<sup>411</sup> lo que se completa mediante la supremacía del Príncipe sobre la representación popular en cuanto realización del poder del Estado. En el fondo, ya en sus orígenes, la fase positivista decimonónica del posterior normativismo, descubre fácilmente una postura antidemocrática,<sup>412</sup> significa una disminución máxima de las potencialidades liberales y parlamentarias de la monarquía constitucional, postula una preponderancia de la burocracia monárquica y reaccionaria de la época sobre la rama legislativa del poder público, como medio de asegurar el predominio del burócrata sobre la persona humana.<sup>413</sup> Mediante una transposición de lo circunstancial hacia lo general,<sup>414</sup> mediante una interpolación generalizante de una experiencia (normativa) en lo esencial, se obtiene finalmente una concepción del Estado en la que predomina la visión de éste como una realidad en sí mismo, como una existencia histórica consolidada en cuanto pura dominación, ajena a la participación popular.<sup>415</sup>

Como consecuencia de su visión expansiva de la dogmática jurídica y de su método, el positivismo administrativo va a forjar un enfoque parcial de la Administración Pública: parcial en cuanto carente de una

---

409. Scheuner, *ibidem*.

410. *Ibidem*.

411. *Ibidem*, remitiéndose como protagonista de esta concepción antidemocrática subyacente a la obra de Gerber, C.F. von, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, 2ª ed., 1869, p. 21; cfr. sin embargo, Oertzen, *infra*, nota 442.

412. Particularmente clara en Gerber, *apud* Scheuner, *ibidem*, p. 232, nota 27, quien señala la identidad entre las teorías puramente jurídicas (léase normativismo) y la tendencia a la erección de un Estado immanente, independiente de su elemento humano. La creencia en la resolución de los problemas del Estado mediante una pura forma normativa y jurisprudencial indica simultáneamente, agrega Scheuner, el camino del empobrecimiento del pensamiento juspublicista alemán. En lugar de una teoría del Estado montada sobre bases concretas, eficaces, se instala una construcción ideal, la juridicista.

413. Scheuner, *ibidem*, p. 28.

414. Textualmente: "Transposition des Bestehenden ins Allgemeine", en *ibidem*, página 229.

415. Smend, Rudolf, Artículo "Staat" en el *Evangelisches Staatslexikon*, t. 3, columna 1106, *apud* Scheuner, *ibidem*, p. 230.

consideración global<sup>416</sup> de este fenómeno humano, pero parcial también en cuanto por su inmanentismo normativo, su cristalización apolítica<sup>417</sup> y ahistórica,<sup>418</sup> su pregonada exterioridad a la estructura social,<sup>419</sup> su pretendida exclusividad descriptiva,<sup>420</sup> de la sola cáscara<sup>421</sup> de la Administración, implica en el fondo un relativismo generalizado respecto de la misión de la Administración moderna.<sup>422</sup> Este relativismo impide dar a ésta un contenido concreto<sup>423</sup> y explica, en la Edad Administrativa<sup>424</sup> del Estado Prestacional,<sup>425</sup> que su indiferencia ante la realización concreta de la demo-

- 
416. La unilateralidad del normativismo administrativo es tan fuerte, que, creyendo elogiarla y con referencia a los conceptos de Merkl citados *supra*, nota 402 y su texto, Hans Kelsen ha llegado a decir: "Como todo lo que el rey Midas toca se convierte en oro, todo lo que el Estado toca se convierte en Derecho" (Cf. su nota "Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960", en *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, 1959, t. X, p. 314).
417. Ya la primera edición de la teoría pura de Kelsen apunta, en conflicto aparente con la politización del nazi Carl Schmitt, que el meollo de su lucha está en la desvinculación del Derecho y la Política. *Vid.*, ahora Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, en la 2ª ed., Viena, Verlag Franz Deuticke, 1960, 534 pp., los *Vorwort* de ambas ediciones, pp. III a VIII (esp. p. IV).
418. Respecto de la desvinculación de la Administración con la historia surgen matices interesantes en Kelsen, Hans, *Eine phänomenologische Rechtslehre* (extensa recensión crítica a la obra de Paul Amselk, "Méthode Phénoménologique et théorie du droit", prólogo de Charles Eisenmann, París, L.G.D.J., 1964, 464 pp.), en *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, 1965, t. XV, pp. 353-409, esp. 397 y 407. Cfr. Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., *supra*, nota 400, pp. 38-43.
419. Kelsen, *Hauptprobleme*, *ibidem*, p. 42.
420. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., *supra*, nuestra nota 417, p. VIII.
421. Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., *supra*, nuestra nota 400, p. XIV.
422. Respecto del surgimiento de ella y su entronque histórico, *vid.*, por todos, García de Enterría, Eduardo, "La Revolución Francesa y la Emergencia Histórica de la Administración Contemporánea", en *Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano*, Madrid, 1959, t. II, ahora reeditado en volumen actualizado bajo el título *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Cuadernos Taurus, 1972, 102 pp.
423. Cf. Leiminger, Karl, *Die Problematik der Reinen Rechtslehre*, Viena - Nueva York, Springer Verlag, colección "Forschungen aus Staat und Recht", t. N° 3, VIII + 120 pp. que pone de manifiesto la generalizada insatisfacción provocada por el [rigor impecable del] normativismo cuando se le pregunta algo respecto del contenido *concreto* del Derecho.
424. Cf. Siegfried, André, *apud* Bandet, Pierre, y Mehl, Lucien, "Le fait administratif: nature, origine et développement", en Langrod, Georges, director, *Traité de science administrative*, París, Mouton, 1966, 901 pp., p. 80.
425. El *Leistungsstaat* analizado por Mayer, Franz, "Neuzeitliche Entwicklung der öffentlichen Verwaltung" en Morstein-Marx, Fritz, director, *Verwaltung: Eine einführende Darstellung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1965, 488 pp., sus pp. 2 a 17, esp. p. 14.

cracia,<sup>426</sup> por ejemplo, se patentice en la esterilidad manifiesta del normativismo respecto del estudio de sectores tan trascendentes, en el derecho administrativo de la segunda mitad del siglo XX, como lo son precisamente, la administración prestacional y la administración económica.<sup>427</sup> Ante estos resultados concretos, que son factor relevante en la valoración de cualquier teoría, no sorprende que incluso los medios jurídicos alemanes<sup>428</sup> hayan reaccionado en forma abrumadoramente desfavorable a los epígonos vieneses del positivismo decimonónico,<sup>429</sup> y que éstos pierdan su unidad.<sup>430</sup>

55.b) *El derecho administrativo contemporáneo.* La consideración de las pautas normativas y jurisprudenciales de la Administración en esta segunda mitad del siglo XX, nos plantea la relevancia de divergencias metodológicas dentro del clasicismo (el caso de la doctrina francesa) y de encontradas teleologías compatibles con distintos modelos del Estado (neoliberal, democrático y social), que trataremos de ver seguidamente.

56.aa) *Peculiaridad de la concepción francesa del derecho administrativo.* Basta una somera consideración de las técnicas institucionales del derecho administrativo francés comparadas con las del alemán, para comprender por qué el juridicismo impecable y el rigor teórico de este último suele acompañarse a veces de un cierto desconocimiento de las realidades humanas,<sup>431</sup> mientras que el empirismo vacilante y hasta confuso del primero le permite un mayor ajuste a la riqueza inagotable de las situaciones planteadas por la administración cotidiana.<sup>432</sup>

---

426. El normativismo rechaza toda preocupación por la forma política de una sociedad —democracia o autocracia— en la cual se generan normas, y por la forma en que éstas son generadas, por medios democráticos o autocráticos, nos dice Kelsen, Hans, *Eine phänomenologische...* cit., *supra*, nuestra nota 418, p. 396.

427. Cf. Ermacora, Félix, "Die Bedeutung und die Aufgabe der Wiener Schule für die Wissenschaft vom öffentlichem Recht der Gegenwart", *Oesterreichische...*, cit., *supra*, nota 416, pp. 347-367, su nota 108, p. 367.

428. *Ibidem*, p. 349 y su nota 12.

429. Antecedente significativo invocado expresamente por Kelsen, *Reine...*, cit., *supra*, nota 417, p. III.

430. Ni Alfred Verdross ni Adolf Merkl parecen seguir más a Kelsen: cf. Ermacora, *Die Bedeutung*, cit., *supra*, nuestra nota 427, p. 348 y nota 11.

431. Cortiñas-Peláez, León, "Enrique Sayagués-Laso (1911-1965) - Une perte majeure pour le droit administratif comparé", París, *Revue internationale de droit comparé*, 1966, pp. 123-138, esp. p. 132; así como *Una concepción planetaria del Hombre y del Derecho Público*, cit., *supra*, nuestra nota 250, su p. LV.

432. *Ibidem, ibidem.*

En verdad, es difícil generalizar una frontera histórica definitiva entre las concepciones administrativas vigentes en dos países limítrofes, como lo son Alemania y Francia, y, ciertamente, una matización exhaustiva descubriría un entrecruzamiento de tendencias y realizaciones que atenuarían dicha generalización. Con esta reserva, puede afirmarse que la Administración contemporánea, desde fines del siglo XVIII, ha presentado a escala global, una ajenidad con su entorno espacio-temporal, menor en Francia que en Alemania. El surgimiento de un derecho administrativo directamente vinculado a un derecho constitucional puede parecer casi contemporáneo en ambos países,<sup>433</sup> pero la formulación doctrinal, las apariencias juristicistas, son engañosas, pues ya en el siglo XIX puede —hasta en derecho administrativo— afirmarse que Francia es un país que ha realizado su revolución burguesa, mientras que Alemania sólo por imposición externa inicia luego de la Segunda Guerra Mundial, en su parte oriental, la experiencia de una revolución socialista.<sup>434</sup> Limitando la comparación a las realidades de Alemania anteriores a 1949, y, con posterioridad, a las de la República Federal, el contraste es innegable, comparando dos repúblicas que, como la francesa y la federal alemana, son de derecho administrativo en régimen capitalista.

Mientras Alemania se debate en profundas y brillantes discusiones teóricas, cada vez más lejanas a la realidad,<sup>435</sup> el derecho administrativo francés muestra ya a fines del siglo XIX, la trascendencia que tienen en su estudio, la historia y en particular la historia política,<sup>436</sup> que lo con-

433. Sería la impresión derivada, contemporáneamente, de la proximidad de Georges Vedel ("Les bases constitutionnelles du droit administratif", París, *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, 1954, N° 8, p. 21 y ss.) y de Otto Bachof ("Ueber einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrecht", *Staatsbürger und Staatsgewalt*, Karlsruhe, Müller, 1963, t. II, p. 3 y ss., actualizado en *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., supra, nota 250, t. IV, pp. 439-462).

Ello sería olvidar la proyección de la polémica Duguit-Hauriou, a comienzos de siglo.

434. Podría decirse que sólo la imposición externa logra quebrar en Alemania las fórmulas del pasado, liberalizándolas al oeste y socializándolas al este. Cfr. Abendroth, Wolfgang, "Der demokratische und soziale Rechtsstaat als politischer Auftrag", en *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., supra, nota 250, t. I, pp. 803-846, esp. p. 806 ("Befreiung Deutschlands nicht aus eigener Kraft, sondern durch den Sieg der Alliierten—").

435. Es el cada vez más alambicado sendero que lleva del positivismo de Carl Friedrich von Gerber y Paul Laband (supra, notas 411 y 404) al normativismo de Adolf Merkel.

436. Cf. Weil, Prosper, *Le droit administratif*, París, P.U.F. (Que sais-je?), 1964, p. 8, punto realzado por Martín-Retortillo, Lorenzo, en su *Nota preliminar* a la ed. española, Madrid, Cuadernos Taurus, 1966, p. 8.

vierten en un derecho político,<sup>437</sup> en el cual, desde un principio, las alternativas científicas se sitúan, no a nivel puramente teórico, sino a nivel de las misiones políticas del derecho administrativo.<sup>438</sup> La inexistencia en la doctrina francesa de una “teoría general del derecho administrativo”<sup>439</sup> sólo es un demérito para una mirada superficial,<sup>440</sup> a la cual escapa la vertebración axiológica, políticamente comprometida, de la concepción jurídico-administrativa predominante en Francia.<sup>441</sup>

En la propia doctrina alemana reciente<sup>442</sup> se apuntan dos posibles explicaciones de esta diferencia. Por un lado, que la revolución protestante en su modalidad luterana recorta y aun reemplaza en Alemania a la sociedad surgida del Renacimiento en el resto de Europa Occidental, por lo cual el verdadero Renacimiento alemán coincide con la Ilustración (*Aufklärung*), cuando ya en otras latitudes el concepto renacentista, esteticista, de la sociedad, está enriquecido con elementos políticos y económicos cuya conciencia surge tardíamente en Alemania, cuya sociedad dieciochesca, culturalmente aristocrática y provinciana, desconoce una articulación con el Estado y sólo la tiene, a lo máximo, con el príncipe en el sentido del Renacimiento italiano. Por ello, lo político-social se diluye en Alemania en lo estético y en lo pedagógico, la estructura de la “burguesía” se apoya —comparativamente con otros países— más en la cultura que en la posesión, lo cual unido a la inexistencia de un Estado nacional hasta fines del siglo XIX, lleva incluso a decir que, en Alemania, “la verdadera legislación es la

437. Weil, *ibidem*, p. 7; *idem*, Martín-Retortillo, Lorenzo, *ibidem*.

438. Así, la distinción entre gobernantes y gobernados, las nociones (que nunca fueron conformes al derecho positivo, sino una cierta idealización de éste) del poder público y del servicio público, la doctrina de la institución, etc.

439. Título de la traducción española (Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1935), de la obra de Merkl, cit., *supra*, nota 400.

440. Infelizmente algo generalizada entre autores de lengua española, de germanofilia algo apresurada y poco crítica.

441. Más allá del equilibrio ambiguo de las prerrogativas y de las sujeciones del poder público, a pesar de la fugacidad de los gobiernos de izquierda (1793, 1936, 1945), el horizonte de la forja de una nueva estructura social —entrevisto en los días de la Revolución de 1789— se impone al esquema liberal de Locke y Montesquieu, e instaura una Administración fortísima y centralizada, apta para el cumplimiento de una misión “providencial y creadora”. Cf. García de Enterría, cit., *supra*, nuestra nota 422, sus pp. 62, 78 y 73.

442. Ehmke, Horst, “«Staat» und «Gesellschaft» als verfassungstheoretisches Problem”, y Scheuner, Ulrich, “Das Wesen des Staates und der Begriff des politischen in der neueren Staatslehre”, ambos en la *Festgabe Smend*, cit., *supra*, nuestra nota 408, sus pp. 23-49 y 225-260. *Vid.* en dicha *Festgabe*, en sentido diferente en cuanto a la valoración del positivismo, Oertzen, Peter von, *Die Bedeutung C. F. von Gerbers für die deutsche Staatsrechtslehre*, pp. 183-208, esp. 187-88.



literatura pedagógica".<sup>443</sup> La filosofía idealista del siglo xx no logra resolver dicho divorcio virtual entre el Estado y la Sociedad, y por ello, cuando surge el Estado, el Imperio de 1871, se producen el hundimiento de todo intento de consideración global de Estado y Sociedad y la consolidación del positivismo,<sup>444</sup> que inicia el abandono sistemático de lo social por el derecho.

Aparte de dicha insuficiencia intrínseca de la realidad institucional alemana, siempre atrasada en más de un siglo respecto de su entorno,<sup>445</sup> tenemos, por otro lado, su desfasaje ideológico. Por natural efecto de la señalada distancia entre Estado y Sociedad, y como consecuencia de una valoración excesiva de las fuerzas creadoras de la lógica jurídica,<sup>446</sup> se pierde de vista en Alemania la justificación prestacional y, en definitiva, social y económica, del Estado, así como la necesidad de su fundamentación filosófica,<sup>447</sup> todo lo cual, ya en el siglo xix,<sup>448</sup> permitía prever que el juridicismo administrativo llevaría hacia una adhesión a la fuerza como realidad, y al sometimiento a la categoría de lo utilitario.<sup>449</sup> Complementariamente, fuera de Alemania, y en particular en Francia, el desarrollo de las ideas posterior al Renacimiento, profundizado por la Enciclopedia, la Revolución y el positivismo filosófico, continúa reivindicando para el Estado

---

443. Stein, Lorenz von, *Die Verwaltungslehre*, 5. Teil, 1868, p. 43 (*apud* Ehmke, *ibidem*, p. 39, nota 61).

444. Ehmke, *ibidem*, p. 41, quien señala complementariamente que la hora del nacimiento del positivismo formalista halla su indicación transicional precisa en la obra de Carl Friedrich von Gerber, para alcanzar su cumbre en la obra de Laband, cit., *supra*, nuestra nota 404. Respecto de ésta, en su tiempo, *vid.* Gierke, Otto von, "Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft", en Schmoller, Gustav, *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, Neue Folge, 7. Jahrgang, Heft 4, 1883, pp. 1097-1195 (2ª ed., reproducción fotomecánica, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1961, 99 pp.). Respecto de Gerber, *vid.* la tesis de Oertzen, Peter von, "Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus (Diss. phil.)", Gotinga, 1952, (*apud*, Ehmke, *ibidem*, p. 24, su nota 3) y su artículo cit., *supra*, nuestra nota 442.

445. El tema de la "nación atrasada" se convierte en un complejo de los intelectuales alemanes, en un motivo central de interpretación de la historia de Alemania. Cf. Ehmke, *ibidem*, p. 26, su nota 7, *passim*.

446. Laband, cit., *supra*, nuestra nota 404, *ibidem*, exceso valorativo que justifica la reserva de Gierke, cit., *supra*, nuestra nota 444, esp. pp. 94-98 de la 2ª ed.

447. Reclamada con insistencia por Gierke, *ibidem*, p. 22.

448. En dicho trabajo de Gierke y en sus *Grundbegriffe des Staatsrechts* (1874, reimpresión 1915), *apud* Scheuner, cit., *supra*, nota 408, p. 235, su nota 40.

449. Gierke, cit., *supra*, nuestra nota 444, 2ª ed., su p. 96.

el cometido *esencial*<sup>450</sup> de la realización del bien común,<sup>451</sup> en las modalidades principales de las escuelas del servicio público y del poder público, ambas fuertemente enriquecidas por una visión sociológica del comienzo del siglo *xx*.<sup>452</sup>

57.bb) *Del neoliberalismo a la democracia social*. Las diferencias que venimos de señalar, entre la concepción material francesa contemporánea y la concepción formalista alemana dentro del derecho administrativo clásico, se proyectan con cautelosas variantes en el derecho administrativo actual. El sociologismo francés no desdena en algunos autores un ajustado y aun exhaustivo estudio del derecho positivo,<sup>453</sup> mientras que el positivismo formalista se asoma a veces, con muy controlado interés, a las causas socioeconómicas de ciertas manifestaciones jurisprudenciales y normativas.<sup>454</sup>

450. Partiendo de la clasificación de Sayagués-Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª ed., Montevideo, 1963, t. I, p. 48 y ss., nos preguntamos y respondemos por la afirmativa en cuanto dicha realización subsume todos los otros cometidos estatales, incluso los tradicionalmente considerados esenciales. Claro que quizá aquí la distinción podría hacerse entre fines y cometidos estatales, punto cuya dilucidación nos llevaría ahora demasiado lejos.

451. En el sentido del *Gemeinwohl* medieval, Scheuner, cit., *supra*, nota 408, su p. 246, aunque también podría vincularse directamente con la "felicidad pública" (*allgemeine Glückseligkeit*) de la antigua cameralística alemana (García de Enterría, cit., *supra*, nota 422, su p. 89, quien desarrolla la incongruencia entre la realización administrativa intervencionista de la Revolución Francesa y sus postulados constitucionales de cuño liberal).

452. Scheuner, *ibidem*. Como apunta igualmente Scheuner (pp. 230-31), citando a Rudolf Smend y a Tocqueville, el pensamiento de la soberanía nacional, en cuanto expresión de la voluntad general, pudo haber prestado a la teoría del Estado una orientación radical y absolutista. Sin embargo, en líneas generales, la doctrina francesa se mantuvo alejada tanto del inmanentismo estatal como del simple reconocimiento de la fuerza en cuanto hecho. Su actitud de distancia y valoración ante el Estado ha sido calificada con exactitud de "crítica" por Smend (cit., *supra*, nuestra nota 415, columna 1106): "Gracias a dicha postura, pudo la doctrina francesa, apoyándose en una idea amplia del bien común, mantenerse en la corriente de la evolución histórica que lleva a la participación de todo el pueblo, que lleva a la democracia" (p. 231).

453. Caso del monumental esfuerzo de Laubadère, André de, *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 5ª ed., L.G.D.J., 4 tomos, 1971, o del renovador esfuerzo de Bourjol, Maurice, *Droit administratif*, París, ed. Masson, tomo I (336 pp.), 1972.

454. Así, pueden leerse con particular provecho, los primeros capítulos del primer tomo de Wolff, Hans-Julius, *Verwaltungsrecht - Ein Studienbuch*, Munich y Berlín, Beck, 3 tomos, 1956 (1ª ed. del t. I) a 1967 (1ª ed. del t. III), cuyas sucesivas reediciones (8ª ya del t. I) han desalojado rápidamente la obra del nacionalsocialista Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Erster Band, Allgemeiner Teil, cuyas anteriores reediciones (9ª de 1966) y desgraciadas traducciones al español y al francés, sólo se explican (respecto de una obra de los años cuarenta), por la inexistencia en Alemania, desde la obra del suizo Fleiner (1ª ed., 1911), de una obra general que no estuviera comprometida con el nazismo, y a la cual casi no había —para algunos— más remedio que recurrir.

En definitiva, la ortodoxia metodológica sigue siendo, para los países subdesarrollados del Mediterráneo y de América Latina, la pregonada por la escuela alemana, aunque su difusión se haya restringido considerablemente luego de la Segunda Guerra Mundial, alcanzando sólo recientemente una nueva difusión. Esta, por coincidencia que difícilmente puede atribuirse al azar, beneficia a la versión más autoritaria y explícitamente contraria a los ideales de la Administración como herramienta de realización del Estado democrático y social.<sup>455</sup>

58.aaa) *El derecho administrativo del Estado neoliberal*. Desde comienzos del siglo XX hasta la terminación de la Segunda Guerra Mundial, los conceptos fundamentales del derecho administrativo revelan la expansión de la noción del servicio público,<sup>456</sup> la exaltación de una cierta descentralización —más funcional que territorial—<sup>457</sup> y la rígida impermeabilidad de la Administración a las categorías y a la aplicación directa del derecho privado,<sup>458</sup> salvo zonas muy limitadas, concretas, en las cuales la aplicación del derecho privado a la actividad administrativa es de principio.<sup>459</sup>

455. La actual administración socialdemócrata en Alemania ha podido comprobar, estadísticamente, las siempre mayores (cuando no exclusivas) facilidades brindadas por traductores españoles a la difusión del pensamiento autoritario de derechas, en España y América Latina. Incluso monografías menores de Carl Schmitt y Ernst Forsthoff encuentran siempre el traductor que suelen buscar en vano autores como Herman Heller, Rudolf Smend (siempre inédito, desde 1928, en español), para no referirnos a la carencia de traducción española de las obras actuales de Otto Bachof, Wolfgang Abendroth, Konrad Hesse y Horst Ehmke.
456. Iniciada (paradójicamente) por Maurice Hauriou, exaltada por León Duguit, sistematizada por Gastón Jéze. La elíptica Constitución francesa de 1875 —finalmente republicana— basta a la doctrina administrativa francesa para sistematizar una doctrina, de origen jurisprudencial, que guía a toda Europa (Cf. Wolff, cit., *supra*, nuestra nota 454, t. I, su § 15). Curiosamente, Alemania vive en 1919, con Weimar, una transformación constitucional radical, que deja indiferente a su derecho administrativo, lo cual es prueba no menor de la dicotomía que hemos trazado *supra*, N° 56.
457. En Francia, donde el centralismo territorial se acompaña de un fuerte desarrollo de principio de la descentralización funcional, primero, y más tarde de las empresas públicas. En ello difiere de la amplia descentralización territorial alemana, históricamente condicionada (*supra*, N° 56).
458. Flexibilizándola, cfr., sin embargo, Waline, Jean, *L'application du droit privé par le juge administratif*, París, tesis, 347 ff., 1962, quien analiza detenidamente las aplicaciones del Código Napoleón por la jurisdicción administrativa.
459. De siempre, según Eisenmann (*Cours de droit administratif approfondi, La juridiction administrative*, 1962/63), la propiedad del Estado en régimen de derecho privado (*domaine privé de l'Administration*). Esto es controvertido sin embargo por Laubadère, cit. *supra*, nota 453, su t. III (ed. 1966), N° 367. Recuérdese, a este respecto, el régimen mixto virtualmente establecido en España por el artículo 2 de la Ley del Patrimonio del Estado: "Los bienes y derechos del Patrimonio del Estado se regirán por la presente ley, y subsidiariamente por las normas del derecho privado civil o mercantil".

Es la gran época de "los dogmas" <sup>460</sup> del derecho administrativo, en la cual campean aun concepciones ambiciosas, cuyo monismo busca reducir a un solo concepto la totalidad del derecho aplicado a la administración. Sea mediante el poder público, sea mediante el servicio público, se afirma netamente el predominio del Estado sobre los particulares, el monismo del régimen jurídico que le es aplicable, purificándose a esta rama científica de los riesgos del objetivismo normativista mediante una activa forja del derecho administrativo, simultáneamente como garantía de las libertades públicas ante el Estado y como reencarnación —despersonalizada y democrática— del poder regio,<sup>461</sup> vocada al servicio igualitario de todas las clases sociales.<sup>462</sup>

59.bbb) *El derecho administrativo en el Estado democrático y social.* Las alternativas ambiguas, contradictorias, todavía de incierta perspectiva histórica, abiertas por la Segunda Guerra Mundial, se proyectan en las estructuras del nuevo derecho administrativo, desgarrado entre un derecho constitucional democrático <sup>463</sup> y una restauración, económica, que tiende a fortalecer un poder público al servicio de los monopolios.<sup>464</sup>

La crisis de la Segunda Guerra Mundial permite una constitucionalización en Alemania del Estado democrático y social de Derecho,<sup>465</sup> mientras la doctrina de la Resistencia consolida en Francia, bajo el gobierno provisional (1944-46), un considerable robustecimiento del sector público y de la socialización,<sup>466</sup> en un movimiento convergente de toda Europa hacia el socialismo.<sup>467</sup>

El paralelismo de este proceso del derecho administrativo, en Alemania y en Francia, permite afirmar que la primera acentúa los mecanismos de

---

460. Weil, cit., *supra*, nuestra nota 436, su p. 14 y ss.

461. García de Enterría, cit., *supra*, nuestra nota 422, su p. 96.

462. Cf. Bourjol, cit., *supra*, nuestra nota, 453, p. 18; García de Enterría, *ibidem*. p. 68.

463. Cfr. Abendroth y Bachof, citados *supra*, notas 434 y 433, respectivamente.

464. Ya denunciada ampliamente por Abendroth, *ibidem*, para Alemania, el impacto monopólico en el derecho administrativo francés es objeto de penetrante señalamiento en la nueva obra general de Bourjol, cit., *supra*, nuestra nota 453, *in totum*, esp. su introducción general, pp. 10-58.

465. *Vid.*, ampliamente, Abendroth, cit., *supra*, nota 434, *passim*.

466. La nacionalizaciones y la seguridad social significan un cambio sustancial en la estructura económica de la Francia de esta postguerra.

467. Similar movimiento se registra en Gran Bretaña e Italia, amén de las realizaciones clásicas de las democracias escandinavas y marxistas. El dique de la "guerra fría" sobreviene recién en 1947 y sólo se consolida en 1949.

control, mientras la segunda robustece los medios de acción. En efecto, como reflejo de su tradición formalista, judicialista, de su formación universitaria tendente a la preparación de jueces,<sup>468</sup> Alemania descuida la institucionalización concreta de un derecho administrativo económico,<sup>469</sup> para perfeccionar —como un mecanismo de relojería— las garantías procedimentales y procesales del administrado.<sup>470</sup> Complementariamente, se tiende a descuidar la materialidad del Estado democrático y social de Derecho,<sup>471</sup> afirmándose incluso que la Constitución de Weimar era más avanzada que la de Bonn,<sup>472</sup> lo cual explica que se distinga entre Estado Social y Estado de Bienestar para rechazar la interpretación conducente a éste,<sup>473</sup> para terminar vaciando al Estado democrático y social —ordenado por la Constitución— de todo contenido jurídico concreto,<sup>474</sup> reduciéndose

468. Cortiñas-Peláez, cit., *supra*, nota 250, p. CXLI.

469. Así lo reconoce Wolff, Hans-Julius, "Derecho administrativo prestacional", [por error la carátula, incoherente con el texto, dice "de prestaciones"], *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nuestra nota 250, t. V, p. 349-382, esp. p. 360. En el mismo sentido, su *Verwaltungsrecht*, cit., *supra*, nuestra nota 454, t. I, 5ª ed., 1963, p. 48.

470. Scheuing, Dieter-Helmut, "La protection des droits fondamentaux en République Fédérale d'Allemagne", y Bettermann, "Die rechtsprechende Gewalt nach der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland", ambos en *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nuestra nota 250, t. III, respectivamente pp. 307-359 y 361-389. Estos admirables "malabarismos intelectuales" de los administrativistas han llevado incluso a que ya no se hable, por algunos, del Estado democrático y social de Derecho (*demokratischer und sozialer Rechtsstaat*) sino del Estado procedimental o de las vías de Derecho (*Rechtswegestaat*) *supra*, nota 61. Queda así de manifiesto la inversión de medios a fines, en los epígonos de Laband y Kelsen, que ya Gierke profetiza en su obra de 1874, cit., *supra*, nuestra nota 444, p. 95: "... positivismo formalista que ciega y atropelladamente atraviesa las barreras, que Laband todavía respeta con acompasada reflexión y entendimiento práctico".

471. Abendroth, cit., *supra*, nuestra nota 434, y Wolff, *Verwaltungsrecht I*, cit., *supra*, nuestra nota 454, p. 45 y ss.

472. Wolff, *ibidem*, p. 47.

473. Wolff, *ibidem*, pp. 46-47.

474. Es la expansividad de los enemigos de la democracia alemana, que denuncia el maestro de Tubinga, Otto Bachof, refiriéndose a los nacionalsocialistas Carl Schmitt (*Nehmen / Teilen / Weiden, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 bis 1954 - Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlín, Duncker & Humblot, 1958, pp. 489-504) y Ernst Forsthoff ("Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates", ponencia en las *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín, t. 12, Walter de Gruyter & co., 1954, pp. 8-36). Respecto de la significación histórico-política de esta ponencia, *vid.* Abendroth, cit., *supra*, nuestra nota 250, pp. 818-820. Explícitamente en contra, la coponencia del propio Bachof, "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates". *Veröffentlichungen, ibidem*, pp. 37-84; así como la contribución de Hesse, Konrad, "Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes", en la *Festgabe Smend*, cit., *supra*, nuestra nota 408, pp. 71-95.

la participación ciudadana en la Administración a una obligación,<sup>475</sup> pero excluyéndosela como un derecho subjetivo.<sup>476</sup> Esta postura explica igualmente el énfasis puesto en el principio de subsidiariedad<sup>477</sup> y en la organización liberal-capitalista de la economía, presidida —pero no guiada— por una Administración que no acepta democráticamente su subordinación estricta al poder político,<sup>478</sup> sino que puja, desde la misma teoría, por asegurarse un margen tecnocrático.<sup>479</sup>

Por su parte, en Francia nos encontramos con una doctrina realista, concreta, existencial,<sup>480</sup> sin que ello implique renunciar a una sistematización de las nociones generales de la materia.<sup>481</sup> Las instituciones concebidas por la Resistencia y forjadas por la Liberación, permiten mantener jurisprudencialmente el predominio del interés general,<sup>482</sup> y aun del mismo servicio público,<sup>483</sup> como criterio de la acción administrativa, robustecida por las nacionalizaciones.<sup>484</sup> Estas permiten, además, la coordinación de la actividad económica de las personas públicas menores, mediante una quiebra

475. Wolff, *Verwaltungsrecht I*, cit. *supra*, nota 454, su p. 45.

476. Afirmado con fuerza, para el Estado democrático, por Rivero, Jean, "A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration", *Mélanges offerts à René Savatier*, París, Dalloz, 1965, pp. 821-833, esp. p. 826.

477. Wolff, *Verwaltungsrecht I*, cit. *supra*, nuestra nota 454, su p. 15; así como sus *Fundamentos de derecho administrativo prestacional*, cit. *supra*, nota 469, su p. 372 y ss.

478. Wolff, *Verwaltungsrecht I*, *ibidem*, p. 14, en interpretación quizá *de lege condendo* al nuevo texto de los arts. 1 (III) y 20 (III) de la Ley Fundamental de Bonn, luego de la revisión del 19 de marzo de 1956.

479. Wolff, *ibidem*, habla de una conformación autónoma de la sociedad por la Administración, al margen del gobierno, aunque en el marco de las leyes.

480. Chenot, Bernard, "La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat" (Et. Doc. C.E.) 1951; y "L'existencialisme et le droit", *Revue française de science politique*, París, 1953, p. 57 y ss.

481. Rivero, Jean, *Apologie pour les faiseurs de systèmes*, Dalloz (Chr.), París, 1951, p. 99 y ss., interpretado posteriormente como no implicando forzosamente la noción única como base de un posible sistema: Rivero, Jean, "Existe-t-il un critère du droit administratif?", *Revue du droit public et de la science politique*, París, 1953, p. 279 y ss.

482. Convertido en la noción en las ediciones inmediatas posteriores a la Liberación por Waline, Marcel, *Droit administratif*, París, Sirey, quien lo abandona en las últimas ediciones (por ej. la 9ª de 1963).

483. Charlier, Robert-Edouard, en sus *Cours de doctorat* (1961-63) y, fundamentalmente, Laubadère, *Traité*, cit. *supra*, nuestra nota 453, *in totum*.

484. Chenot, Bernard, *Organisation économique de l'Etat*, París, Sirey, 2ª ed., 1965, 544 pp.; Chenot, Bernard, *Les entreprises nationalisées*, París, P.U.F. (Que sais-je?), 1956, 128 pp.; Rivero, Jean, "Le régime des nationalisations", *Jurisque civil, mise à jour*, 1948; Vedel, Georges, "La technique des nationalisations", *Droit social*, París, 1946, p. 49 y ss.

parcial del sistema capitalista,<sup>485</sup> debilitado por dichas nacionalizaciones y sometido a los intereses de las mayorías por la categoría flexible, o indicativa, que la planificación asume en Francia.<sup>486</sup> En cuanto ésta no afecta, en sí, la propiedad de los medios de producción, se diferencia sustancialmente de la planificación de los países socialistas;<sup>487</sup> sin embargo, combinada con una acentuación de los mecanismos consensuales<sup>488</sup> y descentralizados,<sup>489</sup> la planificación indicativa brinda la posibilidad de una redistribución de los mecanismos del poder,<sup>490</sup> la insinuación de una nueva voluntad nacional emanante directamente de los centros de producción,<sup>491</sup> mediante directa participación de los trabajadores<sup>492</sup> y escapando al control conservador de la jurisprudencia administrativa,<sup>493</sup> ampliado cuantitativa y cualitativamente en dicho período de la actual postguerra.<sup>494</sup>

Naturalmente que esta fuerte coloración política del derecho administrativo francés, lo hace más vulnerable que el alemán a los avatares socioeconómicos de su tiempo. Las categorías alemanas —formales— se adaptan perfectamente a la rápida desaparición de los elementos democrático-sociales en el sistema institucional de Bonn —pasando fácilmente de la “ilusión” del Estado democrático y social de Derecho, a la “Restauración”<sup>495</sup>

- 
485. Tal era, por lo menos, la intención de las autoridades públicas francesas a la hora de la Liberación: Rivero, *ibidem*.
486. Sobre ésta, ampliamente, la tesis de Chillón-Medina, José María, *Contribution à l'étude juridique de la planification économique en France*, París, 1962, 2 vols., 476 ff.; así como sus artículos “Sur la valeur en droit des plans économiques en France: fait ou perspective”, *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nuestra nota 250, t. V, pp. 383-507, y “Formas, técnicas y estructuras administrativas ante la planificación económica”, Madrid, *Revista de Administración Pública*, 1971, N° 64, pp. 107-178, y la literatura citada en dichos trabajos.
487. Cortiñas-Peláez y Chillón-Medina, “Perspectives juridico-administratives de la planification française”, Montevideo, número extraordinario de *Homenaje a Quintín Alfonsín, Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 1962, t. 59 (2ª entrega), pp. 158-183, p. 160, N° 2 *in fine*.
488. Chillón-Medina, *Formas...* cit., *supra*, nota 486, Nos. 6 a 21.
489. *Ibidem*, Nos. 36 a 48, para la descentralización territorial; Cortiñas-Peláez y Chillón-Medina, cit., *supra*, nota 487, Nos. 7 a 9, para la descentralización funcional.
490. En el sentido de Martín-Mateo, Ramón, *El horizonte de la descentralización*, Madrid, I.E.A.L., 1969, 272 pp., pp. 64 y 262.
491. Le Brun, “Les syndicalistes devant le Plan”, *Les Cahiers de la République*, París, juillet-août 1962, p. 464.
492. Cortiñas-Peláez y Chillón-Medina, cit., *supra*, nota 487, Nos. 7 a 9.
493. Chillón-Medina, *Sur la valeur...*, cit., *supra*, nota 486, pp. 396-97.
494. Creación de los tribunales administrativos (1953) de primera instancia, control minucioso de los actos del Poder Ejecutivo luego de 1958.
495. Interpretada en sentidos opuestos: *vid.* Abendroth, cit., *supra*, nota 434,

controlada por un Ejecutivo férreo, personero de los grandes monopolios—; mientras tanto, el derecho administrativo francés, sacudido por los acontecimientos de 1958 y por la revisión constitucional de 1962, ve progresivamente vaciarse de contenido a algunas de sus nociones claves,<sup>496</sup> mientras parece instaurarse una acentuada dominación del sector público por el gran capital, de quien la Administración se convierte en temible agente por la acción combinada de la centralización<sup>497</sup> y de la privatización,<sup>498</sup> en el marco de la planificación.<sup>499</sup>

60.c) *Valoración del derecho administrativo.* Las reservas apuntadas respecto de la concepción clásica, formal, del derecho administrativo, y los méritos, relativos, de la concepción contemporánea, nos permiten intentar un balance de la utilidad de esta rama de las ciencias administrativas, para el conocimiento teórico-práctico de la Administración.

Creemos que puede hablarse de la aportación permanente del Derecho Administrativo (aa), de las limitaciones de dicha aportación (bb), y de las virtualidades del derecho administrativo en cuanto derecho político (cc).

61.aa) *La aportación permanente.* El estudio del derecho administrativo puede aportar a las ciencias administrativas un mejor cono-

---

p. 817 y ss.; y Wolff, cit., *supra*, nota 454, p. 44; respectivamente como la vuelta al capitalismo-fascista que trajo al poder al nazismo, o, como la vuelta a los derechos fundamentales y al régimen del pluralismo de partidos políticos de la República Imperial de Weimar.

496. Esencialmente, la de servicio público, pero, como consecuencia, las de dominio público, establecimiento público, función pública, obras públicas, personas de derecho público, contrato administrativo, reserva de la ley, etc. *Vid.* cualquiera de los manuales o tratados franceses posterior a la crisis de dichos "dogmas" (acelerada a partir de 1956, y, aún más, de 1962). Cfr., en particular, la interpretación polémica de Bourjol, cit., *supra*, nota 453.

497. Determinada automáticamente, en el Estado contemporáneo, por la creciente primacía del Poder Ejecutivo: cf. Ganshof van der Meersch, Walter Jean, y Somerhausen, Louis, *La primauté de l'exécutif*, Rapport général au VII<sup>e</sup>. Congrès International de Droit Comparé (Uppsala, août 1966), Bruxelles, Centre Interuniversitaire de Droit Public, 1966, 157 ff. multigr. Dicho efecto se acentúa en Francia luego de la reforma constitucional de 1962, que refuerza los elementos presidencialistas de la Constitución de 1958, y, con ellos, la centralización: cfr. Bourjol, *ibidem*, p. 101-119.

498. Respecto, en general, de la penetración de la dinámica, y aun de la estática, de las instituciones administrativas por el derecho privado, *vid.*: Waline, tesis, cit., *supra*, nota 458, *in totum*; Lamarque, Jean, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, París, L.G.D.J., 1960, 579 pp.; quien ve, al contrario, la publicización del derecho privado; la convergencia de la teoría de la responsabilidad en Chapus, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, París, 2<sup>a</sup> ed., L.G.D.J., 1957, 617 pp. Una valoración actual en Bourjol, *ibidem*, p. 319 ss.

499. Chillón-Medina, tesis, cit., *supra*, nota 486, esp. t. II, *in totum*.



cimiento de las instituciones, un método para la comprensión de las competencias orgánicas y una precisión en la aprehensión del fenómeno administrativo mediante los mecanismos normativos. Sin excluir las aportaciones sociológicas y psicológicas de otras ciencias administrativas, el derecho administrativo aporta un enfoque normativo que excluye la unilateralidad de aquéllas.<sup>500</sup> El ordenamiento jurídico-administrativo, al fijar pautas de conducta a los servidores públicos y metas concretas para los cometidos estatales, puede ser también un objeto, en sí mismo, de la investigación de las demás ciencias administrativas, que gracias a él adquieren un punto de referencia interesante para juzgar la eficiencia de las instituciones. No solamente como garantía de las libertades públicas,<sup>501</sup> sino como exigencia institucionalizada de eficiencia en el cumplimiento de los cometidos estatales,<sup>502</sup> así como por el riguroso razonamiento que impone a los administradores en la fundamentación de sus actos,<sup>503</sup> el derecho administrativo tiene un lugar incuestionable en las ciencias administrativas.

62.bb) *Las limitaciones.* La rápida presentación, tanto de la corriente positivista alemana como de la sociologista francesa, han permitido captar sin demora, los obstáculos insalvables de un estudio científico de la Administración que pretenda ceñirse exclusivamente a las conclusiones del derecho administrativo. El desastre del método jurídico puro,<sup>504</sup> particularmente sensible en países en vía de subdesarrollo, como los latinoamericanos, en los cuales la distancia se agranda entre norma y realidad,<sup>505</sup> subraya la unilateralidad e insuficiencia de todo enfoque parcial de la Administración que olvide la indisociabilidad de ésta con su entorno, y, en particular, con la historia de sus instituciones, en lo económico, social y, en definitiva, en lo político.<sup>506</sup> La prestacionalidad se incorpora a la esencia de la Adminis-

---

500. Groshens, Jean-Claude, "Droit administratif et sciences administratives en France", París, *Revue administrative*, 1967, p. 657 y ss.

501. Sentido tradicional realizado por Gaudemet, Paul-Marie, "Droit administratif et science administrative", *Estudios en honor de Colmeiro*, Universidad de Santiago de Compostela, Facultad de Derecho, 1950, 200 pp., pp. 37-45, esp. p. 44.

502. Exigencia irrenunciable en el *Leistungsstaat*, *supra*, notas 21 y 425.

503. Gaudemet, cit., *supra*, nota 501, *ibidem*.

504. Cortiñas-Peláez, León, *Una concepción...*, cit., *supra*, nuestra nota 250, su Nº 80, y notas 494 a 496, *passim*, e *infra*, nota 530.

505. *Ibidem*, Nº 82 *in fine* y sus notas 532 y 533.

506. Bülck, Hartwig, "Abhängigkeit und Selbständigkeit der Verwaltung", en Morstein-Marx (Director), *Verwaltung*, cit., *supra*, nuestra nota 425, p. 60.

tración del Estado democrático,<sup>507</sup> y el concepto de eficiencia,<sup>508</sup> pasa a integrar la definición moderna del derecho administrativo.<sup>509</sup>

En cuanto a la estructura misma de la acción administrativa, así como de los mecanismos de su control, esta conciencia de sus limitaciones nos plantea múltiples problemas, de los cuales séanos permitido evocar, brevemente, 1º el de su relación con los poderes públicos (con el poder en sentido amplio), y 2º el de su justiciabilidad autónoma (“unidad de jurisdicción para la Administración Pública”).

1º Si nos limitamos al Estado moderno de los países capitalistas, su autoridad y dinamismo prestacional se miden, en cuanto a las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, en función de la superioridad jurídica (casos de Francia y Alemania Federal, y, en menor grado, de la hoy algo anticuada Constitución angloamericana de 1787) o de la superioridad política (Gran Bretaña y Suiza) del órgano de acción sobre el órgano de control, siempre y cuando el Ejecutivo sea electoral y jurisdiccionalmente responsable, como lo exige el imperativo democrático y social del Estado de Derecho.<sup>510</sup> Ahora bien, el Poder Ejecutivo del Estado contemporáneo no es un mero trozo o porción del poder, dividido y separado<sup>511</sup> según la idea clásica de Montesquieu y su evolución.<sup>512</sup> Estamos ante

---

507. *Vid.* Maier, Hans, “Verwaltungslehre und politische Theorie”, en *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nuestra nota 250, pp. 781-802, esp. p. 788-89.

508. *Eficacia* es el valor absoluto producido por la institución (*output*) en un tiempo dado; la *eficiencia* es una relación entre insumos (*input*) y producto final (*output*). Obviamente, valor absoluto de la producción y valor relativo pueden no coincidir, particularmente en países donde la Administración está sometida a fuertes disfuncionalidades, como en los países en vía de subdesarrollo. En otras palabras, una Administración puede ser aparentemente *eficaz* pero, por sus altísimos insumos, se vuelve *ineficiente*. Hay que multiplicar en América Latina el producto administrativo, pero disminuyendo al mínimo sus costos: una Administración *ineficiente* desprestigia al Estado, apenas se abandona el enfoque simplista de la eficacia. La precisión es importante, terminológicamente, pues ambos términos suelen emplearse en castellano, impropia y equivocadamente, como equivalentes.

509. Martín-Mateo, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, ed. del autor, 1970, 511 pp., p. 85, pero hablando de eficacia en vez de eficiencia.

510. Cortiñas-Peláez, *Una concepción...*, cit., *supra*, nota 250, p. LVII, nota 35.

511. Cfr. Eisenmann, Charles, “L’Esprit des lois et la séparation des pouvoirs”, *Mélanges Carré de Malberg*, París, Sirey, 1933, VIII + 536 pp., p. 163 y ss., quien demuestra la falsedad de la “separación” en la concepción de Montesquieu, quien sólo habla de división.

512. Cfr. igualmente, para esta “disidencia” revolucionaria francesa respecto del enfoque liberal de Locke y de Montesquieu, García de Enterría, cit., *supra*, nuestra nota 422, *in totum*, esp. p. 39 y ss.

una "transmutación esencial" de su naturaleza,<sup>513</sup> derivada de la fusión definitiva de Estado y Sociedad<sup>514</sup> por obra del peso del sufragio universal directo,<sup>515</sup> de la multiplicación exponencial de los cometidos estatales ínsita en dicha fusión, de la inadecuación técnica del Parlamento para legislar adecuadamente sobre materias cuantitativa y cualitativamente tan desbordadas respecto del *pensum* legislativo encarado en su tiempo por Locke y Montesquieu, transmutación esencial de la cual la masiva ampliación de la competencia reglamentaria del Ejecutivo<sup>516</sup> es sólo consecuencia. El Poder Ejecutivo ya no es una mera concentración de atribuciones jurídicas, ya no se limita a ser un desprendimiento de poder de la persona Estado. El Ejecutivo contemporáneo tiende a adquirir una personificación propia, la Administración.<sup>517</sup> A la especialidad inicial de mera ejecución subordinada de la ley parlamentaria, sucede una concentración de poderes jurídicos (ejecutivos, pero también legislativos, crecientes), que de hecho, disminuye al Parlamento y hasta paraliza al Poder Judicial. El Estado tiende casi a confundirse con la Administración, pero a ésta los títulos de legitimidad le faltan: en ella, el Jefe del Ejecutivo y sólo él, responde políticamente de sus actos en régimen presidencial; sus ministros, sólo eventualmente cuando un régimen neopresidencial<sup>518</sup> agrega su responsabilidad parlamentaria a la responsabilidad electoral y referendaria<sup>519</sup> del Jefe del Estado, pero ni aun en dicha hipótesis, los verdaderos titulares del poder administrativo, la burocracia alta y media, rinden cuentas de su gestión a la opinión pública. La acción administrativa, factor decisivo de la nueva estructura social querida por la Revolución Francesa,<sup>520</sup> tiende a encarnar la máxima irresponsabilidad política de la historia moderna. ¿Los controles del derecho administrativo, clásico y aun contemporáneo, podrán proteger

513. García de Enterría, *ibidem*, p. 93.

514. Cfr. Ehmke, "Staat" und "Gesellschaft"... , cit., *supra*, nota 442, *in totum*.

515. Que incorpora al pueblo dentro de la esencia del Estado.

516. García de Enterría, cit., *supra*, nota 422, ve en ella, por el contrario, un motor decisivo de la quiebra de la concepción clásica liberal. Que la quiebra exista nos parece innegable, pero *a posteriori* de las crisis económicas y sociales que causan, precisamente, dicho atentado a la división de los poderes.

517. García de Enterría, *ibidem*, p. 94 y ss.

518. Como los latinoamericanos, mal llamados neoparlamentarios.

519. Instaurada esta última, en Francia por la Constitución de 1958 y la práctica (1958-1972) de sus dos primeros jefes de Estado; y en Chile, por la reforma constitucional de 1970.

520. García de Enterría, cit., *supra*, nota 422, p. 57, con referencia a la doctrina jacobina del "gobierno revolucionario" que "venía a postular inexorablemente un poder administrativo fuerte y universal, como no lo había conocido el antiguo régimen" (p. 58).

al ciudadano sin paralizar la acción transformadora de la Administración prestacional? La búsqueda de la solución más adecuada desborda, en el marco de las ciencias administrativas, la mera consideración normativa del problema.

2º La intensa penetración del derecho privado en las estructuras y en el funcionamiento de la Administración,<sup>521</sup> pone en crisis la distinción de una jurisdicción administrativa (de derecho público) y de una jurisdicción judicial (de derecho privado) para los actos de la Administración Pública. La determinación de la competencia jurisdiccional se vuelve dificultosa, casi una lotería;<sup>522</sup> el bicefalismo jurisdiccional, fuente de denegación de justicia;<sup>523</sup> la inexistencia de una especificidad procedimental<sup>524</sup> y la posibilidad de asegurar por otras vías la especialización de los jueces,<sup>525</sup> son argumentos concluyentes para afirmar decididamente una postura de unidad jurisdiccional. Pero, con la voz "unidad" no se resuelve el problema, pues la opción entre someter todo litigio al juez judicial,<sup>526</sup> y la postura de una unidad "de fuero"<sup>527</sup> que lleve todo proceso en que sea parte una administración pública al conocimiento de un tribunal administrativo plantea una alternativa que escapa, como el problema anterior, a una consideración puramente normativa de las ciencias administrativas.

---

521. *Supra*, Nº 59 y notas 498 y 458.

522. Martín-Retortillo, Lorenzo, *Nota...*, cit., *supra*, nuestra nota 436, p. 13.

523. Barbe-Pérez, Héctor, "Un caso de degeneración de justicia", nota a los fallos del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de 13 de mayo de 1953, y de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay de 27 de agosto de 1954, Montevideo, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1954, p. 950 y ss.

524. Cortiñas-Peláez, León, *Una concepción...* cit., *supra*, nota 250, p. LVIII-LIX, remitiéndose a Sayagués-Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., *supra*, nuestra nota 450, su t. II, pp. 507-08.

525. Salas especializadas dentro del Poder Judicial, integración del órgano jurisdiccional mediante un amplio "tour de l'extérieur", única justificación concreta y seria del Consejo de Estado francés. Cf. Letourneur, Maxime, *Cours de contentieux administratif comparé*, Faculté internationale pour l'enseignement du droit comparé, Strasbourg, 1963.

526. Parada-Vázquez, José Ramón, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, tesis (Valladolid), ed. Instituto García-Oviedo (Univ. de Sevilla), 1963; y su "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso", Madrid, *Rev. de Administración Pública*, 1968, Nº 55, p. 65 y ss.

527. Martín-Retortillo, Lorenzo, *Nota...* cit., *supra*, nota 436, p. 13; Weil, Prosper, *Droit administratif*, cit., *supra*, nuestra nota 436, su p. 121 y ss.; Martín-Retortillo, Lorenzo, "Unidad de Jurisdicción para la Administración Pública", *Homenaje a Sayagués-Laso*, cit., *supra*, nuestra nota 250, su t. V, pp. 669-719, esp. Nos. 12, 14, 15 y 16.

63.cc) *El derecho administrativo como derecho político*. En verdad, toda ciencia jurídica bien entendida, y en particular el derecho público, forma parte del gran espectro de las ciencias políticas, de las cuales las ciencias administrativas no son sino una rama.<sup>528</sup> Precisamente del olvido de esta verdad elemental, por parte de la concepción germánica clásica, perdida en los meandros abstractos de su logicismo, se derivan las considerables frustraciones científicas actuales del estudio del derecho administrativo en Austria<sup>529</sup> y aun en Alemania.<sup>530</sup> La expansión, afortunadamente parcial, de dicha consideración formal de fenómenos humanos, materiales (en cuanto no formales), en Francia —donde quizá la categoría del servicio público y otras grandes nociones clásicas se aplicaron a partir de los años treinta más como formas que como sustancias— explica también allí las insuficiencias actuales: la perplejidad de una doctrina que se encuentra con ciertos conceptos convertidos en formas vacías,<sup>531</sup> conceptos cuyo

---

528. Molitor, André, *Préface* al repertorio de textos preparado por los Institutos belga y francés de Ciencias Administrativas, Molitor-Gazier-Braibant (directores), *L'Administration Publique*, París, ed. Armand Colin, 1971, 526 pp., pp. 9-19, esp. p. 18.

529. Cf. Ermacora, *Die Bedeutung...*, cit., *supra*, nota 427, *ibidem*.

530. Aunque la precisión sería válida para el derecho público alemán en general, valga aquí sólo como ejemplo, la argumentación de Wolff, *Verwaltungsrecht I*, cit. *supra*, nuestra nota 454, quien tras distinguir entre pueblos civilizados e incivilizados para la determinación de la magnitud de la Administración, (p. 17), sostiene, con ingenuidad que supera todos los "malabarismos" de las más encumbradas torres de marfil del juridicismo administrativo, que el dominio de la arbitrariedad nacionalsocialista fue hecho posible por una "aparente pequeñez, es decir, por la abolición del control jurisdiccional de las medidas de la policía política" (p. 41), luego de lo cual pasa a realizar el elogio de las leyes administrativas, buenas y unitarias, de permanente significado, cuya aprobación fue facilitada por la "simplificación de los procedimientos legislativos" en dicho período histórico. Medítese que estamos ante el único tratadista alemán, posterior a la Segunda Guerra Mundial, que expresamente rechaza la postura nacionalsocialista, y se comprenderá la trascendencia, en la formación jurídica, de un método realista, político, que impida —por lo menos en parte— tamaño desconocimiento de las realidades sociales, económicas y políticas que enmarcan al derecho administrativo. Cfr., *supra*, nuestra nota 454, para la significación de la obra de Wolff comparada con la de Forsthoff, y valórese *la ciencia con conciencia* de Bachof, Otto, *Seminar über Staatsrecht der nationalsozialistischen Zeit, Die Rechtsprechung* (1967/68) y *Die Rechtslehre* (1968/69), único publicista alemán contemporáneo en estudiar abiertamente en su Seminario de Tubinga, las normas, jurisprudencia y doctrina del nazismo.

531. Así, el servicio público, concebido para sustraer sectores económicos claves al mercado capitalista poniéndolos directamente bajo la dirección del poder público, se convierte, en el Estado presidencialista de los monopolios, en un apéndice privilegiado del sector privado; mediante el régimen de las sociedades de economía mixta, que permiten el control eficaz y sin riesgos por el gran capital (y a veces por empresas extranjeras), se desvanecen progresivamente las leyes propias del servicio público, incluso en puntos tan fun-

acuerdo político-institucional requiere constante ajuste a las cambiantes realidades del entorno.<sup>532</sup>

El mérito de las construcciones jurídicas europeas, innegable, no les confiere automáticamente validez universal,<sup>533</sup> pero sería igualmente arbitrario un exasperado particularismo<sup>534</sup> que implicara el rechazo de su experiencia, sin cotejarla críticamente con nuestras necesidades latinoamericanas, de Estado débil y asediado por la dominación deformante del exterior y por las disfuncionalidades de la sociedad nacional.<sup>535</sup> En cierta medida, nos encontramos en América Latina, como en la Alemania del siglo XIX, ante un divorcio marcado entre Estado y Sociedad,<sup>536</sup> que sólo la acción integradora<sup>537</sup> del primero<sup>538</sup> puede superar. Automáticamente, una consideración rigurosa del entorno, que engendra y protege a nuestras frágiles instituciones, implica el rechazo de un enfoque formalista, intemporal e inespacial, ahistórico, desvinculado del *realismo jurídico* que nos parece el único método científico, coherente y sistemático, aplicable a las construcciones del derecho público.<sup>539</sup>

---

damentales como la libertad de locomoción (autopistas, sometidas a la ley de la oferta y la demanda) y hasta la defensa nacional (el servicio de los polvorines —*service des poudres*—, tradicionalmente integrado al cumplimiento de un cometido esencial del Estado mediante un régimen de *régie directe*, ahora en régimen de economía mixta, con dinámica de derecho privado y ya penetrado por la participación de capitales... alemanes) Cf. Bourjot, *Droit administratif*, cit., *supra*, nuestra nota 453, su p. 320.

532. Vid. los prodigios dialécticos, en defensa del servicio público, realizados por Laubadère, André de, "Revalorisations récentes de la notion de service public", *Actualité juridique - Droit administratif*, 1961, p. 591 y ss.
533. Sobre la tesis del *universalismo*, cfr. *supra*, N° 2.
534. Sobre la tesis del *particularismo*, cfr. *supra*, N° 2.
535. Sobre la tesis del *latinoamericanismo*, *supra*, N° 3.
536. Ehmke, "Staat" und "Gesellschaft"... cit., *supra*, nuestra nota 442.
537. En el sentido de Smend, Rudolf, "Integrationslehre", *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, t. 5, 1956, pp. 299-302; "Integration", *Evangelisches Staatslexikon*, Stuttgart/Berlin, Kreuz-Verlag, 1966, pp. 803-805, que precisan su clásico trabajo *Verfassung und Verfassungsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1928; los tres, ahora, en su recopilación *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlín, Duncker & Humblot, 2ª ed., 1968, respectivamente pp. 475-481, 482-486 y 119-276.
538. Firmemente en pro de esta misión del Estado en América Latina, los recientes trabajos de Brewer-Carías, Allan-Randolph, "Las transformaciones de la Administración Pública para el desarrollo: el caso de Venezuela", Madrid, *Rev. de Administración Pública*, 1969, N° 58, p. 387 y ss., y su *Prólogo* (pp. 1-33) a su propio libro *El control de las actividades económicas del Estado en el derecho venezolano*, Caracas, Contraloría General de la República, 1969, VIII + 176 pp., Nota de Presentación de Luis A. Pietri.
539. Cortiñas-Peláez, *Una concepción* cit., *supra*, nuestra nota 250, p. CXLII y ss.

En efecto, la realidad de la Administración como fenómeno humano<sup>540</sup> y consecuentemente como fenómeno político,<sup>541</sup> nos parece un hecho elemental, de una evidencia desmesurada, que sólo puede negarse por pereza intelectual, tendente a simplificar la inmensidad de la tarea que las ciencias administrativas implican, con pluridisciplinaridad que impregna también decisivamente las consideraciones del derecho administrativo.

Ahora bien, la profundización de las categorías administrativas no será eficaz si se limita a la cuantificación funcionalista de las ciencias administrativas angloamericanas, prescindiendo de la realidad esencial de *la Administración como conducción*, como centro real de preparación y formulación primaria —sometida luego a la decisión de las instancias políticas— de las grandes opciones del Estado. Puede decirse que la aparente despolitización de las sociedades industriales, se ve acompañada por una “politización universal”,<sup>542</sup> puesto que el crecimiento de las necesidades del Hombre en sociedad y las limitaciones presupuestarias del Estado provocan, cada vez con mayor frecuencia, opciones decisorias que afectan a toda la colectividad, y ellas son, por ende, decisiones políticas, en sentido estricto, o en el de política económica, o en el de política social;<sup>543</sup> la multiplicación de las actividades prestacionales de la Administración, no sólo en materia de producción sino de distribución,<sup>544</sup> lleva a que la máxima de Saint-Simon, “la politique est la science de la production” debe ser completada con “y de la distribución”, puesto que casi la mitad del producto social forma hoy parte de lo que los economistas llaman “distribución secundaria”.<sup>545</sup> La Administración prepara, propone y ejecuta decisiones claves, en el triángulo del pleno empleo, la estabilidad de precios y el equilibrio de la balanza de pagos, nos dicen los administrativistas del mundo dominante,<sup>546</sup> para justificar su naturaleza política; en los países dominados, cabría hablar, más complejamente, del *hexágono* del pleno empleo, del libre y efectivo acceso de las masas a la

---

540. Peretti, André de, *L'administration, phénomène humain*, prólogo de M.J. Minot, París, ed. Berger-Levrault, 1968, 351 pp., *in totum*.

541. En el clásico sentido de Aristóteles, que campea en García de Enterría, cit., *supra*, nuestra nota 422, *in totum*, así como en su ya clásica obra *La Administración Española*, 3ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1972, 165 pp.

542. *Politisation universelle*, en francés, en el original de Bülck, cit., *supra*, nota 506, p. 60.

543. Bülck, *ibidem*.

544. *Ibidem*.

545. *Ibidem*, p. 61.

546. *Ibidem*.

educación (incluso superior), de la plena participación democrática en el aparato prestacional de la Administración, de la ampliación y perfeccionamiento técnico-gerencial de los servicios del poder público, de la superación del divorcio entre Estado y Sociedad mediante quiebra de los sectores feudales (económico-sociales) de poder político, y de la atenuación de la dominación y deformación ejercidas por centros de poder externos. *La naturaleza política del hexágono administrativo*, que no necesita ser demostrada, define por sí misma al derecho administrativo, y, con él, a las ciencias administrativas en las que se integra.

Cabe sólo recordar aquí, sumariamente, que esta universal primacía de lo político en lo administrativo,<sup>547</sup> lógica consecuencia a nivel normativo de la concepción del derecho administrativo como un derecho constitucional concretizado,<sup>548</sup> supone asegurar que el derecho y la justicia, que rigen a la Administración, no estén al servicio de la clase burguesa, sino de las mayorías, para las cuales deben ser no sólo fácilmente comprensibles sino accesibles.<sup>549</sup> La enunciada naturaleza política de las decisiones administrativas, incluso las aparentemente secundarias de la vida cotidiana, exige un estudio teórico previo a la elaboración de sus normas, en el que la participación de administrativistas pluridisciplinarios, juristas y no juristas, asegure en la estructura y en el funcionamiento de la Administración, la vigencia de los valores incorporados por las mayorías a la constitución del Estado. Más allá de un superado agnosticismo axiológico finisecular,<sup>550</sup> las ciencias sociales, en cuanto ciencias políticas, están cargadas de axiología, están presididas por valores,<sup>551</sup> cuyas diversas modalidades de manifestación concreta no significan sino un desafío para la creación institucional humana<sup>552</sup> y una confirmación de su vigencia existencial, más allá de contingencias espaciales y temporales.<sup>553</sup> La falsedad de la visión kan-

---

547. Morstein-Marx, Fritz, *apud* Johnson, Nevil, "Grossbritannien", en *Verwaltung* cit., *supra*, nuestra nota 425, p. 70.

548. Bachof, cit., *supra*, nuestra nota 433, su p. 442 y s.

549. Braibant, cit., *supra*, nuestra nota 317, su p. 881 y s. *Adde*, Braibant, *ibidem*.

550. Desempolvado por Kelsen en su célebre trabajo sobre la Justicia, ahora en *Reine...*, cit., *supra*, nota 417, pp. 355-444.

551. Myrdal, Gunnar, "Das Zweck-Mittel Denken in der Nationalökonomie", *Zeitschrift für Nationalökonomie*, 4 (1933), p. 305-329, reimpresso en su *Das Wertproblem in der Sozialwissenschaft* (trad. alemana), Hannover, 1965, pp. 213-233, ambos *apud*, Luhmann, cit., *supra*, nuestra nota 247, su p. 23.

552. Cfr. Bachof y Hesse, cit., *supra*, nuestras notas 433 y 474.

553. Cf. Llambías de Azevedo, "La objetividad de los valores ante la filosofía de la existencia", *Rev. de la Facultad de Humanidades y Ciencias*, Montevideo, 1952, *in totum*.



tiana (un Estado finalizado en el Derecho como medio de asegurar la coexistencia de las libertades de los súbditos)<sup>554</sup> radica en el fijismo del liberalismo tradicional, ajeno a la convicción —contemporánea, pero ya presente en los revolucionarios franceses de 1793— de que el desequilibrio es la ley suprema de la estructura social. Por ello, asegurando la acción estatal para quebrar la causación circular acumulativa del desequilibrio, los franceses forjaron una Administración personificada, cuya necesidad se acentúa en países de Estado débil e incipiente como los latinoamericanos.<sup>555</sup> La legitimidad de la visión sociológica del Derecho Administrativo, reconocida por los normativistas incluso respecto de las ciencias jurídicas en general, se refuerza ante los imperativos del *hexágono administrativo*; éstos llevan, en América Latina, a conferir a la Administración un papel conductor de primer plano en materia de planificación, papel respecto del cual la adaptación forzada<sup>556</sup> de los cánones del derecho administrativo de la era liberal europea parece inadecuada, planteando a los administrativistas, una vez más, la necesidad de flexibilizar sus enfoques abstractos atendiendo a las realidades del entorno económico y social.<sup>557</sup> Como se ha dicho, con autoridad jurídico-administrativa de máximo nivel,

...factores jurídicos y extrajurídicos no pueden ser válidamente separados. Es muy cierto que, en los hechos, la estructuración y el funcionamiento de la Administración comportan un desajuste más o menos sensible, con relación a las normas que las rigen. No es por ello menos cierto que esta estructuración y esta actividad se establecen con referencia a estas normas que constituyen su marco y permiten emitir sobre aquéllas un juicio de validez. Nadie considera ya en nuestros días, sin duda, que la armazón jurídica baste para explicar y juzgar a la Administración; ella no constituye, por ello menos, un elemento indispensable tanto en el análisis como en la apreciación de los hechos administrativos. Una ciencia administrativa que pretendiera separarse

- 
554. Kant, Immanuel, "Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre", § 49, en la ed. de *Metaphysik der Sitten* de Vorlaender, Hamburgo, 1954, *apud* García de Enterría, cit., *supra*, nuestra nota 422, p. 19.
555. Compárese con la lucha contra los "demoledores" del Estado evocada por Legendre, Pierre, "Histoire de la pensée administrative française", en Langrod, Georges, Director, *Traité de science administrative*, cit., *supra*, nuestra nota 424, p. 36.
556. Como la que intenta Gordillo, Agustín, *Derecho administrativo de la planificación*, Bogotá, ed. mimeografiada de la Gobernación de Cundinamarca (Proyecto 102 de la Organización de Estados Americanos), 1967, y en su *Derecho Administrativo de la Economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967, pp. 409-468.
557. En este sentido, Chillón-Medina, *Formas...*, cit., *supra*, nuestra nota 486, su p. 150 y nota 77.

del derecho administrativo desembocaría en resultados parciales y decepcionantes. Inversamente, el estudio del derecho administrativo sería erróneo si descuidara las aportaciones de la historia, de la sociología o de la tecnología. La regla de derecho administrativo debe mucho a las experiencias de la Administración y a sus prácticas. Su dogmatismo, inherente a toda regla de Derecho, disimula mal el empirismo que ha presidido a menudo su elaboración y al que dará lugar su ejecución. Si es para el jurista legítimo y necesario el considerar la norma en sí misma, no podría, sin abdicar de sus responsabilidades, negarse a indagar su génesis y su efectividad, y, para ello, la aportación de las disciplinas administrativas no jurídicas le es indispensable.<sup>558</sup>

64.D) *El marco pluridisciplinario: remisión.* Dentro de las ciencias administrativas, el derecho administrativo tiene, pues, una misión importante, pero en modo alguno exclusiva o mayoritaria. La Administración Pública es objeto de una encrucijada científica pluridisciplinaria en la cual cabe distinguir, provisoriamente, la teoría administrativa, la política administrativa y el derecho administrativo.<sup>559</sup> Este, sin aquéllas, carece de sentido. Trataremos de ocuparnos de ello en la continuación de este trabajo.

Dirección del autor:  
Prof. Dr. L. Cortiñas-Peláez  
90, rue d'Assas  
París (6), Francia.

---

558. Auby, Jean-Marie, "Le milieu juridique", en Langrod, cit., *supra*, nota 424, su p. 176.

559. Cfr. Wolff, *Verwaltungsrecht I*, cit., *supra*, nota 469, pp. 49-50; y Ermacora, Félix, "Oesterreich und die Schweiz, Umfang der Verwaltungswissenschaft", in Morstein-Marx, cit., *supra*, nuestra nota 237, pp. 205 a 217; Lavigne, Pierre, "Science des Finances Publiques et Science Administrative", en *Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis Trotabas*, París, L.G.D.J., 1970, pp. 337-352, para una visión reciente de las relaciones de ciencia y derecho financieros, con las ciencias administrativas.

PRIMERA PARTE

DOCTRINA



	<i>Pág.</i>
	<hr/>
§ 15. IMPLICACIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD .. ANTONIO MOLES CAUBET (Caracas)	137
§ 16. ADMINISTRACION Y REPRESENTACION DEMOCRATICA .. J. RODRIGUEZ-ELIZONDO (Santiago)	175
§ 17. TRANSFORMACION DE LA ADMINISTRACION Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO .. A. NAVA-NEGRETE (México)	187
§ 18. LA MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS H. RONDON DE SANZO (Caracas)	199
§ 19. HACIA UNA NUEVA NOCION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS .. R. AGUIRRE-PANGBURN (México)	239
§ 20. TEORIA GENERAL DE LA CONCESION .. M. ACOSTA-ROMERO (México)	245

	<i>Pág.</i>
§ 21. LA CENTRALIZACION - MODALIDADES . . . . .	261
A. MENDEZ (Montevideo)	
§ 22. NOTA SOBRE CAPITALISMO DE ESTADO, DESCEN- TRALIZACION ADMINISTRATIVA Y JURIDICIDAD	281
E. KRIEGER-VAZQUEZ (México)	
§ 23. EL DEPARTAMENTO DE TURISMO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS . . . . .	287
J. OLIVERA-TORO (México)	
§ 24. LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS EN CO- LOMBIA . . . . .	315
J. CASTRO-CASTRO (Bogotá)	
§ 25. LOS PROBLEMAS MUNICIPALES Y SU SOLUCION CONTEMPORANEA . . . . .	341
D. H. MARTINS (Montevideo)	
§ 26. ACUMULACION DE CARGOS EN LA CONSTITUCION DEL BRASIL . . . . .	345
C. TÁCITO (Guanabara)	
§ 27. EL "OMBUDSMAND" NORDICO-SAJON: UN CON- TROL DE CONFIANZA . . . . .	355
E. SOTO-KLOSS (Santiago)	

	<u>Pág.</u>
§ 28. LA VISTA DE LAS ACTUACIONES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO . . . . .	377
A. A. GORDILLO (Buenos Aires)	
§ 29. NOTA ACERCA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL . . . . .	411
H. M. RODRIGUEZ-SANGUINETTI (Montevideo)	





## § 15. IMPLICACIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

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

### SUMARIO

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

### I

#### PRINCIPIOS CON TRASCENDENCIA JURIDICA Y PRINCIPIOS INCORPORADOS A LA NORMA

##### A) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

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

el Derecho Administrativo, regula la administración pública. Segundo, aparece la categoría de derechos subjetivos con un contenido público. Tercero, la tutela de situaciones jurídicas de tal calidad, queda atribuida a una jurisdicción especial, la contencioso-administrativa, que también corrige las irregularidades de la Administración constitutivas *d'excès de pouvoir* (recurso objetivo). Cuarto, la Administración-sujeto puede ser patrimonialmente responsable por determinadas faltas —aun cuando no constituyan actos ilícitos— con independencia de la responsabilidad personal de las autoridades, funcionarios y sus agentes. Responsabilidad directa.

Este tipo estructural de Estado, el Estado de régimen administrativo, tiene una amplia área geográfica, pues comprende a Francia, Bélgica, Holanda, España, Portugal, Alemania, Austria, Suiza, Italia . . . y sobre todo los países latinoamericanos. Ahora bien; solamente ellos tienen el principio de legalidad. Expresado en otros términos: el principio de legalidad no es propio de todos los lugares como tampoco de todos los tiempos.

Coexisten, empero, otros dos tipos estructurales de Estado: el Estado judicialista y el Estado socialista.

Dicho de una manera sobria. El tipo de Estado judicialista tiene una unidad de Derecho y de jurisdicción, derechos subjetivos indiferenciados y tendencia a la irresponsabilidad patrimonial de la Administración, aun cuando no a la de sus agentes. En este tipo de Estado judicialista rige la "rule of Law"<sup>1</sup> en vez del principio de legalidad propiamente dicho. Comprende los países de la "Common Law", Inglaterra, Norteamérica y parte de Asia, África y Oceanía. Experimentan sin embargo una acelerada transformación que, cada vez más, los acerca a los Estados de régimen administrativo.

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

Mas, ¿qué se entiende por principio de legalidad? Las contestaciones suelen ser fragmentarias, imprecisas y no pocas veces confusas. Lo más frecuente es que se limiten a destacar uno solo de los aspectos, el relacional, afirmando que en virtud del principio de legalidad la administración *debe conformarse* a la regla de Derecho previamente establecida, o *actuar con sujeción* a la norma, o *respetando* el orden jurídico, o bien *procediendo según las bases de la Ley*. Prosiguiendo así la misma línea del pensamiento podría enunciarse el principio de legalidad en estos o parecidos términos: toda actividad derivada de una función administrativa estará regida por la ley y/o las demás normas a ella subordinadas.

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

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

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

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

---

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

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

## B) CONTEXTURA NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Por su preeminencia como noción fundante —*primun verum*—, el principio de legalidad ha de tener rango constitucional, exigencia lograda de dos maneras distintas.

Lo más sencillo sería utilizar una proposición imperativa. Esta fue la técnica adoptada en la Constitución austríaca de 1920, cuando su artículo 20 proclamaba que, “la administración pública por entero no puede ejercerse sino en base a las leyes”, fórmula que remeda la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, cuyo artículo 20, párrafo segundo, contiene este precepto: “Los poderes ejecutivo y judicial están obligados a respetar la Ley y el Derecho”.

Aquí se trata, ante todo, de un imperativo en virtud del cual la administración *deberá* ejercitarse con base a la Ley o respetando la Ley y el Derecho. Sin embargo, semejante proposición es por sí sola insuficiente, pues para darle cumplimiento ha de desarrollarse añadiéndole las demás en ella implicadas. Así entran en juego, proposiciones apodícticas (“esta es, necesariamente, la norma reguladora”); proposiciones copulativas (“ésta es la norma reguladora junto con otras”); proposiciones disyuntivas (“la administración ha de actuar conforme a la ley o dentro de los límites de la ley”), y en fin, proposiciones hipotéticas (“si una situación dada está prevista en la norma aplicable se producirán tales consecuencias”).

Resumiendo, el principio de legalidad no puede quedar plenamente expresado en una única norma constitucional, por cuanto domina todo el Ordenamiento Jurídico de cuya coherencia interna es factor decisivo.

Otra manera de conferir rango constitucional al principio de legalidad se obtiene cuando la Constitución dispone de una retícula normativa, valga la imagen; es decir, de un entrelazamiento de normas, hecho posible para que el principio tenga una completa y efectiva realización.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

Correlativa a la carga tributaria, y con un proceso histórico análogo, figura una carga personal, el servicio militar obligatorio, que corresponde igualmente a un deber (artículo 53), cuyo cumplimiento ha de producirse "en los términos pautados por la ley" (artículo 60, N° 9°). Ahora que, una vez se forma parte del Ejército, el deber inicial queda convertido en una auténtica obligación, dependiente de Reglamentos internos y de Ordenes disciplinarias como consecuencia de las denominadas "relaciones especiales de subordinación" o bien "relaciones de supremacía especial".<sup>6</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 atañe a su contenido, es la ley y exclusivamente ella, la que puede condicionarla, según precisa la Constitución italiana, respecto a la "adquisición, disfrute y límites" (artículo 42-2). Es en este sentido que la Constitución venezolana garantiza el derecho subjetivo de propiedad, aun cuando "sometido a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés social" (artículo 99, segundo inciso, 104 y 105).

Por lo tanto, la propiedad, siempre que lo disponga expresamente la ley, es susceptible de ciertos sacrificios en beneficio general, cuyo ejem-

- 
5. Paul Marie Gaudemet: *Précis de Finances Publiques*. Ed. Montchrestien. París, 1970. Vol. II, pp. 105-115. La jurisprudencia venezolana establece que las tasas han de ser fijadas en virtud de la ley o de una autorización legal. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, 4 mayo de 1966. Sala Política y Administrativa. *Gaceta Oficial* N° 28.039, de 23 de mayo. Sentencia N° 263 del Tribunal de Apelaciones del Impuesto sobre la Renta de 18 noviembre de 1963, confirmada por la Corte Suprema de Justicia. Jurisprudencia del Impuesto sobre la Renta. Ministerio de Hacienda, Caracas, 1967. Tomo III, pp. 57 y 420. Hay un estudio muy completo y documentado, obrante en los autos del profesor Florencio Contreras Quintero, sosteniendo la doctrina admitida.
  6. El artículo 6 del *Bill of Rights* disponía que la leva militar y el mantenimiento del Ejército se sometiera al consentimiento del Parlamento. La Constitución francesa de 1795 (año III), establece el deber militar con sujeción a la ley. Ver V. Bachelet: *Disciplina militare e Ordinamiento giuridico Statale*. Ed. Giufrè. Milano, 1962.

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

— Siguiendo una reciente tendencia del Derecho Público, el ejercicio de ciertas funciones se está “procedimentalizando” —permítase semejante neologismo— con lo cual el procedimiento establecido constituye un límite a la potestad administrativa y queda también circunscrito en el ámbito de la “reserva legal”. De los varios procedimientos así configurados resalta como el más antiguo y característico aquel que la doctrina italiana denomina ablatorio (del latín *ablatio-onis*, derivado a su vez de *aufferre*, quitar), mediante cuya aplicación el poder público sacrifica el interés de un particular en beneficio colectivo.<sup>8</sup>

La noción de ablación —elaborada por el Derecho Intermedio— ha ido adquiriendo, en el transcurso de este siglo, forma procedimental, tanto más importante en cuanto que afecta a derechos subjetivos que tienen protección de la ley, es decir, comprendidos en el principio de legalidad. Su repertorio resulta sumamente extenso, dando lugar a procedimientos ablatorios personales (requisiciones personales, entre ellas el servicio militar obligatorio, diversas órdenes administrativas, particularmente las de policía tanto la de seguridad como la sanitaria y de tránsito, sanciones administrativas, etc.); procedimientos ablatorios reales (cargas tributarias, expropiaciones y otras transferencias coactivas de la propiedad, secuestros, ocupaciones de urgencia, requisiciones de bienes muebles y semovientes, servidumbres legales y otras limitaciones forzosas de la propiedad, etc.); procedimientos ablatorios obligacionales (asunciones y cláusulas contractuales obligatorias, tarifas y precios impuestos, etc.). Este es el perfil jurídico de la ablación, respecto a derechos, intereses y situaciones subjetivas que exige un procedimiento legal.<sup>9</sup>

---

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

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

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



La Constitución italiana adopta una fórmula sobria y a la vez suficientemente extensiva: "Ninguna prestación personal o patrimonial puede ser impuesta sino en base a la ley" (artículo 23).

Aun faltando en Venezuela un precepto constitucional así formulado se habrá de llegar a una misma conclusión. El razonamiento es simple: si los derechos afectados (libertades, propiedad) están garantizados por la reserva legal, al atribuir la ley un poder respecto a ellos, debe al mismo establecer las formalidades con que haya de ejercitarse. Semejante exigencia proclamada, siquiera fuera restringidamente, por el artículo 11 de la Declaración de derechos del Hombre de 1793, tiene su reflejo en los artículos: 60 - 1º, 5º, y 10º; 62 p. 2º, 63 y 48 de la Constitución venezolana. Por tanto, no cabe duda alguna que se trata de un verdadero principio constitucional cuya fuerza constitutiva, en defecto de norma concreta, corresponde reconocer a la jurisprudencia <sup>10</sup>

— Que la ley ha de determinar la potestad administrativa, es también una condición del principio de legalidad. "La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público y a ellas debe sujetarse su ejercicio", expresa el artículo 117 de la Constitución.

El texto constitucional se refiere al Poder Público en sentido genérico, como poder del Estado atinente a la totalidad de sus funciones incluyendo la potestad administrativa, o sea, la situación subjetiva constituida por el complejo de poderes, derechos y deberes pertenecientes a la admi-

---

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

10. Josef Esser: Obra citada, p. 88. En Francia la noción equivalente al procedimiento ablativo de la doctrina italiana se va delineando, tanto en la jurisprudencia como en la obra de los tratadistas. De todos modos queda siempre incluida en el denominado "principio de libertad de defensa ante las autoridades administrativas". J. Castagne: *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de la police administrative*. Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1968. André de Laubadère: *Traité élémentaire de Droit Administratif* Ed. L. G. D. J., Paris, 1963, I. I. p. 263 y III, p. 96-99. J. De Soto: *Récours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique*. Etudes et Documents N° 6, 1952, p. 64 y siguientes. B. Jeanneau: *Les principes généraux du Droit*. Ed. Sirey, Paris, 1954, pp. 78-91.

nistración.<sup>11</sup> Repartidas, de otra parte, las tareas propias de la potestad administrativa entre diversos órganos o complejos orgánicos, este reparto da lugar a dos conceptos derivados: la atribución y la competencia.

La atribución, *ad-tribuère* (proviniente de *at-tributio-ônis*, dar, asignar, distribuir, con la sinónima de imputar), establece un centro de referencia al cual se confía el cuidado de determinados intereses públicos homogéneos (p. e., sanidad, educación, minas, agricultura, etc.), en tanto que la competencia, *competentia* (derivado de *compètere*, competir, aspirar varios a la misma cosa), constituye "una medida de la atribución" (Giannini).

En suma, la ley y solamente ella "define" la potestad administrativa con sus atribuciones y competencias.

— La actividad organizativa, dimanante del poder de organización, está primordialmente regida por la ley. Por tanto, ésta en primer término es la que puede instituir, modificar y extinguir las estructuras orgánicas de la Administración. Así, cuando la Constitución no lo ha hecho, crea los órganos, oficios y demás unidades administrativas jurídicamente relevantes, asignándoles atribuciones, estableciendo la jerarquía de los funcionarios calificados, con sus respectivas competencias si las mismas comportan facultades decisorias, susceptibles de producir verdaderos actos administrativos.

La Constitución Venezolana contiene a este respecto una fórmula general. "Corresponde al Congreso —expresa el artículo 139— legislar sobre... el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional". De una manera más concreta, dispone que "la ley orgánica determinará el número y organización de los Ministerios y sus respectivas competencias así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros" (artículo 193, último inciso). Se hace, asimismo, depender de la ley, la organización y funcionamiento de la Procuraduría General de la República (artículo 200), Contraloría General de la República (artículo 234, p. 2), Cuerpos consultivos (artículo 109), organización de los Municipios y demás entidades locales (artículo 26 y 27), creación de Institutos Autónomos (artículo 230) y régimen de los funcionarios públicos (artículo 122).

El poder organizativo que, en los orígenes del sistema constitucional pertenecía al Jefe del Estado, como Jefe de la Administración, ha sido

---

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

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

— 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,<sup>13</sup> 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<sup>o</sup> 11). He aquí, pues, una nueva aplicación del principio de legalidad.

— Queda por último a considerar la inmutabilidad de los derechos y de las situaciones jurídicas subjetivas, que únicamente pueden alterarse o extinguirse en virtud de una ley. Así los actos administrativos creadores de

---

12. En Francia, el ejercicio de los poderes organizativos ha experimentado una aleccionadora variación. Véase, para el período de la Tercera República, R. Carré de Malberg: *Contribution à une theorie générale de l'Etat*. Ed. Sirey, Paris, 1920, T. I, pp. 658-659; 662-664 y 670-689. El texto constitucional de 1958 contiene una importante innovación, en sus artículos 34 y 37. Ver A. de Laubadère: Obra citada, T. I, pp. 76-77 y 82. Para todo cuanto se refiere al poder organizativo en general, ver M. S. Giannini: Obra citada, pp. 313-333, 376, 790 y 1294.

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

derechos y situaciones jurídicas, adquiridos y mantenidos legalmente, se hacen irrevocables. El fundamento lo encuentra la doctrina francesa en los principios generales del Derecho, aun cuando también pudiera serlo el concepto de patrimonialidad.<sup>14</sup>

\*

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

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

b) *Ordenación prelativa de las normas*

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

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

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

---

14. Ver A. de Laubadère: Obra citada, T. I, pp. 197-198; 251-252 y 272-273. Renato Alessi: *La revoca degli alti amministratori*, Ed. Giuffrè, Milano, 1956.

15. Actualmente no cabe identificar el Poder Ejecutivo con aparato administrativo y administración. M. S. Giannini: Obra citada, T. I, pp. 6, 7, 33-34, 43-45; 56-59; 63-81 y 445-447. Eduardo García de Enterría: "Verso un concetto amministrativo como Diritto Statutario", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, N° 2-3.

16. J. J. Rousseau: *Le Contrat Social*, Livre II, chap II. Ver Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1793, artículos 4, 9, 11, 12 y 14.

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

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

---

17. A. de Laubadère: Obra citada, I, pp. 199-202 y 440. Benoît-Jeanneau: *Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence administrative*. Ed. Sirey, Paris, 1954. Eduardo García de Enterría: "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", en *Revista de Administración Pública*, N° 40, enero-abril 1963, p. 189-222.

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

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

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

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

---

18. La jerarquización de las normas con arreglo a su fuerza vinculatoria y los complicados problemas derivados de sus recíprocas relaciones, de supremacía, paridad o subordinación, requieren análisis particularizados. Ver A. de Laubadere: Obra citada, T. I, pp. 69 y ss. 76 y ss. V. Crisafulli: "Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti", en *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, N° 4, p. 775 s. A. M. Sandulli: *Legge, forza de legge, valore de legge*, *Idem*, 1957, N° 2, p. 269. G. Cuocolo: *Gli atti dello Stato aventi forza di legge*. *Idem*, 1961, pp. 99 y ss. José Luis Villar Palasi: *Derecho Administrativo*. Universidad de Madrid, 1968, vol. I, pp. 292-312; 363-385; 392-397 y 406-408. E. García de Enterría: *Apuntes de Derecho Administrativo*. (Curso 1970-71) Mimeografiado N° 1, pp. 35 ss. Manuel

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

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

\*

---

Francisco Clavero: “¿Existen Reglamentos Autónomos en el Derecho español?”, en *Revista de Administración Pública*, N° 62, 1970. pp. 9-34. Lorenzo Martín Retortillo: *Actos administrativos generales y Reglamentos*, *Idem*, N° 40, 1963. José Luis Meilán Gil: *La distinción entre norma y acto administrativo*. Ed. Escuela Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares, 1967. Para el orden jerárquico de las normas en Derecho Venezolano, ver A. R. Brewer: *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*. Ed. Facultad de Derecho de la U.C.V., Caracas, 1964, pp. 29 y ss. E. Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*. Misma Editora, 1963, pp. 35 y ss. A. Moles Caubet: *Lecciones de Derecho Administrativo*. (Curso 1956-57), mimeografiado IV, pp. 40 ss.

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

## II

### MODOS DE VINCULAR LA ADMINISTRACION A LA LEY.

#### GRADOS DE SUBORDINACION

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

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

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

---

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



A) LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS REGLAMENTARIOS.  
FORMULAS VINCULATORIAS

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

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

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

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

3a.) La Administración puede realizar cuanto no le esté prohibido por la regla legal, en virtud de una autorización expresa de la misma y asimismo de una permisón general implícita. Expresado en la terminología clásica: no puede actuar *contra legem*, pero si *extra-legem*. Basta que no contradiga el Ordenamiento Jurídico. Esta fórmula vinculatoria corresponde a la posibilidad de que la Administración proceda "dentro de los límites de la ley". Claro está que la autorización expresa, contenida en la propia regla legal, no ofrece duda alguna. Es la que sigue el artículo 86 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: "Si la Federación ejecuta las leyes mediante su propia administración, el Gobierno Federal dicta, *salvo que la ley no lo prohiba específicamente*, preceptos administrativos generales. Regula, *salvo que la ley no determine otra cosa*, la institución de autoridades".

Ahora, el punto crítico se suscita cuando se alega una permisón implícita que sea válida como regla de competencia. En Francia, la doctrina prevalente se ha pronunciado siempre por la afirmativa, aduciendo el ejemplo de los Reglamentos autónomos anteriores a la Constitución de 1958.<sup>20</sup> Semejante criterio lo compartió también el Consejo de Estado en sucesivas decisiones, que se inician con el "arrête" Heyriès, de 28 de junio de 1908 y el "arrête" Labonne, de 8 de agosto de 1919, reconociendo la facultad de dictar Reglamentos de Policía, en defecto de ley preexistente, "para asegurar el buen orden, la seguridad y el normal funcionamiento de los servicios públicos".

Los tratadistas italianos —Borsi, Lucifredi, Treves, Resta, Rivalta y sobre todo Falzone— han sostenido la misma posición, fundándose en el cumplimiento de un deber, el deber de buena administración ("buona amministrazione" o "buon andamento") que antes se hacía derivar de un principio general del Derecho y ahora de un principio constitucional.<sup>21</sup>

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

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

#### a) *Aplicación de la primera fórmula vinculatoria*

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

---

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

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

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

b) *Aplicación de la segunda fórmula vinculatoria*

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

1. *El caso de los Reglamentos ejecutivos*

Todas las Constituciones de los Estados de régimen administrativo confieren, al Gobierno, al Presidente de la República y a veces al Jefe del Estado y al Primer Ministro —como en Francia— la facultad de dictar espontáneamente Reglamentos para ejecutar la ley. El término que se utiliza es precisamente éste, "ejecutar la ley", por lo cual se denomina a tales actos Reglamentos ejecutivos. Mas ha de convenirse en que la expresión resulta poco clara, como será luego comentado. ¿Qué se entiende —precisa preguntarse ahora— por ejecutar las leyes mediante Reglamentos ejecutivos? Aquí no caben vaguedades terminológicas y se requiere una respuesta dotada de precisión jurídica. Tres han sido los criterios puestos para ello en juego.

— La doctrina francesa aduce el concepto de complementariedad. El Reglamento ejecutivo ha de complementar la ley. De aquí que se le denomine también Reglamento complementario.

---

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

“Si la Constitución —sostiene Eisenmann— confiere al Presidente de la República —y ahora también al Primer Ministro— la facultad de dictar los referidos Reglamentos, podrán hacerlo sin que hayan de atenerse a un único contenido posible sino adoptando aquel que mejor pueda asegurar la aplicación o realización de la ley, teniendo así la libertad de elegir los mejores medios. En esto consiste la complementación”.

La jurisprudencia reciente —*arrête Daunizeau*, de 27 enero 1961— insiste en el concepto de “complemento indispensable”, permitiendo introducir las innovaciones necesarias para la mejor realización de aquello que la ley reglamentada tenga establecido.

— Otro criterio estriba en el concepto de finalidad. La ley tiene una dirección finalista, encaminada a producir los efectos en ella previstos. Este criterio es el acogido por la Constitución venezolana en una forma negativa que le confiere mayor amplitud. “Son atribuciones y deberes del Presidente de la República —dice el artículo 190, ordinal 10— reglamentar total o parcialmente las leyes, *sin alterar su espíritu, propósito y razón*”. Por cierto que esto abre especialmente la vía de impugnación del Reglamento por desviación de poder.

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

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

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

---

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

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

6º No puede atribuirse efectos retroactivos.

Los criterios expuestos intentan solucionar el problema que plantea la concordancia necesaria entre la medida o módulo de los poderes constitucionales ejercitados y el contenido o sustancia del Reglamento.

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

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

## 2. *Reglamentos diferentemente vinculados*

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

Los textos constitucionales y sus interpretaciones permiten un gran número de actos reglamentarios diferentemente vinculados a la ley que adoptan múltiples figuras jurídicas y comportan una escala variable de poderes. Empero el repertorio de Reglamentos así concebidos, resulta desde luego excesivo para ser ahora examinado en cada una de sus especies. Bastará por tanto incluir todas ellas en dos grandes grupos.

*Primero:* Los Reglamentos derivados de leyes, llamadas de bases o de cuadro, en las cuales tan sólo figuran principios fundamentales que han de desarrollarse ampliamente mediante un acto reglamentario. Se trata, pues, de una habilitación que permite deducir, de los principios establecidos, todas sus consecuencias en ellos implicadas.

*Segundo:* Los Decretos emanados en virtud de una competencia especialmente creada para dictar, durante el tiempo previsto, actos reglamentarios con fuerza de ley. Es el caso, en Francia, de las Ordenanzas en materia legislativa (Constitución, artículo 38); en Italia, de los Decretos

legislativos (Constitución artículo 80); en Alemania de los Decretos-leyes (Ley Fundamental, artículo 80) y asimismo en Venezuela, los Decretos leyes (Constitución, artículo 190, ordinal 8º). La ley atributiva de competencia ha de señalar la extensión de las facultades conferidas, el tiempo durante el cual pueden ejercitarse la materia o materias sobre que versen, y los fines perseguidos.

En resumen, las reglas habilitantes tienen como medida un grado máximo y un grado mínimo de vinculación.

c) *Aplicación de la tercera fórmula vinculatoria*

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

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

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

d) *Aplicación de la cuarta fórmula vinculatoria*

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

\*

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

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

## B) LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SINGULARES

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

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

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

— Contrariamente, la relación de compatibilidad permite a la administración hacer o decir todo aquello que, de una u otra manera no prohíba el Ordenamiento Jurídico. Por tanto, la carencia de regla legal relativa a un acto asegura la no contradicción. Esta relación negativa entre el acto administrativo singular y el Ordenamiento Jurídico que no lo prohíbe, es una relación de no contrariedad, o dicho positivamente, de compatibilidad.

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

### a) *Actos incluidos en la relación de conformidad*

1. *Actos derivados de una regla legal taxativa.* La relación de conformidad está dada de una manera absoluta en todos aquellos actos

cuyo íntegro contenido ha de encontrarse prefijado en la regla legal. Se trata, en suma, del típico acto reglado o en la terminología francesa *de compétence liée*.

Su mejor ejemplo se encuentra en la actividad tributaria. La Administración fiscal jamás puede asignar válidamente una cuota a quien no tenga la calidad de contribuyente y además por el monto exacto que resulte de los cálculos predeterminados en la regla legal. Esta prescribe: "Las personas incluidas en las condiciones a, b y c, han de tributar conforme a la tarifa correlativa a su situación". Lo mismo cabría decir de la expedición de un permiso. La regla legal indica: "Al solicitante que reúna las condiciones a, b y c, se le expedirá un permiso, de caza, de pesca, de conducción de automóviles, etc. La Administración debe proceder entonces con adecuación a una regla legal taxativa".

2. *Actos resultantes del cumplimiento de deberes administrativos.* El Ordenamiento Normativo prescribe algunas veces a la Administración el cumplimiento de ciertos deberes categóricamente formulados. Pues bien, cuando se desatienden internamente, sin trascender al público, los órganos administrativos superiores corrigen la inacción. Mas, ¿qué sucede si está prescrito un deber cuyo incumplimiento lesiona un derecho de los particulares o les irroga un perjuicio? He aquí planteado el importante problema de la inactividad de la Administración, denominada también comportamiento omisivo o abstención. La Administración deja de actuar y omite así el cumplimiento de sus deberes, con lo que lesiona un derecho y perjudica los intereses de los particulares.

Los ejemplos más relevantes, extraídos de la jurisprudencia española, suiza y francesa, se refieren a la ocupación permanente del dominio público por un particular, bloqueando el acceso a las fincas colindantes de propiedad privada. La sombra de un árbol frondoso, plantado en la vía pública, priva de luz a una casa. La falta de señalamiento con luz roja en una obra que afecta la vía pública, produce de noche un grave accidente de automóvil.

La regla o el Ordenamiento Normativo obligan a que la Administración actúe, con lo cual su comportamiento omisivo constituye una flagrante ilegalidad. El remedio pertenece desde luego al orden jurisdiccional, pues una inactividad obstinada e invencible únicamente puede ser enmendada o corregida por los Tribunales, sea los ordinarios o más adecuadamente los contencioso-administrativos.



Si la inactividad es formal, o sea que, según antes se dijo, ha sido objeto de una solicitud o queja ante la Administración obligada, entonces su negativa a actuar, expresa o presuntiva por el silencio, abre la vía al recurso jurisdiccional.

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

Parecidamente, el Tratado de Roma, instituyendo el Mercado Común Europeo, establece en su artículo 175 el llamado *recours en carence*, e inclusive la Ley Orgánica de la Corte Federal de Venezuela, aún vigente, atribuye a la misma, competencia para "conocer la negativa de los funcionarios nacionales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes nacionales, cuyo conocimiento no esté atribuido a otro Tribunal" (artículo 7, ordinal 23). Sorpresivamente y quizá sin haber hecho uso jamás de él, resulta que en Venezuela está también previsto un equivalente del *recours en carence*.

#### b) *Actos incluidos en la relación de compatibilidad*

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

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

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

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

### C) EJECUCION Y APLICACION DE LAS REGLAS LEGALES

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

### III

#### DINAMICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

##### A) TERMINOS DE LA RELACION REGLA LEGAL-ACTO ADMINISTRATIVO

El análisis de la relación existente entre regla legal y actividad-acto-administrativo, ha permitido deducir las tres modalidades con que aparece determinada, según su respectiva fórmula vinculatoria. Empero semejante relación, sobre todo cuando se trata de actos administrativos singulares o individuales, resulta excesivamente esquemática para poder revelar cada uno de los factores actuantes, entre la regla legal o *conditio prius* y el acto administrativo o *actio conditionata*. Y es que ello se efectúa en distintas fases, que no constituyen tanto sucesiones en el tiempo cuanto concurrencia de actividades diferenciadas.

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

La imagen intelectual del principio de legalidad se proyecta, pues, dinámicamente, por lo cual ha de representarse en movimiento o si se prefiere, en funcionamiento.

Por de pronto, en el binomio regla legal-acto administrativo el ajuste se hace imperfecto si no se intercala un tercer componente: el concepto de situación, entendida como un hecho o un complejo de hechos y sus circunstancias. En efecto, aun cuando sean implícitamente, la regla legal expresa una condición parecida a ésta: "Si se da tal hecho o circunstancia, la administración deberá o podrá adoptar tal decisión o cualquier decisión, siempre que se encuentre dentro de determinadas alternativas o límites". En suma, este enunciado, desde el punto de vista lógico, es reductible a una proposición condicional o a un juicio hipotético.<sup>27</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 aquélla es efectivamente la prevista, conforme a sus notas calificativas. Entonces el binomio se convierte en trinomio, quedando dispuesto en la siguiente forma:

*Primer término:* En cuanto al Derecho se refiere, *quod iuris* o componente jurídico, es la regla legal aplicable.

*Segundo término:* En cuanto a la situación se refiere, el *quod factis* o componente fáctico, es el hecho o complejo de hechos y sus circunstancias, que determinan la aplicabilidad de una regla legal dada.

*Tercer término:* Representa la conclusión, resultante de la síntesis de Derecho y Hecho. La síntesis se opera porque los hechos y sus circunstancias están conectados a la regla legal, haciéndose indisociables, si bien sean dis-

---

27. En la proposición condicional o juicio hipotético, el supuesto de hecho corresponde al sujeto y la consecuencia jurídica al predicado; como a su vez, el supuesto de hecho determinado en la proposición jurídica, se conecta con la consecuencia jurídica en ella también determinada, según la fórmula tradicional: "Si Q es R, S es P". Ver A. Pfänder: *Lógica*, (traducción de Pérez Bances), Ed. Espasa Calpe, Argentina, Buenos Aires, 1945, pp. 120-124. Eduardo García Maynez: *Lógica del juicio jurídico*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1955, pp. 117-121. Hans Kelsen: *Théorie pure du Droit* (traduc. Ch. Eisenmann), Ed. L.G.D.J., París, 1962, pp. 57-56, Karl Larenz: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (traducción Gimbernat Ordeig), Ed. Ariel, Barcelona, 1966, pp. 164 y ss. José Luis Villar Palasi: Obra citada, pp. 434 y ss.

tinguibles. El hecho contemplado por el Derecho se convierte en hecho jurídico. Así, el jurista italiano Giuseppe Maggiore afirma: "La decisión administrativa o judicial no es el Hecho más el Derecho sino el hecho *sub specie iuris*".<sup>28</sup>

El proceso dinámico opera con esta tríada: *quod iuris*, *quod factis* y conclusión, en dos fases homólogas que van a describirse.

I. En una primera fase, ha de verificarse si el Ordenamiento Jurídico —*quod iuris*— contempla la situación de que se trata —*quod factis*— para concluir con una valoración jurídica, de la siguiente manera:

a) *Quod iuris*. El punto de referencia es el Ordenamiento Jurídico, conjunto de reglas que contienen una pluralidad de previsiones. De ellas será únicamente aplicable aquella que prevea el hecho o la situación.

Ejemplo: Un edificio ruinoso amenaza desplomarse y causar daños. El Ordenamiento Jurídico italiano regula el caso desde dos distintos puntos de vista. El artículo 153 de la Ley Municipal y Provincial de 1915 preceptúa que, "si un edificio ruinoso pone en peligro la vía pública, la autoridad administrativa dispondrá, mediante el procedimiento señalado, que se repare o se derruya". A su vez, el artículo 1172 del Código Civil establece que, "si hubiere razón de temer un daño grave que amenazara un bien privado por un edificio ruinoso, los Tribunales adoptarán las medidas cautelares allí indicadas".

Ahora bien, ¿cuál es la regla que contiene la previsión y resulta por tanto aplicable? Ello depende del segundo término de la tríada.

b) *Quod factis*. Las particularidades de la situación han de examinarse en cada uno de sus elementos configuradores.

¿Es o no ruinoso el edificio? Su estado actual ¿constituye o no una amenaza? ¿El desplome amenaza directamente a un inmueble privado o pone en peligro la vía pública?

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

---

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

c) *Primera conclusión*. Síntesis de Hecho y Derecho, juicio valorativo y valoración jurídica, de donde se desprende; el *nomen iuris*, la regla legal aplicable y la competencia funcional del órgano que la tiene atribuida.

De tales premisas ha derivado una primera consecuencia, en forma de juicio valorativo: "La legalidad del hecho no se realiza sin su valoración, que constituye un recurso del conocimiento", afirma Carnelutti, quien añade: "La valoración jurídica del hecho tiene lugar, y de esta manera actúa su legalidad, mediante una comparación entre el concepto ofrecido por la norma y la imagen suministrada por la realidad".<sup>29</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 al dominio público), determinando finalmente la competencia, administrativa o judicial.<sup>30</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.

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

a) *Quod iure*. La regla legal seleccionada, en virtud del juicio valorativo, ha de ser interpretada para colegir sus finalidades explícitas o implícitas. La interpretación resulta una actividad fundamental, pues está destinada a demarcar, tanto el límite de los poderes (legalidad) como el margen de

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

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

iniciativa (discrecionalidad), teniendo en cuenta que la discrecionalidad no abona ninguna actuación arbitraria por encontrarse unida al concepto de oportunidad.

b) *Quod factis*. La situación —el hecho o complejo de hechos y sus consecuencias— se considera nuevamente en cuanto determine las particularidades con que han de ser ejercitados los poderes atribuidos en la regla legal. De una manera preferente habrá de revisarse la definitiva, la significación legal de los hechos; es decir, lo que la doctrina francesa denomina *faits de nature à justifier légalement*.

*Segunda conclusión*. La síntesis Derecho-Hecho da lugar a un juicio de legalidad-oportunidad, inevitablemente complejo.

La conclusión de la regla legal imperativa o taxativa es simple, pero el caso se complica al entrar en juego iniciativas permitidas por la regla legal habilitante. "La proposición jurídica discrecional —dice el profesor Piras— expresa la subordinación del acto emanado, al interés público que se confía al órgano investido de la titularidad del poder".<sup>31</sup>

En efecto, la discrecionalidad no constituye una excepción al principio de legalidad. Por el contrario, gran parte de la administración consiste en el ejercicio de un poder que permite elegir los medios para la realización del interés público, sea con opciones prefijadas (discrecionalidad de la alternativa), con el libre contenido del acto (discrecionalidad de *quid*) o con las modalidades del mismo (discrecionalidad del *quomodo*).

Esto abre el largo capítulo referente, por una parte, a la distinción conexión y confusión de legalidad-oportunidad, y por otra parte a la problemática de la discrecionalidad común y de la discrecionalidad técnica.<sup>32</sup>

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

32. La realización del interés público por parte de los distintos órganos administrativos se encuentra estudiada en estas obras de M. S. Giannini: *Lezioni di Diritto amministrativo*. Ed. Giuffrè, Milano, 1950. pp. 87-93. *La giustizia amministrativa*. Jaudi Sapi, Editore, Roma, 1964, pp. 131-132. El tema de la discrecionalidad se aborda en *Lezioni* citada, pp. 93-102. *Diritto Amministrativo*, citado, pp. 477-490 y 550-552. P. Virga: *Sulla c. d. discrezionalità tecnica* Jus. 1957. La literatura jurídica francesa ha expuesto los aspectos del concepto legalidad-oportunidad. G. Jèze: "Contrôle de la légalité et contrôle de l'opportunité", en *Revue de Droit Public et de la S. P.*, 1944, pp. 63 y ss. M. Dubisson: *La distinction entre la légalité et l'opportunité*. . . Ed. L.G.D.J., Paris, 1958. Para la discrecionalidad administrativa, ver Jean Claude Venezia: *Le pouvoir discrétionnaire*. Ed. L.G.D.J., Paris, 1959.



El ejercicio de la potestad discrecional incide frecuentemente en la calificación de los hechos, siendo posible, cada vez más, someterlos al control contencioso-administrativo.<sup>33</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 UNIFICACION CON EL DERECHO EN EL CUADRO DE LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

Derecho y Hecho suelen presentarse como dos entidades diferentes y disociadas. El Derecho representa una abstracción, un *Sollen* o debe ser normativo, en tanto que el Hecho constituye un *Sein*, una realidad concreta. El procedimiento romano del período clásico (s. 100 a.C. —200 d.C.) partía de semejante suposición al desarrollarse en dos fases separadas, una fase *in iure*, que resumía la *formula* del Pretor, y otra fase *apud iudcem*, que resuelve consiguientemente *in facto*.<sup>34</sup>

También el sistema de la casación, en el transcurso del siglo pasado, al adoptar el esquema de un juicio de Derecho, acentuaba el corte neto entre Derecho y Hecho. De la misma manera, tanto el recurso por exceso de poder en Francia, como el recurso de legitimidad en Italia, manteniendo semejante dicotomía, se asimilaban a la casación.

Sin embargo, nada más inexacto ni menos conveniente. Ya la máxima romana lo advertía: *Ex facto oritur ius*. Efectivamente, "para el jurista, en general, y para el juez en particular —indica el profesor Jean Rivero— esta hermosa simplicidad se desvanece, pues no sabría discernir cuando contemplaba, en su pureza esencial, la norma y la realidad. Precisa tender el puente que comunica una con otra. Así la distinción de Derecho y Hecho evoca ciertos personajes de Pirandello: cambia de rostro e inclusive de naturaleza, según por quien es observada".<sup>35</sup>

---

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

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

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

Pronto hubo de cambiarse de criterio en la fractura radical entre cuestiones de Derecho y cuestiones de Hecho. En efecto; podía darse el caso de que en el fallo de un Tribunal de instancia se hubiera subvertido el carácter propio de un contrato, de un testamento, alternando inclusive el significado de las palabras, extremo que comporta un juicio sobre el hecho. Es así que desde el segundo tercio del siglo pasado la casación entraba a conocer de lo que la jurisprudencia francesa denominaba *dénaturation*, la jurisprudencia napolitana *snaturamento* y la jurisprudencia turinesa *travisamento*. La doctrina dominante sostenía que "el error derivado de la desnaturalización o engañosa apariencia, aun cuando para ser verificado exigiría un reexamen del hecho, entraba en los errores de Derecho" (Pescatori, Borsari, Mattei, Ferrari, Ricci).

El ámbito de la casación quedó aun ampliado en Italia por el Código de Procedimiento Civil de 1865, al admitir "el defecto de motivación", punto este que permitía el examen sobre el hecho mismo. Es así que Chiovenda habla de "cuestiones de hecho no sustraídas a la censura de la Corte de Casación".<sup>36</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, incluyéndose todo ello en el concepto de "faltas de subsunción o de error nomológico".<sup>37</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-administrativa en Francia y en Italia, no obstante las diferencias que median entre ambos sistemas.

En Francia, el origen del recurso por exceso de poder suele situarse en 1815 (M. Hauriou) pero no comienza a desenvolverse verdaderamente sino a partir de 1852, y de una manera más completa desde 1862, para acabar su evolución a principios de este siglo. Italia, ya unificada, instaura en 1889 un tipo de recurso llamado de legitimidad. Pues bien, tanto el recurso por exceso de poder como el recurso de legitimidad asimilados originariamente al recurso de casación, en el sentido de constituir un juicio

---

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

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

de Derecho, sin embargo no quedan excluidos, ni el reexamen, ni la interpretación, revaloración y reconstrucción de los hechos.<sup>38</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>39</sup>

La cuestión de hecho, el *quod factis*, se ha ido destacando como ingrediente de la legalidad, con lo cual acrece su importancia, proyectándose en tres direcciones: la exactitud de los hechos, las circunstancias, en cuanto sean determinantes y las calificaciones que conducen a lo que se ha llamado "conceptos jurídicos indeterminados" (*unbestimmte Rechtsbegriffe*).

La noción de hecho materialmente exacto o inexacto es la primera que aparece, sin duda porque resulta la más simple y cuenta en Francia con una extensa jurisprudencia.<sup>40</sup>

---

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

39. M. Letourneur: "El control de los hechos por el Consejo de Estado francés en su reciente jurisprudencia". *Rev. de A. P.*, citada, N° 7, 1951, pp. 219 y ss. *Idem*. "Fait materialement inexact". *Etudes et Documents* citados, N° 7, 1953. Auby-Drago: Obra citada, T. III, p. 79. Jacques Megret: "De l'obligation de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision même discrétionnaire" *Etudes et Documents* citados, 1953, p. 77. Edwin W. Patterson: *L'influence sur les jugements de valeur juridique*, en *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1962, vol. I. Salvatore Romano: "Osservazione sulle quilibriche di fatto e di Diritto", en *Scritti in onore di Santi Romano*, vol. IV.

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

A veces el carácter determinante pertenece a las circunstancias del hecho y así la trascendencia jurídica puede precisamente tenerla, la causa, la ocasión, el fin o los efectos. También en este aspecto la jurisprudencia contencioso-administrativa francesa es abundante.<sup>41</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>42</sup>

La doctrina alemana ha generalizado estas nociones, consideradas como "conceptos jurídicos indeterminados", que incluyen, bien juicios de valor, bien juicios de experiencia, bien juicios de prudencia, empero con una connotación objetiva. El repertorio es sumamente variado y a los antes indicados puede añadirse la "falta de moralidad", "gravedad de una situación", "severidad de la represión", "conducta indecorosa", "carencia de probidad", etc., etc.

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

---

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

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

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

---

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



## § 16. ADMINISTRACION Y REPRESENTACION DEMOCRATICA

José RODRÍGUEZ-ELIZONDO

*Profesor de Ciencias Políticas en la Escuela  
de Ciencias Jurídicas y Sociales de la  
Universidad de Santiago de Chile*

### SUMARIO

1. Los servidores públicos al margen de los intereses sociales; 2. La diferencia de posibilidades de los administrados; 3. Burocracia ilusoria, sistema de no participación; 4. La ilusoria participación obrera en la gestión. 5. El antagonismo de los "empleados" (*usados*). 6. La falacia de la Administración fundada en la no participación. 7. Una contradicción pretendidamente insoluble. 8. La *democratización* necesaria, en una Administración no burocrática. 9. Artificiosidad de la especialización en la "función pública". 10. Tendencia a la caducidad de conceptos administrativos clásicos, por obra de la nueva concepción de la representación

1. *Los servidores públicos al margen de los intereses sociales.* El concepto clásico de representación democrática<sup>1</sup> se ha transformado en la excusa de la pasividad del pueblo.

Si el pueblo no participa en el poder, como es la esencia de la democracia, se debe a que lo hacen por él sus "representantes", y de una manera tal que, por esta vía, llega a constituirse una relación inversa entre las potestades de los representantes y la participación del pueblo: a mayores potestades de los unos, menor participación del otro.

Si se observa la situación real de las grandes masas activas de una sociedad democrática de este tipo, y si se concentra la visión en los gran-

---

1. Sobre estos conceptos, vid. más ampliamente mi libro *Teoría de la democracia invisible*, ed. Orbe, Santiago de Chile, 1967.

des núcleos formados por los funcionarios públicos, obreros y empleados, puede determinarse con cierta precisión cuál es el régimen de "estímulos" que reciben para permanecer siempre al margen de la gestión de los intereses sociales.

Así, en cuanto al sector denominado Administración del Estado, pocos podrán negar que su labor se efectúe por intermedio de funcionarios contemplativos, en el mejor de los casos. Personas que, fatalmente, no pueden sentir al Estado y a su Administración como propios, sino como entes ajenos y desvinculados de sus intereses personales.

Ello explica que quienes mueven el aparato administrativo, en calidad de dotación simple, deben ser encasillados en un esquema piramidal, rígido y formalista, y actuar sometidos a una disciplina más o menos reflexiva según presten sus servicios en un organismo civil, militar o policial. Inevitablemente, con respecto a esta dotación, el concepto de "función pública" queda convertido en una elaboración exclusiva de los tratados de Derecho Administrativo, porque lo que se pretende, en la práctica, es imponer la concepción del funcionario-engranaje, motivado sólo por las calificaciones y el escalafón. Orientado a trepar o a saltar los peldaños de una "carrera administrativa" que funciona como la homóloga "carrera política".

La jerarquía, con sus correspondientes potestades y subordinaciones; la competencia, con su división de funciones, y el control, con su sentido implícito de *revisión*, son bases administrativas que se transforman, a la larga, en fetiches administrativos. Bases que no funcionan con el fin de armonizar e integrar los conocimientos de los agentes de recoger sus sugerencias, de facilitarles el acceso a las decisiones, de ejercitar la crítica o la autocrítica, sino en función de imponerse a ellos. De reducirlos a una parcela de rutina consciente y metódica.

En cuanto a los funcionarios que dirigen la actividad de la dotación simple, conforman un grupo de especialistas dotados de un gran poder decisorio, por excepción, o de un poder decisorio fraccionalizado hasta el absurdo, por regla general. En el primer caso, debido a su desvinculación con los funcionarios subalternos, el jerarca administrativo adopta, muchas veces, decisiones provocadas por motivaciones de orden personal o de grupo (sublimadas, por supuesto, en motivaciones de bien público). En el segundo caso, los jefes menores usan sus poderes fraccionales más para eludir responsabilidades que para colaborar en la solución de los proble-



mas que se plantean, transformando su actividad directiva en una apatía disimulada.

Y todo lo anterior sin mencionar el fenómeno del parasitismo social inherente a ciertas funciones, y aun a ciertos entes, cuando la Administración es utilizada con el fin de disfrazar el desempleo general de una sociedad.

2. *La diferencia de posibilidades de los administrados.* Como no puede ser de otra manera, esta diagnosis somera de la Administración interesa primordialmente a los administrados, ya que son éstos los afectados cuando se ven en la necesidad de mover en su favor el aparato destinado, teóricamente, a prestarles servicios.

En el instante específico en que los administrados inician un juicio civil, un juicio criminal, la tramitación de un expediente de jubilación o de reconocimiento de años de servicios, empiezan a mirar a los funcionarios como antagonistas y a recurrir a diversos métodos (no contemplados en las leyes orgánicas de los servicios públicos) para transformarlos en colaboradores.

Una vez más se hace sentir en estos casos la diferencia de posibilidades de los interesados, pese a que no existe en la superficie antagonismo de intereses con una Administración que se supone representante del interés general.

Porque... ¿quién podría decir que el peso específico de cada interesado, expresado en influencia social, política o económica, no influye en absoluto frente a la Administración?

¿Quién podría negar que ese concepto de la Administración igual para todos es otra de las abstracciones del proceso de un cierto tipo de democracia?

Basta pensar, simplemente, en las posibilidades de contacto comparado entre una viuda que solicita se le otorgue una pensión de montepío y un consorcio que solicita se le otorguen los beneficios del Estatuto del Inversionista Extranjero, para los efectos de aportar varios millones de dólares al país.

O en las posibilidades comparadas de expresar derechos en un pleito por parte de quien se hace asesorar por un especialista, cuya eficacia es altamente apreciada pecuniariamente, y quien lo hace recurriendo a los

servicios de un licenciado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales que hace su práctica forense en el consultorio gratuito del Servicio de Asistencia Judicial.

Si hasta en los propios métodos punibles, global y vulgarmente conceptualizados como "soborno", se aprecia la diferencia ya que, como es natural, quien soborna hace ostentación de un poder económico apto para tentar a funcionarios ubicados en diferentes niveles de remuneraciones.

3. *Burocracia ilusoria, sistema de no participación.* A los ojos de los administrados, el conjunto de fenómenos analizados provoca la ilusión de que existe una burocracia, en el sentido estricto de la palabra. Esto es, de que existe un sistema en que una supuesta clase social de funcionarios públicos tiene ingerencia decisiva en los negocios del Estado.

Sin embargo, como se ha visto, resulta más preciso señalar que la burocracia vulgar no es sino un síntoma de la corrupción inherente a todo sistema de no participación. Pues, en el hecho, ni los funcionarios participan en la gestión de los intereses sociales, ni los administrados tienen posibilidades de determinar la estructura del Estado, desde adentro.

Unos y otros son víctimas, en diferentes niveles de conciencia (y de aprovechamiento), de un sistema que concibe la representación del poder sólo en la cumbre, debido a su incompatibilidad de intereses con quienes podrían representarlo auténticamente en la base y capas intermedias de la pirámide.

4. *La ilusoria participación obrera en la gestión.* Ahora bien, esto que resulta tan trabajoso de explicar en relación con los funcionarios públicos, aparece en la superficie de la captación en lo que respecta a los obreros.

Esta facilidad se debe a que mientras los funcionarios tienen la sensación de no servir a un patrón determinado, por la incorporeidad de la administración, los obreros tienen que actuar frente a patronos concretos, sólidos, frente a los cuales pueden adoptar actitudes de resistencia o de colaboración, pero no de contemplación.

Al mismo tiempo, el contacto permanente de los obreros con el sistema de producción les permite verificar, más allá de las intelectualizaciones, toda la gama de situaciones conflictivas entre quienes crean la riqueza con su fuerza de trabajo y quienes la adquieren con la fuerza de su capital. Situaciones que podrían sintetizarse, muy rudimentariamente, en el combate

por rebajar los costos de producción —combate dirigido por los patronos— y en la lucha por obtener salarios mayores —lucha dirigida por los obreros.

Esta realidad vital de los obreros, en una sociedad capitalista, los hace comprender lo ilusorio de participar en la gestión de la fábrica. De participar realmente, en plena igualdad de derechos y obligaciones con los responsables del sector que tiene la propiedad de los medios de producción. “Mi socio, el patrón”, es una frase que por absurda resulta risible y que obliga a desechar toda posibilidad de representación democrática en la actividad productora.

5. *El antagonismo de los “empleados” (“usados”).* En cuanto a los empleados, entendiéndolos por tales a los empleados particulares, les resulta aplicable un esquema similar, pero con una diferencia importante: por un conjunto de fenómenos cuyo análisis pertenece casi estrictamente al terreno de la psicología social, los empleados no se ubican en la misma instancia antagónica que los obreros, ni en el mar espeso de la “burocracia”, como en el caso de los funcionarios. Impresionados, tal vez, por la circunstancia de que en ellos predomina “el esfuerzo intelectual”, como asevera el artículo 2º del Código del Trabajo, y conscientes de cierto valimiento social, se consideran más próximos al patrón y a sus “ejecutivos” de lo que puede pretender el obrero mejor calificado. Sabedores, por otra parte, de que su trabajo no contribuye a disfrazar el desempleo sino que concurre a un fin de lucro urgente, se sienten en condiciones de subestimar la imagen burocrática del funcionario público.

Sin embargo, ninguna de estas circunstancias marginales es lo bastante poderosa como para destruir definitivamente el antagonismo larvado que emana de su propia condición de “empleados”, en el más estricto sentido de “usados” con fines que les son ajenos.

Así es como, periódicamente, los empleados están enfrentándose reivindicativamente con sus empleadores por motivos que, espontáneamente, son económicos pero que, en profundidad, demuestran la existencia de una contradicción tan insubsanable como la de los obreros.

Para ejemplificar lo sostenido, baste analizar cualquier documento, panfleto o inserción lanzada a la opinión pública con motivo de cualquier movimiento reivindicacionista.

Aquí tenemos, por ejemplo, una inserción en la prensa publicada en Chile, en octubre de 1966, por los empleados de una institución bancaria,

para justificar su declaración de huelga y su repudio a una medida administrativa de reanudación de faenas. En dicha inserción se empieza leyendo acerca de "la intransigencia de la Gerencia" y de "la oposición arbitraria y parcial de los vocales patronales"; se toma conocimiento de que las utilidades de la institución empleadora "son fabulosas", y hasta se llega a conocer didácticamente el monto y la distancia del antagonismo, por la vía de las comparaciones entre un empleado bancario vulgar y un director, cuyo nombre se omite porque acá no se pretende molestar a nadie:

— *Un empleado bancario gana en 200 horas de trabajo, la cuarta parte de lo que obtiene un director por asistir 2 horas a una sesión-almuerzo.*

— *El Sr. N. N., presidente del Banco, gana \$2.400.000 por asistir a una sesión-almuerzo de dos horas.*

— *Un empleado bancario, con veinte años de antigüedad, tiene que trabajar 200 horas para obtener un promedio de sueldo de E 600.*

— *Cien veces más trabajo.*

— *Cuatro veces menos sueldo...*

Pero no sólo eso. Los empleados, en trance de defender sus intereses, se percatan de que su lucha está inmersa en un contexto mayor:

— *Para ganar los \$2.400.000 que el Sr. N. N. recibe por almorzar dos horas, un campesino tiene que trabajar sin descanso 14.400 horas.*

— *Pero el Sr. N. N. es director también de otras 10 sociedades anónimas, que también le pagan sumas similares por sentarse a almorzar dos horas, con cargo a la explotación de los trabajadores.*

— *El Banco es un gobierno invisible que tiene un fabuloso poder político y económico.*

Por este camino, los huelguistas no vacilan en expresar que la actividad del Gobierno no tiene ningún parecido con la de un árbitro imparcial, que el decreto de reanudación de faenas es ilegal, y que no obliga, por ende, a su acatamiento:

— *Los actos de la autoridad que van contra la ley o la Constitución, no pueden respetarse en un país democrático, bajo riesgo de insensibilizarnos ante un progresivo despotismo que desemboca, fatalmente, en trágicas situaciones como las de Brasil y Argentina.*

— *Si el gobierno ordena nuestra vuelta al trabajo no ayuda a la población afectada por la huelga ni al país; ayuda sólo al Banco, ayuda a mantener y a acrecentar sus ganancias.*

6. *La falacia de la administración fundada en la no participación.*  
En resumidas cuentas, la actitud de estos huelguistas-empleados-particulares revela la exactitud de lo aseverado:

Frente al conflicto real de intereses, no les quedó sino determinar la fuente real del conflicto.

Frente a la fuente real del conflicto, debieron reconocerla como antagonismo básico entre empleadores y empleados.

Frente al antagonismo básico, tuvieron que percatarse de que no se daba sólo en el ámbito de su institución bancaria, sino que operaba en relación con el macrocosmos nacional.

Frente a este reconocimiento del problema nacional, comprendieron que no estaba exento de vinculaciones con el extranjero.

Frente a esta inmersión en las verdaderas dimensiones de su problema, experimentaron la falacia de la concepción del Estado como mínimo común denominador de todos los intereses sociales.

Todo lo cual podría expresarse diciendo que, frente a su problema económico especial, se vieron en la necesidad de reconocer que el mundo no limita con la Sección Cuentas Corrientes o con la Sala del Directorio. Que sólo artificialmente y con dudosos fines didácticos, puede postularse la problemática económica al margen de la problemática política y social.

Así, de vuelta del terreno práctico, puede rehacerse el camino sobre la base experimentada de que todos estos síntomas de antagonismos están indisolublemente unidos con las actitudes de no participación, y disfrazados por un aparato representativo, en la cumbre, que reviste cierta frondosidad. Desde otra perspectiva, esto resulta igual que sostener que cuando los poderes públicos no son el resultado de la gestión popular, ni la Administración del Estado ni el complejo económico pueden corresponder a un interés social genuino, con respecto a sus dotaciones de funcionarios, a los simples administrados, a los obreros o a los empleados.

En verdad, la participación individual en el proceso social, que es la médula misma del problema, permanece postergada mientras no se conquiste

una democracia efectiva sobre la base estructural económica que le es necesaria.

7. *Una contradicción pretendidamente insoluble.* A este respecto, Erich Fromm, en *El miedo a la libertad*, ha señalado que una de las dificultades mayores para el establecimiento de las condiciones necesarias a la realización de la democracia, reside en "la contradicción que existe entre la economía planificada y la cooperación activa de cada individuo". Así:

"Una economía de ese tipo, que tenga los alcances de un vasto sistema industrial, requiere un alto grado de centralización y, como consecuencia, una burocracia destinada a administrar ese organismo centralizado. Por otra parte, el control activo y la participación de cada individuo y de las unidades más pequeñas de todo el sistema, requieren un alto grado de descentralización. A menos que se logre fusionar la planificación desde arriba con la cooperación activa desde abajo, a menos que la corriente de la vida social consiga fluir continuamente desde la base hasta la cumbre, la economía planificada llevará al pueblo a ser víctima de renovadas manipulaciones".

Con esto toca Fromm el punto medular en su manifestación más nítida, que es la que tiene relación con la actividad productora de bienes. Sin embargo, curiosamente, lo plantea en términos de contradicción necesaria. Como un fenómeno que "existe" estáticamente en el ámbito de las economías planificadas, al margen del proceso económico general, esencialmente dinámico, y de la estructura sociopolítica. Sin reconocerse él mismo como un escritor determinado por su experiencia vital en la sociedad de la corporación gigante y de la empresa multinacional. Sin plantearse siquiera la posibilidad de estar ascendiendo de lo empírico local a lo abstracto general, sobre la base de esa experiencia vital y de su adhesión a la *teoría de la nueva clase* en "Rusia (sic), donde el socialismo se ha vuelto un término ilusorio, pues aunque se ha realizado la socialización de los medios de producción, de hecho una poderosa burocracia maneja la masa de la población".

Con toda evidencia, estas observaciones o señalizaciones a Fromm no significan sostener dogmáticamente que la conquista de la democracia, dentro del contexto económico que le corresponde, haga esfumarse milagrosamente las contradicciones de las sociedades predemocráticas. Que por arte de magia se solucionen todos los problemas humanos y que desaparezcan las alienaciones causadas por la sociedad capitalista, precapitalista o subcapitalista.

Ello sería igualmente estático y prejuicioso.

Lo que se pretende sostener es que solamente en el ámbito de las relaciones propias de una sociedad democrática puede superarse esa contradicción "que existe". Que es lo mismo que decir que esa especial alienación es producida, inducida y legada por la sociedad predemocrática, especialmente por aquella que presenta condiciones relevantes de industrialización.

Más claro aún: dentro de una sociedad capitalista es imposible escapar de esa alienación. Dentro de una sociedad socialista ello es posible.

En consecuencia, si se parte de la base de que se trata de superar esa contradicción, que existe antes del advenimiento de la democracia, se está postulando tácitamente su superabilidad. Se está negando que sea una contradicción necesaria o propia de las economías planificadas.

8. *La "democratización" necesaria en una administración no burocrática.* Pero eso no es todo. Si se observa atentamente el reparo de Fromm, en relación con toda la obra que lo contiene, puede atisbarse que involucra la negación de un principio esencial: el de que no puede haber democracia sin ejercicio de la misma. En efecto, Fromm se preocupa sólo de manifestar las dificultades de la transformación cualitativa de la sociedad, sin querer reconocer que en el curso de esa transformación se van subsanando sus naturales desviaciones y los vicios ancestrales sedimentados por la larga práctica anterior a la democracia. Sin ir más lejos, esa burocracia de que habla no es más que el trasplante inmotivado de la figura del patrón capitalista y de la "dirección", concebidas ambas como abstracciones dotadas de un poder impersonal, frente a los cuales miles de obreros se sienten insignificantes como individuos.

Lo que debiera sostenerse es que la verdadera democracia, al implicar la desaparición de esos patronos o de esas "direcciones" (que sólo *sicológicamente* son entes abstractos, anónimos o impersonales), establece las bases necesarias para que los miles de obreros desarrollen su dimensión humana potencial. Y no sólo los obreros, sino los empleados, los funcionarios públicos y todos aquellos individuos que se encuentran sumergidos en organizaciones sociales que los manipulan sobre la base de la defensa del orden establecido.

Porque acá viene a colación un aspecto esencial de la democracia auténtica: el de que implica una profunda democratización. Y, por implicar

una democratización profunda, altera los cartabones clásicos de la representación o de la representatividad. A partir de ella ya no se puede seguir considerando como representantes exclusivos del poder, a una casta de dirigentes que actúa al nivel de los poderes públicos tradicionales. A los primeros ministros, a los presidentes de las repúblicas, a los parlamentarios, a los regidores. De la democracia en adelante también deben ser considerados como representantes todos aquellos que dirijan la administración del estado, la gestión de las unidades sociales de producción, las nuevas organizaciones de cualquier índole que impliquen una organización sectorial de origen popular.

De este modo dejará de considerarse lógico que quienes adopten decisiones en lo económico, por ejemplo, que afectan la vida material de todos los ciudadanos, no tengan absolutamente nada que ver con la participación formal en el poder. Trastrueque interesante y preñado de consecuencias, si sabe reconocerse que, en la práctica de las predemocracias, esos individuos participan efectivamente del poder, sin necesidad de revestir representación formal de ninguna especie.

9. *Artificiosidad de la especialización en la "función pública"*. Habida consideración de la masificación de los intereses representados en una verdadera democracia, y de su homogeneidad sustancial, no resultará extraño que el Estado vaya desprendiéndose paulatinamente de sus funciones. Se producirá, así, un flujo de arriba hacia abajo que, acompañado del adiestramiento otorgado por la práctica democrática, podrá demostrar lo artificioso de la especialización requerida para muchas funciones.

(En muchos estatutos de muchas administraciones públicas, se exigen certificados académicos para cubrir cualquier plaza en las plantas administrativas. De esto resulta una compleja situación en virtud de la cual muchos expertos dactilógrafos, por ejemplo, no tienen cabida, en circunstancias que en los organismos fiscales se improvisen como tales funcionarios con licencia secundaria o bachillerato, que jamás aprendieron a escribir a máquina. Debe reconocerse que, en el hecho, muchas exigencias legales de especialización sólo tienen por objeto limitar la oferta de empleos cuya provisión no es indispensable).

La formulación del artículo 5º de la Constitución de la República Socialista Checoslovaca es un buen ejemplo de lo expresado:

"Con el fin de desplegar actividades comunes y participar activamente en todas las esferas de la vida de la sociedad y del Estado, así como para



ejercer sus derechos, los trabajadores se agrupan en organizaciones sociales voluntarias, sobre todo en el Movimiento Sindical Revolucionario, en las organizaciones cooperativas, en la organización de la juventud, en las organizaciones culturales, deportivas y otras. Algunas de las funciones de los organismos estatales se transfieren paulatinamente a las organizaciones sociales”.

Es evidente que la aplicación de un sistema así concebido demuele las concepciones dualistas rígidas de la función pública y de la actividad particular, y socava la base de todos los esquematismos rígidos que emanan de la clasificación del derecho en público y privado.<sup>2</sup>

10. *Tendencia a la caducidad de conceptos administrativos clásicos por obra de la nueva concepción de la representación.* Ahora, como consecuencia de esta democratización integradora, que impulsa el desarrollo conceptual de la representación democrática, los obreros no tendrán ante su imaginación a un patrón abstracto o a una dirección anónima, sino a dirigentes de carne y hueso salidos de su propio seno, conjuntamente con los profesionales y técnicos que sean necesarios. Todos los cuales administrarán las unidades sociales de producción sin antagonizarse económicamente con los demás trabajadores, de acuerdo con el plan general previamente discutido, y con potestades decisorias descentralizadas, también planificadas y discutidas.

Esta nueva concepción de la representación pondrá progresivamente más cerca a los representantes y a los representados, en la medida en que el grupo, núcleo o unidad sea menos masificado. Y esta relación más directa favorecerá la adopción de medidas realistas, tales como remover a los dirigentes ineficaces, mantener a los idóneos, descartando dentro de ciertos límites la rigidez formal del sistema de movi­lidades e inmovi­lidades, con sus plazos y condiciones. Porque, si bien este sistema es necesario cuando existe contraposición de intereses, lo cual conlleva riesgos y fluctuaciones entre la valentía y el oportunismo, deviene artificialmente cuando los intereses sociales e individuales se conjungan.

De más está decir que no sólo caduca en una democracia la concepción clásica de la representación. También caducan o tienden a la caducidad

---

2. Para la crítica de este y otros dualismos del normativismo, *vid.* mi *Teoría*, *supra*, nota 1; Así como mi contribución “La pequeña democracia residual”, en Cortiñas-Peláez (director), *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso* (Uruguay), ed. I.E.A.L. Madrid, 1969, tomo I, p. 847 ss. (906).

las concepciones vigentes sobre jerarquía, competencia, control,<sup>3</sup> obrero, empleado. En fin, todas las concepciones que permiten la existencia de la burocracia real o que justifican ilusorias diferencias de grados de enajenación.

Porque, si hubiera necesidad de comprimir lo expresado en una sola frase, podría decirse que con la representación propia de la democracia empieza a desarrollarse una labor sintetizadora en la relación individuo-sociedad, después del largo período de análisis disgregador.

Este es el salto entre la oligarquía representativa y la democracia, por añadidura representativa.

Esto es lo que separa la democracia, por añadidura representativa, de la demagogia.

---

3. De éstas me he ocupado en los tiempos de iniciación de mi carrera docente, en libro que hoy escribiría muy distinto. *Vid.* Rodríguez-Elizondo, *Protección Jurisdiccional de los Administrados (El exceso de poder)*, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1961.

## § 17. TRANSFORMACION DE LA ADMINISTRACION Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Alfonso NAVA-NEGRETE

*Catedrático y Director del Seminario de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*

### SUMARIO

*INTRODUCCION.* 1. El preciado tratamiento de país desarrollado.  
*I. HACIA UN DERECHO INDUSTRIAL PUBLICO.* 2.a) El Estado y la economía. 3.b) Derecho y Economía. 4.c) Administración pública y economía.  
*II. AHUYENTAR EL FANTASMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CLASICO.* 5.a) Formación de funcionarios públicos. 6.b) El Estado industrial. 7.c) Transformación del Derecho Administrativo.

### INTRODUCCIÓN

1. *El preciado tratamiento de país desarrollado.* Respecto a Latinoamérica se habla de países subdesarrollados o en vías de desarrollo, pues se trata de economías que aún no alcanzan los índices que los expertos han señalado para disfrutar del título que da nobleza y fuerza, el de país desarrollado o altamente desarrollado. Es sorprendente el esfuerzo que se invierte para poder obtener tan preciado tratamiento. En los países que gozan ya de ese rango, la problemática consiste en saber conservarlo, pues no resulta aventurado decir que es gracias a los países en subdesarrollo o en vías de crecimiento cuando se hace factible tal desigualdad. Se quiere decir, que habrá que pensar en una verdadera revolución económica cuando todos los países del mundo, y sobre todo los latinoamericanos, lleguen a la

meta y puedan llevar justamente tan relevante toga. Esto significaría acabar con la longeva ecuación de países ricos y países pobres.

Mientras esta utopía de igualdad económica sigue proclamándose en los foros internacionales por los países ricos para los países pobres, se está viviendo una realidad o fenómeno económico que va creciendo cada vez más y con casi nula atención por el Derecho: la intervención del Estado en la economía.<sup>1</sup>

## I

### HACIA UN DERECHO INDUSTRIAL PÚBLICO

2.a) *El estado y la economía.* Son pocos los que se resisten a pensar que el Estado debe intervenir en la economía. El liberalismo económico ha dejado de ser moneda de circulación corriente, sin que se niegue que lo es para contados países. A veces se llega a ostentar como bandera política, ocultando la realidad económica que se vive.

El Estado se ha convertido en el motor de la economía, o mejor dicho, del desarrollo económico de los países latinoamericanos. Su intervención de continuo se transforma en coparticipación o en no pocas ocasiones en sustitución de la iniciativa privada. En cada una de estas situaciones la conducta estatal se mueve por motivos muy diversos, y naturalmente se sirve de formas económicas y legales de suyo esencialmente complejas.

Recorrer las economías latinoamericanas es descubrir aquel fenómeno, viviendo con características si no idénticas con matices que no las alejan o separan, más bien las hermanan, las unen.

Por ejemplo, las inversiones extranjeras que ayer pudieron entrar con las puertas abiertas, hoy esas mismas han tenido que abandonar su alojamiento a través de la puerta poco pacífica de la nacionalización. Las nuevas

---

1. En una encuesta realizada sobre las empresas públicas de seis países centroamericanos: Guatemala, Costa Rica, Panamá, Nicaragua, Honduras y El Salvador, la Escuela Superior de Administración Pública de América, llega a este pleno reconocimiento: "la extensión del Sector de las empresas públicas se explica por la voluntad gubernamental de hacer descansar sobre el estado el progreso económico del país... En realidad, en todos esos países se puede hablar de economía mixta en la medida donde coexistan, con la plenitud de sus derechos, las empresas públicas y las empresas privadas, y donde el estado se esfuerza por medios indirectos, de orientar los elementos del mercado". (Págs. 68 y 69, *Bulletin de l'institut international d'administration publique*, número 8, octubre-diciembre 1968).

inversiones se ven obligadas a cruzar el filtro planificador de las economías locales. Este nuevo orden se debe al Estado, que nacionaliza, que organiza empresas públicas, que fija los cauces para aceptar inversiones extranjeras.

Cuando se habla del desarrollo industrial es imposible concebirlo sin los estímulos fiscales del Estado, sin mirar su participación en las economías privadas o su aventurado proceder de cualquier empresario con tal de vitalizar la economía nacional y asumir responsabilidades que tienen poco atractivo crematístico, aun cuando sí mucha demanda por el bienestar común.

Tampoco es posible pensar en resultados óptimos en comercio internacional si el Estado no interviene. Se regionalizan las economías latinoamericanas para obtener todos los provechos y los menos perjuicios. Se rompen las barreras aduanales o se coordinan, ya bilateral o plurilateralmente. Acrecientan sus conocimientos sobre sí mismos, cuáles son sus recursos, cuáles los medios de aumentarlos o mejorarlos. Nacen entendimientos recíprocos que tras beneficiarse constituyen diques para intromisiones con otras miras.

En fin, imposible relatar los diversos territorios económicos en que el Estado es factor de ayuda, complemento o decisivo. Lo cierto es que va siendo cada vez más imprescindible, no como intromisión sino como invitado u obligado por los intereses de particulares o colectivos, según el caso. Hablando del papel del Estado en los países subdesarrollados se nos dice: "corresponde al Estado definir una política de desarrollo coherente y nacional que permita crear las condiciones favorables al proceso de crecimiento, de realizar una serie de inversiones básicas, de estimular y orientar la actividad y las inversiones privadas".<sup>2</sup>

3.b) *Derecho y economía*. Pues bien, el panorama alienta a preguntarse ahora, ese empuje económico del Estado ¿ha fructificado también en nuevas formas jurídicas, en innovaciones legales? Se duda que esto haya sucedido así. Parece que el fenómeno ha sorprendido al jurista y al legislador, que no han tenido tiempo suficiente para estudiarlo. En cambio los expertos en asuntos económicos despliegan hasta el derroche estudios y recursos para examinarlo y analizar o conducir su paso. Se llega a extremos de negociar su acción o su ruta.

Es verdad que el derecho se ha quedado a la zaga. Algunos países cuentan con legislaciones de contenido económico pero que reclaman pronta

---

2. Dice Brewer-Carías, pág. 43 *Bulletin de l'institut international d'administration publique, Revue d'administration publique*, número 11, juillet-septembre 1969.

y amplia actualización. A veces esta legislación es anárquica, desordenada, incoherente, o peor aún, ausente. Se observa la necesidad de leyes de fomento económico o industrial que recojan lo actual y miren el futuro.

Hace falta imperativamente un derecho económico que regule las relaciones económicas del estado y los particulares, de los estados entre sí, o del estado empresario. Hoy se viven muchas de estas situaciones o relaciones a base de políticas, criterios, negociaciones, ajustes, situaciones de hecho, que jamás podrán estimarse como Ley o norma jurídica o bases que garanticen seguridad y certeza.

Es cierto que el fenómeno económico es cambiante, pero su elasticidad o versatilidad no lo convierten en realidad imposible para la redoma de la ley.

En todo este campo nuevo, el derecho administrativo debe asumir interés inmediato e investigar las formas o procedimientos para encuadrar en sus normas la conducta económica de la administración pública. Por consecuencia ha de someter a revisión constante todas las doctrinas, principios o conceptos que sea necesario para comprender aquellas realidades. No escapa, por ejemplo, que a virtud de la intervención del Estado en la economía, las normas jurídicas tradicionales para uso de las relaciones entre los particulares, son también vehículo para esa intervención, sin que se concluya que el Estado se transforma en "particular". Este sometimiento por el contrario modifica la naturaleza de esas normas provocando un fenómeno de publicización de normas de derecho privado.

Quizá sea conveniente primero ver el fenómeno en toda su dimensión. En esta forma se acortaría el terreno y se examinarían todas las cuestiones o problemas que implica. Se delimitarían las situaciones nuevas que deben regularse por el derecho administrativo, para no perder su objeto propio en la complejidad de los hechos económicos. No se puede olvidar que otras ramas jurídicas están interesadas, como el derecho mercantil, en deslindar su propia intervención reguladora.

De esta labor de definición de campos se conseguirá que el derecho administrativo no corra el riesgo de volverse en algo incomprensible. Todo conocimiento jurídico e inclusive de otra índole deben participar conjunta y ordenadamente al estudio de esas realidades económicas.

Se percata que en los países subdesarrollados, el camino no es precisamente el de un derecho económico en general, más bien de *un derecho*

*industrial público* que contenga la actividad estatal en los límites justos, de cada idiosincrasia nacional, que regule la actividad de los particulares llevándola hacia los terrenos más convenientes y útiles para el país, sin aniquilar, anular u obstruir la iniciativa misma y con el respeto que constitucionalmente se reconozca a sus derechos económicos. Sólo advirtiendo los resultados felices de esta combinación de recursos se podrá apreciar la necesidad de aquel derecho industrial público, que hoy está recibiendo el nombre de derecho de integración o de derecho de desarrollo, como se enseña en el Instituto Internacional de Administración Pública. En México, se llegó a establecer como materia optativa en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., pero sólo durante un año escolar y sin éxito alguno.

4. c) *Administración pública y economía*. El fenómeno de la actividad económica del estado no es tan nuevo que no se hayan experimentado sus consecuencias en el orden jurídico administrativo. Basta con tener presente que en todos los países en que se manifiesta existe toda una organización administrativa económica. Es cierto que no es en la mayoría una organización perfecta, bien porque sus condiciones propias se los impide, o porque viven momentos de transición o finalmente porque la materia misma impone cambios continuos, reestructuraciones que no están exentas de una buena o mala política administrativa.

Es en el aspecto de la organización administrativa económica donde se aprecian los resultados de la multicitada actividad del estado de carácter económico y que toma visos críticos. Se debe a la fuerza acelerada con que se desarrolla y crece esa actividad que no ha dado tiempo para meditar en una organización unitaria y coordinada. Es visible en los Estados Unidos Mexicanos, por ejemplo, la proliferación de organismos públicos autónomos creados para atender y resolver problemas básicos de la economía nacional.<sup>3</sup> Paralelamente se presentan continuas reformas en las organizaciones administrativas clásicas o tradicionales de las secretarías y departamentos de estado, cuya estructuración interna cada vez resulta más difícil conocer.

Pero todas estas nuevas estructuras o reformas nacen impulsadas casi por la fuerza misma de las cosas, no por un deliberado y planeado propósito de organización administrativa. Esto provoca falta de unidad en la acción, criterios o resoluciones contradictorias que revelan paradójicamente desor-

---

3. En Venezuela el fenómeno es similar: "la estructura actual de la administración venezolana es el resultado de un crecimiento desmesurado de diferentes instituciones en función de nuevos cargos que han tenido que asumir progresivamente" (Brewer-Carías, pág. 47, *Bulletin de l'institut international d'administration publique, revue d'administration publique*, número 11, juillet-septembre, 1969).

ganización. La concurrencia por ejemplo de varios organismos y dependencias oficiales en una sola materia administrativa es la mejor prueba de lo expresado. Existe la práctica viciosa que ante ingentes problemas económicos únicamente se piensa como vía de resolución o atención inmediata, proponer una organización autónoma o hasta ministerios o secretarías, sin haber meditado lo suficiente, marginando la posibilidad de perfeccionar o reestructurar las organizaciones existentes.

Esto, además de no resolver los asuntos públicos en el fondo, es agigantar la burocracia administrativa, pues aquel desorden, contradicciones y derroche de recursos humanos y técnicos a eso conduce. A esto habría que agregar la circunstancia que, "esas contradicciones entre las instituciones políticas y las realidades socioeconómicas son más evidentes y más dramáticas en los países subdesarrollados".<sup>4</sup> También contribuyen a este cuadro de cosas factores políticos, en especial en Latinoamérica, como son la inestabilidad política de los gobiernos o la estabilidad política pero cíclica que interrumpe la continuidad de políticas o de planes, por comprender cambio de funcionarios de alto nivel.

En la doctrina administrativa se encomia a la descentralización administrativa por servicio, se recomienda y persuade de la utilidad de las empresas de economía mixta. Se defiende a las empresas de Estado como necesario pivote del desarrollo económico o industrial. Se enfatiza el milagro de las empresas públicas, de hacer del Estado un empresario tan afortunado y eficaz como el más entre los empresarios particulares. Seguramente que un estudio comparado de las empresas públicas en Latinoamérica no arrojaría tan halagüeños epítetos. Ni siquiera podrían mantenerse esas opiniones en los países de mayor desarrollo económico industrial. En los Estados Unidos Mexicanos no hay un común denominador. Hay empresas públicas con un gran éxito industrial, otras se mantienen con rendimientos satisfactorios, otras se limitan a cubrir la necesidad pública. Pero también existen empresas públicas que desde que nacen traen graves problemas financieros, técnicos o comerciales. Al acierto o desatino de crear y mantener ciertas empresas de Estado hay que adicionar que el régimen legal de que gozan es incompleto y anárquico. Situación que es propiciatoria de guerras políticas entre los titulares de las empresas, de conductas ilegales desvanecidas por la invocación de razones de "alta política", de corrupciones administrativas fecundadas por funcionarios de nula ética o de supina impericia. No se habla de su con-

---

4. Apunta el profesor Brewer-Carías, pág. 41, *Boletín*, 11, citado.



trol por la administración centralizada, pues son múltiples y a veces por lo mismo caótico. Es además origen de numerosas interpretaciones, excepciones y de conceptos diversos para un tipo o grupo de empresas según la Ley por aplicar. Esto sin mengua de ver lo que la Ley orgánica de cada uno de los organismos prescribe.

No es esto una clasificación estricta, es una simple imagen de su importancia o valor económico. Igual categoría de consideraciones habría que hacer respecto a las organizaciones tradicionales, pues su continua reforma obedece a similares imperativos.

Ahora lo importante es destacar que si bien las anteriores reflexiones son únicamente en cuanto a su eficacia como organización económica pública, falta aún revisar y analizar su situación y posición jurídicas. En otros términos, es oportuno preguntarse cuál ha sido el desarrollo que paralelamente ha tenido el derecho para encuadrar tales organizaciones. En especial qué se debe al derecho administrativo. Los juristas, las asociaciones, las sociedades, los colegios de abogados, ¿qué tareas han emprendido para orientar a la opinión pública, para conducir al legislador a mejores frutos?

Por lo pronto a la Administración Pública parece no preocuparle la falta de un derecho industrial público, que después de todo acabaría por limitar sus actividades económicas. Prefiere el camino de formular políticas o criterios, que proponer proyectos de leyes que la autolimiten. En los Estados Unidos Mexicanos, como es el Presidente de la República quien en la práctica presenta la casi totalidad de iniciativas de ley que llegan a las Cámaras Legislativas, no se observa una tendencia favorable a integrar una legislación industrial armónica. Sólo se multiplican las declaraciones de sus necesidades pero faltan las decisiones, las realizaciones.

Poco se puede hallar en la labor de los colegios o asociaciones de abogados. Es en las revistas especializadas de Derecho Público o sobre Administración Pública, donde la temática ha recibido atención especial por los juristas, formando toda una teoría o doctrina en tópicos claves, como empresa pública, servicios públicos industriales y comerciales, etc.

## II

### AHUYENTAR EL FANTASMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CLÁSICO

5.a) *Formación de funcionarios públicos.* Vinculada a la problemática de la organización administrativa económica, está la reforma de los

cuadros del personal administrativo o al servicio de esa organización. No es posible que los mismos cánones que se utilizan para reclutar el personal de la tradicional organización de la Administración, sean los mismos para esas estructuras. Además de que como se ha apuntado, las propias organizaciones tradicionales están sujetas a continuas reformas, el Estado Empresario demanda modernas concepciones de organización, coordinación y servicio. Con todo acierto, se afirma que "es evidente que la reforma que se impone en primer lugar es la de las estructuras políticas del Estado mismo y de su instrumento inmediato: la Administración, para transformarlas en agentes de desarrollo".<sup>5</sup>

Imposible calificar de buena administración aquella en la que su personal vive bajo los contrastes más paradójicos: la misma labor, distinto sueldo, el mismo trabajo, distinta preparación técnica, para una función cualquier técnico es bueno. Los sistemas de incorporación —cuando los hay —para prestar servicios al Estado no garantizan siempre la mejor selección, ni tampoco implican o suponen planeación para su correcta distribución.

En los Estados Unidos Mexicanos, la relación de servicio entre el Estado y sus trabajadores, cuenta con bases en la Constitución, apartado B del Art. 123. Se ha dictado la ley reglamentaria, Ley Federal de los Trabajadores al servicio del Estado. Tiene además este sector su ley de seguridad social, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. Con esto, resulta ceguera negar que el Gobierno Federal no se haya preocupado por definir y mejorar el régimen legal de los trabajadores del Estado.

Sin embargo, en la práctica no se sigue sistema alguno para la incorporación al servicio del Estado, cuando menos en los niveles medio e inferior, donde se agrupa la mayoría de servidores. En cuanto al mejoramiento o ascenso de los trabajadores, a pesar de que constitucionalmente se fijan dos criterios: capacidad y antigüedad, es algo que rara vez se sigue. Muy desprestigiado está el llamado sistema escalafonario.

Tampoco se puede olvidar que del personal al servicio del Estado existe un gran número que es empleado de confianza y por lo mismo no goza de la garantía de estabilidad en su empleo o función. Su remoción no exige como para los empleados de base una causa legal justificada.

---

5. Brewer-Carías, pág. 45, obra citada.

Esto sin contar el tradicional cambio de cada seis años del equipo administrativo de nivel superior.

6.b) *El estado industrial.* Otro de los capítulos que no ha merecido suficiente atención por el Derecho Administrativo es el de la legislación industrial, en la que habría que separar dos apartados: aquella que regulará el Estado industrial y la que normará al Estado promotor industrial.

En efecto, el Estado industrial no sólo ha impuesto la necesidad de una serie de reformas, sino que ha conducido a la formación de una vida industrial nacional distinta. Su participación directa o indirecta puede ser benéfica, pues no es otro su propósito, pero puede ocasionalmente ser perjudicial. A ningún empresario, por ejemplo, le satisface tener como competidor al Estado. Hay actividades industriales que sólo por su repercusión o por ser imprescindibles para el bien común o porque las circunstancias financieras no facilitan otro camino, el Estado las emprende o las continúa, aunque aquí, más que de Estado industrial se ocurre hablar de Estado Servicio.

Pero cualesquiera que sean las causas o condiciones en que nazca el Estado industrial, se ha impuesto al Derecho Administrativo como a las Administraciones Públicas modernas la innovación de los servicios públicos industriales o comerciales, que han venido a romper con el concepto clásico de servicio público administrativo y, planteado la siguiente cuestión: la crisis de la noción de servicio público.

Doctrinalmente se han venido elaborando estudios y reflexiones para conocer mejor estos servicios, pero sin que exista una legislación específica sobre ellos. Aparecen tales servicios obedeciendo a causas diversas en un mismo país. En los Estados Unidos Mexicanos la doctrina y la legislación son pobres, no así los hechos o situaciones que han ido creciendo sin un orden a seguir, aunque sí impulsadas por las necesidades del momento, de un desarrollo industrial desmesurado, fundamentalmente.

Imposible materialmente analizar y valorar en estas líneas ese derecho o legislación que regulan al Estado industrial, pero cuando menos es impostergable señalar algo que a menudo se olvida, se trata de los derechos de defensa de los administrados frente a tan novísima actividad estatal que no detiene su marcha, que por el contrario encuentra repetidos incentivos para aumentarla o acelerarla.

Si la legislación industrial en sí no se caracteriza en Latinoamérica por su abundancia sino más bien por ser esporádica, contradictoria o nula, menos puede decirse respecto a tales derechos minimizados al máximo o desconocidos. Hay, por todo esto, razones suficientes que apoyan la idea de que la primera medida que se impone es sujetar esta actividad al Derecho, sin olvidar definir los derechos de los particulares frente a ella.

Complejo es también el otro apartado respecto a la labor promocional del Estado en el campo industrial. Aumentando su complejidad si la consideración se enfoca hacia los países subdesarrollados o en vías de desarrollo, pues resulta inconcebible una tésitura de libre empresa. Gracias al fomento industrial del Estado, las economías bautizadas con aquellos seudónimos, se protegen interna y externamente de factores adversos.

Internamente, además, se ve ampliamente apoyada, sea para su nacimiento, desarrollo o crecimiento. Encuentra o debe hallar el clima más favorable, tanto económica como legalmente. Los planes económicos a corto o largo plazo, a nivel nacional o regional obedecen al imperativo de que el Estado lleve el timón de la industria.

Entender y delimitar cabalmente la labor del Estado en este plano, ha producido por el momento millares de páginas, en las que se recogen las más diversas opiniones. Por encima de éstas, sin embargo, y sin discusión, existe la común aceptación del Estado promotor industrial.

Desgraciadamente todo el avance económico industrial de los países latinoamericanos no se ve acompañado de un derecho económico o una legislación industrial. Donde se ha logrado mayor progreso legal es en la política de estímulos fiscales que sigue el Estado en favor del desarrollo industrial. De continuo se reforman las leyes impositivas para captar todo el sistema de exenciones o franquicias favorables a la industria. Tampoco se ha descuidado dictar las primeras reglas o normas legales para regular la política de subsidios en este orden.

Tradicionalmente en los Estados Unidos Mexicanos el fomento industrial se ha llevado a cabo fundamentalmente a través de política de estímulos fiscales, que por un lado ya resulta insuficiente y por el otro ha dado origen a consecuencias negativas, pues no son pocos los casos de industrias que lucran con tal apoyo o que en el fondo sólo encubre una industria irreal o parásita.

Se ha recomendado por los sectores interesados que esa política de estímulos fiscales se someta a una revisión periódica, a fin de adaptarla

a las cambiantes situaciones en que se van colocando las industrias. Asimismo se ha llegado a reclamar una legislación que brinde un apoyo más amplio, efectivo y acorde con la realidad industrial del país, sin que se limite al aspecto fiscal.

No ha sido difícil para el Estado reconocer aquella verdad, que aun viendo sólo la parte que directamente se beneficia, o sea, mayor protección para la industria privada, resulta imperativo prever su regulación económica y legal. Empero, el horizonte para la legislación industrial abarca otros aspectos básicos como son: localización de las industrias, su planeación, su descentralización de los centros urbanos, financiamiento, asistencia técnica, mercados de exportación, controles de importaciones y exportaciones, composición legal o extranjera de los capitales de las sociedades industriales, etc., etc.

Falta que los países latinoamericanos se aboquen a la compleja y ardua tarea de legislar sobre todas esas cuestiones o problemáticas industriales o de fomento industrial. Superar de esta manera la práctica administrativa de utilizar "criterios económicos" de vida efímera y de marcado subjetivismo.

7.c) *Transformación del Derecho Administrativo.* Parece que el Derecho Administrativo debe transformarse profundamente y abandonar los conceptos clásicos o tradicionales que no comprenden o chocan con todas esas realidades vistas. Avanzar concomitantemente a las nuevas tecnologías usadas por el Estado y los particulares en la realización independiente o combinada de sus fines o tareas en general. La introducción de métodos de la industria privada a la industria del Estado, reclama imperativamente la revisión del régimen legal a que deberá sujetarse y que función cumplirá o deberá cumplir el Derecho Administrativo.

Habrà seguramente una transformación de mentalidades que impondrà necesariamente una nueva escuela o un sistema reformado para los futuros funcionarios públicos. La mecanización de las tareas administrativas a través de instalaciones o equipos de tecnologías avanzadas, obliga a cambiar los métodos de trabajo, así como lograr la óptima distribución de competencias.

La planificación conduce a la Administración Pública a la creación de servicios de organización y método, con la firme esperanza de una administración más eficaz, coherente y acorde al pujante desarrollo económico que promueva el Estado mismo. Nuevos planes y programas exigen

por otra parte, nuevas estructuras y organizaciones, modificaciones en los métodos y procedimientos administrativos.

Es un mundo nuevo, dinámico, por el que atraviesa América Latina, en el que el Derecho Administrativo tiene un papel primordial, pero que le impone como primera obligación el de transformarse y ahuyentar el fantasma de quedarse como joya preciada del pasado.

## § 18. LA MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS (CON ESPECIAL REFERENCIA AL MOTIVO DEL ACTO)

Hildegard RONDÓN DE SANSÓ  
*Profesora de Derecho Administrativo en la  
Universidad Central de Venezuela*

### SUMARIO

**INTRODUCCION:** 1.A) El motivo en la estructura del acto administrativo. 2.a) Corrientes doctrinales. 3.b) La posición de Giannini. 4.B) Motivación y motivo del acto. 5.a) Fin del acto. 6.b) Presupuesto del acto. 7.c) Motivo como fundamento de la conducta. 8.C) Diferenciación del motivo del acto de acuerdo con la naturaleza de la actividad administrativa.

**PRIMERA PARTE: LA ACTIVIDAD VINCULADA Y LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL.** 9.A) El concepto de discrecionalidad a través de las distintas tesis doctrinarias. 10. La tesis de Giannini. 11.B) La actividad vinculada y la actividad discrecional. 12.a) La actividad vinculada. 13.b) La actividad discrecional. 14.C) El interés público y la discrecionalidad.

**SEGUNDA PARTE: LA MOTIVACION,** Sección I. *Consideraciones generales sobre la motivación.* 15.A) Conceptos y principios que rigen la motivación del acto administrativo. 20.B) Distintas formas de la motivación. 21.C) Problemática de la motivación. 22.a) Obligatoriedad de la motivación. 23.aa) Primera etapa jurisprudencial: La ausencia de motivación no es causa de impugnación del acto administrativo. 24.bb) Segunda etapa jurisprudencial: La falta de motivación constituye un vicio del acto. 25.b) Necesidad de la motivación. 26.aa) Motivación por exigencia expresa de una norma. 27.bb) Motivación en virtud de la naturaleza misma del acto. Sección II. *Los vicios del acto administrativo derivados de la motivación.* 28. Dos elementos. 29.A) El control de legitimidad. 30.B) El control del mérito. 31. Conclusión

### INTRODUCCIÓN

#### CONCEPTOS PRELIMINARES

1. A) *El motivo en la estructura del acto administrativo.* La estructura del acto administrativo es descrita por la doctrina en forma más o

\* Ponencia presentada al VIII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado (La Haya). Pescara.

menos análoga, aun cuando la terminología utilizada para designar los factores que la integran difiere. Al efecto, hemos utilizado el término factores, por considerarlo de valor más genérico que el de cualquier otro vocablo, por cuanto hablar de elementos o de requisitos tiene el inconveniente de que para algunos autores tales expresiones tienen un valor específico. En general, las divergencias son fundamentalmente de designación o de clasificación, ya que no radican en asignarles funciones diferentes a las categorías que se establecen como integrantes o complementarias del acto.

2.a) *Corrientes doctrinales.* Desechando las tesis menos recientes se puede distinguir en la doctrina moderna varias posiciones fundamentales en lo que toca a la determinación estructural del acto administrativo. En primer lugar hay que señalar la que se basa en la equiparación del acto administrativo con el negocio jurídico de derecho privado, y por ello, de sus elementos. Esta posición se inspiraría en dos postulados fundamentales: el de la universalidad de las instituciones jurídicas y el de la economía conceptual que implica el aprovechar la amplia labor que han realizado los civilistas al hacer el estudio exhaustivo del negocio jurídico. Para los partidarios de esta tesis las diferencias entre negocio jurídico y acto administrativo constituyen una cuestión de derecho positivo, por cuanto dependerán simplemente de cada legislación.

El negocio jurídico, de acuerdo con una avanzada concepción del Derecho Civil,<sup>1</sup> es el acto de una voluntad autorizada por el ordenamiento a perseguir un fin propio, constituyendo por ello un acto de autonomía privada, dirigido a un fin que el ordenamiento jurídico considera merecedor de tutela. En base a la anterior definición en la estructura del negocio jurídico se delinean dos elementos fundamentales: un elemento exterior constituido por el ordenamiento, por la autoridad; y, un elemento interior integrado por la voluntad. La voluntad del negocio jurídico no es soberana, no es independiente por cuanto, si la misma es idónea para producir efectos es por el hecho de que otra voluntad que sí es soberana se lo permite, la autoriza. Por ello, el elemento voluntad se denomina autonomía privada. Con el término autonomía privada se quiere indicar que existe una voluntad (de los particulares o de las colectividades particulares) que está autorizada por el ordenamiento jurídico para perseguir un fin propio. De allí que el fin sea un elemento

---

1. Santoro Passarelli, Francisco, *Dottrina Generale del Diritto Civile*, Nápoles, 1959, pp. 124 y siguientes.



integrante del negocio. Es necesario recalcar que el fin no tiene relevancia en los actos jurídicos corrientes por el hecho de que estos actos tienen una función predeterminada por la Ley. En el negocio jurídico la voluntad particular es jurídicamente relevante, al punto de que puede tener fuerza de Ley, no en lo que toca al sujeto de la cual proviene ni por sí mismo o como fin en sí misma, sino en cuanto tienda a realizar un interés que el ordenamiento jurídico tenga como tutelable. Esta función que el negocio debe cumplir, considerada como *razón determinante* del sujeto para la realización del negocio jurídico, se denomina *la causa del negocio*. La causa es por ello la razón determinante del sujeto para la realización del negocio. Es indispensable distinguir entonces la causa, que es un *elemento objetivo* del negocio de *los motivos* que constituyen circunstancias subjetivas. Veamos un ejemplo: la causa del negocio de compraventa es siempre y en cualquier caso el cambio de la cosa vendida por el precio. El empleo que haga el vendedor con el dinero que obtiene de la venta y el comprador con la cosa que adquiere, constituyen los motivos del contrato, no su causa. Para los que intentan una total equiparación del acto administrativo con el negocio jurídico, el elemento teleológico (motivo, fin o causa del acto administrativo) se identifican con la causa del negocio.

Hay otro criterio que considera una neta distinción entre los actos administrativos y negocio jurídico, y ve la estructura del primero en base a la función que los componentes del acto estén destinados a realizar, distinguiendo así entre las condiciones de existencia, las condiciones de validez y las de eficacia.<sup>2</sup> Esta postura distingue entre los elementos del acto y los requisitos del mismo. Son elementos los que inciden sobre la existencia o sobre su perfección. Son requisitos los que inciden sobre la eficacia o sobre la validez del acto. Específicamente se señala que los elementos son las condiciones de existencia o de perfección del acto. El acto existe cuando tiene un número de condiciones que le permiten integrar al tipo preestablecido. El acto es perfecto cuando en su formación han intervenido todos los órganos necesarios. En lo que toca a los requisitos, los mismos se presentan como las condiciones de la eficacia y de validez del acto. El acto es eficaz cuando es idóneo para producir los efectos para los cuales ha sido previsto. El acto es válido cuando carece de vicios.

---

2. Virga, Pietro, *Il provvedimento amministrativo*, Milán, 1968, pp. 159 y siguientes.

La tesis que estamos exponiendo clasifica a los elementos en: esenciales, naturales y accidentales. Por su parte, los requisitos se presentan como: requisitos de legitimidad (los cuales son los necesarios para la validez del acto, como es el caso de los presupuestos); y los requisitos de eficacia, necesarios para que el acto surta sus efectos. Para esta tesis la motivación encaja dentro de los requisitos de legitimidad.

3.b) *La posición de Giannini.* Representa la postura más moderna en lo que toca a la enunciación de los elementos del acto administrativo.<sup>3</sup> Para aislar estos elementos utiliza la técnica de eliminación, esto es, el sistema de enunciar los factores que la doctrina tradicional en una u otra forma ha considerado como integrantes del acto administrativo, a fin de analizarlos, y descartarlos cuando el resultado de dicho análisis revele que por su naturaleza no forman parte de la estructura misma del acto sino que corresponden a circunstancias anteriores o externas. Los elementos enunciados son: la competencia; la legitimación; los presupuestos; las circunstancias de hecho y finalmente la justificación.

La competencia y la legitimación son factores a través de los cuales se mide la potestad de emanación del autor del acto. Estos elementos existen independientemente del acto y el hecho de que se les haya considerado como integrantes del acto, está en la circunstancia de que en la mayor parte de los sistemas jurídicos, su falta o exceso sólo se puede constatar o impulsar a través del acto.

Los presupuestos y las circunstancias de hecho son las condiciones fácticas, se refieren a los hechos. La justificación es por su parte un supuesto que comporta una valoración discrecional.

Habiendo eliminado los elementos anteriores por ser extrínsecos al acto, Giannini señala como integrante del mismo a la voluntad, al objeto, al fin y a la forma.

La voluntad se presenta en su tesis como una escogencia entre los motivos. A diferencia de los negocios privados, la voluntad de los actos administrativos se desarrolla en un campo muy limitado, razón esta que ha llevado a una parte de la doctrina, a negar que pueda considerarse como elemento del acto, tesis esta que el autor rechaza, considerándola inaceptable porque confunde la voluntad psicológica con la voluntad del acto jurídico.

---

3. Giannini, M. S., *Atto Amministrativo*, Milán, 1960, pp. 60 y siguientes.

El objeto está sometido, según él, a la misma regulación que el de los actos privados presentando, por ello, la exigencia de ser posible, cierto, determinado o determinable.

El elemento teleológico es para Giannini el elemento cardinal del proveimiento administrativo y el cual distingue el proveimiento administrativo de cualquier otro acto del poder público. El elemento teleológico fundamental es la causa para unos, el motivo para otros, habiendo quien identifique los conceptos de causa y motivo. Considera que la diferencia entre causa y motivo estriba en lo siguiente: el particular en ejercicio de la autonomía privada tiene un poder virtual ilimitado para crear formas jurídicas que regulen sus compromisos; en compensación el ordenamiento establece esquemas dentro de los cuales pueda colocarse el tipo deseado en cada situación, a los fines de establecer las limitaciones y el contenido de la tutela jurídica que habrá de acordarle. Por el contrario, el sujeto activo de la actividad administrativa no puede producir sino los actos típicos que las normas establecen, razón por la cual, a los fines de la tutela no es necesario el vínculo de la causa.

Giannini se pronuncia por utilizar el término *motivo* al referirse a la estructura del acto administrativo, denominando motivación a su exteriorización.

El motivo primario también llamado motivo esencial o motivo del acto es aquel que la norma jurídica establece como requisito expreso de cada proveimiento, pudiendo incluso establecer una pluralidad.

4.B) *Motivación y motivo del acto.* La motivación del acto administrativo es la expresión del *motivo* del acto administrativo, esto es, constituye la exteriorización del motivo, su transcripción formal. En base a la anterior enunciación, analizar simplemente la motivación como tal aportaría beneficios conceptuales limitados, ya que su estudio debería concluirse con el de las modalidades que pudiera revestir (lo cual será objeto de un capítulo especial). Lo que sí presenta una profunda problemática es el motivo como integrante sustancial del acto administrativo y es al mismo al que vamos a hacer objeto esencial de nuestro estudio.

Antes de delimitar el concepto de motivo del acto, ubicándolo dentro de las categorías jurídicas a las cuales pertenece, es necesario establecer su noción preliminar, que sería una especie de preconocimiento de su alcance y de su contenido.

¿Qué se entiende normalmente por motivo del acto? El término *Motivo* sugiere a la mente del jurista tres distintas ideas:

Sugiere en primer lugar la idea de la finalidad que se persigue a través de la emanación del acto y por medio del acto mismo. Esto es, alude al resultado que se espera obtener de los efectos del acto. Conceptuando así el motivo, vendría a constituir un elemento teleológico y a identificarse por ello con el fin o finalidad del acto. Incluso es necesario señalar que una parte de la doctrina considera como sinónimos los términos *Fin* y *motivación*.<sup>4</sup>

Por motivo pueden entenderse también las circunstancias que han determinado la enunciación del acto. Estas circunstancias podrían ser tanto circunstancias de hecho, como de derecho. Definiendo en tal forma el motivo del acto, el mismo se presenta con dos notas esenciales: en primer lugar se identifica con los presupuestos del acto, esto es, con los elementos de hecho y de derecho en los cuales se basa el impulso del procedimiento administrativo; por otra parte, el motivo se transforma en un elemento de forma, por cuanto pasa necesariamente a constituir la indicación en el texto del acto administrativo de esas circunstancias, con lo cual, con las debidas diferencias que emanan del concepto mismo, llega a identificarse con la idea de la motivación a la cual aludimos en precedencia.<sup>5</sup> Para algunos autores, el motivo es siempre un presupuesto, sólo que contiene elementos teleológicos de los cuales carecen los presupuestos.<sup>6</sup>

Finalmente, por motivo del acto puede entenderse las razones que mueven al autor del acto a pronunciarse en la forma y sentido en que lo ha hecho, a justificar su decisión, a fundamentar su conducta, a indicar el porqué de la determinación de su voluntad. En este sentido, el motivo constituye el razonamiento y la justificación del órgano administrativo que emana el acto, de las razones que incidieron sobre su voluntad. Considerando en tal forma, el motivo será un elemento esencial del acto, en la medida en que se considere que la administración está obligada a expresarlo, caso en el cual constituiría un elemento autónomo dentro de la estructura del acto administrativo, enjuiciable independientemente del resto de los elementos del acto.

---

4. En tal sentido: Andersen, Bonnard, Ranelletti.

5. Identifican motivo con presupuesto. Duguít en su *Traité*, I, p. 316, II, p. 365. Bonnard, *Pouvoir Discretionnaire*, pág. 369; Welter, *Contrôle de Moralité*.

6. Giannini, M. S., *L'interpretazione Dell'Atto Amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1939, pág. 249.

En resumen, la idea del motivo del acto sugiere su identificación con tres distintos conceptos:

- 1º Con el concepto teleológico de la finalidad del acto.
- 2º Con el concepto estructural de presupuesto del acto.
- 3º Con el concepto sustancial de fundamento del acto.

Vamos a analizar el significado del alcance de cada uno de los elementos para definir en toda su extensión el motivo del acto administrativo.

5.a) *Fin del acto.* El fin del acto administrativo es considerado por la moderna doctrina como un elemento lógicamente indispensable para su existencia, en forma tal que un acto carente de fin sería un acto carente de cualquier valor e incluso para algunos, inexistente. Se señala que, cada vez que falta el fin, falta el acto mismo, por lo cual los efectos a los cuales tiende no se pueden producir.<sup>7</sup> Existirá en tales casos la apariencia de un acto jurídico; pero su apariencia no corresponde a la verdad; en otras palabras, no se trata de que el derecho le niegue la eficacia a un determinado acto, sino que reconoce su inexistencia.

El fin del acto administrativo es la satisfacción del interés público.

Giannini,<sup>8</sup> por su parte, antes de hablar de fin prefiere hablar de los elementos teleológicos, los cuales subclasifica en la siguiente forma:

1º El fin jurídico, el cual está constituido por la modificación jurídica del mundo exterior, esto es, por el efecto jurídico fundamental que un acto tiende a producir por sí mismo, esto es, con independencia del hecho de que sea emanado por un funcionario determinado y por ello independientemente de la esfera de actuación de tal sujeto.

2º Los motivos, constituidos por los fines que ulteriormente al acto tiende a alcanzar siempre y cuando no se le considere en su propia entidad, sino en el cuadro de las acciones del agente.

Señala Giannini<sup>9</sup> que en el proceder mental del agente, el mismo actúa desde un punto de vista subjetivo, por lo cual los mismos deben considerarse a través de una duplicidad de elementos:

---

7. Carnelutti, Francisco, *Teoria Generale del Diritto*, III, 1961, pp. 238 y siguientes.

8. Giannini, M. S., *L'Interpretazione Dell'Atto Amministrativo*, pp. 238 y siguientes.

9. Giannini, M. S., *L'Interpretazione*, obra citada, pp. 246 a 252.

1º Son precedentes del acto, por cuanto el sujeto se los representa antes de emanarlos.

2º Son subsiguientes al acto en el sentido de que constituyen los efectos que han de ser alcanzados. Señala el autor mencionado que, vistos en el primer sentido podría hablarse de motivos, en lo que toca a la primera hipótesis; y de fines ulteriores o de fines propiamente dichos a los de la segunda hipótesis.

6.b) *Presupuesto del acto*. Presupuesto es la concurrencia de situaciones que constituyen la causa de la actuación, esto es, el impulso que mueve a la actuación administrativa. Los presupuestos no contienen elementos teleológicos, aun cuando están en una relación causal con el acto. (Giannini los considera por ello dentro de los elementos causales del acto; pero para no usar dicho término, usa el de elementos teleológicos).

Sandulli considera que por presupuesto ha de entenderse las circunstancias histórico-ambientales exigidas por la ley para que determinados actos administrativos sean emanados.<sup>10</sup> Los presupuestos son por ello considerados como condición de legalidad de los actos. En efecto, cuando la Ley exige que se dé una determinada situación para la emanación de un acto, su falta o no constatación constituirá un vicio de legitimidad. Ejemplos de presupuestos son los límites de tiempo medidos según el calendario o referido a particulares contingencias históricas (ejemplo: en tiempo de guerra, en tiempo de epidemia; de gran importancia son ciertas contingencias particulares como la urgencia, la necesidad, "graves motivos"); son igualmente presupuestos la necesidad de ciertas actuaciones administrativas o de los particulares mismos.

7.c) *Motivo como fundamento de la conducta*. El motivo puede ser entendido como fundamento de la conducta de la administración, esto es, como las razones inmediatas en virtud de las cuales se ha emanado el acto. Si esto se traslada al campo del Derecho Privado las razones serían los móviles y no tendrían relevancia jurídica alguna, porque tienen un tinte marcadamente subjetivo, pero planteado en el campo del Derecho Administrativo el motivo sí tiene relevancia porque constituye el porqué de la actividad y este porqué no puede ser sino objetivo, la búsqueda de un fin específico de interés público. De allí que podría decirse que el motivo es el razonamiento lógico que llevará a la demostración de que el acto ha cumplido con su fin específico.

---

10. Sandulli, Aldo, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 1960, pág. 322.

Además de estas posiciones fundamentales, hay quien identifica el motivo con el objeto y con la causa del acto. Esta es posible, si se considera el especial significado atribuido a cada uno de dichos conceptos. En efecto, el objeto del acto administrativo es para los modernos tratadistas,<sup>11</sup> la satisfacción de un interés público concreto. Así concebido el objeto, se identifica con la satisfacción del interés primario.<sup>12</sup> Esta tesis critica así la posición privatista que considera al objeto como un bien en sentido jurídico y le señala todos los requisitos exigidos para la existencia del mismo (lícito, posible, determinado o determinable), lo cual resulta coherente con la lógica del negocio jurídico privado, representando una limitación de la autonomía privada; pero si se considera que el acto administrativo no es una expresión de autonomía sino un acto típico, nos encontramos que no se compagina con la esencia de éste. Giannini considera que el motivo es una forma de ser del objeto.

En lo que toca a la equiparación de causa-motivo, conviene ante todo advertir que no nos referimos a todas las posiciones mantenidas sobre el concepto de causa, por cuanto es un tema que escapa completamente al objetivo del presente estudio, sino simplemente aludimos a que permite la presente confrontación; se trata en efecto de la posición de una parte de la doctrina del Derecho Administrativo que conceptúa a la causa como la razón de actuar del agente público, del cual ha de ser intérprete en conformidad al precepto legislativo.

8.C) *Diferenciación del motivo del acto de acuerdo con la naturaleza de la actividad administrativa.* Una vez vistas las posiciones doctrinarias sobre el motivo del acto, podemos arriesgar una interpretación general sobre las mismas, considerando que el concepto que se tenga sobre el motivo obedece al tipo de pregunta que se haga: ¿El motivo responde al *por qué* de la actuación administrativa? ¿El motivo responde al *para qué*? El *por qué* implica las razones inmediatas que determinan la actuación; el *para qué*, las razones finales. Si la pregunta es el *por qué*, el motivo se presenta como un elemento predispuesto por la norma jurídica, en el cual el funcionario administrativo no tiene intervención alguna, sino que su labor se concreta en reunir los presupuestos que configuran el tipo legal y una vez reunidos, descritos (labor que constituiría su motivación) aplicar los efectos previstos.

---

11. Giannini: *Corso di Diritto Amministrativo III*, 1, L'attività amministrativa, 1967, pág. 119.

12. *Supra*, Nº 14.C).

Si por el contrario el motivo responde al *para qué*, en tal caso el motivo no es una justificación sino un fin alcanzable que el funcionario que emana el acto ha debido establecer a través del mismo.

De la divergencia de preguntas surge una lógica consecuencia: el motivo no puede ser idéntico en lo que toca a los actos discrecionales y en lo que toca a los reglados o vinculados. Es esta la tesis que nos mueve y que nos llevará a concluir que el motivo puede perfectamente ser la respuesta a ambas preguntas, de acuerdo con el tipo de acto que deba ser emanado.

En efecto, el análisis de los conceptos jurídicos, nos lleva en muchos casos a la convicción de que los mismos no son homogéneos e inalterables, como pudiera resultar en un primer momento. Los conceptos muchas veces se presentan como las enfermedades, en sentido que la medicina moderna tiende a reconocer hoy en día, que no hay enfermedades sino enfermos. No hay un tipo dentro del cual encajen todas las hipótesis, por lo cual se corre el riesgo de enunciar una idea central y posteriormente podar su genericidad con tantas excepciones que al final la misma queda despojada de sus características primarias. En el caso presente, y analizando la proliferación de conceptos sobre la motivación del acto administrativo, hemos llegado a la conclusión de que la misma asume un contenido distinto de acuerdo con la circunstancia de que se refiera a un acto discrecional, o bien a un acto vinculado. Indudablemente la motivación del acto será distinta de acuerdo con la naturaleza de la actividad que a través del mismo se desarrolla. Veamos el alcance que tiene esta premisa:

¿Cuál es el motivo del acto vinculado? En el acto vinculado una norma le ha señalado a la administración la potestad de tomar una decisión determinada. En este caso, es la norma la que fija con detenimiento y precisión todos los elementos de la decisión prevista. Pongamos el siguiente ejemplo: *La Ley de Propiedad Industrial venezolana en su Artículo 21* le señala al Ministro la posibilidad de anular, en cualquier tiempo, las patentes que hayan sido otorgadas en violación de la ley. Todos los supuestos ya han sido previstos por el legislador y la finalidad de la facultad también está en el espíritu de la norma: el legislador ha querido que se extinga un derecho que nació en forma defectuosa.

El legislador ha considerado injusto mantener un registro que viola al mismo régimen que él estableció para su otorgamiento. El legislador considera inútil y nocivo para la sociedad la permanencia de una protección que entraba la finalidad misma perseguida con el otorgamiento del derecho de exclusividad. En consecuencia, la facultad de anulación es una potestad



vinculada y, en ella, el fin ha sido perfectamente previsto por el legislador. No es necesario en consecuencia que el funcionario administrativo que concretiza la facultad indicada en la norma, establezca los fines del acto. Es totalmente inútil que señale las razones que persigue al extinguir la patente: esas razones ya están dadas. Entonces, ¿en qué consistirá la motivación del acto administrativo que anula la patente?, o, lo que es lo mismo, ¿dónde estará el motivo que ha de ser expresado por el funcionario administrativo para tomar una decisión anulatoria? Indudablemente el motivo ha de estar en la determinación del vicio de ilegalidad que produjo su decisión. En el caso analizado el funcionario administrativo deberá encontrar el vicio de ilegalidad y éste será el motivo de su acto. La *motivación* estará en la determinación clara y precisa de tal vicio. Generalizando entonces, el *motivo del acto administrativo vinculado está en la comprobación de que el supuesto de hecho previsto por el legislador se ha cumplido*, se ha tipificado en la situación concreta, y la motivación será la narración de los elementos que constituyen el supuesto de hecho. Una hipótesis distinta es la que se plantea en el caso de los actos discrecionales, en los cuales toca al funcionario administrativo señalar el fin del acto administrativo. Pongamos por caso que la facultad concedida por la Ley de Propiedad Industrial no fuese una facultad vinculada, sino una amplia potestad revocatoria sometida a su poder discrecional. El ejemplo, en el caso presente, sería el de una norma que permitiera al funcionario administrativo revocar las patentes que lesionen a su juicio el interés económico de la nación. En este caso, lo que el funcionario administrativo debe señalar en su acto como *motivo del mismo* es el fin que persigue al extinguir el derecho de exclusividad concedido mediante la patente. En este caso nos encontramos con que el funcionario administrativo que tiene una competencia en el campo de la propiedad industrial, tiene como interés inmediato la protección de los inventores; pero al lado de este interés público, hay una infinidad de intereses secundarios: política de desarrollo económico, política de favorecimiento de la integración regional, proteccionismo de determinadas empresas, etc. El interés debe ser comparado con los intereses secundarios y del resultado de esta comparación ha de surgir el fin del acto, que debe ser el interés que en el caso específico es perseguido por la Administración. Como se ve, en esta hipótesis, el motivo del acto ha de ser expresado en el mismo mediante el pronunciamiento administrativo.

Como puede apreciarse, el motivo no es un concepto homogéneo en los actos discrecionales y en los actos vinculados, sino que, por el contrario, en cada una de estas categorías adquiere un sentido especial.

De los ejemplos que anteceden se evidencia entonces que el motivo puede ser tanto *el por qué* como *el para qué*. Todo dependerá de la naturaleza del acto. El motivo en el acto vinculado será el por qué el acto fue emanado y ese por qué no puede ser el molde abstracto de la norma. En el acto discrecional, el motivo ha de ser la respuesta al para qué, por cuanto va a indicar el fin que se propuso el autor al dar cumplimiento a una facultad que le fuera otorgada. Para comprender a cabalidad la posición mantenida es necesario que señalemos el alcance de la actividad vinculada y el de la actividad discrecional.

## PRIMERA PARTE

### LA ACTIVIDAD VINCULADA Y LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL

9.A) *El concepto de discrecionalidad a través de las distintas tesis doctrinarias.* Para poder apreciar el concepto de actividad discrecional tenemos que analizar las distintas tesis que se han mantenido al respecto. Siguiendo, al efecto, la exposición que Giannini<sup>13</sup> hace de la evolución doctrinal de la discrecionalidad, podemos señalar que el estudio de esta figura se inició con la búsqueda de la razón en virtud de la cual algunos actos o elementos de los actos administrativos no están sujetos al enjuiciamiento de los órganos superiores o de los órganos jurisdiccionales. En efecto, inicialmente la idea del acto discrecional se agotaba en el concepto de acto no sometido al control del juez, y la base de esta exclusión estaba en la consideración de que el principio de la división de los poderes le impedía al poder judicial valorar si la administración había cuidado bien o no los intereses públicos. Como corolarios de la nota precedente, se calificaba a la actividad discrecional por el hecho de no dar origen a pretensiones de los particulares frente a la administración que pudieran ser accionados ante los órganos jurisdiccionales. Era indudable entonces que la noción del acto discrecional violaba dos grandes principios del Derecho Público: el principio de la legalidad, y el principio de accionabilidad de las pretensiones de los ciudadanos frente a la Administración.

Posteriormente el estudio salió del campo práctico inmediato, para internarse en el análisis del poder de actuación de la administración y en-

---

13. Giannini, M. S.: *L'interpretazione*, obra citada, págs. 209 y ss.; y *Corso di Diritto Amministrativo*, obra citada, págs. 37 y ss.

contrar una calificación del mismo. En este orden de ideas, dos grandes posiciones se han mantenido sobre el concepto de discrecionalidad: una que se basa en considerar a la discrecionalidad como una libertad limitada por el interés público y otra posición que considera que la discrecionalidad es siempre una actividad vinculada.

Históricamente la primera tesis mantenida es la de que la discrecionalidad es una esfera de libertad de la administración.<sup>14</sup> Donde la ley no disponga en forma expresa, pueden las autoridades administrativas tomar todo tipo de providencias, incluso las que sean restrictivas de la esfera jurídica de los administrados. Meyer sostiene que la administración puede hacer todo aquello que la ley no le prohíbe. La crítica fundamental que se hace contra esta tesis es que resulta contraria a los postulados jurídico-políticos del Estado moderno.

Otra posición que sigue la misma dirección de la anterior considera que la discrecionalidad puede definirse como la falta de derechos subjetivos en el sujeto extraño a la administración frente a una determinada conducta de la autoridad. Se le critica señalando que hay proveimientos vinculados de la administración que no dan lugar a ningún derecho subjetivo en los sujetos extraños a la administración, y, viceversa, hay actos discrecionales que tienen por efecto la disminución de derechos subjetivos. En general puede decirse que esta tesis y las que en ellas se inspiran confunden los efectos que se producen con el poder discrecional en relación a ciertas formas de enjuiciamiento de los mismos, con las características de la actividad discrecional.

La doctrina más moderna ha abandonado los criterios basados en la existencia de vínculos jurídicos entre la Administración y los sujetos extraños a ella y trata de encontrar la característica diferencial del poder discrecional en el concepto de la libertad limitada por la ley. Se entiende así que la libertad es una facultad limitada.

Ahora bien, la actuación de la autoridad estaría preordenada por un elemento condicionante de la actividad de la administración. Toda libertad está limitada y en el caso específico el límite está dado por la necesidad de actuar el interés público.<sup>15</sup> La discrecionalidad puede ser definida, por ello, como la libertad limitada por el fin de interés público. En esta corriente

---

14. Sarwey, Meyer, citados por Giannini, *ibidem*.

15. Meyer O., Gluth; Anschuetz; Schoen; Jellinek; Rannelletti; Mortara; Aertmann; Forti; La Torre, citados por Giannini, *ibidem*.

de ideas surgen una serie de precisiones más o menos importantes; por ejemplo Jellinek se detiene a analizar las características intrínsecas de la discrecionalidad, considerando que la actividad discrecional consiste en un poder determinado por la ley de delimitar individualmente un concepto no precisado por la ley misma, como pensamiento o como orden, según consideraciones prácticas. Otros autores hablan de poder de disposición,<sup>16</sup> o de pleno poder.<sup>17</sup> Para algunos es como llenar un cheque en blanco<sup>18</sup> o de un poder de apreciación de los elementos.<sup>19</sup>

La tesis de Laun busca igualmente una noción sustancial de discrecionalidad, basada en la distinción entre las normas categóricas y las normas disyuntivas. En las normas disyuntivas se deja al órgano administrativo la determinación del fin inmediato del acto; en cuanto que en las normas categóricas se determina el fin inmediato. La discrecionalidad se ejerce cuando se cumplen normas disyuntivas por cuanto constituye el poder de precisar el fin próximo e inmediato del actuar.

A la corriente que considera la discrecionalidad como una actividad esencialmente libre, se oponen las que le niegan este carácter. Dentro de esta corriente está la de Berntzik, el cual considera que una actividad libre no existe, sino que libre es realmente sólo el procedimiento espiritual por el cual se concretizan las categorías técnicas formuladas por la ley, tales como las de conveniencia, utilidad, peligro, etc. En este mismo orden de ideas está la posición de Tezner, el cual considera en primer lugar que con el término *poder discrecional* se incluyen conceptos distintos entre sí, y, fundamentalmente las siguientes ideas: a) La incompetencia del magistrado de examinar desde el punto de vista del poder administrativo, la legalidad de una conducta de la autoridad administrativa, incompetencia que deriva de la ausencia de un derecho que deba ser protegido; b) En un segundo sentido, se entiende el hecho de la incompetencia del magistrado a causa de que carece de un saber técnico en la calificación de los hechos, saber que es propio solamente de algunas autoridades administrativas, en virtud de la ley.

Existe una tendencia a definir la discrecionalidad considerando que en la actividad de todo ente público hay un reenvío a ciertas normas no jurídicas que pueden considerarse como fuentes subsidiarias, las cuales re-

---

16. Meyer, Dochow, *ibidem*.

17. Anschuetz, *ibidem*.

18. Laun, Kelsen, Verdross, *ibidem*.

19. Bonnard, *ibidem*.

gulan la actividad administrativa. Se trata de reglas propias de la técnica administrativa. En esta forma y considerando válida la hipótesis señalada, cuando la ley atribuye un poder o regula el uso de un poder hace un reenvío a una norma subsidiaria en base al cual el órgano administrativo debe determinar en concreto la propia actividad. Se critica en esta tesis el hecho de que no se determina la naturaleza del reenvío, y, por otra parte, este reenvío no transformaría las normas a las cuales se refiere en normas jurídicas; pero sí obliga a que las mismas se cumplan so pena de que la actividad esté viciada jurídicamente. Es sabido por otra parte que la violación de normas técnicas no tiene efecto jurídico mientras se trate de normas de tal naturaleza, esto es, mientras no pasen a formar parte del contenido de una norma jurídica.

La escuela de Viena construyó igualmente su concepto de la discrecionalidad basándola en su teoría formalista. Para esta escuela la discrecionalidad actuaría como una facultad (un cheque en blanco) dado al órgano administrativo para hacer valer su propia voluntad dentro de los límites preestablecidos por el ordenamiento jurídico. En tal forma el cumplimiento de la norma que determina cada actividad discrecional está sometida a la voluntad propia del órgano del cual emana.

En la búsqueda de un criterio sustancial de la discrecionalidad se lanzó también la doctrina francesa, la cual considera que la autoridad administrativa está obligada a observar las reglas de la moralidad administrativa, las cuales no tienen sin embargo naturaleza jurídica, a pesar de lo cual su violación podría ser enjuiciada por los órganos jurisdiccionales en los sistemas que reconocen tal poder.<sup>20</sup>

10. *La tesis de Giannini.* Una vez que ha analizado las tesis fundamentales sobre el concepto de actividad discrecional llega a precisar dos ideas fundamentales:

- 1) La discrecionalidad es esencialmente libertad.
- 2) Esta libertad está disciplinada por criterios jurídicos en muchos de los momentos en los cuales se desarrolla.

A tal efecto considera que la tesis de Zanobini sobre el concepto de la discrecionalidad presenta una explicación satisfactoria del mecanismo de la misma. En la tesis de Zanobini se parte de la idea de que el estado tiene fines que ha de satisfacer y siendo la administración un elemento del

---

20. Hauriou y Welter, *ibidem*.

estado, los fines de éste le son impuestos a la actividad administrativa, bien sea dicha actividad discrecional o vinculada. Es aquí donde se ve la diferencia entre actividad del particular y actividad administrativa: el particular no tiene ningún fin que deba alcanzar y que le sea impuesto, por lo cual se mueve libremente dentro de los límites que el ordenamiento jurídico le establece, esto es, como no tiene fines preestablecidos, actúa con libertad realizando todo aquello que la norma no le prohíbe. De allí que los límites que se imponen a la actividad del particular son límites negativos: su conducta está regida por la facultad que le indica: "haz todo lo que la norma no te prohíbe". Los límites negativos tienden a mantener la conducta del particular en la esfera de lo lícito. Por su parte la administración que debe realizar determinados fines puede hacer sólo lo que el ordenamiento jurídico le permite hacer, por lo cual los límites de su actuación son tanto negativos en el sentido antes enunciado, como positivos, esto es, destinados a mantenerla fiel a la finalidad de interés público que le es propia. En base a lo anterior, la norma determina en forma expresa cuáles son las facultades propias de la Administración, prescribe cuáles son los actos que la Administración ha de emanar y en qué contingencia debe hacerlo. La discrecionalidad aparece así como una potestad vinculada en cuanto siempre está determinado el fin al cual debe tender. Las normas determinan el interés específico al atribuir el poder discrecional.

11.B) *La actividad vinculada y la actividad discrecional.* Veamos entonces cuál es el alcance del concepto de la actividad vinculada y de la actividad discrecional.

12.a) *La actividad vinculada*, llamada por algunos autores actividad ejecutiva, es aquella que se agota<sup>21</sup> en la simple traducción de los términos abstractos de lo dispuesto por la ley a los concretos del supuesto de hecho. Entendemos la definición de Giannini en el siguiente sentido: la actividad vinculada es aquella en la cual la administración se limita a concretizar en un supuesto de hecho particular, los elementos previstos en forma abstracta por el legislador. Es decir, existe un tipo abstracto previsto por la norma jurídica el cual va a ser aplicado en todos sus detalles a un caso concreto. Se nos ocurre la siguiente imagen: un fabricante de juguetes crea una figura que tiene determinadas características especiales; y al fin de reproducirlas establece un modelo, susceptible de una infinidad de reproducciones, las cuales pueden variar en el tamaño, pero manteniendo las mismas proporciones de ese modelo original. La actividad de reproducción

---

21. Giannini, M. S.: *L'Interpretazione Dell'Atto*, obra citada, pág. 209 y ss.

de la figura típica es lo que constituiría la actividad vinculada. Es decir que en la actividad vinculada los límites positivos están fijados de manera precisa en forma tal que la administración está obligada inderogablemente a uniformarse a tales criterios.

La norma vinculante debe tener un dispositivo tal que determine íntegramente la conducta de la autoridad administrativa, específicamente debe señalar lo siguiente: cuándo debe emanar el acto, qué debe contener el acto, cómo debe ser formado (*an, quid o quomodo*) (si debe emanarse o no, si emana el acto A o el acto B, si dar al acto un contenido u otro, y finalmente cómo actuar el acto).

13.b) *La actividad discrecional.* Por su parte la discrecionalidad se presenta como una noción relativa, en el sentido de que no existe nunca para todos los elementos del acto. El acto discrecional plenamente libre no es posible conceptualmente, por cuanto la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad del acto, sino simplemente a algunos de sus elementos. En efecto, la discrecionalidad puede residir en la apreciación del presupuesto o de los motivos en forma tal que pueda emanarse un determinado acto o pueda emanarse un acto distinto, al mismo tiempo que pueda emanarse un acto o pueda emanarse un acto de otra naturaleza. A diferencia del concepto de discrecionalidad que es relativo, el carácter vinculado es absoluto.

Es necesario sin embargo señalar que la actividad plenamente vinculada se da en muy pocos casos y que la regla general son los distintos matices que llevan a la discrecionalidad. El acto puede ser completamente vinculado, es decir, puede ser un acto determinado por la ley en todos sus elementos, o puede ser parcialmente vinculado. Es decir, la ley puede determinar solamente algunos de sus elementos, puede definirse el acto discrecional como aquel en el cual uno o varios de sus elementos son indeterminados. En base a la diferencia antes anotada puede señalarse una tajante línea divisoria entre la actividad vinculada y la actividad discrecional. Señalando o encontrando esta diferencia no en la actividad misma sino en los actos. La diferencia estribaría en que el acto discrecional es siempre más o menos vinculado, por lo cual, respecto al carácter vinculante existe una graduación de actos discrecionales más o menos amplia. En base a lo anterior los límites positivos se presentan más elásticos, en el sentido de que la administración, aun estando obligada a inspirarse en el interés público genérico y a perseguir en el caso específico la finalidad concreta que le ha sido asignado, y en virtud de lo cual el poder le per-

tenece, dispone de una cierta potestad de determinación, por cuanto el ordenamiento le deja una posibilidad de escogencia. Esta escogencia puede referirse:

- 1) A la posibilidad de actuar.
- 2) A la magnitud de la actuación.
- 3) A la forma de actuación.
- 4) A la oportunidad o momento de la actuación.

Giannini tipifica mejor estas escogencias señalando que las mismas pueden recaer:

- 1) En la determinación de si el acto debe ser emanado, esto es, en la posibilidad o no concedida al órgano administrativo de adoptar una determinada medida (sobre el *an*).
- 2) Sobre el contenido del acto, esto es, sobre el *quid*.
- 3) Sobre la determinación de la forma en la cual ha de ser adoptado (*quomodo*).

Como se ve la discrecionalidad implica una escogencia entre varias posibles soluciones, con la característica de que esta escogencia está ligada a un fin, según lo que debe ser lo más oportuno para el caso concreto.<sup>22</sup>

El concepto de discrecionalidad en el sentido que lo hemos venido exponiendo hasta ahora constituye lo que la doctrina denomina discrecionalidad técnica, concepto este que obedece a una orden de ideas completitud administrativa. Para diferenciarla de lo que se denomina discrecionalidad técnica, concepto este que obedece a una orden de ideas completamente distinto, en forma tal que se ha negado incluso que la "discrecionalidad técnica" sea efectivamente verdadera y propia discrecionalidad. A pesar de que pareciera perfectamente acertada esta última observación, sin embargo es necesario reconocer que la expresión ha entrado en el vocabulario usual de la materia. La discrecionalidad técnica se da en aquellos casos en los cuales el agente de la Administración para poder desarrollar una actividad que le ha sido impuesta, debe proceder preventivamente a la verificación de situaciones de hecho de tal naturaleza que requieren valoraciones pertenecientes a disciplinas técnicas. Técnica, se ha dicho,<sup>23</sup> es

---

22. Giannini, M. S.: *Corso di Diritto Amministrativo*, obra citada, pp. 40, 41.

23. Vitta, Gino: *Diritto Amministrativo*, Turín, 1962, pág. 339.



un vocablo que viene del griego y significa el complejo de las normas dadas por la experiencia y por la ciencia según las cuales debe realizarse un trabajo material o intelectual para alcanzar su fin. En consecuencia, existirán tantas especies de conocimientos técnicos, cuantas especies de trabajo humano existan.

Hemos podido apreciar cómo en la discrecionalidad administrativa existe una valoración de intereses públicos y un poder de escogencia en base a los mismos; a diferencia de ella la discrecionalidad técnica no comporta ninguna posibilidad de valoración de tales intereses; así como tampoco comporta libertad de escogencia en base a los mismos, en relación a las medidas o providencias que la administración debe aportar. En el ejercicio de la discrecionalidad técnica la administración está limitada a valoraciones basadas en disciplinas técnicas, las cuales hoy en día se refieren a todas las disciplinas que pueden ofrecer resultados ciertos tales como la ingeniería, la geología, la física.<sup>24</sup>

La discrecionalidad propiamente dicha se refiere al ejercicio de una potestad que implica tanto la emanación de un juicio como de una voluntad, en cuanto que la discrecionalidad técnica implica sólo conocimientos de algo y en consecuencia el juicio basado sobre el mismo. De lo anterior se ha deducido que los juicios técnicos pueden ser juicios de probabilidad, juicios hipotéticos cuando aplican cánones de disciplinas no exactas como las ciencias económicas, artísticas, psicológicas.

14.C) *El interés público y la discrecionalidad.* Es sabido que cualquier definición sustancial que se haga del concepto de administración pública tiene un común denominador y el mismo está constituido por la referencia al interés público, en el sentido de que la administración es una función de satisfacción del interés público.

El problema de la definición de lo que es interés público se origina paradójicamente del hecho de que el solo enunciado constituye por sí mismo una definición: interés público es el interés de la colectividad, son las necesidades de todos los miembros de una sociedad, no individualmente

---

24. Es interesante como definición de la discrecionalidad técnica la norma que en Venezuela nos presenta el artículo 2° del Reglamento General de Alimentos de fecha 9 de enero de 1959, en la cual se señala: "Cuando en este Reglamento se deja alguna medida, reglamentación o providencia a juicio de la autoridad sanitaria, se entiende que tal medida, reglamentación o providencia debe estar fundamentada en principios, normas, directrices o apreciaciones de carácter científico o técnico y de ninguna suerte podrá ser el resultado de una actuación arbitraria".

considerados sino comprendidos como grupo, como entidad. Es justamente la sencillez de la definición lo que hace necesario volver a definirla. Los elementos conceptuales demasiado simples son justamente los que plantean la problemática doctrinal. Aceptamos sin embargo en esta oportunidad el sentido más obvio de lo que es el interés público y consideramos que el mismo es el objetivo y el fin de toda actividad administrativa. Al interés público así definido llamaremos interés público fundamental o interés público administrativo. Ahora bien, es sabido que la administración no es un todo homogéneo sino que está integrada por un conjunto de órganos destinados a la realización de ese interés público a los cuales se les constituye y precisa en base a una determinada zona de competencia, por lo cual, a cada órgano le corresponde la realización de una parte de la finalidad general que ha de cumplir la administración. Se dice entonces que el interés público que a cada órgano le toca realizar en razón de su competencia, constituye su interés específico. La doctrina ha llamado a este interés como *interés primario*, haciendo así referencia a la relación del interés con el órgano al cual toca su satisfacción. A fin de uniformarnos al criterio mayoritario llamaremos a ese interés específico del órgano *interés primario*, por lo cual utilizaremos los términos de interés secundario para denominar a todos los demás intereses primarios. Esquemáticamente tendremos:

Interés Primario: Interés público que cada órgano determinado tiene como atribución.

Interés Secundario: Los demás intereses.

Es decir que, en las denominaciones utilizadas hemos mirado la cuestión desde el microcosmo de cada uno de los órganos capaces de actuar: ello tiene importancia sobre todo porque estamos analizando el acto administrativo, una manifestación de un órgano de la Administración, a través de la cual se va a realizar ese interés específico que al órgano le ha sido asignado.

En base al anterior razonamiento, en la estructura de todo acto administrativo entra el elemento teleológico con rango esencial, por cuanto el acto se considera como uno de los medios de la autoridad administrativa para realizar su cometido. Por otra parte, el interés público específico primario es lo que determina la competencia misma de actuación del órgano.

¿Cómo se enuncia ese fin público específico? Ese fin público específico está implícito en la competencia de cada organismo administrativo. Algunas veces ese interés puede ser realizado en una forma única o preestablecida,

mientras que en otras, la realización de ese interés queda a la valoración del órgano administrativo.

La enunciación expresa de la forma como ha de realizarse el interés es lo que da origen al acto vinculado, en el cual al sujeto que lo emana le bastaría con subsumir en la hipótesis legal el supuesto de hecho preestablecido.

Cuando la realización del interés no está indicado existiría el ejercicio de la potestad discrecional, la cual será mayor o menor según sea el grado de indicación de la norma. Ella, por ejemplo, podría señalarle la posibilidad o no de emanar el acto (*an*), el contenido que ha de tener el acto (*quid*), o puede señalarle la forma o modo que deba seguir para adoptar cada medida (*quomodo*). El acto podría así ser discrecional en cualquiera de los tres aspectos (*an*, o *quid* o *quomodo*), o bien en dos o en la totalidad de ellos.

El mecanismo de la discrecionalidad es descrito<sup>25</sup> partiendo de la consideración de que ante una determinada hipótesis planteada a la Administración juegan una infinidad de intereses, por lo cual frente a la autoridad que ha de tomar una decisión se plantea la determinación de cuál de esos intereses (intereses secundarios según la explicación precedente) deberá proteger en relación al interés primario. Cada vez que la administración deba actuar discrecionalmente, se encuentra ante varios intereses en conflicto, por lo cual necesita establecer cuál es el interés que ha de satisfacer mediante el proveimiento que habrá de dictar. Ante esta situación el funcionario que ha de emanar el acto debe previamente formarse un juicio sobre la escogencia entre los distintos medios idóneos para satisfacer la exigencia pública. Este juicio está regulado por normas de naturaleza imprecisa: normas morales, sociales, de buena administración, e incluso por reglas políticas, ya que hay una contingente dirección política en la actividad de la Administración.<sup>26</sup> En el ejercicio de la discrecionalidad la administración pondera un interés esencial en relación de intereses secundarios, los cuales pueden impedir o modificar la actuación del interés primario. De allí que, según Giannini, en doctrina acogida en forma casi unánime, *la discrecionalidad es escogencia comparativa de varios intereses secundarios en relación a un interés primario.*

---

25. Por Giannini, M. S., *Corso di Diritto Amministrativo*, obra citada, p. 42.

26. En tal sentido Vitta, Gino, *Diritto Amministrativo*, obra citada, pág. 339.

Es posible que el interés primario coincida con el interés secundario y en tal caso el poder o facultad de discernimiento y valoración es nulo; pero es posible que exista un fuerte contraste de intereses o una gran complejidad de intereses, caso en el cual será más intenso el poder discrecional.

Veamos con un ejemplo cómo se desarrolla la discrecionalidad administrativa; plantearemos el caso de una determinada situación de hecho, por ejemplo el caso de un inmueble que se encuentra ocupado por un inquilino y presenta desperfectos que requieren la adopción de medidas inmediatas. Este inmueble está ubicado en una zona histórica de la ciudad, constituyendo una muestra de la arquitectura de un determinado período, por lo cual es necesario preservar su valor artístico. El funcionario que ha de establecer la medida que debe ser adoptada, al pronunciarse sobre la demolición o la reparación del inmueble se encuentra ante los siguientes intereses: el interés primario de su competencia, que es el de la preservación de la integridad y salud física del conglomerado social; pero al lado de este interés primario está el interés histórico de la zona (zona turística de la ciudad, lugar obligatorio de los recorridos turísticos); existe también el interés arquitectónico de la construcción; y finalmente están también los intereses de los particulares (el del inquilino que no desea cambiar de habitación; el del propietario). La escogencia del interés que ha de ser protegido en el proveimiento implica una confrontación entre el interés primario y los intereses secundarios. La discrecionalidad del funcionario estará entonces en valorar esos intereses, en hacer la confrontación de los mismos; con lo cual su libertad de decisión es una libertad limitada por esa misma valoración.

Estando planteados los conceptos de interés público primario y secundario así como el de discrecionalidad, parecería conveniente enlazar nuestro concepto de motivo del acto a las nociones precedentes.

El motivo será en el acto discrecional la ponderación del interés primario con los intereses secundarios que juegan en la hipótesis fáctica que el autor deba regular y, si existiere un interés único y exclusivo al cual el mismo deba atender, el motivo se identificará con tal fin, con lo cual estará consustanciado con el elemento teleológico en forma total. En realidad, el motivo del acto discrecional es una entidad casi indisoluble del fin, por cuanto constituye no sólo la forma de valorarlo, sino que también puede constituir el fin mismo, en los casos en los cuales exista una "maximización" de un solo interés al cual deba atenderse. Es en este sentido

cómo el motivo en el acto discrecional constituye una respuesta al *para qué* del acto y no al *por qué*.

El motivo y el fin forman parte de un mismo proceso intelectual, del proceso de escogencia del objetivo último de la actuación administrativa. Si se quisiera hacer una diferencia sustancial entre ellos, habría que apreciar en el motivo una característica dinámica, en el sentido de que constituye el momento de la escogencia; en cuanto que en el fin debería reconocerse el resultado de la misma. Naturalmente que esta diferencia resulta imperceptible cuando la ponderación no es requerida ante un interés que por su fuerza y magnitud sobrepasa a los demás (el inmueble que se cae).

## SEGUNDA PARTE

### LA MOTIVACION

#### SECCIÓN I

##### CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA MOTIVACIÓN

15.A) *Conceptos y principios que rigen la motivación del acto administrativo.* La motivación es la manifestación externa de los motivos. De esta definición emerge un primer interrogante y es el de si, siendo distinto el concepto de motivo del acto, de acuerdo con la actividad que el mismo implique, ha de ser distinta la motivación. En efecto, hemos visto que el motivo del acto discrecional responde al *para qué*, esto es a la finalidad de la actuación administrativa; en cuanto que el del acto vinculado responde al *por qué* de dicha actuación. En principio podemos considerar que en ambos existe como elemento común, en el plano formal, un razonamiento lógico que traza el *iter voluntatis* del agente, por lo cual en este mismo plano es posible hacer comunes la mayor parte de los principios y reglas que lo rigen.

En lo que toca a los principios que rigen la motivación, doctrina y jurisprudencia han intentado establecer un complejo de normas generales que sean rectoras de la motivación del acto administrativo. En realidad, se trata de reglas generales aplicables a cualquier acto (sentencia, proveimiento, dictamen) que implique por parte del actor una exposición de los

hechos sobre los cuales deba llegarse a una conclusión lógicamente satisfactoria. Las normas pueden condensarse así:<sup>27</sup>

16.a) *Principio del mínimo suficiente.* Si son varias las consideraciones que militan a favor de un determinado proveimiento es suficiente indicar las principales. Además, si son varios los motivos adoptados, basta sólo la legitimidad de uno de ellos para salvar el acto de la invalidez. Generalmente la invalidez de un motivo no se comunica al otro o a los otros válidos. Sin embargo, se admite que la presencia simultánea de motivos válidos e inválidos si los mismos son conexos, puede comportar la invalidez del acto si los mismos llegaren a configurar una motivación contradictoria.

17.b) *Principio de la concatenación lógica.* No es necesario en la motivación exponer detalladamente todos los pasos de la concatenación lógica; pero es necesario que, sin excesiva dificultad, pueda captarse el nexo que existe entre las distintas proposiciones.

18.c) *Principios de la enjuiciabilidad de la motivación no obligatoria.* Si la autoridad administrativa motiva un acto aun sin estar obligada a hacerlo, tal motivación puede sin embargo ser objeto de control jurisdiccional, sin que pueda valer la excusa de que la motivación en cuestión, no habiendo sido exigida por la Ley, debería considerarse como no establecida.

19.d) *Principio de la insustituibilidad de la motivación.* La motivación del acto es la que resulta del texto del proveimiento mismo o bien de otro acto al cual este se remita *per relationem* y no puede ser sustituido ni rectificado con los argumentos que en el curso del juicio de impugnación del proveimiento pueda aducir la Administración para mantener la vigencia del mismo.

La jurisprudencia italiana ha señalado al efecto que los argumentos y las consideraciones aducidas para la defensa de la Administración o de los resistentes en sede jurisdiccional no son idóneos para integrar la motivación del proveimiento impugnado y colmar sus deficiencias.

Este principio es de una gran importancia, por cuanto a través del mismo se eleva a la categoría de regla la solución negativa al problema planteado por una parte de la doctrina, de si la falta o insuficiencia del

---

27. Siguiendo el esquema de Virga, P., *Il Provvedimento amministrativo*, Milán, 1968, pág. 219.

motivo en el acto impugnado puede ser suplida por la Administración en sede jurisdiccional. La respuesta, de acuerdo con la tesis expuesta, es un rechazo de tal posibilidad, puesto que, considerando la existencia de una cierta objetividad e independencia del acto frente a su autor (principio este que tiene una gran vigencia en el campo de la problemática de la revocación del acto), se le impide ejercer ninguna influencia sobre el mismo una vez emanado, salvo la existencia de una facultad legal expresa.

La motivación en consecuencia debe constar en el acto mismo o en las circunstancias que lo rodean y han contribuido a su formación. Esto nos lleva al análisis de las distintas formas que puede revestir la motivación.

20.B) *Distintas formas de la motivación.* Se distingue entre la motivación en sentido amplio y motivación en sentido restringido.

La motivación en sentido amplio comprendería todos los elementos que configuran los pasos de la formación de la voluntad administrativa, y abarcaría por ello no sólo a la exposición de los motivos sino también a otros elementos tales como los presupuestos del acto.

En sentido restringido la motivación debería comprender exclusivamente la exposición de los motivos del acto.

Considerando la motivación en sentido restringido, parecería inevitable concluir que la misma sólo puede ser explícita, lo cual permitiría negar la existencia de la motivación implícita o tácita, esto es, la de aquella que no está expresamente establecida, sino que se deduce de otros elementos del acto.

Hay quien considera que la motivación implícita es una no motivación, la cual existe cuando falta una verdadera y propia motivación expresa pero que sin embargo es posible deducirla de la justificación, de la indicación de la causa, y de la confrontación con el contenido del acto.

La Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa ha considerado que la motivación puede estar implícita en la parte narrativa de los hechos. El razonamiento de nuestro máximo organismo jurisdiccional es el siguiente:

"La motivación que supone toda resolución administrativa no es necesariamente el hecho de contener dentro del texto mismo formal que la concreta, una exposición analítica o de expresar los datos o razonamientos en que se funda de manera discriminada y extensa. Una resolución es motivada, en

efecto, cuando ha sido expedida con base a hechos, datos o cifras concretos, y cuando éstos constaten de manera explícita en el expediente administrativo correspondiente.<sup>28</sup>

Indudablemente que en este caso no está plenamente garantizado el administrado frente a la Administración, porque la remisión al expediente implica que el mismo sea público, lo cual no se da en todos los casos, ya que es común el carácter reservado o secreto de ciertas actuaciones administrativas.

Se ha discutido sobre la validez de la motivación *per relationem*, esto es, aquella que se logra mediante la referencia a los motivos contenidos en otros actos cuando tales actos a los cuales se hace reenvío forman parte del procedimiento constitutivo del proveimiento, tales como los dictámenes de un órgano consultivo, las proposiciones de los interesados, y han sido invocados en forma suficientemente indicativa. En tal caso los elementos deberían considerarse integrados en el acto. A esto se le denomina igualmente motivación aliunde.

Se plantea el problema de si es suficiente motivación la indicación del artículo de la Ley. Al efecto, existe una polémica en la doctrina sobre si la simple indicación del artículo de la Ley que ha de ser aplicado en el acto administrativo constituye su motivación. Se considera que la motivación puede ser de los hechos y del derecho.<sup>29</sup> La motivación del derecho está constituida por la enunciación de los artículos de la Ley, por cuanto concurre a indicar la causa que constituye la base del acto y siendo los motivos los que indican la causa, resulta lógico concluir que la indicación del artículo de la Ley forma parte de los motivos. En efecto, se considera que muchas veces la indicación del artículo de la Ley puede constituir lo único que ha dado lugar al acto, cuando la voluntad contenida en el acto administrativo está dirigida únicamente a la observancia de las normas establecidas en el artículo indicado, tal como sucede en los actos administrativos (o actos instrumentales de la administración). Se considera que el artículo de la Ley es un presupuesto jurídico del acto; pero al mismo puede constituir una expresa indicación de los motivos. Consideremos al efecto que esta posición es inaceptable si se admite la tesis enunciada sobre el concepto de motivo del acto, por cuanto, si el acto es vinculado,

---

28. Sentencia del 20 de junio de 1962, *Gaceta Forense* de abril a junio de 1962, segunda etapa, pág. 164, tomo N° 36.

29. Rivalta, María, *La Motivazione degli Atti Amministrativi*, Milano, 1960, págs. 183 y 184.



el motivo no puede ser simplemente la norma, el motivo está en la comprobación de que el supuesto de hecho de la norma se encuentra en el caso preciso objeto del acto. Por el contrario, si el acto es discrecional, el artículo de la Ley sólo podrá ser el motivo del acto en el caso extremo en el cual dicho artículo acordara al autor del acto la facultad de emanarlo prohibiéndole la motivación.

Otro punto que ha sido objeto de discusión en lo que toca a la motivación es si es requisito indispensable de la misma la mención o el análisis de cada uno de los alegatos de hecho o de derecho invocados por los interesados en el curso del procedimiento administrativo. La jurisprudencia en general ha considerado que tal requisito no es indispensable, por cuanto en el expediente administrativo aparecen todos los hechos que forman el procedimiento administrativo.

Otro punto de importancia, también decidido por la jurisprudencia venezolana, es de si existe motivación cuando el acto administrativo produzca los mismos argumentos utilizados en el acto impugnado (se trataría del caso del acto que decida un recurso administrativo). La jurisprudencia venezolana ha considerado que en tal caso no es inmotivado "ya que nada impide a un órgano decisor de segundo grado hacer suyos, por considerarlos ajustados a Derecho, los argumentos de la decisión apelada".

Otro punto relativo a la motivación es el que se plantea en lo que toca al lugar que ha de ocupar la motivación en el acto administrativo. Desde el punto de vista lógico la motivación debería seguir a la narración del presupuesto; por cuanto, planteada una hipótesis tanto fáctica como jurídica, para llegar a una conclusión es necesario razonarla. Los que consideran que la estructura del acto administrativo debería ser igual a la de la sentencia, en la cual se pueden aislar tres momentos fundamentales: la parte narrativa, constituida por el supuesto de hecho planteado; la parte motiva constituida por los fundamentos de la decisión; y la parte decisoria en la cual se expresa la determinación del sentenciador, exigen en el acto administrativo la presencia de esos mismos elementos. Este formalismo lógico no es sin embargo esencial en el acto administrativo y, a pesar de que se le considera deseable, la jurisprudencia y la doctrina reputan valedera la motivación que aparece al principio o al final del acto.

Finalmente hay otro problema, relativo a si la motivación debe figurar en la comunicación del acto.

Es de lógica afirmar que la motivación es inherente al acto y no requisito de la comunicación del acto. En efecto, el destinatario tendría para sí la carga de enterarse del texto íntegro del acto, lo cual parece ser lo más lógico.

21.C) *Problemática de la motivación.* La motivación plantea en forma casi constante en todos los sistemas y en el mismo orden sucesivo en que se enuncian a continuación, los siguientes problemas fundamentales: 1) La cuestión de la obligatoriedad de la motivación; 2) La cuestión de la necesidad de la motivación para determinadas categorías de actos administrativos. Veamos el contenido de esta problemática.

22.a) *Obligatoriedad de la motivación.* En una primera etapa del estudio del motivo del acto, jurisprudencia y doctrina se dedicaron a determinar qué papel jugaba la motivación en la estructura del acto administrativo a fin de determinar si la misma era un elemento del acto, por lo cual, constituyendo un factor obligatorio, su falta era susceptible de acarrear vicios. En este sentido se mantuvieron dos posiciones extremas: la que negaba la obligatoriedad de la motivación y la que la exigía. Es interesante en la jurisprudencia venezolana apreciar la forma en que estas posiciones han sido mantenidas, por cuanto cronológicamente se pueden apreciar dos períodos: el primero, en el cual el máximo tribunal de la República (entonces Corte Federal), apegado al concepto de que a la Administración había que concederle toda clase de privilegios para no entorpecer el ejercicio de su actividad, declara que el acto no debe ser motivado; y el segundo, en el cual, sin que exista un término medio con la posición anterior, se lanza a señalar la exigencia de la motivación. Veamos en detalles los fundamentos de estas dos posiciones extremas en la jurisprudencia venezolana.

23.aa) *Primera etapa jurisprudencial. La ausencia de motivación no es causa de impugnación del acto administrativo.* La Corte considera fundamentalmente lo siguiente:<sup>30</sup>

1) La falta de motivación no permite calificar de ilegal o de anti-jurídico a un acto administrativo.

2) Ni la legislación ni la jurisprudencia nacionales han establecido norma alguna que considere objetable al acto inmotivado.

---

30. Corte Federal y de Casación, Sentencia del 15 de diciembre de 1936; en *Memoria de la Corte Federal y de Casación*, tomo 1937, págs. 238 a 240.

3) Las consideraciones precedentes no obstan para que la Corte considere que es mucho más deseable la emanación de actos debidamente motivados.

24.bb) *Segunda etapa jurisprudencial: La falta de motivación constituye un vicio del acto.* Esta tesis está fundamentada en los siguientes argumentos:<sup>31</sup>

1) La motivación constituye para el acto administrativo una exigencia de la misma índole que la motivación de la sentencia.

2) En base al argumento precedente, la falta de motivación es necesariamente un vicio del acto (en virtud de lo dispuesto en el artículo 162 del Código de Procedimiento Civil).

3) La exigencia de la motivación deriva de su función dentro del acto, ya que la misma está destinada: a) A constituir un justificativo de la actividad administrativa; b) A permitir el control jurisdiccional sobre la exactitud de los *motivos* y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto; c) A ser el medio idóneo para determinar si el acto está viciado de exceso o abuso de poder.

4) La motivación se exige tanto en los actos discrecionales como vinculados y principalmente cuando se trata de un acto revocatorio del acto de un funcionario inferior.

Es necesario señalar que esta tesis, actualmente predominante en la jurisprudencia venezolana y que constituye indudablemente una superación de la precedente, corresponde, sin embargo, a una etapa superada de la jurisprudencia europea. En efecto, en Italia la misma fue mantenida con fuerza durante la década del cuarenta, en forma tal que llegó a plantearse una proposición concreta de darle rango constitucional, mediante al establecimiento de una norma que exigiera en forma general la motivación de todos los actos administrativos. La proposición en cuestión fue rechazada por triunfar al efecto la tesis hoy imperante de que la motivación universal y necesaria no es conveniente desde el punto de vista técnico, dada la existencia de una serie de proveimientos en los cuales la motivación no desempeña ningún papel. En efecto, la motivación no tiene nin-

---

31. Corte Federal y de Casación, Sentencia del 9 de agosto de 1967, tomada de la *Gaceta Forense*, julio a septiembre de 1957, 2a. etapa, págs. 132 y 133; Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, de fecha 1º de diciembre de 1965, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 27.918, del 18 de diciembre de 1965.

guna incidencia en los actos plenamente vinculados, en los que se limitan a acoger solicitudes de los administrados en atención a un procedimiento preestablecido, en los actos simplemente instrumentales de la administración, en las actuaciones internas, así como en muchas disposiciones administrativas en las cuales la exigencia fundamental es la de la mayor rapidez en su emanación, en forma tal que el requisito de la motivación entraría o prolongaría innecesariamente el ejercicio de la actividad administrativa.

Hoy en día doctrina y jurisprudencia parecieran haber abandonado la polémica sobre la obligatoriedad de la motivación y haber volcado su interés en el análisis de la necesidad de la misma para determinados actos administrativos.

25.b) *Necesidad de la motivación.* La especial naturaleza de ciertos actos exige la presencia de la motivación. Esta es una evidencia que no ha escapado a la doctrina y a la jurisprudencia.

En efecto, ¿cómo puede concebirse el acto de un órgano consultivo que no exprese el camino que el autor ha seguido para llegar a ciertas conclusiones? El dictamen será por ello un acto motivado por su naturaleza misma. Así como el dictamen, hay otros actos administrativos en cuya naturaleza está el requisito de la motivación bien porque forma parte de su esencia, o bien porque es el medio de tutelar los derechos de los administrados. En el análisis de estos actos necesariamente hay que caer en un cierto casuismo jurídico, esto es, el estudio del "caso" específico en el cual la motivación es una necesidad. Analizando, sin embargo, lo que se ha dicho respecto de la necesidad de la motivación, podemos señalar una regla general, la de que la motivación puede ser necesaria en ciertas hipótesis generales, las cuales son fundamentalmente la exigencia expresa de una norma y la naturaleza misma del acto.

26.aa) *Motivación por exigencia expresa de una norma.* Indudablemente la motivación del acto es impuesta por una norma en forma expresa cuando ella sea requerida por la misma naturaleza del acto, dicho lo cual no existiría justificación de la clasificación propuesta; sin embargo, algunas veces el legislador, por motivos especiales se aparta de las categorías lógicas, bien voluntariamente en la búsqueda de un fin particular y específico o bien por simple error de técnica, pudiendo igualmente crear nuevas categorías. El anterior argumento es la razón por la cual consideramos procedente la clasificación indicada.

Un análisis de las normas que establecen en el Derecho venezolano la obligación de la motivación nos revela que las mismas se refieren en forma casi constante a los siguientes actos:

- 1) *Actos de imposición de multas* (así como los de reducción o exoneración).

Se pueden, al efecto, recordar las siguientes disposiciones: *artículo 20 de la Ley de Sanidad Nacional del 21 de julio de 1938*, el cual señala: "Toda multa de Sanidad será impuesta en virtud de Resolución motivada que dicte el funcionario autorizado para imponerla", y del mismo tenor e igual contenido el artículo 7º, 2º aparte de la Ley de Abonos del 15 de julio de 1964; los artículos 50 letra a) y 60 del Reglamento General de Alimentos del 9 de enero de 1959; el artículo 48 de la Ley de Estupefactivos del 6 de agosto de 1934; el artículo 109 del Reglamento de la Ley Forestal y de Aguas del 30 de diciembre de 1965; el artículo 420 de la Ley orgánica de la Hacienda Pública Nacional de fecha 17 de marzo de 1961.

- 2) *Establecimientos de prohibiciones.*

Las prohibiciones basadas en el ejercicio de una potestad discrecional son generalmente emanadas mediante actos motivados en virtud de la exigencia de una norma. Tal es el caso del artículo 67 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de fecha 28 de junio de 1965 (el mencionado artículo establece "El Ministerio de Fomento podrá prohibir en Resolución razonada, a las empresas de seguros que operan en Venezuela la contratación de reaseguros con determinadas sociedades").

- 3) *Otorgamiento y revocatoria de autorizaciones.*

Los actos de autorización por vía general tanto cuando son otorgados como cuando la administración ordena la cesación de sus efectos, deben constar en Resolución motivada de acuerdo a las siguientes normas: artículo 10 de la Ley de Estupefactivos del 6 de agosto de 1934; los artículos 24 y 78 del Reglamento de la Ley Forestal y de Aguas, emanado por Decreto Nº 310 de fecha 14 de diciembre de 1943 (y parcialmente en vigencia).

- 4) *Decisiones de jurados de concursos.*

El jurado de un concurso que rechaza al aspirante debe razonar su veredicto. Caso típico es el del *Artículo 19 del Reglamento del Personal*

*Docente y de Investigación de la Universidad Central de Venezuela del 1º de diciembre de 1966.*

Los anteriores son los casos más notorios de exigencia de la motivación en virtud de una norma expresa, no sólo por su mayor incidencia en la vida práctica, sino también por el carácter reiterado con que el legislador hace la exigencia de la motivación.

27.bb) *Motivación en virtud de la naturaleza misma del acto.* La motivación es impuesta por la naturaleza del acto, bien en base a la estructura o entidad del acto mismo o bien a su finalidad. Analicemos cada uno de estos elementos.

La motivación se refiere a la entidad del acto cuando está consustanciado con su esencia, razón o forma de ser, como es el caso de los actos consultivos, en los cuales es la motivación lo que interesa al órgano al cual va dirigido. En efecto, el dictamen o acto del órgano consultivo, bien sea meramente ilustrativo o bien sea vinculante, está destinado a demostrar al órgano de la Administración activa al cual va dirigido, las razones en base a las cuales puede o debe asumir una determinada conducta.

Igualmente obedece a la entidad del acto la motivación de los actos que implican una escogencia comparativa, por cuanto su autor está éticamente obligado a indicar en qué fundamenta su escogencia. A esta categoría corresponden los actos que deciden los recursos administrativos, fundamentalmente el caso del recurso jerárquico, en el cual el órgano superior está obligado a escoger para dictar su decisión entre las razones enunciadas por el autor del acto o entre las razones del recurrente.<sup>32, 33</sup>

Es también propio de la entidad del acto la motivación de los proveyimientos que rechacen el dictamen obligatorio pero no vinculante de un órgano consultivo. Se trata en este caso de aquellos dictámenes que la Administración activa está obligada a pedir pero no está obligada a seguir. En estos casos la lógica indica que al decidir en forma distinta a lo reco-

---

32. En la jurisprudencia venezolana se ha señalado que la circunstancia de que el superior jerárquico utilice los mismos argumentos del autor del acto administrativo no puede considerarse como falta de motivación "ya que nada impide a un órgano decisor de segundo grado de hacer suyas, por considerarlas precedentes y ajustadas a derecho, las consideraciones de una decisión apelada". Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, 43-1, de fecha 3 de julio de 1961.

33. En tal sentido la Corte Federal en sentencia de 1º de agosto de 1957, *Gaceta Foyense* de julio a septiembre de 1957, págs. 132 y 133, considera la necesidad de la motivación de los actos revocatorios de un órgano superior.

mendado por el órgano consultivo la Administración debe razonar suficientemente su posición.<sup>34</sup>

En lo que toca a los actos que deben ser motivados en base a los efectos que producen, éstos son fundamentalmente aquellos que sacrifican posiciones jurídicas de los particulares. Se trata de los proveimientos que extinguen o degradan derechos subjetivos o modifican intereses de los particulares. En esta hipótesis podemos enunciar como regla conexas complementaria el principio de que el acto administrativo discrecional que afecta situaciones jurídicas deberá ser motivado con mayor fuerza a medida que crezca la potestad discrecional de la cual está investido el autor, o lo que es lo mismo, que la obligación de motivar es directamente proporcional a la potestad discrecional. Sólo podrá ser exonerado de la motivación el acto discrecional que afecte situaciones jurídicas de los particulares cuando una norma expresa lo establezca, como es el caso del *artículo 20 de la Ley de Naturalización*. La necesidad de la motivación deriva en este caso del hecho de que el administrado debe ser colocado en las mejores condiciones de defensa en vía administrativa y judicial contra la conducta de la administración.

Los actos típicos que afectan las situaciones jurídicas de los particulares son las medidas disciplinarias y los actos revocatorios de proveimiento, creadores de derechos.

## SECCIÓN II

### LOS VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO DERIVADOS DE LA MOTIVACIÓN

El poder de control jurisdiccional de los actos administrativos está dirigido a determinar dos distintos elementos del mismo: a) Su conformidad con las normas jurídicas en las cuales se basa. Esto es lo que se denomina la legitimidad del acto; b) La oportunidad y la conveniencia del acto administrativo, a lo cual se le denomina el mérito del acto administrativo. Es necesario hacer la salvedad de que, para una parte de la doc-

---

34. Por ejemplo en el caso del dictamen de la Procuraduría de la Nación en relación a la acción que se ejerza contra la Nación, en el *Artículo 32 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República*.

trina, la falta de oportunidad y conveniencia no constituye un vicio del acto. Conviene precisar cuál es la índole del control que recae sobre los motivos, esto es, si se trata de un control de legitimidad o si es un control del mérito.

29.A) *El control de legitimidad* consiste en la valoración del acto en relación a la realización de una norma o de un principio jurídico en el cual se inspira, esto es, la valoración de legitimidad trata de determinar la conformidad del acto con las normas y los principios que lo prestablecen y condicionan. Por su parte la valoración sobre el mérito es la confrontación objetiva entre fin y resultado del acto, del cual se puede apreciar la oportunidad o la inoportunidad, la adecuación o la falta de adecuación, la conveniencia o no conveniencia del acto mismo. Tradicionalmente los vicios de ilegitimidad pueden producir la absoluta nulidad del acto o simplemente la anulación del mismo. La nulidad absoluta, cuyas características fundamentales son el no permitir la eficacia del acto, no requerir pronunciamiento expreso y no ser susceptible de convalidación, se refieren a las hipótesis extremas en las cuales el acto carece de un elemento esencial, en forma tal que se acerca a la idea de su inexistencia. La nulidad absoluta se produce principalmente cuando el órgano del cual emana tiene un vicio insanable como sería el hecho de que el actor carezca totalmente de investidura, el órgano colegiado esté irregularmente constituido, haya existido violencia física o total incapacidad para actuar, cuando el objeto sea imposible por ilícito, o bien esté indeterminado, o cuando carezca de una forma esencial.

Lo corriente es la nulidad relativa o anulabilidad, la cual se revela a través de una serie de vicios que, en su intento de sistematizarlos, la doctrina y la jurisprudencia han clasificado así: a) incompetencia; b) vicio de forma; c) violación de ley y d) el vicio de desviación de poder. Los italianos distinguen entre incompetencia, exceso de poder y violación de ley. Vamos a seguir tal esquema sólo por el hecho de que presenta la ventaja de ser más sintético, ya que no es el objeto de nuestro trabajo el análisis de los vicios del acto, sino que tal tema nos toca tratarlo en forma incidental. Lo que sí es necesario señalar es la diferencia existente entre los términos *excès de pouvoir* en el derecho francés y el *ecceso di potere* del derecho italiano, por cuanto si bien coincide su significado gramatical, no así su alcance jurídico. El *excès de pouvoir* francés, engloba las medidas de control de legitimidad, podría decirse que es el equivalente de jurisdicción de legitimidad, por cuanto se refiere a todos los tipos de demandas



judiciales que tengan por objeto la impugnación de un vicio de legitimidad del acto administrativo.

El *excesso di potere* italiano corresponde a lo que los franceses denominan *détournement de pouvoir*, esto es, nuestra desviación de poder, pero vista con una mayor amplitud por cuanto no sólo contempla la figura típica del derecho francés, sino también otras hipótesis. A la incompetencia en esta oportunidad se la denomina incompetencia relativa, para distinguirla de la que produce la nulidad absoluta. Es este un vicio relativo igualmente al órgano que emana el acto administrativo. Se trata de incompetencia jerárquica o material; o bien de la falta de actuación de un órgano que debía pronunciarse en el procedimiento de formación de un acto complejo; o de la irregular constitución de un órgano colegiado. El vicio de violación de ley es un vicio residual en el sentido de que está constituido por todo aquello que no esté comprendido en las categorías anteriores. Si quisiéramos definirlo en una forma positiva habría que decir que es el vicio del acto que está en contradicción con una norma expresa. La contradicción puede derivar de una *falta* de aplicación de la ley o de una *falsa* aplicación. La falta de aplicación puede producirse en las siguientes hipótesis: a) des-aplicación porque se ignora la existencia de la norma; b) mala interpretación que lleve a atribuirle un significado distinto del efectivo. En lo que toca a la falsa aplicación de la ley los casos en los cuales se incurre en tal vicio son: a) caso en el cual la administración aplica la norma a una hipótesis distinta del supuesto de hecho, esto es, a un caso que no era el regulado por dicha norma;<sup>35</sup> b) la administración debía aplicar la hipótesis de excepción establecida por la norma o viceversa; c) la administración no aplica una disposición expresa de la ley, etc. El exceso de poder como se señaló precedentemente, es por su parte un concepto ampliado de la desviación de poder, por cuanto constituye no sólo esta figura jurídica, sino también contempla otras "figuras sintomáticas";<sup>36</sup> la incongruencia, la tergiversación de los hechos y la falta de lógica manifiesta, los proveimientos contradictorios e incluso, aunque no es admitido universalmente, la disparidad de trato que considere la adopción de distintos proveimientos cuando se regulan situaciones idénticas. La desviación de poder propiamente dicha puede ser definida, con la vieja definición de Hauriou,<sup>37</sup> como "el hecho de una autoridad administrativa que ha realizado un acto de su competencia, con observancia de normas prescritas y no incurriendo en

35. Virga, *Il Provvedimento Amministrativo*, citada, pág. 438.

36. Giannini, M. S., *Corso di Diritto Amministrativo*, obra citada, III.

37. En *Précis de Droit Administratif*, Paris, 1921, pág. 455.

violación formal de Ley, usa de su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue concedido tal poder; es decir, distintos del bien de servicio”.

La justificación de la desviación de poder está en el hecho de que la Administración debe realizar su actividad respondiendo a un fin público administrativo; pero al mismo tiempo debe actuar el fin específico por el cual le son concedidas las facultades que ejerce en el supuesto concreto.<sup>38</sup>

Se considera que el concepto de desviación de poder significa por una parte, la acomodación del acto al ordenamiento jurídico general: por la otra la posibilidad de una exacta valoración de la conducta administrativa, en cuanto la misma debe inspirarse en los principios lógicos que la presiden.<sup>39</sup> Sin embargo, la desviación de poder se concreta en el análisis de la finalidad típica del acto, esto es, en el análisis del interés público del caso particular que constituye uno de los elementos del acto, por cuanto es la finalidad del acto.<sup>40</sup>

30.B) *El control del mérito.* El mérito del acto es uno de los conceptos más debatidos en el campo del Derecho administrativo. Su alcance y contenido varía de acuerdo con la posición doctrinaria que se mantenga. Al efecto, se ha dicho en efecto que toda acción humana presenta dos momentos fundamentales que constituyen la toma de decisión del agente: el momento de la elección, en el cual se determina qué es lo que se desea hacer, cuál es el fin a alcanzar y el alcance de las soluciones posibles que con la misma se pueden lograr. La segunda etapa o momento de la decisión está en la determinación de la forma como la acción debe realizarse. Hay quienes consideran que el mérito del acto se refiere a los dos momentos fundamentales de la decisión humana. Para otros el mérito está limitado a la simple relación del cómo ha de quedar integrada la actividad. El concepto de mérito es en consecuencia un concepto material no teleológico, quedaría limitado a la simple determinación que emana el acto para lograr los fines públicos que el acto administrativo tiende a alcanzar. A través del mérito se establece el alcance de los medios para la realización del acto y su adecuación temporal.

---

38. Sebastián Martín Retortillo Baquer, en *Revista de Administración Pública*, N° 22, Madrid, 1957, enero-abril, pp. 129 a 175.

39. *Ibidem.*

40. *Ibidem.*

El fin del acto, su determinación, su establecimiento, las vicisitudes que sufre el interés primario al ser confrontados con los demás intereses que giran alrededor de una acción administrativa, ya han sido preestablecidos cuando se entra a la determinación del mérito del acto. Los vicios relacionados con el motivo no son en consecuencia vicios de mérito. Veamos por qué: en el acto vinculado el motivo está en la aprobación del supuesto de hecho que condiciona la acción administrativa. No hay, en consecuencia, un aporte de medios materiales por parte del funcionario administrativo a la realización de la finalidad del acto. Cuando él establece su motivo del acto, esto es, la motivación, no está creando circunstancias, se está dirigiendo a un mundo estático: al mundo del pasado, a las circunstancias concretas que se han originado en forma tal que integran un supuesto de hecho preestablecido por la norma jurídica.

En lo que toca a los actos discrecionales, la falta de motivación no implica tampoco un vicio de mérito, si se entiende por tal el momento relativo al modo como debe realizarse la acción administrativa, el cómo de la acción administrativa, ya que el motivo es simplemente el elemento teleológico del acto. Recordemos sin embargo que, la discrecionalidad puede referirse al *an*, al *quid* y al *quomodo*,<sup>41</sup> esto es, la facultad de libre actuación del acto administrativo puede estar dirigida:

- a) A determinar si el acto ha de ser emanado (*an*);
- b) A la determinación del contenido del acto (*quid*);
- c) A la forma o medios de la adopción (*quomodo*).

La valoración del *an* y del *quid* constituye una forma de control de legitimidad; la del *quomodo* escapa a dicho control, por cuanto se refiere al mérito del acto discrecional. Es esta la única limitación al control de legitimidad de los órganos jurisdiccionales sobre el proveimiento administrativo.

## CONCLUSION

31. Haciendo una síntesis conceptual, podemos señalar:

Los vicios derivados de la motivación son vicios de legitimidad de la conducta, por cuanto se refiere a la exigencia de la satisfacción del interés público y no al grado de intensidad de la satisfacción del interés público.

41. Ver *supra*, N° 13.b).

A. *Acto vinculado*

A'. *Motivación exigida por la Ley:*

- a. El acto carece de motivación. En tal caso se ha incumplido la norma, por lo cual hay vicio de violación de Ley.
- b. El acto no carece de motivación pero la misma existiendo es:
  - aa) Contradictoria con el dispositivo del acto (incongruencia).
  - bb) Da por sentados hechos inexistentes o ignora hechos existentes (tergiversación de los hechos).
  - cc) Insuficiente. No constituye un razonamiento convincente. En tal caso existe mala aplicación de la norma y falsa interpretación. Violación de Ley.

B'. *Motivación no exigida por la Ley:*

- a. Acto carece de motivación. No tiene vicio alguno.
- b. Acto tiene motivación. Los vicios pueden ser los mismos enunciados en las partes aa), bb) y cc) del inciso b.

B. *Acto discrecional*

La falta de motivación es la no expresión del motivo, esto es del fin del acto y por ello sería un acto carente de fin.

- a. Falta de motivación. Acto carece de motivo y por ello carece de fin que es elemento del acto. Acto nulo de nulidad absoluta.
- b. Motivo contrario al fin público administrativo. Acto viciado de desviación de poder.

RESUMEN DEL TEXTO

1º Es necesario distinguir entre *motivo del acto*, que constituye un elemento interno del mismo, y *motivación*, que es la exteriorización del motivo.

2º El concepto de motivo ha tenido en la doctrina muy distintos significados. Intentando una síntesis de las posiciones mantenidas al respecto, podemos concluir que el motivo del acto ha sido concebido como

el "por qué" de la actividad o como el "para qué", esto es, como el elemento teleológico del acto.

3º Consideramos que el motivo puede ser la respuesta a cada una de las preguntas precedentes, dependiendo de la naturaleza de la actividad que se desarrolle al emanar el acto: Si es una actividad discrecional, el motivo será el "para qué", si es una actividad vinculada será el "por qué".

4º La actividad discrecional es aquella en la cual al autor del acto le toca ponderar el interés público primario que deriva de su competencia, con los intereses secundarios que circundan la situación jurídica sobre la cual el acto ha de pronunciarse y regular.

5º En el acto emanado en ejercicio de una actividad vinculada la misma norma legal ha señalado el fin del acto. El autor al establecer el motivo de su actuación debe indicar mediante la motivación la existencia del supuesto de hecho previsto por la norma.

6º En el acto emanado en ejercicio de una potestad discrecional el funcionario debe establecer los elementos de la ponderación de su interés primario con los intereses secundarios.

7º La motivación debe obedecer a ciertas reglas básicas que rigen a todos los actos que implican un razonamiento lógico.

8º La motivación puede ser una exigencia de la norma o una exigencia derivada de la naturaleza del acto.

9º La falta de motivación del acto no puede ser suplida por la Administración en sede jurisdiccional en virtud del principio que la doctrina denomina de insustituibilidad de la motivación.

10º Los vicios del acto administrativo relativos al motivo del mismo, son vicios de ilegitimidad y no atienen al mérito.

11º Deben ser motivados en base a la naturaleza del acto todos los proveimientos que sacrifican posiciones jurídicas de los administrados.

12º El vicio típico derivado del motivo es el de desviación de poder, el cual hace impugnabile el acto, en virtud de una disposición expresa del *Artículo 206 de la Constitución Nacional*, ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

## BIBLIOGRAFIA

- Andueza, J. C.: *El control en Venezuela de los actos ilegales de la Administración Pública*, Caracas, 1959.
- Carnelutti, F.: *Teoría Generale del Diritto*, III edición, Roma, 1951.
- De Laubadère, A.: *Manuel de droit administratif*, Paris, 1967.
- Fazio, G.: *Sindacabilità e motivazione degli atti amministrativi discrezionali*, Milán, Giuffrè, 1966.
- Giannini, M. S.: *Corso di Diritto amministrativo*, III, 1, *L'attività amministrativa*, Milán, Giuffrè, 1967; *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milán, 1939; *La giustizia amministrativa*, Jandi Sapi, Roma, 1963; *Atto amministrativo*, Milán, 1960; *L'Interpretazione dell'Atto amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1939.
- Hauriou, M.: *Précis de droit administratif*, Paris, 1921.
- Rivalta, M.: *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e privato interesse*, Giuffrè, Milán, 1960.
- Rivero, J.: *Précis de droit administratif*, III, Paris, 1965.
- Santoro Passarelli, F.: *Dottrina General del Diritto Civile*, Nápoles, 1959.
- Vedel, G.: *Droit administratif*, III edición, 1964 (col. Themis).
- Virga, P.: *Il Provvedimento Amministrativo*, Milán, 1968.
- Waline M.: *Traité de droit administratif*, 9ª edición, 1963.
- Zanobini, G.: *Corso de Diritto Amministrativo*, volúmenes I y II, VII edición, Giuffrè, Milán, 1954.

## § 19. HACIA UNA NUEVA NOCION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Rubén AGUIRRE PANGBURN

*Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*

### SUMARIO

*INTRODUCCION.* 1. La influencia francesa: un injerto doctrinal exorbitante. I. *DE LA INADECUACION DE LA NOCION CLASICA.* 2. A) La noción clásica. 3. B) Su inexistencia e inutilidad. II. *DE LA POSIBLE CONSTRUCCION DE UNA NOCION NUEVA.* 4. A) Creciente declinación de las normas de Derecho Privado. 5. B) Creciente ligazón a la ciencia administrativa. 6. C) Hacia la negación de los contratos civiles de la administración

### INTRODUCCIÓN

1. *La influencia francesa: Un injerto doctrinal exorbitante.* El Derecho Administrativo Mexicano ha recibido múltiples influencias del Derecho Francés. No es raro leer en las publicaciones de autores mexicanos el concepto de contrato administrativo trasplantado directamente de la doctrina francesa clásica o contemporánea. Esta técnica del injerto de instituciones y conceptos de derecho público de un país a otro es cosa corriente hoy en día: después de la adopción del Ombudsman sueco en Nueva Zelandia, ya nadie se sorprende de tales trasplantes; sin embargo, es necesario distinguir, por una parte, la teoría del trasplante de instituciones administrativas o inclusive de prácticas administrativas con los problemas de rechazo o adaptación que todo trasplante trae aparejado; y por otra parte, el uso abusivo que maestros, investigadores e inclusive jueces efectúan de los conceptos de doctrina extranjera. Resulta absurdo ver sentencias que se

fundan en tal doctrina; alegar en tribunales que un contrato no es de obra pública en virtud de que no reúne los requisitos que señala Gastón Jèze; enseñar, en la universidad, la teoría de los contratos administrativos mezclando derecho francés y nacional con el mismo acierto con que García Márquez junta ficción y realidad en *Cien años de soledad*.

A mi manera de ver la doctrina tiene por función sistematizar el derecho positivo y servir de motor hacia el perfeccionamiento del mismo conforme a la ideología política que sustente el autor, ya que el derecho es instrumento de política, lo que en el campo del derecho público es singularmente notorio, aunque juristas de derecha se declaren supuestamente apolíticos y partidarios de teorías llamadas puras, adjetivo que en sí muestra una clara orientación política.

La mayoría de la doctrina mexicana concuerda en conceder a los contratos celebrados por la administración pública el *status* de contrato administrativo, concediéndoles características similares por no decir idénticas, a las que la doctrina francesa otorga a tales contratos. Este artículo tiene por objeto el análisis previo sobre la existencia o inexistencia del contrato administrativo en su sentido clásico, para después apuntar algunas ideas sobre la nueva noción de contrato administrativo que en los Estados Unidos Mexicanos deberá al cabo de algún tiempo resultar conforme a una evolución lenta pero clara a este respecto.

## I

### DE LA INADECUACIÓN DE LA NOCIÓN CLÁSICA

2.A) *La noción clásica.* En esta primera parte se analizará la noción clásica del contrato administrativo y se comparará con el régimen de los contratos de la administración en los Estados Unidos Mexicanos, con el objeto de precisar si éstos se adecuan a la noción antes citada o si por el contrario, en los Estados Unidos Mexicanos no existen los contratos administrativos.

El concepto de contrato administrativo es obra de la jurisprudencia del Consejo del Estado francés. En Francia, los contratos que celebra la administración en su cotidiano actuar pueden ser de diversa índole según sea el juez del contrato y el régimen jurídico que les sea aplicable. La jurisprudencia distingue entre contratos administrativos y contratos civiles de



la administración pública. Los primeros son regidos en forma exclusiva por normas de derecho público y su contencioso es dirimido por el juez administrativo; los segundos son del resorte del juez civil quien aplica normas de derecho privado, a fin de solucionar los conflictos resultantes de la interpretación y cumplimiento de dichos contratos.

Puede afirmarse que la noción clásica de contrato administrativo responde a la necesidad funcional de separar, dentro de la enorme masa de contratos celebrados por la administración, aquellos que son sometidos a una jurisdicción y a un régimen puramente administrativo, de aquellos en los que la administración pretende actuar equiparándose a los particulares, y en consecuencia sometiéndose a la misma jurisdicción y derechos que los de los particulares cuando contratan entre sí.

De ahí que para que en un país, cualquiera sea, existan contratos administrativos, conforme a la concepción apuntada, será necesario la constatación de dos presupuestos: en primer término, la existencia de distintas jurisdicciones relativamente independientes entre sí, pues ante todo el concepto de contrato administrativo es una noción procesal que tiene por función determinar el orden jurisdiccional competente; en segundo lugar, es necesario que a ambos tipos de contratos corresponda una reglamentación distinta, una de derecho público, la otra de derecho privado.

3.B) *Su inexistencia e inutilidad.* En los Estados Unidos Mexicanos contamos con un Tribunal Fiscal, el que aparte de su competencia estrictamente fiscal es competente para conocer de algunas materias administrativas, entre ellas el contencioso derivado de la interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias del Poder Ejecutivo Federal. A primera vista, pudiera pensarse que tales contratos son administrativos por determinación de la ley; sin embargo, el análisis de la jurisprudencia de dicho Tribunal nos lleva a concluir lo contrario. En efecto, dentro de la competencia estrictamente fiscal de dicho Tribunal existe un caso en donde la naturaleza del contrato forma parte del contenido normativo de una exención impositiva, y a este respecto, el citado Tribunal se ve obligado a recurrir al *Código Civil*, ley supletoria de nuestro derecho administrativo, para determinar si el contrato es o no de obra pública. Esta circunstancia, sumada al análisis más detenido del régimen jurídico del contrato indicado, obliga a concluir que los contratos de obra pública no son administrativos, pues no se rigen exclusivamente, ni siquiera primordialmente, por normas de derecho público.

En mi país, los contratos celebrados por la administración son regidos simultáneamente por normas de derecho privado y de derecho público. Por otra parte, si la noción de contrato administrativo en su acepción clásica tiene por objeto distinguir unos contratos de otros, al no haber necesidad de tal distinción, ya que todos los contratos son de tipo mixto, la noción carece de efectividad y, en consecuencia, si se está de acuerdo con una concepción teleológica de la interpretación del derecho, la noción de contrato administrativo tomada en su acepción clásica no existe en los Estados Unidos Mexicanos, por la simple razón de ser inútil.

## II

### DE LA POSIBLE CONSTRUCCIÓN DE UNA NOCIÓN NUEVA

4.A) *Creciente declinación de las normas de derecho privado.* Los últimos desarrollos del derecho administrativo positivo mexicano muestran una clara tendencia hacia la creación de normas de derecho público que poco a poco se sustituyen a las de derecho privado en la reglamentación de los contratos de nuestra administración pública. Circunstancia que obliga a reflexionar sobre la posible construcción de una noción nueva de contrato administrativo, en virtud de la cual, dichos contratos se asimilarían cada vez más a los que en el derecho extranjero responden a la noción, antes indicada, de contrato administrativo. Es decir, que por un camino distinto se llegaría al mismo resultado.

Actualmente los contratos de la administración se encuentran en un estadio tal, en el cual las normas de derecho público que han sustituido a las privadas, tienden fundamentalmente a proteger el interés del Estado, principalmente su interés financiero, sin que a la fecha la contrapartida o sean las normas que tienen a establecer el equilibrio financiero del contrato y que son la salvaguarda de los intereses económicos del particular hayan sufrido una evolución comparable, evolución que nos llevaría a la conclusión de que tales contratos son primordialmente regidos por normas de derecho público. A la fecha el particular contratante se encuentra desprotegido, pues sus derechos se fundan en *el Código Civil*, instrumento poco eficaz frente a las prerrogativas exorbitantes que han sido otorgadas a la administración.

5.B) *Creciente ligazón a la ciencia administrativa.* Afortunadamente esta situación de injusticia normativa recibe un paliativo en la práctica

administrativa que concede indemnizaciones graciosas en ciertos casos en los que se rompe el equilibrio financiero del contrato. Este tipo de prácticas administrativas son normalmente precursoras de reformas legislativas y su importancia se destaca por un derecho administrativo moderno que se liga cada vez más a la ciencia administrativa, considerando que la administración no sólo es organización normativizada, sino también acción al servicio de la política de los gobernantes.

6.C) *Hacia la negación de los contratos civiles de la administración.* Ahora bien, en la hipótesis de que el régimen jurídico de los contratos de la administración se publiquen, nos encontraríamos frente a un concepto de contrato administrativo distinto del clásico, útil desde el punto de vista del derecho comparado, ya que a un régimen jurídico similar debe corresponder una misma categoría. Por otra parte esta nueva concepción de contrato administrativo tendría la virtud de negar los contratos civiles de la administración, figura jurídica que pretendiendo equiparar el Estado a los particulares, en realidad desprotege profundamente al ciudadano frente a la administración, que jamás ha podido ni podrá despojarse verdaderamente de sus prerrogativas de derecho público.



§ 20. TEORIA GENERAL DE LA CONCESION  
(SU ESTUDIO EN EL DERECHO MEXICANO)

Miguel ACOSTA-ROMERO

*Profesor Titular de Derecho Administrativo en  
la Facultad de Derecho de la Universidad  
Nacional Autónoma de México*

SUMARIO

INTRODUCCION. 1.A) *Variabilidad según la postura política del Estado.* 2.B) *Evolución histórica.* 3.a) En España. 4.b) En los Estados Unidos Mexicanos. 5.C) *Concepto de concesión.* 6.D) *Naturaleza jurídica de la concesión.* 7.E) *Los elementos subjetivos de la concesión.* EL RÉGIMEN JURÍDICO POSITIVO. 8. Principios que rigen la concesión. 9.A) *Capacidad del concesionario.* 10.B) *Capacidad técnica del concesionario.* 11.C) *Capacidad financiera.* 12.D) *Plazo.* 13.E) *Derechos del concesionario.* 14.a) Propiedad de los bienes afectos a la explotación de la concesión. 15.b) Régimen de la concesión. 16.c) Tarifas. 17.d) Relaciones entre concesionarios y usuarios. 18.F) *Obligaciones del concesionario.* 19.G) *Rescate.* 20.H) *Derecho de Reversión.* 21. Asignación. 22.I) *Procedimiento para otorgar la concesión.* 23.J) *Extinción de la concesión.* 24.a) Cumplimiento del plazo. 25.b) Falta de objeto o materia de la concesión. 26.c) Rescisión. 27.d) Revocación. 28.e) Caducidad. 29.f) Rescate. 30.h) Renuncia. 31.i) Quiebra del concesionario. 32. Concesiones de las Entidades Federativas y de los Municipios

INTRODUCCIÓN

1.A) *Variabilidad según la postura política del Estado.* El concepto de concesión ha tenido diversas variantes, tanto en la doctrina, como en la práctica administrativa de los Estados. Su naturaleza jurídica, en nuestra opinión varía de acuerdo con las tendencias que puedan apreciarse en la actividad del Estado; en un Estado liberal, la concesión aparecerá como un contrato, y otorgará al particular determinados privilegios; en un Estado intervencionista, o en un Estado que tienda hacia el socialismo, la concesión

no será un contrato, sino un acto administrativo y paulatinamente se restringirá el régimen de concesión, para que el Estado se haga cargo de actividades que en otros Estados y en otras épocas, se reconocían como parte de la esfera de actividad de los particulares.

2.B) *Evolución histórica.* Los orígenes de la concesión son remotos. Se hablaba antiguamente de privilegios que otorgaban los soberanos para premiar a sus servidores, por servicios recibidos; generalmente consistían en otorgarles ciertas partes del territorio, así se hablaba de concesiones territoriales. También había concesiones de comercio y aun para regular ciertos aspectos administrativos y hasta judiciales, como las concesiones que se otorgaron por Inglaterra y Holanda a las Compañías de las Indias Orientales.

3.a) En España se precisa con perfiles bien definidos la concesión minera, sobre todo en los territorios coloniales.

Así encontramos numerosas disposiciones legales que regulan la materia de minería y que son aplicables al Territorio de Nueva España; la primera fue la Cédula de 9 de diciembre de 1526, expedida en Granada por Felipe II, y que reconocía que el dominio de la superficie no implicaba el dominio de la veta o del subsuelo y se concedía su explotación a los particulares, sin perjuicio del dominio radical y directo de la Corona.

El 10 de enero de 1559 se expidió por la Princesa Doña Juana una *Ley de Minas*, anulando las antiguas mercedes e incorporando las minas de oro, plata y azogue a la Corona, cuando no se hubieren trabajado.

El 17 de marzo de 1563, se expidieron las *Ordenanzas de Minería* llamadas *del Antiguo Cuaderno*, y posteriormente el 22 de agosto de 1584, se expidieron otras *Ordenanzas* llamadas *del Nuevo Cuaderno*, que constituyen una verdadera codificación sobre las minas y que perfilan principios que después observaremos en la concesión minera.

*Las Ordenanzas de Aranjuez* fueron expedidas el 22 de mayo de 1783 y en el Título Quinto hablan del dominio radical de las minas y de su concesión a los particulares y del derecho que por esto deben pagar. Estas Ordenanzas rigieron en México Independiente hasta el Código de Minería de 22 de noviembre de 1884.

En otras materias, verdaderamente se firmaron contratos entre la Administración Pública y los particulares para prestar determinados servicios públicos o utilizar bienes del Estado. En esos contratos, las partes

estipulaban la serie de condiciones financieras y de toda índole, que afectarían a la actividad del concesionario; en ocasiones se señalaban también en ellos las tarifas que pagarían los usuarios, ya que en esa época la Legislación Administrativa era muy escasa.

4. b) En los Estados Unidos Mexicanos los contratos a través de los cuales se otorgaban concesiones, fueron muy utilizados en el siglo pasado.

Así tenemos que, en materia bancaria, el primer contrato de concesión, fue el de 29 de julio de 1857, para establecer lo que se denominaría Banco de México; en 1864 el contrato-concesión al Banco de Londres y México; el 23 de agosto de 1881 se celebró un contrato entre el Banco Franco-Egipcio y el presidente Manuel González, para establecer un Banco de Depósito, Descuento y Emisión, denominado Banco Nacional Mexicano; el 18 de febrero de 1882 el contrato concesión para el Banco Mercantil Agrícola e Hipotecario; el 15 de junio de 1883 se celebró un convenio con el señor Francisco Suárez Ibáñez, para establecer el Banco de Empleados.

En materia de energía eléctrica, se celebraron, entre otros, los siguientes contratos-concesión: en 1895 con el señor Arnold Vaquié, representante de la *Société Du Necaxa*, para explotar las caídas del río Necaxa; se traspasó posteriormente este contrato-concesión con aprobación del Congreso de la Unión, el 24 de marzo de 1903 a *The Mexican Light and Power Co.*; el 31 de marzo de 1896 las autoridades del Distrito Federal celebraron contrato-concesión con la empresa *Siemens Halske* de Alemania para operar una planta generadora de vapor en Nonoalco; en 1896 se celebró un contrato-concesión con el señor Ernesto Pugibet para explotar una caída de agua en el río de Monte Alto; el 12 de septiembre de 1900 se celebró un contrato-concesión entre las autoridades del Distrito Federal y *The Mexican Gas And Electric Co. Limited*.

En materia de ferrocarriles, el primer contrato-concesión se celebró el 22 de agosto de 1837, entre el presidente Anastasio Bustamante y don Francisco de Arrillaga, para construir una vía férrea de México a Veracruz, (no se llegó a construir); el 31 de octubre de 1853, se firmó un contrato con el señor Juan Laurié Rickards, para continuar la construcción del ferrocarril por Puebla; el 18 de mayo de 1861 se otorgó el derecho al señor Antonio Escandón para continuar dicha construcción; para el ferrocarril de Tehuantepec, hubo múltiples contratos-concesiones: de 1º de marzo de 1842, con el señor don José de Garay; el 5 de febrero de 1853 con la

Compañía A. G. Sloo, el 19 de enero de 1878 con el señor Edward Learned; en 1896 se firmó un convenio con la Casa Inglesa *Pearson and Sons Limited*, para tomar la compañía explotadora del ferrocarril nacional de Tehuantepec; el 8 de septiembre de 1880 se otorgó a la compañía del Ferrocarril Central México la construcción del ferrocarril entre México y Paso del Norte (hoy Ciudad Juárez, Chihuahua), y el 13 de septiembre de 1880, a la Compañía del Ferrocarril Nacional, la construcción de la vía de México a Nuevo Laredo.

Es así como se observa que, durante el siglo pasado, la mayor parte de las concesiones se otorgaban a través de contratos; sin embargo, la evolución de los principios que regulan estos conceptos a través del tiempo, ha ido cambiando los mismos al grado de que, en nuestra opinión, es posible afirmar actualmente que en los Estados Unidos Mexicanos, la concesión ya no contiene ningún elemento contractual, sino que es un acto administrativo discrecional por parte de la autoridad administrativa y en ciertos casos, no sólo se ha eliminado ya el concepto de contrato en esta materia, sino que el Estado se ha reservado para sí la realización de determinadas actividades que se consideran de interés público y que antes eran realizadas por los particulares a través de concesiones; así tenemos que de acuerdo con las reformas de 29 de enero de 1960, al párrafo sexto del artículo 27 de la Constitución, en materia de hidrocarburos y petróleo, no se otorgarán concesiones o contratos, ni subsistirán los que se hayan otorgado. Asimismo en materia de energía eléctrica, tampoco se otorgarán concesiones a los particulares, y esa actividad corresponde exclusivamente al Estado mexicano.

5.C) *Concepto de concesión.* El término de concesión puede significar varios contenidos.

- a. Es el acto administrativo discrecional por medio del cual la Autoridad Administrativa faculta a un particular: a) Para utilizar bienes del Estado, dentro de los límites y condiciones que señale la Ley; y, b) Para establecer y explotar un servicio público, también dentro de los límites y condiciones que señale la Ley.
- b. El procedimiento a través del cual se otorga la concesión, o a través del que se regula la utilización de la misma, aun frente a los usuarios.
- c. Puede entenderse también por concesión, el documento formal que contiene el acto administrativo en el que se otorga la concesión.



6.D) *Naturaleza jurídica de la concesión.* Hay cierta imprecisión para fijar su naturaleza jurídica; hay quienes afirman que se trata de contratos, y un sector importante de la doctrina estima que se trata de un acto mixto, que tiene una parte de contrato, una parte de acto administrativo y una parte de acto reglamentario; a esta opinión se adhieren los tratadistas mexicanos doctores Andrés Serra Rojas y Gabino Fraga.

Como hemos observado al estudiar los antecedentes de la concesión, podemos estimar que este concepto puede tener un antecedente de acto administrativo (caso de la Concesión Minera en la Nueva España), y también antecedentes de contrato, según ya lo hemos relatado en materia de ferrocarriles, bancaria y de electricidad; la evolución de las ciencias y técnicas en todos los aspectos de la vida, también afecta a la evolución de la técnica del Derecho Administrativo.

Si se hace un examen metodológico de los regímenes de concesión en los Estados Unidos Mexicanos, se concluirá que actualmente la mayoría de las concesiones se otorgan por medio de actos administrativos discrecionales, ya que los particulares no celebran ningún convenio o contrato con la administración para ello, ni tampoco pueden pedirle el otorgamiento forzoso de las concesiones, aun cuando en ciertas ramas se les llama contrato-concesión, como en materia de transportes, en nuestra opinión impropriamente; existen con poca frecuencia algunos contratos-concesión en la experiencia actual administrativa, como son los relativos a la utilización de la zona costera en ciertos puertos de la República, y que son los que celebra la Secretaría del Patrimonio Nacional con los concesionarios; pero en nuestra opinión, esto viene a constituir la excepción que confirma la regla.

De acuerdo con lo anterior, desde nuestro punto de vista, la concesión constituye un acto administrativo discrecional del órgano de la Administración Pública, que aplica en un caso concreto las disposiciones que regulan la materia de la concesión.

El régimen jurídico que regula la concesión y las relaciones entre la Administración y el concesionario, es de Derecho Público y está constituido por el conjunto de normas establecidas en las Leyes, los reglamentos, decretos, circulares y acuerdos que fijan precisamente el régimen al que están sometidos la concesión, el concesionario y su actividad.

7.E) *Los elementos subjetivos de la concesión son:*

- a. La autoridad concesionaria, que puede ser la Administración Pública Federal, local o municipal.
- b. El concesionario, que es la persona física o jurídica a quien se otorga y que es el titular de la concesión.
- c. Los usuarios, únicamente en el supuesto de la concesión de servicio público, ya que en la de utilización de bienes del Estado habrá relaciones entre el concesionario y los particulares, pero no bajo el concepto de usuarios.

#### EL RÉGIMEN JURÍDICO POSITIVO

8. *Principios que rigen la concesión.* Veremos sucesivamente los referentes a Capacidad Jurídica (A), Técnica (B) y Financiera (C); al Plazo (D), a los Derechos (E) y Obligaciones (F); el Rescate (G), la Reversión (H), el Procedimiento (I) y la Extinción (J).

9.A) *Capacidad del concesionario.* La capacidad del concesionario se aprecia a través del estudio del régimen jurídico de cada Estado y puede ser más o menos restringida.

Hay Estados que no señalan ningún límite de capacidad a los concesionarios, o establecen un mínimo de requisitos: el concesionario puede ser nacional o extranjero, la concesión puede ser contrato, etc.

En otros regímenes o Estados, se señala una serie de limitaciones a las actividades sujetas a concesión; por ejemplo, en México no pueden otorgarse concesiones sobre explotación de hidrocarburos y petróleo, ni tampoco sobre generación, producción y distribución de energía eléctrica, actividades que en otros ámbitos sí pueden desarrollar los particulares.

Así la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 27, párrafo sexto, ordena que en esas materias no se otorgarán concesiones a los particulares y el Estado llevará a cabo la explotación en esos sectores. Otra limitación que establece la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 27, fracción I, es que las concesiones de explotación de minas o agua sólo se otorgarán a los mexicanos por nacimiento o por naturalización y a las sociedades mexicanas, salvo que los extranjeros convengan con los Estados Unidos Mexicanos, respecto de la Cláusula Calvo.

Hay leyes secundarias que exigen al concesionario la nacionalidad mexicana, o de las sociedades a las que se pueden otorgar dichas concesiones, que estén exclusivamente constituidas por ciudadanos mexicanos, por ejemplo, las concesiones de transportes previstas en la Ley de Vías generales de comunicación y las de radiodifusión y televisión.

Igual tendencia se aprecia, un poco menos rígida, en materia de minería.

10.B) *Capacidad técnica del concesionario.* Puede apreciarse en dos aspectos: personal y material. a) El concesionario debe reunir ciertos requisitos mínimos de capacidad técnica, ya sea en lo personal, o mediante el personal que contrate para desarrollar la actividad concesionada, especialmente si se trata de servicio público. Por ejemplo, en la concesión para transporte aéreo, el concesionario deberá contar con pilotos, mecánicos y demás auxiliares, que tengan los conocimientos adecuados en esa materia; lo mismo en la concesión minera, debe contar con técnicos en explotaciones de yacimientos. b) Los medios necesarios para prestar la concesión consisten en el conjunto de elementos materiales, especialmente de equipo, necesarios para realizar esa actividad. Así tenemos en los ejemplos antes citados que el concesionario de transporte aéreo debe tener el equipo de vuelo adecuado, y en la concesión minera, las instalaciones de extracción y beneficio del mineral.

11.C) *Capacidad financiera.* La capacidad financiera es también otro requisito que generalmente se exige al concesionario y consiste en que éste debe tener el capital necesario que le permite contratar al personal que va a prestar el servicio, el que va a dedicar a la explotación de los bienes del Estado, y adquirir el equipo, y los bienes que también se destinarán a ese efecto. Hay casos en que las leyes exigen al solicitante de una concesión, la constitución de depósitos en efectivo, o el otorgamiento de garantías para garantizar la capacidad técnica y financiera del propio solicitante, como en las concesiones de radiodifusión, en que se garantiza, de antemano, la adquisición del equipo de transmisión.

12.D) *Plazo.* Generalmente las concesiones se otorgan por un plazo determinado, es decir, por un lapso de tiempo más o menos largo, durante el cual, el concesionario disfruta de los derechos derivados de ese acto.

No todas las concesiones se otorgan a plazos iguales, pues como ya vimos anteriormente, esta noción va paralela con las ideas políticas que

sustentan los gobernantes de los diversos países. En países de ideas liberales, como se entienden en el campo de la economía, habrá concesiones por plazos sumamente largos, o aun concesiones en que no se establezca duración; por el contrario en países que intervienen en mayor grado en la actividad social y en todos los órdenes, se restringe el plazo.

En los Estados Unidos Mexicanos, y durante el siglo pasado, la mayor parte de las concesiones se otorgaban a plazos que fluctuaban entre cincuenta y cien años.

Actualmente, las concesiones, sobre todo las mineras, se otorgan por veinticinco años, renovables por otros veinticinco. En materia de vías generales de comunicación, se otorgan por veinte años las de caminos, y se limitan a cinco vehículos por titular; a treinta años las de obras en zonas federales y asimismo a treinta años las de transporte aéreo, prorrogables por períodos adicionales de diez años; las de radiodifusión y televisión por treinta años refrendables; en las concesiones de caza y pesca el plazo es mínimo, casi perentorio.

Hay concesiones que no tienen plazo, por ejemplo, las concesiones bancarias, y las concesiones para uso y aprovechamiento de aguas nacionales, así como en las de educación, si se considera que en ciertos casos se trata de concesión para prestar esa clase de servicio público.

El hecho de que no tengan plazo, creemos que no desvirtúa las características de concesión ya que, por la naturaleza de la actividad o la finalidad de las mismas, se estima que el plazo puede ser indefinido, mas no perpetuo, ya que la concesión puede ser revocada cuando así lo ameriten causas de interés público.

13.E) *Derechos del concesionario.* El concesionario, previamente al acto administrativo, se reconoce que no tiene ningún derecho, éste nace y se genera con el acto de la concesión. Desde este punto de vista, es constitutiva y esa característica la distingue del régimen de permisos, licencias y autorizaciones, en el que el particular tiene derechos previos que han sido sometidos a limitaciones o modalidades por razones de salubridad, seguridad y orden público y que sujetan al particular al cumplimiento de una serie de requisitos que una vez satisfechos le permiten realizar esa actividad.

Una vez otorgada la concesión, ésta genera una serie de derechos y obligaciones al particular; en la de servicio público, el de establecerlo y

explotarlo; en la de bienes del Estado, el de utilizarlos, y en ciertas ocasiones, apropiárselos (minas y aguas nacionales).

Los derechos derivados de la concesión, generalmente son personalísimos, y el concesionario debe, si no ejecutarlos todos por él mismo, ya que sería imposible, sí vigilar personalmente su ejercicio. Las concesiones amplían el ámbito patrimonial del concesionario y le permiten obtener una utilidad derivada de su actividad personal y un rendimiento a sus inversiones, que es el incentivo que tienen para dedicarse a esa actividad. Anteriormente se decía que este concepto y el plazo formaban parte del elemento contractual. En nuestra opinión, y en la experiencia administrativa mexicana, ya no se celebran contratos sobre este aspecto, sino que el concesionario calcula previamente cuál podría ser el rendimiento que obtenga de una concesión y si el cálculo le es favorable, la solicitará, pero no entra en un convenio con la administración, sobre este aspecto; tampoco el plazo se discute, sino que ya está previamente fijado por las disposiciones legales que rigen las distintas materias.

El régimen de la concesión en los Estados Unidos Mexicanos, impone el principio de intransmisibilidad de los derechos derivados de la concesión, o bien se permite la transmisión llenando ciertos requisitos y previa anuencia de la autoridad concedente.

Generalmente se prohíbe transferir, ceder, gravar o enajenar las concesiones; en caso de que se realicen esos actos en contra de esa prohibición, la transferencia no producirá efectos y la concesión se extinguirá o caducará.

No obstante lo anterior, hay concesiones como la bancaria, la minera, la de transportes, la de radiodifusión, y algunas otras en la que, previo el cumplimiento de requisitos señalados por las disposiciones legales, y con el consentimiento indispensable de la autoridad administrativa, podrán transferirse, disponerse o gravarse esos derechos; el concesionario no adquiere derechos reales derivados de la concesión, pues esos derechos son administrativos, limitados por las leyes y el propio acto de la concesión pero no llegan a tener las características que el Derecho Civil señala a los Derechos reales.

14. a) *Propiedad de los bienes afectos a la explotación de la concesión.* Se reconoce que el concesionario es propietario de ellos, aunque sujetos a ciertas modalidades, ya que no puede gravarlos, ni cederlos sin permiso de la autoridad y estarán sujetos a la reversión. Son el conjunto de ele-

mentos materiales que se destina a la explotación de la concesión. Por ejemplo, equipo de transporte, plantas de beneficio de mineral, etc.

En la concesión de explotación de bienes del Estado, el concesionario se hará dueño de aquellos bienes que extrae y beneficia, sobre todo los minerales.

15.b) *Régimen de la concesión.* El régimen de la concesión es de derecho público, así tenemos que existen leyes administrativas que regulan esta materia y que son, entre otras: Ley Orgánica del Distrito Federal, Código Agrario, Ley General de Bienes Nacionales, Ley de Vías Generales de Comunicación, Ley de Navegación y Comercio Marítimo, Ley de Aguas Nacionales, Ley Minera, Ley General de Radiodifusión y Televisión, Ley Orgánica de la Educación, Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, Ley Forestal y Ley Federal de Caza, así como los reglamentos de estas leyes y decretos, acuerdos y circulares sobre las mismas, en los que se fija el régimen general de las concesiones, desde la solicitud que presente el particular a la administración pública, modo de prestación de las mismas, tarifas, relaciones con los usuarios y terceros hasta su extinción.

16.c) *Tarifas.* La tarifa constituye el precio que paga el usuario por la prestación del servicio público. Las tarifas son fijadas unilateralmente por el Estado, ya sea a través de leyes, de reglamentos, decretos o acuerdos; generalmente se escucha a los concesionarios en la fijación de las tarifas, sin que esto quiera decir que constituyen contratos; las tarifas son obligatorias para el concesionario y el usuario; en la práctica algunas se publican en el *Diario Oficial de la Federación*, y en nuestra opinión deben tener además publicidad por otros medios.

Las tarifas se calculan sobre bases técnicas, que permitan al concesionario no sólo obtener utilidades, sino realizar nuevas inversiones en equipo moderno y adecuado para prestar el servicio. La doctrina considera que cuando el Estado agrava las condiciones de prestación del servicio debe: a) Indemnizar al concesionario, b) Otorgarle subsidios fiscales, o, c) Permitir la elevación de las tarifas.

No siempre el Estado fija las tarifas, pues hay casos en que permite que las partes las ajusten mediante los contratos que celebren entre concesionarios y usuarios.

17.d) *Relaciones entre concesionarios y usuarios.* Ya vimos que el régimen de las concesiones está constituido por un conjunto de disposicio-

nes de Derecho Público que fijan con detalle la forma y términos en que se debe prestar el servicio público, o usar los bienes del Estado; según la doctrina, hay varias posibilidades cuando el usuario utiliza el servicio público: a) celebra un contrato civil, b) celebra un contrato mercantil, c) se sujeta a un régimen preestablecido mediante un acto unión.

Estimamos que hay casos en que sí se celebra un contrato mercantil, por ejemplo el transporte aéreo, marítimo o terrestre de largas distancias; sin embargo, hay otros casos en que es casi instantánea la prestación del servicio con la voluntad de utilizarlo, por ejemplo el transporte urbano, en que se paga la tarifa en el momento de abordar el vehículo; en este supuesto consideramos que hay acto unión.

18.F) *Obligaciones del concesionario.* Son: a) Ejercitar personalmente los derechos derivados de la concesión (aun cuando contrate personal, porque materialmente no pueda llevar a cabo todos esos actos, pero aquél deberá estar bajo su supervisión); b) No transferir, enajenar o gravar los derechos derivados de la concesión, sin el previo consentimiento de la autoridad concedente; c) Contar con los elementos personales, materiales y financieros para prestar el servicio público o efectuar la explotación de los bienes en condiciones óptimas; d) No ceder, traspasar o gravar el equipo y los bienes destinados a la concesión sin consentimiento de la autoridad concedente; e) Realizar las obras necesarias para prestar el servicio o explotar los bienes; f) Prestar el servicio o explotar los bienes en los términos y condiciones que señalan las disposiciones legales.

19.G) *Rescate.* Es un principio aplicable a las concesiones de explotación de bienes del Estado; el rescate es un acto administrativo, mediante el cual, la autoridad administrativa, rescata los bienes que había concesionado previamente, por causas de utilidad pública; la doctrina generalmente se orienta a precisar que en este caso, el Estado debe indemnizar al concesionario por las inversiones que hubiere efectuado y por la privación que se le hace del plazo de explotación; en mi opinión ese rescate constituye un caso típico de revocación administrativa. Se dice que es rescate porque los bienes nunca salieron del dominio del Estado, sólo se permitió el uso temporal de ellos al concesionario.

20.H) *Derecho de reversión.* Es una institución administrativa que opera en las concesiones y consiste en que una vez transcurrido el plazo de la concesión, los bienes afectos ya sea al servicio público, o a la explotación de bienes del Estado, pasan a ser propiedad de éste sin necesidad de contraprestación alguna.

No en toda clase de concesiones existe el derecho de reversión: se daba en las concesiones de energía eléctrica, se encuentra con ciertas limitaciones en la concesión de transporte (no revierte el equipo únicamente las instalaciones de las terminales), se aprecia en cierta clase de concesiones de aguas nacionales, en las de radiodifusión, y no existe en las concesiones bancarias, ni en las de educación, en las de pesca, ni tampoco en las de caza, en estas últimas el concesionario simplemente se apropia del bien del Estado de acuerdo con los términos de la propia concesión.

21. *Asignación.* Una figura jurídica, que tiene cierto paralelo con la concesión minera, es la asignación minera que es definida como "Un acto administrativo mediante el cual el Estado otorga a las entidades públicas mineras, el derecho de explotar las sustancias minerales contenidas en la zona motivo de la asignación así como los derechos conexos necesarios para poder efectuar dichos trabajos de explotación".<sup>1</sup>

Consideramos que constituye un decreto de destino mediante el cual la administración pública federal señala y afecta una superficie y los minerales contenidos en el subsuelo de la misma, para que sean explotados por una entidad pública minera (que forma parte de la organización desconcentrada o descentralizada de la propia Federación). La duración de la asignación es sin límite y la superficie asignada puede ser mayor que la que puede ser objeto de concesión. Es una institución nueva dentro del Derecho minero mexicano y está establecida en la Ley reglamentaria del artículo 27 Constitucional en materia de explotación y aprovechamiento de recursos minerales.<sup>2</sup>

22.I) *Procedimiento para otorgar la concesión.* El procedimiento para otorgar la concesión se inicia con una solicitud del particular en la que se llenan todos los requisitos que exigen las disposiciones legales; generalmente se publica un extracto de la misma en el *Diario Oficial de la Federación*; hay casos en los cuales, anteriores concesionarios, o personas que tengan interés, pueden oponerse a su otorgamiento (en materia de transportes, aguas nacionales, radiodifusión y televisión y minería, hay procedimientos de oposición, no existe en materia bancaria, educativa, de caza y pesca). En este procedimiento de oposición hay escritos de las partes que fijan la controversia, ofrecimiento y desahogo de pruebas y alegatos, y resolución que dicta la propia autoridad administrativa; si de-

---

1. Herrera Cabañas, Rafael, *Las entidades públicas mineras*, México 1968, p. 38.  
2. *Diario Oficial de la Federación*, de 4 de enero de 1966.



clara procedente la oposición no se otorga la concesión, si se rechaza se continúa el procedimiento para el efecto de que, si se cumplen los demás requisitos y lo estima conveniente la autoridad, se otorgue la concesión. Se ha discutido la naturaleza de este procedimiento administrativo, se dice que es casi judicial porque resuelve una controversia; creo yo que no se resuelve una controversia sino que únicamente declara si es procedente o no la oposición, pues quedan a salvo los derechos de las partes, para acudir a la autoridad judicial federal para que ésta resuelva el conflicto de fondo entre ellas.

La última fase del procedimiento para otorgar la concesión es que la autoridad administrativa aprecie si el solicitante cumplió con todos los requisitos, si tiene capacidad general, técnica y financiera, haya otorgado las garantías previstas; y si lo estima conveniente al interés general, otorgará la concesión mediante una decisión administrativa que se expresa a través de un acuerdo escrito, el que generalmente se publica en el *Diario Oficial de la Federación*. (Hay casos en que no se publica, sino simplemente se notifica personalmente como en las concesiones de educación, de caza y pesca).

Como ya se dijo es un acto discrecional de parte de la autoridad, y no se trata de un acto obligatorio reglado o vinculado, puesto que las leyes antes citadas no obligan a la autoridad a otorgar forzosamente la concesión, sino al contrario, la facultan para tomar esa decisión discrecionalmente.

23.J) *Extinción de la concesión*. Los modos de extinción de la concesión son varios; el más normal es el cumplimiento del plazo; luego tenemos la falta de objeto o materia de la concesión, la revocación, la caducidad, la rescisión y el rescate.

No hay precisión en la legislación administrativa sobre las causas de terminación antes aludidas, se utiliza una terminología a veces imprecisa; la práctica se orienta a considerar después del plazo, a la caducidad como causa de terminación más importante.

24.a) *Cumplimiento del plazo*. Al terminarse el período de tiempo previsto en la concesión, termina ésta, salvo en aquellos casos en que puede prorrogarse mediante un nuevo acto administrativo. El efecto más importante que produce el cumplimiento del plazo es la reversión que ya comentamos anteriormente.

25.b) *Falta de objeto o materia de la concesión.* Si se hace imposible la prestación del servicio público, o si se agotan los minerales en las concesiones la falta de cumplimiento del concesionario a las obligaciones de objeto o materia.

26.c) *Rescisión.* Se considera que la rescisión es la facultad de una de las partes en un contrato o convenio, para darlo por terminado si la otra parte incurre en el incumplimiento de sus obligaciones. Sólo operará esta causa de terminación en aquellos casos esporádicos en que aún se celebran contratos-concesión, como ya se indicó, por ejemplo, los de utilización de la franja costera.

27.d) *Revocación.* La práctica administrativa de los Estados Unidos Mexicanos se ha orientado a considerar como causa de revocación de las concesiones, la falta de cumplimiento del concesionario a las obligaciones que le impone el régimen jurídico de la misma; así en la concesión de aprovechamiento de aguas nacionales, minera, de transporte, bancaria y de educación, son causas de revocación las faltas de cumplimiento por parte del concesionario a las obligaciones antes aludidas. Consideramos que esta situación es más técnica que la de presuponer que se trata de rescisión, pues un acto administrativo como es la concesión, no puede ser rescindido, sino más bien revocado por la autoridad que lo otorgó, en los supuestos de incumplimiento que prevén las leyes, los reglamentos o el propio acto de la concesión.

28.e) *Caducidad.* Opera cuando el concesionario está obligado a cumplir ciertos requisitos establecidos en la ley, reglamentos o en el acto de la concesión, dentro de determinado plazo, y no cumple con ellos, por ejemplo cuando no adquiere el equipo necesario para prestar el servicio público, o no inicia la prestación de éste en el plazo previsto, cuando en la concesión minera no realiza las inversiones a que está obligado en cierto tiempo, u opera la caducidad. A veces se dan en las leyes administrativas, como causa de caducidad, causas que constituyen incumplimiento, o bien, causas de revocación.

29.f) *Rescate.* Sólo opera en las concesiones de explotación de bienes del Estado según ya lo expusimos líneas atrás.

30.h) *Renuncias.* Aun cuando no se ha estudiado a fondo, existe la posibilidad de que la concesión se extinga respecto del concesionario por renuncia que éste haga de los derechos que tenga a su favor; sin embargo, creemos que no puede ser una renuncia lisa y llana, sino que

dependerá de la importancia del servicio público o de la necesidad que el Estado tenga de explotar determinados bienes para que se pueda aceptar la renuncia de la concesión. En algunas ocasiones, podrá tratarse de un servicio público obsoleto o por ejemplo de la explotación de minerales que no sea económica, en cuyo caso parece ser que no habría interés público en que continuara forzosamente la concesión.

Habrán otros supuestos en los que la necesidad o el interés público impongan la conveniencia de que la administración pública no acepte la renuncia mientras tanto no se asegure o bien la transmisión de la empresa (económicamente considerada) a terceros que presten el servicio o exploten los bienes del Estado y aseguren la continuidad normal de esas actividades, o bien que la propia administración se haga cargo de ellas.

31.i) *Quiebra del concesionario.* La quiebra del concesionario en la empresa que presta los servicios o explota los bienes puede traer también la extinción de la concesión y se estima que en estos casos las autoridades, cuando se trate de servicios públicos de gran trascendencia para la colectividad, deben asegurar la continuidad de los mismos; así tenemos, por ejemplo, el caso reciente de la quiebra del ferrocarril Penn Central en los Estados Unidos, en el que la Corte Federal del Distrito de Filadelfia aseguró que los trenes continuarán operando normalmente, a pesar del estado de quiebra.<sup>3</sup>

Cuando se presentan las causas de incumplimiento que dan origen a la revocación, o las causas que provocan la caducidad, se sigue por lo regular un procedimiento administrativo en el que la autoridad determina la existencia de esas causas, notifica al concesionario para que manifieste lo que a derecho convenga, o exhiba pruebas que acrediten que no incurrió en falta, y posteriormente se dicta un acto administrativo declarando la revocación o la caducidad de la concesión; este acto en la mayoría de los procedimientos también se publica en el *Diario Oficial de la Federación*.

De acuerdo con la práctica administrativa de los Estados Unidos Mexicanos, cuando se trata de caducidad, al procedimiento le llaman de incurso en caducidad. El efecto de la revocación por incumplimiento, o caducidad, además de extinguir la concesión, es de fincar responsabilidades administrativas a cargo del concesionario, que generalmente se hacen efectivas, ejecutando las garantías que éste hubiera otorgado.

---

3. Revista *Time*, correspondiente al 6 de junio de 1970, p. 46.

32. *Concesiones de las entidades federativas y de los municipios.* Consideramos que los principios que hemos estudiado para el concepto de concesión en el ámbito federal, son aplicables, desde luego con las variaciones que imponga la legislación local, la práctica, y las necesidades, a las concesiones de servicios públicos locales o municipales y a las de explotación de bienes de las entidades públicas en cuestión.

#### BIBLIOGRAFIA

- Bielsa, Rafael: *Estudios de Derecho Público y Derecho Administrativo*, 1950, Buenos Aires.
- Bullrich, Rodolfo: *La Naturaleza Jurídica de la Concesión de Servicios Públicos*, Buenos Aires, 1936.
- García Oviedo, Carlos: *Derecho Administrativo*, séptima edición, Madrid, 1959.
- Garrido Falla, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*, segunda edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961. Vol. II.
- Jeze, Gastón: *Principios del Derecho Administrativo*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, tomos V y VI.
- Laubadère, André de: *Traité élémentaire de droit administratif*, Quatrième Edition, Paris, 1967. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Mayer, Otto: *Derecho Administrativo alemán*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1951.
- Moreno Castañeda, Gilberto: *La Moneda y la banca en México*, Guadalajara, 1955. Imprenta Universitaria.
- Sarabia, Alberto Guillermo: *Naturaleza jurídica de las concesiones de servicio público*, "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", septiembre a diciembre 1955, Buenos Aires.
- Sayagués-Laso, Enrique: *Tratado de Derecho Administrativo*, 2 tomos, Montevideo, 1953-1959, 3ª ed., 1963. (Hay trad. francesa, ed. L.G.D.J., París, 1964).
- Vázquez del Mercado, Alberto: *Concesión minera y derechos reales*, Porrúa Hnos., S.A. México, 1946.
- Vedel, Georges: *Droit administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 1964.
- Villegas Basavilbaso, Benjamín: *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, tipográfica Argentina, 1949.
- Waline, M.: *Droit administratif*, Sirey Editions, 9ª Edition, Paris, 1963.

## § 21. LA CENTRALIZACION. MODALIDADES \*

APARICIO MÉNDEZ

*Ex catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República (Montevideo).*

### SUMARIO

1. Complejidad de la relación jerárquica: modalidades y tipos. 2. Modalidades, alteraciones funcionales; tipos estructurales. 3. Autonomía técnica o funcional. 4. Delegación jurídica y jerárquica. 5. Jerarca, titular de la competencia: "concentración funcional". 6. Funciones no delegables: las privativas. 7. Competencias privativa, exclusiva, necesaria y contingente. 8. Competencia del Consejo de Ministros. Alternativa, exclusiva, originaria. 9. Funciones propias o naturales del jerarca: enumeración. 10. Caracteres de la delegación atípica. 11. *Fenómeno funcional*. Traslación funcional. 12. Funciones del jerarca: internas, privativas, generales del sistema y propias o naturales de la jerarquía. 13. *Potestad delegatoria*. Potestad y acto delegatorio: distinción. Límites racionales de la potestad. Competencia concurrente. 14. Fundamento de carácter práctico. El congestionamiento funcional. 15. *Naturaleza técnico-jurídica*. Dosificación jurídica de la delegación: dos regímenes. Caracteres de la delegación: dos elementos constitutivos: acto delegatorio y translación funcional; acto "atributivo"; ejercicio limitado; relación directa; potestad por norma expresa; los actos delegados no son delegables. 16. *Actividad administrativa*

1. *Complejidad de la relación jerárquica: modalidades y tipos*. Pese a su cohesión y unidad el sistema centralizado no siempre se manifiesta en la plenitud de sus elementos, ofreciendo los atributos de una concepción teórica perfecta.

---

\* Del libro en preparación *Los sistemas orgánicos*.

La complejidad de la relación jerárquica, en efecto, presenta matices y aun variantes en la intensidad del poder de mando y en el tratamiento dado, en otros aspectos, a ciertos órganos, por múltiples consideraciones.

Mientras esas alteraciones se mantienen en el plano *funcional* estamos ante modalidades que no comprometen al sistema; pero si ellas se desbordan para llegar hasta lo *orgánico*, el tipo que constituye la centralización se altera en algunos aspectos, dando lugar a subtipos que son objeto de distintas clasificaciones.

El primer aspecto, vale decir, las modalidades, es tema propio de la jerarquía, que debe estudiarse someramente aquí, no obstante, por su incidencia sobre la mecánica del sistema. El segundo, en cambio, corresponde al enfoque directo de la centralización, ya que influye sobre su estructura.

2. *Modalidades, alteraciones funcionales; tipos estructurales.* Las modalidades de la centralización que son, como acabamos de decirlo, alteraciones puramente *funcionales* del sistema, pueden dividirse o clasificarse, para nosotros, en tres grupos: primero, las que denominamos "autonomía técnica o natural", impuesta por la naturaleza de la función; segundo, ciertas formas de atribución funcional específicas, distintas a las propias de la jerarquía, que consideramos "delegaciones atípicas", recogiendo el vocablo ya incorporado al derecho y, tercero, la "deconcentración".

3. *Autonomía técnica o funcional.* De la "autonomía técnica o natural" nos hemos ocupado incidentalmente al examinar la discrecionalidad de los órganos subordinados<sup>1</sup> y, con más atención, en nuestro trabajo sobre *La Jerarquía*.<sup>2</sup> Los órganos consultivos y de asesoramiento y, dentro de los *activos*, algunos de carácter eminentemente técnico, tienen un margen amplio de discrecionalidad en cuanto al fondo, especialmente para emitir opinión, proyectar y realizar, que representa en la misma proporción un debilitamiento del *poder de mando* pero que no lo compromete en su esencia. Corresponde invariablemente al jerarca la iniciativa y la decisión final, la reglamentación de la actividad y el ejercicio de las potestades disciplinarias. Se trata, pues, de una mera discrecionalidad natural sin la cual resultaría imposible o carecería de sentido el desempeño de una función técnica.

4. *Delegación jurídica y jerárquica.* Reiteramos que la *delegación* es jurídicamente imposible dentro del orden jerárquico puro por la au-

1. Méndez, *Los sistemas orgánicos* (en preparación), N° 36.

2. Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1950, N° 15.

sencia de los sujetos de derecho indispensables para trabar la relación. En el sistema centralizado hay, en principio, una sola persona jurídica a la que se imputa la competencia (*Los sistemas orgánicos*, N° 37). Criticando con razón el concepto de *identidad de competencia material* para explicar esta situación, se observa que la competencia del órgano A no es igual a la del B: es la misma que pertenece en conjunto a los órganos A y B, vale decir, que no se trata de competencias idénticas sino de una sola.<sup>3</sup>

Cuando el superior asigna al inferior una tarea determinada no hay ni traslación funcional ni alteración de las competencias de uno y otro en lo cuantitativo, como ocurre en la delegación: en una competencia de conjunto se regulan las condiciones de actuación orgánica.<sup>4</sup> "El rasgo característico de esta hipótesis es que "entre órganos unidos entre sí por el vínculo jerárquico no existe "una distribución de competencias".<sup>5</sup> En una competencia de conjunto, atribuida al sistema, el jerarca imputa actividades o determina tareas sin que exista traslación o desplazamiento funcional alguno. Se trata de una regulación técnico-jurídica destinada, repetimos, a ordenar las condiciones funcionales del todo.<sup>6</sup>

---

3. De Valles, *op. cit.*, T. I, p. 314, criticando dicho concepto a que alude Inghilleri.

4. Para que la delegación se configure es necesario, en efecto, que haya dos sujetos de derecho y que la actividad delegada se traslade de uno a otro, alterando las respectivas competencias, generalmente desde el punto de vista cuantitativo. Por eso consideramos que en lo administrativo la delegación se traduce por relaciones interadministrativas, vale decir, entre sistemas orgánicos, desbordándose del orden interno propio de la centralización.

La Ley N° 10.940 de 19 de septiembre de 1947, permite en nuestro derecho positivo (Art. 23) la "delegación de atribuciones de policía especial" en materia de subsistencias, por parte del Poder Ejecutivo (Administración Central), a las Administraciones Descentralizadas (Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Municipios).

5. Dice De Valles, *op. cit.*, t. I, p. 313.

6. A veces la delegación se confunde con atribuciones funcionales cualitativas, que tienen carácter excepcional. Como es sabido, las líneas jerárquicas son medios de trasmisión de energía específica: los órganos o cargos a los que compete las mismas o similares funciones están unidos por ellas. (Ver Fig. 2 en Méndez, *Los Sistemas Orgánicos*). El superior debe respetar para la *imputación o determinación funcional* (Méndez, *La Jerarquía*, *op. cit.*, N° 51) la naturaleza o carácter de la actividad atribuida a la línea respectiva. Un órgano cuya función propia es pasiva (caso de una inspección, por ejemplo) no puede recibir el orden de realizar función activa, ni uno técnico, de desempeñarse en materia de administración común.

La Ley N° 10.940, antes citada, dispone que "las atribuciones establecidas en las leyes para los titulares de empleos públicos de inspectores, etc., podrán ser *delegadas* por el Poder Ejecutivo a otros funcionarios de *su dependencia*, de superior jerarquía y cuidadosamente seleccionados" (Art.

5. *Jerarca, titular de la competencia: "concentración funcional"*. Aunque la competencia se atribuye al sistema, su titular es el jerarca, en quien quedan así depositadas todas las "atribuciones" o "funciones" y "potestades" ("concentración funcional") y la consiguiente facultad de imputarlas o atribuir las a los inferiores.<sup>7</sup>

En el campo de su competencia tiene el jerarca asignadas, sin embargo, funciones que están fuera de la "concentración funcional" y, por lo tanto, sometidas a un régimen jurídico y técnico diferente. Son las propias o particulares del órgano superior, cuyo desempeño le corresponde de manera directa, excluyéndose de tal forma su imputación a los subordinados.<sup>8</sup> En esta categoría se hallan específicamente las funciones entregadas mediante competencia *privativa* o *exclusiva* y, genéricamente, aquellas que son atributo natural de la jefatura.

6. *Funciones no delegables: las privativas*. Las funciones cuyo ejercicio es *privativo* del jerarca no pueden ser imputadas por éste a los subordinados, sin alterar tal carácter. La razón determinante de su establecimiento es precisamente el propósito de exigir su desempeño por un órgano en particular y no en general, por cualquiera de los componentes del sistema. Cuando se afirma que *jerarquía es concepto antitético de competencia exclusiva*, se proclama una verdad indiscutible.<sup>9</sup>

Las funciones *privativas* o *exclusivas*, por consiguiente, no son delegables en el sentido jurídico propio (*supra*, N° 40) ni en el técnico de la delegación jerárquica o atípica,<sup>10</sup> ni admiten imputación a los inferiores.

---

22. Los subrayados son nuestros). Es fácil comprobar el error de la calificación legal: ninguno de los presupuestos de la delegación está presente. En efecto, ni hay dos sujetos de derecho sino el jerarca y el subordinado, ni se produce traslación de la competencia, que permanece invariable en el sistema. En realidad estamos frente a soluciones especialísimas que permiten al superior formalizar una imputación o determinación funcionales cualitativas, vale decir, apartarse, fundado en norma habilitante, del principio que impone respeto de las funciones propias de la línea jerárquica para atribuir tareas a los subordinados. Como consecuencia de esta solución un funcionario de cierta categoría dentro de la *administración activa* pasa a desempeñar tareas correspondientes a la *administración pasiva*. Esto, como se comprende, no es delegar sino atribuir o entregar funciones en un plano *cualitativo* distinto al común para la materia, que es *puramente cuantitativo*.

7. De Valles, al contrario, considera que "todos los órganos son igualmente competentes" "como titulares de la misma" (*op. cit.*, T. I, p. 314).

8. Están igualmente fuera de la "concentración funcional" las "desconcentradas", pero en tal caso son titulares de las mismas los órganos subordinados.

9. De Valles, *ibidem*, p. 313.

10. Méndez, *La Teoría del Órgano*, ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1949, N° 76.



7. *Competencias privativas, exclusiva, necesaria y contingente.* Se ha discutido entre nosotros el concepto y alcance de la competencia *privativa*, así como el de la considerada originaria, en materia de gobierno y administración. Atribuimos en parte ese hecho a la especial composición del Poder Ejecutivo y a la fórmula adoptada constitucionalmente para establecer la competencia del Consejo de Ministros.

La *Constitución Oriental de 1967* dispone que el Consejo de Ministros tendrá competencia *privativa* en todos los actos de gobierno y administración que planteen en su seno el Presidente de la República o sus Ministros en temas de sus respectivas carteras.<sup>11</sup>

Respecto a esa competencia calificada constitucionalmente como *privativa*, se ha dicho que el Consejo de Ministros la tiene "en cuanto el hecho de su intervención *impide o excluye* a la de otros órganos que, en el caso opuesto, estarían habilitados para tomar conocimiento del asunto"...; "es *privativa* justamente porque siendo susceptible de ejercicio por otros órganos, conserva el Consejo, en todo momento, la facultad eminente de reclamarla; y desde ese instante, y para ese caso, entender con *exclusión* de los demás". Tiene también el Consejo de Ministros competencia *originaria* "en ciertos casos que, por la naturaleza o la relevancia de los asuntos de que se trataba, convenía asignar su conocimiento... de manera *exclusiva y no excluyente*"... "Es *originaria* porque le corresponde *ab initio* al Consejo de Ministros *con exclusión* de todo otro órgano; y es *necesaria* porque su ejercicio por este cuerpo no queda librado, como en el caso de la competencia *privativa*, a la iniciativa del Presidente o de cualquiera de los Ministros".<sup>12</sup>

La *privativa*, en esos términos, sería una competencia *alternativa* que se transformaría en *exclusiva* a partir del momento en que el órgano respectivo entra al conocimiento del asunto.<sup>13</sup>

---

11. Art. 160. Las Constituciones de 1934 y 1942 dejaban a los Ministros libertad para plantear cualquier asunto, esto es, aun los de competencia de otra cartera.

12. Aníbal Luis Barbagelata, *El Consejo de Ministros en la Constitución Nacional*, pp. 165-166 y 176, "Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho", Montevideo, 1950. Los subrayados de las transcripciones son nuestros.

13. Hay competencia *alternativa* cuando varios órganos son competentes para manifestar su voluntad sobre la misma materia en las condiciones de oportunidad o posibilidad que determina el derecho positivo (Méndez, *La Teoría del Órgano*, op. cit., N° 75); conforme De Valles, *La Teoría...*, op. cit., t. I, p. 235.

En realidad, no se trata de competencia *privativa*, aunque así lo diga el precepto constitucional sino, como acabamos de verlo, competencia *alternativa*. En efecto, cualquiera de los actos que puede formular el Presidente de la República con el Ministro o Ministros del ramo es pasible de planteamiento ante el Consejo de Ministros: luego, ni aquellos órganos ni éste están facultados para decidir privativamente. Es verdad que, entregado a la consideración del Consejo uno de esos asuntos ("actos", dice la Constitución con impropiedad) ya no puede ser objeto de pronunciamiento por parte de los otros órganos que disponen de competencia *alternativa* (Presidente de la República y Ministro o Ministros respectivos), pero esa situación se crea por obra de otros factores. En primer lugar, salvo disposición expresa en contrario, el órgano que entiende en un asunto, mediando competencia alternativa, excluye la intervención de los otros. No podría adoptarse en principio una solución contraria sin crear una fuente permanente de conflictos y malgastar la energía administrativa en procedimientos paralelos o simultáneos con un mismo objeto específico. En esencia, es un principio similar, aunque no idéntico, al que rige en materia jurisdiccional para la prevención o primer conocimiento. En segundo término, actúa también la *primacía institucional* del Consejo de Ministros frente a los otros órganos habilitados para traducir la voluntad del Poder Ejecutivo. Por mandato constitucional este órgano atrae a sí los asuntos considerados más importantes en la competencia del Poder Ejecutivo y todavía puede encarar cualquiera de ellos, al margen de su importancia, por el mero planteamiento en las condiciones indicadas. Sin desconocer la *primacía* y aun *supremacía* de la Presidencia de la República, se le ha otorgado la facultad de revocar las decisiones adoptadas por el Presidente con el Ministro o Ministros del ramo (Art. 165). El nivel en que actúa, por lo tanto, le da una preeminencia institucional que excluye la intervención paralela o simultánea de los otros órganos competentes.<sup>14</sup>

Entendemos que la competencia *privativa* es por sí "una, no compartida".<sup>15</sup> En efecto, el carácter *privativo* lleva implícito el de *exclusivo* por

14. Estamos ante uno de los ejemplos típicos de relaciones orgánicas en las que no son aplicables las reglas propias del sistema, en este caso centralizado. El Consejo de Ministros y el Presidente, actuando con el Ministro o Ministros del ramo, son órganos traductores de la voluntad del Poder Ejecutivo, que no se hallan vinculados entre sí, en tales casos, por relaciones jerárquicas sino de primacía institucional (*Vid.* Méndez, "Introducción a los sistemas orgánicos", en Cortiñas-Peláez (director), *Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX, Homenaje a Enrique Sayagués-Laso* (Uruguay); Madrid, ed. I.E.A.L., 1969, tomo IV, N° 8).

15. Cf. Justino Jiménez de Arechaga, *La Constitución Nacional*, t. VI, p. 116, Montevideo, ed. Medina, 1947; y Méndez, *La Teoría...*, op. cit. N° 75.

cuanto su ejercicio supone necesariamente eliminar la posibilidad de que otro órgano asuma conocimiento del asunto: ambas nociones son, pues, equivalentes, y sinónimos, desde el punto de vista técnico, los vocablos que las expresan. No hay, por consiguiente, competencia *privativa* en los casos previstos en la cláusula primera del artículo 160 de la Constitución sino una competencia *alternativa*, que la preeminencia institucional del Consejo de Ministros permite ejercitar con *exclusividad* o *privativamente* a partir del momento en que se plantea en su seno por los órganos respectivos.

La Constitución Oriental de 1967 emplea la palabra *privativa*, referida también a la competencia del Consejo de Ministros, en su exacto sentido. Luego de aludir a los casos de competencia *alternativa* impropriamente llamada *privativa*, según se ha visto, califica en los mismos términos, en la cláusula segunda del citado artículo, su competencia en los casos previstos en los incisos 7º, 16º, 19º y 24º.<sup>16</sup> Esa auténtica competencia *privativa*, como tal excluye toda otra, sin que esa calidad tenga relación alguna con el momento u oportunidad en que el asunto se plantee.

8. *Competencia del Consejo de Ministros. Alternativa, exclusiva, originaria.* La competencia del Consejo de Ministros, regulada con carácter general en el capítulo II de la Sección IX de la Constitución Oriental de 1967, y luego en el III, destinado a fijar la del Poder Ejecutivo (Art. 168º) resulta también de algunas disposiciones especiales que, sin calificarlas, le atribuyen conocimiento *privativo*.<sup>17</sup> A esa competencia se llamó (*supra*, Nº 7) *originaria* y también de carácter *necesario*.<sup>18</sup>

No consideramos adecuada la adjetivación. En primer lugar, se trata de una noción tradicionalmente aplicada a la actividad jurisdiccional para calificar en el derecho angloamericano cierto tipo de competencia de la

---

16. Se refieren esos incisos, respectivamente, a "la declaración de urgencia para la consideración de un proyecto de ley por el parlamento", "ruptura de relaciones y declaraciones de guerra", "preparación y presentación de proyectos de presupuestos a la Asamblea General" y "delegación de atribuciones".

17. Las Constituciones de 1934 y 1942 entregaban al Consejo de Ministros la designación de los Consejeros o Directores de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, facultad que la Constitución de 1967 recoge, agregando las de reemplazarlos durante el trámite de la *coordinación* y la de destituirlos con venia del Senado.

18. El carácter de *necesario* se manifiesta por oposición al *contingente* derivado de la necesidad de planteamiento por el Presidente o Ministros del ramo según la *cláusula primera del citado artículo 160* (Horacio Cassinelli Muñoz, *La Delegación de Atribuciones en la Constitución Uruguaya*, p. 159, en nota, "Estudios sobre la Reforma Constitucional", ed. Facultad de Derecho, Cuaderno Nº 19, Montevideo, 1967).

Suprema Corte. En ese sentido la adopta, por otra parte, el Art. 239, Inc. 1º de la Constitución Oriental de 1967. La Suprema Corte argentina subrayó el concepto al decir que la jurisdicción originaria importa el conocimiento directo y no por apelación.<sup>19</sup> Como esa competencia radica en un órgano que está a la cabeza de la organización jurisdiccional en un sistema que se asienta en la *supremacía judicial, originaria* importa también la imposibilidad de revisión o reexamen por otro. Así entendida, pues, su aplicación a la actividad administrativa no parece admisible. En segundo lugar, si prestamos atención al texto constitucional, podemos observar que la competencia *privativa* otorgada por el constituyente al Consejo de Ministros, de ninguna manera responde al concepto de *originaria*, que acabamos de ver. La palabra "originariamente" que figura en el artículo 165 está empleada para referirse, no al Consejo de Ministros como entidad de decisión sino a las resoluciones tomadas por el Presidente de la República con el Ministro o Ministros del ramo.<sup>20</sup> Es evidente que tiene allí un sentido puramente gramatical, excluyente del técnico. En efecto, si "originariamente" equivaliera a competencia *originaria*, resultaría un contrasentido admitirla o emplearla precisamente para establecer la forma de ser revocada por otro órgano. En pocas palabras, la competencia *originaria* es una noción propia de la actividad jurisdiccional y en nuestro derecho está usada por la *Carta Política de 1967* en mero sentido gramatical para referirse a las decisiones del Presidente de la República con el Ministro del ramo que pueden ser pasibles de revocación por el Consejo de Ministros, vale decir, con un alcance contrario al técnico, y referida a otros órganos. Por tales razones, insistimos, no puede hablarse de competencia *originaria* del Consejo de Ministros sino de simple competencia *privativa*.

9. *Funciones propias o naturales del jerarca: enumeración.* Figuran también entre las funciones que el jerarca no puede imputar o asignar a los subordinados por ser propias o particulares y encontrarse, por lo tanto, fuera de la "concentración funcional", aquellas que son atributo natural

---

19. Jorge M. Gondra, *La Jurisdicción Federal*, p. 367, Buenos Aires, 1944.

"En los casos que afecten a los embajadores, otros ministros públicos y cónsules y aquellos en que un estado sea parte, la Suprema Corte tendrá jurisdicción *original*. En todos los demás casos antes mencionados, la Suprema Corte tendrá jurisdicción *apelada*, tanto respecto a la ley como al hecho, con las excepciones y bajo las reglas que estableciere el Congreso". Los subrayados son nuestros (Oscar Rabasa, *El Derecho Angloamericano*, p. 650; México, 1944).

20. Art. 165: "Las resoluciones que originariamente hubieran sido acordadas por el Presidente de la República con el Ministro o Ministros respectivos, podrán ser revocadas por el Consejo, por mayoría absoluta de presentes".

de la jerarquía. Despojarse de ellas, aun en esa forma, importaría tanto como claudicar de su calidad de tal.

Es posible, a falta de un estudio general, partiendo del examen de casos particulares, especialmente jurisprudenciales, individualizar las siguientes, que pueden sufrir algunas variantes de acuerdo con el derecho positivo y aun ser objeto de revisión en posteriores exámenes:

1. Potestad reglamentaria general;
2. Nombramientos, ascensos, traslados y destituciones. (Vid. *Los Sistemas Orgánicos*, N° 66);
3. Sanciones graves;
4. Decisiones definitivas;
5. Ciertas iniciativas o impulsos de la acción del inferior y,
6. En general, actos o decisiones que comprometan jurídicamente la voluntad del sistema.<sup>21</sup>

El congestionamiento funcional, especialmente en los sistemas compuestos o de numerosa integración orgánica, obliga a liberar al jerarca, en parte, de algunas de esas atribuciones que le son propias, reservándole siempre su dominio natural y la potestad de avocación. Tal es, a grandes rasgos, la que denominamos "delegación atípica o técnica", conocida también como "delegación jerárquica" para distinguirla de la jurídica o pura (*supra*, N° 4).

La tendencia del derecho positivo contemporáneo a explotar cada vez más las posibilidades de esa fórmula, reflejada en la reciente reforma constitucional uruguaya, nos obliga a prestar cierta atención al tema.

10. *Caracteres de la delegación atípica.* La delegación "atípica", "técnica" o "jerárquica", que en adelante llamaremos por comodidad de lenguaje "delegación de atribuciones", empleando la expresión usada por nuestro constituyente, se caracteriza: *primero*, por ser un fenómeno puramente funcional; *segundo*, por comprender funciones naturales, propias del jerarca; *tercero*, como consecuencia de lo anterior, por requerir la exigen-

---

21. El planteamiento se hace en términos amplios, buscando orientación en una materia que no ha recibido la atención impuesta por su trascendencia. No hay que prescindir, por lo tanto, de ciertos matices. Así, la potestad reglamentaria general, por oposición a la especial para materias determinadas, conservada por el jerarca, no excluye la posibilidad de las jefaturas inferiores o en grado inferior gocen de cierto margen en la materia, exigido por las necesidades del servicio; lo mismo cabe decir de algunos traslados y sanciones leves, en grado variable.

cia de una norma habilitante ("potestad delegatoria"); *cuarto*, por su fundamento en consideraciones de carácter práctico; *quinto*, por su naturaleza técnico-jurídica y, *sexto*, por limitarse a la actividad administrativa.

11. *Fenómeno funcional. Traslación funcional. Fenómeno funcional.* Como modalidad de la jerarquía, la delegación de atribuciones se circunscribe al campo funcional, esto es, no afecta el aspecto estructural u orgánico del sistema (*supra*, N<sup>o</sup> 1). Cuando la entrega de funciones va acompañada por cambios en la posición orgánica se produce una alteración del sistema, que lleva a la descentralización o a la acentralización. La descentralización, para citar el ejemplo más claro, generalmente es un proceso de traslación funcional acompañado por el correspondiente desplazamiento orgánico o creación de órganos, al efecto, fuera del sistema primitivo.

Se habrá observado que hablamos ahora de *traslación funcional*, mientras que, refiriéndonos a la imputación de funciones hechas por el jerarca en el ejercicio corriente de sus potestades (*supra*, N<sup>o</sup> 4) la negamos, afirmando que se trata de una simple regulación de las condiciones de actuación orgánica. Hay, en efecto, visibles diferencias entre una y otra, que corresponde destacar aquí.

El jerarca, titular de la competencia del sistema, concentra en sí aquella y la imputa a los subordinados de acuerdo con las reglas propias del ordenamiento jerárquico. La competencia, pues, lo decimos una vez más, pertenece al sistema como unidad y es una para el conjunto orgánico. La "concentración funcional" depositada en el jerarca le permite, por una parte, ejercitarla directamente y, por otra, asignarla o atribuirle a los subordinados. En esta operación no hay *traslado funcional* porque las funciones no sufren desplazamiento alguno en el sistema, ni *alteración cuantitativa* de la competencia, que permanece invariable para el mismo. Por eso empleamos las palabras *asignación* o *imputación*, que se refieren al acto en que se concreta la actividad del órgano o cargo sin referencia a desplazamiento funcional.

En la delegación de atribuciones, en cambio, hay *traslación funcional* y *alteración* de la competencia del órgano "delegatario".<sup>22</sup> La competencia del sistema, es cierto, permanece invariable pero no inalterable desde el

22. "Delegatario", según la Academia de la Lengua, es "el que delega o encierra alguna delegación", utilizándose también para indicar el sujeto pasivo de la acción de delegar la voz afín equivalente, "delegante". Como delegado expresa a la vez el sujeto pasivo y la materia objeto de delegación optamos por usar la palabra "delegatario", para indicar el sujeto pasivo, como lo propone Cassinelli-Muñoz (*La Delegación...*, op. cit., p. 142).

punto de vista de uno de los órganos intervinientes.<sup>23</sup> En efecto, el "delegatario" ve modificada o alterada la suya porque se le incorporan funciones que no tenía antes del acto de delegación.

En cuanto a la *traslación funcional* se explica por el carácter de las funciones delegadas. Como ya lo expresamos y se examinará de inmediato (*Infra*, N° 12), se trata de funciones propias del superior que son atributo natural de la jerarquía y, por consiguiente, no figuran en la "concentración funcional". La delegación supone, entonces, dos operaciones: la atribución o determinación y la subsiguiente traslación funcional. La función atribuida sale de la esfera de competencia específica del jerarca para trasladarse a la del inferior, ampliando su campo de acción.

12. *Funciones del jerarca: internas, privativas, generales del sistema y propias o naturales de la jerarquía. Funciones propias o naturales del jerarca.* La competencia de un sistema orgánico es necesariamente compleja, tanto en su composición como en su regulación. En realidad, todas las funciones entregadas de manera indiferente al conjunto orgánico o particularmente a uno o más de sus componentes, constituyen, en sentido material, la competencia del sistema. Pero, encarada esa discriminación técnicamente puede comprobarse que responde a exigencias de la dinámica orgánica y que cada grupo o fracción tienen su propio régimen sin perjuicio de las reglas comunes al sistema.

En la figura 3 están fijadas convencionalmente las posiciones funcionales dentro de cada órgano, así como sus respectivas relaciones. El círculo correspondiente al jerarca (A) registra, en primer término, el sector (a) en que se sitúan las *funciones internas*, particulares del mismo, que no pueden trascender, al menos directamente a las demás. Están entre ellas, como más importantes y conocidas, las llamadas *reglamentaciones internas del órgano*, requeridas por su propia actividad en el aspecto vegetativo. Es atributo de la jerarquía dictar esas reglas para sí y, en ejercicio de la potestad reglamentaria común, hacerlo para los demás, sin que ello impida a los inferiores, especialmente a los jercas secundarios (*supra*, N° 9, Nota 21), disponer de cierto margen en ese sentido.<sup>24</sup>

---

23. Cassinelli-Muñoz, al contrario, considera que la delegación de atribuciones "no altera la competencia de los órganos" delegante y "delegatario". El primero mantiene, admitimos, "las mismas posibilidades de actuar que tenía antes de expedirse la resolución delegataria", pero el segundo, como lo anotamos en el texto, la ve ampliada.

24. Tales serían el reglamento interno del Consejo de Ministros que la Constitución (*Art. 166*) innecesariamente reconoce como competencia del mismo.

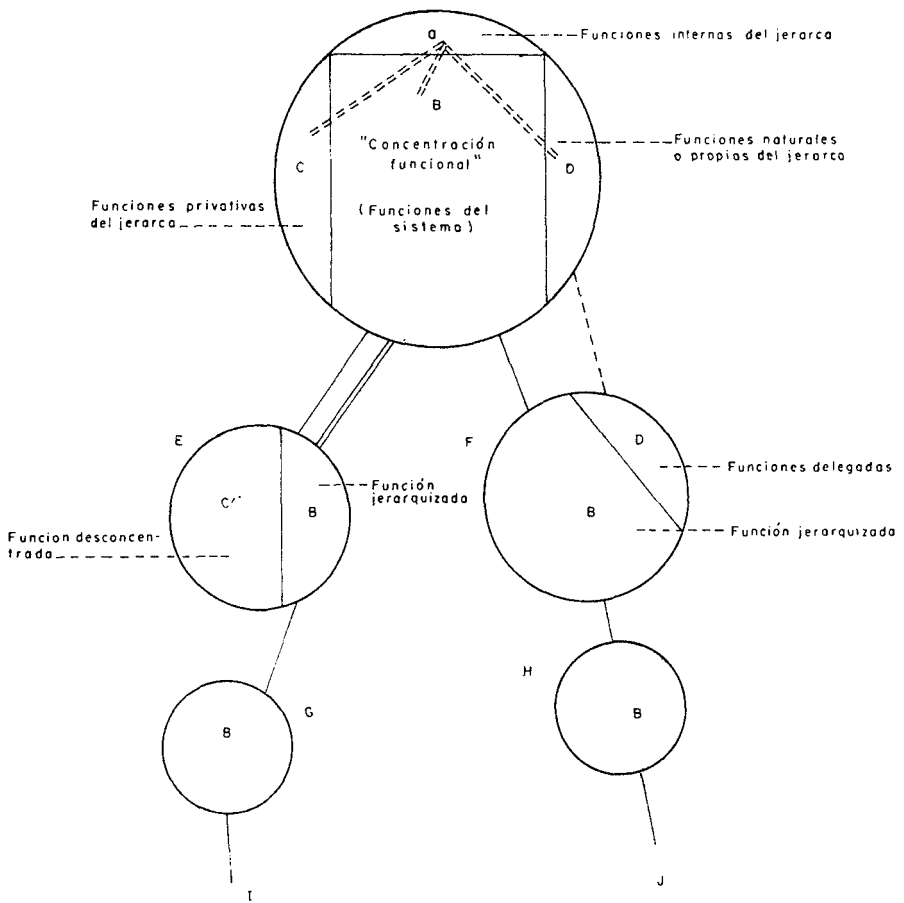


Fig 3

- Línea jurídica pura —————
- Línea de funciones delegadas - - - - -
- Línea de control de funciones desconcentradas = = = = =
- Líneas de funciones internas del jerarca - . - . - .



En el gráfico indicado se puede apreciar, además, que ellas están fuera de la zona ocupada por las funciones generales del sistema, objeto de la "concentración funcional" (B) y, por lo tanto, no las alcanza la potestad jerárquica de atribuirles a los otros órganos. Es evidente, pues, que esas funciones no pueden salir de la esfera del jerarca: entregarlas por cualquier medio a los inferiores significaría dejar en manos de éstos, prácticamente, la dirección del superior; aplicarlas o exigir su aplicación por los subordinados, que tienen las propias y disponen de distintos atributos, sería un contrasentido. En el plano de las relaciones, las líneas representativas permiten observar que dichas funciones abarcan en general las del sistema (B) como las particulares del jerarca (C y D) en su regulación pero sin que ello importe negar la existencia de reglas propias para estas últimas.

En segundo lugar, tiene el jerarca funciones *privativas* o *exclusivas* (C) cuyo ejercicio le compete directamente. Esa calidad y su separación del cuerpo funcional del sistema (B) las sustrae a la posibilidad de delegación jurídica, técnica o atípica y a la atribución o imputación jerárquicas (*supra*, N° 5). Por otra parte, su separación o aislamiento en el segmento (C) destaca claramente su desvinculación fuera de las relaciones necesarias con las *internas* (a): su ejercicio se hace en consideración fundamentalmente a sus propias reglas.

En tercer lugar, obran en la zona mayor, indicada con la letra (B) en la figura, las funciones generales y comunes del sistema, cuya concentración radica en el jerarca (A). Esas mismas funciones (B) se hallan en todos los órganos inferiores (E, F, G y H): integralmente cuando la subordinación es total (G y H); parcialmente, para la porción jerarquizada, cuando hay "deconcentración" o delegación atípica (E y F). Es dable observar de esa manera por qué la imputación específica de la jerarquía no supone traslación funcional: las atribuciones del conjunto (B) se encuentran en todos los órganos del sistema. Aquella operación se limita, pues, a imponer el ejercicio de funciones que están naturalmente colocadas o distribuidas en el conjunto orgánico sin diferenciaciones.

Por último, nos encontramos ante las *propias* o *naturales del jerarca* (D) que podríamos definir como aquellas sin las cuales éste, en principio, dejaría de ser tal (*supra*, N° 9). Se trata de "atribuciones esenciales del consejo general, que constituyen su razón de ser y el consejo que se des-

interesara de ellas delegándolas a la comisión departamental se destruiría a sí mismo".<sup>25</sup>

Al estar separadas del conjunto funcional del sistema (B) esas atribuciones no pueden ser imputadas a los inferiores, por una parte y, por otra, el carácter de propias o naturales las coloca a la sombra del principio que las declara no delegables (*infra*, N° 13). Pero, mientras para las atribuciones *privativas* o *exclusivas* (C) ese principio es absoluto porque perderían tal calidad al delegarse jurídicamente (*supra*, N° 5), *las naturales del jerarca* se rigen por el principio relativo que tolera su entrega a los inferiores, mediando una disposición expresa habilitante. Es, por tanto, esta delegación atípica o técnica, una figura intermedia entre la delegación jurídica y la imputación jerárquica. De la delegación jurídica tiene la *traslación funcional* y de la imputación jerárquica, el *carácter técnico*, interno, excluyente de la relación jurídica que exige por lo menos dos sujetos de derecho. Hay *traslación funcional*, reiteramos (*supra*, Nos. 10 y 11), porque si bien el jerarca (A) conserva en su plenitud las funciones (D), inmanentes en él, pasa su ejercicio al "delegatario" que, en tales condiciones ve aumentado el campo de su competencia. Podríamos decir con otras palabras, que el delegante mantiene potencialmente las atribuciones mientras el "delegatario" dispone de su ejercicio inmediato.

Desde otro punto de vista, el acto delegatorio determina, dentro de las condiciones generales que rigen la relación jerárquica, las especiales de la delegación atípica. Hay, por consiguiente, un régimen técnico-jurídico especial, propio, más estricto que el común de la relación jerárquica, desenvolviéndose dentro del general del sistema (*infra*, N° 14). El superior, por ese instrumento, se libera parcialmente de la carga que representa el ejercicio permanente e integral de sus atribuciones naturales sin desgastarse con la atenta vigilancia exigible por la imputación jerárquica.

13. *Potestad delegatoria. Potestad y acto delegatorio: distinción. Límites racionales de la potestad. Competencia concurrente. Potestad delegatoria.* En principio, la competencia no es delegable. Entregada al órgano estatal como una potestad, resulta inadmisiblesu desplazamiento hacia otro por acto de su titular, sin alterar el orden objetivo en que se regula la vida de éste. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo para reconocer que las delegaciones de competencia constituyen una excepción

---

25. Dice L. Duguit refiriéndose a funciones de esta índole en *Etudes de Droit Public. L'Etat, les Gouvernants et les Agents*, p. 511, en nota, París, 1903. Se refiere el autor a la delegación general de esas funciones propias.

y, por lo tanto, requieren la existencia de texto expreso para su constitución.<sup>26</sup>

La delegación atípica no escapa a ese principio puesto que tiene por objeto atribuciones establecidas para el jerarca como tal, provenientes también del orden objetivo. Por ello se requiere igualmente una disposición jurídica que faculte para formularla, entregándole un título que hemos denominado *potestad delegatoria*.<sup>27</sup>

Hay que distinguir entonces la norma expresa, objetiva, que confiere la potestad delegatoria, del acto subjetivo por el cual se formula la delegación. No debe olvidarse, en efecto, que la *potestad delegatoria* es una atribución más, específica, entregada al jerarca, vale decir, una porción de competencia. Por eso proviene en principio, directa o indirectamente, de una norma de igual categoría a la constituyente de la competencia y aunque esté referida a órganos determinados (sujetos activos y pasivos de la relación) es objetiva por naturaleza. El *acto delegatorio*, por su parte, aun cuando pueda expresarse mediante actos en que están incluidas las condiciones generales de su ejercicio y comprenda a varios sujetos pasivos, es subjetivo por naturaleza.

La *potestad delegatoria*, que Romieu llamó *derecho de delegación*<sup>28</sup> comprende tanto la actividad jurídica como la material aunque generalmente esta última, por su menor entidad, queda reducida al campo de la imputación jerárquica. Debemos señalar, en este aspecto, la importancia adquirida en la práctica administrativa francesa, hoy generalizada, por la figura conocida como *délégation de signature*. Se trata de una auténtica delegación atípica o jerárquica, usada entre nosotros irregularmente hasta la reforma constitucional de 1967, por la que se desplaza hacia ciertos subordinados, invariablemente en cargos superiores, junto al Ministro, la tarea material de firmar resoluciones y decretos de mero trámite. Tiene esta delegación como característica el ser formulada *intuitu personae*, corresponder a cargos de confianza, mientras en general aquella figura se determina objetivamente, al órgano, sin perjuicio de la especial consideración hacia el titular, capaz de provocar ampliaciones particulares mediante actos complementarios.

---

26. Observa Duguit, *ibidem*, pp. 510-11.

27. Méndez, *La Jerarquía*, op. cit., p. 83.

28. Caso *Moganbury*, citado por Jèze, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, T. IV, p. 41, en nota; versión española, Buenos Aires, 1950.

Por último, la *potestad delegatoria* tiene límites racionales, provenientes de su propia naturaleza, cuya fijación queda librada a la sana crítica en función de los principios reguladores de la teoría del órgano. Desde el punto de vista cuantitativo, por ejemplo, la delegación de atribuciones comprende un cúmulo de funciones tal que puede abarcar prácticamente el conjunto de las propias o naturales del jerarca (*supra*, N° 9). Además, rige un criterio de amplia discrecionalidad para formularla.<sup>29</sup>

La falta de límites precisos para el uso de la potestad delegatoria no importa admitir que el jerarca pueda liberarse del total o parte importante de sus funciones, transformándose en un espectador de la actividad del sistema y sustituyendo su misión de órgano activo de dirección por la pasiva de control. Por eso decía muy bien Duguit (*supra*, N° 12), que el desinterés de una entidad por realizar las tareas esenciales que constituyen su razón de ser, la llevaría a su propia destrucción. Como toda facultad discrecional, la de delegar exige la adecuada fundamentación, es decir, el cumplimiento de los presupuestos en que se funda la norma creadora de la potestad para atribuirle o consagrarla. (*Vid. Los Sistemas Orgánicos*, N° 68).

Hay también situaciones especiales que obligan a limitar o restringir la potestad delegatoria, por lo menos teóricamente, como medio de evitar dificultades en la formulación o cumplimiento del acto pertinente. Cuando existe competencia *concurrente* la potestad delegatoria aparece restringida en cuanto pueda establecer la actividad conjunta de órganos con distinta calidad institucional. Se violaría o comprometería, en caso contrario, la relación de igualdad institucional poniendo al ente de mayor grado en la línea jerárquica o a un jerarca máximo al mismo nivel de un inferior. Así, algunas materias requieren, además de la presidencial, la firma conjunta de dos o más Ministros (competencia *concurrente*). La *potestad delegatoria* o el acto respectivo si aquélla no previera la situación, limita, para los Ministros, por ejemplo, la posibilidad de delegar las funciones respectivas en los casos en que actúan sus colegas.

14. *Fundamento de carácter práctico. El congestionamiento funcional.* La delegación de atribuciones, contrariamente a lo que ocurre con la "deconcentración", según veremos, se funda en consideraciones de carácter práctico. Al instituirse se persigue el descongestionamiento del órgano

---

29. El Art. 168, Inc. 24 de la Constitución Oriental de 1967, que será luego objeto de más atento estudio, faculta al Poder Ejecutivo para delegar "las atribuciones que estime convenientes".

jerárquico, agilizando la acción del sistema y facilitando su ejercicio eficiente. El desarrollo adquirido en los últimos tiempos por la actividad estatal repercute fundamentalmente en el órgano máximo que, al concentrar las funciones de decisión, dirección y control, termina por agotarse, comprometiendo la regularidad de la vida del conjunto. De ahí la discrecionalidad del acto delegatorio: queda librada a la apreciación del jerarca la conveniencia, oportunidad y alcance de la delegación en general y en particular.<sup>30</sup> Pero la ponderación de los factores en juego es más rigurosa, de cualquier manera, en la delegación de atribuciones que en la imputación jerárquica. En la primera se trata de funciones propias; en la segunda, de funciones generales del sistema en las que el acto de imputación se limita a poner en juego un mecanismo normal y común.

15. *Naturaleza técnico-jurídica. Dosificación jurídica de la delegación: dos regímenes. Caracteres de la delegación: dos elementos constitutivos: acto delegatorio y traslación funcional; acto "atributivo"; ejercicio limitado; relación directa; potestad por norma expresa; los actos delegados no son delegables.* Como expresión de relación jerárquica, de la que es una modalidad, la delegación de atribuciones es técnica por naturaleza aun cuando requiera regulación jurídica en el plano objetivo y en sus proyecciones sobre los derechos de terceros. La existencia de un solo sujeto de derecho (*supra*, N° 4, Nota 4) impone la configuración de nexos técnicos que se rigen por los principios del sistema.

Pero hay diferencias en la dosificación jurídica, si se nos permite la expresión, de la imputación jerárquica y la delegación de atribuciones. En la primera, imperan las normas comunes de la relación; en la segunda hay dos regímenes: el común del sistema jerarquizado y el *específico* de la potestad o acto delegatorio, según los casos. Las actividades consideradas propias o comunes del sistema, que se indican con la letra (B) en la figura 1, se concentran sin excepción en el jerarca (A) y están diseminadas para su ejercicio en todos los órganos competentes (E, F, G y H). Como es elemental, disponen de normas técnico-jurídicas de carácter general junto a las establecidas para ciertas materias.<sup>31</sup> Pero, generales o

30. Cassinelli-Muñoz recuerda que se tuvo en cuenta para esta solución constitucional "evitar que las autoridades superiores deban conocer y decidir asuntos de mera rutina" (Comisión de Inversiones y Desarrollo Económico); *La Delegación...* op. cit., p. 137.

31. El esquema de la *Fig. 3* está reducido, por razones obvias, a la máxima simplicidad. En la expresión gráfica perfecta de la "concentración funcional" (B) tendríamos que descomponerla en (B'), (B''), etc. Estas últimas representarían actividades especiales que, concentradas también en el jerarca, sólo

particulares, esas normas constituyen el régimen natural del conjunto. Una función de las comprendidas en (B) se cumple en las mismas condiciones, con la sola diferencia impuesta por la estructura de la unidad, cualquiera sea el órgano que la realice, desde el jerarca al más modesto de los subordinados. En cambio, la función (D), además de las generales y especiales, tiene sus reglas *específicas* prefijadas en las normas determinantes de la potestad delegatoria o en el acto de delegación. Obsérvese que se trata, como lo subrayamos, de un régimen específico y no especial simplemente, agregado al común de la jerarquía. El inferior que desempeña la función (B) con todas sus variantes actúa, por el sistema y es, por lo tanto, el sistema mismo; el que se desenvuelve en ejercicio de la función (D), en cambio, lo hace por el jerarca en la parte de sus funciones propias y se reputa acción específica del jerarca.<sup>32</sup>

Este doble régimen técnico-jurídico, que comprende otras tantas relaciones dentro del orden jerárquico, se refleja, como es lógico, en el contenido y caracteres de las mismas.

1º En la delegación de atribuciones (*supra*, Nº 11) hay dos elementos constitutivos: el acto delegatorio y la traslación funcional; en la imputación jerárquica no hay traslación funcional ni acto delegatorio sino mera imputación funcional.

La fracción funcional (D) no figura natural o normalmente en el órgano (F) aun cuando pueda existir potencialmente, como una posibilidad.<sup>33</sup> Hasta que no se formule el acto delegatorio ese órgano no dispone de la función (D), que está en la esfera propia del jerarca (A). Configurado aquél, el superior no se desprende de la función ni de su eventual ejercicio pero entrega este último al inferior. Es en ese sentido

---

pueden ser ejercitadas por ciertos órganos. Como ejemplo, podría considerarse que el (H), dentro de (B) tiene asignada también la función (B'). En la realidad esto ocurre para cada línea jerárquica cuyos órganos componentes tienen una función especial (activa: administrativa o técnica; pasiva, asesoramiento, representación, etc.) y las generales o propias del sistema.

32. Un órgano, pues —en el caso serviría de ejemplo (F)—, puede actuar simultánea o alternativamente por el sistema (funciones del conjunto (B), o por el jerarca, en funciones propias de éste (D).
33. La norma atributiva de la potestad delegatoria puede, en efecto, concretar el sujeto pasivo o dejar librada su determinación al delegante. El Poder Ejecutivo y los Ministros tienen, dentro de los principios para la materia, como se verá de inmediato, latitud de acción para elegir el órgano pasivo (Arts. 168, Inc. 24 y 181, Inc. 9º de la Constitución; los Intendentes Municipales sólo pueden delegar atribuciones a "comisiones especiales" y "directores generales de departamento (Arts. 278 y 280 de la Constitución Oriental de 1967).

(*supra*, N° 11), que hay traslación funcional: el "delegatorio" recibe una atribución, amplía su campo de competencia. En la imputación jerárquica, en cambio, la función (B) se mantiene inalterable en el sistema.

2º Como se desprende de lo precedentemente expuesto el acto de imputación jerárquica es "declarativo" mientras el delegatorio es "atributivo" de competencia.

3º Ambos actos, el de imputación y el delegatorio, son discrecionales pero el grado de discrecionalidad varía para uno y otro en ciertos aspectos:

a) El jerarca, en la imputación, tiene facultades para atribuir el ejercicio de las funciones (B) a cualquiera de los subordinados, dentro, claro está, de las normas generales de la relación. La delegación de atribuciones está más limitada en ese sentido. Por tratarse de funciones propias del superior (D), no puede entregarse su ejercicio sino a órganos que ocupen en la respectiva línea jerárquica posiciones de cierta preeminencia. Si no se procediera así resultaría alterado el orden interno, poniendo a entidades inferiores en condiciones de actuar por el jerarca delegante con desconocimiento de superiores más o menos inmediatos.

b) La relación delegatoria es *directa* mientras la imputación puede ser *indirecta* a través de los distintos grados que forman la línea jerárquica.

c) Por último, en un examen de los caracteres más importantes, la imputación no tiene límites teóricos: el superior asigna funciones en consideración al servicio, sin otra preocupación. En la delegación de atribuciones, al contrario, el jerarca debe cuidar en lo posible la conservación de sus atribuciones. Como vimos (*supra*, N° 12), el superior que se despojara de parte importante de su competencia por vía delegatoria se desnaturalizaría.

4º La imputación es la *regla*: el jerarca puede asignar a los subordinados cualquiera de las funciones que integran la "concentración funcional" (B) sin necesidad de texto habilitante. La delegación de atribuciones es la excepción: solamente mediante texto expreso puede el superior trasladar a los inferiores el ejercicio de sus funciones naturales o propias (D).

5º La delegación es, a su vez, indelegable, vale decir, que no se admite delegación de segundo grado.<sup>34</sup> Si se explica, en efecto, la entrega

---

34. Los decretos de 6 de junio de 1968 y 18 de septiembre de 1969 que delegan

de atribuciones propias del jerarca, por excepción, no tiene fundamento la traslación de las mismas por un subordinado a otro.

16) *Actividad administrativa.* Por tratarse de una delegación jerárquica, la también conocida como atípica o técnica, que estamos estudiando, se concreta a las funciones administrativas.<sup>35</sup> Nuestro derecho constitucional se plegó a ese criterio al consagrar la que llama "delegación de atribuciones" para el Poder Ejecutivo, órgano de la Administración Central por excelencia, para los Ministros, que se hallan en parecida situación, y para las Intendencias Municipales, jefes máximos de la administración descentralizada en lo departamental. Por otra parte, las funciones objeto de esa delegación son precisamente aquellas que se califican como propias o naturales del jerarca (*supra*, N° 12), vale decir, administrativas. Sobre el tema nos ocuparemos con más atención en el capítulo siguiente (v), de nuestra obra en preparación, *Los Sistemas Orgánicos*.

---

respectivamente atribuciones del Poder Ejecutivo a los Ministros, de carácter general y en materia de nombramientos y destituciones policiales, así lo ratifican: "Las atribuciones delegadas no pueden ser, a su vez, objeto de delegación".

35. Ya vimos que la doctrina germánica admite la centralización y descentralización como instituto extensible a todas las manifestaciones de actividad estatal (*Supra*, Méndez, Introducción, precitado en nota 14, N° 3).

Consecuentes con las ideas expuestas y las que desarrollaremos oportunamente nos inclinamos hacia la tesis de la doctrina francesa, que limita la centralización y descentralización a lo administrativo.



## § 22. NOTA SOBRE CAPITALISMO DE ESTADO DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA Y JURIDICIDAD

Emilio KRIEGER-VÁZQUEZ  
*Profesor de Derecho Administrativo de la  
Universidad Nacional Autónoma de México*

### SUMARIO

*INTRODUCCION.* 1.A) Fórmulas de desarrollo económico nacional para América Latina. 2.B) La flexibilidad de las estructuras administrativas latinoamericanas. I) 3. La declinación de la descentralización territorial. II) 4. La autenticidad de la autarquía de los organismos descentralizados. III) 5.A) La competencia parlamentaria en la creación de los entes. 6.B) Antijuridicidad de la creación burocrática.

### INTRODUCCIÓN

1.A) *Fórmulas de desarrollo económico nacional para América Latina.* El signo de los tiempos que corren está caracterizado, en los países subdesarrollados, por un apremiante afán de progreso económico y social, por una inaplazable urgencia de desarrollo, por una necesidad imperiosa de lograr un aprovechamiento mejor de los recursos productivos de que disponen.

Por otra parte, empieza a tomar fuerza la tendencia a lograr ese desarrollo por vías nacionales, al menos en sectores fundamentales de la actividad económica. Esa tendencia ha comenzado a expresarse en las políticas de nacionalización de recursos naturales como en el caso del estaño boliviano, el cobre chileno, diversas riquezas peruanas, el petróleo mexicano, etc.

Estas aspiraciones al crecimiento nacional traen con ellas el planteamiento de innumerables problemas, inherentes a ese crecimiento; entre

otros, los problemas del campo jurídico relativos a decidir a quién o a quiénes corresponde fomentar el progreso, en qué medida les toca esa responsabilidad y qué formas deben usarse para llevar a buen término la tarea.

En nuestros países latinoamericanos, sujetos en mayor o menor grado, con la sola excepción de Cuba, a la presión del sistema imperialista más poderoso de nuestros días, parece que las fórmulas de desarrollo incluyen dos y sólo dos motores: la inversión extranjera (entiéndase predominantemente angloamericana) y, como contrapeso relativo y limitado, el capitalismo de Estado, manejado por las oligarquías locales, con un alto grado de dependencia respecto de los grupos financieros de la metrópoli. En virtud de ese creciente capitalismo de Estado, crece la inversión de fondos públicos en obras de infraestructura o en actividades de aprovechamiento de recursos de significación primordial.

Aparentemente, el papel decisivo que, en los albores del capitalismo, jugaron las fuerzas productivas manejadas por los empresarios particulares, pierde su significación histórica, en los países subdesarrollados del último tercio del siglo XX, ante la fuerza incontrastable de la inversión extranjera, de tan discutible eficacia como factor de progreso nacional a largo plazo, y de la inversión del sector público nacional.

Sin embargo, la insuficiencia de los recursos financieros de los gobiernos de los países subdesarrollados —aun contando con la ayuda del gobierno de la metrópoli económica— conduce a la necesidad de buscar la cooperación de los inversionistas particulares, ya sean nacionales o extranjeros, en las obras de infraestructura o en la operación de ramas industriales básicas, mediante mecanismos que aseguran una rentabilidad atractiva para tales inversionistas privados.

2.B) *La flexibilidad de las estructuras administrativas latinoamericanas.* El capitalismo de Estado y la participación de los particulares en él, obliga a buscar fórmulas jurídicas que, por una parte garanticen una "explotación rentable" de los recursos naturales, de los servicios públicos y de la construcción y aprovechamiento de las obras de infraestructura, y, por otra parte, aseguren a los particulares, nacionales o extranjeros, que invierten en esos campos, una capacidad de decisión autónoma, libre de las trabas y limitaciones que normalmente impone el manejo burocrático a las empresas directamente estatales.

En razón de ese incipiente capitalismo de Estado que se observa en los países aspirantes al desarrollo, frecuentemente apoyado por recursos financieros de la metrópoli, se contempla la necesidad de encontrar o aplicar fórmulas que, sin romper tajantemente la estructura de la Administración Pública, le den suficiente flexibilidad para que, dentro de ella, quepa el manejo de empresas autónomas, autárquicas o descentralizadas.

Esa es, a mi entender, la razón primordial por la cual en las estructuras administrativas latinoamericanas están en boga, en nuestro tiempo, los sistemas de descentralización administrativa, a través de los cuales se logra, al menos teóricamente, un manejo autónomo, con "criterio empresarial" de ciertas actividades que interesan vitalmente al Estado y que éste, en vez de realizarlas directamente, encomienda a entes jurídicos distintos con personalidad jurídica y facultades propias, respecto de los cuales no ejerce un poder de mando, pero sí una potestad de vigilancia, de control y de tutela administrativa.

No es, pues, erróneo afirmar que el auge de la descentralización administrativa, desde el punto de vista técnico o funcional, es una manifestación de la importancia que va logrando el capitalismo de Estado en las economías latinoamericanas.

## I

3. *La declinación de la descentralización territorial.* Conviene señalar que esa descentralización de las funciones administrativas, en razón del servicio o la especialización, es radicalmente distinta a la descentralización administrativa territorial, en la cual se encomiendan funciones públicas administrativas a órganos estatales con ámbito espacial de competencia limitado, con el doble propósito de distribuir tareas, asignando a los órganos locales, las que pueden desempeñar con mayor aptitud, y la de hacer posible que, a través de su inclusión en los órganos locales, un mayor número de sujetos participe en las tareas públicas administrativas.

Esta forma de descentralización administrativa, cede su importancia económica y su significación democrática, ante los imperativos de la actividad económica contemporánea de los países capitalistas, organizada a base de las decisiones provenientes de los grandes núcleos de poder industrial y financiero.

La mejor y más elocuente demostración de esa declinación de la descentralización regional la encontramos en el ocaso generalizado de las funciones administrativas municipales.

Por ello, en esta breve nota, se hará referencia a la descentralización administrativa, funcional o por servicio, dejando de lado la descentralización regional, con una importancia, por desgracia, menguante.

## II

4. *La autenticidad de la autarquía de los organismos descentralizados.* La proclividad de nuestros gobiernos al autoritarismo y la arbitrariedad encuentra, en una torcida concepción de la descentralización administrativa por servicio, una ancha vía para desenvolverse. Cuando se entiende que la descentralización administrativa es un mecanismo para que los gobernantes puedan desembarazarse de controles y rutinas que consideran molestos y, sobre todo, que puedan librarse del control legislativo de los gastos y las cuentas públicas, se cae en una forma de evadir la estructura y el funcionamiento de las instituciones gubernamentales propias de un Estado de Derecho; se cae en una forma más del autocratismo anti-jurídico, que lo mismo se expresa en la represión violenta de los movimientos de oposición, que en las cárceles llenas de presos políticos, que en los organismos sindicales controlados por el poder público, que en los "organismos descentralizados", autónomos respecto del control legislativo, pero estrechamente sometidos a las decisiones de los órganos centralizados de la Administración Pública.

Aunque parezca a primera vista extraño, un índice tan importante como la existencia de presos políticos, para juzgar de la autenticidad de un régimen democrático, es, desde el punto de vista jurídico, la autenticidad de la autarquía de los organismos descentralizados frente a los órganos centrales del Poder Ejecutivo y los objetivos perseguidos al crear esos organismos.

Si con la creación y funcionamiento de esos organismos se busca evadir la normación jurídica aplicable a los órganos electos del Estado y no se integra un sistema normativo adecuado para los organismos descentralizados de Estado, se estará en presencia de una amplia y creciente brecha de la legalidad en el ejercicio de las funciones públicas, en el supuesto de una administración descentralizada arbitraria y antijurídica.

## III

5.A) *La competencia parlamentaria en la creación de los entes.*

El primer rasgo —y tal vez el decisivo— para calificar la juridicidad de un sistema de descentralización administrativa reside en examinar a

cuál de los órganos centrales del Estado compete crear los organismos descentralizados.

En la medida en que éstos suponen asignación de funciones públicas administrativas a entes públicos menores, en la medida en que entrañan manejo de intereses y recursos estatales por esos entes, en la medida en que significan creación de puestos o cargos públicos, es indiscutible que, en la creación de esos organismos, tiene un papel que desempeñar el Poder Legislativo, dentro de un Estado de Derecho fundado en el principio de división de poderes.

O bien la creación de esos organismos es una tarea directamente legislativa, que se realiza a través de normas jurídicas revestidas de autoridad formal de ley, creadoras de esos organismos; o bien, es una tarea que el órgano legislativo lleva a cabo expidiendo las bases generales para la organización y funcionamiento de tales órganos y reservando a los órganos superiores de la Administración Pública crear, con fundamento en esas bases generales, los organismos concretos de la descentralización. Tal es el caso de la Constitución francesa de 1958, que atribuye al Parlamento la potestad de crear, por medio de la ley, las reglas concernientes a la creación de categorías de establecimientos públicos (Art. 34), mientras que las constituciones de Venezuela de 1961 (Art. 230) y de la R. Oriental del Uruguay de 1967 (Art. 189, idéntico a los pertinentes de 1934 y de 1952) reservan la creación exclusivamente a la ley.<sup>1</sup>

6.B) *Antijuridicidad de la creación burocrática.* Pero lo que resulta abiertamente contrario al principio de división de poderes y a la consecuente función creadora de normas jurídicas del Poder Legislativo, es atribuir a la Administración Pública la potestad de crear, por sí misma, organismos descentralizados de Estado, disponiendo así la forma en que deben llevarse a cabo ciertas funciones públicas, creando puestos o empleos públicos y sustrayendo del control presupuestal, sin autorización legislativa

1. Para una pertinente crítica del desorden administrativo en Venezuela antes de la Constitución de 1961 que incorporó el actual Art. 230, *vid.* la contribución del catedrático de Caracas, Tomás Polanco, Los institutos autónomos en Venezuela, en Cortiñas-Peláez (Director), *Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso (Uruguay)*, ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1969, tomo IV, pp. 1073 a 1086, esp. p. 1078 N° 11 y 1080 N° 16. Con anterioridad a la Constitución uruguaya de 1967, pero para un texto idéntico en lo pertinente, Sayagués-Laso había igualmente destacado la necesidad de ley para la creación, "solución de principio para las personas públicas estatales": cf. *Tratado de Derecho Administrativo*, ed. 1963, tomo II, p. 166, N° 611.

va, los recursos financieros y dominiales asignados al cumplimiento de esas funciones descentralizadas.

Es necesario señalar con firmeza que, cuando el fenómeno de la descentralización administrativa cumple el papel de instrumento para que la Administración Pública pueda escapar al deber de ajustar su conducta al ordenamiento jurídico, esa descentralización, lejos de representar un progreso técnico y democrático en la organización de la Administración Pública, se vuelve un camino para la ilegalidad, en un fenómeno contrario a la juridicidad que debe presidir todos los actos de los organismos públicos de un estado de derecho.

Por estas razones, parece una tarea jurídico-política de primera magnitud en los países latinoamericanos, luchar porque las indiscutibles ventajas que represente una descentralización administrativa correctamente estructurada, no se conviertan en focos de ilegalidad, de corrupción y de nepotismo.

## § 23. EL DEPARTAMENTO DE TURISMO DEL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Jorge OLIVERA TORO

*Catedrático titular de Derecho Administrativo  
en la Facultad de Derecho de la Universidad  
Nacional Autónoma de México*

### SUMARIO

**CAPITULO I: DESARROLLO DE LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE TURISMO.** 1. La evolución. 2.A) *Comisión mixta pro turismo (1929)*. 3.B) *Comisión Nacional de Turismo (1930)*. 4.C) *Facultad de la Secretaría de Economía (1933)*. 5.a) Oficina de Turismo. b) Comisión de Turismo. c) Comité Oficial y Patronato de Turismo (1933). 6.D) *Atribución de la Secretaría de Gobernación (1935)*. 7.a) Comisión Nacional de Turismo. Consejo Patrocinador. Consejo Consultivo y Comité Ejecutivo (1935). 8.b) Ley General de Población de 1936. 9.c) Departamento de Turismo, como dependencia de la Secretaría de Gobernación (1937). 10.d) Consejo Nacional de Turismo (1939). 11.e) Comisión Nacional de Turismo (1947). 12.f) Dirección General de Turismo, perteneciente a la Secretaría de Gobernación y Consejo Nacional de Turismo (1949). 13.g) Fondo de Garantía y Fomento del Turismo, vigente desde 1956. 14.h) Departamento de Turismo (1959). 15.i) Comisiones Locales de Turismo. 16.j) Consejo Nacional de Turismo, vigente desde 1951.

**CAPITULO II: RELACIONES CON ORGANISMOS PRIVADOS E INTERNACIONALES.** 17. Dos perspectivas. 18.A) *Organismos mexicanos, relacionados con actividades turísticas*. 19.a) Instituto Mexicano de Investigaciones Turísticas. 20.b) Escuela Mexicana de Turismo. 21.c) Escuela de Turismo. 22.d) Escuela Gastronómica. 23.e) Escuela Adolfo López Mateos. 24.f) Asociación Mexicana de Turismo. 25.g) Asociación Mexicana de Agencias de Viajes. 26.h) Cámaras Nacionales de Turismo y su Confederación. 27.i) Impulsora de empresas turísticas. 28.B) *Organismos de carácter internacional relacionados con la materia turística, de los que los Estados Unidos Mexicanos son miembros*. 29.a) Unión Internacional de Organismos Oficiales de Turismo. 30.b) Congresos Interamericanos de Turismo. 31.c) Confederación de Organismos Turísticos de la América Latina. 32.d) Federación Internacional de Agencias de Viajes. 34.f) Asociación Turística

de la Zona del Pacífico. 35.g) Alianza Internacional de Turismo. 36.h) Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. 37.i) Asociación Americana de Agentes de Viajes. 38.j) Asociación Internacional de Hoteles.

**CAPITULO III: ATRIBUCIONES DEL DEPARTAMENTO DE TURISMO DE CONFORMIDAD CON LA LEY FEDERAL DE TURISMO.** 39. Enumeración.

**CAPITULO IV: CONVENIOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y OTROS PAISES.** 40. Enumeración.

**CAPITULO V: LEGISLACION TURISTICA.** 41. Panorama. 42.A) Ley Federal de Turismo. 43.B) Reglamento interior del Departamento de Turismo. 44.C) Reforma al Reglamento de explotación de caminos de la Ley de Vías Generales de Comunicación. 45.D) Reglamento de Guías de Turistas, Guías-Choferes y similares. 46.E) Reglamento de las Agencias de Viajes.

**CAPITULO VI: DEPARTAMENTO DE TURISMO.** 47. Estática y dinámica institucionales. 48.A) *Estructura orgánica*. 49.B) *Funciones*. 50.a) Jefe del Departamento. 51.b) Los organismos auxiliares del Jefe. 52.aa) Comisiones Locales de Turismo. 53.bb) Asesorías. 54.c) Secretario General. 55.d) Organos directamente subordinados al Secretario General. 56.aa) Dirección de Delegaciones en el Extranjero. 57.bb) Dirección de Delegaciones Nacionales. 58.cc) Dirección de Servicios Jurídicos. 59.dd) Dirección de Sanciones y Guías. 60.ee) Dirección de Supervisión y Quejas. 61.ff) Dirección de Coordinación. 62.gg) Dirección de Servicios Turísticos de Empresas Privadas. 63.e) Oficial Mayor. 64.f) Direcciones dependientes del Oficial Mayor. 65.aa) Dirección de Administración. 66.bb) Dirección de Promoción. 67.cc) Dirección de Información, Prensa y Publicidad. 68.dd) Dirección de Auxilio Turístico. 69.ee) Dirección de Planeación y Recursos Turísticos

## CAPÍTULO I

### DESARROLLO DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE TURISMO

1. *La evolución.* La atribución en esta materia ha estado confiada durante este siglo XX en los Estados Unidos Mexicanos, sucesivamente a la Comisión Mixta de Turismo (A), a la Comisión Nacional de Turismo (B), para pasar a ser posteriormente facultad de la Secretaría de Economía (C), y luego, de la Secretaría de Gobernación (D), evolución que veremos a continuación.

2.A) *Comisión mixta pro turismo (1929).* Aun cuando con anterioridad existieron algunas disposiciones aisladas en la materia, la organización administrativa en materia de turismo comenzó a regularse en el año de 1929 en que por Acuerdo de 6 de julio, publicado el 11 de ese mes, se creó la Comisión Mixta Pro Turismo, dependiente de la Secretaría de Gobernación, integrada con representantes de algunas dependencias del Ejecutivo Federal de la Banca, del comercio, de la industria, en especial



de la hotelera, de los Ferrocarriles de México, etc., para que propusiera y ejecutara todos los sistemas y procedimientos tendientes a fomentar y desarrollar el turismo en el país y exhortara a las empresas privadas a cooperar con el gobierno para el incremento de la industria turística.

3.B) *Comisión Nacional de Turismo (1930)*. Por Ley de 13 de enero de 1930 publicada el 7 del mes siguiente, se formó la Comisión Nacional de Turismo, que sustituyó a la Comisión Mixta ya citada. La Ley Orgánica de dicha Comisión le otorgó personalidad jurídica, para que pudiera actuar con cierta flexibilidad económica y administrativa; señaló que el Presidente de la misma sería el Secretario de Gobernación y además integró el organismo con los titulares de otras dependencias del poder ejecutivo y por representantes del sector privado relacionado con el turismo. De acuerdo con la Ley citada y su Reglamento, de 30 de enero de 1930, publicado el 10 de febrero siguiente, se fijaron las bases para la formación de las Comisiones Locales de Turismo en los Estados miembros, con representantes de autoridades locales, Cámaras de Comercio, empresas hoteleras y empresas que tuvieran conexión con el turismo. La Comisión Nacional de Turismo quedó estructurada en la forma siguiente: Asamblea, como órgano supremo; Comité Ejecutivo, como executor; Subcomisiones de: Administración, Propaganda y Prensa, Vigilancia y Seguridad, Comunicaciones y Transportes, Mejoramiento de ciudades, Turismo Local y Coordinación de actividades nacionales Pro Turismo, Trámite, Estadística, e Investigación e Integración. El objeto de su actividad fue el fomento, por los medios oficiales y privados a su alcance, del turismo nacional e internacional, eliminando obstáculos para el desarrollo de la industria turística, así como servir de coordinador y orientador de las Comisiones Locales de Turismo y de los esfuerzos oficiales y privados que tendieran a impulsarlo.

4.C) *Facultad de la Secretaría de Economía (1933)*. El H. Congreso de la Unión, por Decreto de 30 de noviembre de 1932, publicado el 15 de diciembre de ese mismo año, cambió la denominación de la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo por: Secretaría de Economía Nacional y dispuso que las atribuciones que había tenido el encargado del despacho de la Secretaría de Gobernación, conforme a la *Ley Orgánica de la Comisión Nacional de Turismo de 13 de enero de 1930* y su Reglamento corresponderían, a partir del 1 de enero de 1933, al encargado del despacho de la Secretaría de Economía Nacional.

5.a) *Oficina de Turismo*. b) *Comisión de Turismo*. c) *Comité Oficial y Patronato de Turismo (1933)*. Consecuentemente con las atribucio-

nes conferidas a la Secretaría de la Economía Nacional, se creó una Oficina de Turismo, como una de las dependencias de dicha Secretaría y por *Acuerdo Presidencial del 8 de marzo de 1933*, publicado el 27 de ese mes, se organizó la Comisión de Turismo, que estuvo integrada por el jefe de la Oficina de Turismo de la Secretaría de Economía Nacional y los representantes de las actividades industriales y comerciales conectados con el turismo; asimismo, se instituyó el Comité Oficial, presidido por el Secretario de Economía e integrado además por el Director General de Aduanas de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Director de Caminos de la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas, el jefe del Departamento de Migración de la Secretaría de Gobernación, el jefe del Departamento Consular de la Secretaría de Relaciones Exteriores y el jefe de los Servicios de Inspección General de Sanidad del Departamento de Salubridad Pública, a efecto de que estudiara los problemas relacionados con el turismo, propusiera soluciones concretas a los mismos y mejorara las condiciones de los turistas; igualmente se instituyó el Patronato de Turismo con los titulares de las secretarías de la Economía Nacional, Gobernación, Relaciones Exteriores, Hacienda y Crédito Público, Comunicaciones y Obras Públicas y el jefe del Departamento de Salubridad, para orientar las actividades necesarias en materia de turismo y decidir las medidas que hubieran de adoptarse.

Este Acuerdo, en sus considerandos, establecía que el organismo que se creaba, era sin perjuicio de reformar la Ley Orgánica de la Comisión Nacional de Turismo.

En la Ley de Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos del 2 de marzo de 1934, se volvió a señalar como atribución de la Secretaría de Economía, la atención de los asuntos relacionados con el turismo.

6.D) *Atribución de la Secretaría de Gobernación (1935)*. En la reforma a la Ley de Secretarías de Estado, realizada el 3 de mayo de 1935, se confirió como atribución de la Secretaría de Gobernación la materia de turismo. En la Ley de fecha 30 de diciembre de 1935 se confirmó esa facultad, a la citada Secretaría, suprimiéndose la anterior organización, por la que en seguida se detallará.

7.a) *Comisión Nacional de Turismo. — Consejo Patrocinador. — Consejo Consultivo y Comité Ejecutivo (1935)*. Corresponde a esta época el Decreto expedido el 13 de mayo de 1935 y publicado el día 18, mediante el cual se integró la Comisión Nacional de Turismo, formada por: a) El

Consejo Patrocinador, formado por los Titulares de algunas Secretarías de Estado (Gobernación, Relaciones, Hacienda, Economía y Comunicaciones) y el Departamento de Salubridad; b) El Consejo Consultivo, compuesto por representantes de empresas, bancos, comercios, y c) El Comité Ejecutivo, compuesto por un Presidente, un Secretario y un Asesor, designados por el Secretario de Gobernación. El Comité tendría a sus órdenes al personal de la Oficina de Turismo, dependiente de la propia Secretaría de Gobernación. Las funciones de esta nueva organización eran las de hacer propaganda de las atracciones turísticas, educar el medio en favor del turismo, perfeccionar los servicios de turismo, proponer las disposiciones legales en la materia, establecer en el país y en el extranjero agencias de turismo y proponer las medidas para el desarrollo del turismo en los Estados Unidos Mexicanos.

Como dato administrativo debemos agregar que, por *Decreto de 20 de abril de 1936*, la Oficina de Turismo de la Secretaría de Gobernación se transformó en uno de sus Departamentos, o sea se elevó a una categoría administrativa de mayor trascendencia.

8.b) *Ley General de Población de 1936*. La *Ley General de Población*, de 24 de agosto de 1936 publicada el 29 de ese mes, señaló como competencia de la Secretaría de Gobernación el fomento del turismo en el exterior y en el interior, como elemento de cultura, coadyuvante indirecto al desarrollo de la política demográfica y medio de conocimiento de los recursos que ofrece el territorio nacional. Esta función, considerada como atribución estatal, se encargó a la Dirección General de Población, dependencia de la Secretaría de Gobernación. Debemos señalar que por vez primera se regularon normativamente a los prestadores de servicios turísticos (guías y agencias de turismo), sujetando su actividad a autorizaciones que al efecto les otorgara el Estado.

9.c) *Departamento de Turismo como Dependencia de la Secretaría de Gobernación (1937)*. El 10 de mayo de 1937, publicado el 7 de junio de ese año, se expidió el *Reglamento de la Ley General de Población*, que en su parte relativa a Turismo disponía que el Departamento de Turismo, como una de las dependencias de la Secretaría de Gobernación, sería quien se encargara de desarrollar la competencia gubernamental que de acuerdo con la Ley se señalaban a la Dirección General de Población. Las Oficinas de Turismo de las entidades federativas colaborarían con el Departamento de Turismo y éste constituiría Comités Pro Turismo y Centros de atracción en los lugares convenientes, valiéndose de autoridades y de la iniciativa

privada. Se planeaba que las Agencias de Turismo fueran también dependencias del Departamento de Turismo para establecerse en puertos fronterizos y marítimos de mayor corriente turística y en el extranjero o en poblaciones del país en donde se estimare conveniente. Se señalaron disposiciones para regular la actividad de los prestadores de servicios turísticos; abarcando restaurantes, hoteles, alojamientos, transportes, guías de turistas, agencias de viaje, etc., se fijaron sanciones por la violación de sus disposiciones.

10.d) *Consejo Nacional de Turismo (1939)*. El 21 de diciembre de 1939 se publica el *Acuerdo Presidencial de 9* de ese mes y año que creó el *Consejo Nacional de Turismo*, compuesto por un Patronato Oficial y Comisiones: Nacional y Locales de Turismo. El Patronato lo integrarían varios Titulares de dependencias del Ejecutivo Federal. La Comisión Nacional, con representaciones oficiales y privadas, y las Comisiones Locales por representantes de autoridades federales, así como de las entidades locales, de los municipios y de los organismos privados conectados con la actividad turística. Esta organización sustituyó a la Comisión Nacional de Turismo creada como hemos señalado en 1935, subsistiendo, para el desarrollo de las atribuciones estatales el Departamento de Turismo, dependencia de la Secretaría de Gobernación.

Su objeto era promover las condiciones necesarias para la existencia, fomento y desarrollo del turismo, constituyéndose un fondo de propaganda con aportaciones privadas y oficiales. Uno de sus fines específicos sería el de servir de coordinador para la celebración del Segundo Congreso Interamericano de Turismo, con sede en la ciudad de México, D. F. El Director General de Población y el Jefe del Departamento de Turismo, dependientes de la Secretaría de Gobernación, actuarían como Secretario y Prosecretario del Patronato Oficial y como Presidente y Vicepresidente de la Comisión Nacional de Turismo.

11.e) *Comisión Nacional de Turismo (1947)*. El 25 de noviembre de 1947, el H. Congreso de la Unión expidió la *Ley que creó la Comisión Nacional de Turismo* y fue publicada el 27 de ese mes, para conocer y resolver los problemas relativos al turismo nacional y extranjero. Dicha Comisión se compondría de un Consejo Nacional y un Comité Ejecutivo, el primero integrado con representaciones: gubernamental, de empresas públicas y de aquellas entidades particulares que tuvieran interés vital en el desarrollo turístico del país. La Presidencia del Consejo la desempeñaría el Secretario de Gobernación. El Comité Ejecutivo fue el órgano

ejecutor de los acuerdos del Consejo Nacional. Dicho Comité estaría integrado por un Presidente, un Secretario y tres Vocales, designados por el Presidente de la República, por conducto del Secretario de Gobernación. La Ley entró en vigor el 1º de enero de 1948 y derogó las disposiciones que se le opusieran. *El Reglamento* de la Ley que creó la Comisión Nacional de Turismo, expedido el 29 de marzo de 1949 y publicado el 5 de abril de ese año, señalaba que dicha Comisión promovería el fomento y desarrollo del turismo nacional y extranjero; regulaba las funciones de los órganos de la Comisión; establecía delegaciones de turismo en los puertos fronterizos o marítimos de mayor corriente turística, así como en las ciudades del país y en el extranjero; asimismo, regulaba las actividades de las agencias de turismo, de los guías de turistas, servicios de transporte, establecimientos de hospedaje y restaurantes y fijaba sanciones por infracciones cometidas al Reglamento.

12.f) *Dirección General de Turismo perteneciente a la Secretaría de Gobernación y Consejo Nacional de Turismo (1949)*. La Ley Federal de Turismo de 15 de diciembre de 1949 publicada el 31 de ese mes, establecía como facultad de la Secretaría de Gobernación el estudio y resolución de los problemas relativos a la materia de turismo en la República. Suprimió a la Comisión Nacional de Turismo creada en 1947. Sus atribuciones las ejerció a través de la Dirección General de Turismo, órgano dependiente de dicha Secretaría. Para fijar la política general en la materia, se creó el Consejo Nacional de Turismo que actuaría como consultor de la citada dependencia del Ejecutivo Federal, integrando el citado Consejo, los Titulares de diversas Secretarías de Estado y representantes de instituciones públicas y privadas; la Presidencia del mismo la desempeñaría el Secretario de Gobernación. Igualmente establecía Oficinas de Turismo en el país y en el extranjero. Se regularon las actividades de los guías de turistas, agencias y algunos prestadores de servicios turísticos, fijándose sanciones penales.

13.g) *Fondo de Garantía y Fomento del Turismo vigente desde 1956*. Por Decreto del H. Congreso de la Unión, expedido el 14 de noviembre de 1956 y publicado el 13 de diciembre de ese año, con fe de erratas, publicada el 15 de ese mes, se creó el Fondo de Garantía y Fomento del Turismo, cuyo manejo en fideicomiso se encomendó a Nacional Financiera, S. A., formando su patrimonio con la cantidad de \$50.000.000,00, más las asignaciones que anualmente le fije el Presupuesto de Egresos de la Federación, las aportaciones que realizaran los Gobiernos de los Estados y las de los particulares. El Fondo está regido por un Comité Técnico

integrado con representantes del Departamento de Turismo, de las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de Industria y Comercio, del Banco de México, S. A., y de Nacional Financiera, S. A. Dicho organismo continúa en la actualidad desempeñando sus funciones, habiendo aumentado su patrimonio.

14.h) *Departamento de Turismo (1959)*. Al presentarse el Proyecto de *la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, de 24 de diciembre de 1958*, que entró en vigor el 1º de enero de 1959, se señaló:

"El turismo ha sido considerado en el Proyecto como una actividad de especial importancia que requiere estímulo, promoción y fomento, debiendo destinarse a ello los recursos que le correspondan. De ahí que se haya juzgado pertinente crear un Departamento específico, con facultades suficientes y medios adecuados para cumplir las funciones que le conciernen".

Bajo esos auspicios fue creado el Departamento de Turismo, órgano auxiliar directo del Ejecutivo Federal, que reemplazó la estructura administrativa de 1949, para establecer una Dependencia directa del C. Presidente de la República. Desempeña actividades estatales fijadas en *la Ley Federal de Turismo, de 3 de enero de 1961*.

15.i) *Comisiones Locales de Turismo*. De acuerdo con la Ley Federal de Turismo, en cada Entidad Federativa funciona una Delegación u Oficina Estatal del Departamento de Turismo. Cuando el Gobierno de un Estado convenga en coordinar con el Gobierno Federal sus actividades relacionadas con el turismo, deberá formarse una Comisión Local de Turismo, que actuará en lugar de la Delegación u Oficina dentro de la jurisdicción territorial del Estado.

Las Comisiones Locales de Turismo se integrarán por tres miembros, de los cuales el Presidente es el Gobernador del Estado o su representante, el Secretario Ejecutivo es nombrado por el Departamento de Turismo, y un Vocal, que es designado por las organizaciones privadas de los prestadores de servicios turísticos en el Estado.

16.j) *Consejo Nacional de Turismo, vigente desde 1961*. Independientemente de la existencia del Departamento de Turismo, por *Decreto Presidencial de 8 de diciembre de 1961*, publicado el día 16 del mismo mes, fue creado como órgano de consulta y asesoramiento de las autoridades federales, el Consejo Nacional de Turismo, cuyas actividades están fundamentalmente encaminadas a la elaboración de estudios y promociones tu-

rísticas mediante el análisis, estimación y clasificación de los hechos, factores y circunstancias económicas y culturales que operen sobre el turismo nacional y extranjero.

## CAPÍTULO II

### RELACIONES CON ORGANISMOS PRIVADOS E INTERNACIONALES

17. *Dos perspectivas.* Las relaciones de la organización pública de los Estados Unidos Mexicanos con otras entidades afines, pueden encararse desde una doble perspectiva. Veremos en un primer apartado (A) las relaciones con los organismos privados mexicanos relacionados con actividades turísticas para ocuparnos luego en un segundo apartado (B) de los organismos de carácter internacional relacionados con la materia, de los que los Estados Unidos Mexicanos son miembros.

18. A) *Organismos mexicanos, relacionados con actividades turísticas.* Entre ellos cabe destacar el Instituto Mexicano de Investigaciones Turísticas (a), la Escuela Mexicana de Turismo (b), la Escuela de Turismo de la U.N.A.M. (c), la Escuela Gastronómica (d), la Escuela "Adolfo López Mateos" (e), la Asociación Mexicana de Turismo (f), la Asociación Mexicana de Agencias de Viajes (g), las Cámaras Nacionales de Turismo y su Confederación (h), y la Impulsora de Empresas Turísticas (i). Las veremos sucesivamente a continuación.

19. a) *Instituto Mexicano de Investigaciones Turísticas.* Fue inaugurado el 5 de diciembre de 1962, y está integrado por un grupo de técnicos comisionados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con la colaboración del sector turístico privado (Asociación Mexicana de Hoteles, Asociación Mexicana de Agencias de Viajes, Asociación Mexicana de Restaurantes, Asociación Mexicana de Turismo, etc.).

Los órganos del Instituto son:

- a) Cuerpo Directivo.
- b) Comité de Planeación Técnica.
- c) Cuerpo Técnico.

El Cuerpo Directivo está formado por el Subsecretario de Hacienda y Crédito Público, el Secretario General del Departamento de Turismo,

un Vocal del Consejo Nacional de Turismo y el Director del Instituto. El Instituto está presidido por el Vocal del Consejo Nacional de Turismo.

El Comité de Planeación Técnica se integra con los representantes de las principales organizaciones del sector privado, directamente relacionadas con el turismo, por técnicos del Departamento de Turismo y del Consejo Nacional de Turismo, y de un grupo de asesores especializados nombrados por el Instituto. Funciona como órgano asesor, en forma colegiada o individual.

El Cuerpo Técnico está integrado por un grupo de sociólogos, economistas, abogados y técnicos de estadística, comisionados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

20.b) *Escuela Mexicana de Turismo*, proveniente de la antigua Escuela Hotelera.

Está integrada por un Patronato de siete miembros, tres de ellos representantes, respectivamente, del Departamento de Turismo, del Consejo Nacional de Turismo y de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y cuatro miembros de la iniciativa privada.

Su finalidad es preparar los cuadros medios para las distintas especialidades de los servicios turísticos.

21.c) *Escuela de Turismo*, dependiente de la Universidad Autónoma del Estado de México, para preparar técnicos en materia turística.

22.d) *Escuela Gastronómica*, fundada por el Sindicato del ramo, para preparar elementos de niveles primarios de bares, restaurantes y similares.

23.e) *Escuela Adolfo López Mateos*, fundada por el Sindicato Único de Guías Intérpretes de Turismo, para formar y capacitar guías de turistas del Distrito Federal.

24.f) *Asociación Mexicana de Turismo*, fundada en 1930 como asociación civil, institución de servicio social que tiene por objeto fomentar sobre bases prácticas el turismo nacional e internacional. Sus órganos son: Asamblea General, Consejo de Administración, integrado por el número de personas que determine la Asamblea, un Director gerente y un Subgerente.

25.g) *Asociación Mexicana de Agencias de Viajes (AMAV)*, constituida desde 1945 como Sociedad Civil. Su finalidad es: Unir a las Agen-



cias de Viajes; proteger y fomentar la unidad y cooperación entre sus miembros; mantener normas de ética comercial; fomentar entre el público el deseo de viajar y desarrollar el turismo nacional e internacional.

Sus órganos son:

a) Asamblea General.

b) Mesa Directiva (un Presidente, dos Vicepresidentes, un Secretario, un Tesorero, cuatro Vocales).

26.h) *Cámaras Nacionales de Turismo y su Confederación*. Las Cámaras Nacionales de Turismo y su Confederación tienen su apoyo jurídico en el *Capítulo III de la Ley Federal de Turismo*. Son instituciones con personalidad jurídica propia.

Las Cámaras de Turismo tienen la finalidad de: agrupar y representar a los prestadores de servicios turísticos; fomentar el desarrollo del turismo; participar en la defensa de los intereses particulares de sus asociados; prestar a los mismos los servicios que señalan sus estatutos y ser órganos de consulta del Departamento de Turismo para la satisfacción de las necesidades turísticas.

Las Cámaras de Turismo se registran ante el Departamento de Turismo y son administradas por el Consejo Directivo y los demás órganos que establezcan los estatutos.

Por su parte, la Confederación Nacional de Cámaras de Turismo se constituye con los representantes de las Cámaras y su domicilio es la capital de la República.

La Confederación agrupa las siguientes Cámaras:

Cámara Nacional de Turismo de México, D.F.; Cámara Nacional de Turismo de Piedras Negras, Coah.; Cámara Nacional de Turismo de Acapulco, Gro.; Cámara Nacional de Turismo de Matamoros, Tamps.; Cámara Nacional de Turismo de Quintana Roo, Q. R.; Cámara Nacional de Turismo de Ciudad Reynosa, Tamps.; Cámara Nacional de Turismo de Nuevo Laredo, Tamps.; Cámara Nacional de Turismo de Ciudad Juárez, Chih.; Cámara Nacional de Turismo de Chihuahua, Chih.; Cámara Nacional de Turismo de Morelia, Mich.; Cámara Nacional de Turismo de Campeche, Camp.; Cámara Nacional de Turismo de Puerto Vallarta, Jal.; Cámara Nacional de Turismo de Tijuana, B.C.; Cámara Nacional de Turismo de Ensenada, B.C.; Cámara Nacional de Turismo de Mexicali, B.C.; Cámara

Nacional de Turismo del Estado de Morelos; Cámara Nacional de Turismo de Mazatlán, Sin. En trámite Cámara Nacional de Turismo de Monterrey y Cámara Nacional de Turismo de Veracruz; así como las *Secciones de Turismo de las Cámaras Nacionales de Industria y de Comercio*, legalmente establecidas.

27.i) *Impulsora de Empresas Turísticas, S.A. de C.V.* Ante Notario Público, en 1966, se constituyó la Sociedad Anónima denominada Impulsora de Empresas Turísticas, S.A. (IDETSA), con domicilio en dicha ciudad, pudiendo establecer sucursales o agencias en cualquier lugar de la República o del extranjero. El objeto de la sociedad es el estudio y ejecución de planes o actividades que redunden en la promoción turística; la explotación directa de actividades turísticas; la venta, arrendamiento o cualquier otro medio de explotación de las instalaciones que construyan y tomar parte en empresas que tengan, como finalidad, alguna de las que constituyan el objeto de la sociedad.

28.B) *Organismos de Carácter Internacional Relacionados con la Materia Turística, de los que los Estados Unidos Mexicanos son Miembros.* De entre estos organismos, vamos a ocuparnos brevemente a continuación de los siguientes: la Unión Internacional de Organismos de Turismo (a), los Congresos Internacionales de Turismo (b), la Confederación de Organismos Turísticos de América Latina (c), la Federación Internacional de Agencias de Viajes (d), la Asociación Mundial de Agencias de Viajes (e), la Asociación Turística de la Zona del Pacífico (f), la Alianza Internacional de Turismo (g), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (h), la Asociación Americana de Agentes de Viajes (i), y la Asociación Internacional de Hoteles (j).

29.a) *Unión Internacional de Organismos Oficiales de Turismo. (UIOOT).* Fue creada en 1947 como una Asociación que goza de personalidad jurídica, de conformidad con *los artículos 60 y siguientes del Código Civil suizo*. Tiene su sede oficial en Ginebra, Suiza. La duración de la Unión es ilimitada.

Su finalidad es facilitar los intercambios turísticos internacionales, con vistas a desarrollar la economía turística de los países miembros y a acrecentar entre los pueblos las relaciones amistosas, sociales y culturales.

Existen dos clases de miembros: efectivos y asociados.

La admisión como miembro efectivo está reservada:

a) A los Organismos nacionales de turismo establecidos o reconocidos por sus gobiernos o, en su defecto,

b) A los organismos gubernamentales encargados del desarrollo del turismo nacional, en países que asuman la responsabilidad de la conducta de sus relaciones internacionales,

c) A los organismos oficiales de turismo de los territorios dependientes que no asuman la responsabilidad de la conducta de sus relaciones internacionales y que han establecido organismos especializados encargados del desarrollo del turismo.

Ningún país podrá estar representado por más de un organismo.

En calidad de miembros asociados podrán participar organizaciones internacionales y otras entidades, a condición de que sean reconocidas, por el Comité Ejecutivo y la Asamblea como interesadas en el desarrollo del turismo internacional.

La Unión tiene los siguientes órganos:

- a) Asamblea General.
- b) Comité Ejecutivo.
- c) Comisiones Técnicas.
- d) Comisiones Regionales.
- e) Secretaría General.

La Asamblea General es el órgano soberano de la Unión. Se reúne ordinariamente una vez cada dos años, salvo casos de asambleas extraordinarias. Está compuesta por dos delegados titulares, como máximo, por cada miembro efectivo. La Asamblea elige al Presidente de la Unión, a los cuatro Vicepresidentes, a los dos Comisarios de Cuentas y a los miembros del Comité Ejecutivo. El Presidente es el representante legal de la Unión.

El Comité Ejecutivo es el encargado de la dirección de asuntos de la Unión. Se compone de un número determinado de miembros efectivos elegidos por la Asamblea General, a propuesta de las Comisiones Regionales, a razón de un miembro por cada cuatro miembros efectivos. Se integra con un Presidente, un Vicepresidente, el Presidente saliente y un máximo de quince miembros.

Las Comisiones Técnicas son cuatro:

- a) Comisión Técnica de Desarrollo,

- b) Comisión Técnica de Facilitación,
- c) Comisión Técnica de Investigaciones,
- d) Comisión Técnica de Promoción.

A propuesta del Comité Ejecutivo, la Asamblea General puede constituir otras Comisiones Técnicas. Cada Comisión estará regida por una Mesa, compuesta de siete miembros designados por un período de dos años.

Las Comisiones Técnicas tienen como objetivo estudiar los problemas que se susciten a escala mundial o interregional en materia de turismo, de conformidad con las directrices que le haya señalado la Asamblea General.

Las Comisiones Regionales son las siguientes:

- a) Comisión Regional para Africa,
- b) Comisión Regional para las Américas,
- c) Comisión Regional para Asia Meridional,
- d) Comisión Regional para el Pacífico y Asia Oriental,
- e) Comisión Regional para Europa,
- f) Comisión Regional para el Oriente Medio.

Las Comisiones Regionales tienen por objeto el estudio, en el ámbito de la zona territorial sobre la que se extiende su competencia, de todos los problemas o asuntos que presenten un interés turístico.

La Secretaría General, nombrada por el Comité Ejecutivo con ratificación de la Asamblea General, es la encargada de la ejecución de la política general de la Unión y de su aplicación práctica.

Como órganos secundarios se encuentran los Comisarios de Cuentas y el Consejo de Honor.

La Unión Internacional de Organismos Oficiales de Turismo, ha adoptado recientemente la resolución de transformarse en un Organismo intergubernamental para el turismo.

30.b) *Congresos Interamericanos de Turismo*. Están reglamentados por el Régimen de Congresos Interamericanos de Turismo, aprobado por el Consejo de la Organización de Estados Americanos (OEA), el 15 de diciembre de 1954, modificado el 20 de febrero de 1955.

Tienen como finalidad: facilitar y promover, por todos los medios a su alcance, el desarrollo y progreso del turismo en el Continente Americano.

Los Congresos Interamericanos de Turismo de la OEA, tienen el carácter de Conferencias Especializadas conforme al artículo 128 del *Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos*, conocido por "Protocolo de Buenos Aires". Las Conferencias Especializadas son reuniones intergubernamentales para tratar asuntos técnicos específicos o para considerar determinados aspectos de la cooperación interamericana. Se celebran cuando lo resuelve la Conferencia Interamericana, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, por acuerdos internacionales, por el Consejo, por iniciativa propia o a instancia de algunos de los Organos o de uno de los Organismos Especializados.

Estos Congresos proporcionan a los Delegados Técnicos de los países miembros la oportunidad de intercambiar información derivada de la experiencia y adiestramiento y de promover esfuerzos conjuntos que tiendan a impulsar el adelanto económico, social y cultural de la América Latina para elevar el nivel de vida de sus pueblos.

31.c) *Confederación de Organismos Turísticos de la América Latina (COTAL)*. Constituida por miembros de las Asociaciones Nacionales de Organizaciones Turísticas de países latinoamericanos. El 1er. Congreso se realizó en 1957 en la ciudad de México, el 12º en Santo Domingo, República Dominicana, en abril de 1969.

32.d) *Federación Internacional de Agencias de Viajes (FIAV)*. Fundada en el año de 1919, en París. Registrada de acuerdo con la ley francesa.

Sus propósitos son: Unir a los agentes de viajes y sus grupos nacionales en todas partes del mundo; estudiar y proteger el nivel internacional de intereses profesionales de todos sus miembros; mantenerlos informados sobre materia turística de carácter internacional; facilitar los contactos personales por medio de un Congreso anual; intervenir en las leyes correspondientes y en la diferencia entre sus miembros o entre miembros y terceros.

Sus órganos son: a) Congreso o Asamblea General (anual); b) Consejo de Delegados (Compuesto de Delegados Nacionales, uno por cada país); y c) Comité Ejecutivo (Compuesto de seis miembros).

33.e) *Asociación Mundial de Agencias de Viajes (WATA)*. Fundada el 5 de mayo de 1949, en Ginebra, Suiza. Registrada de acuerdo con la ley suiza.

Sus propósitos son: Contribuir al desarrollo de los viajes turísticos; incrementar y garantizar los intereses económicos de sus miembros por un intercambio de servicios apropiados, principalmente por una organización racional de viajes turísticos a través de todos los países; coordinar las actividades de sus miembros; centralizar y formular documentación y publicidad relativa a la organización de viajes turísticos internacionales; participar en todas las operaciones comerciales o financieras, directa o indirectamente, relacionadas con los objetivos antes mencionados.

Los órganos son: a) Asamblea General de Miembros; b) Consejo de Delegados; c) Mesa Directiva; d) Comité Directivo; y, e) Organismo de Control.

34.f) *Asociación Turística de la Zona del Pacífico (PATA)*. Fundada en el mes de enero de 1952, en Honolulu, como Asociación Interina de Viajes del Pacífico. El nombre actual lo adoptó en marzo de 1953.

Se estableció en Hawái como una corporación sin fines de lucro.

Sus propósitos son: Establecer un esfuerzo unido entre grupos interesados en viajes por el Pacífico, para el desarrollo, promoción y facilitación de viajes hacia y entre los países e islas del Pacífico.

Sus órganos son:

a) Asamblea General; b) Comité Ejecutivo; y c) Director Ejecutivo.

35.g) *Alianza Internacional de Turismo (AIT)*. Fundada el 4 de agosto de 1893, en Luxemburgo. Antes llevó el nombre de Liga Internacional de Asociaciones Turísticas. Su denominación actual la adoptó en el año de 1919. Registrada de acuerdo con la ley suiza.

Sus propósitos son: Estudiar los problemas relativos al turismo internacional y circulación; llevar a cabo el progreso y reformas que se sugieran; incrementar por todos los medios posibles el desarrollo del turismo internacional y el tráfico; atraer las asociaciones turísticas a fin de coordinar sus esfuerzos; facilitar la ejecución de su trabajo internacional y proteger sus intereses y establecer documentos sobre turismo internacional.

Su estructura está integrada por: a) Consejo Administrativo; b) Comité Administrativo; y c) Comisiones Especiales.

36.h) *Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)*. Es uno de los organismos especializados

de la ONU, desde 1945. Como órgano dependiente de la Secretaría de Educación Pública, funciona en los Estados Unidos Mexicanos el Consejo Nacional Consultivo del Gobierno de México ante la UNESCO. Es importante reseñar la IV Conferencia Regional de Comisiones Nacionales de la UNESCO en el Hemisferio Occidental, que se reunió en Tlatelolco (México, D.F.), del 12 al 17 de junio de 1967. En dicha Conferencia, la tercera comisión de trabajo tuvo a su cargo los siguientes puntos de la Agenda: La conservación del patrimonio histórico y su mejor aprovechamiento por el turismo con fines culturales y el desarrollo del "Turismo Cultural" en el Hemisferio Occidental.

37.i) *Asociación Americana de Agentes de Viajes (ASTA)*; y

38.j) *Asociación Internacional de Hoteles (IAHA)*. Fundada el 19 de septiembre de 1941, en Fortín de las Flores, Veracruz, bajo los auspicios de la Asociación Americana de Hoteles. Celebran Congresos cada dos años. Lo preside un Comité Ejecutivo.

### CAPÍTULO III

#### ATRIBUCIONES DEL DEPARTAMENTO DE TURISMO DE CONFORMIDAD CON LA LEY FEDERAL DE TURISMO (Artículo 6º)

39. *Enumeración*. El Departamento de Turismo tiene las siguientes atribuciones:

Aplicar la Ley Federal de Turismo y sus reglamentos; Intervenir, ante la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, en la declaratoria de necesidades, en la fijación de requisitos, en los pliegos de condiciones, en la formulación de cuadros de ruta y en el otorgamiento de concesiones y permisos de transporte de servicio público federal exclusivo de turismo;

Fomentar el turismo mediante los programas federales que al efecto formule conforme a la Ley Federal de Turismo;

Supervisar los servicios turísticos a que se refiere la Ley Federal de Turismo;

Establecer en el interior del país, así como en el extranjero, las oficinas de turismo que estime necesarias;

Proveer, controlar y supervisar los medios para la creación y funcionamiento de los servicios de información y auxilio a los turistas y a los prestadores de servicios turísticos;

Autorizar el funcionamiento y los servicios de las agencias de viajes y de los guías choferes de turistas;

Coordinar las medidas de fomento y protección del turismo con las Secretarías de Estado y Departamentos, así como con las Dependencias y organismos descentralizados, autoridades estatales y municipales, para que en el campo de las atribuciones de cada una de ellas, se atiendan los intereses fundamentales del turismo;

Crear o autorizar escuelas y centros de capacitación y adiestramiento para guías de turistas y para el personal destinado exclusiva o preferentemente a la prestación de servicios turísticos;

Organizar y registrar Cámaras de Turismo y su Confederación Nacional, así como estimular la formación de asociaciones, comités, patronatos u otros organismos de carácter público o privado que tiendan a incrementar el turismo;

Promover, dirigir y realizar la propaganda oficial en materia de turismo, tanto en el país como en el extranjero, así como aprobar la publicidad privada que reúna las condiciones que fija esta ley;

Aprobar las tarifas de los servicios turísticos que el propio Departamento organice, en los casos de inexistencia o insuficiencia de tales servicios, y de los que obtengan financiamientos oficiales;

Autorizar las tarifas de los servicios destinados a los turistas, conforme a lo que establece *la Ley Federal de Turismo*;

Controlar la aplicación de los precios y de las tarifas que rijan legalmente para los servicios turísticos;

Supervisar la observancia de los precios en los casos en que puedan ser fijados por los propios prestadores de los servicios turísticos;

Formular y mantener el catálogo turístico nacional;

Llevar y publicar el registro general de los organismos, personas y empresas dedicadas al turismo;

Celebrar convenios con los Gobiernos de los Estados-Miembros para incrementar el turismo dentro de su territorio y para mejorar los servicios relativos;



Gestionar la celebración de arreglos y convenios con gobiernos y empresas extranjeros que tengan por objeto facilitar el intercambio turístico, en colaboración con la Secretaría de Relaciones Exteriores;

Organizar, promover y dirigir los espectáculos, congresos, excursiones, audiciones, representaciones y otros eventos tradicionales y folklóricos, de carácter oficial, para atracción turística, así como auspiciar los que con iguales fines promuevan las instituciones públicas y privadas que a su juicio merezcan su patrocinio;

Cooperar con las Secretarías de Educación Pública, Patrimonio Nacional y Agricultura y sus dependencias en la protección y conservación de monumentos históricos y artísticos, de parajes típicos y de parques nacionales de interés turístico;

Aplicar las sanciones conforme a los procedimientos y términos de la Ley Federal de Turismo y sus reglamentos;

Expedir su reglamento interior, y

Las demás que le fijen expresamente otras disposiciones legales.

#### CAPÍTULO IV

##### CONVENIOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y OTROS PAÍSES

40. *Enumeración.* Son fundamentalmente tres: a) La Convención sobre Condición de los Extranjeros, celebrada en La Habana, Cuba, firmada el 20 de febrero de 1928 y publicada en el *Diario Oficial* el 20 de agosto de 1931.

b) La Convención sobre facilidades aduaneras del Turismo, celebrada en Nueva York, el 4 de junio de 1954 y publicada en el *Diario Oficial* el 7 de noviembre de 1957.

c) El Protocolo adicional de la Convención sobre facilidades aduaneras del Turismo, relativo a la importación de documentos y de material de propaganda, celebrado en Nueva York, el 4 de junio de 1954 y publicado en el *Diario Oficial* de 7 de noviembre de 1957.

## CAPÍTULO V

### LEGISLACIÓN TURÍSTICA

41. *Panorama.* Las principales normas reguladoras de esta materia en los Estados Unidos Mexicanos, son las siguientes que veremos a continuación: A) La Ley Federal de Turismo, B) El Reglamento Interior del Departamento de Turismo, C) El Decreto de reforma al Reglamento de Explotación de Caminos de la Ley de Vías Generales de Comunicación, D) El Reglamento de Guías de Turistas, Guías-Choferes, y E) El Reglamento de las Agencias de Viajes.

42.A) *Ley Federal de Turismo.* La Ley Federal de Turismo de 3 de enero de 1961, publicada en el *Diario Oficial* el 1º de marzo de ese año, se compone de cinco títulos que, en diferentes capítulos, contiene la regulación de las siguientes materias: Disposiciones Generales, Autoridades de Turismo, Comisiones Locales, Cámaras y Confederación de Cámaras de Turismo, Organización Nacional de Turismo, Derechos y Obligaciones de los prestadores de servicios turísticos, Catálogo Turístico Nacional, Fomento del Turismo, Sanciones por incumplimiento de las normas que contiene la Ley y Transitorios.

43.B) *Reglamento Interior del Departamento de Turismo.* El 29 de noviembre de 1965 se expidió el Reglamento Interior del Departamento de Turismo, el cual fue publicado el 16 de diciembre de ese año y la Fe de Erratas el 18 de febrero de 1966. Establece la competencia del Departamento de Turismo en los términos de la Ley Federal de Turismo; enumera quiénes son los funcionarios superiores, estableciendo la forma de suplir las ausencias de cada uno de ellos; determina la organización de dicha Dependencia de la Administración Pública; regula las facultades del jefe, Secretario General y Oficial Mayor del Departamento; fija las normas genéricas para la actuación de los Directores, Subdirectores y jefes de oficina; precisa las funciones de los Secretarios particulares, Asesores técnicos y Comisiones Permanentes; regula la organización y funcionamiento de las diferentes Direcciones del Departamento, a saber: Administración; Planeación y Recursos Turísticos; Promoción; Servicios Jurídicos; Servicios Turísticos de Empresas Privadas; Supervisión y Quejas; Auxilio Turístico; Información, Prensa y Publicidad; Coordinación; Delegaciones Nacionales; Delegaciones en el extranjero y Sanciones y Guías; y establece las disposiciones generales sobre Oficinas, Delegaciones y Comisiones Locales de Turismo.

44.C) *Reforma al Reglamento de explotación de caminos de la Ley de Vías Generales de Comunicación.* En virtud de que la Ley de Vías Generales de Comunicación, como más adelante se detallará, establece el servicio exclusivo de turismo para el aprovechamiento de los caminos de jurisdicción federal, en la explotación de servicios públicos de autotransporte y a efecto de actualizar la normación reglamentaria, con fecha de 15 de noviembre de 1966, publicado en el *Diario Oficial* del 17 de ese mismo mes y año, se expidió el Decreto que reformó diversos artículos del Reglamento del Capítulo de Explotación de Caminos de la Ley de Vías Generales de Comunicación, especialmente el Capítulo V, estableciendo que las rutas de servicios exclusivos se determinarán teniendo en cuenta el catálogo de puntos de interés turístico que formule el Departamento de Turismo; se regula el transporte de turistas procedentes del extranjero y la combinación de servicios con otras empresas de transporte, para estimular el turismo internacional; la forma de hacer la declaración de necesidades y la formulación del pliego de condiciones para este servicio exclusivo de turismo; se establecen las reglas para el servicio regular en los circuitos turísticos; las obligaciones de operadores y ayudantes; la regulación para los permisos de frecuencia variable; el otorgamiento de permisos para los choferes guías y se prevé la satisfacción de dicho servicio por insuficiencia o inexistencia del mismo.

45.D) *Reglamento de Guías de Turistas, Guías-choferes y similares.* Este Reglamento fue expedido el 31 de julio de 1967, publicado el 14 de agosto de ese año. Determina el concepto de guía de turistas, autorización para desarrollar su actividad y clasificación de ellos; igualmente define al guía-chofer, fija los requisitos para ser guía de turistas; prevé la formación de escuelas y centros de capacitación para los guías y guías-choferes; fija las obligaciones de estos prestadores de servicios turísticos; las garantías que deben otorgar, la devolución de la garantía y señala las sanciones por violación de las disposiciones de la Ley y del Reglamento.

46.E) *Reglamento de las Agencias de Viajes.* El Reglamento de las Agencias de Viajes expedido el 6 de octubre de 1969 y publicado el 10 del mismo mes y año, señala que las actividades de las Agencias de Viajes son servicios necesarios para el fomento del turismo, el que es considerado de interés público; que para el funcionamiento de las Agencias de viajes se requiere autorización del propio Departamento de Turismo, el que les fijará las tarifas que deben cobrar por sus servicios, debiendo dichas Agencias otorgar las garantías que se determinan y estar sujetas

a vigilancia en su correcta operación; para realizar cualquier operación con la autorización que para funcionar les otorgó el Departamento de Turismo, es obligatoria la aprobación de éste; se enumeran las actividades que pueden desarrollar las Agencias de Viajes, definiéndose lo que debe entenderse por "viaje todo pagado"; somete a las referidas Agencias al cumplimiento de las obligaciones de la Ley Federal de Turismo y sus reglamentos, así como a las consignadas en los ordenamientos jurídicos vigentes; las Agencias deberán cumplir con sus convenios y su incumplimiento da lugar a la responsabilidad consiguiente y a las sanciones administrativas previstas legalmente; fija el procedimiento para que el Departamento de Turismo autorice las cantidades o porcentajes que las Agencias deberán cobrar por sus servicios; establece la expedición de una cédula o patente para las Agencias autorizadas; se señalan los requisitos que deben presentarse para obtener la autorización del funcionamiento de las Agencias de Viajes, previéndose que dichas Agencias una vez autorizadas podrán establecer Subagencias; fija las obligaciones de las Agencias de Viajes y Subagencias y la forma que deben seguir para realizar sus promociones de viajes tipo "paquete"; señala las garantías que deben otorgar las Agencias de Viajes ante la Tesorería de la Federación para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones para con los turistas, en forma mínima inicial de \$150.000,00 cuando se vayan a establecer en el Distrito Federal y \$100.000,00 en cualquiera otra parte del territorio nacional; por cada Subagencia aumentará dicha garantía en \$50.000,00; en los viajes tipo "paquete" para turismo al extranjero, en que la fianza otorgada resultare notoriamente insuficiente, podrán señalarse garantías adicionales fijadas por el Departamento de Turismo; los conflictos entre las Agencias de Viajes y los turistas, se dirimen mediante un procedimiento de conciliación que, en caso de no llegar a un acuerdo, puede conducir a la proposición del arbitraje del Departamento de Turismo y, en última instancia, a los tribunales competentes; establece sanciones de clausuras para los establecimientos que operen sin autorización, suspensiones en los casos de incumplimiento sistemático de las obligaciones, cancelaciones por motivos graves, multas que puedan aplicarse por infracciones al Reglamento, regulándose el procedimiento administrativo para las cláusulas, suspensiones, cancelaciones y multas. El Reglamento abroga el expedido el 5 de septiembre de 1968 y deroga las disposiciones que se opongan a ese Ordenamiento. Respeto los derechos adquiridos por las Agencias de Viajes ya autorizadas.

## CAPÍTULO VI

### DEPARTAMENTO DE TURISMO

47. *Estática y dinámica institucionales.* Siguiendo un esquema clásico, dividiremos el estudio de esta institución en dos apartados, dedicados respectivamente a la estructura (A) y al funcionamiento (B).

48.A) *Estructura orgánica.* La organización del Departamento obedece al esquema orgánico siguiente:

- 1.0 Jefe del Departamento
- 1.0.1 Comisiones Locales de Turismo
- 1.0.2 Asesorías
- 1.1 Secretario General
- 1.1.1 Dirección de Delegaciones en el extranjero
- 1.1.2 Dirección de Delegaciones nacionales
- 1.1.3 Dirección de Servicios Jurídicos
- 1.1.4 Dirección de Sanciones y Guías
- 1.1.5 Dirección de Supervisión y Quejas
- 1.1.6 Dirección de Coordinación
- 1.1.7 Dirección de Servicios Turísticos de Empresas Privadas
- 1.2 Oficial Mayor
- 1.2.1 Dirección de Administración
- 1.2.2 Dirección de Promoción
- 1.2.3 Dirección de Información, Prensa y Publicidad
- 1.2.4 Dirección de Auxilio Turístico
- 1.2.5 Dirección de Planeación y Recursos Turísticos

49.B) *Funciones.* Veremos sucesivamente las del Jefe del Departamento (a) y órganos subordinados, en especial las del Secretario General (b) y del Oficial Mayor (c) y las direcciones a ellos subordinadas.

50.a) *Jefe del Departamento.* Al jefe incumben tres series de facultades: aa) Planear, organizar, dirigir y controlar los asuntos referentes a la conservación, protección, creación y mejoramiento de los recursos turísticos de la nación y el fomento del turismo.

bb) Formular los servicios de información y auxilio a los turistas; la propaganda oficial en materia de turismo; el establecimiento en el interior y exterior de oficinas de turismo; autorizar y supervisar las tarifas

de los servicios destinados a los turistas; organizar y promover espectáculos, congresos, excursiones, audiciones, turísticos de carácter oficial; organizar y registrar las Cámaras de Turismo y su Confederación Nacional; autorizar los servicios de las agencias de viajes y guías de turistas, así como su capacitación; vigilar la observancia de los precios en los casos en que puedan ser fijados por los prestadores de servicios turísticos; elaborar el catálogo turístico nacional; celebrar convenios con los gobiernos de los estados-miembros sobre incremento o intercambio turístico; designar y remover a los representantes del Departamento en las comisiones y organismos en que participe; resolver los recursos administrativos que se interpongan contra las resoluciones dictadas por el Departamento, Delegaciones y Comisiones Locales de Turismo.

cc) Refrendar leyes, reglamentos, decretos, acuerdos de órdenes que en materia de su competencia expida el Presidente de la República y cumplir las funciones que expresamente le fijen las leyes y reglamentos o el Presidente de la República.

51.b) *Los organismos auxiliares del jefe.* Son ellos las Comisiones Locales de Turismo (aa) y las Asesorías (bb).

52.aa) *Comisiones Locales de Turismo.* Les compete: Coordinar los intereses locales y federales en materia de turismo, aportando elementos para la planeación en su jurisdicción y desempeñando las funciones de órganos de opinión y consulta; sus resoluciones son revisables por el Departamento de Turismo.

Organizar y controlar en su jurisdicción las actividades del Departamento de Turismo en lo relativo a tarifas y precios; aplicación de sanciones, conservación de monumentos y en general, fomento del turismo y supervisar los servicios turísticos locales.

53.bb) *Asesorías.* Les incumbe: Resolver las consultas del Jefe del Departamento y de los funcionarios supervisores en sus materias específicas de Relaciones Públicas, de Organización y Métodos, Planeación, Creativa, Contraloría Contable y Administrativa del Departamento y otras.

54.c) *Secretario General.* Son sus facultades y deberes los siguientes: Colaborar con el titular en todos los asuntos de las atribuciones del propio Departamento y suplir a dicho funcionario en sus ausencias temporales; dirigir los asuntos de la dependencia del Departamento a su cargo; autorizar las copias certificadas de documentos y expedir constan-

cias; controlar y supervisar la organización y funcionamiento de los centros de capacitación turística; autorizar los libros de registro de las personas, empresas y organismos relacionados con el turismo.

55.d) *Organos directamente subordinados al Secretario General.* En su línea jerárquica descendiente, se encuentran las siguientes Direcciones: de Delegaciones en el extranjero (aa), de Delegaciones nacionales (bb), de Servicios jurídicos (cc), de Sanciones y Guías (dd), de Supervisión y Quejas (ee), de Coordinación (ff), y de Servicios Jurídicos de Empresas Privadas (gg).

56.aa) *Dirección de Delegaciones en el extranjero.* A ésta compete: Coordinar las actividades de las Delegaciones en el extranjero; vigilar la oportunidad, veracidad y efectividad de la información que se proporciona fuera del país y el exacto cumplimiento por parte de las oficinas y delegaciones en el extranjero respecto de las disposiciones que en materia de turismo dicten las autoridades correspondientes y de las disposiciones relativas a las formas migratorias de las personas que pretendan internarse en el país en calidad de turistas; intervenir, por acuerdo del Jefe del Departamento en actividades de los organismos internacionales de turismo de los que los Estados Unidos Mexicanos son miembros, evaluando sus resultados.

57.bb) *Dirección de Delegaciones nacionales.* A ella compete: Coordinar las labores que en materia de turismo realizan las autoridades estatales y Municipales con el Departamento a través de las Delegaciones, Subdelegaciones y Comisiones Locales; proponer la creación de ellas y cuidar que éstas cumplan con la ordenación turística en general.

Asesorar a los sectores privados para que participen en la programación turística nacional; promover la conciencia turística a nivel regional y estimular las inversiones que mejoren el equipo turístico, tanto en la infraestructura, como en los servicios en las diversas entidades federativas.

58.cc) *Dirección de Servicios Jurídicos.* A ésta compete: Glosar y coordinar la legislación sobre turismo, así como formular proyectos de iniciativa sobre reformas a dicha legislación; asesorar al Departamento, Oficinas, Delegaciones y Comisiones Locales de Turismo en materia de legislación turística y en los problemas jurídicos que se le presenten; tramitar los recursos de revisión en contra de multas por infracciones a los ordenamientos turísticos.

59.dd) *Dirección de Sanciones y Guías.* A ella compete: Imponer las sanciones previstas en la Ley Federal de Turismo, cuando la infracción se cometa en el Distrito Federal, o en dos o más entidades federativas, mediante procedimientos administrativos; tramitar la cancelación del registro de los sujetos turísticos.

Autorizar y controlar a los Guías, Guías-choferes y similares; elaborar y autorizar las tarifas de los prestadores de esos servicios e intervenir en su capacitación.

60.ee) *Dirección de Supervisión y Quejas.* A ella compete: Supervisar toda clase de servicios turísticos; vigilar la correcta aplicación de las tarifas y la observancia de los precios de los servicios turísticos; informar a la superioridad sobre el cumplimiento y aplicación de disposiciones legales en materia turística.

61.ff) *Dirección de Coordinación.* A ella compete: Tramitar ante las diversas Dependencias del Ejecutivo Federal, la resolución de los asuntos que afecten al turismo de dependencias del Departamento; intervenir en el trámite de los diversos asuntos planteados por las Delegaciones o Subdelegaciones en el país, así como las del extranjero.

Informar a las Delegaciones en el país o en el extranjero de las disposiciones dictadas por las autoridades del Departamento.

Coordinar sus funciones con las medidas de fomento y protección del turismo dictadas por las Secretarías y Departamentos de Estado.

Encauzar y fomentar las campañas nacionales proturismo, tanto en el país como en el extranjero.

62.gg) *Dirección de Servicios Turísticos de Empresas Privadas.* Esta Dirección tiene sólo dos facultades básicas: Autorizar la categoría de "Sujeto y Establecimientos de calidad Turística" y registrar a quienes la posean.

Tramitar la autorización de tarifas y ejercer su control administrativo.

63.e) *Oficial Mayor.* Directamente subordinado al Jefe del Departamento y al Secretario General, le compete: aa) Administrar los asuntos internos del Departamento en materia de personal, de presupuesto, así como de los servicios auxiliares en general, y proponer sistemas administrativos más convenientes.

bb) Auxiliar en sus funciones al Jefe del Departamento y al Secretario General, de acuerdo con las instrucciones que reciba de los mismos.



Suplir al Secretario General en sus ausencias y al Jefe del Departamento en la de ambos.

64.f) *Direcciones dependientes del Oficial Mayor.* En su línea jerárquica descendente se hallan las siguientes Direcciones: de Administración (aa); de Promoción (bb); de Información, Prensa y Publicidad (cc); de Auxilio Turístico (dd); y de Planeación y Recursos Turísticos (ee).

65.aa) *Dirección de Administración.* A ella compete: Formular los anteproyectos de presupuestos y tramitar lo relativo al ejercicio del Presupuesto de Egresos.

Manejar los asuntos del personal; abastecimientos; mantenimiento y conservación; custodia de valores o bienes y operación de espectáculos de luz y sonido.

66.bb) *Dirección de Promoción.* A ella compete: Divulgar la existencia de recursos y servicios turísticos; fomentar la organización de toda clase de eventos turísticos; e intervenir en la revisión y aprobación de la propaganda de la iniciativa privada.

67.cc) *Dirección de Información, Prensa y Publicidad.* A ella compete: Promover, dirigir y realizar la propaganda turística oficial; aprobar la publicación privada de esa índole; informar a los corresponsales extranjeros; y las relaciones públicas en materia turística con personalidades de otros países.

68.dd) *Dirección de Auxilio Turístico.* A ella compete: Proporcionar a los turistas servicios de auxilio, protección e información; planear e implantar el señalamiento turístico; orientar a los turistas a través de casetas de información debidamente ubicadas y proponer el mejoramiento de las condiciones de las carreteras nacionales.

69.ee) *Dirección de Planeación y Recursos Turísticos.* A ella compete: Elaborar y actualizar el catálogo turístico nacional, para conocer los recursos del país y formular la información estadística acerca de ellos, así como de las labores de las dependencias del Departamento.

Planear, analizar y dictaminar sobre la creación y desarrollo de nuevos centros de atracción turística y desarrollo de los ya existentes.



## § 24. LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS EN COLOMBIA

Jaime CASTRO CASTRO

*Profesor de la Universidad Externado de Colombia y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República de Colombia*

### SUMARIO

**INTRODUCCION.** 1. La necesidad de una sistematización. 2. La reforma administrativa de 1968. 3. Plan.

**I) NATURALEZA, FUNCIONES Y CLASIFICACION.** 4.A) *Unidad de la Administración.* 5.A') Presidencia de la República. 6.B') Ministerios y Departamentos Administrativos. 7.C') Entidades u organismos descentralizados. 8.B) *Clasificación y funciones.* 9.A') Establecimientos Públicos. 10'B) Empresas Industriales y Comerciales del Estado. 11.C') Sociedades de Economía Mixta. 12.D') Entidades descentralizadas indirectas. 13.E') Fondos Rotatorios. 14.F') Fundaciones o Instituciones de utilidad común.

**II) ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO.** 15.A) *Estructura orgánica.* 16.A) Dirección. 17.a) La Junta o Consejo Directivo. 18.b) El Gerente, Director o Presidente. 19.B') Organización interna. 20.C') Régimen Jurídico. 21.D') Personal. 22.E') Patrimonio y Control Fiscal. 23.B) Tutela Gubernamental. 24.A') Poderes Jurídicos generales de control. 25.B') Control específico de ciertos actos. 26.C') Control en la integración de los órganos supremos. 27.C) *Control del Congreso.*

**ANEXO I: LISTA CLASIFICADA DE ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS.**

i) Establecimientos públicos. ii) Empresas industriales y comerciales del Estado. iii) Algunas sociedades de economía mixta. iv) Fondos sin personería jurídica.

**ANEXO II: ADSCRIPCION Y VINCULACION DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS A LOS MINISTERIOS Y DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS.**

### INTRODUCCIÓN

1. *La necesidad de una sistematización.* Los organismos creados en desarrollo de los principios propios de la descentralización funcional han

adquirido en Colombia, como en la mayoría de los Estados modernos, gran importancia en razón de los servicios que atienden y del volumen de los recursos que manejan. Pero solo en los últimos años, definida su constitucionalidad por la jurisprudencia y consagrada expresamente su existencia misma por la Constitución de la República, se empezaron a dictar normas de carácter legislativo, comunes a todos esos organismos y relativas a su integración dentro del aparato administrativo, determinación de sus elementos, régimen de control fiscal y clasificación para algunos efectos (vgr., reducción del gasto público).

El número cada día mayor de organismos —en 1950 había, a nivel nacional, 16 Establecimientos Públicos y 4 Empresas Industriales y Comerciales del Estado; en 1960, 39 Establecimientos y 9 Empresas y en 1969, 72 Establecimientos y 15 Empresas— y la importancia creciente de los mismos (sus servicios interesan a la comunidad entera y cumplen tareas indispensables en todo proceso de desarrollo económico-social), hicieron necesaria la expedición de un estatuto básico que recogiendo, completando y mejorando las disposiciones anteriores, contemplara todos los aspectos relativos a su clasificación y organización; precisara el régimen jurídico de sus actos, contratos, operaciones, bienes y personal; determinara la competencia judicial para el conocimiento de sus litigios y asegurara su sometimiento a la política, planes y programas del Gobierno, a través de mecanismos de tutela que no lesionaran la autonomía y la independencia administrativas requeridas para su normal funcionamiento. También se había visto la necesidad de acabar con las situaciones de indefinición o de contradicción legislativa y jurisprudencial que existían sobre esas materias y se había hecho urgente asegurar una mejor utilización de los recursos públicos mediante la integración y coordinación de los programas a cargo del Gobierno.

2. *La reforma administrativa de 1968.* Tal estatuto se dictó dentro del programa de reforma administrativa de 1968 y se halla contenido en los decretos 1050 y 3130 del mismo año, el primero orgánico de la Administración Central y el segundo relativo a las entidades u organismos descentralizados.

El presente trabajo es una síntesis de los principios adoptados en esas disposiciones y que rigen para los organismos o entidades de nivel nacional; sus similares, de carácter departamental o municipal, se someten a normas parecidas, ya que las distintas entidades territoriales han adoptado, dentro

del marco de su autonomía, estatutos semejantes a los expedidos por el Gobierno Central.

3. *Plan.* Primero se precisará su ubicación dentro del aparato administrativo estatal y se presentarán los diferentes tipos de organismos, su definición, naturaleza y elementos; después, se describirán los aspectos más importantes de su organización y funcionamiento, tales como estructura interna y régimen jurídico de sus actos y, por último, se analizarán los distintos mecanismos de control o tutela gubernamental. Como anexos se incluyen sendas listas de los organismos descentralizados existentes en octubre de 1969, clasificados por tipos o categorías y por sectores de servicio, según su adscripción o vinculación a un Ministerio o Departamento Administrativo.

## I

### NATURALEZA, FUNCIONES Y CLASIFICACIÓN

4. A) *Unidad de la Administración.* El decreto 1050 de 1968 hace de la Administración nacional un conjunto coherente e integrado. Clasifica los distintos organismos administrativos, les señala sus funciones genéricas y establece sus relaciones de la siguiente manera:

5. A') *Presidencia de la República.* Está integrada por los servicios auxiliares que requiera el Presidente de la República para cumplir las funciones de "suprema dirección, coordinación y control de la actividad de los diferentes organismos administrativos" que le señalan la Constitución y la ley.

6. B') *Ministerios y Departamentos Administrativos.* La ley les asigna un rol de dirección del área del servicio que a cada uno corresponde, independientemente de que la ejecución de dicho servicio esté a cargo de esos mismos organismos o de entidades descentralizadas. Por eso los califica de "organismos principales de la Administración" y deduce de tal carácter dos consecuencias:

a) Tienen como función principal formular la política para el cumplimiento de las funciones y la atención de los servicios que les estén asignados, dictar las normas necesarias para tal efecto y preparar los planes y programas de desarrollo correspondientes a su sector.

b) Para asegurar la unidad necesaria en la ejecución de la política y planes así definidos, les corresponde orientar, coordinar y controlar, mediante mecanismos de tutela que más adelante se explican, los organismos descentralizados que la ley les “adsciba” o “vincule”.

7.C') *Entidades u organismos descentralizados.* Como ya se anunció, dependen, en los términos de la ley y demás disposiciones pertinentes, de un Ministerio o Departamento Administrativo. Su función principal consiste en la ejecución, dentro del campo de su competencia, de la política y de los planes y programas que estos últimos, con la participación de los mismos descentralizados, hayan adoptado para el respectivo sector. Por eso se hallan siempre “adscritos” o “vinculados” a un Ministerio o Departamento Administrativo, encargado de ejercer frente a ellos los poderes que la tutela gubernamental comporta, de representar sus intereses ante el Gobierno y de responder por su gestión ante el Congreso y la opinión pública.

En esta forma, los Ministerios y Departamentos Administrativos son organismos de carácter normativo encargados, principalmente, de concebir y formular la política del sector de servicio que les asigne la ley y de controlar la ejecución que de la misma hagan las entidades descentralizadas puestas bajo su tutela. Sólo en algunos casos y de manera parcial los denominados organismos principales de la Administración tienen funciones de tipo operativo o ejecutivo. Estas se cumplen por las distintas categorías o tipos de descentralizados que se hallen dentro de la órbita de cada Ministerio o Departamento Administrativo, titular de la tutela gubernamental que permite orientar, coordinar y controlar dicha ejecución.

8.B) *Clasificación y funciones.* Conforme al *decreto 3130 de 1968* los organismos de la Administración dotados de personería jurídica y conocidos indistintamente con los nombres de “Institutos”, “Instituciones”, “Entidades o Empresas oficiales o semioficiales” o “Entidades Descentralizadas”, son de tres tipos:

- Establecimientos Públicos
- Empresas Industriales y Comerciales del Estado
- Sociedades de Economía Mixta.

Y el *decreto 1050 del mismo año* los define, además de señalar su naturaleza y elementos, en términos que por su claridad y precisión no requieren comentario alguno:

9.A') *Establecimientos Públicos*. "Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, y que reúnen las siguientes características:

- a) Personería jurídica;
- b) Autonomía administrativa; y
- c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial" (*art. 5º*).

10.B') *Empresas Industriales y Comerciales del Estado*. "Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

- a) Personería jurídica
- b) Autonomía administrativa; y
- c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial" (*art. 6º*).

La ley da el carácter de Empresas Industriales y Comerciales a algunas Sociedades de Economía Mixta, conforme a lo que se expondrá en el ordinal siguiente.

11.C') *Sociedades de Economía Mixta*. "Son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley.

El grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determinan en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social" (*art. 8º*).

*El artículo 3º del decreto 3130* dispone que "Las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social se someten al régimen previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado".

Las mismas disposiciones, con el fin de afianzar la unidad del sistema establecido y buscando acabar las indefiniciones y hasta contradicciones antes originadas en la ley y en la jurisprudencia y que se reflejaban en la diversidad de regímenes e incluso de nomenclatura, contemplaron situaciones que, por su origen o naturaleza, son idénticas o similares a las de la tipología consagrada y, por lo tanto, susceptibles de recibir el mismo tratamiento o son diferentes de esos casos y están, entonces, sujetas a un estudio distinto.

12.D') *Entidades descentralizadas indirectas.* (Decreto 3130 de 1968, art. 4º). Se denominan así las personas jurídicas que resultan de la participación de la nación y entidades descentralizadas territorialmente (Departamentos o Municipios) o por servicios, asociadas entre sí o con particulares, o que se creen por la asociación de entidades descentralizadas con o sin el concurso de personas privadas.

La ley ordena que esas nuevas entidades, fruto de las participaciones contempladas, sean calificadas, en el acto de su constitución, como Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado o Sociedades de Economía Mixta, según su naturaleza y elementos y que en dicho acto también se precisen su pertenencia a los órdenes nacional, departamental o municipal, conforme al ámbito del servicio que presten, la proporción de las participaciones y la intención de sus creadores. En estas condiciones, aunque se trata de situaciones originadas en hechos distintos a los previstos para los casos corrientes de organismos descentralizados, la coherencia del sistema se conserva al ordenar que esas nuevas personas jurídicas sean clasificadas dentro de las categorías antes descritas, sometiéndolas así, pensamos nosotros, al régimen a éstas asignado.

13.E') *Fondos Rotatorios.* (Decreto 3130 de 1968, art. 2º). Con la misma intención de definir y separar los distintos fenómenos administrativos, se dispone que los denominados "Fondos", lleven o no la mención concreta de "fondos rotatorios", son un mero sistema para facilitar o agilizar el manejo de parte de los bienes o recursos de un organismo, sin que ello dé lugar a la aparición de una nueva entidad, y que solo en el caso de que con el mismo fin se cree un organismo dotado de personería jurídica se estará en presencia de un Establecimiento Público.

14.F') *Fundaciones o Instituciones de Utilidad Común.* (Decreto 3130 de 1968, arts. 5º y 6º). Por último, para distinguir entes públicos y pri-



vados que podrían confundirse por la similitud de sus funciones, se define a las Fundaciones o Instituciones de Utilidad Común como personas jurídicas privadas, "creadas por la iniciativa particular para atender, sin ánimo de lucro, servicios de interés social", "sujetas a las reglas del derecho privado", que, sin estar adscritas ni vinculadas a la Administración, se someten a la inspección y vigilancia del Gobierno "para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores".

## II

### ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

Veremos sucesivamente la estructura orgánica (A) y los procedimientos de tutela gubernamental (B) y de control del Congreso (C).

15.A) *Estructura orgánica*. El trabajo de definición y clasificación de los diferentes organismos se acompaña de un conjunto de normas comunes, también de carácter legal, para su organización y funcionamiento. Se busca con ello asegurar cierta uniformidad orgánica y funcional que, por su generalidad, no llega a disminuir la autonomía y agilidad necesarias para la prestación de los servicios a su cargo.

16.A') *Dirección*. "La dirección de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado estará a cargo de una Junta o Consejo Directivo, que siempre presidirá un Ministro o Jefe de Departamento Administrativo o su delegado; y, de un Gerente, Director o Presidente, que será su representante legal" (*Decreto 1050 de 1968, art. 25*).

17.a) *La Junta o Consejo Directivo*. Si se tratara de esquematizar la composición de las Juntas se podría decir que en ellas hay, en proporciones variables, representantes oficiales o del gobierno (funcionarios que asisten en razón del cargo que desempeñan), representantes del sector privado (en calidad de técnicos, usuarios del servicio o dignatarios de gremios o corporaciones) y algunas veces representantes de la Iglesia católica. En ningún caso se prevé la participación de los servidores del organismo respectivo; si en algunas Juntas toman parte representantes de las centrales obreras, su condición es la de voceros de los usuarios o bene-

ficiarios del servicio y no la de representantes de los empleados o trabajadores de la entidad en cuestión. El mismo *decreto 1050 (art. 26)* se encarga de señalar sus funciones genéricas:

- formular la política general del organismo y los planes y programas que deba desarrollar,
- aprobar el presupuesto del organismo,
- determinar la estructura interna de la entidad y su planta de personal,
- controlar el funcionamiento general de la organización y verificar su conformidad con la política adoptada.

El *decreto 3130* contiene el estatuto de los miembros de la Junta Directiva, del que vale la pena destacar los siguientes aspectos:

- deben obrar “consultando el interés del organismo ante el cual actúan”, pues su misión en esas corporaciones no consiste en hacer prevalecer los intereses de los grupos que algunos de ellos pueden representar;
- aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos (se logra así la vinculación de representantes y técnicos del sector privado que no participarían si estuvieran sujetos a las prohibiciones establecidas por la ley para los funcionarios);
- el Gobierno fija los honorarios a que tienen derecho por su asistencia a las Juntas y señala el máximo de lo que cada miembro puede percibir mensualmente;
- los empleados o funcionarios públicos no podrán recibir honorarios por más de dos Juntas o Consejos a los que asistan en virtud de mandato legal o por delegación;
- los particulares no podrán ser miembros de más de dos Juntas o Consejos de Establecimientos Públicos y de Empresas Industriales y Comerciales del Estado;
- el régimen de incompatibilidades es severo (no pueden “ni durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a su retiro, prestar sus servicios profesionales al respectivo organismo, ni hacer por sí ni por interpuesta persona contrato alguno con el mismo, ni gestionar ante él negocios propios o ajenos”, “tampoco podrán intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que

hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones y por razón de su cargo”).

18.b) *El Gerente, Director o Presidente.* El art. 27º del decreto 1050 les señala como atribución especial la de dirigir la ejecución de las funciones o programas de la organización y el personal de la misma y suscribir, como su representante legal, los actos y contratos que para tales fines deban expedirse o celebrarse, y el 3130 dice que cumplirán todas aquellas que se relacionen con la organización y funcionamiento de la entidad y que no se hallen expresamente atribuidas a la Junta o a otro funcionario, confirmando así su condición de primera autoridad ejecutiva del organismo.

El estatuto del Gerente, Director o Presidente surge de su calidad de empleado público y de su carácter de agente del Presidente de la República, aspectos que se verán más adelante; sus incompatibilidades son las propias de todo funcionario y las de los miembros de las Juntas o Consejos Directivos que les sean aplicables.

19.B') *Organización Interna.* También es el decreto 3130 el que contiene las normas más importantes sobre la materia.

a) Se autoriza a las Juntas o Consejos Directivos para que deleguen en los representantes legales de cada uno de los organismos el cumplimiento de ciertas funciones o la celebración de determinados actos y a éstos para que deleguen algunas de sus funciones en otros servidores de la entidad, todo mediante el cumplimiento de las formalidades que señale la ley o prescriban los estatutos.

b) Se prevé que las entidades que no tuvieren por disposición legal limitada su jurisdicción territorial, podrán extender su acción a todas las regiones del país creando las unidades o dependencias necesarias para el efecto, las que, de otra parte, podrán no coincidir con la división general del territorio (es decir, con la delimitación geográfica de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, que son las entidades territoriales que consagra la Constitución). Se ordena, además, que dicha actividad seccional o local se coordine con la que, en servicios similares, cumplan las colectividades que se acaban de nombrar.

c) Con el fin de lograr una política uniforme de salarios para el personal al servicio del Estado en sus diferentes organismos y para facilitar las comunicaciones administrativas y el trabajo intersectorial, se ha dispuesto

que la denominación de las distintas dependencias o unidades de los Establecimientos Públicos, excepción hecha de las Universidades por razones obvias, se someta a la nomenclatura uniforme que la misma ley establece en función de la naturaleza y volumen del trabajo atribuido a cada unidad o dependencia.

d) Los principios presentados sobre dirección y organización interna son aplicables en los Establecimientos Públicos y en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (a las que es necesario asimilar algunas sociedades de Economía Mixta, como antes se dijo).

La dirección y organización interna de las Sociedades de Economía Mixta cuando, más adelante, se hable del régimen jurídico de los actos que crea o autoriza y a las respectivas estipulaciones contractuales. Casi siempre sus órganos directivos son la Asamblea General de Accionistas, la Junta Directiva y el Gerente.

La misma excepción debe hacerse para las Sociedades de Economía Mixta cuando, más adelante, se hable de régimen jurídico de los actos y contratos y de la situación del personal.

20.C') *Régimen Jurídico*. Como lo dice la misma definición dada por la ley para las distintas clases de entidades, el régimen jurídico a éstas aplicable, o que gobierna su situación y relaciones con los demás, depende de la naturaleza del organismo en cuestión y de su ubicación dentro del aparato administrativo. Así se dispone que los Establecimientos Públicos cumplen sus funciones "conforme a las reglas del derecho público" y que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta desarrollan sus actividades "conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley".

La formulación anterior se precisa mejor cuando se determinan, por la misma ley, las normas aplicables a los actos, hechos, operaciones y contratos de los descentralizados y cuando se asigna a jueces especializados el conocimiento de los litigios a que diere lugar su actividad.

a) La ley asimila los actos, hechos y operaciones de los Establecimientos Públicos y los de las Empresas Industriales y Comerciales, cuando éstas cumplen funciones administrativas por asignación de la ley, a los actos, hechos y operaciones de la administración, es decir, les da el carácter de administrativos. Como tales se someten al derecho público y están sujetos, por ejemplo, al mismo procedimiento gubernativo que se establece

para los actos de la Administración central (recursos de reposición y apelación) y son susceptibles de las mismas acciones jurisdiccionales (de nulidad y de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho). En ambos casos, ya se trate de recursos administrativos o de acciones jurisdiccionales, los actos, hechos y operaciones de los organismos descentralizados se tramitan, salvo disposición en contrario, por los mismos procedimientos y términos que se consagran para los actos hechos y operaciones de la Administración central.

También se dispone que los actos y hechos que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria.

b) Se establece en forma clara que los contratos de los Establecimientos públicos deberán contener obligatoriamente las cláusulas que sobre garantías, caducidad administrativa y reclamaciones diplomáticas la ley exige para los del Gobierno y se asigna el conocimiento de las controversias a que dieran lugar a jueces especializados. Y para conservar el principio que estamos desarrollando se dice que los Contratos de las Empresas y de las Sociedades, salvo disposición en contrario, no se someten a las formalidades que la ley exige para los del Gobierno, que sus cláusulas serán usuales en los contratos de los particulares y que sólo mediante pacto expreso de las Empresas podrán, en algunos casos, reservarse el derecho a declarar administrativamente y conforme a la ley respectiva, la caducidad de los contratos que contuvieren dicha cláusula.

c) Por último, como ya se ha enunciado, la ley atribuye en forma general el conocimiento de las controversias a que diere lugar la actividad de los Establecimientos a una jurisdicción especializada, integrada por el Consejo de Estado y los Tribunales Departamentales de lo Contencioso Administrativo e instituida precisamente para conocer de los litigios que se suscitaren con motivo de los actos, hechos u operaciones de la Administración. Igual principio se sigue cuando las Empresas cumplen funciones administrativas por voluntad de la ley o cuando pactan la cláusula de caducidad en sus contratos. En cambio, el resto de actividad de las Empresas, lo mismo que la de las Sociedades de Economía Mixta, es justiciable ante la jurisdicción ordinaria.

21.D') *Personal*. Al precisar la naturaleza de la relación que existe entre el Estado y las personas que prestan sus servicios en los organismos

descentralizados, las disposiciones vigentes (*decreto 3135 de 1968*) aplican la dualidad de regímenes jurídicos de que se ha hecho mención.

a) Las personas que prestan sus servicios en los Establecimientos Públicos son empleados públicos, aunque se autoriza que en los estatutos de esos organismos se precisen taxativamente las actividades que pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo (especialmente las que se relacionen con labores de construcción y de sostenimiento de obras públicas).

b) "Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales", sin perjuicio de que en los estatutos de esas entidades se diga "qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

c) Aunque la ley no lo dice expresamente se entiende que los servidores de las Sociedades de Economía Mixta tienen el carácter de trabajadores oficiales, a menos que por disposición particular y referida a cada una de las Sociedades se les confiera calidad distinta.

La distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales y las consecuencias que de ella se derivan, aparecen si se tiene en cuenta que los primeros son titulares de una "situación legal y reglamentaria" y que los derechos y obligaciones de los segundos emanan del contrato de trabajo (individual o colectivo) que hayan suscrito.

Un punto que vale la pena destacar es el relativo al denominado "estatuto de personal" que debe ser expedido en cada organismo por su Junta o Consejo Directivo y aprobado, lo mismo que sus reformas, por el Gobierno Nacional. La disposición legal pertinente busca uniformar, por lo menos parcialmente, el régimen aplicable a los servidores del Estado, independientemente del organismo al cual se hallen vinculados. La situación actual, originada en que un patrono o empleador común (el Estado) carece de política al respecto con las personas que le sirven en distintas dependencias, es de desigualdades aberrantes y de injusticias graves, sobre todo si se comparan los casos de los funcionarios de los Ministerios y de los organismos descentralizados. Por ello se otorgó al Gobierno esa facultad de aprobación o revisión que le permite definir una política sobre el particular y unificar los regímenes, máxime si se tiene en cuenta que el estatuto de cada organismo debe regular íntegramente la materia, pues debe

contener "las condiciones para la creación, supresión y fusión de cargos y de acceso al servicio; las situaciones administrativas y el régimen disciplinario; el campo de aplicación de la carrera administrativa y los correspondientes procedimientos; lo mismo que todo lo referente a la clasificación y remuneración de los empleos, primas o bonificaciones, gastos de representación, viáticos, horas extras, prestaciones sociales y requisitos para el otorgamiento de comisiones en el interior o en el exterior del país" (*decreto 3130 de 1968, art. 38*).

22.E') *Patrimonio y Control Fiscal*. Los bienes y recursos de los descentralizados son distintos en cada uno de ellos, pero de manera general se puede decir que provienen de:

a) Los aportes o destinaciones que les hagan en sus respectivos presupuestos la Nación, los Departamentos, los Municipios u otras entidades de derecho público o privado.

b) Las tasas o tarifas que recauden por los servicios que presten y las sumas que reciban por las demás operaciones que realicen.

c) Los que, como personas jurídicas que son, adquieran a cualquier otro título (donación, empréstitos, etc.).

d) Los demás que les asignen las leyes u otros actos que se expidan en desarrollo de las mismas.

El manejo de dichos patrimonios se hace conforme a presupuestos anuales preparados por los Gerentes o Directores y aprobados por las respectivas Juntas o Consejos Directivos (en la mayoría de los estatutos orgánicos se exige para la aprobación del presupuesto respectivo, el voto favorable del Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo Despacho se halle adscrita o vinculada la entidad correspondiente). En la elaboración, trámite, publicidad, ejecución y liquidación de esos presupuestos se deben observar las normas que sobre el particular consagren la ley orgánica del presupuesto y los reglamentos que en desarrollo de la misma expida la Dirección General del Presupuesto (unidad dependiente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que tiene a su cargo la vigilancia administrativa y económica de las actividades presupuestales de toda la Administración y que puede, en consecuencia, ordenar visitas de control a las oficinas correspondientes, solicitar informes periódicos sobre el avance financiero y físico de las inversiones e, incluso, encargarse directamente de las oficinas de presupuesto en aquellos organismos que atraviesen difi-

cultades especiales en un momento determinado). Por otra parte, por conducto de este mismo Ministerio, dichos presupuestos deben someterse al examen del Congreso Nacional, como presupuestos anexos al presupuesto general de la Nación.

Por tratarse de fondos públicos, el control fiscal de los descentralizados de que nos ocupamos y de las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posee más del 50% de su capital, corresponde al organismo —Contraloría General de la República— encargado por la Constitución y la Ley de la vigilancia fiscal de la Administración central. El Contralor General de la República es elegido por la Cámara de Representantes (una de las dos Cámaras del Congreso Nacional) para períodos de cuatro años. Se ejerce por medio de Auditores dependientes administrativa, jerárquica y funcionalmente de la Contraloría y delegados por la misma ante cada uno de los organismos descentralizados.

En las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posee más del 50% de su capital, el auditor es escogido por la entidad fiscalizada de terna que le presenta el Contralor General de la República. En las que posee menos del 50%, el auditaje se realiza conforme al respectivo contrato, a menos que la Sociedad maneje, reciba o invierta "fondos provenientes de impuestos, tasas, contribuciones de carácter especial o cuotas creadas por la ley", pues en este caso dicha vigilancia también corresponde a la Contraloría General de la República.

La vigilancia fiscal, en la parte relativa a patrimonio y presupuesto, comprende, en cada caso, la verificación del cumplimiento de los requisitos legales y se extiende, además, al análisis contable y financiero de los balances, la verificación de libros e inventarios, etc.

Con el fin de garantizar la independencia en el ejercicio de la función fiscalizadora, una disposición especial ordena que "los funcionarios de la Contraloría General de la República que hayan ejercido el control fiscal de los organismos descentralizados, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, no podrán ser nombrados ni prestar sus servicios en ellos, sino después de un año de producido su retiro" (*decreto 3130 de 1968, art. 42º*).

23.B) *Tutela Gubernamental.* Conforme al texto mismo de la ley, la tutela que el Gobierno ejerce sobre los descentralizados tiene por objeto lograr la conformidad y coordinación, e incluso la integración si fuere



necesario, de las actividades del organismo controlado con la política general y los planes y programas adoptados para el sector gubernamental al cual pertenece por la naturaleza de sus funciones. En razón de ello la titularidad de dicha función corresponde al Ministerio o Departamento Administrativo al cual se halle adscrito o vinculado el respectivo organismo.

La reforma administrativa de 1968, tal como se ha visto en las partes anteriores de este trabajo, fortaleció y amplió los mecanismos de tutela de que antes disponía el Gobierno. Un ensayo de clasificación de dichos instrumentos muestra bien que cobijan los aspectos más importantes de la organización y el funcionamiento de las entidades descentralizadas, tales como su actividad general, los actos que expiden, la composición y funcionamiento de la Junta Directiva y el carácter de Gerente.

24.A') *Poderes Jurídicos Generales de Control.* Al Gobierno se le dota, en primer lugar, de poderes suficientes para controlar de manera general la actividad de los descentralizados, logrando así el sometimiento de éstos a la política gubernamental. Al efecto se dispone:

a) Que sus planes y programas, formulados conforme a las reglas que prescriban el Departamento Nacional de Planeación y la Dirección General del Presupuesto, se incorporen en los planes y programas sectoriales y generales de desarrollo (*decreto 1050 de 1968, art. 26º*).

b) Que los Gerentes o Directores deben rendir informes al Gobierno sobre las actividades desarrolladas, la situación general de la entidad y las medidas adoptadas que puedan afectar el curso de la política gubernamental y a la oficina de planeación sectorial, en la forma que ésta lo determine, sobre el estado de ejecución de los programas a su cargo (*decreto 1050 de 1968, art. 27º*).

c) Que en el cumplimiento de sus funciones no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los previstos en la ley que los creó o en sus estatutos ni destinar cualquier parte de sus bienes o recursos a fines diferentes de los contemplados en esas mismas disposiciones (*decreto 1050 de 1968, art. 30º*).

d) Que los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y los representantes del Gobierno en los órganos directivos de las Sociedades de Economía Mixta deben obrar en los mismos consultando

siempre la política gubernamental del sector dentro del cual actúan (*decreto 3130 de 1968, arts. 9º y 17º*).

e) Que "la distribución de los negocios, según sus afinidades, entre ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, corresponde al Presidente de la República" (Constitución de Colombia, art. 132).

25.B') *Control específico de ciertos actos.* Se prevé, además, que ciertos actos importantes para la vida de la institución requieren, después de su adopción por la respectiva Junta o Consejo Directivo, la aprobación del Gobierno Nacional (Presidente de la República y Ministro o Jefe de Departamento correspondiente) o la aprobación o el voto favorable en la Junta del Jefe del organismo encargado de ejercer la tutela.

a) Los "estatutos" o "estatuto orgánico" (acto que desarrolla o reglamenta la ley que creó la entidad y en el que se contienen todas las normas relativas a su organización y funcionamiento) y las reformas de los mismos requieren para su validez la aprobación del Gobierno de la República.

b) Igual disposición rige para el denominado estatuto de personal a que antes tuvimos oportunidad de referirnos.

c) *El artículo 10 del decreto 3130* dispone que "Los Establecimientos Públicos, con el voto favorable del Presidente de su Junta o Consejo Directivo y la aprobación del Gobierno cuando así lo dispusieren sus respectivas normas legales o reglamentarias, podrán delegar en otras entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, el cumplimiento de algunas de sus funciones.

d) En muchos casos las leyes que crean ciertos organismos ordenan que algunos de los actos que éstos expidan en desarrollo de sus funciones, y dada la trascendencia de los mismos, sean aprobados por el Gobierno de la República (vg., las resoluciones que sobre extinción de dominio en tierras no explotadas económicamente y a favor del Estado profiera el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria) y como norma general prevén (*decreto 3130 de 1968, arts. 12º y 13º*) que en los estatutos de los organismos descentralizados (de las Sociedades de Economía Mixta cuando gocen de ventajas financieras o fiscales o tengan a su cargo la prestación de un servicio público) se determinen los actos que por su importancia o cuantía requieren para su validez la aprobación del Gobierno de la República o el voto previo y favorable del Ministro o Jefe de Departamento del ramo o de los representantes del Gobierno en sus órganos direc-

tivos (en desarrollo de esta disposición se suelen señalar la aprobación del presupuesto y de los traslados que el mismo requiera, la aprobación de contratos de cierta cuantía, el otorgamiento de comisiones al exterior, etc.).

26.C') *Control en la integración de los órganos supremos.* Las Juntas o Consejos Directivos, en cuanto a su integración se refiere, y los Gerentes, Directores o Presidentes, por su carácter mismo, muestran también que el control del Gobierno es estricto sobre los órganos supremos de dirección y administración en cada entidad.

a) La presidencia de las Juntas corresponde al Jefe del organismo al cual se halle adscrita o vinculada la respectiva entidad; en su defecto, corresponde al delegado de dicho funcionario.

b) En la casi totalidad de los casos, los representantes del sector oficial (funcionarios que dirigen actividades relacionadas con las que cumple el organismo ante el cual actúan) son más numerosos que los representantes del sector privado. Esa mayoría oficial se conserva siempre si se tiene en cuenta que las "autoridades nacionales que puedan acreditar delegados suyos para formar parte de Juntas o de Consejos Directivos de entidades descentralizadas, lo harán designando funcionarios de sus correspondientes reparticiones administrativas o de organismos adscritos o vinculados a su Despacho" y que "cuando se trate de Juntas o Consejos seccionales o locales" deberán designar a funcionarios de la entidad territorial (*decreto 3130 de 1968, art. 20º*)

c) En la gran mayoría de las Juntas o Consejos un buen número de miembros depende directamente del Presidente de la República, bien porque son sus representantes personales o bien porque representan en esos órganos a la Nación (*Constitución de Colombia, art. 120, 5º*).

d) El mismo artículo constitucional citado, señala que los gerentes de los Establecimientos Públicos son agentes del Presidente de la República, es decir, funcionarios de su libre nombramiento y remoción. La ley (*decreto 1050 de 1968, art. 28º*) agrega a esa categoría los gerentes o directores de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

27.C) *Control del Congreso.* Vistas ya las distintas formas de tutela gubernamental, pueden citarse muy someramente las principales funciones que cumple el Congreso de la República en materia de organización y funcionamiento de las entidades descentralizadas.

La Constitución y las leyes señalan como funciones del Congreso la de crear o autorizar la creación de organismos descentralizados y la de expedir los estatutos básicos de los mismos. Además, a través del presupuesto y de los debates que se adelanten contra los ministros, las cámaras legislativas pueden ejercer un efectivo control sobre esa parte de la Administración.

Sin embargo, como tales mecanismos de control no se consideran suficientes, y dada la importancia cada día mayor de los nuevos organismos por los recursos que manejan y los servicios que tienen a su cargo, la *ley 65 de 1967* creó en el seno del Congreso una Comisión Constitucional Permanente (Comisión VIII) encargada exclusivamente de:

- dar primer debate a los proyectos de ley sobre creación de descentralizados,
- estudiar los presupuestos y el funcionamiento de los mismos,
- preparar “los proyectos de ley que considere necesarios para la mejor marcha de esas entidades”.

La creación reciente de la Comisión VIII no permite emitir un juicio sobre el alcance y el valor de su actividad; hasta el momento ha estado dedicada a recoger material de carácter informativo. En cambio, la tutela gubernamental se ha ejercido, sin mayor dificultad, utilizando casi todos los mecanismos descritos y sus resultados han sido benéficos; gran parte de las realizaciones del actual Gobierno (1966-1970) se han logrado a través de unos organismos que ésta ha podido orientar, coordinar y controlar. Bueno es advertir que los éxitos anotados se deben, en gran parte, a la autoridad y el prestigio de la Administración Lleras Restrepo y no a las instituciones mismas de la reforma de 1968, pues aun sin éstas la tutela se cumplía desde 1966 y se hubiera continuado ejerciendo. Entonces, sólo bajo otro Gobierno, tal vez con menos personal técnico en los puestos de mando y sin que juegue ninguna ecuación personal, es factible valorar la aplicación normal de las innovaciones administrativas de 1968 y medir los riesgos que las mismas pueden comportar.

## ANEXO I

### LISTA CLASIFICADA DE ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS

#### i) ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS

1. Administración Postal Nacional.
2. Caja Nacional de Previsión.

3. Caja de Previsión Social de Comunicaciones.
4. Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria.
5. Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
6. Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.
7. Caja de Vivienda Militar.
8. Casas Fiscales del Ejército.
9. Centro Nacional de Instrucción y Capacitación Laboral.
10. Corporación Autónoma de Tumaco y Colonización del Río Mira.
11. Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca.
12. Corporación Autónoma Regional del Quindío.
13. Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá.
14. Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades.
15. Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica.
16. Corporación Nacional para el Desarrollo del Chocó.
17. Corporación Provedora de Instituciones de Asistencia Social.
18. Corporación Regional de Desarrollo de Urabá.
19. Corporación Regional de los Valles del Río Zulia.
20. Empresa Nacional de Telecomunicaciones.
21. Escuela Superior de Administración Pública.
22. Fondo Aeronáutico Nacional.
23. Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales "Francisco José de Caldas".
24. Fondo de Desarrollo Comunal.
25. Fondo Nacional de Caminos Vecinales.
26. Fondo Nacional de Bienestar Social.
27. Fondo de Desarrollo y Diversificación de Zonas Cafeteras.
28. Fondo Nacional del Ahorro.
29. Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo.
30. Fondo Rotatorio de la Armada Nacional.
31. Fondo Rotatorio del Ejército.
32. Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea Colombiana.
33. Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.
34. Fondo Rotatorio de la Policía Nacional.
35. Fondo Vial Nacional.
36. Hospital Militar Central.
37. Instituto Caro y Cuervo.
38. Instituto Colombiano Agropecuario.

39. Instituto Colombiano de Cultura.
  40. Instituto Colombiano de Cultura Hispánica.
  41. Instituto Colombiano de Construcciones Escolares.
  42. Instituto Colombiano de Energía Eléctrica.
  43. Instituto Colombiano de Comercio Exterior.
  44. Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior.
  45. Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior.
  46. Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte.
  47. Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.
  48. Instituto Colombiano de Seguros Sociales.
  49. Instituto de Asuntos Nucleares.
  50. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
  51. Instituto de Crédito Territorial.
  52. Instituto de Desarrollo de Recursos Naturales Renovables.
  53. Instituto de Investigaciones Geológico-Mineras.
  54. Instituto de Mercadeo Agropecuario.
  55. Instituto Geográfico Agustín Codazzi.
  56. Instituto Nacional de Cancerología.
  57. Instituto Nacional de Fomento Municipal.
  58. Instituto Nacional de Provisiones.
  59. Instituto Nacional de Radio y Televisión.
  60. Instituto Nacional del Transporte.
  61. Instituto Nacional para Programas Especiales de Salud.
  62. Instituto Regional Agrícola y Ganadero de Nariño y del Putumayo.
  63. Instituto Universitario Surcolombiano.
  64. Puertos de Colombia.
  65. Servicio Colombiano de Meteorología e Hidrología.
  66. Servicio de Aeronavegación a Territorios Nacionales.
  67. Servicio Nacional de Aprendizaje.
  68. Universidad del Cauca.
  69. Universidad de Caldas.
  70. Universidad Nacional de Colombia.
  71. Universidad Pedagógica Nacional de Bogotá.
  72. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
- ii) EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO
1. Almacenes Generales de Creditaria y el INA S. A.
  2. Banco Cafetero.

3. Banco Popular.
4. Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.
5. Compañía Nacional de Navegación.
6. Corporación Nacional de Turismo de Colombia.
7. Empresa Colombiana de Minas.
8. Empresa Colombiana de Petróleos.
9. Empresa Colombiana de Productos Veterinarios.
10. Empresa de Astilleros y Servicios Navales de Colombia.
11. Ferrocarriles Nacionales de Colombia.
12. Fondo de Promoción de Exportaciones.
13. Industria Militar.
14. Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla.

iii) ALGUNAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA

1. Acerías Paz del Río S. A.
2. Artesanías de Colombia S. A.
3. Banco Central Hipotecario.
4. Banco Ganadero.
5. Corporación de Ferias y Exposiciones.
6. Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S. A.
7. Corporación Financiera de Fomento Agropecuario.
8. Corporación Financiera del Transporte.
9. Instituto de Fomento Industrial.
10. La Previsora S. A., Compañía de Seguros.

iv) FONDOS SIN PERSONERIA JURIDICA

1. Fondo Rotatorio para la Rehabilitación.
2. Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores.
3. Fondo Rotatorio del Ministerio de Minas y Petróleos.
4. Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo Nacional de Estadística.
5. Fondo Rotatorio de Estupefacientes.
6. Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas.
7. Fondo Rotatorio de la Imprenta Nacional.
8. Fondo Nacional Hospitalario.
9. Fondo de Fomento Agropecuario.

## ANEXO II

### ADSCRIPCIÓN Y VINCULACIÓN DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS A LOS MINISTERIOS Y DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS

- 1º MINISTERIO DE GOBIERNO
  1. Fondo de Desarrollo Comunal.
  
- 2º MINISTERIO DE JUSTICIA
  1. Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.
  
- 3º MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO
  1. Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria.
  2. Instituto Geográfico Agustín Codazzi.
  3. Instituto Nacional de Provisiones.
  4. Banco Popular.
  
- 4º MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
  1. Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
  2. Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.
  3. Caja de Vivienda Militar.
  4. Casas Fiscales del Ejército.
  5. Fondo Rotatorio de la Armada Nacional.
  6. Fondo Rotatorio del Ejército.
  7. Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea Colombiana.
  8. Fondo Rotatorio de la Policía Nacional.
  9. Hospital Militar Central.
  10. Servicio de Aeronavegación a Territorios Nacionales.
  11. Empresa de Astilleros y Servicios Navales de Colombia.
  12. Industria Militar.
  13. Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana.
  
- 5º MINISTERIO DE AGRICULTURA
  1. Instituto Colombiano Agropecuario.
  2. Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.



3. Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables.
4. Instituto de Mercadeo Agropecuario.
5. Instituto Regional Agrícola y Ganadero de Nariño y el Putumayo.
6. Servicio Colombiano de Meteorología e Hidrología.
7. Fondo de Desarrollo y Diversificación de Zonas Cafeteras.
8. Corporación Autónoma de Tumaco y Colonización del Río Mira.
9. Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca.
10. Corporación Autónoma Regional del Quindío.
11. Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y los Valles del Río Zulia.
13. Corporación Nacional para el Desarrollo del Chocó.
14. Corporación Regional de Desarrollo de Urabá.
15. Almacenes Generales de Creditario y el INA S. A.
16. Banco Cafetero.
17. Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.
18. Empresa Colombiana de Productos Veterinarios.
19. Banco Ganadero.
20. Corporación Financiera de Fomento Agropecuario y de Exportaciones.

6º MINISTERIO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

1. Caja Nacional de Previsión.
2. Centro Nacional de Instrucción y Capacitación Laboral.
3. Instituto Colombiano de Seguros Sociales.
4. Servicio Nacional de Aprendizaje.

7º MINISTERIO DE SALUD PUBLICA

1. Corporación Provedora de Instituciones de Asistencia Social.
2. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
3. Instituto Nacional de Cancerología.
4. Instituto Nacional de Fomento Municipal.
5. Instituto Nacional para Programas Especiales de Salud.

8º MINISTERIO DE DESARROLLO ECONOMICO

1. Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades.
2. Fondo Nacional de Ahorro.

3. Instituto Colombiano de Comercio Exterior.
4. Instituto de Crédito Territorial.
5. Fondo de Promoción de Exportaciones.
6. Corporación Nacional de Turismo de Colombia.
7. Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla.
8. Instituto de Fomento Industrial.
9. Corporación Financiera del Transporte.
10. Corporación de Ferias y Exposiciones.
11. Artesanías de Colombia S. A.

9º MINISTERIO DE MINAS Y PETROLEOS

1. Instituto de Asuntos Nucleares.
2. Instituto de Investigaciones Geológico-Mineras.
3. Empresa Colombiana de Minas.
4. Empresa Colombiana de Petróleos.

10. MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

1. Instituto Colombiano de Cultura.
2. Instituto Colombiano de Cultura Hispánica.
3. Instituto Colombiano de Construcciones Escolares.
4. Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior.
5. Instituto Universitario Surcolombiano.
6. Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales "Francisco José de Caldas".
7. Instituto Caro y Cuervo.
8. Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte.
9. Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior.
10. Universidad del Cauca.
11. Universidad de Caldas.
12. Universidad Nacional de Colombia.
13. Universidad Pedagógica Nacional de Bogotá.
14. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

11. MINISTERIO DE COMUNICACIONES

1. Administración Postal Nacional.

2. Caja de Previsión Social de Comunicaciones.
3. Empresa Nacional de Telecomunicaciones.
4. Instituto Nacional de Radio y Televisión.

12. MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS

1. Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica.
2. Empresa Puertos de Colombia.
3. Fondo Nacional de Caminos Vecinales.
4. Fondo Vial Nacional.
5. Instituto Colombiano de Energía Eléctrica.
6. Instituto Nacional del Transporte.
7. Compañía Nacional de Navegación.
8. Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

13. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION

1. Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo.

14. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL

1. Fondo Aeronáutico Nacional.

15. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL

1. Escuela Superior de Administración Pública.
2. Fondo Nacional de Bienestar Social.



## § 25. LOS PROBLEMAS MUNICIPALES Y SU SOLUCION CONTEMPORANEA

Daniel H. MARTINS

*Profesor adjunto de Derecho Administrativo  
en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
de la Universidad de la República  
(Montevideo)*

### SUMARIO

1. El municipalismo del siglo XIX. 2. La doctrina municipalista. 3. Caracteres del municipio occidental. 4. La transformación del siglo XX. 5. Nuevas soluciones y adecuación normativa.

1. *El Municipalismo del siglo XIX.* Los problemas de vecindad, creados por la convivencia determinada por la contigüidad de domicilios en los centros poblados situados en el medio rural, así como los rudimentarios servicios públicos que se organizaban en las ciudades hasta fines del siglo XIX, podían ser resueltos, sin esfuerzos, por las autoridades locales.

A mediados del siglo XIX la mayoría de los centros poblados estaban integrados por un pequeño número de personas; apenas 42 ciudades sobrepasaban los cien mil habitantes.

No sólo el número de habitantes hacía más fácil la solución de los problemas municipales, sino que la economía predominantemente agrícola y artesanal y los limitados medios de transporte —reducidos al caballo y a la diligencia, por tierra, y a los pesados veleros por mar— obligaban a una vida reposada, circumscripta a los límites de la comarca, no requerían complicadas obras de arquitectura, ni de ingeniería vial o sanitaria, ni servicios públicos que excedieran las materias cultural (escuelas, bibliotecas y museos), hospitalaria, higiénica (limpieza de la ciudad, lavaderos y fuentes), cemen-

terios y la del abastecimiento (abastos, mataderos, mercados, hornos, tambos y panaderías).

2. *La Doctrina Municipalista.* El Municipio, “asociación natural de vecinos, determinada por exigencias reales de la vida humana”, al decir de Posada, surge así como la institución política ideal para resolver todos los problemas vecinales, de carácter local, y por la naturaleza propia de los asuntos de su competencia, debe actuar con independencia del poder central del Estado y sus autoridades ser elegidas libremente por los vecinos.

Con base a estas ideas y fundada en las realidades geográficas, socio-económicas y culturales del siglo XIX, surgió la doctrina municipalista, cuyo principal inspirador Tocqueville<sup>1</sup> la resume en estas palabras: “El Municipio es la única asociación que está de tal modo en la naturaleza que, dondequiera que hay hombres reunidos, se forma por sí mismo un Municipio. La sociedad municipal existe, pues, en todos los pueblos, cualesquiera que sean sus costumbres y sus leyes; es el hombre quien hace los reinos y crea las repúblicas; el Municipio parece salir directamente de las manos de Dios”. “La libertad municipal escapa, por así decirlo, a los esfuerzos del hombre. Es raro que sea creada por las leyes; nace en alguna manera por sí misma. Son la acción continua de las leyes y de las costumbres, las circunstancias y, sobre todo el tiempo, las que consiguen consolidarla. Es, con todo, en la municipalidad, donde reside la fuerza de los pueblos libres. Las instituciones municipales son para la libertad lo que las escuelas primarias para la ciencia; ponen la libertad al alcance del pueblo, le hacen apreciar su goce tranquilo y lo habitúan a servirse de ella. Sin instituciones municipales, puede una nación darse un gobierno libre, pero no tendrá el espíritu de la libertad”.

3. *Caracteres del Municipio Occidental.* En el mundo occidental la institución municipal aparece con caracteres comunes que pueden sintetizarse así:

a) *Una materia propia*, integrada por los asuntos de interés local, ya sea considerada como un poder originario y exclusivo, anterior al poder estatal, de carácter natural; o delegado por éste, mediante la Ley, o establecido en la Constitución, como base de la autonomía.

b) *Poderes Jurídicos* de administración y legislación en lo municipal, comprendiendo la potestad tributaria.

---

1. Tocqueville, André de, *De la Démocratie en Amérique*, París, 1835.

c) *Patrimonio propio* de carácter dominical y fiscal, con competencia para administrarlo, enajenarlo y gravarlo.

d) *Descentralización autárquica territorial*, con un contralor muy limitado por parte del gobierno central.

e) *Autoridades locales*, electas por los vecinos, generalmente integradas por un órgano colegiado, de carácter deliberante, y un órgano unipersonal, de carácter ejecutivo, que muchas veces inviste, además, la representación del gobierno central.<sup>2</sup>

4. *La Transformación del siglo XX*. En la actualidad el régimen municipal se ha visto desbordado por el aumento de las necesidades colectivas determinadas no sólo por el crecimiento demográfico de las grandes urbes, sino también por la creciente complejidad técnica de los servicios públicos.

En efecto, hoy día alrededor de un centenar de ciudades excede del millón de habitantes y hay grandes metrópolis como Nueva York, Tokio, Londres, Shangai, París, Pekín, Moscú, Chicago, Calcuta, Buenos Aires, Sao Paulo y México, que sobrepasan los cinco millones de habitantes.

Lógicamente las necesidades colectivas de ese verdadero colmenar humano se han acrecido y diversificado. Ya no son sólo los problemas de abastecimiento, sanidad y cultura, propios de las ciudades antiguas, sino fundamentalmente los relacionados con nuevos problemas que requieren nuevas técnicas. Así la *zonificación* (barrios residenciales, fabriles, industriales, comerciales, universitarios), la *urbanización* (plan regulador; máximos de densidad; construcción de grandes bloques de viviendas, altura de los edificios, plazas, parques y jardines, aparcamiento de automóviles, estaciones centrales de transporte colectivo) y el *tránsito vehicular* (ordenamiento, señalización, viaductos, túneles, autopistas, canalizaciones, etc.) para permitir la circulación de miles de automóviles, camiones y semirremolques. También requieren nuevas soluciones, adecuadas a las nuevas necesidades, los problemas de vialidad, saneamiento, alumbrado, suministro

---

2. Así en *España* encontramos el Ayuntamiento y el Alcalde; en *Francia* el Concejo y el Alcalde (Maire); y en *Gran Bretaña*, el Concejo y el Mayor; en *Italia* el Concejo y una Junta y el Síndico; en *Portugal*, un Concejo y un Presidente; en *Estados Unidos*, el Concejo y el Alcalde; la Comisión, aunque presidida por un Alcalde y el Manager designado por el Concejo que preside el Alcalde; en *Buenos Aires*, Concejo deliberante e Intendente; en *Uruguay*, Junta Departamental e Intendente; en *Venezuela*, Concejo Municipal y Gobernador del Distrito Federal (Caracas).

de energía eléctrica, gas y agua potable, el control de las nuevas instalaciones mecánicas (ascensores, calefactores, aire acondicionado, extractores de aire, incineradores de residuos), equipos eléctricos para el hogar y máquinas de oficina (ordenadores electrónicos, archivos mecánicos y microfilmados, etc.).

5. *Nuevas Soluciones y Adecuación Normativa.* La transformación de la vida humana en las grandes urbes, con las concentraciones industriales y comerciales, las grandes fábricas y los modernos medios de comunicación (teléfono, telégrafo, teletipos, radio, televisión, cinematógrafo, grandes rotativos) y transporte (automóviles, ómnibus, trolebuses, ferrocarriles, tranvías, trenes subterráneos, aviones, helicópteros, ferriboats, aliscafos, transatlánticos, etc.) han creado nuevas necesidades y hábitos de vida muy diversos de los del pasado.

Toca a la Ciencia de la Administración, al Urbanismo y al Derecho Administrativo encontrar las soluciones técnicas y adecuar las normas jurídicas a las nuevas necesidades para obtener una mejor organización y funcionamiento de las ciudades.



## § 26. ACUMULAÇÃO DE CARGOS NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

CAIO TACITO

*Direitor e Catedrático de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de Guanabara*

**INTRODUÇÃO.** 1. Uma herança da Côrte Portuguesa. 2. As proibições do direito português.

**I: A TRADIÇÃO BRASILEIRA.** 3. Inutilidade das leis do Império. 4. Predomínio das exceções expressas à proibição da Constituição republicana de 1891. 5. A proibição mitigada do período 1930-1966.

**II: O DIREITO CONSTITUCIONAL VIGENTE.** 6. Um nôvo comando jurídico. 7. Exatidão da enumeração: a omissão das fundações criadas pelo Estado. 8. Acumulação dum cargo gratuito? 9. Limites das acumulações permitidas. 10. Exclução dos aposentados ou reformados.

**CONCLUSÕES.** 11. Novidades e esclarecimentos.

### INTRODUCAO

1. *Uma Herança da Côrte Portuguesa.* A nova *Constituição federal*, vigente a partir de 15 de março de 1967, voltou a tratar, em seu artigo 97, do tormentoso problema de acumulação de cargos públicos, cujas raízes mergulham, secularmente, em nossa história legislativa.

Tivemos oportunidade de recensear, em antigo trabalho sôbre a matéria, a evolução do direito positivo pátrio, observando que, práticamente, as acumulações remuneradas nasceram no Brasil, como herança recebida da côrte portuguesa, na qual o privilégio de poucos monopolizava os emprêgos públicos.

Se mostrou, em página célebre, como a acumulação remunerada era fruto originário do valdismo palaciano.<sup>1</sup>

---

1. Barbalho, *Comentarios à Constituição Federal Brasileira*, 1902, pág. 339.

2. *As Proibições do Direito Português.* O direito português cogitou de proibí-las, desde a *Carta Régia de 6 de maio de 1623*, confirmada no *alvará de 8 de janeiro de 1627*, no *decreto de 28 de julho de 1668* e em várias outras Ordens Régias subseqüentes.

Não obstante a vedação legal de que "seja reunido em uma só pessoa mais de um officio ou emprêgo, e vença mais de um ordenado", persistiu a prática das acumulações, "acontecendo, ao mesmo tempo, que alguns dêsse empregados, e funcionários públicos, ocupando os ditos emprêgos, e officios recebem ordenados por aquêles mesmos, que não exercitam, ou por serem incompatíveis, ou por concorrer o seu expediente nas mesmas horas, em que se acham ocupados em outras repartições".

Pelos fundamentos acima transcritos o *decreto de 18 de junho de 1822*, do Príncipe Regente, mandava cumprir as determinações anteriores, ordenando que:

"os presidentes, chefes e magistrados das repartições, a que são adidos êsses funcionários, não consintam, debaixo de plena responsabilidade, que êles sejam pagos dos respectivos ordenados, ou sejam metidos nas fôlhas formadas para êsse pagamento, sem que tenham assiduo exercício nos seus officios e empregos: e que isto mesmo se observe, ainda mesmo com aquêles, que tiverem obtido dispensa régia para possuírem mais de um officio ou emprêgo na forma permitida no citado *alvará de 8 de janeiro de 1627*, pois que essa graça não os dispensa por modo algum do cumprimento das funções e incumbências inerentes aos seus officios e empregos".

## I

### A TRADICAO BRASILEIRA

3. *Inutilidade das Leis do Império.* O mesmo princípio foi renovado, no Império, em sucessivas leis especiais. Assim, o *artigo 6º da Lei de 25 de setembro de 1828* vedou a acumulação de gratificações, "mesmo quando tiver diversos exercícios", a qualquer official da extinta imperial brigada de marinha; o *decreto de 18 de setembro de 1829* proibiu aos párocos acumular as funções de Juiz de Paz e o de 20 do mesmo mês e ano interditou a êsse último o exercício cumulativo das funções de juizes ordinários, de Fora, ou de Órfãos, ou das de Provedores; o *artigo 22 da lei de 14 de junho de 1831* estabeleceu que os membros da Regência, enquanto nela estivessem, não podiam exercer outro emprêgo, nem mesmo as funções de Senador ou Deputado; a *lei de 1º de outubro de 1828, artigo 19*, reconheceu, como

possível motivo de escusa ao vereador eleito, o exercício de emprêgo civil, eclesiástico ou militar, cujas obrigações fôsem incompatíveis de se exercerem conjuntamente, e o *Decreto Nº 371, de 20 de setembro de 1845*, declarou que os secretários e mais empregados das Câmaras Municipais que eleitos vereadores, que não se escusassem pelo motivo acima indicado, não poderiam acumular as funções de seus emprêgos; o *Decreto Nº 9.015, de 15 de setembro de 1883*, vedou o exercício simultâneo de emprêgos retribuídos com os do Ministério dos Negócios de Agricultura, Comércio e Obras Públicas e o *Decreto Nº 9.031, de 3 de outubro do mesmo ano*, proibiu aos empregados públicos dependentes do Ministério do Império o exercício da advocacia e a acumulação de emprêgos.

Todo êsse minucioso trabalho legislativo foi praticamente inútil. A acumulação remunerada continuou a florescer, com o concurso das interpretações convenientes ou da incúria administrativa.

4. *Predominio das exceções expressas à proibição da Constituição republicana de 1891.* Instaurada a República, fixou, desde logo, a *Constituição de 1891* o princípio proibitivo.

O artigo 73 da *Carta Republicana de 1891* estabeleceu que:

"Os cargos públicos civis, ou militares, são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir; sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas."

Consagrado constitucionalmente o impedimento, parecia encerrada a prática nociva. Os interesses eram, porém, superiores à norma jurídica. Logo, as *Leis Nºs. 28, de 8 de janeiro de 1892, e 44-B, de 2 de junho do mesmo ano*, em cuja elaboração foi influente a intervenção de Rui Barbosa, criavam exceções expressas à norma constitucional absoluta, mandando:

- a) respeitar os direitos já adquiridos por empregados inamovíveis ou vitalícios e por aposentados;
- b) considerar excluído da proibição o exercício simultâneo, quando atinente a matéria profissional, científica ou técnica.

Não faltava, por certo, algum fundamento aos que sustentavam ser, em casos especiais, recomendável, senão mesmo vantajosa a acumulação. Ninguém contestará a justeza da pergunta de Rui:

"Suponhamos a coexistência de um curso de bacteriologia e um instituto consagrado às investigações dêste ramo de estudos. Seria acaso mais proveitoso

às sociedades, nesses dois serviços, distribuí-los entre um prático sem teoria e um teórica sem prática, do que reuni-los num Pasteur, num Kock, num Osvaldo Cruz, num Carlos Chagas?''.

Assim seria, efetivamente, se as injunções de interesses imediatos não fizessem dominar, na seleção dos valores técnicos, critérios políticos, ou pessoais, estendendo, ainda, sem limites, o conceito de cargo técnico, que mais se guiaria pelo valor dos salários do que pela substância das funções. Torcia-se a letra constitucional em interpretações suspicazes e acomodatórias. Pela porta estreita das exceções transitava toda a multidão dos apadrinhados e poderosos. Os excessos foram tantos que Floriano Peixoto, em sua mensagem ao Congresso, em 7 de maio de 1894, escrevia:

''De entre as providências de caráter legislativo urgentemente reclamadas, devo indicar à vossa atenção... a interpretação formal da disposição relativa à acumulação remunerada de funções públicas.''

Mais tarde, o *Decreto Nº 7.503, de 12 de agosto de 1909*, tentaria vencer o mal, cancelando as exceções das leis de 1892, obrigando os ocupantes de dois ou mais empregos e cargos públicos à opção por um só dos salários e propondo-se, em suma, ao objetivo afinal inoperante de sua ementa: ''Faz afetiva a disposição constitucional que veda as acumulações remuneradas''.

Também o Supremo Tribunal Federal, em inúmeros acórdãos, declarou, repetidamente, a inconstitucionalidade das acumulações remuneradas.

Voltaria, entretanto, a prevalecer, a partir de 1915, o sistema de exceção ao preceito geral. Em sucessivas leis orçamentárias foram reguladas situações especiais; a título de regulá-la, mitigava-se a redação constitucional, como nos *artigos 104 a 107 da Lei Nº 2.924, de 5 janeiro de 1915*, modificados e ampliados nos *artigos 105 e 132 da Lei Nº 3.089, de 8 de janeiro de 1916*, e no *artigo 44 da Lei Nº 4.242, de 5 de janeiro de 1921*.

Amparada nessas muletas legais, a acumulação remunerada se desenvolveu, largamente, passando quase a constituir sinal de evidência social ou política a multiplicidade de emprêgos e posições oficiais.

5. *A proibição mitigada do período 1930-1966.* Com o movimento revolucionário de 1930, voltaria, porém, a mentalidade de saneamento do mal secular. O *Decreto Nº 19.576, de 8 de janeiro de 1931*, estabelece normas severas contra as acumulações remuneradas, tornando-as ilícitas,

salvo, temporariamente, as funções de magistério, ou dêste com cargo técnico ou científico, "provada a compatibilidade de horários e limitada a acumulação a dois cargos no máximo". Pouco depois, contudo, o *Decreto Nº 19.949, de 2 de maio do mesmo ano*, limitaria os seus rigores, ampliando as exceções legais.

*A Constituição de 1934, em seu artigo 172*, adotou o sistema de proibição mitigada, que inspirava o quadro legislativo da época, admitindo a acumulação de cargos de magistério e técnico-científico, respeitada a compatibilidade de horários.

*O artigo 159 da Carta outorgada em 10 de novembro de 1937* restabeleceu, porém, o sistema de proibição absoluta, que foi regulado, inclusive no tocante às sanções, no *Decreto-lei Nº 24, de 29 de novembro daquele ano*, que o estendeu aos empregados de sociedades de economia mista e autarquias de previdência.

*A Constituição de 1946* adotou, no seu *artigo 185*, a forma sintética, que a lei e a jurisprudência construíram ampliativamente, vedando a "acumulação de quaisquer cargos, exceto a prevista no artigo 96, Nº I (a do cargo de professor com o de juiz) e a de dois cargos de magistério ou de um dêstes com outro técnico ou científico, contando que haja correlação de matérias e compatibilidade de horário".

## II

### O DIREITO CONSTITUCIONAL VIGENTE

6. *Um novo comando jurídico. A Emenda Constitucional Nº 20, de 25 de maio de 1966*, dando nova redação a êsse preceito constitucional, introduziu duas inovações apreciáveis: primeiramente, ampliou a permissão de acumular a dois cargos "destinados a médicos"; em segundo lugar, adotou a técnica discriminativa, passando a enumerar a vedação do exercício simultâneo de cargos "no Serviço Público federal, estadual, municipal ou dos Territórios e Distrito Federal, bem como em entidades autárquicas, paraestatais ou sociedades de economia mista".

Êsse elemento histórico parece-nos essencial à perfeita exegese do texto vigente.

Confronte-se, com as anteriores, a norma atual, contida no *artigo 97 da Constituição do Brasil de 1967*:

“Art. 97. É vedada a acumulação remunerada, exceto:

I - a de juiz e um cargo de professor;

II - a de dois cargos de professor;

III - a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

IV - a de dois cargos privativos de médico.

§ 1º Em qualquer dos casos, a acumulação somente é permitida quando haja correlação de matérias e compatibilidade de horários.

§ 2º A proibição de acumular se estende a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

§ 3º A proibição de acumular *proventos* não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, cargo em comissão ou ao contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados.”

As linhas gerais do preceito são as mesmas, mas há inovações significativas, que exprimem, tanto gramatical como teleologicamente, um novo comando jurídico.

A regra continua a ser a da vedação, sendo, portanto, de se entender restritivamente as exceções abertas ao princípio.

Aperfeiçoando, todavia, a técnica, o legislador abandonou a terminologia genérica, que marcava o dispositivo equivalente na *Carta de 1946* (deferindo ao legislador comum, ou mesmo ao intérprete, distinguir a extensão da norma) para discriminar, exaustivamente, a área de sua aplicação.

7. *Exatidão da enumeração: a omissão das fundações criadas pelo Estado.* Onde o *artigo 185* se limitava a aludir à “acumulação de quaisquer cargos”, o atual preceito, após a enumeração dos casos permitidos, define, com exatidão, que “a proibição de acumular se estende a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista”.

Como todo o capítulo sobre funcionários públicos é obrigatório para os Estados (*artigo 13, Nº V da Constituição de 1967*), era desnecessário mencionar a discriminação vertical, ou de hierarquia federativa, dos serviços públicos, como fazia a *Emenda Constitucional Nº 20, de 25 de maio de 1966*. Desta, porém, o legislador constituinte herdou, com melhor técnica, a abrangência de órgãos da administração indireta, substituindo a expressão ambígua “entidades paraestatais” pela expressa menção às “empresas públicas”.

Tendo, assim, destacado espécies determinadas de tipos de entes descentralizados —autarquia, empresa pública e sociedade de economia mista—

temos como válido o argumento de que a norma não atinge a outras dessas formas de administração indireta, ou descentralizada, a saber, as fundações criadas pelo Estado, sob a modêlo do direito privado e a regência da legislação trabalhista.

Quando quis aludir a todos os gêneros, a Constituição apropria o termo genérico "administração indireta", ou "descentralizada", v.g., nos artigos 65 e 48.

No regime da Constituição de 1946, entendeu-se excluídos da proibição de acumular os empregos nas fundações do Estado,<sup>2</sup> não se computando, também, como de exercício em cargo público, o tempo de serviço nelas prestado por militar.<sup>3</sup>

Em sentido contrário manifestou-se, recentemente, a Comissão de Acumulação de Cargos, com o apoio do ilustre Consultor-Geral da República.<sup>4</sup>

Sem embargo do aprêço que nos merecem essas autorizadas opiniões, não nos convence a sua fundamentação, que se alicerça na equiparação que a *Lei da Reforma Administrativa (Decreto-lei número 200, de 25-2-67)* estabeleceu entre as fundações e as emprêsas públicas.

Primeiramente, essa norma especial tem sentido limitado, por sua própria natureza. A assemelhação visa, apenas, aos objetivos da organização administrativa, e não regula as relações jurídicas de emprêgo.

De outra parte, trata-se de preceito que apenas vigora no tocante à Administração Pública Federal, não se estendendo a dos Estados e Municípios, quando a norma constitucional sôbre acumulação é única (e há de ter a mesma aplicação) nas três ordens de serviços públicos.

A fundação, embora instituída por lei e com recursos fornecidos pelo Estado, é pessoa de direito privado, conforme a melhor doutrina e o assento recente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.<sup>5</sup>

É, exatamente, para distinguí-los dos órgãos da Administração direta, oferecendo-lhe maior flexibilidade operativa, que a lei trouxe, para a ex-

---

2. Ver: "Revista de Direito Administrativo", vol. 68, pág. 268; "Diário Oficial" de 28 de janeiro de 1965, pág. 1.085.

3. Parecer do então Consultor-Geral da República, Ministro A. Gonçalves de Oliveira.

4. "Diário Oficial" de 28-2-68, pág. 1.731.

5. "Revista Trimestral de Jurisprudência", vol. 37, pág. 151.

ção de certos serviços públicos, figuras típicas do direito privado, como as sociedades comerciais e as fundações.

Se, portanto, no preceito em análise, o texto constitucional (da lavra de exímio o experiente administrativista) incluiu as primeiras e omitiu as segundas, parece-nos que o elemento histórico e finalístico conduz, lógicamente à interpretação de que os empregos nas fundações não estão contidos na proibição de acumular.

8. *Acumulação dum cargo gratuito?* Outra tese vinculada à redação do artigo 97 da atual Constituição é a que leva em conta o retorno às expressões "acumulação remunerada", adotadas na *Constituição de 1891, artigo 73, in fine*.

Criticando essa terminologia, se chega ao extremo de concluir que estariam permitidas as acumulações de cargos, em que um dêles fôsse gratuito.<sup>6</sup>

Contradita eficaz e completa a êsse entendimento foi, contudo, oferecida, com excelente cópia de argumentos, no Parecer N<sup>o</sup> 559-H, de 6 de setembro de 1967, do Sr. Consultor-Geral da República, ao qual aderimos, por inteiro.<sup>7</sup>

9. *Limites das acumulações permitidas.* A disposição constitucional vigente manteve a conquista da *Emenda Constitucional N<sup>o</sup> 20*, permissiva da acumulação de "dois cargos privativos de médicos" (*artigo 97, N<sup>o</sup> IV*) e limitou, expressamente, quanto aos juizes, a acumulação com um único cargo de magistério (*artigo 97, N<sup>o</sup> I*), colocando termo à ambigüidade da remissão ao *artigo 96, N<sup>o</sup> I, constante do artigo 185 da Constituição de 1967*, que facultava o argumento da ilimitação da acumulação de cargos para os magistrados e da insenção do requisito de correlação de matérias, também, agora, expressamente exigida (§ 1<sup>o</sup> do artigo 97).

10. *Exclusão dos aposentados ou reformados.* Inovação importante e de alcance prático inegável é a que se contém no § 3<sup>o</sup> do artigo 97. Ficou excluída da proibição de acumular,<sup>8</sup> a simultaneidade da percepção dos proventos da aposentadoria com a remuneração decorrente do exercício

6. Corsíndio, MONTEIRO DA SILVA, *O regime de acumulação na Constituição do Brasil de 1967* —in "Realidade do DASP no panorama nacional"—, Serviço de Documentação, 1967, pág. 53/s.

7. "Diário Oficial" de 15-9-1967, pág. 9.447.

8. Como bem dizia o projeto Carlos Medeiros Silva, sendo, no particular, excrescente e errôneo o acréscimo da palavra "proventos".



de mandato eletivo, cargo em comissão ou contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados.

Visa a norma a atrair ao exercício de tais *munus* ou funções públicas, os funcionários inativos, até então obrigados à opção entre aquelas vantagens.

A norma se aplica, por igual, aos militares reformados ou na reserva (*artigo 94, § 6º*).

A medida favorece aos aposentados ou reformados a partir da nova Constituição, como aos que se achavam na inatividade. Assim decidiu, acertadamente, o Supremo Tribunal Federal, interpretando a disposição em causa.<sup>9</sup>

#### CONCLUSOES

11. *Novidades e esclarecimentos.* Se, portanto, a *Constituição de 1967* não quebrou a tradição histórica, nem revolucionou o sistema preexistente, trouxe novidades e esclarecimentos que a execução da norma irá aprofundar, esmaecendo as dúvidas e unificando a hermenêutica do novo texto, que se apresenta mais explícito o tecnicamente aperfeiçoado.

---

9. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 42, pág. 505.



## § 27. EL OMBUDSMAND NORDICO - SAJON: UN CONTROL DE CONFIANZA

Eduardo SOTO - KLOSS

*Doctor en Derecho por la Universidad de París, Profesor Ayudante de la Cátedra de Derecho Administrativo del Dpto. de Ciencias de la Administración y Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*

### SUMARIO

**ADVERTENCIA.** 1. Delimitación.

**INTRODUCCION.** 2.a) Socialización y eventual arbitrariedad administrativa. 3.b) Proyección de la Suecia napoleónica. 4.c) La configuración danesa. 5. El Folketingets Ombudsmand.

**I. NATURALEZA Y ORGANIZACION.** 6.A) Un órgano autónomo. 7.B) Competencia. 8.a) Poderes jurídicos. 9.b) Originalidad: fuerza de la equidad y del prestigio. 10.c) Eficacia de la fiscalización.

**II. EL PROCEDIMIENTO.** 11. Una misión de confianza: su labor concreta. y crítica.

**CONCLUSIONES.** 15. Una vigilancia especial: una administración responsable.

**APENDICE BIBLIOGRAFICO.** 16.A) Bibliografía general sumaria. 17.B) Sobre el Comisario Parlamentario inglés.

### ADVERTENCIA

1. *Delimitación.* Este trabajo es un extracto del capítulo dedicado al *Ombudsmand* en tanto institución de control de la Administración, de una obra que el autor tiene en preparación sobre *Bases para una teoría general del Derecho Administrativo chileno, o de la sumisión del Poder Administrador al Derecho.*

Advertimos que es un artículo de divulgación, habida consideración de la absoluta escasez bibliográfica que sobre el tema existe en nuestro país; no tiene, pues, otra ambición que dar a conocer los contornos más notables de esta institución de control de los actos de la Administración, ejercido en un contexto social tan especial como es el escandinavo, y extendido, ahora último, al sajón.

Nos hemos abstenido, aquí, de referirnos al *Parliamentary Commissioner* inglés en particular, por un doble orden de motivos: En primer lugar, porque creado por el gobierno laborista de H. WILSON, a través de la *Parliamentary Commissioner Act* (22-3-1967), a dos años de la iniciación de sus labores carecemos de una verdadera

perspectiva para encarar un estudio de real análisis de su actuar y de su importancia, aunque no pocos autores han dirigido acerbas críticas ya, respecto a la escasa labor realizada y la timidez de su enfoque controlístico, sin dejar de hacer notar —al mismo tiempo— que el particular se halla ajeno a este órgano parlamentario, pues carece de iniciativa para llegar ante él en su reclamación, requisito de procesabilidad indispensable si se quiere darle un dinámico papel de tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos; su nacimiento, entonces, aparece truncado en su alcance, y más vale esperar el transcurso de algún prudencial tiempo para seguir su evolución, y advertir si las críticas han sido fundadas, o por el contrario, fruto de la impaciencia —legítima por lo demás— de los juristas al notar pocos resultados concretos en los inicios de su acción de control del Poder Administrador.

Una segunda razón de esta abstención se debe a motivaciones de método, ya que nos ha parecido más lógico referirnos a este órgano de control en la parte dedicada a la vinculación de la Administración al Derecho en el sistema inglés, siguiendo la evolución que han experimentado las instituciones jurídicas inglesas en su afán de una mayor justicia en las relaciones sociales, especialmente ahora que ha nacido una verdadera Administración Pública, en tanto real Poder jurídico de imposición sobre los ciudadanos.

## INTRODUCCIÓN

2.a) *Socialización y eventual arbitrariedad administrativa.* La conciencia cada vez más acentuada en los hombres de nuestro tiempo de su propia dignidad como persona y del respeto debido a su propia individualidad, ha llevado en el campo del derecho público, y especialmente en cuanto concierne al Poder Administrador, a la creación de una serie de mecanismos jurídicos que permitiendo la consecución de una sociedad más igualitaria en oportunidades para todos sus miembros (el *Welfare State*), no signifique al mismo tiempo un avasallamiento de los derechos inherentes del hombre, en tanto ser racional y libre.

Todo el derecho administrativo da cuenta de ese compromiso constante entre la prerrogativa del Poder (que debe estar siempre al servicio del bien común de la sociedad) y la garantía del particular, y es precisamente en la medida que se produzca ese equilibrio —siempre difícil de alcanzar— que será posible encontrar esa armonía social que impulsa al hombre hacia un mayor progreso en las instituciones, ya sociales, ya políticas, ya jurídicas.

En la lucha por alcanzar ese debido respeto a las garantías del particular es que se han imaginado todos los controles para frenar la actividad arbitraria del Poder, y encauzarlo por sendas que lleven al integral desarrollo de la sociedad toda: en esa lucha por eliminar las inmunidades del Poder nació el derecho administrativo y el régimen de Derecho, y todas las insti-

tuciones que permitieron la sumisión del Poder al Derecho; de allí pues, el nacimiento de las jurisdicciones administrativas, del contencioso propio a ellas, luego del procedimiento administrativo, en fin, del control preventivo de la actividad administrativa.

Más, siendo el proceso de socialización de las instituciones una fuerza que de manera avasallante ha invadido todo el quehacer de nuestra época, y en especial el Poder Administrador,<sup>1</sup> el particular ve en su cotidianidad una constante y arrolladora actividad de la Administración que lo envuelve y lo hace entrar a menudo en conflicto frente a ella, sea hiriendo sus derechos, sea lesionando sus intereses.<sup>2</sup>

Siendo, pues, la actividad actual de la Administración Pública tan multifacética e invadiendo campos cada vez más complejos, se hace frecuente el choque de intereses que por un lado llevan a una lesión de la esfera jurídica protegida del particular, y por el otro a un exceso en el uso del poder por parte de la autoridad, que so pretexto de proveer al bien común de la sociedad excede sus competencias, sea que vaya más allá de las facultades que legalmente le han sido otorgadas por el orden jurídico,

---

\* La palabra "ombud" viene del sueco, donde apareció por primera vez esta institución jurídica, y significa representante, comisionado, protector, mandatario; comisionado o representante del Parlamento, y en consecuencia, en último término, protector de los derechos de los ciudadanos. Respecto al origen mismo de la Institución, que nació junto con la *Constitución Sueca de 1809*, como un órgano de control nombrado por el *Riksdag*, para fiscalizar las actividades de los tribunales y de los servicios administrativos, y encauzar sus funciones en el respeto a las leyes y reglamentos, él se encuentra en el afán de crear garantías jurídicas que impidieran el abuso del poder de parte de las autoridades administrativas: no hay que olvidar que dicha Constitución de 1809 terminó con la concentración de poderes en manos del Monarca y su Gabinete, y creó un nuevo sistema institucional, la monarquía parlamentaria. Este control de la Administración —a través de un órgano nombrado por el Parlamento— se explica mayormente en el caso sueco, si se tiene en cuenta que los servicios administrativos no están sometidos a un control jurisdiccional en cuanto a sus decisiones, de allí que fuera necesario este tipo de fiscalización parlamentaria. Cierto es que, si bien cada órgano administrativo decide un asunto a su entera responsabilidad, el funcionario viene a ser personalmente responsable, y pasible de una responsabilidad penal: de allí pues las peculiaridades del sistema de control parlamentario sueco, que sirviera de ejemplo a Finlandia, luego a Dinamarca, y posteriormente a Noruega, para después exceder los límites del área escandinava, y penetrar en sistemas del *common law*, como Nueva Zelanda e Inglaterra.

1. Ver sobre el particular el interesante opúsculo de J. M. BOQUERA OLIVER: *Derecho Administrativo y Socialización*, B.O.E., Madrid, 1965.
2. Esto aparece particularmente claro desde que la Administración ha pretendido asumir un rol conformador del equilibrio social.

sea que las use de manera y/o con fines diversos de los tenidos en vista en su concesión.

En este objetivo garantizador de los derechos individuales, los países nórdicos, cuyas trayectorias de limpieza política e institucional son paradigmáticas, y un ejemplo de cómo el progreso social puede hacerse en un estado de verdadera armonía social, en que prerrogativa y garantía se equilibran en un compromiso adecuado y eficaz. Observando que en este período socializante los recursos administrativos, y el recurso ante la jurisdicción contenciosa administrativa no son bastante defensa frente al impulso conformador de las Administraciones Públicas, los países del área escandinava —a semejanza de Suecia, promotor en este caso— han creído necesario ir a la creación de un nuevo mecanismo jurídico destinado a frenar las posibles arbitrariedades del Poder Administrador, mediante la creación de la institución del *Ombudsmand*.

3.b) *Proyección de la Suecia napoleónica*. Aunque sólo después de la segunda guerra mundial ha adquirido difusión amplia y un real interés en el derecho administrativo comparado esta institución nórdica, lo cierto es que en plena época napoleónica Suecia contaba con un *Justitieombudsmand* —creado en 1809— (comisario de justicia, o contralor de justicia) con competencias de control constitucional sobre el Rey y los funcionarios tanto civiles como militares a él subordinados, control que, debido al gobierno parlamentario actualmente existente, se ejerce sobre la actividad de las autoridades administrativas ya centrales, ya locales. A dicho ejemplo de Suecia, se sumó en 1918 el de Finlandia, y posteriormente Dinamarca (1955) y Noruega (1962) en los últimos 15 años, sirviendo de guía a Nueva Zelandia (Ley de 7-IX-1962), y recientemente en 1967 a Inglaterra.<sup>3</sup>

4.c) *La configuración danesa*. Dada la peculiaridad propia de este órgano de control administrativo, por medio del cual se garantiza un mayor respeto por parte de las Administraciones estatales de las normas que rigen

---

3. La adopción en Inglaterra del *Ombudsmand* dio lugar a interesantísimos debates; ver especialmente el famoso informe WHYATT, publicado por "Justice", sección británica de la Comisión Internacional de Juristas, en 1961: *The citizen and the Administration: the Redress of Grievances*, Stevens and Sons Ltd., London. Esta institución existe hoy en día igualmente en Guyana. Es necesario hacer notar la inmensa labor realizada por la Comisión Internacional de Juristas, (con sede en Ginebra), que a través de sus secciones nacionales y por medio de Congresos y Coloquios de Juristas tanto ha hecho a este respecto por la toma de conciencia de la necesidad de controlar la legalidad administrativa, y especialmente en aquellos países que no cuentan con jurisdicción contenciosa-administrativa, por la creación de esta institución del *Ombudsmand*, de origen sueco y desarrollada especialmente por Dinamarca.

sus actuaciones, y evitar la lesión de los intereses y derechos de los particulares, nos detendremos con cierta amplitud para estudiar la naturaleza y funcionamiento del *Ombudsmand* tal como se ha configurado en Dinamarca, país en el cual nos parece del mayor interés recalar, pues no sólo ha funcionado con singular brillo dicha institución sino que ha llegado a servir de ejemplo para la implantación de un mecanismo jurídico semejante en otras naciones, tan disímiles como son Nueva Zelanda, Noruega, Guyana e Inglaterra.<sup>4</sup>

5. *El Folketingets Ombudsmand*. La extraordinaria extensión que han experimentado los poderes jurídicos de la Administración durante las últimas décadas, especialmente en el período de entre guerra (debido a la transformación del Estado en un Poder configurador del equilibrio social, mediante sus actividades de fomento, y beneficencia) llevó a la opinión pública danesa a estimar que frente a esa avalancha de potestades —incluso delegadas en la Administración por el Parlamento para dictar normas propiamente legislativas— el sistema de garantías jurídicas hasta esa época existentes no significaba una efectiva garantía o salvaguardia de los derechos individuales, que serían o eran lesionados por las faltas cometidas por los funcionarios y autoridades administrativas.<sup>5</sup>

---

4. Ya en el texto y a medida de su desarrollo iremos señalando las modalidades que asume dicha institución en los otros países del área escandinava, o en Nueva Zelanda.

5. Es interesante citar la exposición de motivos por la cual la comisión encargada de la revisión de la *Constitución Danesa de 5 de junio de 1915*, (comisión nombrada en 1946) presentaba el Art. 55 del proyecto de *nueva Constitución (aprobada el 5 de junio de 1953)*, artículo que contenía la creación de un *Ombudsmand* para el control de la Administración civil y militar del Estado: "Este artículo, ... tiene por objeto aumentar las garantías para un justo ejercicio de la Administración civil y militar del Estado. Las garantías jurídicas actuales se encuentran primeramente en la responsabilidad administrativa y penal de aquellos que tienen a su cargo la administración. Además, los ministros son responsables políticamente ante las cámaras en su actividad de jefes de administraciones. Por otra parte, existen las garantías que posee todo ciudadano de defender sus derechos o intereses a través de recursos en contra de los servicios públicos. Estos medios pueden consistir en una reclamación administrativa... o en una acción ante los tribunales... Es opinión común actualmente que tales garantías no bastan, atendida la extraordinaria amplitud que desde hace 35 a 40 años ha tomado la Administración, debido a las nuevas atribuciones que ha sido menester asumir. El poder administrador ha recibido en numerosos dominios la potestad necesaria para crear reglas de derecho, lo que en la concepción anterior era mirado como prerrogativa propia del poder legislativo. Esta extensión de los servicios públicos legitima un mayor control y una posibilidad más adecuada para la Asamblea Legislativa de seguir las actuaciones de los servicios públicos en el ejercicio de sus poderes. La comisión estima que este resultado podrá ser obtenido mediante la institución del *ombudsmand*...".

Este sentimiento de la necesidad de proveer a una mayor garantía y protección del particular frente a la negligencia o culpabilidad en el actuar de la Administración, se concretó en la *Constitución de 5 de junio de 1955*, cuyo texto dispone:

“El Folketing designará por ley una o dos personas que, no siendo miembros del Parlamento, tendrán a su cargo el controlar los actos de Administración civil y militar del Estado”.<sup>6</sup>

De este modo, la institución del *Ombudsmand* viene a reforzar la protección de los ciudadanos en su lucha contra las prerrogativas del Poder Administrador, agregándose a las existentes garantías jurídicas ya jurisdiccionales, ya parlamentarias, ya propiamente administrativas.

Ahora bien, ¿en qué consiste la naturaleza de esta nueva institución, cuáles son sus funciones, hasta dónde su papel puede ser eficaz, y significar así una verdadera herramienta de protección jurídica? Tales serán los párrafos que desarrollaremos con cierto detenimiento a fin de concluir sobre el exacto papel que este órgano de control asume en la realidad escandinava.

## I

### NATURALEZA Y ORGANIZACIÓN

6.A) *Un órgano autónomo.* El *Ombudsmand*, si bien es nombrado por el Parlamento, para ejercer en su nombre el control de las administraciones civiles, militares y comunales del Estado —e incluso puede rele-

---

6. Con anterioridad a la *Constitución de 1953* (y según la *Constitución de 5-VI-1849*) existía un Parlamento o *Rigsdag*, compuesto de la Cámara Alta o *Landsting*, y de la Cámara baja o *Folketing*; a partir de 1953 la Constitución creó como Parlamento una sola Cámara, bajo el nombre de *Folketing* (*Art. 28* “El *Folketing* constituye una Cámara única, compuesta a lo más, de 179 miembros...”, y el *Art. 3* señala que “El Poder Legislativo recae conjuntamente en el Rey y el *Folketing*...”). La ley de organización del *Ombudsmand* fue promulgada un año después que la Constitución, *ley 203 de 11-VI-1954*; dos años después (*22-III-1956*) fueron adoptadas las instrucciones *parlamentarias* referentes a las actividades mismas del comisario-parlamentario. Dicha ley orgánica fue modificada posteriormente en 1959 y 1961, promulgándose el actual estatuto del *ombudsmand*, por *ley N° 342, del 1-XII-1961*; el 9-II-1962 se dictaron nuevas instrucciones N° 48), por el Parlamento, determinando sus actividades.



varlo de sus funciones si no goza de la confianza de la Asamblea— al ejercer sus funciones es enteramente independiente de él en la actividad misma de control; de ningún modo la asamblea podrá intervenir en los asuntos de que conozca su comisario contralor. Como señala el texto de la ley orgánica, regulando sus atribuciones (art. 3º) “el Folketing determina las normas generales de la actividad del *ombudsmand*; sin embargo, éste es independiente de aquél en el ejercicio de su cargo”.<sup>7</sup>

Esta independencia —indispensable para el eficaz ejercicio de sus atribuciones— se halla garantizada además por el hecho de ser él mismo, jefe de su personal, nombrándolo y despidiéndolo como jerarca del órgano contralor, y por otra parte, por la prohibición que le afecta en cuanto a la posibilidad de ocupar algún cargo dentro de servicios, empresas o instituciones, sean públicas o privadas.<sup>8</sup>

Si bien en la realización de su tarea misma el *Ombudsmand* es enteramente independiente del Parlamento, dado que el control que él realiza es por cuenta, y a nombre de aquél, la ley orgánica prevé determinadas obligaciones que debe cumplir respecto a dicha Asamblea legislativa: es así como, cada año, debe rendir un informe haciendo conocer al Parlamento las actividades llevadas a cabo, y las decisiones de interés especial que han

- 
7. Esta característica del *Ombudsmand* danés —que se encuentra en los demás sistemas escandinavos sueco, noruego y finlandés— no es compartida por la análoga institución creada en Nueva Zelandia, donde el comisario parlamentario es nombrado por el Gobernador General, si bien a proposición de la Cámara de Representantes; además —como lo señalaba el Procurador General neozelandés al presentar el proyecto de creación del *Ombudsmand* al Parlamento (comienzos de la sesión de 1962)— si bien es un órgano representante del Parlamento, él debe necesariamente gozar de la confianza del Gobierno; cierto es que a través de los años transcurridos desde su creación (1º-X-1962) ha perdido su carácter político que en un comienzo parecía tener. Tampoco el comisario-parlamentario inglés (creado recientemente, en 1967) participa de esa nota del sistema escandinavo, él no es nombrado por el Parlamento, sino por la Corona, pero no podrá ser revocado de su cargo sino a través de una moción parlamentaria. Estos dos *Ombudsmand* existentes en un régimen jurídico de *common law*, por tanto, no gozan de una independencia total frente al Ejecutivo, como es el caso de los órganos escandinavos, que no poseen relación alguna con sus poderes Ejecutivos respectivos, ni de nombramiento, ni de confianza.
  8. De acuerdo al inciso 2º del Art. 12 de la ley 342 de 1º-XII-1961 (ley orgánica del Comisario-parlamentario), esta prohibición de desempeñar otro cargo puede ser alzada por el mismo Folketing, a través de una comisión a quien aquél ha delegado el cuidado de decidir al respecto. En cuanto concierne a las remuneraciones del *Ombudsmand* y de su personal —según el Art. 13 del dicho estatuto— ellas son de cargo del Parlamento, figurando en el propio presupuesto del Folketing. Hacia 1966 el personal del *Ombudsmand* danés se componía de 12 funcionarios, en su mayoría juristas.

recaído en asuntos sometidos a su competencia; debe también mencionar y hacer conocer al Parlamento —y al Ministro respectivo— los casos o asuntos en que un funcionario de un órgano de las administraciones civiles, militares o comunales del Estado, ha cometido faltas (sean culpables o dolosas) de cierta gravedad; del mismo modo debe poner en conocimiento de la Asamblea —y del ministro respectivo— las fallas que ha encontrado en la legislación y reglamentaciones administrativas al desarrollar su labor de control, pudiendo proponer las medidas que encuentre útiles tendentes a una mayor garantía del particular, y a una mejor expedición de los órganos administrativos.<sup>9</sup>

7.B) *Competencia.* La misión propia del Comisario-Parlamentario es el controlar la Administración del Estado, civil y militar, a fin de cuidar que quienes llevan a cabo la función pública la desempeñen con el máximo de responsabilidad y eficacia; como señala el artículo 3º de las *Instrucciones sobre funcionamiento del "Ombudsmand"* (votadas por el Parlamento bajo el Nº 48, el 9-II-1962), a éste le compete velar porque "personne parmi ceux qui relèvent de son activité, ne prenne des décisions arbitraires ou déraisonnables ou ne se rende d'une autre manière ocupable de faute ou de négligence dans l'exercice de son service".<sup>10</sup>

Dentro de esta facultad contralora sobre las actividades administrativas tanto civiles como militares cabe, pues, un control o fiscalización sobre las decisiones administrativas ministeriales, sobre las decisiones y actuaciones administrativas de las autoridades y funcionarios administrativos, ya de las administraciones centrales, ya de las comunales, y en general de todas las demás personas que desempeñan una función al servicio del Estado. En el campo competencial tan vasto, tan extenso, antes mencionado, sólo quedan fuera de su actividad fiscalizadora los servicios

---

9. A fin de procurar una mayor agilidad en las relaciones *Folketing-Ombudsmand*, el Parlamento ha creado una comisión especial en su seno con tal objeto; es a esta comisión, pues, a quien reviene el rol de enlace para todos los efectos organizativos y de informes. Este contacto directo con el Parlamento mediante la presentación de informes —sea ante una comisión parlamentaria especial, sea ante el mismo Parlamento— es característica propia de la institución del *Ombudsmand* tanto en los países escandinavos, como en los de los regímenes anglosajones.

10. Respecto al texto de la ley orgánica del *Ombudsmand*, como de las Instrucciones Parlamentarias, citadas, hemos tenido a la vista la edición francesa, del "Det Danske Selskab", Copenhague, 1964. Me he permitido no traducir el *Art. 3, inc. 1º*, citado, a fin de evitar posibles variaciones en su texto que podrían alterar su sentido dentro del contexto jurídico en que es aplicable. Donde no haya dudas en cuanto a su tenor, preferiré traducirlo directamente.

de la justicia, esto es, los jueces, a fin de respetar en su total integridad el principio de la independencia de los tribunales; del mismo modo se excluye (de acuerdo al *art. 2 de la Instrucción Parlamentaria*, ya citada) de su competencia lo relacionado con los funcionarios de la Iglesia nacional en cuanto concierne a su tarea educadora, y de predicación; en fin, respecto a la Administración comunal, en su conjunto no se halla sometida al dominio fiscalizador del *Ombudsmand*, quien encuentra un límite, también en las decisiones de las autoridades municipales que son impugnables ante una autoridad de la administración central, las que no pueden ser llevadas ante aquél sino una vez fallada la impugnación por dicha autoridad administrativa.<sup>11</sup>

8. a) *Poderes jurídicos*. Para ejercer su tarea de control, el *Ombudsmand* cuenta con poderes jurídicos amplios, sea para incoar a iniciativa propia gestiones de fiscalización sobre las administraciones sometidas a su inspección, sea para recibir de los particulares, o de los funcionarios públicos mismos, reclamaciones impugnando decisiones administrativas que lesionen sus derechos o legítimos intereses.

Tiene atribuciones no sólo para inspeccionar los lugares mismos de trabajo, sean servicios públicos, estatales o municipales, pero además posee facultad bastante para exigir de los funcionarios sometidos a su tarea de

---

11. Ciertamente es que el *Ombudsmand* recobra esa competencia sobre las decisiones municipales, si éstas lesionan lo que las *instrucciones parlamentarias N° 48*, citadas, *Art. 2°, inc. 5*, llaman "intereses jurídicos esenciales", del mismo modo si él instruye un asunto por propia iniciativa. Es curioso señalar que la labor fiscalizadora del Comisario-parlamentario danés no alcanza a los tribunales de justicia, pues se estima que así se garantiza mejor la independencia de ellos; sin embargo, su modelo sueco, al igual que el finlandés, el *Justitie ombudsmand*, realiza su control aun respecto de los servicios de la Administración de justicia: su control se extiende prácticamente a toda la Administración civil, central y comunal (la administración militar, desde 1915, al igual que la de Noruega —cuyo contralor data de 1952—, es controlada por un militar *ombudsmand*), sólo quedando fuera de su tarea fiscalizadora los Ministros, pues éstos carecen de potestades decisorias, las que corresponden al Rey. El control del *Justitie ombudsmand* sueco se extiende tanto a las decisiones jurídicas emanadas de las autoridades o funcionarios administrativos de los órganos señalados *supra*, como al procedimiento empleado para llegar a la dictación de ellas, es decir, su control recae tanto sobre las decisiones administrativas como sobre el procedimiento administrativo preparatorio a su dictación.

Un señalado contraste en cuanto al campo competencial existe entre la institución danesa, cuyo control llega hasta la administración comunal (luego de la reforma introducida por *ley 142 de 17-V-1961, en vigor desde el 1°-IV-1962*, aunque con ciertas limitaciones), y las instituciones análogas noruega y neozelandesa, cuya fiscalización no alcanza a los municipios y sus actividades.

fiscalización que le proporcionen las documentaciones y antecedentes necesarios para el adecuado cumplimiento de sus funciones contraloras: ciertamente esta facultad de exigir de las administraciones la información requerida no se extiende a aquellos documentos que pudieran estimarse como secretos de Estado, como asimismo rigen las mismas limitaciones que para deponer en juicio.<sup>12, 13</sup>

Mas, debe dejarse bien en claro que el rol del *Ombudsmand* no es en modo alguno sustituir a la Administración en las resoluciones decisorias, ni mucho menos podría asimilarse su tarea a la de un tribunal de alzada, o casación; el comisario parlamentario fiscaliza las actuaciones de los funcionarios y autoridades administrativas a fin de vigilar el correcto funcionamiento de los servicios, el honesto desempeño de la función pública, y asegurar una eficaz protección de los derechos de los administrados frente al Poder Administrador, pero carece totalmente de competencias como para modificar una decisión jurídica emanada de un órgano administrativo estatal o municipal.

9.b) *Originalidad: fuerza de la equidad y del prestigio.* Pudiera pensarse tal vez —con lo expuesto— que la labor que efectúa este órgano de fiscalización carece de significación, ya que ¿qué sentido tendría realizar un control sobre la Administración si se excluye de su competencia el modificar decisiones jurídicas que pueden ser abiertamente irregulares y dañar aun los intereses de particulares?

Si bien en un primer análisis pudiérase concluir en tal sentido, la exacta medida del control realizado por este órgano danés no necesita ni requiere tal poder de modificación de los actos de las autoridades administrativas, y ello por un juego de fiscalización que evita todo exceso en dichas autoridades: es aquí precisamente donde radica la originalidad de esta institución escandinava; no es un órgano jerárquico de la Administración,

---

12. Esta atribución contrasta notoriamente con la tan famosa institución del "Privilegio de la Corona", aún existente en Inglaterra, y es más eficaz en la práctica que el régimen francés, en que el juez administrativo puede aprehender bajo plazo a la Administración a presentar determinados documentos, pero no puede obligarla a presentarlos en caso de negativa; sólo le cabe tomar en cuenta dicha negativa, y como presunción en contra de la Administración.

13. Es de interés hacer notar que el *Justitie ombudsmand* sueco, cuya competencia fiscalizadora se extiende aún a la labor de los Tribunales de Justicia, posee también atribuciones en orden a exigir información y tener acceso a los expedientes judiciales e investigaciones en curso, aun cuando ellos tengan el carácter de secretos: estamos aquí en presencia del polo opuesto del anacrónico sistema inglés del "Privilegio de la Corona".

no es tampoco una jurisdicción dotada de imperio como para obligar a aquélla a cumplir sus resoluciones, pero siendo un delegado del Parlamento para controlar el desempeño de la función pública y asegurar una mejor protección de los administrados, se le han otorgado competencias suficientes para hacer respetar la probidad funcionaria y evitar la dictación de decisiones arbitrarias o faltas de racionalidad. Dado que cualquier persona —sea administrado, sea funcionario— puede directamente interponer reclamación ante el *Ombudsmand* de las decisiones o actuaciones de las autoridades administrativas que le son lesivas, éste se encuentra en condiciones de abrir un procedimiento destinado a verificar la verdad sobre la situación administrativa cuestionada, y determinar —con los medios de inspección del servicio, requerimiento de documentaciones, y la interrogación del impugnante y de la autoridad inculpada— si la tal decisión reclamada ha sido dictada regularmente (esto es, de acuerdo a las normas legales vigentes), y se aviene a los principios de razonabilidad y de moralidad (no persiguiendo fines ilícitos). Teniendo, pues, el comisionado-parlamentario iniciativas amplias de inspección, analizará el fundamento de las reclamaciones ante él interpuestas, y si encuentra que existe causa bastante como para iniciar un procedimiento de investigación, incoará el pertinente proceso haciendo saber a la autoridad cuya actuación se cuestiona la interposición de esta reclamación, a fin de escuchar su explicación respecto a las actitudes por ella asumidas, y solicitarle el envío de los documentos que conciernen al caso. Es más, con estos antecedentes (y no debe olvidarse la obligación de las autoridades y funcionarios para presentar las informaciones y documentaciones requeridas por el *Ombudsmand*) el órgano contralor estudia la exactitud de los hechos ponderando la actuación de la Administración, y si estima necesario oír personalmente tanto al funcionario cuestionado, como a otras personas cuyas declaraciones puedan servir al esclarecimiento del asunto; de esta manera se forma una opinión exacta, tanto desde el punto de vista de la Administración como desde la perspectiva del reclamante, sea un funcionario, sea un particular, afectados por la actuación de la Administración. Formada su opinión, una vez el procedimiento agotado, hace saber su informe a las partes, decisión que es inapelable pues no cabe recurrir en su contra ante una instancia superior.

Esta decisión emanada del *Ombudsmand*, no tiene —sin embargo— imperio, como se ha dicho ya; no le cabe anular una decisión administrativa ni mucho menos llegar a condenar una autoridad o funcionario a indemnizar perjuicios. No obstante ello, su decisión no es una mera declaración

romántica para la Administración; aunque ésta no se encuentra vinculada a ella, el hecho de que el *Ombudsmand* haya formulado la recomendación de modificar la actuación de un órgano administrativo tiene un peso considerable pues conociendo aquél todos los antecedentes del caso, y habiéndose compenetrado exactamente de los hechos, su informe final tiene una base fundada en la más estricta equidad, pues dicho Comisario-Parlamentario ha sopesado equilibradamente no sólo los posibles derechos o intereses del reclamante (funcionario o particular) sino las condiciones y características propias en que el servicio público funciona. Su fuerza es —en especial— la fuerza de la equidad, y del prestigio de que se ha rodeado el órgano contralor. De hecho, y teniendo en consideración la forma misma cómo se realiza la fiscalización de los órganos administrativos y comunales, forma que es de estrecha colaboración y comprensión, la tarea del *Ombudsmand* ha encontrado franca acogida en las instituciones estatales danesas tomando éstas en real consideración las recomendaciones de las decisiones de aquél, sean tales proposiciones de orden general para una mejor y más adecuada administración, o de orden concreto para un caso particular específico.

Cierto es que aquí no se agota la competencia del comisionado-parlamentario en cuestión: en el conocimiento de los hechos que han dado lugar a una reclamación en contra de la Administración (sea civil, militar, o comunal) puede llegar el *Ombudsmand* al convencimiento de la comisión de un acto o actos por parte de un funcionario o autoridad administrativa (de aquellos que se encuentran en el ámbito de su control fiscalizador) que pueden ser objeto de una sanción disciplinaria; en tal caso, él se dirigirá a la autoridad jerárquicamente superior del funcionario afectado a fin que inicie el correspondiente expediente disciplinario. Del mismo modo, si conociendo de un asunto cae en la cuenta que se han cometido faltas graves, o delitos, en el desempeño de la función pública, puede incluso imponer al ministerio público el abrir una instrucción preparatoria, y seguir —de acuerdo a los antecedentes que ella arroje— ante los tribunales ordinarios; así se hará, además, efectiva la responsabilidad penal de acuerdo al derecho común, del agente público culpable de delito en el ejercicio de su labor administrativa.<sup>14</sup> En el supuesto que investigando una

---

14. Este poder que la ley ha dado al comisario-parlamentario para obligar a exigir al ministerio público que abra una investigación a fin de esclarecer la posible comisión de hechos delictuales en el desempeño de la función pública, o a la autoridad administrativa para que abra o inicie el correspondiente proceso disciplinario en contra de un agente subordinado jerárquicamente a ella, para

reclamación interpuesta ante él, el comisario-parlamentario concluya que un ministro de la Corona, o un ex-ministro de ella, debe esclarecer ciertas actuaciones suyas, o rendir cuenta de una determinada situación, que afectaría su responsabilidad ministerial e incluso dar lugar a ser perseguido ante la justicia ordinaria, o simplemente para permitir un mejor conocimiento de los hechos que se tratan de elucidar, él dirigirá una comunicación al *Folketing*, con tal objeto.

10.c) *Eficacia de la fiscalización.* Ya respecto a la decisión misma, si bien es cierto que no posee competencias para anular o modificar un acto administrativo irregular, el *Ombudsmand* puede entablar conversaciones directamente con la autoridad administrativa en el caso de llegar al convencimiento de la ilegitimidad de una concreta decisión, a fin de lograr su modificación por parte de la propia autoridad que la dictó. Aun si tal autoridad administrativa no estima conveniente seguir la proposición enmendatoria del comisario-parlamentario, éste podrá —si la importancia del caso se lo aconseja— informar al mismo *Folketing*, para que interviniendo a nivel ministerial examine el asunto con el ministro responsable. De tal manera, aunque carezca el órgano de control de potestades de imperio en cuanto concierne al cumplimiento de sus resoluciones, la ley orgánica de su gestión le ha conferido las facultades suficientes como para realizar una labor fiscalizadora verdaderamente eficaz, en favor del mejor servicio de las funciones públicas, asegurando así una mejor garantía de los derechos de los administrados.

Es interesante señalar, ya respecto al contenido mismo del control ejercido por el comisario-parlamentario, que dicho control recae, como hemos ya visto, sobre la actividad (actos o decisiones jurídicas, y actuaciones) de la administración civil y militar del Estado, y asimismo la administración comunal (con las limitaciones señaladas *supra*). Dentro de dicha actividad, deberá cuidar que ningún funcionario o autoridad persiga fines

---

perseguir su responsabilidad administrativa, contrasta con las competencias otorgadas al *Ombudsmand* sueco o finlandés, quien puede él mismo iniciar la acción penal pertinente, vale decir, hacerse parte en el procedimiento respectivo. Por su parte, el comisario-parlamentario noruego no posee ni la una ni la otra, ni puede accionar personalmente, ni le cabe obligar u ordenar al ministerio público que lo haga: en verdad, su misión es más bien de asesoramiento, a fin de garantizar a los administrados una mejor protección de sus derechos frente a la autoridad administrativa sin perjuicio de velar asimismo porque ésta se desarrolle en el respeto de la ley y de la justicia. Se diferencia en esto, claramente, de la institución danesa ya que ésta tiene por misión fundamental controlar la Administración civil, militar y comunal del Estado, y orientarla hacia una perfecta legalidad en su actuar.

ilícitos, adopte decisiones arbitrarias o irracionales, o cometa faltas o negligencias en el desempeño de sus funciones. Ahora bien, la actividad administrativa se desarrolla ya con competencias regladas, ya con competencias discrecionales, es decir, en su actuación y en la adopción de decisiones jurídicas existen elementos reglados y elementos más o menos discrecionales: la infracción de los elementos reglados configuran la violación de la ley, y generalmente de manera clara, siendo encargados los tribunales contenciosos de declarar o constatar su nulidad (a petición de parte obviamente), pero en cuanto concierne a los elementos discrecionales, el derecho comparado nos da una visión más bien generalizada de su inmunidad de control;<sup>15</sup> en el caso en estudio, el órgano contralor danés ejerce, evidentemente, su fiscalización sobre los actos reglados, pero respecto a los actos administrativos con predominio de elementos discrecionales, él no lleva su fiscalización a extremos peligrosos para la misma competencia que ejerce: su control —en cuanto a estos actos— es prudente; si bien su competencia le habilita para cuidar y evitar que funcionarios o autoridades adopten decisiones arbitrarias o contrarias a razón (*Art. 3, inc. 1º, de las instrucciones parlamentarias*), no ha estimado conveniente inmiscuirse en los elementos del acto que son dejados a la apreciación del órgano administrativo, a menos que de los antecedentes de un proceso por él incoado resulte —y él llegue al convencimiento— que una decisión concreta es arbitraria o ha sido dictada de modo poco razonable.<sup>16</sup>

---

15. Sobre la pretendida discrecionalidad en la actividad administrativa y su control, nos detendremos ampliamente en el volumen II de nuestra obra en preparación, precitada *supra*.

16. La facultad del *Ombudsmand* de llevar su fiscalización hasta respecto de los elementos discrecionales de una decisión administrativa es propia creación del legislador danés, pues su antecedente sueco no contempla tal competencia dentro de la órbita de sus atribuciones: a él no le cabe criticar, controlar, la oportunidad de una decisión dictada por la Administración sueca, su control se extiende únicamente a cuanto concierne la legalidad de los actos y su adecuación a la ley. A ejemplo del comisario-parlamentario danés, el *Ombudsmand* noruego (creado en 1962) ejerce también su competencia al conocimiento y examen de los elementos discrecionales de los actos administrativos de los órganos centrales de la Administración del Estado, ya que se ha estimado que teniendo el Poder Administrador en la actualidad tan vastas competencias y tan extendido su poder de apreciación respecto a las medidas a dictar, es conveniente que los particulares puedan dirigirse a un órgano estatal (el *Ombudsmand*, en el caso concreto) con el objeto de llegar a un verdadero control —mediante su investigación e informe posterior— del uso que ha hecho de sus poderes de apreciación la autoridad administrativa. Ciertamente que tal competencia de fiscalización de los elementos discrecionales de las decisiones administrativas cabe únicamente en la medida en que éstas o han comportado consecuencias perjudiciales respecto a un particular, es decir, le han provocado daño o perjuicio, o sean contrarias a la equidad.



## II

### EL PROCEDIMIENTO

11. *Una misión de confianza: su labor concreta.* Luego de haber analizado la naturaleza de este órgano de control y las competencias con las que ha sido provisto, nos parece conveniente, a fin de dar una más cabal descripción de él, conocer el procedimiento que siguen las reclamaciones ante él interpuestas por los administrados o funcionarios lesionados por actuaciones o decisiones de las autoridades administrativas sometidas a su tarea de fiscalización.

12.A) *La reclamación.* Siendo la actividad de control que ejerce el *Ombudsman* tan vasta, y comprendiendo no sólo la Administración civil y militar del Estado, sino también en ciertos aspectos la administración local (o comunal), ha parecido al legislador danés otorgar la mayor amplitud a los administrados, y a los funcionarios públicos, en cuanto a la posibilidad de recurrir ante este órgano fiscalizador en defensa de sus derechos e intereses:

“cualquier persona puede interponer directamente una reclamación ante el *Ombudsman*, en contra de personas o actuaciones que caen bajo su control fiscalizador...”,

señala el artículo 4 de las *Instrucciones Parlamentarias*, N° 48, de 9-II-1962, sin que sea necesario justificar un interés particular en el asunto, o un derecho subjetivo lesionado. Debe ser presentada por escrito, firmada, y dentro de los 12 meses siguientes al hecho que origina el reclamo; junto con su individualización el reclamante debe —en la medida de lo posible— acompañar las pruebas en las cuales funda la verdad de su impugnación. En los casos en que la reclamación es formulada por funcionarios públicos, sean de las Administraciones civiles, sean de las militares o comunales, ella puede ser presentada de manera directa, sin ser menester seguir el orden jerárquico, medida que asegura, así, una mayor garantía de defensa y una posibilidad cierta para el agente de que su reclamo será atendido, estudiado y decidido por el *Ombudsman*.<sup>17</sup>

---

17. Esta amplitud para hacer posible toda reclamación por parte del administrado danés que estime haber sido lesionado por la actuación u omisión de una autoridad administrativa, en el ejercicio de su función, no ha sido seguida por la ley inglesa, la cual exige, para recurrir ante el Comisario-parlamentario, la reclamación de un ciudadano, víctima de una lesión cometida por una

13.B) *La investigación.* Depositada, pues, la reclamación en contra de una autoridad administrativa —civil, militar o comunal— o en contra de un funcionario de dichas administraciones, sea que se impugne una decisión jurídica, o un proceder pretendidamente irregular o ilícito de parte de esa autoridad o de tal agente público, el *Ombudsmand* (entiéndase, el órgano contralor) procederá a realizar un examen del contenido de dicha reclamación, a fin de decidir si se da lugar o no, y abrir —en consecuencia— la correspondiente encuesta o investigación: tanto una como otra decisión, es decir, la aceptación o el rechazo de proceder a iniciar investigación con el objeto de conocer la verdad sobre los hechos denunciados en la reclamación, deben ser resueltas por el propio *Ombudsmand*, y dando las razones —en el supuesto del rechazo— de su negativa a proceder a investigar.<sup>18</sup> De ser incompetente, indicará además de los motivos de su falta de atribuciones para conocer de una reclamación, la autoridad precisamente con facultades legales para atenderla, o enviará directamente los antecedentes a la tal administración competente, para que conozca del asunto en cuestión, según los casos.

---

autoridad administrativa, interpuesta ante un miembro de la Cámara de los Comunes, y luego la petición de éste en orden a solicitar del *Ombudsmand* una investigación sobre el particular: de esta manera, el Comisario inglés sólo procede a petición de un miembro de la Cámara Baja, el cual debe haber recibido previamente la reclamación de un particular. Esta peculiaridad del sistema británico encuentra su origen en el propio juego institucional parlamentario inglés: el diputado como defensor del particular frente al Poder.

18. Según datos proporcionados por el propio *Ombudsmand* danés, un subido porcentaje de reclamaciones presentadas ante su oficina debe ser rechazado en atención a recaer sobre denuncias de comisión de irregularidades, o impugnaciones de decisiones dictadas por órganos estatales que no caen bajo la jurisdicción fiscalizadora de este comisario-parlamentario: tal v.gr. en reclamaciones presentadas en contra de sentencias de los tribunales de justicia, o de actuaciones de los magistrados de dichos tribunales, o denuncias en contra de parlamentarios. No siempre esta incompetencia es tan notoria; casos hay —como las reclamaciones en contra de la Administración comunal— en que no es fácil delimitar con precisión el campo competencial del *Ombudsmand*, pues si bien “las personas que están al servicio de las comunas...” (*Art. 4, inc. 2º de la ley 342, de 1º-XII-61*, orgánica del organismo fiscalizador), se encuentran sometidas a su control, “la actividad de conjunto de las administraciones comunales no se encuentra sometida a su contralor” (*ibidem*). Otros casos de incompetencias se refieren a reclamaciones en contra de decisiones de autoridades inferiores que pueden ser modificadas por su superior jerárquico, situación en la cual el *Ombudsmand*, careciendo de facultades para conocer de ellas, las transmitirá directamente a dicha autoridad jerárquica superior.

En el evento de que la denuncia recaiga sobre actuaciones o decisiones de órganos sometidos a la competencia fiscalizadora del comisario-parlamentario, y presente visos de ser fundada, ésta será transmitida al agente estatal o a la autoridad denunciada a fin de escucharla en las razones de su proceder cuestionado por la reclamación interpuesta en su contra, y solicitándole el envío de los documentos, y demás antecedentes necesarios, concernientes para el correcto y adecuado conocimiento del asunto. En posesión de dichos antecedentes, el *Ombudsmand* estudiará el fundamento de la denuncia a la luz de ellos, y, si estimare necesario, proveerá a conversar personalmente tanto con el denunciante, como con el funcionario o autoridad cuya actuación se impugna por irregular o ilícita, por abusiva o inoportuna; puede aún —si fuere conveniente— citar a otras personas —sean funcionarios o particulares— a fin de escucharlas en relación con la denuncia formulada ante él y obtener así informaciones de interés, o pertinentes.<sup>19</sup>

Si la reclamación interpuesta ante el *Ombudsmand* es en contra de un funcionario, por su actuación pretendidamente ilícita, dicho funcionario puede hacer suspender el procedimiento seguido por el órgano fiscalizador invocando su deseo de que esa denuncia formulada en su contra sea sometida a una investigación disciplinaria, de acuerdo a las disposiciones de la Ley de funcionarios: si tal ocurre, el *Ombudsmand* suspende su actuar, transmite toda la documentación allegada en su propia investigación, y hace saber a la autoridad encargada del procedimiento disciplinario los hechos ya establecidos fehacientemente, si los hubiere.<sup>20</sup>

14.C) *Una decisión informativa y crítica.* Una vez la investigación agotada, el *Ombudsmand* emite su decisión, informando tanto al denunciante como a la autoridad o funcionario objeto de la reclamación; esta decisión comprende una exposición detallada del asunto, las investigaciones llevadas a cabo, y la conclusión a la cual ha llegado; de haber lugar a críticas en cuanto a la actuación o al proceder de algún órgano administrativo, o algún funcionario en especial, dicha decisión las contendrá. En

---

19. Este tipo de encuentros entre el *Ombudsmand* y los funcionarios afectados, o terceras personas, se realiza espontáneamente a simple requerimiento o invitación de parte del comisario-parlamentario, sin que sea necesario recurrir ante los tribunales para convocarlos a declarar, o a prestar su concurso en la correspondiente investigación.

20. Al parecer, hasta la fecha, no se ha presentado aún el caso de que tal invocación al procedimiento disciplinario fuere formulada por algún funcionario en contra de cuya actuación un particular interpuso reclamación ante el *Ombudsmand*.

algunas ocasiones hay lugar a informar al Parlamento sobre un asunto que revista una importancia determinada, y en tal caso, la decisión debe contener además de las críticas que el *Ombudsmand* estima conveniente hacer, la exposición de cuanto ha dicho el afectado responsable, a fin de permitir el conocer el asunto en toda su extensión con las debidas defensas del agente estatal inculpinado.

Según analizábamos antes, esta decisión del *Ombudsmand* es definitiva, y resuelve el asunto sin ulterior recurso, no habiendo posibilidad alguna de pretender modificarla. Asimismo, valga la pena recordar que el fallo recaído ante una denuncia, o en una investigación incoada *motu proprio* por el Comisario-Parlamentario, carece de imperio, y no es capaz de modificar o enmendar una decisión administrativa de un órgano de la Administración civil, militar, o comunal: su eficacia sólo reside en la fuerza de las argumentaciones, y en la solidez de sus motivaciones, asentadas en la verdad, acumulada con los antecedentes fidedignos que han adoptado tanto funcionarios como denunciantes.

#### CONCLUSIONES

15. *Una vigilancia especial: una administración responsable.* La institución del *Ombudsmand*, que nació en Suecia como una necesidad de mayor garantía y protección de los derechos individuales atendido el propio sistema jurídico-político de aquel país, se ha extendido en toda la zona escandinava cual un instrumento más expedito y eficaz en orden a asegurar una mejor administración de los servicios públicos al mismo tiempo que constituir una nueva vía de defensa de los derechos y libertades de los administrados frente al Ejecutivo. No ha de creerse, sin embargo, que constituya este modo de control administrativo una panacea especial que solucione milagrosamente los problemas que implica la lucha contra las inmunidades y arbitrariedades del Poder Administrador; jamás podrá este órgano fiscalizador sustituir la garantía principal y elemental que es la vía jurisdiccional, por medio de recursos procesales-administrativos que permitan la impugnación de los procedimientos arbitrarios e ilegítimos de las autoridades administrativas: ella será siempre la "vía áurea" que poseerá el ciudadano o el administrado para defender sus derechos y garantías tanto sociales como individuales; toda otra vía viene, en el fondo, a ser complementaria e integradora de una mayor defensa, de un mejor sistema garantizador,

de una más completa configuración del imperio de la ley, camino esencial hacia un Bien Común integral de la sociedad, y, por ende, del individuo.

Dentro, en consecuencia, de esa mayor defensa y protección del individuo frente al Poder Ejecutivo (que como órgano de poder encargado de la Administración del Estado, y de la satisfacción concreta de las necesidades públicas o de interés general, se encuentra a menudo, en sus tareas, en conflicto con los intereses de los particulares) que representa siempre un peligro concreto, ante los administrados, de lesión de sus garantías y libertades, esta fiscalización de las autoridades administrativas a través de un comisionado-parlamentario viene a significar una protección verdaderamente dinámica, y adecuada a las actuales circunstancias, de los ciudadanos, y al mismo tiempo un control conformador de una mejor administración de los servicios públicos. Al ser su labor una tarea de supervigilancia no jurisdiccional —pues carece de imperio y no decide contiendas entre partes— su papel es —finalmente— lo que el propio nombre que lleva, “*ombud*”, significa, esto es, “protector”.

Los tribunales ejercen —indudablemente— un control eficaz, a través de la anulación de los actos administrativos irregulares, o ilícitos, o arbitrarios, y pueden incluso condenar a la Administración a indemnizar los daños ocasionados en su actuar (o en su no actuar, debiendo obrar) —sea que haya mediado o no culpa— pero es obvio que su control es únicamente ejercido a petición de parte, jamás de propia iniciativa, como ocurre con el *Ombudsmand*, y aun sus sentencias, obligan en la medida que buenamente la Administración quiera cumplirlas (siendo inexistente un sistema de coacción en contra de ella); en cambio, el comisario-parlamentario, si bien sus decisiones carecen de imperio y ellas no pueden alterar un acto administrativo, posee el camino de hacer intervenir al Parlamento y solicitar éste la comparecencia del ministro responsable, a nivel de Poderes.

Por otra parte, la vía jerárquica administrativa —a través de los recursos en sede administrativa— aunque constituye un remedio no pocas veces adecuado, las más de ellas aparece como un penoso procedimiento dilatorio, al carecer el superior jerárquico de una verdadera imparcialidad frente a la reclamación interpuesta. Sólo una autoridad independiente es efectivamente equitativa, y asegura una debida garantía al particular lesionado: quien se halla situado fuera del orden jerárquico puede, en realidad, cumplir con la necesaria imparcialidad que requiere el examen de una controversia, siendo ajeno a ambas partes en sus relaciones competenciales.

Al tener —asirismo— este órgano de control atribuciones amplias de investigar, y poderes de inspección que le permiten constituirse en los propios servicios públicos, y contar con todos los antecedentes que la discusión del caso ha producido —allegados por el reclamante y por el órgano administrativo afectado— su decisión, aun careciendo de un poder modificador, y de imperio, viene a transformarse en un acto de equidad cuya fuerza, finalmente, es indiscutida, y de esta manera, obliga.

A las garantías jurisdiccionales y jerárquicas, pues, se ha agregado en favor del administrador escandinavo, este órgano de supervigilancia que es el Comisario-Parlamentario, encargado de velar por el exacto cumplimiento de las leyes de parte de los servicios administrativos del Estado, encauzando su actividad en sendas de probidad y de eficacia, a fin de asegurar, así, una mayor garantía de las libertades y derechos del individuo frente a las actuaciones del Poder Administrador.

#### APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO

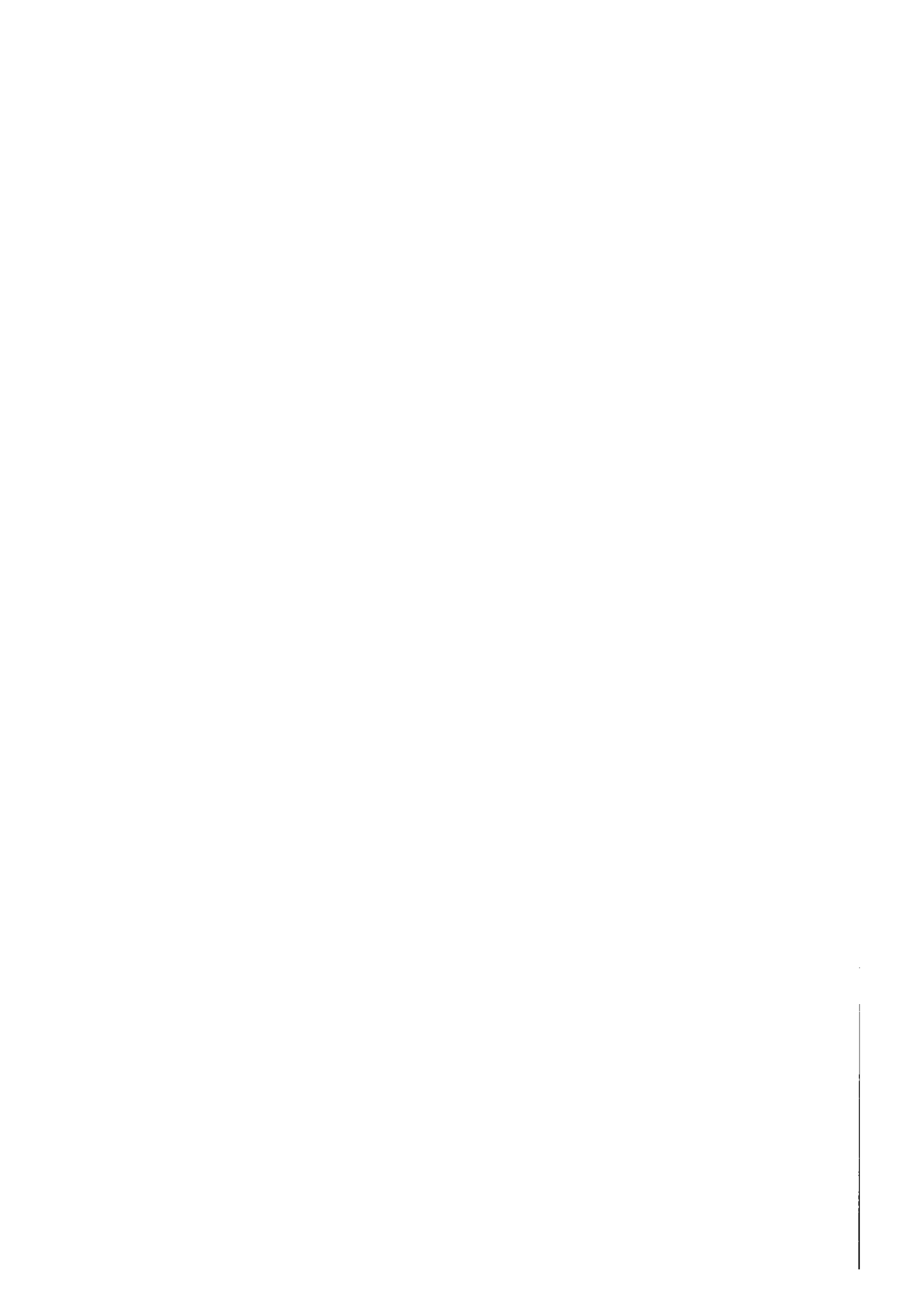
16.A) *Bibliografía general sumaria.* Sobre la institución del "Comisario Parlamentario para el control de la Administración Pública", más conocida como "Ombudsmand", puede verse:

- A. Bexelius: "The swedish institution of the Justitieombudsman", en *Rev. Intern. Ciencias Administrativas*, 1961, pp. 243 y ss.
- P. Boschetti: "L'organizzazione dello Stato e lo spirito delle relazioni pubbliche: l'esperienza scandinava dell'Ombudsman parlamentare", en *Nuova Rassegna*, 1964, N° 2, pp. 255 y ss.
- A. G. Davis: "La institución del Ombudsmand en Nueva Zelanda", en *Rev. Comis. Intern. de Juristas*, 1962, vol. IV, pp. 63 y ss; 1963, vol. IV, pp. 327 y ss.
- K. C. Davis: "Ombudsmand in America", en *Public Law*, 1962, pp. 34 y ss.
- S. Hurwitz: "El control de la administración en Dinamarca", en *Rev. Com. Int. Jur.*, vol. I, 1958, pp. 245 y ss.
- , "The Danish Parliamentary Commissioner for civil and military government administration", en *Public Law*, 1958, pp. 244 y ss.
- P. Kastari: "The Parliamentary Ombudsman: his functions, position and relation to the Chancellor of Justice in Finland", en *R.I.C.A.*, 1962, pp. 391 y ss.
- G. Langrod: "Le contrôle parlementaire de l'Administration dans les pays nordiques: le rôle de l'Ombudsman en Suède, en Finlande, et au Danemark", en *La Revue Administrative*, 1959, N° 72.
- , "Publicité 'erga omnes' des dossiers administratifs en Suède", en *Mélanges A. Svolos*, Athènes, 1960, pp. 67 y ss.

- , "Vers une généralisation de l'ombudsman", en *La Revue Administrative*, 1965, pp. 624 y ss.
- I. K. Northey: "A New Zeland Obudsman?", en *Public Law*, 1962, pp. 43 y ss.
- I. M. Pedersen: "The Danish Parliamentary Commissioner in action", en *Public Law*, 1959, pp. 123 y ss.
- , "The Parliamentary Commissioner: a Danish view", en *Public Law*, 1962, pp. 15 y ss.
- K. Redeker: "Ein Ombudsman für Bund und Länder", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, heft 6, Mars, 1964, pp. 221 y ss.
- D. C. Rowat: "The Parliamentary Commissioner: should the Sacandinavian scheme be Transplanted?", en *R.I.C.A.*, 1962, pp. 399 y ss.
- T. Wold: "Le commissaire du Parlement pour l'Administration civile en Norvège", en *Rev. Com. Int. Juristas*, Vol. II, N° 2, 1959/60, pp. 23 y ss.
- W. Gelhorn: *Ombudsmand and others*, Cambridge (Massach), Harvard University Press, 1966.
- , "Conferencia europea de juristas sobre el Individuo y el Estado", Estrasburgo, octubre 1968, en *Boletín de la Com. Int. de Juristas*, N° 36, 1968, p. 1 y ss.; ver espec. II y III parte.
- , "Coloquio de Ceylán sobre el Imperio de la Ley", enero 1966, Colombo (Ceylán), en *Boletín Com. Int. Juristas*, N° 26, 1966, p. 1 y ss. Ver espec. IIIª comisión, p. 7 y ss.

17.B) *Sobre el Comisario Parlamentario inglés*. Instituido por ley de 22-III-1967 (*Parliamentary Commissioner Act*) nos referimos a él en el párrafo dedicado al análisis de la vinculación de la Administración al Derecho en el sistema inglés *La 'rule of law'*, o ¿de la vinculación al derecho común?, en la obra en publicación *De la vinculación del Poder Administrador al Derecho*. Baste aquí señalar como bibliografía elemental sobre el tema:

- L. J. Bloom Cooper: "An Ombudsman in Britain", en *Public Law*, 1960, pp. 145 y siguientes.
- B. Chapman: "The Ombudsman", en *Public Administration*, vol. 28, 1960, pp. 303 y siguientes.
- A. A. de C. Hunter: "La institución del Ombudsman y su posible adopción en Gran Bretaña", en *Rev. Com. Int. Juristas*, vol. IV, 1962, N° 1, pp. 161 y ss.
- J. D. B. Mitchell: "The Ombudsman fallacy", en *Public Law*, 1962, pp. 24 y ss.
- D. C. Rowat: *The Ombudsman*, obra conjunta, Allen and Unwin, London, 1965.
- Whyatt's report: "The citizen and the administration: the redress of grievances", informe preparado por *Justice* (sección inglesa de la Com. Int. de Juristas), Stevens and Sons, London, 1961.





## § 28. LA VISTA DE LAS ACTUACIONES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Agustín Alberto GORDILLO

*Profesor Titular de Derecho Administrativo en las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades Nacionales de La Plata y Buenos Aires (Argentina)*

### SUMARIO

*I. CARACTERES QUE DEBE REUNIR LA VISTA.* 1.A) Criterio general: el leal conocimiento de las actuaciones. 2.B) ¿Vista formal o informal?. 3. Continuación: procedimientos defectuosos de vista. 4.C) La vista otorgada de oficio. 5.D) Oportunidad en que debe otorgarse la vista. 6.E) El caso de los sumarios. 7.a) Los sumarios por monopolio. 8.b) Los sumarios en la función pública. 9.F) La notificación de un acto debe implicar la vista de las actuaciones. 10.G) Vistas subsiguientes. 11.H) Formas de tomar la vista. 12.I) Término para tomar la vista.  
*II. LIMITACIONES A LA VISTA.* 13.A) Admisibilidad de declarar reservadas partes del expediente. 14.B) Órgano competente: a) El Ministro o Secretario de Estado. 15.b) Los Directores Nacionales. 16.c) Conclusión. 17.C) Casos en que pueden reservarse partes del expediente. 18.a) Principio general. 19.b) Informes, dictámenes, pericias. 20.c) Dictámenes sobre un litigio actual. 21.D) El envío de expedientes administrativos relacionados con un juicio actual. 22.E) Efectos de la reserva. 23. ¿Pueden invocarse en la decisión las piezas reservadas?  
*III. IMPUGNACIONES A LA VISTA.* 24.A) Oportunidad en que debe alegarse la deficiencia en la vista otorgada. 25.B) La denegación ilegítima de la vista informal. 26.C) Recurso de queja por dicha denegación de vista. 27.D) La irregularidad en las vistas como causal de nulidad.  
*CONCLUSIONES.* 28. La omisión de dar vista o traslado de las pruebas producidas.

### I

#### CARACTERES QUE DEBE REUNIR LA VISTA

1.A) *Criterio general: el leal conocimiento de las actuaciones.* De acuerdo al principio constitucional de la defensa,<sup>1</sup> que es además práctica-

1. Ver nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1964, pp. 36 y ss., donde desarrollamos el tema.

mente un principio general del derecho y tiene profundas raíces hasta de "justicia natural";<sup>2</sup> toda persona tiene derecho a defenderse con amplitud en sede administrativa, y este derecho comprende como primer elemento insustituible su conocimiento de las actuaciones que lo afectan, es decir, la vista de las actuaciones.

Ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación<sup>3</sup> que "...forma parte de la garantía constitucional de la defensa en sede administrativa, el tener acceso a las actuaciones en las cuales se ha dictado el acto que afecta los derechos del recurrente";<sup>4</sup> y que "si bien los pedidos de vista de las actuaciones no interrumpen ni suspenden el curso de los términos administrativos, no por ello deja de constituir una obligación constitucional de la Administración, el otorgar vista de las actuaciones que afectan a un administrado, obligación esta que se ha visto transgredida por la opinión negativa emitida a fs... con fundamento en meras disposiciones reglamentarias internas que no pueden tener jerarquía por encima de la norma constitucional que acuerda a los individuos la garantía de la defensa".<sup>5</sup> Se ha dicho también, en igual sentido, que debe darse vista de las actuaciones "a fin de que por razones elementales de justicia y consideraciones patentes de conveniencia práctica, atendibles todas ellas en la esfera administrativa no menos que en la judicial... , pueda organizar su defensa".<sup>6</sup>

Importa señalar una vez más que "lo que la garantía constitucional tutela no es la mera formalidad de la citación",<sup>7</sup> sino "la leal información del mismo";<sup>8</sup> a fin de que pueda tener "una efectiva participación útil"<sup>9</sup> en el expediente. Esta efectiva participación útil, y este "leal conocimiento" pueden variar de acuerdo a las circunstancias, y sólo constituye una situación de hecho a apreciar en cada caso, pero algunos principios básicos pueden con todo sentarse en esta materia.

2. En este sentido, Wade, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, 1961, p. 141: "...la regla que exige una audiencia es de validez casi universal. Puede ser planteada sin incompatibilidad desde su nativo suelo judicial a cualquier parte del campo de la administración"; "Esta regla abarca toda la noción de procedimiento leal (*fair procedure*), o debido proceso, y es apta de gran elaboración en detalle".
3. Hemos explicado las funciones y atribuciones de este organismo en la Argentina en nuestro libro *Derecho administrativo de la economía*, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1967, pp. 106 a 108.
4. *Dictámenes*, t. 101, p. 195.
5. *Dictámenes*, t. 101, pp. 117 y ss.; p. 119.
6. *Dictámenes*, t. 68, pp. 92 y 96 vta.
7. Corte Suprema, *Fallos*, t. 215, pp. 357 y ss.
8. Corte Suprema, *Fallos*, op. loc. cit.
9. Corte Suprema, *op. loc. cit.*

2.B) *¿Vista formal o informal?* Por de pronto, es de preguntarse de qué manera concreta se efectuará el acceso del interesado a las actuaciones que lo afectan o puedan afectar: ¿puede solicitar el conocimiento de las actuaciones en forma verbal, y serle permitida la lectura de éstas en el mismo momento y lugar en que se encuentren, o debe solicitarlo por escrito y serle otorgado el derecho de la misma manera, y tener acceso a las actuaciones en otro momento o incluso en otra oficina? En otras palabras, ¿debe concederse la vista *informal* (por ejemplo, verbalmente) o *formalmente* (por escrito presentado, proveído, tramitado, dictaminado y resuelto)?

En esto juegan conceptos de racionalización y de eficiencia administrativa, además de principios de justicia y equidad. Por de pronto, debe advertirse que no existe en la práctica administrativa ninguna tendencia firme en un sentido o en el otro, encontrándose con igual frecuencia una y otra actitud de parte de los funcionarios intervinientes.

Las normas pertinentes en el ámbito federal argentino, si bien parecen inclinarse por el trámite formal, dejan abierta una u otra posibilidad: "En el caso de vistas solicitadas por los interesados, la autoridad competente, al concederla indicará... la dependencia encargada de cumplirla",<sup>10</sup> lo cual permite otorgar la vista tanto formalmente en la Mesa de Entradas de la repartición como informalmente en cualquier oficina en que el expediente se encuentre; además, las mismas disposiciones permiten el otorgamiento de vistas de oficio: "Si las vistas fueran dispuestas de oficio por necesidad de trámite, serán efectuadas por la dependencia proveyente",<sup>11</sup> lo que naturalmente puede hacerse también informalmente. Debe destacarse que estas normas no exigen expresamente una decisión formal y escrita, por lo que nada impide entonces, y todo recomienda, acceder a la vista de manera verbal e informal. Esta última es, a nuestro modo de ver, la única forma razonable de conferir una vista.

Algunas disposiciones provinciales establecen criterios adecuados para otorgar las vistas, como por ejemplo en la Provincia de Tucumán, donde se ha establecido que "Para interponer los recursos y contestar las vistas y traslados, los interesados podrán examinar los expedientes en las oficinas

---

10. Decreto 759/66. *Boletín Oficial*, 10-11-1966, "Reglamento para Mesa de Entradas, Salidas y Archivo", artículo 26 *in fine*.

11. Decreto citado, artículo 26.

donde ellos se encuentren”;<sup>12</sup> otras provincias tienen disposiciones más formalistas.

En nuestra práctica administrativa, en suma, se presentan ambas experiencias, generalmente en forma sucesiva: el particular se presenta a la oficina en que está el expediente, y solicita verbalmente al empleado que lo atiende, que le permita ver las actuaciones. Si aquél obra en concordancia, el interesado toma conocimiento de éstas y se retira poco después, plenamente informado de lo que pasa en el expediente; allí termina en este caso el trámite para la vista.

3. *Continuación: procedimientos defectuosos de vista.* Si el empleado en cambio deniega al interesado su pedido, éste se ve obligado a retirarse a su domicilio, confeccionar un escrito solicitando vista del expediente, y presentarlo luego en la Mesa de Entradas de la repartición. El escrito presentado es proveído en aquélla con un “Agréguese al expte. N.º...”, y es enviado a la oficina que colabora directamente con la autoridad superior a efecto de que prepare la resolución respectiva. Allí se confecciona el proyecto de acto por el que se resuelve favorablemente el pedido, no sin antes, en algunos casos, pedir opinión al asesor letrado de la repartición para saber si puede o no otorgarse la vista solicitada, a lo que dicho asesor contestará invariablemente, como no puede ser de otro modo, que puede y debe otorgarse la vista requerida. Con dicho dictamen o sin él y previa intervención eventual de algún jefe de derecho que está participando en la tramitación, se pasa todo “a resolución de la Superioridad”. Finalmente, se firmará el acto respectivo, concediendo la vista solicitada; volverá a Mesa de Entradas con un “Notifíquese”, y se notificará por fin al interesado y éste podrá, ahora sí, consultar el expediente; pero en Mesa de Entradas y durante un período de por ejemplo diez días.

Allí termina en este caso el trámite para la vista. Como promedio aproximado, puede afirmarse que insume cuarenta días; cuarenta días en los cuales el expediente no se ha movido; cuarenta días totalmente perdidos, en los cuales el procedimiento ha sufrido una total paralización en lo que respecta a su tramitación normal.

Ello tiene evidentemente un nombre, tanto en la ciencia de la administración como en el lenguaje popular. Evitémoslo aquí por obvio y gastado, ya que no por inadecuado.

---

12. Artículo 32 del decreto del 10 de agosto de 1944, *Adla*, t. IV, pp. 1350 y ss.

Es necesario, pues, que la lectura del expediente sea autorizada informalmente, en la misma oficina en que se encuentra; de otra manera se requerirán cuarenta días para hacer lo mismo que puede hacerse en cuarenta minutos.<sup>13</sup>

4.c) *La vista otorgada de oficio.* En realidad, parece que sólo la negligencia o ignorancia administrativa lleva a que el particular necesite solicitar expresamente la vista de las actuaciones. Una diligente dirección del trámite administrativo normal debería prestar atención a los casos en que los actos producidos son susceptibles de lesionar derechos o intereses de terceros, y otorgar directamente, de oficio, la vista del expediente, sin hacer necesaria la solicitud formal o informal del individuo afectado.

Así ha sido dispuesto en algunas oportunidades con criterio general, por ejemplo, en uno de los decretos referidos al régimen de mayores costos en obras públicas, en el que se dispuso: "En todos los casos en que se notifiquen resoluciones susceptibles de recurso para la Comisión Arbitral de la Ley 12.910 o decisiones de ésta, se concederá al interesado, de oficio, la vista de las actuaciones respectivas" (decreto Nº 4053/63).<sup>14</sup> En forma similar, en nuestro Proyecto de Código Administrativo establecimos que "El acta de notificación deberá expresar asimismo la oficina en que se encuentra el expediente respectivo y en la cual puede ser consultado".<sup>15</sup>

Este criterio también ha sido aceptado por la Procuración del Tesoro de la Nación, la que ha señalado que "desde el punto de vista práctico esta Procuración considera preferible el sistema de que al adoptar una

---

13. Y no se diga que no podría otorgarse y efectuarse la vista en cualquier oficina en que el expediente se encuentre en el momento en que ella sea solicitada, por la falta de comodidad, etc., pues exactamente lo mismo ocurre en cualquier Mesa de Entradas, en que el interesado no tendrá otra posibilidad que la de consultar el expediente de pie...: eso mismo, con mucho menos desgaste administrativo y privado, puede hacerse en la misma oficina en que el expediente se encontraba originalmente, sin interrumpir para nada la tramitación del asunto. No se pensará, seguramente, que cada funcionario tiene un solo expediente que está mirando todo el día, y que si se lo piden para efectuar la vista durante media hora, deberá cruzarse de brazos durante ese tiempo, por falta de otros expedientes de que ocuparse...

14. *Boletín Oficial*, 29 de mayo de 1963. Este decreto fue derogado al dictarse el nuevo régimen general, por decreto 3.772/64, pero entendemos que la derogación se refiere a la ampliación del término para recurrir que el decreto 4.053 había establecido, no así a la concesión de oficio de la vista, pues no hay en este aspecto norma alguna sustitutiva en el nuevo régimen.

15. Artículo 110, segunda parte, que reproducimos en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, 2a. ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 234.

decisión que afecta los intereses de un administrado, se disponga simultáneamente la notificación y la concesión de vista al interesado... , reuniendo entonces ambos aspectos en un solo acto. De esa forma se evitará la tramitación de un expediente para cada interesado que solicita vista y la consiguiente resolución especial, otorgándose la, y la notificación de esta última resolución, etc.”.<sup>16</sup>

5.D) *Oportunidad en que debe otorgarse la vista.* Una cuestión de cierto interés es determinar cuándo debe otorgarse la vista del expediente al interesado.

Si el interesado lo solicita, debe dársele la vista en esa misma oportunidad procesal —e informalmente, según vimos—, aunque sea al comienzo mismo de la tramitación del expediente. Por lo demás, si el interesado aún no ha sido notificado de la existencia de un procedimiento que puede afectar sus derechos o intereses, debe también notificársele y dársele vista desde la primera etapa del procedimiento.

Como regla general, pues, señalaríamos que la vista debe siempre otorgarse, sea de oficio o a petición de parte, al comienzo de las actuaciones, sin perjuicio del posterior acceso del interesado a éstas.

6.E) *El caso de los sumarios.* Un caso parcialmente distinto es aquel en que la administración, de oficio o por denuncia, inicia actuaciones tendientes a determinar si se ha cometido o no una infracción a disposiciones administrativas que puedan dar lugar a la aplicación de sanciones a un administrado (multa, decomiso, clausura, etc.). Si se hace un procedimiento secreto y se aplica inopinadamente la sanción, se incurre en un patente desconocimiento de los principios legales y constitucionales imperantes; si, a la inversa, se da al particular y presunto infractor oportunidad de conocer el expediente cuando recién se están reuniendo las constancias de la infracción o cuando aún no han sido obtenidas, puede ocurrir que dicho supuesto infractor tenga así oportunidad de destruir o alterar las pruebas existentes.

En tales situaciones la solución debe ser que las actuaciones sean reservadas hasta tanto se reúnan todas las constancias y pruebas que oficialmente se consideren suficientes para aplicar la sanción que fuere procedente; y que una vez acreditada a satisfacción administrativa la existencia de un hecho sancionable y antes de aplicar sanción alguna, se dé vista al

---

16. *Diciámenes*, t. 83, p. 134.

interesado a fin de que pueda hacer oír sus razones y ofrecer la prueba de descargo de que quiera valerse. Con todo, ya veremos que en algunos casos es imprescindible otorgar la vista incluso antes de producir la prueba de cargo (*infra*, N<sup>o</sup> 8).

Este procedimiento es además mucho más razonable y eficiente que el de aplicar sanciones y recién entonces abrir la vía a la controversia, pues en el segundo caso se hace necesario ya ocupar a la instancia superior en la consideración del caso, mientras que en el primero es la misma autoridad a quien compete dictar el acto, la que analizará y valorará las argumentaciones del particular. Nadie puede desconocer lo difícil que es a todo ser humano que ha estudiado una cuestión y la ha resuelto de una manera determinada, cambiar su decisión a renglón seguido en virtud de lo que pueda sostener el interesado: así bien lo prueban los frecuentes casos en que un acto es revocado en alguna instancia superior o anulado por la justicia, por la aplicación de los mismos argumentos que ya hiciera el particular ante el órgano que dictó el primer acto. Es necesario, pues, que esas argumentaciones puedan hacerse *antes* de que la administración dicte el acto originario, pero *después* de que haya reunido las pruebas que por su parte considere suficientes para aplicar la sanción correspondiente. Si el particular, al obtener vista de aquellas pruebas, ofrece otras, ellas también deben ser producidas *antes* de adoptarse decisión alguna al respecto. La posible demora en que pueda por ello incurrirse se salvará luego con creces con la simplificación y concreción de las actuaciones.

“Todo parece justificar que, en el procedimiento que se tramita ante un órgano administrativo, los interesados... deben tener ocasión de ser oídos y de producir prueba *antes* de que se dicte una resolución. Ello aun en los casos en que, contra esa resolución, quepan recursos administrativos o recursos o acciones judiciales”.<sup>17</sup>

En igual sentido ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación que, “una vez concluido el sumario, debió darse vista a los imputados en la forma y por el término previsto en el párrafo XIV del mismo artículo,

---

17. Como dice Linares, Juan Francisco, *Garantía de defensa ante órganos administrativos y la Corte Suprema*, “La Ley”, t. 87, p. 875. En igual sentido se pronuncia González Pérez, Jesús, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, p. 649: “Es incuestionable que la petición de que se abra el período de prueba puede deducirse por los interesados al evacuar el trámite de audiencia y vista, una vez examinado el expediente instruido; pero en este supuesto, practicada la prueba, debe darse oportunidad al interesado de deducir nuevas alegaciones, ya que el trámite de audiencia y vista ha de concederse... antes de la propuesta de resolución”.

la que no puede suplirse con la otorgada por esa Secretaría de Estado a fs. . . , toda vez que es posterior a la decisión, lo que implica la privación de una instancia establecida”.<sup>18</sup>

Lo expuesto refleja en general la práctica administrativa, aunque de vez en cuando ocurre que ilegítimamente la administración tramite todo el sumario sin intervención del administrado, y que éste recién se entere de la cuestión cuando le notifican de la sanción aplicada a raíz o como resultado del mismo. Pero esto debe reputarse una violación de la garantía constitucional de la defensa.

7.a) *Los sumarios por monopolio.* En algunas especies de sumarios, con todo, se encuentran disposiciones expresas de particular naturaleza. Tal es el caso de los sumarios por infracción a la ley de represión del monopolio, en que ésta instituye un procedimiento administrativo previo a la denuncia o querrela que se enviará al juez competente.<sup>19</sup> La reglamentación de la citada ley ha establecido que el procedimiento administrativo en las investigaciones preliminares y sumarios por infracción a la ley 12.906, se hará en forma “reservada”, sin perjuicio de que las personas investigadas, “podrán proponer medidas de prueba en cuanto fueren pertinentes, las que podrán ser denegadas por el órgano sumarial, sin recurso alguno”.<sup>20</sup>

Dado que a este tipo de procedimiento se ha considerado aplicable, supletoriamente, el Código de Procedimiento en lo Criminal de la Capital Federal, la administración ha entendido que el trámite administrativo es una etapa previa del *secreto* del proceso judicial, al cual se le hace entonces extensiva esa característica.<sup>21</sup> La solución puede tener algún dejo de sustento, en cuanto la administración no aplica de cualquier manera sanción alguna en el procedimiento, sino que se limita a una investigación preliminar que en definitiva debe ser enviada a la justicia, en caso de proceder, para la determinación de las sanciones que pudieran corresponder. Sin embargo, creemos preferible, por razones de eficiencia administrativa, la solución opuesta: permitir la defensa del interesado bajo el control de la administración, ya que el mayor aporte de datos y elementos de juicio siempre contribuirá a una mejor y más completa decisión sobre la cuestión debatida, cualquiera que esa determinación haya de ser.

---

18. Procuración del Tesoro de la Nación, “Dictámenes”, t. 97, p. 308 vta.

19. Ley 12.906, arts. 9, 10, 11 y 14.

20. Decreto 5.428/49, arts. 20 y 25.

21. Procuración del Tesoro de la Nación, “Dictámenes”, t. 87, pp. 39 y 40.



8.b) *Los sumarios en la función pública.* Otro caso es aquel en que la administración inicia de oficio actuaciones tendientes a determinar si un funcionario ha cometido o no un irregular cumplimiento de la función, que pueda dar lugar a la aplicación de sanciones administrativas al mismo.

El artículo 41 del Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública Nacional (Decreto-Ley 6.666/57) dispone: "El sumario será secreto hasta que el sumariante dé por terminada la prueba de cargo. En ese estado, se dará vista de tres a diez días al inculpado, para que el mismo efectúe sus descargos y proponga las medidas que crea oportunas para su defensa".

Esta expresa solución es análoga a la propuesta más arriba en lo referente a los administrados; sin embargo, aquí no es la solución justa, ni tampoco la jurídicamente aceptable.

Debe observarse, en efecto, que la mayor parte de las pruebas en base a las cuales se hacen los sumarios administrativos de esta índole, son generalmente declaraciones de testigos; si el funcionario inculpado no puede estar presente cuando se toman estas declaraciones, y no puede entonces tampoco evitar que se hagan preguntas tendenciosas (*leading questions*), ni controlar que se registren fiel e íntegramente las respuestas de los declarantes, ni hacer repreguntas en el mismo acto, mal puede afirmarse que se ha respetado su derecho constitucional de defensa. En efecto, aunque luego la administración admita que se llame nuevamente a los testigos a declarar —cosa ésta ya algo difícil— es improbable que aquéllos se desdigan de lo que por una u otra causa hayan declarado en el testimonio anterior.

Debe tenerse en cuenta, al efecto, que las declaraciones prestadas ante la administración pública no revisten el carácter de declaraciones testimoniales, pues se ha interpretado que ello sólo ocurre cuando son dadas ante autoridad judicial *stricto sensu*. La imposibilidad de hacer condenar por falso testimonio a una persona que declara falsamente en un sumario administrativo, entonces deja totalmente inerte a la persona afectada por esas declaraciones, si no ha podido estar presente cuando ellas se hicieron para controlarlas debidamente, y si no puede luego efectivamente repreguntarlas, hacerlas incurrir en contradicción, o demostrar de otro modo la falsedad de sus dichos. La única solución real para este problema es la

participación del sumariado, sus representantes o letrados, durante las declaraciones, a fin de controlar adecuadamente su producción.

En este aspecto creemos que resulta enteramente aplicable la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en otro tipo de sumarios, los derivados de infracciones a la ley de vinos 12.732, en los cuales se consideró que había agravio a la garantía constitucional de la defensa si "cuando se le confirió vista, la prueba ya estaba producida";<sup>22</sup> habida cuenta de que el procedimiento probatorio no podía ser reiterado. Lo mismo ocurre aquí: dadas las características peculiares del sumario administrativo, el procedimiento probatorio en lo que se refiere a declaraciones testimoniales no puede realmente ser reiterado eficazmente para la defensa del interesado, por la situación del declarante —generalmente funcionario público, sometido entonces a las presiones o insinuaciones que puede hacer la administración—; por la circunstancia de no incurrir en falso testimonio a pesar de declarar falsamente —lo que le otorga impunidad en su declaración, más aún si ella no es controlada por el interesado—; por la misma dificultad en hacerlo concurrir a prestar declaración, lo que si bien constituye una obligación del cargo cuando lo llama la propia administración, puede no serle exigido con igual celo cuando sea necesario que concorra nuevamente, esta vez a pedido del sumariado; por lo demás, las personas ajenas a la administración, citadas como testigos, no están obligadas a comparecer ni pueden ser obligadas compulsivamente,<sup>23</sup> con lo que resulta obvio que si ellas concurrieron por su voluntad la primera vez que las llamó la administración durante el secreto del sumario, se mostrarán seguramente renuentes a concurrir nuevamente, cuando se las cite por segunda vez a instancia del sumariado.

Finalmente debe recordarse, en relación a lo ilusorio y vano de ofrecer como paliativo probatorio la reiteración del procedimiento, una vez levantado el secreto del sumario, que ha quedado claro en la jurisprudencia norteamericana sobre la producción de pruebas testimoniales, que el daño de una pregunta tendenciosa reside en el mero hecho de hacerla, implantando así sugerencias en las respuestas del testigo; y si éste no puede ser controlado y corregido inicialmente, de nada vale llamarlo luego nuevamente a prestar declaración.

En consecuencia, corresponde que el interesado plantee en los casos ocurientes, ante la administración y la justicia, el desconocimiento de su

---

22. Corte Suprema, "Fallos", t. 247, pp. 724, 726, *Dubois*, 1960.

23. "Dictámenes", t. 84, p. 141.

garantía constitucional. Si el acto emanado a consecuencia de ese sumario es cesantía o exoneración, la cuestión constitucional debe ser ya planteada en el recurso previsto en el artículo 24 del Estatuto para ante la Cámara Federal de Apelaciones en lo contencioso-administrativo de la Capital Federal; o mejor aún, para evitar todo posible tecnicismo procesalista, en la primera oportunidad administrativa: al recibir la vista de la prueba de cargo. Si el acto emanado a consecuencia de ese sumario no importa la solución del vínculo del agente con el Estado, y se ha agotado la vía administrativa, la cuestión federal debe ser llevada ante el juez de la 1a. instancia en lo contencioso-administrativo de la Capital Federal.<sup>24</sup> Y sería educativo y moral, que el Tribunal resolviera anular todo lo actuado y ordenara a la administración hacer una nueva producción de la prueba respetando la garantía constitucional del debido proceso y el derecho de defensa de los habitantes. Esto, claro está, no siempre ocurre, como es de prever y lamentar.

De cualquier manera, es claro que el llamado carácter secreto del sumario desaparece en el momento en que el imputado toma vista de las actuaciones respectivas,<sup>25</sup> por lo que a partir de ese momento será ya indudablemente ilegítima toda restricción que pretenda hacerse a la intervención del sumariado, a sus representantes o letrados.

9.F) *La notificación de un acto debe implicar la vista de las actuaciones.* Hasta ahora, se ha estado considerando los distintos casos en que la administración debe dar vista de las actuaciones antes de dictar un acto que afecte los derechos de una persona; en los casos reseñados, el sumario tiende a la averiguación de ciertos hechos, y a la participación del interesado en su discusión y apreciación para que la administración pueda luego decidir si corresponde o no aplicar alguna sanción. Esta última, en el caso de los sumarios, será el acto lesivo del particular que abrirá las vías de recurso existentes, en las cuales, como es obvio, continúa en pie el derecho que le asiste de conocer y seguir conociendo de las actuaciones que le afectan.

Dicho de otra manera, a partir del momento en que la administración dicta un acto administrativo en sentido estricto, que lesiona los derechos

---

24. Pues en tal caso no es de aplicación la apelación prevista en el artículo 24 del Estatuto, sin que por ello quede excluida la vía judicial; sólo que es una cuestión susceptible "de revisión judicial por las vías de la acción", como ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación: "Dictámenes", t. 96, pp. 235 y 239 vta., y decreto 4222/66, *Boletín Oficial*, 21/VI/66, denegando un recurso extraordinario. con fundamento en la revisibilidad judicial de la medida de suspensión.

25. Ver los considerandos del decreto 9527/67, *Boletín Oficial*, 8/XI/67, tam-

o intereses de un tercero, la discusión desaparece: allí es ya inevitable que el interesado tenga acceso a las actuaciones; si puede discutirse, pues, el grado de intervención y de vista que le corresponde a una persona antes de que se dicte el acto que la podrá afectar, no cabe ya discutir acerca de la procedencia amplia de esa intervención y vista después de dictado tal acto.

Con todo, acá se producen frecuentemente errores de procedimiento en la práctica administrativa, tanto de parte de la administración como de los administrados. La administración, según ya vimos, a veces no permite al interesado que acude a notificarse de un acto, el conocer las actuaciones que lo preceden.<sup>26</sup>

El administrado, por su parte —no siempre consciente de su derecho a conocer automáticamente las actuaciones— no insiste a veces lo suficiente y asiente al trámite que le es sugerido: presentar una nota solicitando vista y esperar la resolución de la misma en sentido favorable (o a veces, lo que es también posible, desfavorable...). Reiteramos que esto es una irregularidad del procedimiento contra lo que debe lucharse permanentemente.

---

bién Procuración del Tesoro de la Nación, "Dictámenes", t. 96, pp. 235 y 242 vta.

26. El grado de ignorancia a que pueden llegar algunos empleados en este aspecto, es llamativo: hemos oído de casos en que un empleado pretendía que el particular se notificara firmando al pie de una resolución *que no le permitía ver*, tapándose la al efecto con un papel; y hemos conocido casos en que los Jefes de Despacho preparaban —ellos mismos— la fórmula con la que a su juicio el particular debía notificarse, la que entonces rezaba que el individuo se notificaba "en un todo de conformidad y sin tener que manifestar observación alguna"...!, casos en que se hacía firmar la notificación y vista del expediente, *antes* de permitirle su conocimiento al interesado. Va de suyo que esto no debe ser admitido, y que una persona no debe "notificarse" ni firmar como que "toma vista" si esto no ocurre realmente, antes de hacerse tal manifestación. Y si la administración se niega a otorgar la vista de otro modo, debe entonces negarse el interesado a tomar la vista, e impugnar de nulidad el procedimiento así viciado. El camino a seguir, en los demás casos, es variado:
- a) insistir ante el funcionario, haciéndole notar su error y tratando de que lo rectifique, personalmente o a través de sus superiores inmediatos;
  - b) fallando lo anterior, notificarse de cualquier manera en la forma que se pide —en el caso de las notificaciones "conforme"—, pero presentar en el mismo día un escrito haciendo constar la circunstancia de que se le forzó a notificarse de tal manera, impidiéndole hacer reserva de sus derechos, por lo que impugna de nulidad dicha notificación; además, denunciar expresamente el hecho como una grave violación de los deberes del funcionario público, solicitando la apertura de un sumario a fin de la aplicación de las sanciones que fueren procedentes. En los casos de particular gravedad, podrá tal vez tipificarse el delito de abuso de autoridad o de violación de los deberes de los funcionarios públicos, y en tal caso podrá ser procedente e instaurar una querrela o una denuncia criminal.

10.G) *Vistas subsiguientes*. Además, debe tenerse presente que cuando en el expediente se ha resuelto una vez otorgar vista de las actuaciones, ello debe considerarse como resolución definitiva en el sentido de que el procedimiento no es secreto o reservado, quedando por lo tanto abierta al particular la posibilidad de consultar el expediente en el futuro, sin necesidad de nuevas resoluciones que le otorguen la vista, ni de nuevas solicitudes por escrito.

De otro modo, y ante la necesidad de que participe en las distintas etapas posteriores: recurso, apertura a prueba, discusión de pruebas, ofrecimiento y denegación de pruebas, dictámenes, etc. . . . , se haría necesario multiplicar al infinito los trámites de vista, con lo cual todo expediente llevaría más de la mitad dedicada a estos menesteres burocráticos. Con todo, es obvio que una vez producida la prueba y antes de adoptar una decisión en base a la misma, la administración debe siempre, de oficio, dar un nuevo traslado al particular para que argumente sobre las pruebas. Así lo dispone el artículo 8º del decreto Nº 7.520/44.<sup>27</sup>

La explicación de este último requerimiento es obvia, pues como ha dicho el Superior Tribunal español, "No basta para considerar cumplido el trámite de dar audiencia a los interesados, el realizarlo en cualquier momento de la tramitación",<sup>28</sup> ya que lo importante es no sólo conocer las actuaciones desde su comienzo, sino también conocerlas al estar listas para la decisión, que es el momento en que se han reunido todos los elementos de juicio que tendrá en cuenta la administración para adoptar su resolución.<sup>29</sup> Por ello, ese trámite final de audiencia "no puede ser

---

27. Confr. González Pérez, *op. cit.*, p. 469. En efecto, y como dice Escola, Héctor Jorge, *Tratado teórico práctico de los recursos administrativos*, Buenos Aires, 1967, p. 309, "No basta una simple vista concedida en cualquier momento del procedimiento de control y ello se explica porque si el interesado debe tener un total conocimiento de lo actuado, no se puede admitir que, con posterioridad a la vista, se cumplan actuaciones o se agreguen nuevas pruebas, pues en tal caso las alegaciones del recurrente no estarían fundadas en el completo conocimiento de los antecedentes y constancias acumuladas en la tramitación del recurso". Se trata, pues, de una participación constante del interesado y de un acceso permanente e informal a las actuaciones: desde el primer momento hasta la realización de la última diligencia probatoria; no de otro modo podrá efectivamente defenderse, con el alcance que Dyroff diera acertadamente al principio: "el derecho de ser oído con ataque y defensa, y de oír lo que alegan los adversarios" (citado por Forsthoff, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 326).

28. Superior Tribunal, sentencia del 25 de junio de 1948, citada por González Pérez, *op. cit.*, p. 482.

29. González Pérez, *op. cit.*, p. 482, y jurisprudencia española en tal sentido. Igual criterio ha sustentado la Corte Suprema de los Estados Unidos del Norte; ver Gellhorn, *Federal Administrative Proceedings*, Baltimore, 1950, p. 85.

sustituido por el escrito que... presente sin conocimiento de las actuaciones administrativas".<sup>30</sup>

11.H) *Formas de tomar la vista.* Aunque pueda parecer una simpleza, no estará de más reiterar que el tomar "vista" de las actuaciones es tan sólo una expresión más o menos arbitraria para designar un contenido concreto: la leal información del interesado de las actuaciones que lo afectan. Por lo tanto, no ha de interpretarse —como alguna vez algún empleado quizá lo haya hecho— que el tomar "vista" de las actuaciones significa que sólo se puede leer el expediente, pero no revisarlo, manejarlo, copiarlo, etc.

Digámoslo expresamente, pues, aun a riesgo de afirmar lo obvio: el derecho a tomar vista de las actuaciones comprende el derecho de consultar el expediente y copiar todas las partes del mismo, sea a través de medios manuales, sea a través de medios mecánicos: fotocopias de cualquier tipo, microfilmación, grabación en cinta magnetofónica, etc. Si en el expediente hay agregados objetos determinados como prueba, podrá también obtenerse facsímiles o copias de los mismos, siempre que ello no altere su estado.<sup>31</sup>

Con todo, no está tan adelantado el procedimiento administrativo como el judicial en cuanto a las comodidades materiales de que se dispone para la consulta y manejo del expediente: en particular, los letrados no pueden llevarse bajo su responsabilidad los expedientes, como es de práctica en el proceso judicial. En los regímenes provinciales se encuentran a veces expresas normas prohibitivas en tal sentido,<sup>32</sup> pero deben señalarse también algunas interesantes excepciones: por ejemplo en Formosa y Santa Fe, se faculta a los interesados a retirar los expedientes cuando se trata de traslados;<sup>33</sup> Misiones, por su parte, dispone que tanto las vistas como los

---

30. Superior Tribunal español, citado en González Pérez, *op. cit.*, p. 482.

31. Por ejemplo, sacar copias en cera de objetos duros, calcos, etc.

32. Misiones: "los traslados y vistas se correrán sin entregarse a las partes el expediente original; debiendo el mismo ser consultado en el local de la oficina. Durante el término de la vista o traslado, el expediente deberá estar a disposición del interesado. Si así no fuere, éste tendrá derecho a pedir se suspenda el término hasta que el expediente esté en Mesa de Entradas" (Ley 47, artículo 42, "ADLA", XXI-B, p. 1855).

33. En Formosa, el reglamento de trámite administrativo (*decreto 575/62*, "ADLA" XXII-B, pp. 1516 y ss.), establece en su artículo 19: "Los traslados se correrán con entrega de las actuaciones a la parte interesada, bajo recibo, por el término que se fije y deberán correrse indefectiblemente, en todos los recursos"; y en el artículo 20: "Si en el expediente o actuaciones de que se corre traslado existieren documentos u otras pruebas, cuyo extravío pudiere causar

traslados a los funcionarios públicos se les correrán en sus respectivos despachos,<sup>34</sup> lo que, entendido como aplicable en los casos de procedimientos que se siguen en la misma repartición en que aquéllos se desempeñan, refleja una práctica generalizada y aceptable.

Pero, salvo estos casos, la regla es que el acceso a las actuaciones deba hacerse en las oficinas administrativas, sin que la administración faculte a los interesados a retirar el expediente, y esto lleva a que la consulta, copia, etc., se haga en condiciones a veces materialmente inadecuadas.

Algo ha tratado de solucionar esta situación, en el orden federal, el artículo 29 del decreto 759/66, que establece: "...se facilitará la comodidad necesaria para contestar escritos, tomar apuntes, etc..., a los interesados que acudan con motivo de las disposiciones del presente capítulo";<sup>35</sup> muy poco, sin duda, ante la magnitud de las incomodidades e inconvenientes materiales que tiene el administrado para leer el expediente.

12.I) *Término para tomar la vista.* En algunos procedimientos existen disposiciones expresas que fijan el término para tomar la vista, por ejemplo el decreto-ley 6.666/57, cuyo artículo 41 prevé un plazo de tres a diez días para los sumarios. En los casos en que no existan términos predeterminados legal o reglamentariamente es frecuente que la administración conceda sólo términos mínimos (cinco días) y algunas veces hasta irrisorios (veinticuatro horas).

Dos situaciones deben distinguirse en esta cuestión:

a) En primer lugar, ya hemos señalado que es absurdo desde el punto de vista de la eficiencia administrativa paralizar todo el expediente

---

perjuicio a la administración o a terceros, se dispondrá el desglose de los mismos y la reserva en la Mesa de Entradas durante el término del traslado. En este caso, los documentos o pruebas desglosadas se exhibirán a la parte interesada cuantas veces lo solicite, quien podrá sacar copias de ellos". Similar disposición encontramos en Santa Fe (artículos 33 y 34 del Decreto 10.204/58, "ADLA" XIX-B, p. 1734). En ambos ordenamientos, con todo, se efectúa una distinción entre vistas y traslados, rigiéndose las primeras por el criterio tradicional de consultar el expediente en la repartición, y aplicándose a los segundos el derecho de los administrados a retirar el expediente.

34. "Los traslados y vistas a los funcionarios públicos se correrán en sus respectivos despachos" (*artículo 44 de la Ley 47*).

35. La disposición parece limitar este ofrecimiento de comodidades a los casos en que las "razones de urgencia lo demanden" (*sic*), lo cual es verdaderamente un sinsentido, ya que no se advierte de qué manera la urgencia puede demandar comodidad para tomar la vista, y la no urgencia no... Por ello consideramos que debe prescindirse de este condicionamiento insólito e ininteligible, y darse en todos los casos las comodidades posibles.

a fin de realizar un simple trámite de vista, y que el interesado debe tener acceso informal a las actuaciones en todo momento y en cualquier oficina en que se encuentren: ya hemos dicho que la incomodidad que ello pueda causar al administrado,<sup>36</sup> no será mayor que la que ocasionará hacerlo "formalmente" en la mesa de entradas de la repartición,<sup>37</sup> y ya hemos comentado que sería absurdo pensar que algún funcionario tendrá en sus manos un solo expediente para estudiar y decidir, de manera tal que si se lo piden para revisarlo y efectuar la vista durante un lapso de media hora, debe dicho funcionario verse forzado a cruzarse de brazos durante ese tiempo, por falta de otro expediente de que ocuparse. . .

Siendo todo ello así, es visible lo errado de este criterio de dar vista al interesado por un procedimiento ritualista y formal como el que más, en total contradicción con el principio del informalismo del procedimiento. No tiene sentido, entonces, otorgar "términos" para las vistas, y paralizar durante ese tiempo el trámite, sino que debe darse vista sin término y sin suspender el trámite de las actuaciones, en el mejor interés de la administración y del administrado.

b) Si se elige el camino ritualista de paralizar el trámite y dar durante esa suspensión acceso al interesado en una mesa de entradas de la repartición, entonces debe adoptarse una solución que no haga responsable al propio administrado del criterio burocrático de la administración; es decir, si el propio funcionario es quien quiere demorar el procedimiento por recurrir a este trámite anacrónico, entonces no debe pretender dar un término mínimo al particular para conocer las actuaciones, bajo el argumento falaz de que un plazo mayor causaría agravio a la celeridad del procedimiento. Sin duda que un término largo dificulta esa celeridad, pero ello se debe no a la extensión del término, sino a la insistencia de recurrir a él no siendo necesario. En tales casos, por lo tanto, debe considerarse ilegítima una vista otorgada con un plazo demasiado breve en relación al volumen y a la complejidad de las actuaciones, que torne "ilusoria la posibilidad del peticionante de conocer las actuaciones del recurso, a efecto de alegar sobre ellas".<sup>38</sup> A nuestro modo de ver, el término absolutamente mínimo debe ser de cinco días, y un término prudente debe

---

36. Consultar por ejemplo de pie el expediente.

37. En la que también deberá consultarlo de pie, pero esta vez con la incomodidad adicional de tener que hacerlo entre innumerables personas que concurren a dicha mesa de entradas a realizar sus respectivos trámites.

38. Escola, *op. cit.*, p. 312.



por su parte oscilar entre quince y treinta días;<sup>39</sup> menos de cinco días es siempre un término arbitrario e incluso intimidatorio, que se usa en aquellos casos en que un ánimo persecutorio quiere dificultar la defensa del interesado e imponerle una urgencia y una angustia procedimental que le imposibiliten organizar una defensa adecuada. Consideramos, pues, nula, por inconstitucional, una vista otorgada en esas condiciones.

Por lo demás, sea cual fuere el término, es claro que existiendo él no puede pretenderse que el interesado tome la vista en una sola oportunidad, o sea, en un solo día; por el contrario, él puede tomar conocimiento de las actuaciones "en una o varias sesiones",<sup>40</sup> dentro del término fijado, y sin perjuicio de su derecho a seguir conociendo de las actuaciones en su ulterior desarrollo, como ya lo hemos destacado.

## II

### LIMITACIONES A LA VISTA

13. A) *Admisibilidad de declarar reservadas partes del expediente.* Dijimos ya que no puede negarse que, en principio al menos, la administración tiene facultades para declarar que algunas partes de las actuaciones sean de carácter reservado, y que cuando ello sea así decidido, no puede el particular tener vista de las piezas que fueren del caso.

Pero debe evitarse que esta atribución pueda convertirse en una corruptela, y que se use abusivamente la facultad de declarar reservada una actuación, o parte de ella, pues el principio en la materia es que "la Administración no podrá, por tanto, limitar la audiencia a determinadas actuaciones, sino que deberá poner de manifiesto el expediente íntegro".<sup>41</sup>

Por ello, toda decisión que declara reservada una actuación, debe aclarar expresa y específicamente cuáles piezas del expediente son las reservadas —evitando la calificación genérica— y fundando en cada caso la determinación adoptada, en forma correcta y razonada; además, esa deci-

---

39. Quince días, por aplicación analógica del término para interponer los recursos de revocatoria y jerárquico; treinta días, como fue resuelto por ejemplo en las vistas que reguló el decreto 4053/63, B. O. del 29/V/63.

40. Vivancos, Eduardo, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1959, p. 150.

41. González Pérez, *op. cit.*, p. 483.

sión debe emanar de órgano competente, pues como es lógico, no cualquier empleado o jefe de mesa de entradas tiene atribuciones para hacerlo.

14.B) *Organo competente:* a) *El Ministro o Secretario de Estado.* En diversas oportunidades, la Procuración del Tesoro ha señalado que la decisión de declarar reservada alguna parte del expediente, denegando en consecuencia parcial o totalmente la vista solicitada, corresponde a los "órganos competentes" de cada Ministerio o Secretaría de Estado;<sup>42</sup> no se ha pronunciado, sin embargo, acerca de cuáles serían específicamente tales autoridades competentes, en ausencia de norma expresa que aclara el punto (cuya existencia por otra parte no conocemos). Con todo, de los casos señalados parecería desprenderse, implícitamente, que la idea rectora ha sido que tal decisión corresponde al propio Secretario de Estado de que se trate. Solución similar ha sido propuesta por el Seminario de las Naciones Unidas, celebrado en Ceilán en 1959, en el que se consideró que "sólo un Ministro" puede "declarar que un documento determinado no podía ser exhibido".<sup>43</sup>

En efecto, dicha conclusión surge por aplicación analógica del decreto 7520/44, el que en diversas disposiciones (art. 5º, segunda parte, art. 7º; art. 8º) de la dirección del procedimiento al Ministro; en la organización de Ministerios y Secretarías de Estado instaurada a partir de la Ley 14.439 dichas atribuciones parecen resultar extensivas a los Secretarios de Estado.<sup>44</sup> La llamada ley 16.956, por su parte, al suprimir la "jerarquía ministerial" que la anterior ley de ministerios daba a los Secretarios de Estado, no cambia demasiado en este aspecto, pues a su vez sienta el principio de la delegación en forma relativamente amplia.<sup>45</sup>

15.b) *Los Directores Nacionales.* Pero por otra parte, el decreto 2126/61 da una mayor importancia y estabilización al recurso de revocatoria que es necesario interponer antes de poder elevar el jerárquico, diciendo que el mismo será resuelto por los funcionarios de la administración central, con jerarquía inmediatamente inferior a la de Subsecretario

42. Así, "Dictámenes", t. 96, pp. 235 y ss.; t. 75, p. 106.

43. Dicho informe ha sido reproducido como Documento de Trabajo N° 3 en el Seminario de las Naciones Unidas, celebrado en Buenos Aires, *op. cit.*

44. Comparar Procuración del Tesoro de la Nación, "Dictámenes", t. 70, p. 165; 71; 94; 75; 22, donde se analizan dicha ley y el origen histórico de la institución del Secretario de Estado, "consistente en el deseo de encuadrar la complejidad de la administración moderna con el exiguo número de ministerios previstos en el art. 87, C.N."

45. Ver nuestro libro *Derecho administrativo de la economía*, *op. cit.*, p. 98 y p. 106, donde analizamos ambas cuestiones.

de Ministerio o Secretaría de Estado (es decir, Director Nacional). Con ello se da una mayor preponderancia a los funcionarios de dicha jerarquía; además, existe el antecedente obrante en la resolución N° 734/56 del Ministerio Federal de Obras Públicas, en que, para una hipótesis similar, se decidió que un funcionario de jerarquía inferior a Director General (equivalente del actual Director Nacional) no podía restringir la vista del expediente,<sup>46</sup> lo que también tiene cierta fuerza de convicción en este mismo sentido. Todo ello, unido a la creciente importancia administrativa que tienen estos funcionarios, en su condición de funcionarios administrativos de más alta jerarquía,<sup>47</sup> y a las competencias que frecuentemente les son otorgadas en otros aspectos, puede llevar a la solución de admitir que también ellos, en los asuntos en que intervienen y en ausencia de normas expresas, tienen competencia para declarar reservadas determinadas piezas del expediente; correspondiendo que los funcionarios de jerarquía inferior lo soliciten ellos cuando consideren necesario que se adopte tal resolución.

De las resoluciones del Director Nacional declarando reservado todo o parte del expediente, puede naturalmente recurrirse ante las autoridades superiores en la escala jerárquica, o elevarse directamente recurso jerárquico ante el Poder Ejecutivo (sin necesidad de interponer revocatoria: art. 1º, segunda parte, del decreto N° 2.126/61).

16.c) *Conclusión.* En conclusión: la regla nos parece ser que la decisión de declarar reservada parte de las actuaciones corresponde sólo a la misma autoridad que es competente para resolver en cuanto al fondo,<sup>48</sup> que será, según los casos, el Director Nacional (en los recursos de revocatoria), o las autoridades superiores de las entidades autárquicas, en los recursos que tramiten ante ellas. En el caso del recurso jerárquico y por excepción, la declaración de reservado corresponderá no sólo al Poder Ejecutivo (organismo facultado para decidir en cuanto al fondo), sino también a los Ministros y Secretarios, por las facultades que tiene expresamente otorgadas en cuanto al trámite.

7.c) *Casos en que puedan reservarse partes del expediente.* ¿En qué casos puede admitirse que un Director Nacional o funcionario de jerarquía superior declare reservado un expediente?

---

46. Resolución N° 734/56, en el "Boletín del Ministerio de Obras Públicas", 5 de marzo de 1956, N° 3110, año XIII, p. 641.

47. Ver nuestro libro *Derecho administrativo de la economía*, op. cit., p. 108.

48. Esta es la solución española: González Pérez, op. cit., p. 484, punto 1º

18.a) *Principio general*. Las situaciones varían al infinito; pero conviene tener siempre presente que en todos los casos se tratará de una excepción que debe en consecuencia interpretarse restrictivamente, y que en la duda, debe anularse la declaración de "reservado" hecha para todo o parte del expediente.

El primer concepto a considerar es el que nos da el decreto-ley 6666/57, en cuyo artículo 6º, inciso f) se lee que los funcionarios están obligados a guardar secreto de los asuntos del servicio que deban permanecer en reserva "en razón de su naturaleza o de instrucciones especiales".

Un Director Nacional podría sí declarar "reservado" un expediente que en "razón de su naturaleza" deba serlo; mas con ello evidentemente no se adelanta nada, pues el que un expediente del Estado pueda ser secreto "por su naturaleza", es una apreciación que depende del sentir y la sensibilidad política de cada uno. Un hombre de sentido republicano —que, al fin de cuentas, es nuestro sistema: art. 1º de la Constitución Federal— pensará que en virtud del criterio de la publicidad de los actos y procedimientos estatales, es inadmisibles concebir alguno intrínsecamente, "por su naturaleza" secreta, y que a lo sumo pueda considerarse que las circunstancias que lo rodean pueden en algunos casos aconsejar su falta de publicidad.<sup>49</sup>

Un hombre de distinta ideología, sentir o sensibilidad política, podrá en cambio pensar que es posible concebir un catálogo de casos y asuntos que por "su naturaleza" podrán siempre ser declarados reservados, con prescindencia de las circunstancias del caso; bástenos reiterar aquí que no es ése, política y jurídicamente, nuestro sistema constitucional.<sup>50</sup>

En este mismo sentido ha expresado la Procuración del Tesoro que debe tenerse por vigente un "principio general de la publicidad de los actos de gobierno, que es esencial al sistema republicano que nos rige".<sup>51</sup>

Finalmente, puede recordarse "que la calificación como secreto de Estado es una cuestión jurídica, no una cuestión de hecho y mucho menos una cuestión política, de modo tal que la decisión de que es secreto de Estado no puede ser hallada por una instancia política desde puntos de

---

49. Comp. Arndt, Adolf, *Das Staatsgeheimnis als Rechtsbegriff und als Beweisfrage*, en "Neue Juristische Wochenschrift", Munich-Berlin-Frankfurt A. M., 1963, N° 11, pp. 465 y ss. quien señala cómo incluso planes y artefactos militares han sido considerados públicos en la República Federal de Alemania.

50. Algo hemos dicho en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, op. cit., 2ª ed., particularmente en los capítulos I, II y III.

51. "Dictámenes", op. cit., t. 94, p. 265.

vista políticos".<sup>52</sup> Por lo demás, no debe en esto pecarse de ingenuidad, ya que la invocación del "secreto de Estado" suele hacerse en casos en que la divulgación de un hecho es perjudicial para el partido gobernante o para los funcionarios del gobierno, antes que para el Estado mismo: el secreto de Estado debe ser solamente un secreto a favor del Estado,<sup>53</sup> no a favor de los funcionarios; los hechos que afectan o perjudican a éstos personalmente, no constituyen de ninguna manera secreto de Estado.<sup>54</sup>

19.b) *Informes, dictámenes, pericias.* A nuestro criterio debe desecharse terminantemente la posibilidad de declarar reservados los informes, pericias o dictámenes en que se basa o no se basa la decisión final adoptada.

Al respecto es educativo recordar los considerandos de la citada resolución 734/56 del Ministerio de Obras Públicas:

"Que el hecho de que el informe o dictamen de una dependencia o de una repartición tenga orientación distinta de lo resuelto, no es razón para sustraerlo al conocimiento del interesado so pretexto de que sus argumentos podrían darle base para un pedido de revisión o de reconsideración.

"Que los informes producidos por las oficinas intervinientes, muchas veces vinculadas con aspectos parciales o especiales de los problemas, deban ser confrontados y ponderados por la autoridad encargada de decidir, por cuya circunstancia es lógico pensar que la resolución, atendiendo a los argumentos de más peso deje de lado los que tienen menos valor;

"Que, en consecuencia, un pedido fundado en los argumentos desechados no podrá prosperar si la ponderación ha sido justamente realizada o por el contrario, arrojando nueva luz sobre la cuestión probará que ha habido error de apreciación y brindará a la administración la oportunidad de rectificar una decisión equivocada" (*op. loc. cit.*).

Es poco lo que se pueda insistir en este aspecto, pues en alguna oportunidad se han encontrado casos en que la administración, maliciosamente o no, desglosa todos los informes y dictámenes de valor antes de otorgar la vista solicitada, con lo cual el expediente a que tiene finalmente acceso el interesado se reduce a un conjunto de pases y fojas sin trascendencia alguna. Una vez más, pues, es un "leal conocimiento" de las ac-

---

52. Arndt, *op. cit.*, p. 466.

53. Arndt, *op. cit.*, p. 470 y nota 30.

54. Arndt, *op. cit.*, p. 467.

tuciones lo que exige la jurisprudencia de la Corte Suprema, y es por lo tanto un conocimiento cabal y completo, sin reticencias ni ocultamientos, el que debe darse al administrado.

20.c) *Dictámenes sobre un litigio actual*. Como excepcional criterio general antes expuesto, habría que señalar con todo que cuando existe un juicio ordinario actual entre la administración y un particular, y algún dictamen jurídico-administrativo se refiere precisamente a la conducta procesal que el Estado debe adoptar en tal juicio, no cabe otorgar la vista de ese dictamen. Se ha sostenido, en esa tesitura, que cuando “los dictámenes adelantan opiniones sobre la conducta que cabe seguir en la tramitación del pleito en que aquéllos están interesados”, no debe permitirse su conocimiento por parte de los litigantes.<sup>55</sup> El fundamento indicado en favor de tal criterio es que “de otro modo se coloca al Estado en situación de desventaja con relación a la parte contraria, que cuenta al respecto con la garantía del secreto profesional de sus propios asesores. Además tales opiniones no constituyen actos administrativos ni informes sobre hechos”.<sup>56</sup>

Esto constituye sólo una excepción a la regla, que debe interpretarse restrictivamente como se desprende de los antecedentes glosados. Por otra parte la vista correspondería de todos modos si los dictámenes, en lugar de limitarse a adelantar la conducta procesal que el Estado habrá de seguir en el juicio de que se trate, contuvieran “informes sobre hechos”, o si se limitan a expresar opinión sobre el fondo del asunto, pero sin evaluar ni indicar un determinado comportamiento procesal; pues es del caso reiterar, como bien lo expresara la resolución N° 734/56 del Ministerio de Obras Públicas, “Que el hecho de que el informe o dictamen de una dependencia o de una repartición tenga orientación distinta de lo resuelto, no es razón para sustraerlo al conocimiento del interesado so pretexto de que sus argumentos podrían darle base para un pedido de revisión o de reconsideración”.

---

55. “Dictámenes”, *op. cit.*, t. 74, p. 46; t. 93, p. 105; t. 99, p. 331.

56. “Dictámenes”, *loc. cit.* Escola critica esta limitación señalando que “este criterio no respeta el principio — tantas veces expuesto — de que en los recursos administrativos no debe interesarle a la administración mantener sus propias decisiones o hacer abortar las pretensiones del peticionante, sino alcanzar con la concurrencia del recurrente una adecuada revisión de sus propios actos, a fin de lograr su efectiva juridicidad” (*op. cit.*, p. 311). Sin embargo, parece difícil que esta tesis pueda prosperar en la práctica, ya que usualmente la existencia de un litigio *actual* entre la administración y el particular suele exacerbar —impropiamente— el celo defensivo de los funcionarios administrativos.

Por último, es de advertir que la posibilidad de reservar dictámenes como los indicados es aplicable sólo si se trata de juicios ordinarios contra el Estado, o recursos de plena jurisdicción si existe un código contencioso-administrativo, es decir, a controversias judiciales en que tanto la administración como el administrado asumen el carácter de partes en el proceso. Si se trata de cambio de recursos de anulación, cuando existen<sup>57</sup> o de algún otro proceso en que el tribunal actúa de oficio y la administración no tiene carácter de parte, entonces ninguna razón puede justificar el declarar reservados los dictámenes administrativos que se refieran a dichos recursos o procesos.

21.D) *El envío de expedientes administrativos relacionados con un juicio actual.* Otra cuestión fundamental que se plantea con cierta frecuencia pone a prueba la autoridad constitucional y legal del Poder Judicial sobre la administración. Se trata "de la facultad de traer a la vista todo expediente que tenga relación con el pleito. Tal facultad, como dice Caravantes (*Tratado*, t. II, p. 280), autorizada por la antigua jurisprudencia, tiene por objeto permitir que el juez adquiera los datos necesarios para decidir el pleito con arreglo a justicia, por los que arrojen otros autos que versen sobre la cuestión relacionada con el mismo, siendo evidente que si el juez puede traer al juicio los documentos que crea convenientes para esclarecer el derecho de los litigantes —para lo cual lo faculta expresamente la ley federal 50, art. 16— puede también traer a la vista los autos relacionados con el litigio, pues que contienen documentos y lo son ellos mismos".<sup>58</sup>

Esta facultad genérica de los jueces para mandar a traer "todo expediente que tenga relación con el pleito", en la expresión de la Corte Suprema que acabamos de transcribir, no se ejercita siempre fácilmente, sin embargo, cuando se trata de expedientes administrativos. En efecto, si bien la señalada facultad judicial comprende también a las actuaciones administrativas como específicamente lo estatuye el artículo 396, segunda parte del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,<sup>59</sup> este principio puede sufrir algunas excepciones.

---

57. Sobre el problema de si existe o no este recurso en el orden federal, nos remitimos a lo dicho en "Acerca de la revisión judicial de los actos administrativos". (*Confusiones que suscita lo contencioso-administrativo*, "Revista Jurídica de Buenos Aires", 1965-III, pp. 111 y ss.).

58. Corte Suprema, causa *Besana*, "Jurisprudencia Argentina", t. 65, pp. 18 y 28.

59. "Asimismo, podrá requerirse a las oficinas públicas la remisión de expedientes... relacionados con el juicio".

Se ha expresado, en este sentido, que "La obligación que tienen las reparticiones públicas de cooperar al cumplimiento de la función jurisdiccional mediante la remisión de documentos, datos estadísticos, actuaciones, constancias de sus archivos e informes requeridos por mandato judicial, no tiene otras limitaciones que las que pudieran emanar de su propia competencia funcional, de disposiciones legales expresas en contrario o de consideraciones fundadas en razones de orden público o de seguridad del Estado",<sup>60</sup> y "Queda bien establecido, conforme a lo expuesto, que el Tribunal no estima aceptable que el Estado o sus reparticiones nieguen la exhibición o envío de antecedentes administrativos, salvo que la denegatoria se funde en los mencionados motivos de excepción".<sup>61</sup>

Ahora bien, ocurre a veces que las reparticiones administrativas, requeridas judicialmente a enviar determinada actuación administrativa, contestan negándose a hacerlo, invocando precisamente que dicha actuación es reservada, o incluso en algunos casos que "no existe bajo ese número".<sup>62</sup> Este tipo de actitud no cierra la cuestión, por cierto, pues corresponde a la justicia decidir en definitiva acerca de la razonabilidad de los motivos esgrimidos para no enviar las actuaciones: "Claro está que la apreciación de esta última circunstancia sólo incumbe al magistrado —por resultar inherente a sus poderes exclusivos de dirección del proceso— y nunca al funcionamiento administrativo requerido para el diligenciamiento de esa medida. Ningún juez podría pues, delegar esa facultad sin menoscabo de su investidura".<sup>63</sup>

- 
60. Cámara Nacional Civil, Sala C, "La ley", t. 97, pp. 305, 308, Nieto, 1959, en que se siguió el precedente publicado en La Ley, t. 84, p. 454.
61. *Op. loc. cit.* Ver también Spota, Alberto Gaspar, "El deber procesal de presentar documentos en poder de una de las partes y ofrecidos como prueba por la otra", en "Jurisprudencia Argentina", 1953-II, p. 367.
62. Este tipo de respuesta es a veces de mala fe, porque la actuación ha recibido un número distinto, que la administración conoce, pero se niega a divulgar. En estos casos, sin duda corresponde a la justicia proceder con la máxima severidad, incluso el procesamiento criminal por una maliciosa obstrucción a la justicia. Conviene por lo demás adelantarse a ese escarceo, pidiendo el número de expediente que se tenga y "todas las demás actuaciones que se refieran a la cuestión", detallando entonces en el oficio judicial cuál es el asunto sobre el cual se requiere el envío de las actuaciones pertinentes. Esto hace algo más difícil la respuesta evasiva de la administración.
63. "La Ley", t. 84, pp. 454, 459, 1ª instancia de Paz, firme, año 1956, con nota de Santiago Sentís Melendo. Este fallo fue luego expresamente invocado, y su doctrina citada, en la causa Nieto, fallada por la Cámara Nacional Civil, Sala C, en el año 1959 ("La Ley", t. 97, pp. 305 y 308).



Deberá, pues, el juez decidir acerca de las razones y fundamentos expuestos por la administración, a fin de determinar su admisibilidad;<sup>64</sup> en este aspecto podrá tenerse en cuenta, como favorable a la actitud de la administración, el que ella ofrezca satisfacer de otro modo el requerimiento judicial, como por ejemplo en una causa en que expresó que "No habrá inconveniente en exhibir el respectivo expediente a la persona que ese juzgado designe a fin de que extraiga copias o cuantos datos estime necesarios que sean de interés en la causa. . . , las que debidamente individualizadas serán autenticadas por esta repartición".<sup>65</sup>

No dándose esta circunstancia, y no resultando razonablemente fundada la negativa a enviar las actuaciones, cabe al Poder Judicial, en ejercicio de sus atribuciones legales para la dirección del proceso, adoptar las medidas que fueren necesarias para dar cumplimiento a sus decisiones: secuestro de las actuaciones, allanamiento, procesamiento por desacato, etc.<sup>66</sup>

29.E) *Efectos de la reserva.* Como es natural, declarada la reserva de determinadas piezas de las actuaciones, el interesado no tendrá acceso a ellas. No compartimos por ello la afirmación de que "cuando la

---

64. El artículo 397, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial expresa que la remisión del expediente "sólo podrá ser negada si existiere justa causa de reserva o secreto, circunstancia que deberá ponerse en conocimiento del juzgado dentro de quinto día de recibido el oficio". Varias consecuencias se desprenden de este artículo:

a) *Debe haber justa causa:* y ello a su vez debe ser expuesto fundamentalmente al juez, quien decidirá en última instancia si la causa alegada existe o no, y si justifica o no la no remisión de las actuaciones;

b) *Debe ser expuesta dentro de quinto día:* Si la administración no lo pone en conocimiento del juzgado dentro del término legal, debe interpretarse que no existe causal que la exima de enviar las actuaciones, al igual que según el artículo 407 la no contestación en término del pliego de posiciones hace que sean tenidos por ciertos los hechos allí enunciados. Es significativo que la ley haya dado un término muy breve para que la administración diga si hay o no justa causa de reserva, y en cambio un término más amplio para la contestación del informe en cuanto al fondo, o para la remisión de las actuaciones, lo cual indica que su finalidad ha sido realmente que sólo en casos excepcionales, en que la reserva es muy clara, pueda hacerse uso de esta facultad de pedir al juez que exima a la oficina de que se trata de enviar las actuaciones.

65. Así se procedió en la causa que figura en "La Ley", t. 97, pp. 305 y 308.

66. Ver las consideraciones contenidas en el fallo de 1ª instancia publicado en "La Ley", t. 97, p. 306, y lo expresado por la Cámara sobre el punto. En igual sentido, el artículo 399 del Código Procesal Civil y Comercial, establece que el juez, "sin perjuicio de las otras medidas a que hubiera lugar" (secuestro de los expedientes, procesamiento por desacato, etc.) pondrá el hecho en conocimiento de la Secretaría de Estado y Justicia, cuando haya reiteración, para que ésta aplique por su parte las medidas disciplinarias procedentes en sede administrativa.

administración ha hecho uso de su potestad de declarar reservadas ciertas actuaciones, ello sólo dará lugar a que ellas se exhiban al recurrente dentro de determinadas condiciones de restricción, como ser bajo previa caución, o con la prohibición, bajo sanciones que pueden ser incluso de tipo penal, de su difusión fuera del expediente del recurso, etc. Pero la exhibición de esas piezas o partes de las actuaciones siempre debe tener lugar, porque de otro modo... el derecho de defensa del recurrente estaría vulnerado y limitado el alcance mismo de su articulación".<sup>67</sup>

A ese respecto puede coincidirse en que toda reserva de las actuaciones es un avance sobre la garantía de defensa del interesado, que ha de ser considerada restrictivamente y admitida sólo por excepción cuando razones verdaderamente trascendentales la justifiquen; pero no parece en cambio lógico sostener que, admitida en un caso concreto la reserva, puede igualmente el interesado conocer las piezas reservadas: ello significa de hecho levantar la reserva impuesta. Por lo demás, parece de difícil realización práctica el establecimiento de recaudos como los que se propone, como también el control y la eventual aplicación de sanciones ante una difusión no autorizada, que no siempre podría rastrearse hasta el mismo interesado.<sup>68-69</sup>

Creemos por ello que si bien debe ejercitarse la máxima prudencia para admitir la reserva de las actuaciones, ella ha de tener por efecto, precisamente, su ocultamiento al interesado.

23. *¿Pueden invocarse en la decisión las piezas reservadas?* Se sostiene también que la administración, "En el caso extremo de que ello (el conocimiento de las piezas secretas) no se crea posible, lo correcto sería que la administración no tuviera en cuenta esas piezas secretas, no exhibidas, para fundar en ellas de manera directa, la resolución del recurso".<sup>70</sup> Efectivamente esto ha de ser así, con fundamento en el principio de la razonabilidad de los actos administrativos, lo que como ya vimos comprende el que estos no se funden en hechos o pruebas inexistentes. Como ya lo señaló la Corte Suprema de los Estados Unidos del Norte: "nada puede

---

67. Escola, *op. cit.*, p. 310.

68-69. Es decir, divulgado el hecho reservado, no siempre sería posible probar que efectivamente ha sido el administrado quien lo ha dado a conocer.

70. Escola, *op. cit.*, pp. 310 y 311.

ser considerado como prueba si no es introducido como tal",<sup>71</sup> y por lo tanto no puede la administración invocar como fundamento de su decisión "pruebas" que no pone en conocimiento de las partes afectadas y cuya existencia, en definitiva y por lo tanto, *no le consta a los administrados ni a la justicia*. Una decisión fundada en piezas "reservadas", pues, es una decisión fundada en hechos o pruebas inexistentes jurídicamente, y por lo tanto debe reputarse arbitraria si no aparece sustentada fácticamente de otro modo.

Admitir una solución contraria, a más de violar la garantía constitucional de razonabilidad, dejaría abierta una fácil vía a la administración, que con la sola invocación de supuestas pruebas que sólo ella "conoce" pero que no divulga, podría a su arbitrio tener por "fundadas" todas y cuantas decisiones quisiera, sin posible revisión administrativa o judicial. Semejante conclusión, repugnante a todo sentido de justicia, es totalmente inadmisibile.

En igual criterio la Corte Suprema de los Estados Unidos del Norte tiene decidido que los actos administrativos basados en "informes confidenciales" son inválidos, al no darse oportunidad de confrontar y repreguntar a los testigos de cargo,<sup>72</sup> expresando que cuando "... la razonabilidad de la acción depende de circunstancias de hecho, la prueba usada debe ser expuesta al individuo para que tenga oportunidad de mostrar que no es verdadera. Mientras que esto es importante en el caso de prueba documental, es aún más importante cuando la prueba consiste en el testimonio de individuos cuya memoria puede ser defectuosa o que, de hecho, pueden ser perjuros o personas motivadas por malicia, vengatividad, intolerancia, prejuicio, o envidia. Hemos formalizado estas protecciones en los requerimientos de confrontación y repregunta."<sup>73</sup>

La justificación de este criterio es bien clara, ya que justamente es típico de los informes confidenciales que ellos sean elaborados en base a dichos de otras personas, antes que al conocimiento directo del informante, con lo cual la prueba pierde totalmente su carácter de tal.<sup>74</sup> La experiencia

---

71. Citado por Gellhorn, *Federal Administrative Proceedings*, Baltimore, 1950, p. 86.

72. Jaffe, Louis L. y Nathanson, Nathaniel L., *Administrative Law*, Boston, 1961, p. 578.

73. Greene y Mc. Elroy, 360 U.S. 474 (1959), citado por Jaffe y Nathanson, *op. cit.*, p. 578.

74. En efecto, es inválida la declaración testimonial hecha sobre la base de cosas oídas decir, pero no presenciadas, o sea, el "hearsay".

de otros países es significativa en este sentido, por ejemplo el caso *Knauff* en los Estados Unidos del Norte: se deniega a una persona su entrada al país, por parte de la administración, en base a información confidencial, y el acto es invalidado por la Corte; se reabre el procedimiento administrativo, y al controlarse y repreguntarse a los testigos informantes se advierte la superficialidad de sus dichos, la falta de conocimiento directo, etc., con lo cual la *propia administración* resuelve admitir la entrada.<sup>75</sup> Si no se hubiera controlado de tal modo la prueba, y se hubiera entonces admitido la validez de la prueba de informes confidenciales, se habría tolerado un acto que según resultó luego claramente, carecía totalmente de fundamentación fáctica razonable.

Por último, no debe dejar de advertirse que no es lo mismo que una persona pueda anónimamente efectuar cargos, sin responsabilidad de ninguna naturaleza salvo su conciencia, a que debe efectuarlos públicamente.

En sentido similar puede señalarse, con Meilicke,<sup>76</sup> que constituye una ruptura de los principios del Estado de Derecho pretender invocar como prueba de cargos las declaraciones prestadas por ejemplo por un "agente secreto" cubierto oficialmente por una declaración de "Secreto de Estado". Para este autor, la posibilidad misma de querer introducir como "prueba" declaraciones "secretas" se compara desfavorablemente con los procedimientos utilizados por la S.S. del Tercer Reich.<sup>77</sup> Si se piensa bien, viene a ser típico de todos los estados policiales justamente el institucionalizar la delación, la condena sin prueba y —lo que es lo mismo— la "prueba" secreta. Todas estas consideraciones, más las derivadas de la jurisprudencia argentina sobre arbitrariedad de los actos administrativos, nos inclinan más allá de toda duda por la solución indicada: la administración podrá en ciertos casos declarar reservadas o secretas partes de las actuaciones, pero

---

75. Ver Jaffe y Nathanson, *op. cit.*, pp. 584 y 585.

76. Meilicke, Heinz, *Der vom Staatsgeheimnis verhüllte V-Mann-Belastungszeuge*, publicado en "Neue Juristische Wochenschrift", 1963, Munich-Berlin-Frankfurt M, N° 10, pp. 425 y ss.

77. Meilicke, *Der vom Staatsgeheimnis verhüllte V-Mann-Belastungszeuge*, *op. cit.*, p. 246. La referencia a la S.S. de la Alemania nazi, no es literaria, pues Meilicke cita y compara algunos fallos del Tribunal de Guerra del Reich en los que se recurrió a este tipo de prueba. Es posible que la comparación sea exagerada por implicancia, pero debe servir para llamar la atención acerca del hecho de que no puede un Estado liberal asimilarse siquiera sea en parte a los procedimientos que han caracterizado a los Estados totalitarios. La misma observación procede para los Estados así llamados socialistas: denominador común de estos sistemas autoritarios, sean de izquierda o de derecha, ha sido el empleo de medios como los que aquí se condenan, y no puede desaprensivamente recurrirse a sus mismos métodos si no se quiere caer en su misma valoración.

bajo la condición inevitable de no poder utilizar dichas piezas del expediente como fundamento directo o indirecto de sus decisiones.

### III

#### IMPUGNACIONES A LA VISTA

24.A) *Oportunidad en que debe alegarse la deficiencia en la vista otorgada.* Cuando el interesado tiene acceso informal a las actuaciones, es claro que no corresponde señalar término alguno dentro del cual deba hacer las observaciones que crea pertinentes acerca del alcance con que la vista es tomada, precisamente porque al ser informal el trámite no se detiene a ese efecto. Por el contrario, si el trámite de vista ha sido *formal* y ha sido resuelto a través de un acto expreso que se notifica al interesado, pueden distinguirse dos situaciones:

a) Que la vista sea deficiente, por faltar piezas en el expediente, sin conocerlo el interesado. En este caso consideramos que la deficiencia procesal puede ser señalada en *cualquier* momento que sea advertida por la parte.

b) Que la vista sea deficiente, por haberse resuelto *expresamente* otorgarla con limitaciones, sea con fundamento en el carácter reservado de algunas piezas del expediente, sea por decisión discrecional, o en virtud de normas reglamentarias<sup>78</sup> que así lo dispongan. En este caso el acto por el cual se concede la vista reviste todas las características de un acto administrativo, que produce en consecuencia efectos jurídicos directos, inmediatos, y debe por ello ser recurrido dentro del término pertinente en caso de disconformidad. Dado que este tipo de acto causa un agravio *actual* a la parte, debe ya ser impugnado, sin esperar a la resolución final del expediente; en este sentido se ha expresado que "la decisión de darle vista con las limitaciones establecidas en las Disposiciones números... fue notificada a la recurrente y consentida por ella al tomar vista sin formular impugnación de ninguna clase al respecto. Por lo tanto, la objeción expresada a fs... es extemporánea".<sup>79</sup>

---

78. Y no está de más recordar que "...meras disposiciones reglamentarias internas... no pueden tener jerarquía por encima de la norma constitucional que acuerda a los individuos la garantía de la defensa", como lo ha dicho la Procuración del Tesoro, "Dictámenes", t. 101, pp. 117 y ss. 119.

79. "Dictámenes", *op. cit.*, t. 78, pp. 362, 365.

Con todo, este criterio no está libre de reparos, porque no debe olvidarse la primacía del principio de la legalidad objetiva en el procedimiento administrativo, a resultas del cual la administración no puede co-honestar una violación del debido proceso legal, por el hecho de que la parte afectada no lo haya alegado oportunamente. En otras situaciones, en efecto, se ha señalado ya este principio, y creemos que él podría también ser aplicable al presente caso; se ha dicho así que "aunque quien posea interés legítimo al alegar la nulidad no lo haga, debe considerarse que existe, sobre el suyo propio, un interés general y público, exigido por la administración en garantía de la bondad de sus propias decisiones, lo que torna insanable los errores *in procedendo* cometidos, cuya nulidad debe, en consecuencia, declararse de oficio, pues el defecto trasciende al interés de las partes".<sup>80</sup>

También resulta de aplicación en este aspecto el principio del informalismo en favor del administrado, ya que no puede darse un alcance tan riguroso a una vista de las actuaciones tomada la más de las veces en condiciones materiales inadecuadas<sup>81</sup> y sin tiempo suficiente para tener un cabal y profundo conocimiento del expediente.<sup>82</sup>

Consideramos, en suma, que si bien el defecto del acto que otorga una vista con limitaciones puede ser atacado al notificarse de dicho acto o al tomar la vista en cuestión, la omisión de hacerlo no ha de importar una purga del vicio que el acto tiene; por ello, en nuestro criterio, la impugnación puede también efectuarse en etapas posteriores del procedimiento, y en particular al notificarse del acto que en definitiva se dicte en cuanto al fondo del asunto.

25.B) *La denegación ilegítima de la vista informal.* Retornando al criterio general, de que el administrado tiene derecho a obtener vista del expediente en cualquier momento que lo solicite verbalmente, en la misma oficina en que el expediente se halle, y sin formalidad alguna excepto la justificación de su identidad, cabe preguntarse cuál ha de ser el proce-

---

80. Procuración del Tesoro "Dictámenes", t. 80, p. 145, 146, en que se recuerda la opinión del Oderigo, Mario A., *Derecho Procesal Penal*, t. I, Buenos Aires, 1952, pp. 382 y ss., quien expresa que otra interpretación "llevaría a posibilitar en cualquier caso, el saneamiento de las nulidades por la sola omisión de reclamo en la instancia, con lo que la suerte de formas esenciales, establecidas por razones de orden público y para el más adecuado tratamiento del objeto procesal, podría quedar librada a la voluntad de las partes" (pp. 382-3).

81. Ver *supra*, "Formas de tomar la vista", N° 11.

82. Ver *supra*, "Términos para tomar la vista", N° 12, apartado b) *in fine*.

dimiento a seguir cuando el empleado respectivo, cumpliendo irregularmente sus funciones, deniega el pedido.

Evidentemente, la solución no puede ser iniciar el pesado y complejo trámite precipitado; corresponde aquí partir de la base de que lo que se pide —ver el expediente— no es algo que corresponda resolver a la instancia superior ante la cual nos dirigiremos, sino que se trata de algo irregularmente denegado por el inferior. La presentación del administrado ante el superior no puede en consecuencia tener el carácter de reiteración de aquel pedido, sino el de *queja* por la ilegalidad cometida en el proceso.

26.C) *Recurso de queja por dicha denegación de vista.* La reclamación en queja o recurso de queja, si bien no se halla expresamente legislado en el orden nacional, “debe ser admitido”, según ha dicho la Procuración del Tesoro, “en virtud del derecho constitucional de peticionar a las autoridades,<sup>83</sup> y procede siempre que haya defectos de procedimientos: caso típico, el presente.

Cuando un servidor público deniega pues al interesado la lectura del expediente *a pesar de no haber resolución alguna expresa de autoridad competente que declare que determinadas piezas o el total de ellas son de carácter reservado*, el interesado —sea un administrado, sea un funcionario— puede interponer ante los superiores jerárquicos respectivos el “recurso de queja” correspondiente.

El recurso de queja comprende en su esencia, además de la solicitud en sí de solucionar la situación que agravia al recurrente, el llevar a conocimiento del superior un hecho irregular que éste debe investigar a efecto de determinar de oficio la procedencia de aplicar sanciones administrativas al inferior. De allí que un recurso de queja pueda, teóricamente al menos, significar una prevención contra futuras denegaciones de vista por parte de aquel funcionario inferior en las mismas actuaciones. El hombre sabio, dice Séneca, “no castiga por venganza de lo pasado, sino por remedio de lo venidero”; el recurrente sabio, a su vez, debe interponer el recurso de queja y solicitar en él también la aplicación de sanciones al funcionario que no respetó sus derechos, no por el hecho en sí de que no se le haya dado vista —pues eso ya puede ser solucionado por el superior que entiende del recurso—, sino para evitar que ello pueda repetirse más adelante.

Si el superior jerárquico ante quien se presenta el recurso no lo resuelve dentro de un plazo prudencial, corresponde elevar a su vez el recurso de

---

83. “Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación”, t. 64, pp. 208 y 210.

queja ante la autoridad superior de éste, hasta agotar la vía administrativa. Si lo resuelve negativamente, corresponde interponer los recursos comunes (jerárquico, revocatoria, etc., según el caso).

A efectos de facilitar la investigación del hecho, y también para dejar constancia en el expediente de la irregularidad cometida, es conveniente que el recurrente haga en su escrito una relación minuciosa del día, repartición, oficina, funcionario interviniente, y circunstancias que rodearon la irregular negativa a que ejerciera su derecho constitucional de defensa.

Nos hemos estado refiriendo aquí, por supuesto, a los casos en que la denegación de la vista se produce sin las formas escritas del procedimiento, o sea, sin existir un acto formal de funcionario competente que se pronuncie en tal sentido. Cuando, en cambio, la denegación de la vista se hace a través de un acto administrativo específico, entonces no es ya necesario interponer un recurso de queja (contra el hecho procedimental irregular), sino que puede interponerse recurso de revocatoria o recurso jerárquico según sea la autoridad de que provenga el acto.<sup>84</sup>

27.D) *La irregularidad en las vistas como causal de nulidad.* Es difícil determinar *a priori* el alcance que la omisión o la irregularidad en el otorgamiento de las vistas ha de tener sobre la validez de las actuaciones de que se trata, y de los actos dictados en ellas. Por de pronto, cabe señalar que una total omisión de vista, en el sentido de no haber permitido al interesado tener acceso a las actuaciones que lo afectan, es sin duda causal de nulidad insanable, y así corresponderá declararlo.

Al efecto debe recordarse que la vista es el requisito previo o ineludible para que el interesado pueda hacer oír sus razones o producir la prueba que hace a su derecho: si no conoce concretamente las actuaciones en las cuales se le hacen imputaciones y cargos, es totalmente imposible que pueda hacer alegato alguno en su defensa, o producir pruebas que realmente sustenten su posición; sin la vista de las actuaciones, toda otra defensa que se le otorgue no será sino permitirle dar golpes de ciego, sin saber a qué ataca, ni si realmente lo está atacando o no.<sup>85</sup>

No habiendo conocimiento de las actuaciones, pues, puede concluirse que no ha habido defensa alguna sustancial, por más que el interesado haya tenido oportunidades procesales de otro tipo para "defenderse"; la

---

84. "Dictámenes", *op. cit.*, t. 98, pp. 183 y 185 vta.

85. Procuración del Tesoro de la Nación, "Dictámenes", t. 90, p. 196, 198 vta.



solución, en tales casos, es sin duda alguna la declaración de la nulidad de todas las actuaciones.

Distinto es en cambio el caso en que ha habido algún tipo de conocimiento y de participación del interesado en el procedimiento, pues entonces se tratará de establecer si ha habido realmente una "efectiva participación útil", en el sentido de la Corte Suprema, o tan sólo una "formalidad de citación y vista". La administración, antes de proceder a declarar una nulidad por omisión o insuficiencia de vista, generalmente indaga especialmente acerca del "real perjuicio que el no otorgamiento de la nueva vista,<sup>86</sup> haya podido causar, es decir, de la manera en que la deficiencia en el acceso a las actuaciones ha influido en la defensa del interesado, a fin de evitar lo que parece ser su principal preocupación: no dictar una nulidad "por la nulidad misma y no en el legítimo interés de la parte".<sup>87</sup>

Toda vez que el interesado haya visto dificultado su acceso a las actuaciones, y no haya podido corregir este vicio oportunamente, deberá demostrar, en ocasión de hacer valer su indefensión, en qué consiste concretamente el perjuicio procesal que la omisión le ha causado: qué pruebas no pudo aportar, o qué argumentos o diligencias procesales no hizo por no conocer en su totalidad las piezas del expediente, o qué actos probatorios de la administración no pudo controlar debidamente, o qué deficiencias pudieron producirse en los mismos por falta de intervención, etc.

#### CONCLUSIONES

28. *La omisión de dar vista o traslado de las pruebas producidas.* Un caso particular lo constituye el traslado o nueva vista que debe otorgarse al interesado una vez que se ha producido prueba en las actuaciones. Se ha establecido "Que la vista al recurrente a que alude *la segunda parte del artículo 8*" (del decreto 7.520/44) "es de rigor —según así resulta de dicha norma— cuando se hubiese ordenado y producido prueba en la instancia correspondiente a la tramitación del recurso jerárquico".<sup>88</sup>

Del mismo modo se ha dicho que "es necesario que se le dé oportunidad de alegar sobre su defensa después de producida la prueba", porque la defensa "es la argumentación que hace el procesado después de producida

---

86. *Op. loc. cit.*

87. *Ibidem.*

88. Procuración del Tesoro, "Dictámenes", t. 90, pp. 196 y 199.

la prueba", y que no habiéndose cumplido con esos recaudos, debe disponerse la revocación del acto sancionatorio dictado en su consecuencia, en virtud de la transgresión cometida a la garantía constitucional de la defensa en juicio.<sup>89</sup>

En otras palabras, que es de rigor el traslado y vista a la parte después de haberse producido la prueba pertinente, bajo pena de nulidad.

---

89. Procuración del Tesoro, "Dictámenes", t. 83, p. 365, en que se recuerda en sentido concordante la opinión de A. Rouzat, *Las garantías constitucionales de la libertad civil*. En igual sentido, González Pérez, *op. cit.*, p. 469.

## § 29. NOTA ACERCA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Héctor M. RODRÍGUEZ-SANGUINETTI  
*Doctor en Derecho por la Universidad de la  
República (Montevideo)*

### SUMARIO

1. Una terminación anómala del procedimiento administrativo.
- I. *LOS PRINCIPIOS GENERALES*. 2. Concepto. 3. Naturaleza jurídica. 4.a) Negativo. 5.b) Positivo.
- II. *LA LEGISLACION ESPAÑOLA*. 6.a) El silencio negativo. 7.a) Petición y recurso administrativo. 8.b) Iniciación del plazo para recurrir. 9.B) Silencio positivo

1. *Una terminación anómala del procedimiento administrativo*. Dentro de los distintos modos que el proceso puede terminar, encontramos la sentencia final, el desistimiento, la prevención, la renuncia a la acción, etc. etc. Estos medios de poner fin al proceso tienen la característica de que se dan tanto en el procedimiento civil como, en muchos casos, en el procedimiento penal.

Queremos resumir, para la reflexión de los administrativistas latinoamericanos, una manera anómala de terminación del procedimiento administrativo en concreto que no encuentra parangón en los otros antes citados y que más concretamente lo descartan: es decir el silencio administrativo tal como está legislado en España, donde a diferencia de América Latina, la inexistencia de una constitucionalización del procedimiento administrativo<sup>1</sup> complica considerablemente su eficaz explicitación.

---

1. Cfr. por ejemplo, *el Art. 318 de la Constitución de la R. Oriental del Uruguay*, tanto de 1952 como de 1967; así como el Art. 67 de la Constitución de Venezuela de 1961. Vid. respectivamente: Sayagués-Laso, *Traité de droit administratif*, ed. L.G.D.J., París, 1964, tome I, pp. 435-439, ej. la bibliografía allí indicada; y Brewer Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, ed. Facultad de Derecho, Caracas, 1964, p. 243 (*passim*).

## LOS PRINCIPIOS GENERALES

2. *Concepto*. Debemos en una primera aproximación hacer algunas salvedades a lo que entendemos por el silencio administrativo. En resumidas cuentas: a) no entendemos que se dé este supuesto, en cualquier inactividad tanto de la administración como del particular que inició el procedimiento; b) no entendemos que sólo se hable de silencio al referirse a la inactividad formal de la Administración; dejando de lado los casos de inactividad material.

Entendemos que solamente puede hablarse y aplicarse la legislación sobre el silencio administrativo a las peticiones dirigidas por los administrados a la Administración.

Quizá podríamos dar una versión de lo que entendemos por este instituto diciendo que es una presunción legal, una ficción que la ley establece en beneficio del particular, y en virtud de la cual se considera estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo) la petición dirigida por éste a la Administración.

3. *Naturaleza jurídica*. Lo que primero nos salta a la vista es que es una ficción de la Ley y, sobre todo, que está legislada en favor del particular.

En cuanto a la primera característica debemos a su vez distinguir como hace la legislación española entre un silencio negativo o uno positivo.<sup>2</sup>

4.a) *Negativo*. Tiene la finalidad de facilitar al administrado la impugnación de los actos Administrativos, cuando los recursos previos contra los mismos no se han resuelto, o la falta de declaración de tales actos, cuando se trata de una petición originaria no resuelta.

Como para demandar a la Administración es necesario un acto definitivo previo, nos sería imposible el hacerlo sin esta presunción. Ahora bien si la Administración no tuviera su espada de Damocles que es la posibilidad de que un acto sea definitivo por su inacción, la acción como dijimos en

---

2. Vid. ampliamente sobre estos puntos, Garrido-Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, ed. Instituto de Estudios Políticos, 1963, vol. III, p. 82 y bibliografía allí citada; González-Pérez, *Derecho Procesal Administrativo*, ed. Instituto de Estudios Políticos, t. II (1957), pp. 359 ss., 512 ss. y t. III (1958), pp. 338-339.

el párrafo anterior sería imposible para el particular, por no existir en puridad "acto procesable". Por esto, para que la administración no pueda callarse a una petición, o que si calla quede al administrado una presunción de acto definitivo, está legislado el silencio negativo.

5.b) *Positivo*. La finalidad que se tiene al legislar el efecto positivo del silencio de la Administración es totalmente distinto al que vimos *ut-supra*. Consideramos que es una técnica depuradora de administración y sobre todo de agilización de los trámites administrativos a que el particular se ve abocado a realizar cada vez que necesita algún servicio de la administración como puede ser las intervenciones de policía de la Administración; las autorizaciones o las intervenciones en materia de tutela administrativa.

En resumen, se sustituye la obligación, en estos casos, de obtener en pronunciamiento favorable, por la obligación de comunicar, y sobre esta base si en un plazo prudencial la administración no se ha pronunciado, se entiende por otorgado.

## II

### LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Veamos ahora cómo están legislados en España tanto el silencio negativo como el positivo.

6.a) *El silencio negativo*. El primero de los citados está contenido en el artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.<sup>3</sup>

*Artículo 94:* "Cuando se formulare alguna petición ante la Administración y ésta no notificase su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá denunciar la mora y, transcurridos tres meses desde la denuncia, podrá considerar desestimada su petición, al efecto de deducir frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición" (Inc. 1).

"Igual facultad de opción asistirá *sin necesidad* de denunciar la mora, al interesado que hubiere interpuesto cualquier recurso administrativo, entendiéndose entonces producida su desestimación presunta por el mero transcurso del plazo fijado para resolverlo" (Inc. 2).

"En uno y otro caso la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa..." (Inc. 3).

3. Texto anotado en García de Enterría (E.) y Escalante (J.A.), *Código de las Leyes Administrativas*, 2ª ed., Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1969, pp. 141 y ss.

7.a) *Petición y recurso administrativo.* Como vemos en esta transcripción parcial se distinguen perfectamente bien los casos de peticiones de los casos de recursos administrativos. Esto sin dejar de tener en cuenta que prestigiosos autores entienden que el término "peticiones" es genérico y que engloba tanto las peticiones *stricto-sensu* como los recursos. No tenemos ninguna duda de que si en los dos incisos de este artículo comentado se hubiese usado la palabra "peticiones" estarían abarcados los recursos que, en definitiva no son más que peticiones hechas a la administración. Pero nos encontramos que el legislador español ha distinguido en un inciso del otro, las peticiones y los recursos. O sea, que frente a una petición, el administrado para poder tener un acto administrativo deberá denunciar la mora, o esperar la resolución expresa de su petición.

Cuando el administrado haya interpuerto un recurso no será necesaria la denuncia de la mora y le quedan dos alternativas para tener un acto administrativo procesable: a) esperar la resolución expresa; b) una vez pasados los plazos para resolver, considerar rechazado el recurso.

Tenemos que tener en cuenta además que de nada vale que en los casos de petición el órgano administrativo haya dictado resolución si ésta no ha sido notificada en el plazo de tres meses.

8.b) *Iniciación del plazo para recurrir.* Tocaremos también un problema que se ha planteado a la doctrina y jurisprudencia española al tenor de la última parte del inciso segundo del artículo 94 donde dice:

... "entendiéndose entonces producida su desestimación presunta por el mero transcurso del plazo fijado para resolverlo".

El problema se suscita, pues hay recursos en los cuales no hay plazos de resolución. Más concretamente, sólo tienen plazo el recurso de alzada, el de reposición y las reclamaciones de carácter laboral. Nos asalta la duda de cómo se tratan estos casos o mejor dicho, de cuándo se empieza a contar el plazo, término de vital importancia para los recurrentes.

Hay quienes entienden que en este caso es de aplicación el inciso primero de este artículo. Frente a esta posición, entendemos que no es la más correcta, pues el inciso segundo se refiere específicamente a los recursos y dice que no será necesaria la denuncia de mora.

Otras doctrinas entienden que en el caso de los recursos que no tienen plazos para resolver no es de aplicación la doctrina del silencio. Esta

postura veremos que es la más inadmisibles pues dejará totalmente indefenso al administrado, contradiría toda la filosofía plasmada sobre el silencio en el articulado del código y, sobre todo, por el párrafo del inciso segundo que dice que esa opción asiste al interesado que hubiese interpuesto cualquier recurso administrativo.

Creemos que una solución justa tanto para la administración como para el administrado es aplicar en este caso el artículo 61 del mismo Código que dice:

"No podrá exceder de seis meses el tiempo que transcurra desde el día que se inicie un procedimiento administrativo hasta aquél en que se dicte resolución...".

Ahora bien, al dar esta solución, nos basamos no sólo en lo transcrito en el párrafo anterior, sino que ésta es una particularización de otra norma mucho más genérica cual es el artículo 70 número 1 que dice:

"Toda persona natural o jurídica podrá dirigir instancias a las autoridades y Organos de la Administración del Estado en materia de su competencia, que estarán obligados a resolverlas".

Ahora bien, la legislación española no sólo obliga a la Administración a resolver, sino que, en su debido tiempo, puede hasta llegar a la responsabilidad personal; a tales fines dispone del artículo 94 número 3:

"Contra el incumplimiento de este deber [de dictar resolución expresa] podrá deducirse reclamación en queja que servirá también de recordatorio previo de responsabilidad personal, si hubiese lugar a ella, de la Autoridad o funcionario negligente".

9.B) *Silencio positivo*. La legislación española legisla esta clase de silencio referida a las relaciones entre órganos de la administración y a relaciones entre los administrados y la administración. Y contrariamente a lo que parece dar a entender el artículo 95 que ahora veremos, en ambos casos puede darse con la denuncia previa de mora.

La norma fundamental es, como dijimos, el artículo 95 que dispone:

"El silencio se entenderá positivo, sin denuncia de mora, cuando así se establezca por disposición expresa o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superior sobre los inferiores. Si las disposiciones legales no previeran para el silencio positivo un plazo especial, éste será de tres meses, a contar desde la petición".

Pasemos ahora al *Régimen de Administración Local*. La Ley de Régimen Local, en el texto refundido por decreto de 24 de junio de 1955,<sup>4</sup> en su artículo 364, núm. 2, legisla sobre lo mismo y con dos ángulos de legitimación *ad causam*:

- a) Dentro de la misma administración local, legitimación activa de órganos de la misma;
- b) Legitimación activa de los particulares interesados.

*Artículo 364:* (2) "Contra la resolución del Gobernador civil [suspendiendo las resoluciones de los presidentes de las Corporaciones locales] podrán interponer el recurso de alzada ante el Ministerio de la Gobernación los Presidentes de las Corporaciones locales, por sí o en cumplimiento de acuerdo de las mismas, y los particulares interesados. Si no recayese acuerdo ministerial dentro de los treinta días siguientes a la interposición del recurso, se entenderá revocada la suspensión". Veamos también lo que dispone el artículo 9º del *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales en especial la letra "C", de su numeral 1 Inc. 7º*:<sup>5</sup>

"Si la licencia instada se refiere a obras o instalaciones menores, apertura de toda clase de establecimientos y en general, a cualquier otro objeto no comprendido en los apartados precedentes, se entenderá otorgada por silencio administrativo".

En los casos que hemos visto se trata de aquellos en que no es necesaria la denuncia de mora para que opere el silencio positivo. Veamos algunos casos en que eso no ocurre. En primer lugar entre el particular y la administración, del mismo artículo 9 del Reglamento antes citado número 7.

"Si transcurrieran los plazos señalados en el número 5º, (...) sin que se hubiere notificado resolución expresa:

a) El peticionario de licencia de parcelación en el supuesto expresado, construcción de inmuebles o modificación de la estructura de los mismos, implantación de nuevas industrias o reformas mayores de las existentes, podrá acudir a la Comisión provincial de Urbanismo, donde existiere constituida, o, en su defecto, a la Comisión provincial de Servicios Técnicos, y si en el plazo de un mes no se notificare al interesado acuerdo expreso, quedará otorgada la licencia por silencio administrativo".<sup>6</sup>

Tenemos también el caso de silencio positivo referido a relaciones entre órganos administrativos.

---

4. *Ibidem*, pp. 751 y ss.

5. Texto anotado en García de Enterría E. y Escalante J. A., *Código de la Administración local y del urbanismo*, ed. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1967, pp. 399 ss. (401).

6. *Ibidem*, pp. 400-401.



Es en relación a la acumulación obligatoria de expedientes en que intervienen con facultades decisorias dos o más departamentos, legislado en el art. 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo. En la parte que nos interesa, este artículo dispone, en el párrafo 3 de su inciso 2:

"Se entenderá que no existe objeción cuando pasado un mes y reiterada la petición, transcurran quince días más sin recibir respuesta del Ministerio o Centro requerido".<sup>7</sup>

10. En resumen. Vemos los muy distintos efectos que producen en la legislación española, el silencio negativo y el positivo. Mientras que con la presunción negativa sólo se le abre al administrado la vía para perseguir su pretensión, en el caso de silencio afirmativo obtiene desde ese momento su pretensión.

---

7. Texto anotado, vid. *Supra*, Nota 3.



SEGUNDA PARTE

JURISPRUDENCIA  
LATINOAMERICANA ANOTADA



A. R. REAL  
(Montevideo)

ANULABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS  
POR EL PODER LEGISLATIVO EN LA REPUBLICA ORIENTAL  
DEL URUGUAY: AMPLIACION DE LA COMPETENCIA DEL TRI-  
BUNAL DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO URUGUAYO



ANULABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS  
POR EL PODER LEGISLATIVO EN LA R. ORIENTAL DEL URUGUAY

*TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, R. ORIENTAL DEL  
URUGUAY. VISTOS: PARA SENTENCIA INTERLOCUTORIA LOS AUTOS  
CARATULADOS "MURO DE RICALDONI, DELLA CON PODER LEGISLATIVO.  
ACCION DE NULIDAD N° 131/968".*

*Resultando*

1º La parte demandada, en conocimiento de la demanda promovida, comparece a fs. 5, sin evacuar el traslado conferido, y dice que corresponde observar que el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo carece de competencia para entender en demandas de anulación contra actos cumplidos por el Poder Legislativo.

El artículo 309 de la Constitución vigente, expresa, se refiere a la jurisdicción que el Tribunal tiene para entender en las demandas contra actos emanados de "los demás órganos del Estado", frase ésta que no se encontraba en la Constitución anterior, infiriéndose de ello que la misma comprende al Poder Legislativo.

Esta interpretación es equivocada porque la mencionada frase no puede comprender a un Poder del Estado, puesto que esta última denominación caracteriza a los que ejercen indirectamente la soberanía como representantes de dicha soberanía. Así, el artículo 59 menciona expresamente a los Poderes Ejecutivo y Judicial, agregando, los del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, de Cuentas, etc., método que hace contraindicado

entender que bajo la denominación de "órganos" en general, se comprende al Legislativo.

Habiéndose multiplicado los centros de carácter público, es evidente que con referencia a ellos puede hablarse de "los demás órganos del Estado" y permite entenderlo también así el hecho de que el artículo 309, no obstante hablar de "los demás órganos del Estado", menciona, de inmediato, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, que integran también el Estado, no percibiéndose la razón existente para proceder en esta forma cuando, por comprenderlos, con aquella frase bastaba.

Corresponde recordar que el art. 211, en sus incisos c) y f), de la Constitución de 1952, reproducidos en la Carta actual, se refiere a "todos los órganos del Estado" pese a lo cual nunca se entendió comprendido en ellos al Poder Legislativo.

Una modificación como la de someter el Poder Legislativo a una jurisdicción extraña hasta ahora, es acto que requiere texto bien expreso, no pudiendo reputarse tal el equívoco mencionado.

La parte invoca el artículo 313 de la Constitución y por ello solicita se tenga por planteada ante la Suprema Corte de Justicia la referida cuestión, debiendo suspenderse los procedimientos y elevarse los antecedentes respectivos a fin de que la Suprema Corte de Justicia declare que el Tribunal carece de jurisdicción para entender en este asunto, con la imposición de los tributos y costos al demandante.

2º A fs. 10 comparece D. Luis M. Paravis, cuya promoción es impugnada, y en uso de la facultad conferida por los artículos 520/525 C.P.C., deduce tercera coadyuvante a la demandada.

Por lo que respecta a la cuestión planteada por la parte demandada, referente a la incompetencia del Tribunal, expresa que se remite a lo expuesto por aquella parte y agrega que ni la letra ni el espíritu de la expresión "demás órganos del Estado" autorizan a concluir que la misma es sinónima de "otros Poderes del Estado".

En cuanto a lo primero, porque cuando se quiso invocar una denominación específica, se empleó *in extenso* la formulación competente (art. 91, numeral 1º).



El alcance de la expresión mencionada no puede tener otra consecuencia que la de comprender solamente los órganos de la Administración Central ya que enseguida se habla de Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

En la Constitución anterior no se hablaba de "los demás órganos del Estado" como en la actual y si bien la Administración Central quedaba comprendida en el término "Administración", el concepto no era totalmente claro por lo que hacía falta una mayor precisión, significativa de un sentido de ratificación de los distintos órganos que comprenden e integran el Poder Administrador, que es lo que se hizo en el nuevo texto mediante la expresión citada.

Tampoco en su espíritu puede ser de recibo la sinonimia pretendida porque la definición de un "Poder del Estado" se encuentra enmarcada al tenor del predominio de función que ejerce por imperio del texto constitucional que lo define.

En todo caso, la economía del giro "actos administrativos definitivos" señala inequívocamente el predominio de un Poder del Estado en el pronunciamiento de esos actos, que no puede ser otro que el Poder Administrador desde que la función predominante del Poder Legislativo no es la de dictar actos administrativos.

3º La parte actora contesta —fs. 19— que se encuentra bien establecido que la Constitución de 1952 tomó la expresión "Administración" en sentido orgánico, equivalente a Administración Central, abarcando los entes comprendidos bajo la denominación de "Poder Ejecutivo". La exclusión de los actos del Poder Legislativo y del Poder Judicial era criticable, bajo la Constitución de 1952, y así se criticó porque en nuestro país el Tribunal es órgano del Estado dotado de plena autonomía orgánico-funcional y no es dependencia del Poder Ejecutivo y, por tanto, su ingerencia jurisdiccional en las esferas del Parlamento y del Poder Judicial no afecta la separación de poderes (Revista *Colegio de Abogados*, tomo 3, 1952, Nº 1-4, págs. 47-50).

El nuevo texto constitucional es claro; luego de aludir a la Administración, se refiere a "los demás órganos del Estado", los que no son otros que los demás órganos de la persona pública central y mayor (Estado persona jurídica, en sentido estricto) entre los cuales están los Poderes Legislativo y Judicial, Tribunal de Cuentas, Corte Electoral, etc., cuya calidad de órganos del Estado es indiscutible.

No hay duda que tal fue el único sentido que tuvieron las palabras "los demás órganos del Estado" en la intención del constituyente, tal como lo admiten Sanguinetti y Pacheco Seré (*La nueva Constitución*, pág. 253) y la unanimidad de la doctrina que cita el compareciente.

La "contienda de competencia" para ante la Suprema Corte, que se plantea por la demandada, es improcedente porque el artículo 313 de la Constitución se refiere a las contiendas de competencia fundadas en la Constitución en que sean partes los órganos y miembros de colegiados a que se refieren los dos primeros incisos del citado artículo 313.

La parte demandada no opuso la excepción de incompetencia, como tampoco promovió inhibitoria, correspondería, por tanto, aplicar analógicamente, los artículos 710 y ss. del CPC.

4º El señor Procurador del Estado se expide a fs. 28v. y aconseja se declare que el Tribunal tiene jurisdicción para conocer en el asunto de autos, por los fundamentos que expone.

5º Se convocó para sentencia, la que fue acordada en forma; y

#### *Considerando:*

En asunto similar el Tribunal tuvo ocasión de sostener que "I. La parte demandada, luego de notificada de la providencia por la que se conferiría traslado de la demanda, comparece a fs. 6 y, en escrito que dirige al Tribunal, plantea «para ante la Suprema Corte de Justicia» la contienda de competencia prevista en el artículo 313 de la Constitución por entender que el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo no tiene competencia para conocer en demandas de anulación contra actos cumplidos por el Poder Legislativo y por ello solicita se «eleven los antecedentes respectivos» a fin de que la Suprema Corte declare «que no procede dar curso a dicha demanda».

"Dejando de lado la irregularidad que supone plantear una contienda de competencia ante la Suprema Corte de Justicia en escrito presentado ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, la cuestión promovida —de incompetencia— no puede encararse como excepción dilatoria, aunque sustancialmente lo sea, por cuanto se interpuso fuera del término previsto por el artículo 590 del C.P.C. e inciso 2º del artículo 603 del mismo Cuerpo de Leyes en la redacción que le diera la ley Nº 13.355;

"pero desde que lo que se objeta es la jurisdicción del Tribunal, es decir, "uno de los presupuestos para la existencia del juicio, al decir de Couture-*Fundamentos...*, pág. 51, N° 32, la mencionada cuestión es de previo "y especial pronunciamiento, de todos modos.

"II. El artículo 9 C.C.T. define la jurisdicción de los Tribunales "como «la potestad pública que tienen de juzgar y hacer ejecutar lo juz- "gado en una materia determinada» y la competencia como «la medida "dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos "tribunales en una materia».

"La contienda de competencia, por consecuencia, sólo es posible cuan- "do existen «diversos tribunales» entre los cuales se distribuye la compe- "tencia, y se controvierte a cual de ellos corresponde el conocimiento de "un asunto. En el caso del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, la "jurisdicción que le atribuyen los artículos 09 y 313 de la Constitución "se ejerce por el mismo, únicamente, porque esta jurisdicción no cuenta "con órganos inferiores —art. 320— y el Tribunal se encuentra asimilado "a la Suprema Corte de Justicia —art. 308.

"Siendo así, la contienda de competencia nunca puede darse con res- "pecto al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo por la simple y sen- "cilla razón de que no existen «dos... Tribunales, de igual o desigual "jurisdicción» entre los que se suscite «sobre a quién corresponde el co- "nocimiento de un asunto», art. 754 CPC.

"Por lo demás, como lo dice el señor Procurador del Estado con evi- "dente acierto, toda cuestión de jurisdicción que se promueva ante este "Tribunal se resuelve por el mismo y «sin que sus determinaciones deban "ser revisadas por órgano alguno de alzada».

"El error de la demandada radica en la forma de interpretar las dis- "posiciones del art. 313. Este artículo encara las contiendas de competencia "interadministrativas y dispone que, cuando tales contiendas se fundan "en la legislación, entenderá el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo "y cuando se funden en la Constitución, conocerá la Suprema Corte de "Justicia. Es incomprensible que se confunda la incidencia sobre falta de "jurisdicción con una contienda de competencia interadministrativa, como "es indisculpable que, nada menos que la parte demandada, afirme la po- "sibilidad de que la Suprema Corte de Justicia sea quien decida sobre la "jurisdicción de este Tribunal.

"III. Sostiene la demandada que el Tribunal carece de jurisdicción para entender en las demandas de anulación de actos administrativos del Poder Legislativo.

"Esta posición no es de recibo, como lo demuestra el señor Procurador del Estado, con fundamentos que el Tribunal comparte, por lo cual, al rechazarse la observación formulada al respecto, se mandará contestar la demanda.

"IV. La doctrina es unánime en cuanto a que el actual artículo 309 de la Constitución confiere al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo jurisdicción para entender en las demandas de nulidad contra los actos administrativos dictados por el Poder Legislativo.

"Cassinelli Muñoz, "Cuadernos de Síntesis" de "La Mañana" y "El Diario", de enero de 1967, dice que «El nuevo inciso segundo del artículo 309 recoge esa interpretación restrictiva del inciso primero, pero a la vez establece que el Tribunal entenderá en las demandas de nulidad contra los actos administrativos de los demás órganos del Estado. De modo que ya no podrá inhibirse de conocer cuando se impugnan actos administrativos del Poder Legislativo, de la Corte Electoral, del Tribunal de Cuentas, del Poder Judicial o del propio Tribunal de lo Contencioso-Administrativo».

"Alberto R. Real, por su parte —*Estudio preliminar de la Constitución*, edición Cruz del Sur, p. 14, expresa que mediante la norma del inciso segundo del art. 309 «se completa el ámbito de los derechos administrativos tutelados por la jurisdicción anulatoria, de la cual ya no podrán escapar los actos administrativos de los órganos del Estado como el Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral, el Poder Judicial, el Poder Legislativo y sus órganos (Comisión Administradora, Cámaras, Asamblea General, Comisión Permanente, Mesas de Cámaras, etc.) y el propio Tribunal de lo Contencioso-Administrativo».

"Barbé Pérez, *Aspectos administrativos de la reforma constitucional*, p. 87, sostiene que lo agregado al art. 309, «es: de los demás órganos del Estado. De manera que así como antes estaban incluidos solamente el Poder Ejecutivo, los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales, ahora quedan incluidos, también en el control jurisdiccional los actos de la Presidencia de la República, del Poder Judicial, Consejo de Economía Nacional, del Tribunal de Cuentas, de la Corte Electoral y los órganos electorales y del propio Tribunal de lo

"Contencioso-Administrativo. De manera que todo órgano público queda "sujeto a la anulación de sus actos».

"Korzeniak, *Relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo "en la nueva Constitución*, «Temas Jurídicos», editados por la Fundación "de Cultura Universitaria, N° 1, págs. 208 y 209 —se inscribe en la misma "línea al expresar que «La Constitución de 1967 amplió la competencia "de este Tribunal en el inciso 2° del art. 309 abarcando los actos admi- "nistrativos dictados— no solamente por la Administración Central, Go- "biernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados— "sino también emanados de 'los demás órganos del Estado'. Como dice "Cassinelli Muñoz, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo ya no po- "drá inhibirse de conocer cuando se impugnen actos administrativos del "Poder Legislativo, de la Corte Electoral, del Tribunal de Cuentas, del "Poder Judicial o del Propio Tribunal de lo Contencioso-Administrativo».

"Y, finalmente, Julio M. Sanguinetti y Alvaro Pacheco Seré que, a "a su propio decir, ostentan la calidad de defensores de la reforma, *La "Nueva Constitución*, p. 253, sostienen que «La modificación (del art. 309) "amplía la base de nuestro Estado de Derecho desde que los actos que se "incluyen sólo podían ser recurridos en vía administrativa. Especialmente "quedan garantidos —con este recurso de naturaleza jurisdiccional— los "funcionarios de los órganos enumerados, ante los actos ilegales que pue- "dan emanar de sus superiores jerárquicos, procede la enmienda del Pro- "yecto Colorado, donde incluso se preveía que cuando se tratara de actos "del propio Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, esta competencia "sería ejercida por la Suprema Corte. La exclusión establecida en el sistema "anterior había sido criticada en doctrina».

"Esta posición de la doctrina es, en general, compatible, puesto que "aparece como indudable e incontrovertible que la frase *los demás órganos "del Estado* no existiendo antecedentes en la historia de la sanción que "demuestran lo contrario, se refiere, necesariamente, a ciertos órganos ex- "cluidos en la Constitución de 1952 y, además, de entenderse en otra for- "ma, se le quitaría vigencia y realidad al agregado constitucional.

"Por el contrario, no es de recibo la tesis de la demandada en cuanto "pretende referir este agregado a otros órganos, es decir, a los centros pú- "blicos que se han multiplicado en el orden social, ya que la expresión "*los demás órganos del Estado* no los puede tener en cuenta por la sen- "cilla razón de que aquellos centros no integran la estructura jurídica del

"Estado. Y si el artículo 309 de la Constitución especifica los actos de la Administración, de los Gobiernos Departamentales, de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados, dichos actos, obviamente, no quedan abarcados por el agregado, agregado, entonces, que comprende los actos administrativos emanados del Poder Legislativo, del Poder Judicial, de la Corte Electoral, del Tribunal de Cuentas. La conclusión que antecede se encuentra corroborada por el hecho de que, ante el procesamiento de sus actos administrativos, tanto la Suprema Corte como la Cámara de Representantes, no han objetado la jurisdicción de este Tribunal para entender en las respectivas acciones de nulidad entabladas.

"V. El recurso de fuerza, cuyo procedimiento sería aplicable por analogía, según la actora, es recurso que carece de vigencia —arts. 710 CPC, y 5 de la Constitución—, pero aunque así no fuera, no es de trámite adecuado porque desembocaría en el absurdo de adjudicar a la Suprema Corte facultad no reconocida por la Constitución, cual es la de decidir acerca de la jurisdicción de un Tribunal de su misma jerarquía y que no integra el Poder Judicial.

"VI. Los tributos son de precepto, según lo dispuso el inciso tercero del artículo 52 de la Ley Nº 13.355. Sentencia Nº 44 del 16 de marzo pp".

Por tales fundamentos y lo dictaminado por el señor Procurador del Estado, el Tribunal falla:

Declarando que tiene jurisdicción para entender en la acción promovida en autos, con tributos a cargo de la parte demandada.

Y contéstese derechamente la demanda.

Pí. Franca. Nario. Hughes. Fleurquin Narbondo.

J. Antía (Sec.)

## NOTA DE JURISPRUDENCIA \*

### SUMARIO

1. Solución imperante antes de la Constitución de 1967. 2. Crítica doctrinal del autor a la solución anterior. 3. Ampliación de la competencia del Tribunal

1. *Solución imperante antes de la Constitución de 1967.* El artículo 309 de la Constitución uruguaya de 1952 confiaba al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo el juzgamiento y anulación de los actos administrativos "cumplidos" (en el sentido de emitidos) por la Administración "contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder".

Aclaraba el párrafo 2 del artículo 309 que "la jurisdicción del Tribunal comprenderá también los actos administrativos definitivos emanados de los Gobiernos Departamentales, de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados".

De acuerdo con los antecedentes (trabajos preparatorios) de la disposición se entendió que la palabra *Administración*, en el primer párrafo, equivalía a Administración Central, o sea al Poder Ejecutivo y sus dependencias centralizadas. En consecuencia quedaban fuera de la jurisdicción anulatoria del Tribunal los actos materialmente administrativos emanados del Poder Legislativo y los distintos órganos que lo componen, del Poder Judicial, de la Corte Electoral, del Tribunal de Cuentas y del propio Tribunal cuando actúa como jerarca administrativo.

---

\* Esta nos fue enviada por el Decano Real, como contribución doctrinal. Pero en el lapso de la edición, la Sentencia *ut supra* ha confirmado su acierto. Por ello las reunimos aquí, pues —paradoja de la técnica de las fuentes del Derecho Administrativo Latinoamericano— la Jurisprudencia sigue a la doctrina.

2. *Crítica del autor a la solución anterior.* La solución del texto constitucional uruguayo de 1952 era ilógica en nuestro contexto institucional, donde el Tribunal tiene la misma independencia y jerarquía que un Poder del Estado. No se justificaba, pues, imitar en la R. Oriental del Uruguay, como se imitó, la solución tradicional francesa, explicable en virtud de la separación de poderes, por respeto a la "soberanía parlamentaria", teniendo en cuenta que el Consejo de Estado dependía orgánicamente del Poder Ejecutivo. En la R. Oriental del Uruguay no es así, porque el Tribunal surgió directamente de la Constitución, como órgano del Estado, con autonomía funcional e independencia orgánica. Ningún prejuicio, fundado en la separación de poderes, podrá justificar las excepciones mencionadas a la jurisdicción del Tribunal, que eran otros tantos menoscabos de garantías para los administrados. Privados éstos de la acción anulatoria, sólo podían recurrir a la acción ordinaria ante el Poder Judicial, con fines resarcitorios, cuando eran perjudicados por actos de órganos exentos de la jurisdicción del Tribunal.

El autor del presente trabajo, en una conferencia pronunciada en 1962, en el Colegio de Abogados, sobre la acción de nulidad, que se publicó en la *Revista del Colegio*, criticó como sigue la solución constitucional de 1952.

Decíamos:<sup>1</sup> La competencia del Tribunal, en cuanto a las posibles autoridades demandadas, nos parece demasiado estrecha, en parte como fruto de injustificadas imitaciones de fórmulas francesas inadecuadas a nuestro sistema institucional y que hoy ya han pasado de moda, con razón, hasta en su propio país de origen. La Constitución de 1952 declara comprendidas en la jurisdicción anulatoria las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos cumplidos por la Administración, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder (art. 309).

La palabra Administración está puesta con mayúscula. Luego se declaran también anulables los actos de los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales.

De los antecedentes parlamentarios surge inequívocamente y así lo ha fallado la jurisprudencia, que con la palabra Administración se quiso decir Administración Central, en el sentido de dependiente del Poder Ejecutivo

---

1. Real, A. R. *La acción de nulidad*, "Revista del Colegio de Abogados", tomo III, año 1962, N° 1-4, pp. 47 a 50.



nacional. Naturalmente, habría sido mucho más claro emplear el calificativo central, como lo hace la misma Constitución en otras disposiciones (art. 60). Es mala técnica legislativa la de ahorrar palabras en los textos dispositivos y abundar en exposiciones en trabajos preparatorios que no son sometidos al referéndum popular.

Esta interpretación implica la aceptación de un concepto orgánico, estrecho, del acto administrativo, pasible de acción anulatoria. Se excluyen de la jurisdicción anulatoria los actos material y/o formalmente administrativos del Poder Legislativo, del Poder Judicial, del propio Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal de Cuentas y de la Corte Electoral, aparte de todos los emanados de personas públicas no estatales, aun cuando se relacionen con la ejecución de servicios de interés general y apliquen normas de derecho público.

Estas enormes excepciones implican lagunas injustificadas dentro del régimen del Estado de Derecho. La acción anulatoria es un medio de policía represiva de la ilegalidad, tendiente a eliminar del orden jurídico los actos administrativos irregulares. La lesión al orden jurídico y a la moral administrativa no es menor por el hecho de que la ilegalidad sea cometida por un órgano parlamentario o judicial, en el ejercicio de función administrativa, o por otro órgano autónomo del Estado, sin personalidad.

En Francia la abstención tradicional de la jurisdicción administrativa frente al Legislativo llegaba hasta los actos de los órganos administrativos parlamentarios, presidencias, secretarías, etc. Esa abstención se explicaba por varias razones inaplicables en nuestro medio, a saber:

1º) La jurisdicción administrativa depende, orgánicamente del Poder Ejecutivo; 2º) El Parlamento, tradicionalmente, tenía, en Francia, preeminencia institucional y política sobre el Ejecutivo y era ilógico, se pensó, afectar la llamada "soberanía de las asambleas parlamentarias", sometiendo sus actos al juzgamiento de una dependencia del Poder Ejecutivo.

Hoy se ha cambiado de opinión. Desde 1958, los actos administrativos de los órganos administrativos parlamentarios están sometidos al control jurisdiccional administrativo. La solución es racional, desde que en la función administrativa no puede hablarse de soberanía, sino de obligado acatamiento a la norma jurídica (ya sea constitucional, legal o reglamentaria).

Por otra parte, la jurisdicción administrativa francesa ha ganado justo prestigio de independencia frente al Poder Ejecutivo y su actuación no puede constituir ninguna amenaza de la independencia parlamentaria, que no puede ser independencia del Derecho.

En nuestro país esto es más claro, dado que nuestro Tribunal es designado por el propio Parlamento, no depende de ningún poder y tiene plena autonomía funcional, garantizada en la Constitución. No hay ningún motivo para excluir, de su jurisdicción, los actos de otros poderes u órganos.

La consecuencia de tan injustificada exclusión, es, entre otras, la de que los empleados de las Cámaras, que tienen garantías de carrera (derecho al ascenso) por la Constitución, no pueden hacer anular los actos ilegales de favoritismo político, que los perjudiquen. Y en la Comisión Administradora del Poder Legislativo no se respeta ningún derecho al ascenso, los políticos cometen arbitrariedades a su antojo y prácticamente no hay juez a quien recurrir, porque la imprecisión del derecho y la costumbre de soportar los vicios imperantes hacen que ni siquiera se recurra al Poder Judicial, a fin de obtener la reparación, por violación de derecho al ascenso.

En el caso del Poder Judicial ni siquiera podía invocarse el ejemplo francés, porque allí la jurisdicción administrativa es competente en lo relativo a la organización de la Justicia, incluso en los litigios que se puedan suscitar por lesión del derecho de carrera de los magistrados. Cuando la Corte dicta un acto administrativo, de nombramiento o de ascenso, no actúa como Juez, y sus actos no pasan en autoridad de cosa juzgada. Actúa como jerarca administrativo pasible de error y sus actos deben estar expuesto a la revisión jurisdiccional. Ahora la Constitución somete expresamente sus funcionarios al Estatuto Nacional del funcionario, dictado por ley, de modo que para completar la tutela jurídica debería agregarse la sanción de nulidad por la violación de la norma estatutaria.

Sería más lógico y conveniente, para la correcta administración de justicia, que el funcionario reclamante pudiera acudir a un Tribunal independiente y obtener la anulación del acto ilícito, que lo daña y no tener que demandar al Estado ante un Juez L. N. de Hacienda, subordinado del jerarca autor del acto impugnado, en procura de una indemnización.

El principio de separación de poderes no juega en este caso, pues el T.C.A. no integra ninguno de los poderes clásicos. Y, por otra parte, la separación clásica no excluye, sino que presupone, el juego recíproco de frenos y contrapesos, como el juicio político y la inaplicabilidad de las

leyes inconstitucionales, etc., en que el órgano de un Poder juzga la conducta o la obra de los integrantes de otro Poder.

La Constitución de 1952, con las aclaraciones de sus autores y su interpretación jurisprudencial, contiene una solución inconveniente sobre esta materia e implica un retroceso frente a las incumplidas previsiones del régimen anterior (de 1934-1942) que, con su vaguedad, alentó interpretaciones doctrinales favorables a la mayor expansión de lo contencioso-administrativo. Recuerdo, con reverente homenaje a su esclarecida memoria, que la tesis amplia era sustentada por el Dr. Carbajal Victorica, consecuente con la línea liberal de su pensamiento.

Propiciamos, pues, la ampliación de la competencia del Tribunal, a todos los actos administrativos, de cualquier autoridad, a fin de que se expanda el régimen del Estado de Derecho y se colmen las injustificadas lagunas de la legalidad que aún se mantienen.

3. *Ampliación de la competencia del Tribunal.* La reforma constitucional aprobada por el Cuerpo Electoral a fines de 1966 y que entró en vigencia el 15 de febrero de 1967 solucionó el problema en la forma aconsejada por la crítica doctrinal de la Cátedra, transcrita en el párrafo anterior de este trabajo.

La competencia del Tribunal se amplió en la extensión aconsejada, abarcando en el nuevo texto del art. 309 (párrafo 2º) los "actos administrativos definitivos emanados *de los demás órganos del Estado*, de los Gobiernos Departamentales, de los Entes autónomos y de los Servicios Descentralizados".

El nuevo texto constitucional es claro. Luego de *aludir a la Administración* (en sentido equivalente a "Poder Ejecutivo y sus dependencias") se refiere a los "*demás órganos del Estado*". Estos no son otros que todos los demás órganos de la persona pública central y mayor (Estado persona jurídica, en sentido estricto) entre los cuales están los Poderes Legislativo y Judicial, Tribunal de Cuentas, Corte Electoral, etc., cuya calidad de órganos del Estado es indiscutible.

No hay ninguna duda de que el expresado fue el único sentido que tuvieron las palabras "*los demás órganos del Estado*" en la intención del constituyente.

El Diputado Julio Ma. Sanguinetti, miembro informante de la reforma de 1966, en el libro que recoge sus editoriales del diario "Acción", escritos durante el proceso reformista con el doctor Alvaro Pacheco Seré,<sup>2</sup> dice:

*La jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.*

En el régimen de 1952 los actos administrativos dictados por el Poder Legislativo, Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, Tribunal de Cuentas y Corte Electoral no eran pasibles de anulación ante el Tribunal de lo Contencioso. La jurisdicción de éste comprendía solamente los actos formulados por la Administración Central, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados. Así surgía sin dificultad de los textos y así lo manifestaba expresamente el informe de la Comisión de Reforma de la Cámara de Representantes.

El Inc. 2º del art. 309 de la nueva Carta dispone: "*La jurisdicción del Tribunal comprenderá también los actos administrativos definitivos emanados de los demás órganos del Estado, de los Gobiernos Departamentales, de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados*". Como el inciso primero refiere a los actos de la Administración, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo podrá conocer en adelante de las demandas de nulidad de todos los actos administrativos estatales. Quedan por tanto excluidos los actos de las personas públicas no estatales como el Frigorífico Nacional, la Conaprole, Caja Notarial, etc.

La modificación amplía la base de nuestro Estado de Derecho, desde que los actos que se incluyen sólo podrán ser recurridos en la vía administrativa. Especialmente quedan garantizados —con este recurso de naturaleza jurisdiccional— los funcionarios de los órganos enumerados, ante los actos ilegales que puedan emanar de sus superiores jerárquicos.

Procede la enmienda del Proyecto Colorado, donde incluso se preveía que cuando se tratase de actos del propio Tribunal de lo Contencioso esta competencia sería ejercida por la Suprema Corte.

La exclusión establecida en el sistema anterior había sido criticada en doctrina. Decía Sayagués-Laso que la razón para fundarla "fue el principio de la separación de poderes, que se vería afectado si el Tribunal pudiera anular los actos de los otros poderes". El argumento no es valedero

---

2. Sanguinetti, Julio M. y Pacheco Seré, Alvaro, *La Nueva Constitución*, Alfa, 1967, pp. 253-254 y 255.

porque la solución amplia supone simplemente que existe un órgano jurisdiccional que puede examinar la legalidad de los actos administrativos, cualquiera sea el órgano que los formule. Además, la exclusión no impide que el Poder Judicial juzgue la validez de dichos actos a efectos de acordar la reparación patrimonial.

En suma, resulta acertada la reforma que analizamos, que significa acoger la misma evolución operada en el derecho francés respecto de los actos administrativos del Parlamento”.

La ley francesa de 17 de noviembre de 1958 libra al juez administrativo el contencioso de anulación de los agentes de los servicios de las Asambleas Parlamentarias (art. 8).<sup>3</sup> La reforma constitucional uruguaya concuerda con esta lógica solución francesa actual.

El autor de este trabajo, en su estudio *Primeras perspectivas de la Constitución uruguaya de 1967*,<sup>4</sup> y que se anticipó como *Estudio preliminar de la Constitución*, editada por Ediciones Cruz del Sur,<sup>5</sup> explicó lo siguiente con plena consecuencia con su pensamiento crítico de la Constitución anterior:

“48.J) *Ampliación de la competencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo*. En el art. 309, inc. 2º se extiende la competencia del Tribunal a las demandas de nulidad de actos administrativos emanados “de los demás órganos del Estado”, además de los procedentes de la Administración (Central, se sobreentendió), de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados. Con esta norma se completa el ámbito de los derechos administrativos tutelados por la jurisdicción anulatoria, de la cual ya no podrán escapar los actos administrativos de los órganos del Estado como el Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral, el Poder Judicial, el Poder Legislativo y sus órganos (Comisión Administradora, Cámaras, Asamblea General, Comisión Permanente, Mesas de las Cámaras, etc.) y el propio Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.

---

3. Auby et Drago, *Traité de Contentieux Administratif*, ed. L.G.D.J., París, 1962, t. I, p. 69.

4. Cortiñas-Peláez (director), *Perspectivas del Derecho Público en la Segunda mitad del siglo XX, Homenaje a Enrique Sayagués-Laso* (Uruguay), ed. I.E.A.L., Madrid, 1969, tomo III, pp. 179-208, esp. p. 203, N° 48.

5. Real, A. R.: *Lineamientos generales de la reforma constitucional uruguaya de 1966*, estudio preliminar a la Constitución, publicada por Ediciones Cruz del Sur, Montevideo, p. 20, numeral 10.

Esta solución viene a colmar una laguna, muy criticable, que existió en nuestro Estado de Derecho, en cuanto amplía la protección jurisdiccional de que disponen los administrados y funcionarios frente a los actos ilegales de cualquier órgano del Estado”.

Cabe agregar que las ulteriores publicaciones doctrinarias de profesores y estudiosos de la Constitución admiten en forma unánime, como vigente, la solución expuesta. Se espera el fallo del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en algunos casos en que un órgano legislativo ha pretendido desconocer su competencia, sobre la base de argumentaciones carentes de valor.

La solución constitucional uruguaya vigente nos parece digna de destacar, por la amplitud que confiere la protección jurisdiccional a los administrados, sin excluir del ámbito de la acción acumulatoria los actos de ningún jerarca estatal, por encumbrado que sea. Esta acción, aproximadamente equivalente al recurso por exceso de poder restaura el orden jurídico vulnerado por los actos administrativos ilegítimos, extinguiéndolos retroactivamente. Contribuye así, en forma decisiva, a preservar el “imperio de la ley”, postulado liberal básico del Estado de Derecho. La noción de éste se integra con la existencia de garantías jurisdiccionales, a disposición del administrado, capaces de sancionar la transgresión de la legalidad. Por tanto es plausible toda solución de derecho positivo, como la comentada, tendiente a expandir la órbita de la jurisdicción anulatoria.

Alberto RAMÓN REAL  
*Decano y catedrático de Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad de la República, Montevideo*

TERCERA PARTE

DOCUMENTACION  
ADMINISTRATIVA  
LATINOAMERICANA





PLAN DE REFORMA ADMINISTRATIVA PARA BOLIVIA Y  
DECRETO-LEY DE APROBACION DE LA LEY DE BASES DEL  
PODER EJECUTIVO DE BOLIVIA (30 DE ABRIL DE 1970)

Pág. 443

INSTRUCCION PRESIDENCIAL SOBRE LA REFORMA ADMINIS-  
TRATIVA EN LA ADMINISTRACION PUBLICA DE LA REPUBLICA  
DE VENEZUELA (13 DE MAYO DE 1970)

Pág. 485

LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA REPUBLICA DE  
VENEZUELA (4 DE SEPTIEMBRE DE 1970)

Pág. 519



PLAN DE REFORMA ADMINISTRATIVA Y DECRETO-LEY (30 DE ABRIL 1970) DE APROBACION DE LA LEY DE BASES DEL PODER EJECUTIVO DE BOLIVIA

PRIMERA PARTE

PLAN DE REFORMA ADMINISTRATIVA PARA BOLIVIA

I

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. *Definición de la problemática del desarrollo boliviano y de su solución, a través de una moderna y eficiente Administración Pública.* Frente a las necesidades cada vez más complejas de una sociedad en permanente transformación, el Estado clásico de tipo paternalista y colonialista es insuficiente e inadecuado para orientar y realizar las acciones indispensables del desarrollo, y debe ser sustituido por un Estado moderno, con una fisonomía nueva, una organización eficiente y, consiguientemente con nuevos fines y objetivos.

En el caso de los países menos desarrollados el fenómeno es más objetivo y patente. El sector privado carece de la fuerza necesaria para promover ciertas actividades fundamentales que incidan o determinan el crecimiento económico y que permitan una justa participación del bienestar social a grandes grupos de la población, especialmente de aquellas personas de recursos más limitados. De ahí que el Estado deba asumir la responsabilidad de actuar como el agente fundamental del desarrollo, a través de su poder y de su autoridad, y según las necesidades y condiciones particulares de la época histórica en que se vive, promoviendo actividades de toda índole y realizando una acción efectiva que posibilite la solución de problemas tan agudo, como la miseria, el hambre, el analfabetis-

mo, la desocupación, las enfermedades, la vivienda, etc.; es decir, superando la marginalidad social y económica en que viven infrahumanamente tantas personas en nuestro país.

Se reconoce la necesidad de la existencia y el respeto a la propiedad privada, pero tampoco se reconoce que dicha propiedad tiene una función y un aspecto social y, por tanto, comunitario para alcanzar el bienestar de muchos, a que aspira el Gobierno Revolucionario de Bolivia. Por eso, se considera que la iniciativa privada y el simple juego de la competencia no son suficientes para asegurar el éxito del desarrollo, para el cual, el Estado es el principal factor, teniendo éste como fin la búsqueda y logro de los mejores medios para la realización plena del hombre, como sujeto activo que es en una sociedad dinámica, y no sólo como un instrumento económico de la producción.

La consecución de los nuevos fines y objetivos se hace imposible con la tradicional organización y funcionamiento del aparato burocrático del Estado. Una simple visión panorámica del mismo nos muestra que aún se mantienen vigentes estructuras arcaicas, procedimientos seculares, mecanismos engorrosos, equipo obsoleto o mal utilizado, y lo que es más negativo una tendencia cada vez más acentuada hacia una actitud pasiva y carente de iniciativa en el personal de todos los niveles de la Administración.

Por tales razones, si se pretende que el Estado se convierta en un ente promotor de una verdadera transformación social, constituye un imperativo su modernización a través de una efectiva Reforma Administrativa.

Esta urgencia se patentiza aún más en el hecho de que el Estado boliviano, desde hace tiempo, realiza esfuerzos para planificar su desarrollo sin alcanzar un resultado perceptible, justamente por la ausencia de una capacidad administrativa para la ejecución de esos planes de desarrollo.

Dadas las favorables condiciones políticas vigentes, se presenta por primera vez la coyuntura histórica propicia para la realización de una estructura administrativa integral del Estado-Administración Central, entidades descentralizadas, administración regional, gobiernos departamentales y locales —que al mismo tiempo simplifique los trámites, reduzca costos, preste el servicio con la mayor eficacia y rapidez y, fomente la necesaria mística en el personal, para emprender la cruzada de reivindicación nacional que propicia el actual Gobierno Revolucionario.

Esta actitud de cambio total obedece, además a la necesidad de terminar con los feudos administrativos que crean un permanente estado pa-

tológico en la Administración Pública e impiden una acción gubernamental concertada y coherente; responde sobre todo, a la necesidad de encarar nuestros problemas con un criterio racional y amplio, abierto a todo flujo de ideas e iniciativas renovadoras.

Corresponde señalar que la Reforma Administrativa buscará la adecuación de las estructuras y de los procedimientos administrativos a los fines políticos del Estado y a los objetivos y metas del desarrollo socio-económico global, sectorial y regional, para que la Administración se convierta en el factor estratégico que sirva a los fines de la transformación.

Dentro del concepto de integralidad, la coordinación constituye un factor determinante y racionalizador de los actos administrativos, por lo cual se han establecido los sistemas administrativos. Dichos sistemas administrativos —asesores y auxiliares— constituyen una moderna concepción que se debe aplicar para hacer frente a las crecientes complejidades y a la proliferación de las operaciones que debe realizar un Estado moderno, orientado hacia el desarrollo integral. Es un concepto antónimo de lo caótico en Administración Pública, que implica: plan, método, orden y arreglo de actividades dentro de un conjunto, en lugar de actuación improvisada, anárquica, aislada, desordenada e irracional de las distintas partes.

Dentro de la temática administrativa precedente, se han definido acciones con una determinada responsabilidad y una estructura más racional. Ellas son: acción de decisión, acción de asesoramiento, acción de apoyo administrativo y acción de operación, tanto descentralizada como desconcentrada.

Las acciones de referencia se expresan en la totalidad de los Ministerios, las que permitirán definir atribuciones, implantar sistemas administrativos y establecer medios eficaces de supervisión y control para la ejecución de programas y proyectos.

La nomenclatura administrativa concebida y aplicada en el Gobierno Central será también proyectada a las entidades de ámbito regional, a los gobiernos locales y a los organismos descentralizados y desconcentrados para facilitar el establecimiento de procedimientos y métodos de trabajo uniformes y estandarizados en los campos de la administración de personal; de compras, suministros y almacenamiento; en las comunicaciones y en otras tareas de vital importancia en el contexto administrativo de todo el sector público.

La organización que se plantea, obedece a la necesidad de concebir estructuras y procedimientos que respondan a un criterio de la mayor eficacia y productividad en la ejecución de las labores administrativas, frente al tradicional concepto de que el mejoramiento de un servicio sólo podrá hacerse a través de un incremento en los gastos, y no con base en un mayor rendimiento de los escasos recursos humanos calificados y financieros que existen.

La organización del Estado debe regirse por los principios administrativos enunciados y por otros que es necesario remarcar.

En ese sentido, la determinación del número de Ministerios ha sido concebida bajo el principio de una racional distribución del trabajo y también en la necesidad de refundir en una sola dirección actividades afines o comunes que, hasta el presente, se atendían mediante varios organismos.

El principio de coordinación se hace patente también en el mayor liderazgo político y administrativo que se organiza para el Presidente de la República, secundado por la labor integrada en el seno del Consejo de Ministros, en las Comisiones Interministeriales, en los Consejos Consultivos y Técnicos que sirven a los Ministros; en la labor de racionalización lograda a través de la planificación, del presupuesto por programas; de las normas y acciones de personal y de la Reforma Administrativa; y en las unidades especializadas de los diferentes sectores, a nivel de asesoramiento y de apoyo administrativo, y que permitirán cumplir una política uniforme y coherente en la atención de problemas atingentes a aspectos generales de la Administración.

Es necesario destacar la importancia que tiene para la organización del Poder Ejecutivo el ordenamiento de la acción administrativa, según ella sea:

a) *Acción de decisión*, ejercida por aquellos organismos que tienen la función de Gobierno con facultades para fijar la política en materia de desarrollo nacional, así como en todas las demás entidades administrativas que interesen y afecten al Estado y a la sociedad. Es decir, son los organismos que constituyen los centros de decisión estratégica del país, y que para las decisiones tácticas se apoyan en las otras acciones que a continuación se enumeran;

b) *Acción de asesoramiento*, que realizan los organismos cuya función principal consiste en prestar asistencia especializada a los niveles de

decisión, a través de la orientación técnica que permite la adopción racional de decisiones políticas, administrativas, jurídicas, económicas y sociales;

c) *Acción de apoyo administrativo*, realizada por las unidades encargadas de centralizar y atender el funcionamiento de los sistemas administrativos, tales como los de finanzas; de información; de estadística; de compras, de suministros y almacenamiento y el de recursos humanos que sustenta a la administración de personal, y

d) *Acción operativa*, que es ejecutada por los organismos que tienen competencia para normar, controlar y ejecutar ciertas actividades públicas. Los organismos centrales regionales tienen responsabilidad directa en la ejecución de las actividades públicas, en cada una de las particulares regiones del país. Los organismos descentralizados, tanto de carácter nacional como regional, gozan de personería jurídica, en razón del tipo de actividad que realizan, ya sean instituciones o empresas públicas y mixtas, debiendo en todo caso seguir la política determinada por el respectivo Ministro del sector público al que pertenecen.

La Reforma Administrativa, como importante instrumento de desarrollo, también permitirá imprimir uniformidad a la denominación de las distintas unidades administrativas, de acuerdo a su nivel jerárquico, y a su particular actividad.

En ese sentido se tienen despachos ministeriales y viceministeriales, direcciones administrativas, técnicas, generales y regionales; jefaturas departamentales, seccionales y de unidades, aboliendo la caprichosa nomenclatura existente hasta la fecha. Paralelamente a los niveles, se definen las jerarquías, y por consiguiente los deberes o tareas específicas a cada cargo, y el grado de autoridad formal, lo que permitirá una mejor exigencia de las responsabilidades en cada uno de ellos.

En cuanto al nivel de funciones se refiere, se parte del concepto de que la responsabilidad y autoridad política están centralizadas en el ámbito del Presidente de la República, del Consejo de Ministros y en la gestión de cada uno de los Ministros. Pero la ejecución de las operaciones debe delegarse, asignarse y situarse en los niveles reales de operación, tanto de las reparticiones y dependencias ministeriales, como en el ámbito institucional público descentralizado funcionalmente o desconcentrado, en el cual se hallan las instituciones públicas, las empresas públicas y mixtas, las instituciones de desarrollo nacional o departamental y los gobiernos locales.

Con el criterio anteriormente expresado, se busca otorgar mayor libertad de acción institucional, en los niveles operacionales, estimulando inclusive el mejoramiento de la capacidad decisoria en asuntos prácticos y definiendo precisamente lo que hasta el presente ha sido un término ambiguo y por tanto inaplicable: la "tuición" de los Ministros sobre aquellos organismos descentralizados que están en su ámbito, pero en muchos casos, en ausencia de normas precisas de actuación, se han constituido en Estados dentro del Estado. Para evitar lo anterior se define la autoridad y responsabilidad del Presidente y de sus Ministros en relación con esos organismos públicos descentralizados y desconcentrados y además se organizan sus despachos en forma tal que ellos puedan disponer del tiempo necesario para que dediquen mayor atención a la definición de la gran política del Estado boliviano, al tener mayor oportunidad de consagrar más tiempo, que ahora es escaso en demasía, por tener que atender asuntos de relativa menor importancia, que se irán delegando a otros niveles, gracias a la nueva organización que se establece.

Se ha mencionado ya la necesidad de conferir mayor autoridad e ingerencia coordinadora a los Ministros de Estado, sobre sus propias dependencias y reparticiones, y en relación también a los organismos descentralizados y desconcentrados que estén en su respectivo ámbito o sector. Es la única fórmula que existe como viable para poder exigirles una mayor responsabilidad también a ellos ante las grandes necesidades del desarrollo nacional.

Para esto, en algunos casos, los propios Ministros formarán parte de los Directorios de esos organismos descentralizados actuando como Presidentes o miembros *ex officio* de los mismos, con voz y con voto. En otros casos, y ante la imposibilidad física de poder estar presente en todas las reuniones de los diferentes organismos, se harán representar por altos funcionarios de sus Ministerios, pero, y además —en uno u otro caso— se utilizarán nuevos métodos y procedimientos que se establecen en la Reforma Administrativa para racionalizar la integración de los planes, de los programas y de los proyectos de actividades de corto, de mediano y de largo plazo de las entidades descentralizadas, las cuales tendrán que contar con la aprobación previa del respectivo Ministro, antes de ser presentados para aprobación definitiva ante el Ministerio de Planificación, de Finanzas, del Consejo de Ministros, de la Contraloría General de la República o del Presidente de la República, a tenor de los que establezcan las leyes orgánicas de esas entidades que se darán como complemento de la Ley General del Poder Ejecutivo.



Todo ello permitirá, entre otras cosas, una mejor coordinación en cuanto se refiere a la operación descentralizada de las normas generales o centrales que se establezcan para el sistema de méritos y de carrera administrativa del personal de todo el sector público, y que permitirá la implantación de adecuadas técnicas de selección y reclutamiento, asignación y clasificación de cargos, capacitación y adiestramiento en servicio, remuneraciones, emolumentos y sanciones, vacaciones, pensiones y jubilaciones.

Se sientan así las bases de un sistema de méritos y de carrera administrativa enraizado en una efectiva e integrada política de personal público, que garantiza al Estado contar con los recursos humanos más altamente calificados y con un personal motivado y protegido por un adecuado sistema de seguridad social, no paternalista sino sostenido por el buen desempeño.

Similar ventaja se logrará para los otros sistemas administrativos atinentes al presupuesto, que tendrá un criterio no de los bienes o servicios adquiridos, sino de las metas y programas a realizar y que permitirá además de sus propias ventajas llegar a tener un presupuesto consolidado para todo el Estado, con las ventajas consiguientes de adecuada orientación de los excedentes o superávits presupuestarios de las instituciones públicas y de las empresas públicas y mixtas del Estado, tanto para atender programas especiales de desarrollo de las propias instituciones descentralizadas o desconcentradas, como del Gobierno Central y para conjurar posibles déficits de éste, así como para incrementar, con fines de inversión, determinados programas o planes de desarrollo.

Otro tanto se puede decir en cuanto se refiere a los sistemas de Reforma Administrativa, de Contabilidad y control públicos; de estadística; de compras, suministros y almacenamiento; y de procesamiento automático de datos que servirán también para que los mecanismos de orientación e información —que constituyen el nuevo criterio de logística en la Administración— la coordinación, la supervisión y el control, sean más efectivos de parte del Gobierno Central, en prosecución de la política del Estado, a través de todas sus estructuras institucionalizadas.

Se aplicará también el principio de Caja Unica para todos los Ministerios y sus reparticiones y dependencias, de suerte que todos los ingresos que provengan de diferentes fuentes sean depositados en el Banco Central, por corresponderle a éste la función de cajero del Estado. Los

egresos autorizados —bien por medio de apropiaciones o subvenciones— se girarán únicamente para satisfacer las metas programáticas y de acuerdo al presupuesto de caja que para el efecto elabore el Ministerio de Finanzas.

Todos los órganos públicos estatales estarán sujetos, sin excepción alguna, a las disposiciones de control *a posteriori* que establezca la Ley Orgánica de la Contraloría General.

Se reglamentan, asimismo, las responsabilidades del Estado en cuanto se refiere a sus autoridades y funcionarios y a los recursos contra los actos de la Administración Pública del país, encargando su ejecución, dentro de su respectivo campo de competencia, a los Ministros de Planificación y de Finanzas, con el apoyo del Presidente de la República, del Consejo de Ministros, de todos los otros Ministros de Estado individualmente, y con el mismo fin, de los demás organismos descentralizados y desconcentrados del Estado.

La imperiosa necesidad de ello se hace más evidente al conocer cuál es la realidad de la Administración Pública de Bolivia, según se indica a continuación en un breve Diagnóstico de la misma.

## II

### DIAGNÓSTICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A partir de la Ley de Organización Política y Administrativa de 3 de diciembre de 1888, no se ha producido ningún esfuerzo sistemático para regular las estructuras que conforman el Poder Ejecutivo de la República. Desde esa fecha se han dictado innumerables disposiciones legales de diverso valor como Leyes, Decretos, Resoluciones Supremas y Ministeriales e inclusive Resoluciones Administrativas, que han acrecentado el caos organizativo en lugar de corregirlo.

El proceso de desarrollo económico y social que vive el país, y que el Gobierno Revolucionario se propone profundizar, nunca será efectivo a menos que se los instrumentalice adecuadamente mediante la conformación de una Administración Pública que responda con eficacia a las necesidades del momento y se logre una plena y efectiva participación del grupo de funcionarios y empleados públicos que tendrán la responsabilidad de ejecutar ese proceso de desarrollo. Los conceptos de economía en los servicios, continuidad en la gestión, honestidad de los funcionarios, oportunidad en las prestaciones, sensata utilización de los recursos y todo lo demás que conforma una buena Administración, también serán posibles

solamente cuando el Supremo Gobierno de la Nación asuma la plenitud de sus facultades en materia de centralización de las decisiones, y otorgue en cambio la descentralización de su ejecución a los organismos operacionales, bien sean éstas sus propias dependencias ministeriales, o los mal llamados entes "autónomos" o "autárquicos".

Para formular una justificación sobre la necesidad de encarar una profunda Reforma en la Administración Pública de Bolivia, nada mejor que señalar sus actuales deficiencias. Un diagnóstico de la situación actual, así sea referido de manera superficial y breve, constituye un vehemente repudio a los sistemas clásicos que han auspiciado nuestra Administración Pública a partir de 1825.

De entonces a hoy, durante ciento cuarenta y cuatro años de vida republicana, se han dictado innumerables disposiciones legales tendientes a normar la vida institucional del país. Excepto, algunas, tales como la Ley de Organización Política y Administrativa de 1888, la Ley Orgánica de la Contraloría de 1929, el Estatuto Orgánico del Servicio de Relaciones Exteriores de 1939, la Ley Orgánica de Municipalidades de 1942, y otras pocas, ninguna estuvo dirigida a racionalizar la función pública pues siempre estuvo presente a manera de árbitro supremo, el interés de los partidos políticos que ejercían el poder. Tradicionalmente se han acomodado los cargos, e inclusive las mismas instituciones, a las cualidades personales de los adictos al régimen gobernante.

De ahí deviene la ausencia de continuidad en nuestra vida institucional. No existe continuidad ni permanencia. Las instituciones bolivianas nacen y desaparecen con suficiente frecuencia para consolidar nuestra condición de país subdesarrollado, pues a cada cambio de Administración los programas se paralizan o se aduce la necesidad de reorganizarlos bajo un criterio estrictamente personal de negación del pasado.

Ciento cuarenta y cuatro años que Bolivia sufre de estas veleidades institucionales. Y proseguirá sufriendolas si no se adoptan medidas básicas de Administración tales como la división del trabajo, la delegación de autoridad, la funcionalidad de unidades, la coordinación y planificación centrales, y otras relacionadas con los sanos criterios de centralización, de descentralización y de desconcentración.

Sin orden de prelación se señalan seguidamente los principales problemas que tiene la Administración Pública boliviana. Someramente enunciados ellos son:

### *Duplicación de funciones*

El cuadro que se muestra en la página siguiente es demostrativo de la falta de racionalización administrativa en el Poder Ejecutivo. En él puede observarse por ejemplo, que la función de la salud es ejercitada por 15 entidades, la de educación por 8, la de adquisiciones por 34, etc.

### *Organización horizontal*

La estructura orgánica del Poder Ejecutivo tiene una tendencia a expandirse horizontalmente de los niveles de ejecución, deformando una racional pirámide administrativa, debilitando el poder central y consiguientemente su ámbito de control. Adicionalmente, este fenómeno produce confusión al cumplimiento de actividades, y lo que es peor, un enfrentamiento no declarado (pero sí existente) entre instituciones fuertes y débiles de similar jerarquía.

### *Entidades descentralizadas*

Desde hace más de treinta años se ha venido produciendo la creación asistemática y desmesurada de organismos descentralizados, a un promedio de una institución cada tres años. Desde 1965 el promedio es de tres entidades por año, sin atender principios científicos de administración. Este hecho ha provocado, bajo un concepto de lo que significa "autonomía" o "autarquía", un desligamiento del tronco gubernamental constituido por el Presidente de la República y sus Ministros. Este fenómeno debe atribuirse fundamentalmente a la ausencia de normas jurídicas sobre el concepto de la "tutela" que es un criterio ambiguo, y no definido ni científica ni jurídicamente en la legislación positiva del país y que se interpreta, en último análisis, según el grado de relaciones humanas entre el Ministro que podría ejercer la "tutela" y los ejecutivos de la entidad bajo tutela.

Por otra parte tampoco existe una definición específica de lo que son Empresas o Instituciones del Estado y sólo en el Presupuesto General de la Nación se diferencia superficialmente este aspecto pero sin llegar a definirlo clara y doctrinalmente.

CUADRO SINTETICO QUE MUESTRA LA FALTA DE RACIONALIZACION ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO BOLIVIANO

QUE → ↓ QUIEN																
	Educación	Salud	Trabajo y Seguridad Social	Seguridad Pública	Fomento Agrícola	Fomento Indust. y Comercial	Administración Hacendaria	Desarrollo Vial, Transp. Comun.	Relaciones Exteriores	Defensa Nacional	Planificación Económica	Planificación Administrativa	Racionalizac. Administrativa	Administración de Personal	Administración Presupuestaria	Adquisiciones y Suministros
<b>MINISTERIOS</b>																
Agricultura	X				X									X	X	X
Asuntos Campesinos	X		X											X	X	X
Defensa Nacional	X	X	X	X				X		X				X	X	X
Economía	X	X			X	X		X	X		X			X	X	X
Educación	X													X	X	X
Gobierno	X	X		X				X		X				X	X	X
Hacienda		X		X		X	X				X	X	X	X	X	X
Minas y Petróleo			X			X								X	X	X
OO. PP. y Comunicaciones								X						X	X	X
Planificación	X										X	X	X	X	X	X
RR. EE. y Culto	X								X		X			X	X	X
Salud Pública	X	X	X						X					X	X	X
Trabajo y Seguridad Social	X	X	X		X				X					X	X	X
<b>INSTITUCIONES</b>																
Aduana de la Coca								X						X	X	X
Banco Agrícola		X			X	X					X			X	X	X
Banco Minero		X				X					X			X	X	X
Banco Central		X				X	X				X			X	X	X
Caja de Seguro Social Ferroviaria		X	X											X	X	X
Caja de Seguro Social Petrolera		X	X											X	X	X
Caja Nacional de Seguridad Social		X	X											X	X	X
Y.P.F.B.	X	X				X								X	X	X
Comité de Deportes	X	X												X	X	X
Consejo de Vivienda			X			X								X	X	X
Contraloría General de la República	X							X						X	X	X
Corporación Boliviana de Fomento	X	X			X	X					X			X	X	X
Corporación Minera de Bolivia	X	X	X		X	X					X			X	X	X
Cruz Roja Boliviana		X	X											X	X	X
Empresa Nacional de Ferrocarriles	X	X						X						X	X	X
Lloyd Aéreo Boliviano	X	X						X						X	X	X
Municipalidades		X		X			X	X						X	X	X
Servicio Nacional de Caminos								X						X	X	X
Superintendencia de Bancos		X					X							X	X	X
Teléfonos Automáticos S.A.		X						X						X	X	X

### *Centralización ministerial*

Como contradicción a la política ejercitada por el Supremo Gobierno hacia las entidades descentralizadas, en los ministerios se produce una excesiva tendencia a la concentración del poder de decisión en manos del Ministro, sin que tampoco se tengan la estructura, los procedimientos y los elementos humanos para racionalizar esa concentración.

Existe ausencia de delegación de autoridad, lo que conlleva, no sólo a la dispersión del esfuerzo creativo del Ministro, que se sacrifica por la atención de innumerables personas que consideran que sólo el respectivo Ministro puede resolverles su asunto particular.

Consecuentemente los niveles operacionales de la mayoría de los Ministerios carecen de autoridad, aun para adoptar decisiones que coadyuven a desarrollar la política establecida por el Ministro. Así, éstos no son los centros de decisión superior que deben ser y que demanda el proceso de desarrollo.

### *Niveles funcionales*

Casi como norma general se ha observado que cada Ministerio adopta por sí y para sí una nomenclatura estructural propia de sus cargos. Así, en algunas reparticiones existen Direcciones y en otras Servicios, Divisiones o Sectores, cuando todas son del mismo rango y jerarquía. Igual sucede con las Subsecretarías y Oficialías Mayores en otros Ministerios, para referirse al colaborador inmediato del Ministro.

Este problema de niveles funcionales se agrava *por la ausencia* de una política de personal que comprenda, entre otras normas centrales la de remuneraciones y una adecuada clasificación de cargos sustentada en el precepto de "igual remuneración para igual trabajo". Lo anterior se ilustra con un simple ejemplo: Una secretaria en el Ministerio de Trabajo percibe \$b. 300 —de remuneración mensual— y otra igual del Ministerio de Hacienda, \$b. 1.200.

### *Jurisdicción y competencia*

Por falta de una legislación administrativa que reemplace a la Ley de 1888 constantemente se producen conflictos dentro de la Administración Pública motivados por la delimitación imprecisa de jurisdicción y compe-

tencia. La *usurpación de funciones* determina una elevación en los costos de operación, una deficiente prestación de los servicios públicos, y lo que es peor, una inadecuada utilización de los recursos.

### *Reorganizaciones*

Tampoco debe soslayarse la acentuada tendencia de las autoridades a "reorganizar" sus oficinas con inusitada frecuencia y sin que obedezca a estudios serios de carácter técnico, o a un plan de Reforma Administrativa general que aún no existe. Cuando alguien asume un cargo inevitablemente se produce tal "reorganización" como una especie de manifestación de la autoridad que tiene para hacerlo, pues no existe ley alguna o plan de acción que se le prohíba. Si bien es cierto que en gran parte este fenómeno puede atribuirse a condiciones de orden político-partidista, tampoco hay que ignorar el estado arcaico de las instituciones, lo que obliga a los administradores a probar de introducir cambios y ajustes, aunque en la mayoría de los casos sin ninguna base científica.

### *Planificación, coordinación y control*

En materia de *planificación* la situación es *caótica*, pues no obstante existir un organismo planificador, a cuyo titular se le dio rango de Ministro, sus demás colegas y las entidades descentralizadas, en el mejor de los casos, *efectúan su propia planificación* (o sencillamente no planifican y se atienen a la rutina diaria). Consecuentemente la *coordinación sobre la planificación, ejecución y evaluación de los programas de las diversas reparticiones es virtualmente nula*, pues cada una de ellas opera en forma aislada y sin tomar en cuenta los demás programas.

Finalmente, *tampoco se ejerce el control en forma adecuada*. El cumplimiento de programas y proyectos sencillamente no existe, ni siquiera a través de la presentación de balances. Tan sólo se realiza la práctica de *pre-auditoría* establecida por la Contraloría General de la República mediante sus interventores, pero *negativa desde todo punto de vista y que perjudica* futuras acciones de auditoría, pues, al participar dichos interventores en el proceso de pago y firma de cheques, otorgan expresamente su conformidad a la operación, liberando al Ejecutivo de futuras responsabilidades.

### *Gobiernos locales y departamentales*

El régimen municipal funciona anormalmente como dependencia del Poder Ejecutivo y este hecho se agrava por la posterior aparición en el

concierto institucional de los Comités de Obras Públicas, de los Consejos de Desarrollo Local y de otros, que asumiendo atribuciones de las comunas y prefecturas, determinan una incuestionable duplicación de actividades.

### *Procedimientos*

La ejecución de actividades administrativas se realiza a través de *procedimientos demasiado complejos y de un costo elevado*. Los actuales sistemas rudimentarios dan lugar a que un trámite de pago presupuestario implique 173 operaciones diferentes; que una póliza aduanera para el retiro de mercancías cubra más de 87 operaciones, e inclusive un simple trámite de vacación anual en una oficina descentralizada, que se ha logrado identificar en las investigaciones, signifique 59 operaciones antes que el empleado obtenga la autorización respectiva.

Pero hay ejemplos *más reveladores aun en materia de defectuosos métodos de trabajo*. En un Ministerio, también identificado, se precisan 59 operaciones diferentes para recibir una carta y disponer su archivo con la respuesta correspondiente. Y como corolario de estos ejemplos, un trámite de concesión minera en un país eminentemente minero como Bolivia, requiere 250 operaciones.

### *Problemas humanos*

Diffícilmente se pueden enumerar en forma resumida los diferentes *problemas humanos de la Administración Pública*. Sin embargo, y a fin de dar un marco general de referencia, pueden señalarse las siguientes características:

- a) Presencia de una mentalidad colectiva no siempre consciente de los deberes y responsabilidades que entraña la función pública.
- b) Inseguridad de los funcionarios públicos de permanecer en sus cargos o en ser promovidos a base de un sistema de méritos.
- c) Ausencia absoluta de una política de remuneraciones del personal oficial.
- d) Acciones de personal (designaciones, promociones y despidos) que tienen lugar con menoscabo de la idoneidad y la dignidad de los funcionarios.
- e) Un sistema de seguridad social deficiente por la baja calidad de las prestaciones, especialmente aquéllas de largo plazo que no ofrecen ninguna garantía para el retiro por causa de vejez. Además,



por carecer de cálculos actuariales científicos están totalmente desfinanciados los organismos encargados de la seguridad social, lo que obliga a no conceder más pensiones o jubilaciones a personas que están en edad de retiro y que permitirá el desempeño por la aplicación de nuevos métodos de trabajo asignados a un menor número de personal, más joven y adaptable a aceptar dichos cambios laborales. En el caso de las prestaciones a corto plazo (enfermedad y maternidad) la situación se presenta aún más difícil.

- f) Ausencia punible de conciencia cívica y lealtad hacia las instituciones donde trabajan.
- g) Cuadros administrativos en general no capacitados adecuadamente para el ejercicio de la función pública con intencionalidad de desarrollo.
- h) Pérdida del esfuerzo de adiestramiento y desaprovechamiento de ayuda del exterior.
- i) Carencia de organismos cuasi-judiciales o tribunales especiales para conocer reclamos de los empleados sobre medidas que les afecten y que se consideren injustas.
- j) Discriminación de los empleados públicos, protegidos unos por la Ley General de Trabajo, y abandonados otros al botín político.
- k) Emigración de muchos profesionales capacitados hacia el exterior o al sector privado.

Los fenómenos anotados pueden sintetizarse en los siguientes problemas básicos:

- a) Problemas de legislación.
- b) Problemas de organización.
- c) Problemas de orden humano.
- d) Problemas de procedimientos.

Sobre la base de estos antecedentes se ha propuesto el Plan de Reforma Administrativa que se presenta en las siguientes páginas.

### III

#### PLAN DE REFORMA ADMINISTRATIVA

En cumplimiento del mandato revolucionario de las Fuerzas Armadas de la Nación Boliviana dictado el 26 de setiembre de 1969, y el Decreto

Supremo que encomienda la formulación y ejecución de un Plan General de Reforma Administrativa al señor Ministro de Planificación, que será aplicado a partir del mes de marzo de 1970, previa aprobación del Gobierno Revolucionario, se presenta el siguiente Plan de Reforma Administrativa que tiene por objeto transformar al Sector Público con el fin de hacer posible una acción estatal coordinada y efectiva en función del modelo Revolucionario Nacional de desarrollo económico y social, contenido en el mencionado mandato revolucionario.

Como consecuencia del cambio de función del Gobierno adecuado al modelo Revolucionario Nacional de Desarrollo —en el que coexisten la propiedad estatal, la propiedad social, la cooperativa, la comunitaria de los medios de producción y la propiedad privada, y por ser el sector público el factor estratégico de la economía nacional— se hace necesario superar las insuficiencias e ineficiencias administrativas que han venido acentuándose al no poderse ejecutar programas de desarrollo con la celeridad con que son propuestos. Las insuficiencias administrativas han sido detalladas en el Diagnóstico del Sector Público, y en base a ese análisis se propone modernizar la estructura de la Administración Pública centralizada y descentralizada y además crear en ella la necesaria actitud humana y el aprovechamiento pleno de las aptitudes de los funcionarios públicos, en base a cuatro grandes planteamientos.

- a) El primero consiste en dotar al Estado de la capacidad necesaria para ser el instrumento final de la promoción del desarrollo y del cambio social.
- b) El segundo tiende a la reforma del Gobierno Central y a modificar su actual papel en la administración nacional y servicios, otorgándole la función orientadora y planificadora del desarrollo del sector descentralizado público.
- c) El tercero busca la desconcentración de las operaciones del Gobierno Central hacia identificadas regiones geográficas del país.
- d) El cuarto persigue la transformación de la administración local para convertirlo en instrumento de participación popular de las comunidades en el desarrollo del país y la superación de la marginalidad y el logro de la promoción humana.

Estas serían las cuatro bases angulares para construir un nuevo sector público marcadamente distinto al actual, advirtiendo sin embargo que la reforma que se propone debe ser realizada por medio de programas cla-

ramente definidos y acompañados de una acción continua del Poder Ejecutivo y de sus organismos de acción complementaria, y en general de todo el sector privado y la ciudadanía. En toda acción de Reforma Administrativa hay dos fases definidas: La normativa y la de ejecución; a través de ellas se modernizan la organización, sus métodos y prácticas, así como la capacitación y el adiestramiento en servicio de los recursos humanos con el fin de aumentar su productividad y de crear adicionalmente una actitud positiva en quienes tendrán la responsabilidad ejecutiva y operativa de dicha Reforma.

En el primer planteamiento se propone estudiar el actual régimen constitucional a efectos de superar la democracia formal y teórica, por una democracia real y vívida, de efectiva participación y de plena responsabilidad populares.

En el segundo se propone la siguiente meta:

- a) Dar un marco normativo general o Ley General del Poder Ejecutivo que contenga un conjunto de principios destinados a propiciar mayor eficiencia y coherencia en la función administrativa. Esta Ley asegurará una distribución racional de las actividades del Estado en lo nacional, en lo regional, en lo departamental y en lo local; una clara distinción de las acciones de decisión, de asesoramiento, de apoyo administrativo y de operación; una mejor coordinación en la ejecución de los planes de desarrollo económico y social; la jerarquización de la función pública; la simplificación de los procedimientos; y un eficaz control financiero-administrativo.
- b) Dictar las leyes orgánicas en orden, la estructura básica y las funciones generales, tanto de la Presidencia de la República, de los Ministerios, de las Instituciones Públicas Descentralizadas y de las Empresas Públicas y Mixtas.
- c) Elaborar los reglamentos y manuales de organización que complementen las respectivas leyes orgánicas.
- d) Promulgar las leyes de sistemas administrativos en orden a la función administrativa, tanto de asesoría como de apoyo, como por ejemplo, las de los sistemas de planificación; de presupuesto; de personal; de contabilidad pública y de control; de estadística y de compras, suministros y almacenamiento.
- e) Estructurar un verdadero sistema de descentralización funcional, que sin romper la unidad de decisiones políticas superiores del

Estado, asegure la necesaria coordinación entre sus partes, permita las decisiones institucionales y su complementaria acción con relativa mayor independencia, pero dentro del marco normativo general del Estado.

En el tercer planteamiento, correspondiente a la administración regional, se propone estructurar un sistema de descentralización y de desconcentración, según las necesidades del caso, y que sin romper la unidad de gestión, asegure la coordinación necesaria, permita la realización y operaciones en las distintas zonas geográficas y económicas del país, acercando la solución de los problemas a las reales posibilidades del medio y permitiendo al mismo tiempo la participación de la población de cada región. Se preparará un proyecto de Ley que compatibilice la necesaria desconcentración de operaciones gubernamentales hacia las regiones dentro del proceso del sistema de Planificación Nacional.

El cuarto planteamiento propicia la formulación de la Ley que transformará los gobiernos municipales en instrumentos institucionales de promoción y cooperación social para el progreso de la comunidad en el ámbito urbano o rural.

## SEGUNDA PARTE

### DECRETO-LEY DE APROBACION DE LA LEY DE BASES DEL PODER EJECUTIVO (DE 30 DE ABRIL DE 1970)

Gral. Alfredo Ovando Candia  
Presidente del Gobierno Revolucionario

#### CONSIDERANDO:

Que desde la promulgación de la *Ley de Organización Política y Administrativa de 3 de diciembre de 1888*, no se ha introducido modificación alguna, para actualizar las estructuras que forman el Poder Ejecutivo de la República, habiéndose dictado, al contrario un sinnúmero de disposiciones legales que han ido acrecentando el caos del sistema administrativo;

Que en fecha 2 de mayo de 1944, el Presidente Cnel. Gualberto Villarroel, precursor y mártir de la Revolución Nacional, fundó el Departamento de Eficiencia y Reorganización Administrativa, al que consagró

su mayor atención, viendo en este organismo, la cédula original para la racionalización de la administración pública del país;

Que este importante esfuerzo por modernizar las anticuadas estructuras del Poder Público no llegó a dar frutos por la interrupción violenta del proceso revolucionario iniciado en 1943;

Que la actual organización administrativa del Estado, mantiene estructuras y métodos arcaicos que constituyen resabios de los moldes de organización del Estado liberal paternalista y colonialista y no toma en cuenta los principios modernos de organización ni los cambios estructurales que se han introducido en el país a partir de abril de 1952;

#### CONSIDERANDO:

Que el Mandato Revolucionario de las Fuerzas Armadas de la Nación, prevé la necesidad de transformar la estructura del Estado y su administración como instrumento de desarrollo y cambio social.

Que para lograr los objetivos de la Revolución Nacional y organizar un Estado moderno, es indispensable la aplicación de los principios fundamentales de planificación, coordinación, descentralización, delegación de competencia y control administrativo;

Que es necesario establecer un sistema nacional de planificación y proceder a la reforma de la administración pública, adecuándola al modelo nacional revolucionario de desarrollo y a los fines políticos, sociales y económicos, que el Gobierno cumplirá en nombre del pueblo de Bolivia;

Que la Administración para el Desarrollo es una concepción por la que ésta se convierte, en el principal instrumento para la transformación política, social y económica en forma acelerada, planificada y sostenida, a cuyo fin se hace impostergable encarar el proceso de la Reforma Administrativa;

Que por *Decreto Supremo N° 08955 de 8 de octubre de 1969*, se ha encargado al Ministerio de Planificación y Coordinación elaborar un Plan de Reforma Administrativa que debe implantarse a partir de 1970, y que ha merecido la aprobación del Gobierno Revolucionario;

Que en dicho Plan se propone, como primera medida, la promulgación de una *Ley General de Bases del Poder Ejecutivo*, que establezca el marco normativo general de la Reforma de la Administración Pública;

El Consejo de Ministros,

DECRETA:

Artículo 1º Modifícase la super-estructura jurídica e institucional del Gobierno, conforme al presente Decreto-Ley, a objeto de otorgarle eficacia operativa para alcanzar los postulados de la Revolución Nacional, y lograr una amplia participación popular.

Artículo 2º Apruébese en sus Títulos I al VI, la Ley General de Bases del Poder Ejecutivo.

Artículo 3º Quedan derogadas todas las disposiciones legales que se opongan al presente Decreto-Ley.

Capítulo Transitorio. Se establece un plazo de diez días, a partir de la fecha, para integración de las diferentes reparticiones estatales a los nuevos ministerios así como para la adecuación material de todos los mecanismos que prevé el presente decreto-ley.

Es dado en la ciudad de La Paz, a los treinta días del mes de abril de mil novecientos setenta años.

LEY GENERAL DE BASES DEL PODER EJECUTIVO (DEL 30 ABRIL DE 1970)

TITULO I

DE LAS NORMAS GENERALES Y ORGANIZACION DEL PODER EJECUTIVO

CAPITULO I

DE LAS NORMAS GENERALES

*Artículo 1.* Esta Ley tiene por objeto asegurar una distribución racional de las actividades del Estado en lo nacional, regional, departamental y local; una clara distinción de las acciones de decisión, de asesoramiento, de apoyo administrativo y de operación; una mejor coordinación en la ejecución de los planes de desarrollo económico y social; la jerarquización

de la función pública; eficiencia administrativa; la simplificación de los procedimientos y un eficaz control administrativo.

*Artículo 2.* El Poder Ejecutivo es el órgano del Estado encargado de la administración general del país y se ejerce por el presidente de la República y los ministros de Estado.

*Artículo 3.* El Poder Ejecutivo tiene funciones de gobierno y de administración.

Las funciones de gobierno del Poder Ejecutivo son de iniciativa libre y sus actos se desarrollan con sujeción a la Constitución Política del Estado. Las decisiones de esta naturaleza solamente dan lugar a responsabilidades políticas y su juzgamiento constituye caso de corte.

Los actos de administración están sujetos al ordenamiento jurídico del Estado. Estos actos que afecten derechos de personas naturales o jurídicas en sus relaciones con el Estado, dan lugar a los recursos respectivos, ante las autoridades administrativas y los organismos contencioso-administrativos competentes.

*Artículo 4.* Las funciones asignadas por esta Ley y las Leyes Orgánicas pertinentes, a las diversas reparticiones del Poder Ejecutivo, son de su exclusiva competencia. Constituye delito sancionado por las leyes la usurpación de funciones que sea ejercida a título personal u oficial.

## CAPITULO II

### DE LA ORGANIZACIÓN DEL PODER EJECUTIVO

*Artículo 5.* La organización del Poder Ejecutivo comprende los principales grupos institucionales siguientes:

- a) Gobierno Nacional Central.
  - i) Ministerios.
  - ii) Instituciones Públicas Descentralizadas.
- b) Administración Regional y Departamental.
- c) Administración Local.
- d) Empresas Públicas y Mixtas.

### CAPITULO III

#### DEL GOBIERNO NACIONAL CENTRAL

*Artículo 6.* El Gobierno Nacional Central está integrado por la Presidencia de la República, el Consejo de Ministros y los Ministerios, los que constituyen los principales organismos del Gobierno Nacional Central. A ellos están adscritos los otros grupos institucionales señalados en el artículo anterior, los cuales cumplirán sus funciones bajo la coordinación y control de aquéllos.

*Artículo 7.* Se establecen los siguientes Ministerios, clasificados según el tipo de actividades que desarrollan:

##### *Ministerios de Sectores Políticos*

- Ministerio del Interior.
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.
- Ministerio de Defensa Nacional.

##### *Ministerios de Sistemas*

- Ministerio de Planificación y Coordinación.
- Ministerio de Finanzas.
- Ministerio de Información.

##### *Ministerios de Sectores Sociales*

- Ministerio de Urbanismo y Vivienda.
- Ministerio de Previsión Social y Salud Pública.
- Ministerio de Educación y Cultura.
- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sindicales.

##### *Ministerios de Sectores Económicos*

- Ministerio de Asuntos Campesinos y Agricultura.
- Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- Ministerio de Energía e Hidrocarburos.
- Ministerio de Minería y Metalurgia.
- Ministerio de Industria y Comercio.

### CAPITULO IV

#### DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

*Artículo 8.* De conformidad con la Constitución Política del Estado, el presidente de la República tiene la suprema dirección, coordinación y



control del funcionamiento de todos los organismos administrativos del país, comprendidos en los grupos institucionales señalados en el artículo 5 de esta Ley.

*Artículo 9.* La Presidencia de la República estará integrada por la Secretaría General de la Presidencia, el Servicio de Inteligencia del Estado, la Casa Militar y la Oficina de Acción Social.

El Presidente de la República tiene facultad para nombrar un "Ministro de Estado" con atribuciones plenas como miembro del Consejo de Ministros, sin competencia administrativa y con funciones vinculadas a la Presidencia de la República.

La partida presupuestaria correspondiente, se incluirá en el presupuesto de la Presidencia de la República.

*Artículo 10.* La Secretaría General de la Presidencia de la República será desempeñada por un Secretario General, con rango de Ministro, que tendrá a su cargo la coordinación de todas las actividades de la Presidencia de la República y del Consejo de Ministros; la coordinación de las disposiciones legales relacionadas con el Poder Ejecutivo, y la orientación y control de los procedimientos de documentación y archivo.

*Artículo 11.* En caso de ausencia de un Ministro, el Presidente de la República, encargará la dirección interina del Ministro de Estado.

*Artículo 12.* El Consejo de Ministros es presidido por el Presidente de la República. Todos los Ministros son solidariamente responsables de los acuerdos que adopta el Consejo.

*Artículo 13.* Créase el Consejo Nacional de Desarrollo que será presidido por el Presidente de la República e integrado por el Ministro de Finanzas, que actuará como Vicepresidente, el Ministro de Planificación y Coordinación, que será el Secretario; el Ministro de Trabajo y Asuntos Sindicales; el Ministro de Defensa Nacional y el Presidente del Banco Central. Los demás Ministros concurrirán por derecho propio a las reuniones del Consejo cuando se traten asuntos de su competencia, pudiendo asistir representantes de otras instituciones a invitación del Consejo o del Ministro del cual dependen.

La Secretaría del Consejo Nacional de Desarrollo será ejercida por el Ministerio de Planificación y Coordinación, por lo tanto, todos los asuntos que conozca el Consejo, serán canalizados inicialmente por este Ministerio,

que someterá la documentación e informes correspondientes al Ministerio de Finanzas para su revisión financiera e inclusión en la agenda del Consejo.

Dependiente del Consejo se establecerá el Comité de Coordinación Presupuestaria, compuesto por los representantes de los Ministerios de Planificación y Coordinación y de Finanzas.

Artículo 14. Son funciones del Consejo Nacional de Desarrollo:

- a) Presentar a consideración del Presidente de la República una definición de la política económica y social que sirva de fundamento para la preparación de los planes de desarrollo;
- b) Examinar y recomendar al Presidente de la República los planes globales de desarrollo económico y social presentados por el Ministro de Planificación y Coordinación, como resultado de los planes sectoriales, regionales y locales, preparados por los Ministerios, instituciones públicas, descentralizadas, empresas públicas y mixtas, administraciones regionales y locales;
- c) Examinar los planes de inversión y de gastos públicos sobre los cuales se preparará el presupuesto nacional;
- d) Autorizar todo lo referente al financiamiento, aval y endeudamiento de todos los organismos del sector público.

*Artículo 15.* Como organismo consultivo de la Presidencia de la República, funcionará el Consejo Nacional de Seguridad, encargado de orientar la política de Defensa y Seguridad Nacional. Estará presidido por el Presidente de la República e integrado por: el Ministro de Defensa que actuará como Vicepresidente; el ministro de Relaciones Exteriores y Culto; el Ministro del Interior; el Ministro de Planificación y Coordinación; el Alto Mando Militar; el director del Servicio de Inteligencia del Estado y los Ministros cuya presencia sea requerida. La Secretaría de este Consejo será ejercida por el Ministerio de Defensa Nacional.

*Artículo 16.* El Consejo de Ministros podrá constituir Comisiones Interministeriales permanentes o temporales, para la coordinación de asuntos que correspondan a varios sectores de la administración o para otros cometidos que éste acuerde.

El Consejo de Ministros también podrá constituir Comisiones de otro nivel, para tratar asuntos de carácter especial, las cuales serán presididas por un Ministro designado por el Presidente de la República. La organi-

zación, funciones y responsabilidades de estas Comisiones serán reglamentadas.

## CAPITULO V

### DE LA COMPETENCIA DE LOS MINISTERIOS

*Artículo 17.* El Ministerio del Interior tiene a su cargo las actividades relacionadas con el mantenimiento del orden público, la protección de las personas y los bienes, la organización y dirección de las fuerzas policiales, la regulación de las inmigraciones y asume la responsabilidad del Estado en lo que concierne al régimen penitenciario y de rehabilitación, así como la representación de la colectividad y del Poder Ejecutivo ante el Poder Judicial.

*Artículo 18.* El Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto tiene a su cargo la atención de los negocios internacionales de la República, asume la representación nacional en todo lo concerniente a las relaciones diplomáticas y económicas con otros Estados y organismos internacionales. Es facultad privativa de este Ministerio suscribir los acuerdos internacionales que obligan a la Nación, así como la atención de los asuntos relativos al Culto.

*Artículo 19.* El Ministerio de Defensa Nacional, mediante las Fuerzas Armadas de la Nación, tiene las fundamentales misiones de defender y conservar la independencia de la República y la integridad de su territorio; precautelar la soberanía política y económica de la Nación, mantener el imperio de las leyes y cooperar al desarrollo integral del país.

*Artículo 20.* El Ministerio de Finanzas tiene a su cargo la formulación de la política fiscal y monetaria; el financiamiento de los programas y proyectos del sector público, la administración de los recursos del Gobierno Central y la atención del crédito público interno y externo. A este efecto, tiene además a su cargo la contabilidad fiscal, el procesamiento de datos y la formulación de normas para la administración de personal y el sistema de compras y suministros.

*Artículo 21.* El Ministerio de Planificación y Coordinación tiene a su cargo la fijación de las normas que deberá seguir el Poder Ejecutivo para la elaboración de la estrategia nacional de desarrollo y la presentación de los planes, programas y proyectos de desarrollo; la selección de pro-

yectos de inversión, la recomendación de las prioridades anuales para su adopción en el presupuesto nacional; y la evaluación de la ejecución de los planes de desarrollo.

Formular y ejecutar la Reforma Administrativa del país para proporcionar al Poder Ejecutivo la necesaria capacidad administrativa. Definir y coordinar los programas de asistencia técnica y dictar las normas para la elaboración de las estadísticas y los censos nacionales.

*Artículo 22.* El Ministerio de Información tiene a su cargo la promoción y mantenimiento de canales de información entre el Estado y la colectividad; la difusión de la imagen y características del país en el exterior; la coordinación de las relaciones públicas del Gobierno Central; el régimen legal para el funcionamiento de los medios de comunicación social y la administración de los canales de información del Estado.

*Artículo 23.* El Ministerio de Urbanismo y Vivienda tiene a su cargo la solución de los problemas relativos al urbanismo y la vivienda; la promoción, coordinación y supervisión de los gobiernos locales; la atención de los problemas de la marginalidad urbana y la construcción; así como la supervisión y mantenimiento de los bienes inmuebles del Estado y el catastro urbano nacional.

*Artículo 24.* El Ministerio de Previsión Social y Salud Pública está encargado de atender la medicina preventiva, la protección social, la recuperación de la salud, la rehabilitación del ciudadano, la nutrición, la higiene, la educación sanitaria y la política de seguridad social.

*Artículo 25.* El Ministerio de Educación y Cultura tiene a su cargo las actividades encaminadas a la promoción, desarrollo y aplicación de la educación en todos sus aspectos y niveles, el fomento y la preservación de la cultura, del patrimonio antropológico, histórico y artístico de la nación, la defensa de la propiedad intelectual, y el fomento de las actividades recreativas y deportivas.

*Artículo 26.* El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales tiene a su cargo la regulación de las relaciones laborales de los trabajadores con las empresas privadas y estatales; el conocimiento de la actividad sindical, la regulación del empleo y la solución de los problemas de desocupación y subocupación de la mano de obra; está encargado también del fomento cooperativo no agropecuario.

*Artículo 27.* El Ministerio de Asuntos Campesinos y Agricultura tiene a su cargo el control del uso racional de los recursos naturales renovables; la investigación y promoción de modernas técnicas para la producción agrícola, ganadera y forestal; la integración del campesino a la vida activa nacional por medio del desarrollo de la comunidad rural, el cooperativismo agrario, el proceso de afectación de tierras, la colonización y la rehabilitación de tierras en zonas tradicionales agrarias. Este Ministerio es responsable de la defensa de los derechos campesinos, del régimen de tenencias de la tierra, de la investigación agroeconómica, la promoción de mercados, la adopción de mejora de sistemas de comercialización tanto interna como externa y la actualización y control del catastro rural.

*Artículo 28.* El Ministerio de Transportes y Comunicaciones tiene a su cargo la vertebración geográfica del país, la construcción, mantenimiento y explotación de la infraestructura, de transportes y comunicaciones, así como la coordinación, establecimiento, desarrollo, regulación y control de la explotación de los servicios ferroviarios, automotores rurales y urbanos, de la aeronavegación comercial, fluvial y lacustre y de los servicios telegráficos, radioeléctricos y postales.

*Artículo 29.* El Ministerio de Energía e Hidrocarburos tiene a su cargo el régimen legal de los hidrocarburos y recursos energéticos, la dirección del conjunto de actividades orientadas al aprovechamiento múltiple de los mismos en el país, mediante la exploración, explotación, industrialización y comercialización de los hidrocarburos y otros recursos energéticos; la investigación científica tecnológica así como el desarrollo de procesos, productos y servicios específicos.

*Artículo 30.* El Ministerio de Minería y Metalurgia está encargado del régimen legal de la minería; de la dirección de las actividades vinculadas a la exploración, explotación, industrialización y comercialización de los recursos mineros; de la investigación científica y tecnológica y del desarrollo de procesos y productos del sector minerometalúrgico.

*Artículo 31.* El Ministerio de Industria y Comercio está encargado de formular y ejecutar la política industrial, comercial y turística del país y de acuerdo a los planes de desarrollo; del fomento a la inversión y ahorro nacionales. Este Ministerio ejecutará la política de gobierno referente a los tratados de integración latinoamericana con sujeción a la planificación del país, y fijará la política de comercialización interna y externa regulando los precios, calidad de los productos y servicios de su sector.

## CAPITULO VI

### DE LA ORGANIZACIÓN Y DIRECCIÓN DE LOS MINISTERIOS

*Artículo 32.* Cada Ministro formulará la política general que corresponda a su respectivo sector, dentro de los planes globales de desarrollo económico y social y de la política nacional del Poder Ejecutivo. Como miembro del Consejo de Ministros participará en las deliberaciones de éste, y decidirá con los demás ministros colegiadamente, sobre todas las cuestiones de interés general que no estén atribuidas a otras dependencias o autoridades.

*Artículo 33.* El Ministro es la primera autoridad administrativa en su sector. Tendrá a su cargo la dirección del respectivo Ministerio, con la colaboración inmediata del o los subsecretarios.

*Artículo 34.* En cada Ministerio, según la estructura funcional del mismo, habrá como autoridad inmediata al Ministro, uno o más subsecretarios, con capacidad para dictar por delegación, dentro de las directivas políticas señaladas por el titular del Portafolio, disposiciones a nivel ministerial, salvo en aquellas materias reservadas al Ministro por mandato expreso.

*Artículo 35.* En cada Ministerio habrá un Secretario General encargado de dirigir y coordinar el funcionamiento de los sistemas administrativos de apoyo.

*Artículo 36.* La siguiente nomenclatura regirá para todos los Ministerios:

- a) Las unidades administrativas de asesoramiento se llamarán en orden descendente: Consejos, Oficinas, Unidades y Grupos.
- b) Las unidades administrativas de apoyo se denominarán en orden descendente así: Secretarías Generales, Oficinas Generales, Oficinas y Unidades.
- c) Las unidades administrativas ejecutoras u operativas se llamarán en orden jerárquico así: Direcciones Generales, Departamentos, Divisiones y Secciones.

La Ley de Administración Regional, determinará la nomenclatura que regirá en la organización regional.

*Artículo 37.* En el orden jerárquico administrativo, la organización de la administración central está determinada por los siguientes niveles de autoridad subordinados sucesivamente:

- a) Presidente de la República
- b) Consejo de Ministros
- c) Ministros de Estado
- d) Subsecretarios
- e) Directores Generales
- f) Jefes de Departamento
- g) Jefes de División
- h) Jefes de Sección

*Artículo 38.* En todo Ministerio de Sector habrá un Consejo Consultivo, integrado por representantes de agrupaciones y asociaciones privadas de los sectores económicos y sociales, cuyas actividades tengan relación con las respectivas funciones de cada Ministerio. El Consejo será precedido por el respectivo Ministro: será *ad honorem*, y tendrá por finalidad hacer conocer su opinión a éste sobre los asuntos que se solicite.

*Artículo 39.* En cada Ministerio funcionará un Consejo Técnico, encargado de asesorar al Ministro en la formulación, coordinación y ejecución de la política y planes de acción del respectivo Ministerio. El Consejo estará integrado por el Ministro quien lo presidirá; por el o los Subsecretarios, el Secretario General y los Directores Generales, pudiendo ser invitados a las reuniones del Consejo otros funcionarios, de acuerdo con la naturaleza de los asuntos a tratarse.

*Artículo 40.* En cada Ministerio, según sus propias necesidades, funcionarán las siguientes unidades de sistemas administrativos:

De Planificación, de Administración Financiera, de Análisis Administrativo, de Personal, de Asesoría Jurídica, de Compras y Suministros, de Estadística y de Información, las que cumplirán sus funciones de conformidad con las normas que dicten los Ministerios de Planificación y Coordinación, de Finanzas, de Información y la Secretaría General de la Presidencia de la República, sobre las respectivas materias. Además funcionarán las dependencias sustantivas necesarias para el cumplimiento de las actividades propias del Ministerio.

*Artículo 41.* El Ministro, además de las funciones que le señala la Constitución Política del Estado, tendrá las siguientes:

- a) Formular y dirigir la política que corresponde a su sector, en armonía con la política general y los planes de desarrollo del Gobierno;
- b) Participar en la dirección, coordinación y control de las Instituciones Públicas Descentralizadas y de las Empresas Públicas y Mixtas adscritas o vinculadas a su Ministerio;
- c) Presentar al Presidente de la República y al Consejo de Ministros los proyectos de Ley o Decretos Supremos relativos a cuestiones de su Ministerio;
- d) Ejercer la potestad reglamentaria en las materias de su competencia;
- e) Nombrar y separar a los funcionarios públicos de su Portafolio, en los términos y condiciones que las leyes señalen, pudiendo delegar esta atribución al Subsecretario o a los Directores Generales;
- f) Resolver, dentro de la vía administrativa, los recursos que de acuerdo con la ley deban interponerse ante su autoridad.
- g) Examinar y aprobar previamente los proyectos de presupuesto de inversión y de funcionamiento que deben ser presentados a los Ministerios de Planificación y Coordinación y de Finanzas, a la vez que vigilar la ejecución de los mismos.
- h) Refrendar los actos del gobierno y de administración del Jefe del Poder Ejecutivo; e.
- i) Firmar en nombre del Estado los contratos relativos a asuntos de su competencia.

*Artículo 42.* El Subsecretario tendrá las siguientes funciones:

- a) Asistir al Ministro en la formulación de la política del sector y auxiliarlo en la dirección, coordinación y control del Ministerio en el ámbito de su competencia, o en los asuntos para los cuales el Ministro solicite su concurso;
- b) Representar al Ministro en las demás actividades oficiales que le indique;
- c) Cumplir los cometidos que le delegue el Ministro.

*Artículo 43.* Los Directores Generales tendrán las siguientes funciones:

- a) Dirigir los servicios y resolver los asuntos del Ministerio que sean de su incumbencia;



- b) Vigilar y fiscalizar todas las dependencias a su cargo;
- c) Proponer al Subsecretario las resoluciones que estime procedentes en relación con los asuntos que sean de su competencia y cuya tramitación corresponda a la respectiva Dirección General; y,
- d) Elevar al Subsecretario los informes acerca de la marcha, calidad y rendimiento de los servicios a su cargo.

*Artículo 44.* El Secretario General tendrá las siguientes funciones:

- a) Coordinar las labores de las unidades de los respectivos sistemas administrativos de apoyo;
- b) Cumplir los cometidos que el Ministro o los Subsecretarios le deleguen; y
- c) Rendir informes periódicos al o los Subsecretarios sobre el estado de los sistemas administrativos de apoyo del Ministerio.

*Artículo 45.* Las funciones de los demás empleados de los Ministerios serán determinadas en las respectivas leyes orgánicas de los mismos.

*Artículo 46.* Las funciones adscritas a las diversas autoridades de la Administración Pública serán delegables en las autoridades subalternas, así:

- a) Las funciones de los Subsecretarios podrán ser delegadas en los Directores Generales del Ministerio, previa aprobación del Ministro; y
- b) Las demás autoridades podrán delegar sus funciones siguiendo la línea jerárquica, previa la aprobación del Ministro.

*Artículo 47.* La delegación será revocable en cualquier momento por la autoridad que la haya conferido, la cual no transfiere en ningún momento la responsabilidad otorgada, pero crea responsabilidades accesorias cuyas penalidades serán establecidas en el Código contencioso-administrativo.

*Artículo 48.* En cumplimiento de la presente Ley, se expedirán las leyes orgánicas, de la Presidencia de la República y de los Ministerios, así como las otras disposiciones legales sobre las materias que se tratan en este Título.

*Artículo 49.* El Ministerio de Defensa Nacional se rige por la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas de la Nación.

TITULO II  
DE LA DESCENTRALIZACION  
Y DESCONCENTRACION

CAPITULO I  
DE LAS NORMAS GENERALES

*Artículo 50.* La distribución de funciones administrativas se ajustará a un sistema combinado de descentralización y desconcentración institucional y geográfica, según las situaciones específicas y serán susceptibles de adoptar diversas formas.

*Artículo 51.* La definición jurídica del grado de descentralización y/o desconcentración, para las reparticiones del Estado, se efectuará según las normas del presente Título por el Ministerio respectivo, previo dictamen afirmativo del Ministerio de Planificación y Coordinación y de la Secretaría General de la Presidencia de la República.

*Artículo 52.* La descentralización es la acción administrativa por la que el Poder Ejecutivo delega en Instituciones Públicas y en Empresas Públicas y Mixtas las facultades de Gobierno técnico, económico y administrativo, pero no las de determinación política, que quedan reservadas al respectivo Ministerio.

*Artículo 53.* La desconcentración es la acción administrativa mediante la cual se trasladan competencias del Poder Ejecutivo, hacia unidades administrativas localizadas en diversos puntos geográficos del país, a fin de atender necesidades y servicios de carácter nacional.

*Artículo 54.* Los Ministerios, las Instituciones Públicas Descentralizadas y las Empresas Públicas y Mixtas, podrán desconcentrarse en función de los requerimientos y necesidades que tengan que atender y gozarán de la facultad de crear, combinar y suprimir unidades administrativas desconcentradas, con sujeción a los Capítulos III y IV del Título II de esta Ley y la correspondiente Ley de Administración Regional.

*Artículo 55.* Las reparticiones desconcentradas de los Ministerios se denominarán Direcciones Regionales; las Instituciones Públicas Descentralizadas y las Empresas Públicas y Mixtas se sujetarán a la nomenclatura que establecerán sus respectivas leyes, sujetas a la organización y funcionamiento que el Poder Ejecutivo les señale.

## CAPITULO II

### DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS DESCENTRALIZADAS

*Artículo 56.* Las Instituciones Públicas Descentralizadas son entidades creadas para atender programas o servicios sin fines de lucro, que puedan ser de fomento, de educación, de seguridad social y para atender otras funciones que le sean asignadas. Gozan de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente constituido con bienes, fondos públicos y otras contribuciones especiales, encontrándose sujetas a las normas administrativas generales que establezca el Poder Ejecutivo.

*Artículo 57.* Las Instituciones Públicas Descentralizadas serán presididas por un Director que será nombrado por el Ministerio del sector respectivo. La Ley de Instituciones Públicas Descentralizadas establecerá la organización de las mismas, las funciones y atribuciones que correspondan a los Directores y demás autoridades de ellas, así como las excepciones referentes a los órganos de dirección.

## CAPITULO III

### DE LA ADMINISTRACIÓN REGIONAL PARA EL DESARROLLO

*Artículo 58.* A los fines del ordenamiento de las actividades de desarrollo económico y social, así como de la desconcentración administrativa que el Poder Ejecutivo realiza en todo el país, el territorio nacional se dividirá en Regiones Administrativas y de Desarrollo, que agrupen total o parcialmente a uno o más Departamentos.

*Artículo 59.* El Ministerio de Planificación y Coordinación prescribirá las normas para la planificación y administración del desarrollo regional y local.

*Artículo 60.* Los Ministerios de Sistemas y de Sectores directamente vinculados al desarrollo económico y social de la región, desconcentrarán sus actividades creando Direcciones Regionales, con el fin de racionalizar, simplificar y agilizar los trámites administrativos.

*Artículo 61.* Los Directores Regionales son nombrados por sus respectivos Ministros y están encargados de la dirección, supervisión y control

del funcionamiento de las dependencias desconcentradas que existan en el plano regional, departamental y local.

*Artículo 62.* Los Directores Regionales podrán delegar funciones, con aprobación de sus respectivos Ministros y sujeción a la Ley, en oficinas zonales y/o distritales, según sus requerimientos. El establecimiento de estas oficinas, deberá consultar las necesidades administrativas del desarrollo regional, departamental y local.

*Artículo 63.* Por Ley se determinarán los requisitos de establecimiento de los organismos desconcentrados, sus deberes y responsabilidades, alcance de la delegación de funciones y otras normas correspondientes a la organización administrativa.

*Artículo 64.* La coordinación intersectorial de las actividades de desarrollo está a cargo de un Delegado Regional, designado por el Presidente de la República, a propuesta del Ministerio de Planificación y Coordinación. El delegado Regional preside el Comité Técnico de Coordinación y Programación Regional, integrado por los Directores Regionales y los Prefectos Departamentales.

El Delegado Regional asistirá al Consejo Nacional de Desarrollo, cuando su presencia sea requerida.

*Artículo 65.* En cada región se establecerá un Consejo Regional de Desarrollo, de carácter consultivo, presidido por el Delegado Regional e integrado por representantes de entidades públicas y organizaciones privadas. El Consejo deberá emitir su opinión y sugerencias sobre la orientación de la política de desarrollo de la región.

*Artículo 66.* El Delegado Regional será el Presidente del Directorio de la Corporación Regional de Desarrollo, organismo que se formará por la fusión y/o transformación de los actuales Comités de Obras Públicas Departamentales comprendidos en cada Región. Las Corporaciones Regionales de Desarrollo, contarán con la dirección técnico-ejecutiva de un Gerente General, que constituirá la autoridad jerárquica inmediata del Presidente y garantizará la continuidad de la gestión administrativa.

*Artículo 67.* Las Corporaciones Regionales de Desarrollo son entidades públicas descentralizadas con personería jurídica propia, autonomía de gestión, y recursos financieros asignados por Ley, a fin de asegurar el desarrollo dentro de la región.

*Artículo 68.* La Ley de Regionalización determinará los límites territoriales de cada región, así como la asignación de funciones y responsabilidades entre los organismos de la administración central y las organizaciones regionales, departamentales y locales.

## CAPITULO IV

### DE LA ADMINISTRACIÓN POLÍTICO-DEPARTAMENTAL

*Artículo 69.* Se mantiene sin alterar la actual demarcación territorial y política de los Departamentos. En cada uno de ellos habrá un Prefecto Departamental dependiente del Ministerio del Interior, encargado de garantizar el orden y la seguridad interna, controlar la inmigración, hacer cumplir las resoluciones judiciales y otras que corresponden a dicho Ministerio.

*Artículo 70.* Los Prefectos de Departamento tienen bajo su dependencia las siguientes autoridades:

- a) Subprefectos, a quienes les corresponde cumplir las mismas funciones que al Prefecto del Departamento, en el límite territorial que corresponde a una Provincia; y
- b) Corregidores, a quienes les corresponde cumplir las mismas funciones que al Prefecto del Departamento, en el límite territorial que corresponde a un cantón.

*Artículo 71.* Los Prefectos Departamentales participarán en las reuniones del Consejo Regional de Desarrollo y en las del Comité Técnico de Coordinación y Programación Regional.

## CAPITULO V

### DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

*Artículo 72.* La Administración Local corresponde a los municipios. Estos son organismos autónomos en los términos y condiciones que la Ley señale.

*Artículo 73.* Las autoridades ejecutivas de los Municipios son los alcaldes, quienes participan en el Consejo Regional de Desarrollo.

*Artículo 74.* Las actividades del Municipio estarán planificadas y compatibilizadas a los planes regionales de desarrollo. Estas actividades se realizarán con el apoyo técnico y financiero de la Corporación Nacional de Promoción Comunal y Vivienda y las normas generales del Ministerio de Urbanismo y Vivienda.

*Artículo 75.* Al Municipio le compete la prestación de servicios públicos de peculiar interés local, los que serán fijados por Ley. Esta podrá hacer variar asimismo la competencia municipal, categorizando los municipios según su población, renta, grado de urbanización y otros factores pertinentes.

*Artículo 76.* En cada Municipio podrán crearse agencias municipales por delegación del Alcalde, según necesidades impuestas por las condiciones geográficas y demográficas de acuerdo a las normas señaladas por Ley.

*Artículo 77.* La Ley de Administración Local determinará la organización, funciones y recursos financieros de los Municipios.

## CAPITULO VI

### DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS Y MIXTAS

*Artículo 78.* Las Empresas Públicas son organismos constituidos para desarrollar actividades económicamente rentables en los ramos industriales, comerciales o de servicios.

Gozan de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente compuesto de bienes, fondos públicos y otras contribuciones especiales.

*Artículo 79.* Las Empresas Públicas serán dirigidas por un Directorio, cuyo Presidente será el Ministro o los Subsecretarios del sector respectivo. La Ley General de Empresas Públicas establecerá la composición y funciones de los Directores, así como las atribuciones y funciones de las demás autoridades de éstos. Serán administradas por un ejecutivo, dependiente del Directorio, para garantizar la continuidad y permanencia de la gestión empresarial.

*Artículo 80.* Las Empresas Mixtas son constituidas con participación del Sector Público y del Sector Privado, para desarrollar actividades in-

dustriales, comerciales y de servicios, en función de los sectores estratégicos que determine el Plan Nacional de Desarrollo. En las Empresas Mixtas las acciones son nominativas y representativas del capital social.

El régimen legal de las empresas mixtas será determinado por Ley especial.

*Artículo 81.* El régimen de personal de las Empresas Públicas y Mixtas será el establecido por la Ley General del Trabajo.

*Artículo 82.* No existe autonomía plena para las Instituciones Públicas Descentralizadas ni para las Empresas Públicas y Mixtas. Todas están sometidas a la supervisión del respectivo Ministerio, que controla sus actividades y ejerce la coordinación de éstas con la política general del Gobierno.

*Artículo 83.* Las Instituciones Públicas Descentralizadas y las Empresas Públicas y Mixtas, con excepción de las dependientes del Ministerio de Defensa Nacional, adecuarán necesariamente sus estructuras y organización a las normas señaladas por el Ministerio de Planificación y Coordinación.

### TITULO III

#### DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

*Artículo 84.* La Contraloría General de la República está encargada del control fiscal de todas las entidades que integran el sector público, por lo que cumple la función de post-auditoría fiscal, técnica y financiera de esas entidades. Está encargada de resolver por la vía administrativa la responsabilidad de los administradores. La función de pre-auditoría se efectuará por el Ministerio de Finanzas.

*Artículo 85.* La Ley de la Contraloría General de la República determinará su organización y funcionamiento.

### TITULO IV

#### DE LOS RECURSOS FINANCIEROS DEL SECTOR PUBLICO

*Artículo 86.* Se establece el sistema de "Caja Unica" para la recaudación y distribución de recursos financieros que corresponden a la admi-

nistración nacional. Las Empresas Públicas y Mixtas, las Universidades, los Gobiernos Locales y las Entidades Regionales y Departamentales deberán mantener en cuentas especiales en el Banco Central de Bolivia, el producto de sus operaciones durante el ejercicio fiscal.

*Artículo 87.* Las Empresas Públicas y Mixtas, deben solicitar la autorización respectiva del Poder Ejecutivo para la reinversión de sus utilidades, luego de haber tributado de acuerdo con la legislación vigente y con referencia al presupuesto consolidado.

Las utilidades no reinvertidas al término del ejercicio fiscal, engrosarán los fondos del tesoro público, si no se les ha dado otro destino y aprobación en el presupuesto consolidado.

*Artículo 88.* La asignación sectorial, regional y local de recursos financieros se efectuará necesariamente a través del presupuesto del sector público de acuerdo a los planes del desarrollo económico y social.

*Artículo 89.* El Tesoro Nacional abrirá créditos financieros en las oficinas del Banco Central de Bolivia a la orden de los organismos del Gobierno Nacional Central, de los Delegados Regionales y de los Directores Regionales a fin de afrontar el pago de bienes y servicios dentro de su respectivo ámbito de función.

*Artículo 90.* La utilización de los recursos financieros por los organismos del Gobierno Nacional, Delegados y Directores Regionales y Autoridades Departamentales, se hará bajo su responsabilidad, ateniéndose a los límites presupuestarios, la programación de caja y el plan de prioridades, debiendo rendir cuentas debidamente documentadas al Ministerio de Finanzas de acuerdo con las normas que para tal fin prescriba este Ministerio.

*Artículo 91.* El Tesoro Público cubrirá los gastos que se venían efectuando con cargo al producto de leyes especiales, previa aprobación por el Ministerio de Finanzas, de los presupuestos de Caja para las respectivas entidades.

## TITULO V

### DE LAS RESPONSABILIDADES DEL ESTADO Y DE LOS RECURSOS CONTRA LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACION

*Artículo 92.* La Oficina Central del Sistema Jurídico del Gobierno Central redactará el anteproyecto de un Código Contencioso-Administrativo,



que contemple las responsabilidades, derechos y obligaciones recíprocas, entre el Estado y los ciudadanos, y entre los funcionarios con el Estado.

## TITULO VI

### DISPOSICIONES VARIAS

*Artículo 93.* La Ley Orgánica del Sistema Bancario prescribirá las normas para la organización y funcionamiento de los mismos.

*Artículo 94.* La ejecución de la Reforma Administrativa será gradual, progresiva y supervisada por los Ministerios de Planificación y Coordinación y de Finanzas con sujeción al Plan y programa previamente establecidos.

*Artículo 95.* La modificación de la organización administrativa de las entidades que integran el Poder Ejecutivo sólo procederá previo informe favorable del Ministerio de Planificación y Coordinación mediante sanción de una Ley correspondiente.

## TERCERA PARTE

### PROGRAMA DE REFORMA ADMINISTRATIVA

En desarrollo de la Ley General del Poder Ejecutivo, la Reforma Administrativa, instrumento indispensable para el acelerado progreso económico y social del país, se ejecutará así:

#### A) REESTRUCTURACION DEL PODER EJECUTIVO

##### *I. Administración Central*

1. Ley Orgánica de la Presidencia de la República.
2. Ley de reestructuración de los Ministerios, incluyendo la adscripción de las entidades descentralizadas correspondientes, y las unidades de

asesoramiento o coordinación y operativas o ejecutoras comunes de los Ministerios.

3. Ley Orgánica de cada uno de los Ministerios.
4. Ley Orgánica de la Contraloría General.
5. Código Contencioso-Administrativo.

## *II. Administración Descentralizada y Desconcertrada*

1. Ley General de las Instituciones Públicas Descentralizadas.
2. Ley General de Empresas Públicas.
3. Ley General de Empresas Mixtas.
4. Aprobación de cada uno de los estatutos orgánicos de las Instituciones Públicas Descentralizadas y Empresas Públicas y Mixtas.
5. Ley General del Sistema Bancario Nacional.
6. Aprobación de cada uno de los estatutos orgánicos de los Bancos Nacionales.
7. Ley Orgánica de la Administración Regional y Departamental.
8. Ley Orgánica de Administración Local.

### B) SISTEMA DE PLANIFICACION

1. Ley del Sistema de Planificación.
- 1.1 Normas para la preparación de planes globales sectoriales, regionales, departamentales y locales de desarrollo.
- 1.2 Normas para la evaluación de los planes globales, sectoriales, departamentales y locales de desarrollo.
- 1.3 Ley del Sistema de Estadística.
- 1.4 Normas para la elaboración de las estadísticas básicas y las relaciones con el suministro y procesamiento de las mismas para la formulación de los planes de desarrollo.
- 1.5 Organización de las unidades sectoriales de planificación y de estadística en los Ministerios, Instituciones Públicas Descentralizadas, Empresas Públicas y Mixtas, y en las Administraciones Regional, Departamental y Local.

### C) SISTEMA DE PERSONAL

1. Ley del Sistema de Personal.
- 1.1 Estatuto del Funcionario Público.
- 1.2 Organización del sistema de personal y de Dirección Nacional de Servicio Civil.

- 1.3 Organización de las unidades sectoriales de personal en los Ministerios, Instituciones Públicas Descentralizadas, Empresas Públicas y Mixtas y en las Administraciones Regional, Departamental y Local.
- 1.4 Capacitación y adiestramiento en el servicio de los funcionarios públicos para los fines de la Reforma Administrativa por el Instituto Superior de Administración Pública (ISAP).
- 1.5 Fortalecimiento de ISAP como instrumento de la Reforma Administrativa.
- 1.6 Selección de Personal en base al mérito.
- 1.7 Clasificación de cargos.
- 1.8 Política salarial del sector público.
- 1.9 Régimen de seguridad social de los funcionarios públicos.
- 1.10 Registro y control de los funcionarios públicos.
- 1.11 Censo del Personal de la Administración Pública.

#### D) SISTEMA DE PRESUPUESTO

1. Ley del Sistema de Presupuesto.
- 1.1 Normas para la preparación, ejecución y control del presupuesto nacional, con criterio de presupuesto por programas y actividades y para lograr un presupuesto consolidado de todo el sector público de naturaleza sectorial, regional, departamental y local.
- 1.2 Organización de las unidades sectoriales de presupuesto en los Ministerios, Instituciones Públicas Descentralizadas, Empresas Públicas y Mixtas, y en la Administración Regional, Departamental y Local.

#### E) SISTEMA DE ANALISIS ADMINISTRATIVO

1. Normas sobre organización y procedimiento administrativo, simplificación del trabajo, trámite, diseño de formularios y archivo.
2. Organización de las unidades sectoriales de Análisis Administrativo en los Ministerios, Instituciones Públicas Descentralizadas, Empresas Públicas y Mixtas, y en las Administraciones Regional, Departamental y Local.

#### F) SISTEMA DE CONTABILIDAD

1. Ley del Sistema de Contabilidad Pública.
- 1.1 Normas sobre la forma de llevar y rendir cuentas en todos los organismos estatales.

- 1.2 Organización de las unidades sectoriales de Contabilidad en los Ministerios, Instituciones Públicas Descentralizadas, Empresas Públicas y Mixtas, y en la Administración Regional, Departamental y Local.

#### G) SISTEMA DE CONTROL FINANCIERO

1. Ley General de Control Financiero.
2. Normas sobre la función de post-intervención técnica y financiera de todos los organismos del sector público.
3. Organización de las unidades sectoriales de la Contraloría General en los Ministerios, en las Instituciones Públicas Descentralizadas, en las Empresas Públicas y Mixtas, y en las Administraciones Regional, Departamental y Local.

#### H) SISTEMA JURIDICO

1. Ley del Sistema Jurídico Nacional.
  - 1.1 Normas sobre la preparación de disposiciones legales.
  - 1.2 Organización de las unidades sectoriales de asesoría jurídica en los Ministerios, en las Instituciones Públicas Descentralizadas, en las Empresas Públicas y Mixtas, y en las Administraciones Regional, Departamental y Local.
  - 1.3 Normas para la organización y funcionamiento del sistema de documentación y archivo.

#### I) SISTEMA DE COMPRAS Y SUMINISTROS

1. Ley del Sistema de Compras y Suministros.
  - 1.1 Normas sobre Compras y Suministros de bienes y servicios para los organismos del sector público.
  - 1.2 Organización de las unidades sectoriales de Compras y Suministros en los Ministerios y demás entidades estatales.

#### J) SISTEMA DE INFORMACION

1. Ley del Sistema de Información.
  - 1.1 Normas para la administración y funcionamiento de los medios de Información del Estado.
  - 1.2 Normas para la organización, coordinación y mantenimiento de las Relaciones Públicas del Poder Ejecutivo.

## INSTRUCCION PRESIDENCIAL SOBRE LA REFORMA ADMINISTRATIVA EN LA ADMINISTRACION PUBLICA VENEZOLANA \*

SUMARIO: I. *Introducción*: 1. Orientación del proceso de Reforma Administrativa. 2. La Reforma Macro-Administrativa y la Reforma Micro-Administrativa. 3. Objeto de la Instrucción Presidencial: Lineamientos Generales para la Reforma Estructural y Funcional. 4. Aspectos de la Reforma de la Función Pública. II. *La Reforma Estructural*. 5. Necesidad de la Reforma Estructural. 6. El Micro-análisis y diagnóstico de la estructura administrativa y la distribución de funciones en el organismo respectivo, realizados con visión sectorial. 7. El diagnóstico estructural desde el punto de vista del sistema de planificación del desarrollo económico y social. 8. El diagnóstico estructural desde el punto de vista organizativo. A. La creación del cargo de Viceministro. B. La reconcentración de funciones y el diagnóstico de las duplicidades, superposición y dispersión de las mismas. C. La organización de las Direcciones Generales. D. El orden jerárquico descendente de los diversos organismos. E. La diferenciación entre las funciones asesoras, auxiliares y de línea, y la reforma de las unidades organizativas que cumplen las primeras. F. La organización de las Oficinas Coordinadoras de la Reforma Administrativa. 9. El diagnóstico estructural desde el punto de vista jurídico. 10. La adaptación de la desconcentración administrativa nacional a las regiones administrativas. 11. La coordinación, administración y control de los Institutos Autónomos. III. *La Reforma Funcional*. 12. Ambito de la Reforma Funcional. 13. El diagnóstico de los sistemas de programación y presupuesto del organismo, y las propuestas de reforma. 14. La reforma de los sistemas auxiliares. A. El diagnóstico del sistema estadístico y las propuestas de reforma. B. El diagnóstico del sistema de compras y suministros, y las propuestas de reforma. C. El diagnóstico del sistema de contabilidad y las propuestas de reforma. D. La reforma relativa a los archivos y al manejo de documentos. E. El diagnóstico de la utilización de equipos electrónicos de procesamiento de datos y las propuestas de reforma. 15. El diagnóstico de los procedimientos y tramitaciones. A. La reforma en las tramitaciones. B. La reforma de los procedimientos. C. La información administrativa y las oficinas de información. 16. Las reformas del sistema jurídico que regula el funcionamiento de los organismos. 17. La delegación de atribuciones. IV. *La Reforma de la Función Pública*. 18. Necesidad y realizaciones en la Reforma de la Función Pública. 19. El sistema de clasificación de cargos y de remuneraciones. 20. El sistema de reclutamiento y selección. 21. Los procedimientos para la tramitación de los movimientos de personal. 22. La estabilidad en la función pública. 23. La disciplina en la función pública. 24. La calificación y evaluación de los servidores del Estado. 25. La formación, capacitación y adiestramiento en la función pública. 26. El sistema jurídico relativo a los funcionarios o empleados públicos. 27. Las oficinas de personal. V. *Advertencias Finales*. 28. La reorientación y racionalización del gasto público. 29. La prioridad y las responsabilidades en la ejecución de la Instrucción

\* Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, N° 1.399 del 13. V. 1970, Caracas.

Presidencial. 30. La cooperación con la Comisión de Administración Pública. *Anexo 1:* Instituciones Públicas Nacionales a las cuales está dirigida la Instrucción Presidencial que establece los Lineamientos Generales de la Reforma de la Administración Pública Nacional. *Anexo 2:* Cronograma para la ejecución de la Instrucción Presidencial en materia de Reforma Administrativa.

Presidencia de la República  
Instrucción RA-1 — 13 de mayo de 1970

RAFAEL CALDERA  
Presidente de la República

de conformidad con lo previsto en el artículo 181 de la Constitución, dicta la siguiente:

INSTRUCCION MEDIANTE LA CUAL SE ESTABLECEN LOS  
LINEAMIENTOS GENERALES DE LA REFORMA ADMINISTRATIVA  
EN LA ADMINISTRACION PUBLICA NACIONAL

dirigida a todos los Ministerios y demás organismos de la Administración Central, a los Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos y a las Empresas del Estado:

I. INTRODUCCION

1. La Reforma Administrativa cuya programación y ejecución se ha iniciado en el país a partir de marzo de 1969 con motivo del cambio de Gobierno, debe ser considerada como el conjunto de acciones y medidas de carácter permanente y evolutivo, tendientes a transformar la Administración Pública Nacional para adaptarla a las necesidades del proceso de desarrollo económico y social. No se trata, por tanto, de una Reforma destinada simplemente a lograr una mayor eficacia de una Administración Pública tradicional, sino destinada a dejar a un lado estructuras arcaicas, incapaces de marchar a tono con la transformación del país y de la mentalidad de sus habitantes.

Por ello, el proceso iniciado, fundamentalmente, persigue estructurar una Administración Pública para el desarrollo, es decir con capacidad para planificarlo, y para movilizar, asignar y combinar las acciones y recursos necesarios para el logro de sus objetivos, dotando al Estado de un adecuado instrumento para la plena realización de su función de promoción social y económica del país, y que le permita además, provocar los cambios que aquel implica.

2. Conforme a los lineamientos consagrados en los Decretos N° 103 de 23 de julio de 1969 y N° 141 de 17 de septiembre de 1969, en el proceso de programación y ejecución de la Reforma de la Administración Pública, deben distinguirse dos grandes enfoques: el enfoque Macro-Administrativo y el enfoque Micro-Administrativo.

En el primer enfoque, corresponderá a la Comisión de Administración Pública, como órgano asesor del Presidente de la República, realizar un Macro análisis y un diagnóstico de la Administración Pública venezolana a escala nacional, y en particular de sus estructuras, sistemas y procedimientos administrativos, conforme al programa que se establecerá en el IV Plan de la Nación 1970-1974. Como resultado de esa labor, en el curso del año 1971, la Comisión de Administración Pública deberá presentar a la consideración del Presidente de la República en Consejo de Ministros, un Plan General de Reforma Administrativa, para su aprobación y posterior ejecución.

En el enfoque Micro-Administrativo de la Reforma Administrativa, corresponderá a los respectivos Consejos de Reforma Administrativa y Oficinas Coordinadoras de la Reforma Administrativa, en estrecha cooperación y con el asesoramiento de la Comisión de Administración Pública, la realización de un Microanálisis y diagnóstico de las estructuras, sistemas y procedimientos existentes en el respectivo organismo, con vista a la formulación de diversas propuestas de reforma estructural y funcional, y a su ejecución durante el presente y los próximos años.

3. Los lineamientos generales que en esta Instrucción se dictan, con excepción de los aspectos correspondientes a la Reforma de la Función Pública, se refieren fundamentalmente al aspecto de la Reforma Micro-Administrativa, es decir, aquella que debe programarse y proponerse, en el seno de cada Ministerio y demás organismos de la Administración Central, en cada Instituto Autónomo y demás establecimientos públicos y en cada Empresa del Estado, por los respectivos Consejos de Reforma Administrativa y Oficinas Coordinadoras de la Reforma Administrativa, en estrecha cooperación con la Comisión de Administración Pública, de acuerdo a las previsiones del indicado Decreto N° 141 de 17 de septiembre de 1969.

Este proceso de cambio, en su aspecto Micro-Administrativo, como actividad permanente, evolutiva y sistemática, debe llevarse a cabo bajo dos ángulos distintos: La Reforma Estructural y la Reforma Funcional.

La Reforma Estructural debe acometer el estudio y posterior adaptación de la estructura organizativa de los diversos organismos públicos, a los programas y funciones que le han sido asignados en el proceso de desarrollo económico y social; revisión y adaptación que debe realizarse con visión sectorial.

La Reforma Funcional debe incidir sobre los diversos aspectos del funcionamiento de los órganos administrativos y particularmente tiene por objeto racionalizar los sistemas, procedimientos y métodos administrativos y buscar su adaptación a las nuevas técnicas, para lograr no sólo un adecuado logro de los cometidos del organismo y una adecuada eficacia de sus sistemas, sino también, un mayor rendimiento y productividad del gasto público.

4. Por otra parte, y aun cuando pertenece al ámbito de la Reforma Macro-Administrativa, en vista de los progresos que en este campo se han adelantado en los últimos años, en todos los organismos públicos deberá procederse a desarrollar algunos aspectos de la Reforma de la Función Pública conforme a los lineamientos generales que por esta Instrucción se establecen.

En este sentido, la Reforma de la Función Pública debe tender a modificar y mejorar las condiciones de trabajo de los funcionarios y empleados públicos, a través del establecimiento de un estatuto de la Función Pública y del perfeccionamiento del sistema de Administración de Personal; circunstancias básicas para lograr un aumento del rendimiento y eficiencia de aquéllos y, en definitiva, lograr una mayor productividad del gasto público.

## II. LA REFORMA ESTRUCTURAL

5. La estructura actual de las diversas unidades públicas de la Organización Administrativa Nacional, es el resultado de un crecimiento irracional producido a medida que el Estado ha ido asumiendo nuevas funciones y cometidos. El crecimiento de nuestra Administración Pública, en su conjunto, se ha realizado por un proceso de agregación y de desgajamiento sucesivo de organismos, lo que ha dado origen con mucha frecuencia a duplicidad de funciones. En la actualidad, por tanto, no existe una precisa correspondencia entre las diversas funciones del Estado, los sectores de planificación del desarrollo económico y social, y las competencias de los diversos organismos de la Administración Pública, situación que es necesario corregir.



Frente a ese crecimiento desorganizado se impone, como primera medida de transformación, una Reforma que busque establecer no solo una reorganización estructural de la Administración Pública, en su conjunto, sino una organización en cada entidad pública, que evite duplicidad y dispersión de funciones y permita, a través de una racional reasignación de autoridad y responsabilidades, cumplir con los objetivos y cometidos estatales. Por supuesto que dicha Reforma Estructural debe proponerse una vez analizados los cambios requeridos, a la luz de la institución y del sector respectivo, considerados como un todo, y no en razón exclusiva de una o varias funciones.

6. En base a ello, en cada Ministerio y demás organismos de la administración central, en cada Instituto Autónomo y demás establecimientos públicos y en cada Empresa del Estado, con el asesoramiento de la Comisión de Administración Pública, se deberá analizar y diagnosticar la estructura y cometidos de la institución, como un todo, a fin de lograr la adaptación de la estructura organizativa de la misma, a la planificación nacional del desarrollo económico y social, y a sus propios objetivos y cometidos.

Por ello, en primer lugar, en cada uno de los diversos entes públicos, deberá procederse a realizar un diagnóstico de sus funciones con visión sectorial, es decir, a determinar dentro de la estructura general del Estado, sus funciones y objetivos, conforme a los diversos sectores del sistema de planificación del desarrollo económico y social, con vistas a proponer la reorganización de sus funciones.

Este diagnóstico de las funciones que deben corresponder al ente público, o en otras palabras, el análisis de la distribución de funciones en el sector entre las diversas unidades organizativas que lo integran, deberá realizarse bajo varios ángulos: determinando su conveniencia desde el punto de vista de la planificación, desde el punto de vista organizativo y desde el punto de vista jurídico.

7. El primer objetivo del diagnóstico y microanálisis del organismo respectivo debe tener por objeto la determinación de la conveniencia de su estructura y de la distribución de funciones en la misma, en el proceso de planificación del desarrollo en el sector correspondiente. Esto implicará ante todo, la realización de una evaluación detallada y exhaustiva del proceso de programación que se cumple en el organismo en relación al sector de la planificación del desarrollo económico y social al cual está vinculado.

Asimismo, implicará la realización de una evaluación del papel de los órganos que intervienen en la elaboración, ejecución y vigilancia de los programas y planes. Como resultado de dicha evaluación, los diversos organismos, con el asesoramiento de la Oficina Central de Coordinación y Planificación y de la Comisión de Administración Pública, propondrán al Consejo de Ministros, las medidas de reforma que estimen necesarias para hacer participar adecuadamente la institución en el proceso de planificación del desarrollo económico y social. Cuando sea necesario, y para dar cumplimiento a las disposiciones del Decreto-Ley N° 492 de 30 de diciembre de 1958 que regula el Sistema Nacional de Planificación, deberá organizarse en los correspondientes entes públicos a los cuales está destinada esta Instrucción, si todavía no lo ha sido, una Oficina Sectorial de Programación y Presupuesto, para facilitar la incorporación decidida de los mismos, al sistema de Planificación del desarrollo económico y social del país y su participación en la elaboración y ejecución del Plan de la Nación.

8. El segundo objetivo del análisis de la distribución de funciones entre las diversas unidades del organismo administrativo y entre los diversos organismos del sector, deberá ser la determinación de su conveniencia desde el punto de vista organizativo. A través de este análisis se detectarán diversas fallas, propias de un crecimiento desordenado, y se propondrán al Consejo de Ministros, previo estudio por la Comisión de Administración Pública, las diversas medidas de Reforma Estructural, que se estimen necesarias y entre ellas las siguientes:

A) En primer lugar, debido a la excesiva ampliación de las funciones de cada Ministerio, y a la proliferación de unidades operativas y administrativas (oficinas y direcciones) en los mismos, y en vista de la necesaria reorientación que tendrá el Consejo de Ministros como máximo organismo de la Administración Pública Nacional, podrá preverse la creación en cada Ministerio y proponerse así a dicho Consejo, de un cargo inmediato al Ministro, denominado Viceministro, y que tendrá por función brindarle a aquel soporte permanente y, además, asistirlo en las funciones de dirección, coordinación y control de las actividades del Ministerio que corresponden a dicho funcionario; asesorarlo en la formulación de la política y programas de acción del Ministerio; representarlo en los diversos órganos colegiados de los cuales forme parte; suplir las faltas accidentales del Ministro, cuando así lo disponga el Presidente de la República; y, en general, cumplir todas aquellas funciones que el Ministro le delegue.

B) En segundo lugar, el análisis de la estructura y de las funciones de cada organismo al cual está destinada esta instrucción, deberá tener por objeto la determinación de los diversos supuestos de duplicidad, superposición y dispersión de funciones entre las diversas dependencias del ente público respectivo e inclusive del sector, con la precisión de los consiguientes problemas de falta de coordinación, de interferencia de funciones y de dilución de responsabilidades.

Para obviar estos inconvenientes, deberán proponerse medidas tendientes a lograr una integración de funciones de manera de evitar la excesiva creación de unidades organizativas y la duplicidad de funciones; y, en particular, deberán proponerse reformas tendientes a precisar con exactitud las esferas de competencia de los diversos órganos, así como a eliminar o fusionar determinadas unidades organizativas, cuando sea necesario. En muchos casos, será imprescindible proponer la reconcentración de funciones dispersas entre distintas dependencias del organismo respectivo e inclusive del sector, tratando siempre de evitar la agrupación incoherente de las mismas. Asimismo, deberán proponerse los mecanismos de coordinación de actividades, cuando no sea posible su agrupación.

C) El crecimiento desordenado y cada vez más amplio de las funciones ministeriales ha provocado en los diversos Ministerios una excesiva multiplicación de Oficinas, Direcciones y dependencias diversas, en sentido horizontal, lo que dificulta el ejercicio de la función de dirección, coordinación y control que corresponde realizar al respectivo Ministro. Para obviar estos inconvenientes, en las propuestas de reforma estructural que se formulen, deberán fijarse criterios racionales para agrupar diversas unidades y direcciones, buscándose la formación de una estructura piramidal con el objeto de reducir el ámbito de control inmediato de los Ministros, de elevar el nivel de los funcionarios adscritos directamente a los mismos, y facilitar el proceso de delegación de atribuciones que consecuentemente deberá realizarse. En esta forma, y cuando lo exija la naturaleza específica de cada Ministerio, podrán reconcentrarse bajo la dirección y coordinación de diversas Direcciones Generales, según sus competencias, las diversas Direcciones, y en su caso, oficinas y dependencias que se establezcan o que existan en los Ministerios. En estos casos, las diversas Direcciones Generales tendrán por función general brindar continuidad y asegurar la orientación técnica en la prestación de los servicios y en la ejecución de los programas del Ministerio, y además, entre otras, atender bajo la dirección de los Ministros y Viceministros, en su caso, a

la prestación de los servicios y a la ejecución de los programas adoptados por las Direcciones y dependencias a su cargo; velar por el eficiente desempeño de las funciones técnicas y administrativas de las direcciones y dependencias a su cargo, y coordinar y dirigir sus actividades; tener la representación del Ministro cuando éste lo determine, en actos o asuntos de carácter técnico o administrativo; y, en general, ejercer las diversas atribuciones que le delegue. Criterios similares, en cuanto sean aplicables, se adoptarán en la Reforma Estructural de los Institutos Autónomos.

D) En vista de lo anteriormente señalado, el orden jerárquico descendente, que deberá proponerse en los proyectos de Reforma Estructural de cada Ministerio salvo casos especiales y siempre que las exigencias administrativas, así lo demuestren, debe ser el siguiente: Ministro y Viceministro, Direcciones Generales, Direcciones, Divisiones, Secciones y Departamentos; orden jerárquico que en todo caso, se guardará que no obstruya ni retarde la toma de decisiones y las necesarias comunicaciones entre las diversas dependencias, a través del obligado empleo de mecanismos de delegación de atribuciones.

E) Por otra parte, deberán constatarse los supuestos de indiferenciación entre las funciones asesoras y de ejecución, y precisarse en las propuestas de Reforma Estructural, la ubicación, denominación y atribuciones de las primeras. La terminología uniforme que deberá utilizarse es la siguiente cuando se trate de unidades asesoras o auxiliares: Consejo, para los organismos colegiados, destinados a la orientación general del Ministerio, que incluyan personas ajenas a su planta; Comité para los organismos colegiados internos, de cierta permanencia, ya sea asesores o coordinadores; Comisión, para los organismos colegiados que se convoquen para asuntos especiales; y Oficinas, para las unidades asesoras o auxiliares permanentes.

En todo caso, en la constitución de los Consejos, Comités y Comisiones deberán evitarse los inconvenientes que generalmente acosan a dichos órganos colegiados, entre los cuales se destacan, el hecho de que sus deliberaciones se realizan sobre aspectos muy generales que con frecuencia no se concretan en acuerdos; la lentitud en la toma de decisiones o en la formulación de recomendaciones; la integración sin una evaluación previa precisa de lo que puede aportar cada miembro y del tiempo muchas veces valioso que debe dedicarle; la ausencia de mecanismos para evaluar el rendimiento de los mismos. Para evitar estos inconvenientes, deberán seguirse en la constitución de los órganos colegiados, los siguientes criterios:

la creación de los mismos con funciones lo más específicas posibles e *integrarlos en razón de los aportes reales que sus miembros puedan darles; el establecimiento de mecanismos para controlar su funcionamiento, las reuniones, la asistencia y las actas, y en fin, la fijación, de ser posible, de un límite de tiempo para la consideración de los diversos asuntos.*

En cuanto a las Oficinas asesoras o auxiliares en cada Ministerio e Instituto Autónomo, deberá organizarse cuando sea necesario, la Consultoría Jurídica, la Oficina Sectorial de Programación y Presupuesto, la Oficina de Información, la Oficina de Personal, y las demás que tengan a su cargo servicios auxiliares o asesores.

F) Particularmente, todos los entes públicos a los cuales se destina esta Instrucción, deberán constituir la respectiva Oficina Coordinadora de la Reforma Administrativa, conforme a las previsiones del Decreto N° 141 de 17 de septiembre de 1969, la cual podrá estar a cargo de la respectiva Oficina de Programación y Presupuesto. Las referidas Oficinas Coordinadoras de la Reforma Administrativa deberán tener todo el respaldo necesario de los directivos del organismo, y deberán ser dotadas del personal calificado mediante la afectación de sus servicios a las actividades de la misma por el tiempo que sea necesario. Todos los funcionarios de nivel directivo, deberán brindarle a las Oficinas todo el respaldo necesario, mediante la racional evaluación de su trabajo en todos sus niveles y la colaboración de todo el personal público en sus labores y asumir la responsabilidad de llevar a la práctica y supervisar la implantación de las recomendaciones aprobadas. Asimismo, en todo caso, deberá considerarse a las Oficinas Coordinadoras de la Reforma Administrativa, como dependencias exclusivamente asesoras y en ningún caso ejecutivas, por lo que las decisiones en la materia deberán ser tomadas por los niveles ejecutivos.

9. En tercer lugar, el diagnóstico de las funciones de cada organismo con vistas a la Reforma Estructural, además del ángulo de la planificación y del organizativo, requiere una tercera perspectiva, que es la perspectiva jurídica. A través de la misma, imprescindible para lograr la reordenación de cada sector, deberá realizarse el estudio, a la luz del ordenamiento jurídico vigente, de aquellas funciones previstas en las leyes que no se cumplen, o que se cumplen parcial o deficientemente, y de aquellas que se realizan aún sin previsión legal o reglamentaria alguna o con deficiencias en su fundamentación jurídica. En base a ello, se deberá determinar y proponer al Consejo de Ministros las modificaciones legales o reglamentarias necesarias, como parte de la reordenación estructural del

organismo. En este sentido, toda propuesta de Reforma Estructural a nivel de Ministerios e Institutos Autónomos que se someta al Consejo de Ministros, oída previamente la Comisión de Administración Pública, deberá ir acompañada de un Proyecto de Decreto Orgánico del respectivo organismo administrativo, así como de los diversos proyectos legislativos y reglamentarios necesarios para ejecutar la Reforma.

10. En las propuestas de Reforma Estructural deberán ejecutarse particularmente, en cada Ministerio e Instituto Autónomo, las previsiones del Decreto N° 72 de 11 de junio de 1969, que dispone la ordenación de las actividades de la Administración Pública Nacional en ocho Regiones Administrativas, con vistas a la adaptación del organismo respectivo al proceso de regionalización del desarrollo económico y social. En la desconcentración administrativa que se proponga de cada Ministerio e Instituto Autónomo a nivel de cada una de las ocho Regiones Administrativas del país, deberá tenerse en cuenta que los organismos regionales deberán ser los agentes del desarrollo de la respectiva región y, por tanto, deberán estar estrechamente coordinados con todos los organismos nacionales establecidos en la región correspondiente, así como con las administraciones estatales y municipales respectivas y, en particular, con la oficina de Coordinación y Planificación de la Región.

Conforme al indicado Decreto N° 72, en todos los Ministerios e Institutos Autónomos, como consecuencia, deberán estudiarse y resolverse en forma especial, y proponerse al Consejo de Ministros oída previamente la Oficina Central de Coordinación y Planificación y la Comisión de Administración Pública, en los casos en que no estén ya establecidas y resueltos, los siguientes puntos: Los mecanismos para la adaptación de las actuales zonas administrativas a las ocho Regiones Administrativas, y la creación de los órganos que sean necesarios; la determinación de los asuntos que deben ser delegados a nivel regional, y los alcances de dicha delegación; las modificaciones de las estructuras y procedimientos administrativos del órgano respectivo, derivados de la organización de las ocho Regiones Administrativas previstas en el mencionado Decreto N° 72 de 11 de junio de 1969.

11. Por último y dentro de los Proyectos de Reforma Estructural que se propongan, deberán precisarse detalladamente los mecanismos de coordinación, supervisión y control que el respectivo Ministerio ejercerá sobre los Institutos Autónomos que le estén adscritos, conforme a las previsiones del Reglamento sobre Coordinación, Administración y Control de

los Institutos Autónomos de la Administración Pública Nacional dictado por Decreto N° 280 de 8 de abril de 1970.

En tal sentido, deberá tenerse en cuenta que los Institutos Autónomos están sometidos a la supervisión y control permanente de los respectivos Ministerios de Adscripción, y deberán ceñirse en su actuación, a las directrices, políticas y decisiones que adopten dichos Ministerios en el respectivo sector. Asimismo, todos los Institutos Autónomos deberán contribuir al desarrollo nacional, conformando sus actividades al Plan de la Nación en la forma que se establece en el referido Reglamento sobre Coordinación, Administración y Control de los Institutos Autónomos de la Administración Pública Nacional.

### III. LA REFORMA FUNCIONAL

12. La reestructuración de los diversos organismos de la Administración Pública Nacional, por sí sola, no dará lugar a una definitiva adaptación de la Administración Pública a las necesidades del desarrollo económico y social y a lograr una mayor eficacia y rendimiento administrativo, si no está acompañada de una reforma que incida sobre el funcionamiento de la Administración Pública.

Esta Reforma Funcional, por tanto, no sólo tiene relación íntima y estrecha con las medidas de reasignación racional de funciones a los órganos reestructurados a que se ha hecho referencia en el capítulo anterior, sino que incide fundamentalmente sobre los aspectos técnicos propios del organismo respectivo y sobre los sistemas, métodos y procedimientos empleados para el logro de sus cometidos.

En efecto, como primer paso en el proceso de Reforma Funcional, los diversos organismos administrativos a los cuales está dirigida esta Instrucción, deberán realizar un diagnóstico de la actual situación de los diversos procesos técnicos operativos de línea que le competen, y proponer las medidas de Reforma que estimen convenientes, ya que son esos los que inciden fundamentalmente sobre el funcionamiento de los organismos administrativos.

Por otra parte, el proceso de Reforma Funcional debe implicar la realización de un gran esfuerzo para lograr el perfeccionamiento y tecnificación de los diversos sistemas, métodos y procedimientos empleados en la Administración Pública, para hacerlos más idóneos y eficientes y, eventualmente, incorporar a los mismos los adelantos de la tecnología y meca-

nización. De ahí que como parte de la Reforma Micro-Administrativa que deben realizar los Ministerios y demás organismos de la Administración Central, los Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos y las Empresas del Estado, con el asesoramiento de la Comisión de Administración Pública, dichos organismos deben adelantar una Reforma Funcional cuidando que la misma respete los patrones de uniformidad que se establezcan por el Ejecutivo Nacional a proposición de la referida Comisión de Administración Pública.

13. La Reforma Funcional debe incidir, en primer lugar, sobre el Sistema de Planificación del desarrollo económico y social, y sobre el Sistema de Presupuesto. Ciertamente, que a raíz de la creación de la Oficina Central de Coordinación y Planificación por Decreto N° 492 de 30 de diciembre de 1959, y como consecuencia de la utilización del presupuesto por programas, la idea de la planificación y del presupuesto-programa ha cobrado un notable auge a nivel gubernamental. Sin embargo, aún continúan existiendo una serie de lagunas y deficiencias en la aplicación práctica de los criterios técnicos que en dichos campos se han formulado. Podría afirmarse inclusive que actualmente no existe un sistema de planificación armoniosamente estructurado, que comprenda, con claridad, las relaciones entre las diferentes dependencias públicas involucradas en el Sistema. Asimismo, actualmente, existen grandes fallas y deficiencias en el proceso de ejecución de las metas establecidas y en su evaluación posterior y, por lo general, las actividades de los organismos públicos no obedecen a una labor racional de planificación que encuadre las actividades dentro de un orden de prioridades. Iguales deficiencias y fallas pueden observarse, por otra parte, en el Sistema Presupuestario.

En tal virtud, con el asesoramiento de la Oficina Central de Coordinación y Planificación, de la Comisión de Administración Pública y de la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda, además de organizarse cuando sea necesario, en los Ministerios, Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos y Empresas del Estado, una Oficina sectorial de Programación y Presupuesto, deberá realizarse un diagnóstico de la programación de actividades en el organismo, y proponerse medidas de Reforma que busquen los siguientes objetivos: a) que toda la actividad institucional esté enmarcada dentro de un plan previamente elaborado, discutido y aprobado; b) que en todo momento se trate de dar cumplimiento a lo planificado; c) que en los planes se establezcan, hasta donde sea posible, metas muy bien definidas y cuantificables y los recursos a uti-



lizar; y d) que se mantengan controles eficientes y mecanismos de evaluación de las metas y de los gastos de la institución. En este sentido deberá tenerse siempre en cuenta que la práctica de programar, en definitiva, debe ser parte integrante de cualquier actividad pública a desarrollarse.

Por otra parte, deberán asimismo proponerse medidas de Reforma que surjan de la evaluación de los siguientes aspectos: a) los procedimientos generales de formulación, evaluación y control del presupuesto; b) los métodos de cálculo de las diferentes partidas presupuestarias; c) la vinculación y coordinación entre el sistema presupuestario y el de programación del organismo, y su relación con el proceso general de planificación del desarrollo económico y social del país; y d) la confiabilidad y oportunidad en el suministro de la información financiera.

Por otra parte, dentro del diagnóstico que deberá realizarse en cada organismo respecto de las labores de programación que se desarrollan, deberán analizarse los mecanismos de coordinación, evaluación y control de actividades.

En efecto, y en razón de que el crecimiento de la Administración Pública Venezolana se realizó sin obedecer a un plan, tanto en su sector centralizado como en su ámbito descentralizado, en dicho diagnóstico se constatarán innumerables problemas de falta o deficiencias de coordinación y control de actividades, que será imprescindible corregir. En tal virtud, en las propuestas de Reforma Funcional que se formulen, sin perjuicio de las que se establezcan con el asesoramiento de la Comisión de Administración Pública cuando el ordenamiento jurídico vigente lo permita, deberán proponerse adecuados procedimientos de coordinación interna y externa del organismo, atendiendo principalmente, a la planificación sectorial del desarrollo económico y social. En particular deberán preverse mecanismos de permanente consulta y coordinación, tanto para la formulación de programas y políticas, como para su ejecución, tomándose muy en cuenta las actividades y políticas de los otros organismos integrados en el respectivo sector.

Por otra parte, es evidente que con mucha frecuencia las decisiones que se adoptan no producen el efecto deseado o la totalidad de los resultados programados debido, por una parte a la inexistencia de políticas básicas que sirvan de marco de referencia a las decisiones tomadas; y por la otra, a la carencia de mecanismos efectivos de evaluación y control de determinados factores que obstaculizan o impiden la ejecución de las de-

ciones. Por ello, en las propuestas de Reforma Funcional que se formulen, sin perjuicio de las que con el asesoramiento de la Comisión de Administración Pública se establezcan cuando lo permita el ordenamiento jurídico, deberán prever adecuados mecanismos de evaluación y control que partan entre otros, de los siguientes criterios: todas las acciones administrativas deben estar encuadradas dentro del marco de políticas previamente trazadas; debe tenerse presente que una efectiva coordinación de los asuntos públicos requiere de una permanente evaluación y control de la eficacia de las políticas formuladas y de las decisiones adoptadas; y la función de control debe entenderse como un medio para asegurar la consecución de objetivos y no como un fin en sí mismo.

14. La Reforma Funcional que debe realizarse en todos los organismos públicos, debe incidir también sobre los sistemas administrativos auxiliares.

A) En primer lugar, sobre el sistema estadístico. La información estadística debe comprender toda la información básica para la formulación de planes y programas y para la toma de decisiones. Sin una buena base informativa los niveles de decisión carecen de la visión real del conjunto de las operaciones. En la Administración Pública Nacional, las deficiencias más comunes en los sistemas estadísticos que deben detectarse y corregirse en las propuestas de reforma son, entre otras, la poca correspondencia entre el tipo de información suministrada y las necesidades de los usuarios internos y externos de la misma; el retardo en la producción de información; la deficiente calidad de los datos; la duplicidad de las fuentes y discrepancias entre ellas; y, en general, la carencia de un articulado y coherente sistema de producción de estadísticas.

En las propuestas de Reforma que se formulen respecto de los sistemas estadísticos, con el asesoramiento de la Oficina Central de Coordinación y Planificación, de la Comisión de Administración Pública y de la Dirección General de Estadísticas y Censos Nacionales deberán tenerse en cuenta los siguientes aspectos: a) la producción de estadísticas de un organismo debe ser analizada a la luz de la producción de las estadísticas nacionales, tratando siempre de evitar posibles duplicaciones; b) en el procesamiento deben utilizarse los medios más expeditos y eficientes; c) debe tenerse siempre muy en cuenta la calidad de información producida; y d) la información estadística debe siempre considerarse como requisito imprescindible para la adecuada toma de decisiones.

B) En segundo lugar, la Reforma Funcional relativa a los sistemas administrativos auxiliares debe incidir sobre las compras y suministros que se realizan en la Administración Pública Nacional. El sistema de compras y suministros de la Administración Pública Nacional en la actualidad sufre una serie de deficiencias que es necesario corregir, y entre otras se destacan las siguientes: a) la dispersión de la función de compras en las diferentes unidades operativas de los diversos organismos; b) la desvinculación entre el proceso de compras y el ritmo de ejecución de los programas del organismo; c) la carencia de personal con conocimientos de la materia; d) el uso de partidas presupuestarias para destinos diferentes a los presupuestados; e) las deficiencias en los controles, para erradicar y evitar las irregularidades administrativas; f) la falta de programación de las necesidades de suministros.

Para corregir las deficiencias en los sistemas de compras y suministros con el objeto de lograr un mayor rendimiento del gasto público y una efectiva reorientación del mismo, y conforme a las previsiones del Reglamento General de Compras y Suministros que se dictará próximamente, todos los Ministerios e Institutos Autónomos deberán adoptar para sus sistemas de compras y suministros, el sistema que proponga la Comisión de Administración Pública. Este sistema persigue los siguientes objetivos básicos: lograr una eficiente ejecución de los programas del organismo; buscar que las compras se realicen en función de necesidades reales, evitando sobreinversiones y agotamientos prematuros de partidas presupuestarias; garantizar la utilización de fondos para fines previstos en el presupuesto; asegurar la moralidad administrativa; reducir los precios de compra, limitar el papeleo y los trámites innecesarios; perfeccionar los registros contables y estadísticos; controlar los inventarios; normalizar y codificar los artículos y, en fin, mejorar la organización y asegurar el cumplimiento de las normas existentes.

C) En tercer lugar, la Reforma Funcional debe abarcar el sistema de contabilidad de los Ministerios e Institutos Autónomos. A tal efecto, en dichos organismos deberá realizarse un diagnóstico del actual sistema contable, y como consecuencia, proponerse las reformas que se juzguen convenientes con la precisión de los instrumentos legales y reglamentarios que deban reformarse para establecer trámites y controles más ágiles y efectivos. En particular deberán evaluarse y estudiarse las posibles demoras en la tramitación de órdenes de pago, y las dificultades de los respectivos Centros Electrónicos para suministrar la información requerida.

Las propuestas de Reforma que se presenten, deberán buscar entre otros objetivos, los siguientes: simplificar y facilitar las funciones contables; registrar ordenada y rápidamente las transacciones; establecer mecanismos de control interno; controlar las asignaciones presupuestarias y las diversas obligaciones o compromisos; producir las informaciones requeridas por los diversos organismos públicos ejecutivos, de control y de planificación, y en su caso de los administrados; facilitar los mecanismos de control *a priori* y *a posteriori*; y, en fin, asegurar la moralidad administrativa.

Cumpliendo tales objetivos, y una vez que se dicten por el Consejo de Ministros a proposición de la Comisión de Administración Pública, los diversos Ministerios deberán adoptar los sistemas de contabilidad gubernamental que se establezcan, así como los procedimientos uniformes que se aprueben entre otros fines, para la tramitación de órdenes de pago, la utilización de fondos de avance y de fondos rotatorios.

D) En cuarto lugar, la Reforma del funcionamiento de la Administración Pública, deberá incidir, en cada Ministerio y demás organismos de la Administración Central, en cada Instituto Autónomo, y demás establecimientos públicos y en cada Empresa del Estado, en el manejo de documentos y en el sistema de archivo, con el objeto de eliminar los trámites inútiles y molestos para los administrados y hacer más expedita la tramitación administrativa y el suministro de las informaciones requeridas. A tal efecto, con el asosaramiento de la Comisión de Administración Pública, y de acuerdo a las características propias de cada organismo, deberán adoptarse los diversos procedimientos de archivo y de manejo de documentos, definidos por la referida Comisión; asimismo deberán formularse propuestas de Reforma de las Leyes o Reglamentos que exijan o establezcan trámites y documentos para determinadas solicitudes y procedimientos que deban eliminarse o corregirse.

E) En quinto lugar, y como mecanismo auxiliar en los sistemas administrativos, deberán proponerse reformas en la utilización de equipos electrónicos de procesamiento de datos. En la actualidad, en la Administración Pública Nacional, se evidencian una serie de fallas en este campo debido a un crecimiento no planificado del sector computación a nivel nacional y, particularmente, las siguientes: una utilización irracional de los equipos instalados, existiendo en la actualidad una gran capacidad instalada de computación mal utilizada; inexistencia de controles de productividad y eficiencia de los equipos y del personal utilizado; desconocimiento por parte de muchos funcionarios públicos directivos de los fundamentos téc-

nicos de la computación y de sus alcances y limitaciones, y creencia equivocada de que el problema administrativo puede ser resuelto con la sola máquina, sin atender a la mejora de los sistemas y métodos a los cuales se destina.

Para obviar estos inconvenientes, todos los organismos a los cuales se destina esta Instrucción, con el asesoramiento de la Comisión de Administración Pública, deberán realizar un diagnóstico sobre la utilización por parte de sus diversos órganos de equipos electrónicos y de las aplicaciones a los cuales se destinan, y proponer las medidas de reforma tendientes a obtener un mayor rendimiento de dichos equipos. Todo ello, sin perjuicio de la realización por el Comité Consultivo de Computación de la Comisión de Administración Pública, de un diagnóstico macro-administrativo sobre la utilización de los equipos electrónicos en general, buscando obtener un mayor rendimiento de los equipos instalados y de las aplicaciones en las que están siendo utilizados, y en definitiva, lograr no sólo una reordenación del gasto público, sino también una mayor productividad del mismo; todo ello con vistas a proponer al Consejo de Ministros una política de contratación y utilización de equipos electrónicos de procesamiento de datos para toda la Administración Pública Nacional. En todo caso, hasta tanto esta política no haya sido implantada, todos los Ministerios, organismos de la Administración Central e Institutos Autónomos, deberán consultar previamente a la Comisión de Administración Pública sobre la adquisición o arrendamiento de equipos o la ampliación de los existentes, así como sobre la contratación de servicios de procesamiento electrónico de datos.

15. La Reforma del funcionamiento de la Administración Pública debe incluir también a los procedimientos, tramitaciones y recursos administrativos.

A) En efecto, en la Administración Pública generalmente se encuentra una reglamentación de trámites y procedimientos enmarañada y deficientemente organizada, así como una excesiva complejidad de los procedimientos lo que muchas veces priva a los ciudadanos de sus derechos, al no comprender el laberinto administrativo. En tal virtud, respecto a las tramitaciones y procedimientos administrativos en los cuales intervengan los administrados, deberán proponerse las reformas necesarias para lograr una simplificación de los mismos, de suerte que el ciudadano pueda ser atendido rápida y económicamente, sin tener que trasladarse siempre a la ca-

pital y esperar haciendo cola, ni verse obligado de ir de una oficina a otra, ni soportar costosas demoras.

En este sentido, debe aligerarse la formulación de propuestas de Reforma y ejecutarse de inmediato, particularmente en aquellos servicios que se prestan directamente al público y cuyas fallas afectan en forma evidente a la ciudadanía. Esta simplificación que debe buscarse establecer en los trámites y procedimientos, por otra parte, debe hacer que los reglamentos y normas sean inteligibles para los ciudadanos, en beneficio de quienes, en última instancia, han sido dictados.

B) En especial, en las reformas de los procedimientos que en cada Ministerio e Instituto Autónomo deberán proponerse, —y sin perjuicio de lo que se establezca en el Reglamento General de Procedimientos Administrativos a cuyas normas los diversos entes públicos deberán adaptar sus procedimientos especiales—, deberán garantizarse y consagrarse entre otros los siguientes derechos de los administrados: el derecho a ser tratado con justicia, imparcialidad y conforme a la razón en sus relaciones con la administración; el derecho a recurrir contra las decisiones administrativas, por la vía de reconsideración o por vía jerárquica, para protegerse contra el trato arbitrario, tendencioso o apartado del ordenamiento jurídico; el derecho de obtener oportuna respuesta de lo pedido o solicitado; el derecho de saber cuáles son sus prerrogativas y sus deberes, y en general, el derecho a que se le tenga informado de sus tramitaciones.

Asimismo, en los trámites y procedimientos deberá garantizarse, en cuanto sea posible, la necesaria motivación de las decisiones administrativas, la notificación o publicación de las mismas, el derecho de los particulares a ser oídos; y, en general, los mecanismos de garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos.

C) En este sentido, en todos los Ministerios e Institutos Autónomos, con el asesoramiento de la Oficina Central de Información y de la Comisión de Administración Pública, deberán reorganizarse las oficinas de Relaciones Públicas, y convertirlas en Oficinas de Información u organizarlas cuando aquellas no existan, las cuales tendrán a su cargo además de las relaciones públicas del organismo, particularmente la labor de información, orientación e informe a los particulares, sobre las actividades y funciones del organismo.

Particularmente, además, deberán proponerse medidas de Reforma tendientes a regular o institucionalizar las vías y mecanismos de formulación

de peticiones, quejas, sugerencias o reclamaciones por parte de los ciudadanos, en relación a los actos administrativos del organismo, o, en general, en relación a las actuaciones de la administración, con el objeto de hacer más efectivo el derecho de petición que consagra el artículo 67 de la Constitución.

16. Como parte de la Reforma Funcional cuyo estudio debe adelantarse en todos los Ministerios y demás organismos de la Administración Central, en los Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos, y en las Empresas del Estado, debe realizarse un análisis completo y exhaustivo sobre los diversos textos legales y reglamentarios que regulan el funcionamiento del organismo respectivo. En la actualidad, muchas veces no se tiene seguridad de la vigencia o no de un texto legal o reglamentario, o de un acto administrativo general, y nuestro ordenamiento jurídico está lleno de disposiciones formalmente vigentes pero privadas de eficacia por textos ulteriores o por falta de autoridades encargadas de aplicarlas. En tal virtud, en cada uno de los organismos a los cuales se destina esta Instrucción, deberá realizarse el estudio señalado sobre las normas jurídicas que regulan la actuación del organismo, con las correspondientes proposiciones de reformas sin perjuicio de que se realicen aquéllas que pueden ejecutarse por vía de Resolución Ministerial, y enviarse a la Comisión de Administración Pública.

17. Dentro de la Reforma Funcional, los Ministerios y demás organismos de la Administración Central, los Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos y las Empresas del Estado, deberán prestar particular atención a la reforma y agilización de los procesos de toma de decisiones, y en particular, a los mecanismos de delegación de atribuciones.

Los Ministerios, organismos de la Administración Central e Institutos Autónomos deberán precisar la posible existencia de una excesiva concentración de funciones en sus niveles superiores, lo que origina, no sólo una dilación o paralización de algunos procesos de decisión, sino que crea deficiencias en la capacidad de los funcionarios y unidades subalternas para asumir responsabilidades y recarga demasiado a las altas autoridades del organismo, sustrayéndolas de labores muchas veces más importantes para el mismo. Para obviar estos inconvenientes, deberá procederse en todos los Ministerios, organismos de la Administración Central, e Institutos Autónomos a iniciar un proceso de desconcentración administrativa a través de la delegación de atribuciones en la toma de decisiones, con la consiguiente precisión de responsabilidades. Este proceso de desconcentración

administrativa, por otra parte, no sólo debe llegar a niveles altos o de dirección del organismo respectivo en la Capital de la República, sino que inclusive debe llegar a los niveles regionales del mismo organismo en las Regiones Administrativas previstas en el Decreto N° 72 de 11 de junio de 1969, ya que la ausencia de delegación de atribuciones generalmente produce, además, una excesiva concentración de tramitaciones y decisiones sobre asuntos de importancia en determinadas áreas geográficas, dificultando así la prestación de servicios y marginando a regiones del país con urgencia de desarrollo.

El amplio proceso de delegación de atribuciones que debe iniciarse en los Ministerios se debe realizar conforme a las previsiones del Reglamento sobre Delegación de Firma de los Ministros del Ejecutivo Nacional dictado por Decreto N° 140 de 17 de septiembre de 1969. Las normas de dicho Decreto deben aplicarse, luego de la realización de un estudio sobre las necesidades de desconcentración administrativa y de desarrollo regional, siguiendo entre otros los siguientes criterios: concentrar en los niveles de jefatura la toma de decisiones básicas y la formulación de políticas que sirvan de marco de referencia a las actividades a ser desempeñadas por los diversos niveles administrativos, y conservar en ellas la supervisión y evaluación de actividades; reducir al mínimo el trabajo meramente operativo o rutinario en los niveles de jefatura importantes; establecer una clara definición de deberes y responsabilidades de los diferentes niveles de supervisión de manera de otorgar la necesaria autoridad, acorde siempre con la responsabilidad delegada. Por otra parte, en los supuestos de desconcentración administrativa hacia las regiones administrativas de la Administración Pública Nacional, deberá estudiarse detenidamente los alcances de las atribuciones que deben delegarse y desconcentrarse de la Capital, procurando mantener en ésta, principalmente las funciones normativas y de definición de políticas.

#### IV. LA REFORMA DE LA FUNCION PUBLICA

18. A partir del Decreto N° 394 de 14 de noviembre de 1960 por medio del cual se dictó el Reglamento de Administración de Personal para los servidores del Gobierno Nacional, se comenzaron a sentar las bases en la Administración Pública venezolana para la racionalización del sistema de Administración de Personal al servicio del Estado, que sirviera de fundamento para la estructuración de un estatuto de la Función Pública, habiéndose progresado notablemente en la materia durante los últimos diez



años, pero sin obtenerse los objetivos fundamentales de una reforma de la Función Pública.

Ahora bien, la necesidad de tal reforma cobra extraordinaria vigencia a raíz de la iniciación de las reformas estructural y funcional del sector público ya que las modificaciones estructurales se acompañan necesariamente de modificaciones relativas al personal involucrado en las mismas y los cambios funcionales sólo pueden ser logrados y mantenidos por un personal cuyo rendimiento y eficacia garanticen una correcta ejecución.

La reforma de la Función Pública debe orientarse básicamente a la eliminación de los vicios que aquejan tradicionalmente a los países en proceso de desarrollo en relación con la administración de sus servidores públicos, por constituir aquéllos el principal obstáculo para la formación de un cuerpo de funcionarios cuya naturaleza asegura la mayor productividad del gasto público.

En tal virtud, el tercer aspecto de la Reforma Administrativa que debe emprenderse en todos los Ministerios, organismos de la Administración Central, e Institutos Autónomos, conforme se establece en esta Instrucción, es la Reforma de la Función Pública, cuyo objetivo último es mejorar la adaptación de los funcionarios públicos a su trabajo, y lograr en el mismo un mayor rendimiento y eficacia.

El disponer de una Ley sobre Funcionarios Públicos que establezca una Carrera Administrativa técnicamente estructurada, es una necesidad inaplazable para la correcta gestión del sistema de Administración de Personal, por lo que se espera que las Cámaras Legislativas concluyan a la brevedad posible la discusión y posterior sanción del Proyecto que le fue presentado por la Comisión de Administración Pública. Mientras tanto, es necesario que cada organismo público desarrolle de inmediato una labor de evaluación de los métodos utilizados hasta el presente para la administración de su personal, a fin de establecer las causas que han impedido la correcta aplicación de los principios vigentes en esta materia y, determinando exactamente tales hechos, proponer y ejecutar las medidas tendientes a obtener la reforma de la Función Pública.

19. A tal efecto, y por constituir la base estructural de la cual debe partir cualquier reforma que afecte a los servidores del Estado, los Ministerios, organismos de la Administración Central e Institutos Autónomos deben acogerse, en forma rigurosa, al sistema de Clasificación de Cargos vigente en la Administración Pública Nacional, a través del cual puede

lograrse la uniformidad necesaria en la descripción, denominación y remuneración de los cargos; la selección y el mantenimiento de personal idóneo a través de exámenes competitivos acordes al cargo; la capacitación de acuerdo a las funciones del cargo y el régimen de ascensos, de los traslados y de las transferencias que permitan tanto la satisfacción de las necesidades del servicio como las individuales; y la eliminación del dominio de la actividad política, de la desigualdad y del favoritismo, de las retribuciones individuales. En tal virtud, y en los casos en que no lo estén, todos los Ministerios, organismos de la Administración Central e Institutos Autónomos deberán incorporarse al sistema de Clasificación de Cargos y escala de remuneraciones adoptadas por el Ejecutivo Nacional.

Por otra parte, en virtud de estarse revisando y actualizando por la Comisión de Administración Pública, tanto el Manual descriptivo de Clases de Cargo, como las escalas de remuneración, cada Ministerio, los organismos de la Administración Central y los Institutos Autónomos, con el asesoramiento de la referida Comisión, deberán realizar estudios tendientes a establecer si el sistema ha funcionado satisfactoriamente en el organismo, o si se ha adaptado solo parcialmente a las necesidades del mismo. Asimismo, deberán realizar un diagnóstico con el asesoramiento de la Comisión de Administración Pública tendientes a determinar cuáles son las deficiencias del sistema o de su administración y, en especial: a) las clases de cargo existentes en el organismo y no incluidas en el Manual Descriptivo de Clases de Cargo; b) la diferencia existente en cuanto a requisitos mínimos y tareas típicas, entre el Manual Descriptivo de Clases de Cargo y la realidad del organismo, estableciendo las recomendaciones al respecto; c) los problemas existentes en el organismo en relación al sistema de remuneración, teniendo en cuenta las clases de cargos del organismo y los niveles de sueldo que se pagan en casos análogos en el sector privado.

20. Por constituir uno de los aspectos claves en la Administración de Personal, el sistema de reclutamiento y selección de cargos debe merecer especial atención por parte de los organismos públicos en sus labores de reforma. El objetivo a lograr en este sentido, está constituido por la selección para ingresos, ascensos y capacitación en base a las condiciones individuales de nivel mental, aptitudes, conocimientos, rasgos de personalidad e intereses a través de instrumentos válidos y confiables.

Por ello, es conveniente insistir en que conforme lo establece el Artículo 122 de la Constitución, "los empleados públicos están al servicio

del Estado y no de parcialidad política alguna”, por lo que debe erradicarse definitivamente el vicio tradicional de considerar los empleos públicos como una forma de ayuda para el incompetente y el desempleado, y la influencia política o personal como requisito principal para un nombramiento.

Al efecto, los organismos públicos deben constituir, en sus respectivas oficinas de personal, la correspondiente Unidad de Reclutamiento y Selección, a fin de iniciar el cumplimiento de las siguientes labores:

a) En primer lugar, a definir el área a cubrir por el sistema. Para ello debe ante todo determinarse exactamente los cargos del organismo que serán cubiertos por el sistema.

De acuerdo al Artículo 8º del Decreto N° 394 de 14 de noviembre de 1960, deben ser seleccionados por concurso los aspirantes a desempeñar todos los cargos de empleados en la Administración Pública, con excepción de los Directores Generales, Directores, Consultores Jurídicos, Jefes de Personal, Secretarios Privados, empleados de confianza de las autoridades respectivas y aquellos funcionarios que, por decisión especial, pueda determinar el Presidente de la República. Es necesario, por lo tanto determinar exactamente en cada organismo cuáles son los cargos considerados de confianza y cuáles los Jefes de Personal que se exceptuarán del sistema. Además, debe determinarse de acuerdo con la Comisión de Administración Pública, cuáles de los cargos pueden ser provistos, de inmediato, mediante exámenes competitivos y cuáles requieren métodos de evaluación provisionales.

b) En segundo lugar, a organizar los servicios de reclutamiento y selección para el organismo, lo cual implica el mantenimiento del registro de elegibles, determinación de métodos de evaluación para cargos específicos del organismo y colaboración estrecha con la Comisión de Administración Pública en cuanto a la elaboración de los instrumentos necesarios y la validación y normalización de los existentes.

c) Por último, deben ser objeto de especial atención por parte de la Unidad de Reclutamiento y Selección, los aspectos sobre ascensos y promociones del personal, ya que los mismos contribuyen a satisfacer, tanto las aspiraciones personales como las de servicio. Los ascensos deben ser fruto del reconocimiento al mérito, comprobado mediante concurso conforme lo establece el Artículo 10º del Decreto N° 394 de fecha 14 de noviembre de 1960.

21. Por circular N° 1.330 de 7 de diciembre de 1965, se estableció un procedimiento uniforme para la tramitación de todos los movimientos de personal para todos los Ministerios, organismos de la Administración Central, Institutos Autónomos, y, en particular, de los movimientos de ingreso y de egreso y de los movimientos internos destinados a modificar la situación de los cargos y de los empleados. Dicho procedimiento, actualmente en vigencia y en aplicación en todos los Ministerios y en la mayoría de los Institutos Autónomos, deberá ser adoptado por aquellos Institutos Autónomos que aún no lo han incorporado a su sistema de Administración de Personal.

22. Como base para el establecimiento de la Carrera Administrativa en la Función Pública, y mientras la Ley respectiva no sea dictada por el Congreso Nacional, en todos los Ministerios, organismos de la Administración Central e Institutos Autónomos, deberá respetarse la estabilidad de los funcionarios y empleados públicos, conforme a lo previsto en el Artículo 15° del Decreto N° 394 de 14 de septiembre de 1960, cuando cumplan con lealtad, honestidad y eficiencia los deberes inherentes a sus cargos. En tal sentido, todos los movimientos de personal referentes a destituciones o separación del cargo, conforme se establece en la circular N° 1.330 de 7 de diciembre de 1965, deberán tener una justificación objetiva y documentada.

Por otra parte, de acuerdo a lo que prevee el Artículo 18° del Decreto N° 394 de 14 de noviembre de 1960, es responsabilidad de los Jefes o Directores solicitar a la Oficina de Personal del organismo respectivo la tramitación de la destitución de aquellos subalternos que hayan incurrido en alguna o algunas de las faltas señaladas en el Artículo 17° del mismo Decreto N° 394 y que ameriten su despido. De toda destitución deberá levantarse un expediente, en el cual, además de los cargos que motivan la solicitud de destitución, se incluirán los argumentos expuestos por el empleado en su descargo, quien en todo caso tiene el derecho de ser oído. La Comisión de Administración Pública no dará curso a ningún movimiento de destitución, sin que se acompañe al mismo copia del respectivo expediente.

Las destituciones y despidos deberán ser notificados personalmente a los funcionarios o empleados correspondientes, y en toda notificación se deberá indicar expresamente el derecho de los mismos de recurrir por vía jerárquica al Ministro, Presidente o Director del Instituto Autónomo res-

pectivo, quienes deberán procurar resolver el correspondiente recurso, en un lapso de treinta (30) días contados a partir de su interposición.

23. La disciplina en la Función Pública debe considerarse como esencial para una eficiente Administración Pública, siendo por otra parte, elemento fundamental en la organización de la Carrera Administrativa.

En tal sentido, los funcionarios o empleados públicos de los Ministerios, Organismos de la Administración Central, e Institutos Autónomos, deberán ser siempre sancionados cuando incurran en falta y de acuerdo con la gravedad de la misma, conforme a lo establecido en los Artículos 16º y 17º del Decreto N° 394 de 14 de noviembre de 1960. Los funcionarios supervisores son responsables de la iniciación de los procedimientos disciplinarios, en los casos en que proceda.

Por otra parte, y conforme a la indicada norma del Artículo 122 de la Constitución Nacional, los funcionarios o empleados públicos deberán mantener una absoluta imparcialidad política frente al Gobierno, y deberán colaborar siempre con el mismo, con el más alto espíritu de lealtad, como base para la estabilidad, y con miras de cumplir fielmente las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables. En todos los Ministerios e Institutos Autónomos se deberá exigir escrupulosamente la imparcialidad política de todos los servidores públicos, en el ejercicio de su cargo.

24. Como base para el establecimiento de la Carrera Administrativa, y con miras siempre a obtener el mejoramiento del servicio público, en todos los Ministerios, organismos de la Administración Central e Institutos Autónomos deberá realizarse una calificación y evaluación anual del modo como los funcionarios y empleados públicos desempeñan su cometido, conforme a las normas y procedimientos que establezca la Comisión de Administración Pública. Esta calificación o evaluación que podrá servir de punto de partida para el inicio del proceso de destituciones o para la determinación de los ascensos o promociones, o para la previsión de estímulos morales o materiales en la administración respectiva, deberá realizarse con la mayor objetividad e imparcialidad por los superiores inmediatos de los funcionarios o empleados públicos evaluados. Estos tendrán derecho a conocer la evaluación y a pedir su reconsideración cuando estimen que ésta no es correcta, conforme se establece en el Artículo 13 del Decreto N° 394 de 14 de noviembre de 1960.

25. Como requisito fundamental para el mejoramiento de la Administración Pública y en general para la realización de la Reforma Ad-

ministrativa, todos los Ministerios y demás organismos de la Administración Central, todos los Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos y todas las Empresas del Estado, deberán realizar un decidido esfuerzo por capacitar, adiestrar y perfeccionar a sus funcionarios o empleados públicos. En tal sentido, es función de todos los Directores, Jefes de División, Departamento o Sección promover el adiestramiento y capacitación de sus subalternos con el objeto de aumentar sus conocimientos y habilidades y lograr una positiva y constructiva actitud de los mismos en favor de la institución y de la labor que realizan. Además de ello, la realización de cursos de capacitación o perfeccionamiento por parte de los funcionarios o empleados públicos, será un elemento más en la determinación de los estímulos morales o materiales que el organismo respectivo debe concederles.

En este sentido, se debe iniciar el proceso de adiestramiento y sus actividades de desarrollo del funcionario público, desde el mismo momento en que éste hace su ingreso en la Administración y tal actividad se debe cumplir con un programa de orientación o introducción que le permita conocer qué le ofrece la organización en forma inmediata y cuáles son las responsabilidades que ésta le impone dentro de un cuadro de objetivos institucionales con los cuales debe identificarse.

De acuerdo a lo establecido en el Decreto N° 780 de 26 de junio de 1962, creador de la Escuela Nacional de Administración Pública, es responsabilidad de ésta el formar y adiestrar personal que requieran los servicios del Estado y colaborar además con los organismos públicos y privados en la enseñanza, investigación y difusión de las ciencias y técnicas referentes a la Administración Pública. En virtud de ello, como paso previo para la formulación de una política nacional de formación, capacitación y perfeccionamiento de los funcionarios o empleados públicos, corresponderá a la Escuela Nacional de Administración Pública: organizar y dirigir cursos nacionales de capacitación y perfeccionamiento en Administración Pública y técnicas administrativas; asesorar y coordinar con los diversos organismos de la Administración Pública, la realización de los programas de formación y capacitación de funcionarios o empleados que se formulen, tanto dentro como fuera de las dependencias; diseñar y asesorar en la elaboración de todos aquellos programas de capacitación de carácter especial, que se consideren necesarios dentro de las diversas dependencias de la Administración Pública; coordinar con los Ministerios y demás organismos de la Administración Central, con los Institutos Autónomos y de-

más establecimientos públicos y con las Empresas del Estado, los estudios dirigidos a la determinación de las necesidades de entrenamiento y perfeccionamiento en las diversas dependencias de la Administración Pública; adecuar los diversos programas de capacitación, tanto formativos como de entrenamiento, a las necesidades de la Reforma Administrativa; y en fin, la planificación de las actividades de formación y capacitación a nivel nacional, proveyendo así los recursos humanos debidamente preparados para la realización de la Reforma Administrativa.

Pero aparte de las responsabilidades de la Escuela Nacional de Administración Pública, lo que asimismo crea la obligación para todos los organismos a los cuales está destinada esta Instrucción, de utilizar los servicios que presta para la capacitación y perfeccionamiento de funcionarios o empleados de los mismos, todos los Ministerios e Institutos Autónomos deberán organizar sus respectivos programas de adiestramiento, de carácter específico, con el asesoramiento de la misma Escuela Nacional de Administración Pública. A tal efecto, en cada Ministerio e Instituto Autónomo, deberá organizarse una Unidad de Adiestramiento o Entrenamiento, dependiente de la Oficina de Personal correspondiente. Todas las unidades de entrenamiento o adiestramiento serán coordinadas por la Escuela Nacional de Administración Pública, y tendrán por misión fundamental el impartir el entrenamiento requerido por el personal al servicio del Estado, en sus propios lugares de trabajo. La finalidad de la organización de las diversas unidades de entrenamiento o adiestramiento es asegurar que haya una dependencia dentro de cada Ministerio e Instituto Autónomo que ejerza el control de la función de capacitación y entrenamiento de personal, asegurando al mismo tiempo la continuidad en el desarrollo del programa.

Por otra parte, también corresponderá a la Escuela Nacional de Administración Pública, la coordinación de las actividades de todas las Escuelas especializadas destinadas a los servidores públicos que existan en la actualidad en los Ministerios e Institutos Autónomos, con miras a integrarlas dentro de una política nacional de formación y perfeccionamiento de los funcionarios o empleados públicos. A tal efecto, todas las Escuelas referidas están obligadas a prestar atención prioritaria a las recomendaciones y convocatorias que les formule la Escuela Nacional de Administración Pública.

26. Como paso previo para la estructuración de un estatuto de la Función Pública, y debido a la enorme diversidad y dispersión de normas legales y reglamentarias referentes a los funcionarios o empleados públicos,

todos los Ministerios e Institutos Autónomos deberán realizar y remitir, a la Comisión de Administración Pública, un estudio exhaustivo y detallado sobre las normas legales y reglamentarias y sobre las diversas Resoluciones y actos administrativos del organismo, relativos a cualesquiera de los aspectos de la Función Pública o la Administración del Personal, propia del respectivo organismo y, en particular, relativos a ingreso, selección, reclutamiento, nombramiento, juramentación, estabilidad, ascenso, destitución, vacaciones, licencias, permisos, clasificación, remuneraciones, horario de trabajo, horas extras, disciplina, seguridad social, pensiones, jubilación, responsabilidades, derechos y deberes, capacitación, adiestramiento, evaluación y calificación, categorías y otras materias similares.

27. Por último, como parte de la Reforma de la Función Pública, en cada Ministerio e Instituto Autónomo deberá procederse a realizar una evaluación exhaustiva de las políticas existentes en el organismo en materia de Administración de Personal al servicio del mismo, y de la participación que en su formulación han tenido las respectivas unidades de personal. En cuanto a estas últimas, deberá analizarse la estructura y funcionamiento de las mismas, como parte del proceso de racionalización estructural y funcional que debe desarrollarse en cada organismo, y proponerse con el asesoramiento de la Comisión de Administración Pública, las medidas de reforma que se estimen convenientes en sus respectivas propuesta de Reforma Estructural. En todo caso, en las mismas deberá preverse la organización de la Oficina de Personal, como unidad auxiliar, con dependencia directa de funcionarios de muy alto nivel en los Ministerios e Institutos Autónomos.

28. Quedan en esta forma establecidos los lineamientos generales para la programación y realización de la Reforma Administrativa en la Administración Pública Nacional, que todos los Ministerios y demás organismos de la Administración Central, los Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos y las Empresas del Estado, con el asesoramiento de la Comisión de Administración Pública, deberán seguir y ejecutar precisa y exactamente en cuanto les sean aplicables, durante el curso del año 1970, y en los años sucesivos, observando los lapsos y fechas que se determinen por el Ejecutivo Nacional.

Es necesario advertir, en todo caso, que una de las metas fundamentales de la Reforma Administrativa es reducir las áreas de dispendio, con el propósito de liberar recursos susceptibles de invertirse en sectores de mayor productividad. Por ello, la reestructuración y reformas que se pro-



pongan deben buscar reducir o estabilizar el gasto corriente, y no deben traducirse en mayores costos de funcionamiento de la Administración Pública. De ahí que los objetivos de reorientación y racionalización del gasto público estén tan vinculados al proceso de Reforma Administrativa.

29. A todas las investigaciones, estudios, labores y actividades que cada organismo deberá realizar, conforme se ha determinado en esta Instrucción, deberá dársele carácter absolutamente prioritario, de manera que se cumpla en todos los órganos a los cuales está destinada esta Instrucción, con los lapsos y fechas que se establezcan para su ejecución.

Todos los funcionarios o empleados públicos, y en particular los Ministros, Directores Generales, Jefes de Oficina, de División, de Sección, de Departamento, y todos los Presidentes o Directores y altos funcionarios de los diversos organismos de la Administración Central, de los Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos y de las Empresas del Estado, conforme a lo establecido en el Artículo 13 del Decreto N° 141 de 17 de septiembre de 1969, son responsables de la promoción, desarrollo y ejecución de la Reforma Administrativa en las dependencias a su cargo y, a tal efecto, deberán prestar la mayor cooperación a la Comisión de Administración Pública y a las Oficinas Coordinadoras de la Reforma Administrativa del respectivo organismo, en sus labores específicas. En tal sentido, además, todos los funcionarios o empleados públicos y en particular los señalados, quedan responsabilizados de la exacta ejecución de la presente Instrucción.

Asimismo, todos los Ministerios deberán exigir el cumplimiento y ejecución de la presente Instrucción por los Institutos Autónomos y Empresas del Estado que les estén adscritos y, a través de los primeros, por las Empresas del Estado de las cuales los Institutos Autónomos sean accionistas mayoritarios.

30. Los organismos a los cuales va dirigida esta Instrucción, deberán prestar a la Comisión de Administración Pública aquellos funcionarios que sean necesarios, en opinión de ésta, para el desarrollo de los programas de Reforma Administrativa, previa solicitud formal al organismo afectado, de conformidad con lo establecido en el Artículo 9° del Decreto N° 103 de 23 de julio de 1969.

Por otra parte, todos los organismos a los cuales está dirigida esta Instrucción deberán remitir sin demora a la Comisión de Administración Pública, una copia de todos los estudios, informes y análisis que se hayan

efectuado hasta la fecha en el respectivo organismo, y deberán asimismo, informar a dicha Comisión y remitirle directamente copia de todos los informes, estudios, análisis y propuestas de reforma estructural, funcional o de la Función Pública que se elaboren en ejecución de la presente Instrucción; todo ello de conformidad con lo previsto en el Decreto N° 103 de 23 de julio de 1969 y con el Decreto N° 141 de 17 de septiembre de 1969.

Asimismo, toda modificación estructural de la Administración Pública Nacional que implique modificación, eliminación o creación de unidades administrativas, oficinas u órganos, deberán realizarse previo estudio del órgano interesado y de la Comisión de Administración Pública, con la aprobación del Consejo de Ministros.

Para la ejecución de las labores de Micro-análisis estructural y funcional, la Comisión de Administración Pública elaborará una metodología para ser utilizada por los organismos públicos, adaptándolas a las modalidades específicas de cada caso, y contando para su aplicación con la asesoría de la propia Comisión.

Para el mejor cumplimiento y ejecución de la presente Instrucción, la Comisión de Administración Pública queda facultada para dirigir circulares complementarias y aclaratorias a todos los organismos a los cuales está destinada.

Dada en Caracas, a los 13 días del mes de mayo de mil novecientos setenta. Año 161º de la Independencia y 112º de la Federación.

(L.S.)

*Rafael Caldera*

Anexo N° 1:

INSTITUCIONES PÚBLICAS NACIONALES A LAS CUALES ESTA  
DIRIGIDA LA INSTRUCCION PRESIDENCIAL QUE ESTABLECE LOS  
LINEAMIENTOS GENERALES DE LA REFORMA DE LA  
ADMINISTRACION PUBLICA NACIONAL

*I. Ministerios*

1. Relaciones Interiores
2. Relaciones Exteriores

3. Hacienda
4. Defensa
5. Fomento
6. Obras Públicas
7. Educación
8. Sanidad y Asistencia Social
9. Agricultura y Cría
10. Trabajo
11. Comunicaciones
12. Justicia
13. Minas e Hidrocarburos

## *II. Organismos de la Administración Central*

1. Secretaría General de la Presidencia de la República
2. Oficina Central de Coordinación y Planificación
3. Procuraduría General de la República.
4. Comisión de Administración Pública.
5. Oficina Central de Información.
6. Secretaría de Promoción Popular.
7. Comisionaduría de la Presidencia de la República para Denuncias, Quejas y Reclamos.
8. Consejo de Economía Nacional.
9. Consejo Nacional de Comercio Exterior.
10. Consejo Nacional de Fomento Pesquero.
11. Consejo Nacional de la Energía.
12. Consejo Nacional de Recursos Humanos.
13. Consejo Nacional de Universidades.
14. Consejo Técnico Nacional de Aeronáutica Civil.
15. Consejo Técnico Nacional de Telecomunicaciones.
16. Comisión del Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos.
17. Comisión Nacional de la Vivienda.
18. Comisión Nacional de Programación Juvenil.
19. Consejo de Bienestar Rural.
20. Consejo Nacional de Investigaciones Agrícolas.

## *III. Institutos Autónomos.*

1. Administración del Parque del Este.

2. Banco Agrícola y Pecuario.
3. Banco Industrial de Venezuela.
4. Banco Nacional de Ahorro y Préstamo.
5. Banco Obrero.
6. Caja de Previsión Social de los empleados del Ministerio de Comunicaciones.
7. Caja de Trabajo Penitenciario.
8. Círculo de las Fuerzas Armadas.
9. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas.
10. Consejo Venezolano del Niño.
11. Corporación del Desarrollo del Zulia.
12. Corporación de Los Andes.
13. Corporación Venezolana de Fomento.
14. Corporación Venezolana de Guayana.
15. Corporación Venezolana del Petróleo.
16. Fondo Nacional de Investigaciones Agropecuarias.
17. Instituto Agrario Nacional.
18. Instituto Autónomo Administración Ferrocarriles del Estado.
19. Diques y Astilleros Nacionales.
20. Instituto Autónomo Hospital Universitario.
21. Instituto de Oficiales de las Fuerzas Armadas en situación de Disponibilidad y Retiro.
22. Instituto de Previsión y Asistencia Social para los empleados del Ministerio de Educación.
23. Instituto de Previsión Social de las Fuerzas Armadas.
24. Instituto Nacional de Canalizaciones.
25. Instituto Nacional de Cooperación Educativa.
26. Instituto Nacional de Cultura y Bellas Artes.
27. Instituto Nacional de Deportes.
28. Instituto Nacional de Hipódromos.
29. Instituto Nacional de Nutrición.
30. Instituto Nacional de Obras Sanitarias.
31. Instituto Nacional para Capacitación y Recreación de los Trabajadores.
32. Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas.
33. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales.
34. Instituto Venezolano de Petroquímica.
35. Línea Aeropostal Venezolana.
36. Patronato Nacional de Ancianos e Inválidos.

#### *IV. Otros Establecimientos Públicos.*

1. Universidad Central de Venezuela.
2. Universidad del Zulia.
3. Universidad de Los Andes.
4. Universidad de Carabobo.
5. Universidad de Oriente.
6. Universidad de la Región Centro-Occidental.
7. Universidad Simón Bolívar.
8. Instituto de Previsión Social de Abogado.
9. Banco Central de Venezuela.
10. Banco de Desarrollo Agropecuario.
11. Banco de los Trabajadores.
12. Fundación para el Desarrollo de la Comunidad y Fomento Municipal.
13. Fundación para el Desarrollo de la Región-Centro-Occidental.
14. Fundación Instituto Venezolano de Productividad.
15. Fundación para la Capacitación e Investigación Aplicada de la Reforma Agraria.
16. Fundación Fondo de Solidaridad Social.
17. Comisión Nacional de Financiamiento a la Pequeña y Mediana Industria.
18. Fondo de Desarrollo Frutícola.
19. Fondo Nacional del Café y del Cacao.

#### *V. Empresas del Estado.*

1. Almacenes y Depósitos Agropecuarios, C.A.
2. Aluminio del Caroní, S.A.
3. Banco Comercial de Maracaibo, C.A.
4. Banco de Fomento Comercial de Venezuela, C.A.
5. Banco de Fomento Regional Coro, C.A.
6. Banco de Fomento Regional de Los Andes, C.A.
7. Banco de Fomento Regional Guayana, C.A.
8. Banco de Fomento Regional Zulia, C.A.
9. Centro Simón Bolívar, C.A. y filiales.
10. Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico.
11. Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela.
12. Compañía Anónima Venezolana de Navegación.
13. Corporación Nacional de Hoteles y Turismo.

14. C.V.F. Centrales Azucareros.
15. C.V.G. Electrificación del Caroní.
16. C.V.G. Siderúrgica del Orinoco.
17. Minas de Carbón de Lobatera, C.A.
18. Minas de Oro del Callao, C.A.
19. Transportadora Marítima Venezolana, C.A.
20. Venezolana Internacional de Aviación, S.A.
21. Empresa Nacional de Salinas.

LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE VENEZUELA \*

CONGRESO NACIONAL  
EL CONGRESO  
DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA

*Decreta:*

la siguiente

*LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA*

TITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.—La presente Ley regula los derechos y deberes de los funcionarios públicos en sus relaciones con la Administración Pública Nacional mediante el establecimiento de un sistema de administración de personal que permita estructurar técnicamente y sobre la base de méritos, todas las normas y procedimientos relativos a las diversas situaciones jurídicas y administrativas de los funcionarios públicos, con exclusión de toda discriminación fundada en motivos de carácter político, social, religioso o de cualquiera otra índole.

Parágrafo único: A los efectos de la presente Ley las expresiones funcionario público, empleado público y servidor público tendrán un mismo y único significado.

Artículo 2. Los funcionarios públicos pueden ser de carrera o de libre nombramiento y remoción.

---

\* Publicada en la *Gaceta Oficial* N° 1428, extraordinaria, de 4 de septiembre de 1970.

Artículo 3. Los funcionarios de carrera son aquellos que, en virtud de nombramiento, han ingresado a la carrera administrativa conforme se determina en los artículos 33 y siguientes, y desempeñan servicios de carácter permanente.

Artículo 4. Se consideran funcionarios de libre nombramiento y remoción, los siguientes:

- 1º Los Ministros del Despacho, el Secretario General de la Presidencia de la República, el Jefe de la Oficina Central de Coordinación y Planificación, los Comisionados Presidenciales, los demás funcionarios de similar jerarquía designados por el Presidente de la República y los Gobernadores de los Territorios Federales.
- 2º Las máximas autoridades directivas y administrativas de los organismos autónomos de la Administración Pública Nacional, los Directores Generales, los Directores, Consultores Jurídicos y demás funcionarios de similar jerarquía al servicio de la Presidencia de la República, de los Ministerios o de los organismos autónomos y de las Gobernaciones de los Territorios Federales.
- 3º Los demás funcionarios públicos que ocupen cargos de alto nivel o de confianza en la Administración Pública Nacional y que por la índole de sus funciones, el Presidente de la República, mediante Decreto, excluya de la carrera administrativa, previa aprobación por el Consejo de Ministros.

Artículo 5. Quedan exceptuados de la aplicación de la presente Ley:

- 1º Los funcionarios al servicio del Poder Legislativo Nacional;
- 2º Los funcionarios del servicio exterior amparados por la Ley de Personal del Servicio Exterior y la Ley Orgánica del Servicio Consular;
- 3º Los funcionarios del Poder Judicial, del Ministerio Público y del Consejo Supremo Electoral;
- 4º Los miembros de las Fuerzas Armadas Nacionales en su condición de tales y de los cuerpos de seguridad del Estado;
- 5º Los miembros del personal directivo, académico, docente y de investigación de las Universidades Nacionales, y
- 6º Los obreros al servicio de la Administración Pública Nacional, contratados por ésta en tal carácter, de acuerdo a la Ley del Trabajo.



## TITULO II

### DE LA GESTION DE LA FUNCION PUBLICA

#### CAPITULO I

##### DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 6. La competencia en todo lo relativo a la función pública y a la administración de personal en la Administración Pública Nacional se ejercerá por:

- 1º El Presidente de la República.
- 2º Los Ministros del Despacho; y
- 3º Las máximas autoridades directivas y administrativas de los organismos autónomos de la Administración Pública Nacional.

Artículo 7. Las decisiones emanadas por cualesquiera de los órganos a que se refiere el artículo anterior, en la esfera de sus respectivas competencias, agotan la vía jerárquica.

#### CAPITULO II

##### DE LA OFICINA CENTRAL DE PERSONAL

Artículo 8. Se crea la Oficina Central de Personal dependiente del Presidente de la República y a cargo de un Director Ejecutivo, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República. Esta Oficina Central de Personal tendrá también un Directorio integrado por el Director Ejecutivo, quien lo presidirá; un Director y su suplente, elegidos por las Cámaras Legislativas Nacionales en sesión conjunta; un Director y su suplente escogidos por el Presidente de la República de una terna que le presentará la Confederación de Trabajadores de Venezuela o, en su defecto, la Central Sindical Nacional que afilie a la mayoría de los trabajadores organizados del país, en consulta con la Unión Nacional de Empleados Públicos o, en su defecto, con la organización sindical que agrupe a la mayoría de los empleados públicos.

Parágrafo primero: El miembro elegido por el Congreso y el representante de los empleados públicos durarán dos años en el ejercicio de sus

funciones y la forma de su remuneración será establecida en el Reglamento de esta Ley.

Parágrafo segundo: Los miembros del Directorio y los suplentes serán juramentados por el Presidente de la República.

Artículo 9. Los miembros del Directorio de la Oficina Central de Personal y sus suplentes, deberán reunir los siguientes requisitos:

- 1º Poseer la capacidad necesaria en administración de personal;
- 2º No tener antecedentes delictivos;
- 3º No tener vínculos de parentesco con el Presidente de la República hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Artículo 10. Es de la competencia de la Oficina Central de Personal:

- 1º Elaborar y organizar el sistema de administración de personal y supervisar su aplicación y desarrollo. A tal fin elaborará normas y procedimientos relativos a clasificación de cargos, remuneración, reclutamiento, selección y empleo, adiestramiento, becas, viáticos, calificación y evaluación de servicios, ascensos, traslados, licencias, permisos, régimen de sanciones, registros de personal y de elegibles, así como cualesquiera otros planes, normas y procedimientos inherentes al sistema;
- 2º Vigilar el cumplimiento de la presente Ley y de su Reglamento, así como de las normas y procedimientos indicados en el numeral anterior, y evaluar permanentemente los resultados de su aplicación;
- 3º Prestar asesoría y asistencia técnica a todos los organismos a cuyos funcionarios se aplica la presente Ley, en la organización del sistema de administración de personal, así como a los otros poderes públicos, cuando le sea solicitada;
- 4º Evacuar las consultas que le formulen los diversos organismos públicos en relación con la administración de personal y la aplicación de la presente Ley y sus Reglamentos;
- 5º Llevar y mantener al día el censo nacional de funcionarios públicos, conforme a las normas que se determinen en los Reglamentos;
- 6º Solicitar de todos los organismos de la Administración Pública Nacional las informaciones que en materia de administración de personal, pueda necesitar para el cabal desempeño de sus atribuciones;

- 7º Vigilar porque la creación de los cargos de carrera responda a necesidades reales de los servicios, a cuyo fin deberá establecer los mecanismos de coordinación necesarios con las correspondientes oficinas de organización;
- 8º Participar, conjuntamente con los órganos a quienes compete, en la preparación de las normas destinadas a regir la administración de personal en los organismos nacionales cuyo personal no esté sujeto a la presente Ley;
- 9º Convocar y reunir, conforme a instrucciones del Presidente de la República, a los jefes de las Oficinas de Personal, a fin de considerar las cuestiones relacionadas con la administración de personal en sus respectivas dependencias, y formular, las observaciones que estime pertinentes;
- 10º Presentar al Presidente de la República, un informe anual contentivo de las actividades desarrolladas por la misma;
- 11º Preparar, con el asesoramiento de su Directorio, los proyectos de reglamentos de la presente Ley;
- 12º Prestar al Directorio las facilidades necesarias para el cabal cumplimiento de sus funciones;
- 13º Crear, dirigir y coordinar el sistema nacional de adiestramiento de funcionarios públicos;
- 14º Las demás que le señalen esta Ley y su Reglamento y las que otras leyes puedan atribuirle.

Artículo 11. Corresponde al Directorio de la Oficina Central de Personal:

- 1º Asesorar a la Oficina Central de Personal en la elaboración de los proyectos de reglamentos de la presente Ley;
- 2º Asesorar y cooperar con el Director Ejecutivo para estimular el interés de las organizaciones públicas, profesionales y de funcionarios en el mejoramiento del sistema de administración de personal.
- 3º Solicitar del Director Ejecutivo la realización de las investigaciones que el Directorio considere necesarias, relativas a la administración de personal en las dependencias cuyos funcionarios estén sujetos a la presente Ley. Los miembros del Directorio podrán participar personalmente, de oficio, en las mencionadas investigaciones;

4º Los demás que se establezcan en los reglamentos de esta Ley.

Parágrafo primero: El Directorio se reunirá ordinaria y periódicamente en la forma que determine el Reglamento, y extraordinariamente cada vez que lo convoque el Director Ejecutivo por propia iniciativa o a solicitud de cualquiera de sus miembros.

Parágrafo segundo: Las funciones del Director Ejecutivo serán establecidas en el Reglamento de la presente Ley.

### CAPITULO III

#### DE LAS OFICINAS DE PERSONAL

Artículo 12. En los organismos cuyos funcionarios estén sujetos a la presente Ley, la administración de personal la ejercerá la máxima autoridad administrativa del mismo, por órgano de una Oficina de Personal, la cual estará a cargo de un funcionario de carrera.

Artículo 13. Las Oficinas de Personal de los organismos cuyos funcionarios estén sometidos a la presente Ley, tendrán las siguientes atribuciones y deberes:

- 1º Dirigir en el seno del organismo respectivo la aplicación y mejora de las normas y de los procedimientos que en materia de administración de personal señale la presente Ley y sus Reglamentos;
- 2º Realizar los cursos de adiestramiento a que se refiere el artículo 47 de la presente Ley;
- 3º Realizar en el organismo respectivo, los exámenes que se requieran para la incorporación a la carrera administrativa o para ascender dentro de la misma, en la forma que se determine en el Reglamento;
- 4º Proponer ante la máxima autoridad administrativa del organismo respectivo, los nombramientos de ingreso o de ascenso, retiros y demás movimientos de personal;
- 5º Cuidar de que se elaboren debidamente los expedientes en caso de hechos que dieren lugar a la aplicación de las sanciones previstas en esta Ley;
- 6º Enviar periódicamente a la Oficina Central de Personal una relación detallada de los movimientos de personal, así como todas las

informaciones que ésta les solicite en materia de administración de personal en el organismo respectivo.

- 7º Prestar a las Juntas de Avenimiento las facilidades que éstas requieran para el cabal cumplimiento de sus funciones;
- 8º Actuar como órgano regular entre el organismo respectivo y la Oficina Central de Personal;
- 9º Los demás que se establezcan en la presente Ley y en su Reglamento.

## CAPITULO IV

### DE LAS JUNTAS DE AVENIMIENTO

Artículo 14. En cada organismo a cuyos funcionarios se aplique la presente Ley existirá una Junta de Avenimiento integrada por dos miembros designados así: un representante de la máxima autoridad administrativa del organismo; y un representante de los empleados a su servicio, postulado por la organización gremial que agrupe en su seno a la mayoría de ellos. El Jefe de la respectiva Oficina de Personal, actuará como Coordinador de la Junta.

Artículo 15. Las Juntas de Avenimiento serán instancias de conciliación ante las cuales podrá dirigirse, mediante escrito, cualquier funcionario cuando crea lesionado los derechos que le otorga esta Ley.

**Parágrafo único:** Los funcionarios públicos no podrán intentar válidamente ninguna acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa sin haber efectuado previamente la gestión conciliatoria ante la Junta de Avenimiento.

Artículo 16. La Junta de Avenimiento estará obligada a cumplir su cometido en cada caso dentro del lapso de diez (10) días hábiles, contados a partir de la fecha de introducida la solicitud de conciliación.

*El resultado será comunicado de inmediato al reclamante.*

De las actuaciones de esta Junta se levantará acta y se formará expediente. El solicitante tendrá derecho a obtener copia de las actas o de todo el expediente.

La Junta se reunirá por lo menos una vez a la semana, cuando haya materia sobre la cual conocer.

TITULO III  
DE LOS DERECHOS, DEBERES E INCOMPATIBILIDADES  
DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

CAPITULO I  
DE LOS DERECHOS

Artículo 17. Los funcionarios de carrera gozarán de estabilidad en el desempeño de sus cargos. En consecuencia, sólo podrán ser retirados del servicio por los motivos contemplados en la presente Ley.

Artículo 18. Todo empleado público, sea o no de carrera, tiene el derecho al incorporarse al cargo a ser informado por su superior inmediato acerca de los fines, organización y funcionamiento de la unidad administrativa correspondiente y, en especial, de su dependencia jerárquica y de las atribuciones, deberes y responsabilidades que le incumben.

Artículo 19. Cumplidos los requisitos que la presente Ley establece, los funcionarios de carrera tendrán derecho al ascenso. Los ascensos se otorgarán por riguroso orden de méritos de acuerdo con la calificación obtenida en las pruebas correspondientes. En la selección para ascensos se considerarán como parte integrante del examen la evaluación de la eficiencia del funcionario, así como la realización de los cursos de capacitación o adiestramiento que establezcan los Reglamentos.

Parágrafo único. La provisión de cargos vacantes de carrera se realizará atendiendo al siguiente orden de prioridades:

1. Con candidatos del registro de elegibles para ascensos del organismo respectivo;
2. Con candidatos del registro de elegibles para ascensos de la Administración Pública Nacional;
3. Con candidatos del registro de elegibles para ingresos.

Artículo 20. Los funcionarios sujetos a la presente Ley tendrán derecho a disfrutar de una vacación anual de quince (15) días hábiles con pago de dieciocho (18) días de sueldo durante el primer quinquenio de servicios; de dieciocho (18) días hábiles con pago de veintiún (21) días de sueldo durante el segundo quinquenio de servicios; de veintiún (21) días hábiles con pago de veinticinco (25) días de sueldo durante el ter-

cer quinquenio; y de veinticinco (25) días hábiles con pago de treinta (30) días de sueldo, a partir del 16º año de servicios.

Artículo 21. Los empleados que hayan prestado a la Administración Pública un mínimo de tres (3) meses de servicio dentro del ejercicio fiscal correspondiente, tendrán derecho a una bonificación de fin de año de conformidad con la siguiente escala:

Más de tres (3) y hasta seis (6) meses: cinco (5) días de sueldo.

Más de seis (6) y hasta nueve (9) meses: diez (10) días de sueldo.

Más de nueve (9) meses: quince (15) días de sueldo.

Artículo 22. Los funcionarios públicos tendrán derecho a obtener el beneficio de la jubilación por límite de edad y años de servicios, de conformidad con la Ley.

Artículo 23. Los funcionarios públicos sujetos a la presente Ley podrán organizarse sindicalmente para la defensa y protección de los derechos que esta Ley y su Reglamento les confiere.

Parágrafo único. En cada organismo de la Administración Pública Nacional a cuyos funcionarios se aplique la presente Ley dos directivos sindicales de los empleados públicos al servicio del mismo, tendrán derecho a que se les otorgue permiso remunerado para el cumplimiento de sus funciones de dirigentes, de conformidad con el Reglamento.

Artículo 24. Todo empleado público tendrá derecho a percibir las remuneraciones correspondientes al cargo que desempeñe, de conformidad con el sistema de remuneraciones a que se refieren los artículos 41 y siguientes de esta Ley.

Artículo 25. En los Reglamentos de la presente Ley se definirá el régimen de los permisos remunerados y no remunerados, y de las licencias, con o sin goce de sueldo, que puedan concederse a los funcionarios públicos, tanto a los de carrera como a los de libre nombramiento y remoción.

Artículo 26. Los funcionarios de carrera tendrán derecho a percibir como indemnización al ser retirados de la misma, conforme lo previsto en el ordinal 2º del artículo 52, las prestaciones sociales que contempla la Ley del Trabajo, o las que puedan corresponderle según la Ley respectiva, si esta última le fuere más favorable.

Parágrafo único. La presente Ley deja a salvo los beneficios que en la Administración Pública Nacional correspondan por Ley a sus funciona-

rios. En todo caso el empleado sólo podrá percibir el beneficio que más le favorezca.

## CAPITULO II

### DE LOS DEBERES

Artículo 27. Sin perjuicio de los deberes que impongan las leyes y reglamentos especiales, los funcionarios públicos están obligados a:

1. Prestar sus servicios personalmente con la eficiencia requerida para el cumplimiento de las tareas que tengan encomendadas, conforme a las modalidades que determinen los reglamentos;
2. Acatar las órdenes e instrucciones emanadas de los superiores jerárquicos que dirijan o supervisen la actividad del servicio correspondiente, de conformidad con las especificaciones del cargo que desempeñen;
3. Guardar en todo momento una conducta decorosa y observar en sus relaciones con sus subordinados y con el público, toda la consideración y cortesía debidas;
4. Guardar la reserva y secreto que requieran los asuntos relacionados con su trabajo;
5. Vigilar, conservar y salvaguardar los documentos, bienes, e intereses de la administración confiados a su guarda, uso o administración;
6. Atender regularmente las actividades de adiestramiento y perfeccionamiento destinados a mejorar su capacitación;
7. Poner en conocimiento de sus superiores las iniciativas que estimen útiles para la conservación del patrimonio nacional o el mejoramiento de los servicios;
8. En general, cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los reglamentos y los diversos actos administrativos que deban ejecutar.

Artículo 28. Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes y reglamentos especiales, se prohíbe a los funcionarios públicos:

1. Celebrar contratos por sí, por personas interpuestas o en representación de otro, con la República, los Estados, los Municipios



- y demás personas jurídicas de derecho público, salvo las excepciones que establezcan las leyes;
2. Realizar propaganda o coacción política con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones, así como en dicha oportunidad ostentar distintivos que los acrediten como miembros de un partido político;
  3. Auspiciar gestiones de personas públicas o jurídicas que pretendan celebrar contratos con la República o que soliciten o explosten concesiones administrativas, o que sean proveedoras o contratistas de la misma; y
  4. Aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros sin que preceda la correspondiente autorización del Senado.

Artículo 29. Los funcionarios públicos deberán inhibirse del conocimiento de los asuntos en los cuales personalmente, o a través de terceros, tuvieren interés directo, o bien existiere éste por parte de su cónyuge o de sus familiares, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

### CAPITULO III

#### DE LAS INCOMPATIBILIDADES

Artículo 30. El ejercicio de un destino público remunerado es incompatible con el desempeño de cualquier cargo, profesión o actividades que menoscabe el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario.

El ejercicio de los cargos académicos, accidentales, asistenciales, docentes, edilicios, o electorales declarado por la Ley compatible con el ejercicio de un destino público remunerado, se hará sin menoscabo del cumplimiento de los deberes inherentes a éste, en conformidad con lo que establezca el Reglamento de esta Ley.

Artículo 31. La aceptación de nuevo destino incompatible con el que se ejerza implica la renuncia del anterior, salvo las excepciones contempladas en la Ley.

Parágrafo único: La renuncia efectuada conforme a este artículo no presume la renuncia a la carrera administrativa.

Artículo 32. Son incompatibles el goce simultáneo de dos o más pensiones o el disfrute de una pensión simultáneamente con un sueldo o remuneración proveniente del ejercicio de un cargo público. Se exceptúan de esta disposición los cargos académicos, asistenciales o docentes y cualquier otro que sin menoscabo de la función pública, determine el Ejecutivo Nacional en el Reglamento de la presente Ley. También se exceptúan las pensiones de disponibilidad o de retiro acordadas a los miembros de las Fuerzas Armadas Nacionales hasta tanto el Ejecutivo Nacional dicte un Reglamento que establezca un sistema escalonado de excepciones.

#### TITULO IV

#### DEL SISTEMA DE ADMINISTRACION DE PERSONAL

#### CAPITULO I

#### DEL INGRESO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL

##### *Sección Primera*

##### *Disposiciones generales*

Artículo 33. Para ingresar a la Administración Pública Nacional, es necesario reunir los siguientes requisitos:

1. Ser venezolano.
2. Tener buena conducta.
3. Llenar los requisitos mínimos correspondientes al cargo respectivo.
4. No estar sujeto a interdicción civil, y
5. Las demás que establezcan la Constitución y las Leyes.

##### *Sección Segunda*

##### *Del ingreso a la Carrera Administrativa*

Artículo 34. La selección para el ingreso a la carrera administrativa se efectuará mediante concursos a los cuales se dará la mayor publicidad posible. Tales concursos estarán abiertos a toda persona que reúna los requisitos previstos en el artículo anterior y los que se establezcan en las

especificaciones del cargo correspondiente, sin discriminaciones de ninguna índole. La referida selección se efectuará mediante la evaluación de los aspectos que se relacionen directamente con el correspondiente desempeño de los cargos.

Los resultados de la evaluación se notificarán a los aspirantes dentro de un lapso no mayor de sesenta (60) días.

### *Sección Tercera*

#### *Del nombramiento*

Artículo 35. Los nombramientos de los funcionarios públicos de carrera o de libre nombramiento y remoción, se efectuarán por el Presidente de la República y los demás funcionarios a que se refiere el artículo 6º de la presente Ley.

Los funcionarios de carrera serán nombrados de entre los candidatos cuyos nombres figuren en el registro de elegibles. A este efecto, la Oficina Central de Personal, a petición del organismo interesado, hará la correspondiente certificación de candidatos elegibles, integrada por los tres nombres de las personas que ocupen los tres primeros lugares del registro, de conformidad con el Reglamento.

Parágrafo primero: La Oficina Central de Personal expedirá a los funcionarios de carrera nombrados de conformidad con este artículo para el ejercicio de funciones públicas, un certificado que acredite tal carácter.

Parágrafo segundo: Cuando formulada la solicitud no existieren candidatos elegibles debidamente registrados, se podrá nombrar a una persona no inscrita en el registro, pero en el nombramiento se hará constar su carácter provisional. Este nombramiento deberá ser ratificado o revocado en un plazo no mayor de seis (6) meses, previo el examen correspondiente. Si el examen practicado no fuere satisfactorio el cargo será provisto mediante terna suministrada por la Oficina Central de Personal.

Parágrafo tercero: En casos de extrema urgencia y para evitar interrupciones o deficiencias en la marcha de los servicios públicos, la vacante podrá ser cubierta interinamente por un plazo no mayor de treinta (30) días, mientras se realiza la tramitación correspondiente ante la Oficina Central de Personal.

Artículo 36. Las personas que ingresen a la carrera administrativa quedan sujetas a un período de prueba cuya duración y modalidades fijará el Reglamento, teniendo en cuenta las características del cargo.

Parágrafo único: El Reglamento podrá fijar igualmente períodos de prueba al inicio del ejercicio de determinados cargos así como las condiciones del rechazo, cuando fuere el caso.

#### *Sección Cuarta*

#### *Del juramento*

Artículo 37. Ningún funcionario público podrá tomar posesión de su cargo ni entrar en ejercicio de sus funciones, sin antes prestar juramento de sostener y defender la Constitución y las leyes de la República, y de cumplir exactamente los deberes inherentes a su cargo.

Artículo 38. Los funcionarios públicos sujetos a la presente Ley prestarán juramento ante el funcionario que haya hecho el nombramiento o ante el que éste delegue. La delegación a que se refiere este artículo podrá ser general para ciertas clases de cargos o particular para determinados cargos.

## CAPITULO II

### DEL SISTEMA DE CLASIFICACIÓN DE CARGOS

Artículo 39. El sistema de clasificación de cargos comprende el agrupamiento de estos en clases definidas. Cada clase deberá ser descrita mediante una especificación oficial que incluirá lo siguiente:

1. Denominación de la clase a la que se le asignará también un código para su mejor identificación;
2. Descripción de las atribuciones y deberes inherentes a la clase de cargo;
3. Los requisitos mínimos exigidos para desempeñar el cargo;
4. Cualesquiera otros que determine el Reglamento respectivo.

Parágrafo único: Las denominaciones de clases de cargos, así como su ordenación, y la indicación de aquellos que sean de carrera, serán aprobados por el Presidente de la República mediante Decreto. Las denomi-

naciones aprobadas serán de uso obligatorio en la Ley de Presupuesto y en los demás actos y documentos oficiales, sin perjuicio del uso de la terminología que se adopte para designar en la respectiva jerarquía los cargos de jefatura o de carácter supervisorio.

Artículo 40. Los organismos de la Administración Pública Nacional cuyos funcionarios estén sujetos a la presente Ley, pueden proponer a la Oficina Central de Personal los cambios o modificaciones que estimen conveniente introducir en el sistema de clasificación de cargos. La Oficina Central de Personal deberá comunicar su decisión, en el plazo que se fije en los reglamentos de la presente Ley.

### CAPITULO III

#### DEL SISTEMA DE REMUNERACIONES

Artículo 41. El sistema de remuneraciones comprende los sueldos, compensaciones, viáticos, asignaciones y cualesquiera otras prestaciones pecuniarias o de otra índole que reciban los funcionarios públicos por sus servicios. En dicho sistema se establecerán escalas generales de sueldo, divididas en grados, con montos mínimos, intermedios y máximos. Cada cargo deberá ser asignado al grado correspondiente, según el sistema de clasificación, y remunerado con una de las tarifas previstas en la escala.

Artículo 42. El sistema de remuneraciones que deberá aprobar mediante Decreto el Presidente de la República, establecerá además las normas para la fijación, administración y pago de sueldos iniciales; aumentos por servicio eficiente y antigüedad dentro de la escala; y normas para ascender, trabajo a tiempo parcial, eventual, sobretiempo, viáticos y otros beneficios y asignaciones que por razones del servicio deban otorgarse a los empleados. El sistema comprenderá también normas relativas al pago, de acuerdo con horarios de trabajo, días feriados, vacaciones, licencias con o sin sueldo en casos de enfermedad, y otras actividades necesarias para el servicio.

Artículo 43. Las escalas del sistema de remuneración podrán ser rebajadas, provisionalmente, cuando circunstancias especiales de carácter económico o financiero así lo exijan; y previa autorización del Congreso de la República, o de su Comisión Delegada, pero deberán ser restituidas a las escalas anteriores tan pronto cesen tales circunstancias.

## CAPITULO IV

### DE LA CALIFICACIÓN DE SERVICIOS

Artículo 44. El sistema de calificación de los servicios comprende el conjunto de normas y procedimientos tendientes a evaluar y calificar la eficiencia y conducta de los funcionarios públicos, y se regirá por lo establecido en los reglamentos de la presente Ley.

Artículo 45. La evaluación de los servicios de los empleados, inclusive los sometidos al período de prueba se hará una vez al año, por lo menos, y se les notificará el resultado de tal evaluación.

La evaluación y calificación resultantes de los servicios se tendrán en cuenta para tomar decisiones en materia de ascensos, aumentos de sueldos y licencias.

## CAPITULO V

### DEL SISTEMA DE ADIESTRAMIENTO

Artículo 46. El sistema de adiestramiento de personal dirigido al mejoramiento técnico profesional, moral y cultural de los funcionarios, se realizará por la Oficina Central de Personal y las Oficinas de Personal, conforme a lo establecido en los artículos 10 y 13 de la presente Ley.

Para el cumplimiento de lo anteriormente establecido en relación a la formación de los funcionarios públicos, la Oficina Central de Personal programará y dictará cursos permanentes u ocasionales, tomando en cuenta los adelantos de la ciencia administrativa y su procedencia y necesidad de aplicación a la Administración del Estado.

Artículo 47. Las Oficinas de Personal pueden proponer a la Oficina Central de Personal los programas o cursos de adiestramiento que el organismo respectivo considere conveniente realizar, con vista de los servicios y funciones que le son propios. La Oficina Central cuidará de que exista la debida coordinación entre estos programas o cursos especiales y los generales que ella elabore.

Artículo 48. De conformidad con las disposiciones del Reglamento y las instrucciones de la Oficina Central de Personal, se emitirán certificados de adiestramiento a los funcionarios que reciban y aprueben los cur-

sos. Los derechos que confieran los certificados los determinará el Reglamento.

## CAPITULO VI

### DE LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

Artículo 49. Se considera en servicio activo a los funcionarios de carrera que desempeñan el cargo correspondiente en el organismo a que pertenezcan o bien que se les haya conferido una comisión de servicio de carácter temporal en otro cargo de su propio organismo o de otro organismo de la Administración Pública Nacional.

El disfrute de permisos o licencias, otorgadas de conformidad con el Reglamento respectivo no altera la situación de servicio activo.

Parágrafo único: Los funcionarios que estén en situación de servicio activo tienen todos los derechos, prerrogativas, deberes y responsabilidades inherentes a su condición.

Artículo 50. Gozarán de permiso especial en los términos que señale el Reglamento de esta Ley, los funcionarios de carrera que hayan sido elegidos para cargos de representación popular o designados para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción. El tiempo transcurrido en este cargo se computará a efectos de la antigüedad en el servicio.

Cuando ingrese a la carrera quien haya estado con anterioridad al servicio de un organismo público, el tiempo transcurrido en los cargos anteriores, será considerado a los efectos de la antigüedad en el servicio.

Artículo 51. Por razones del servicio, los funcionarios de carrera podrán ser trasladados dentro de la misma localidad de un cargo a otro de la misma clase, siempre que no se disminuya su sueldo básico y los complementos que puedan corresponderle. Cuando se trate de traslado de una localidad a otra, este deberá realizarse de mutuo acuerdo con las excepciones que por necesidades del servicio determine el Reglamento. Todo traslado deberá ser participado a la Oficina Central de Personal.

## CAPITULO VII

### DEL RETIRO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL

Artículo 52. El retiro de la administración pública procederá en los siguientes casos:

1. Por renuncia escrita del funcionario debidamente aceptada;
2. Por reducción de personal, aprobada en Consejo de Ministros, debida a limitaciones financieras, reajustes presupuestarios, modificación de los servicios, o cambios en la organización administrativa;
3. Por invalidez y por jubilación de conformidad con la Ley;
4. Por estar incurso en causal de destitución.

Parágrafo primero: Cuando el funcionario retirado por invalidez se rehabilite en un lapso no mayor de un año, tendrá derecho a ser incorporado en el registro de elegibles en orden cronológico de la rehabilitación y con procedencia sobre los aspirantes incorporados al registro mediante concurso.

Parágrafo segundo: Los cargos que quedaren vacantes conforme al ordinal 2º de este artículo no podrán ser provistos durante el resto del ejercicio fiscal. Las vacantes producidas deberán ser notificadas de inmediato al Congreso Nacional por el Contralor General de la República.

Artículo 53. La reducción de personal prevista en el ordinal 2º del artículo anterior dará lugar a la disponibilidad hasta por el término de un mes, durante el cual el funcionario tendrá derecho a percibir su sueldo personal y los complementos que le correspondan. Mientras dure la situación de disponibilidad la Oficina de Personal del organismo respectivo o la Oficina Central de Personal tomará las medidas tendientes a la reubicación del funcionario en un cargo de carrera para el cual reúna los requisitos previstos en esta Ley y sus Reglamentos.

Parágrafo primero: Si vencida la disponibilidad a que se refiere este artículo no hubiese sido posible reubicar al funcionario este será retirado del servicio con el pago de las prestaciones sociales contempladas en el artículo 26 de esta Ley e incorporado al registro de elegibles para cargos cuyos requisitos reúna.

## TITULO V

### DE LAS RESPONSABILIDADES Y DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Artículo 54. Los funcionarios públicos responden penal, civil, administrativa y disciplinariamente por los delitos, faltas, hechos ilícitos e irregularidades administrativas cometidas en el ejercicio de sus funciones. Es-



ta responsabilidad no excluye la que pudiere corresponderles por efecto de leyes especiales o de su condición de ciudadanos.

Artículo 55. Corresponde al Ministerio Público intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones. Sin embargo, ello no menoscaba el ejercicio de los derechos y acciones que correspondan a los particulares o a otros funcionarios, de conformidad con las leyes.

Artículo 56. Para el mejor cumplimiento de la función constitucional del Ministerio Público, las máximas autoridades de los diversos organismos de la administración pública, están en la obligación de suministrarle toda la información y documentación que el Fiscal General de la República les solicitare.

Artículo 57. Independientemente de las sanciones prevista en otras leyes, aplicables a los funcionarios públicos en razón del desempeño de sus cargos o por el ejercicio de sus funciones, estos quedan sujetos a las siguientes sanciones disciplinarias:

1. Amonestación verbal;
2. Amonestación escrita;
3. Suspensión del cargo, con o sin goce de sueldo;
4. Destitución.

Artículo 58. Son causales de amonestación verbal las siguientes:

1. Negligencia en el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo;
2. Falta de atención debida al público;
3. Incumplimiento del horario de trabajo;
4. Conducta descuidada en el manejo de los expedientes y documentos, así como del material y útiles de oficina;
5. Cualesquiera otras faltas que no ameriten, conforme a esta Ley, una sanción mayor.

Parágrafo único: La amonestación verbal la hará privadamente el funcionario del cual depende directamente el empleado y deberá ser comunicada por escrito a la Oficina de Personal respectiva, con copia al funcionario amonestado.

Artículo 59. Son causales de amonestación por escrito las siguientes:

1. Haber sido objeto de tres amonestaciones verbales en un año;
2. Falta de consideración y respeto debidos a los superiores, subalternos o compañeros, debidamente comprobado;
3. Perjuicio material causado por negligencia manifiesta a los bienes de la República, siempre que la gravedad del perjuicio no amerite su destitución;
4. Inasistencia injustificada al trabajo durante dos días hábiles en el término de seis (6) meses o de tres (3) en el término de un año;
5. Realizar campaña o propaganda de tipo político o proselitista en los lugares de trabajo, así como solicitar o recibir dinero u otros bienes para fines políticos en los mismos lugares de trabajo;
6. Recomendar a personas determinadas para ser nombradas o atendidas o para que obtengan ventajas o beneficios en la carrera administrativa.
7. Cualesquiera otras faltas o circunstancias que no estuvieren sancionadas con amonestación verbal, o con la suspensión sin goce de sueldo, o la destitución.

Parágrafo único: La amonestación escrita la hará el funcionario de mayor jerarquía dentro del servicio, sección o departamento al cual pertenezca el empleado. Dicho funcionario hará conocer la medida a la respectiva Oficina de Personal, por el órgano regular. La Oficina de Personal, a su vez, la hará del conocimiento de la Oficina Central de Personal.

Artículo 60. Cuando para realizar una investigación judicial o administrativa fuere conveniente, a los fines de la misma, suspender algún empleado del ejercicio de sus funciones, la suspensión será con goce de sueldo y durará el tiempo estrictamente necesario para practicar tal investigación.

Si contra el empleado se dictare auto de detención se le suspenderá del cargo sin goce de sueldo.

Artículo 61. Son causales de destitución:

1. Haber sido objeto de tres amonestaciones escritas en un año;
2. Falta de probidad, vías de hecho, injuria, insubordinación, conducta inmoral en el trabajo o acto lesivo al buen nombre o a los intereses del organismo respectivo o de la República;

3. Perjuicio material grave causado intencionalmente o por negligencia manifiesta al patrimonio de la República;
4. Abandono injustificado al trabajo durante tres días hábiles en el curso de un mes;
5. Condena penal que implique privación de libertad, o auto de culpabilidad administrativa de la Contraloría General de la República;
6. Solicitar y recibir dinero, o cualquier otro beneficio material valiéndose de su condición de funcionario público;
7. Revelación de asuntos reservados, confidenciales o secretos, de los cuales el empleado tenga conocimiento por su condición de funcionario;
8. Tener participación por sí o por interpuestas personas, en firmas o sociedades que tengan relaciones con la respectiva dependencia, cuando estas relaciones estén vinculadas directa o indirectamente con el cargo que se desempeña, salvo que el funcionario haya hecho conocer por escrito esta circunstancia para que se le releve del conocimiento o tramitación del asunto en cuestión;
9. El desacato a las prohibiciones previstas en los ordinales 1º, 3º y 4º del artículo 28 de esta Ley.

Parágrafo único: La destitución la hará el funcionario a quien corresponda hacer el nombramiento o por órgano del cual se hizo éste previo estudio del expediente elaborado por la respectiva oficina de personal y se le comunicará por oficio al interesado con indicación expresa de la causal o de las causales en que se apoye la medida. Toda destitución se hará del conocimiento inmediato de la Oficina Central de Personal.

Artículo 62. El Reglamento de esta Ley establecerá todo lo relativo al reingreso de los empleados a la carrera administrativa.

## TITULO VI

### DE LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

Artículo 63. Todos los actos administrativos dictados en ejecución de la presente Ley son recurribles por ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 206 de la Constitución Nacional.

Artículo 64. También podrá interponerse por ante la jurisdicción contencioso-administrativa, recurso de interpretación acerca de las dudas que surjan en cuanto a la aplicación e interpretación de la presente Ley y su Reglamento, sin que el ejercicio de este recurso pueda ser motivo para la paralización de ninguna medida que las autoridades competentes puedan ordenar o ejecutar en uso de sus atribuciones legales.

Artículo 65. Corresponderá a la Procuraduría General de la República representar y defender judicialmente los intereses y derechos de la República, en las controversias que se susciten entre éstas y los funcionarios públicos y aspirantes a ingresar en la carrera administrativa, conforme a las disposiciones de la presente Ley.

## TITULO VII

### DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo 66. Con el objeto de determinar si los funcionarios públicos que actualmente prestan sus servicios en la Administración Pública Nacional lo hacen en forma satisfactoria y si reúnen los requisitos mínimos previstos en el sistema de clasificación de cargos se practicarán a éstos los exámenes correspondientes.

A los funcionarios públicos que conforme a los exámenes realizados estén prestando servicio satisfactoriamente, reúnan los requisitos mínimos del cargo y los previstos en el artículo 33 de la presente Ley, y tengan más de un año en el desempeño del cargo, la Oficina Central de Personal les expedirá un certificado en el cual se les declarará funcionarios de carrera.

Parágrafo primero: El Reglamento establecerá los casos y modalidades en que los funcionarios públicos a que se refiere este artículo, previamente al examen aludido, participen en cursos de capacitación y adiestramiento relacionados con el cargo que desempeñan.

Parágrafo segundo: El otorgamiento del certificado a que se refiere este artículo, cuando se trate de funcionarios públicos que tengan un año o menos en el desempeño de un cargo, se regirá por lo dispuesto en el artículo 34 de la presente Ley.

Artículo 67. Si practicado el examen a que se refiere el artículo anterior, el empleado resultare reprobado, tendrá derecho a que se le practi-

que un nuevo examen, el cual deberá realizarse en un plazo no mayor de un año, ni menor de tres (3) meses. El funcionario podrá optar además a que se le traslade a otro cargo para el cual sí reúna los requisitos exigidos, en cuyo caso y previa aprobación de los exámenes correspondientes, se le declarará funcionario de carrera.

Artículo 68. Si practicado el nuevo examen a que se refiere el artículo anterior, el empleado resultare reprobado, éste será retirado de la función pública, pero tendrá derecho al pago de las prestaciones y a que se le incorpore en el registro de elegibles para cargos cuyos requisitos reúna de conformidad con esta Ley y su Reglamento.

Tal incorporación se hará siguiendo el orden cronológico de los exámenes presentados y con precedencia sobre los aspirantes incorporados al registro mediante concurso.

Parágrafo primero: Si el empleado tuviere cinco años o más al servicio de la Administración Pública tendrá derecho a que se le aplique nuevamente el procedimiento previsto en los dos artículos precedentes. Si aplicado el procedimiento por segunda vez, el funcionario fuese retirado, tendrá derecho al pago de las prestaciones y a que se le incorpore en el registro de elegibles para cargos cuyos requisitos reúna de conformidad con esta Ley y su Reglamento.

Tal incorporación se hará siguiendo el orden cronológico de los exámenes presentados y con precedencia sobre los aspirantes incorporados al registro mediante concurso.

Parágrafo segundo: Los empleados públicos con más de diez años de servicio, serán declarados funcionarios de carrera, siempre que llenen los requisitos establecidos en el artículo 33 de esta Ley pero estarán obligados a presentar los exámenes correspondientes a los efectos de su capacitación y de su correcta ubicación, sin que ésta pueda conllevar en ningún caso desmejoramiento de su remuneración.

Artículo 69. Las personas que habiendo prestado cinco años o más de servicio en cargos que, de conformidad con la presente Ley, sean de carrera, y que hubieren sido retirados de la Administración Pública durante los cinco años precedentes a la fecha de la promulgación de la presente Ley sin que mediaran las causales de destitución previstas en el artículo 61 de esta Ley, tendrán derecho a que se les incluya en el registro de ele-

gibles, para cargos cuyos requisitos reúnan de conformidad con esta Ley y su Reglamento.

Tal incorporación se hará siguiendo el orden cronológico de los exámenes presentados y con precedencia sobre los aspirantes incorporados al registro mediante concurso.

Artículo 70. Hasta tanto se dicte la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa y se organicen los tribunales competentes, se crea el Tribunal de la Carrera Administrativa integrado por tres (3) miembros principales y tres (3) suplentes, quienes deberán ser abogados, durarán cinco (5) años en el ejercicio de sus funciones y serán designados conforme a las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En lo posible los miembros deberán poseer conocimientos y experiencia en administración de personal.

El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, queda facultado para crear tribunales de la carrera administrativa, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 71. El Tribunal de la Carrera Administrativa tendrá un Presidente elegido cada año de entre sus miembros.

Tendrá también un Secretario, un Alguacil y el personal de secretaría que fuere necesario.

Corresponde al Presidente presidir y representar al Tribunal de la Carrera Administrativa.

Artículo 72. Son atribuciones y deberes del Tribunal:

- 1º Conocer y decidir las reclamaciones que formulen los funcionarios o aspirantes a ingresar en la carrera administrativa, cuando consideren lesionados sus derechos por disposiciones o resoluciones de los organismos a cuyos funcionarios se aplique la presente Ley;
- 2º Ejecutar sus propias sentencias;
- 3º Presentar al Consejo de la Judicatura un informe anual, contentivo de una exposición detallada de las actividades del Tribunal;
- 4º Los demás que le señale la Ley.

Artículo 73. La querrela se iniciará mediante escrito que el interesado dirigirá al Tribunal de la Carrera Administrativa exponiendo las razones en que base su reclamo. El escrito puede ser consignado ante cualquier

Juez de la jurisdicción ordinaria, para su inmediata remisión al Tribunal de la Carrera Administrativa.

Artículo 74. El Tribunal de la Carrera Administrativa al recibir el escrito le dará curso mediante auto en el cual ordene dar aviso al acto; y envío de copia del mismo al Procurador General de la República, a quien conminará a dar contestación dentro de un término de quince (15) días continuos a contar de la fecha del auto de admisión. En el escrito de contestación si el Procurador General de la República no admitiere las pretensiones del querellante, opondrá todas las defensas que considere procedentes, sobre las cuales se pronunciará el Tribunal al decidir la querella.

Artículo 75. Si el Procurador General de la República no hubiere dado contestación, dentro del lapso señalado, la demanda se entenderá contradicha.

Artículo 76. Haya habido o no contestación del Procurador General de la República, se abrirá un lapso probatorio que será de cinco (5) audiencias para promover y de diez (10) para evacuar, más el término de distancia para las pruebas que hayan de evacuarse fuera de la sede del Tribunal, el cual se calculará a razón de un día por cada doscientos kilómetros o fracción, pero que no excederá de diez (10) días consecutivos.

Artículo 77. No habrá lugar a la apertura del lapso probatorio cuando el punto sobre el cual verse sus pretensiones el querellante fuere de mero derecho y así lo decida el Tribunal, o cuando las partes, de mutuo acuerdo, convengan en que se decida como tal o sólo con los instrumentos y pruebas que obren ya en autos; o con el expediente que hubiere levantado la autoridad administrativa correspondiente.

Parágrafo único. En cualquier estado de la causa, el Tribunal podrá ordenar a la autoridad administrativa correspondiente el envío del expediente respectivo dentro de un lapso que al efecto señalará.

Artículo 78. Vencido el lapso probatorio se fijará una de las tres (3) audiencias siguientes para el acto de informe.

Artículo 79. Dentro de los tres (3) días continuos siguientes al término fijado para la relación de la causa o de haberse cumplido el auto para mejor proveer, el ponente presentará al Tribunal el proyecto de sentencia. Si éste no fuere acogido por la mayoría, se nombrará nuevo ponente, quien presentará su proyecto de sentencia dentro de los trece (13) días continuos siguientes.

Artículo 80. El Tribunal decidirá dentro del plazo de tres (3) días de acogido el proyecto de sentencia.

Artículo 81. Toda acción con base a esta Ley, sólo podrá ser ejercida válidamente dentro de un término de seis (6) meses a contar del día en que se produjo el hecho que dio lugar a ella.

Artículo 82. El Tribunal decidirá dentro del plazo de tres (3) días hábiles, o de quince (15) días continuos en el caso de nombramiento de nuevo ponente.

## TITULO VIII

### DISPOSICIONES FINALES

Artículo 83. A la muerte del funcionario, las prestaciones sociales correspondientes, en el caso de que no procedan las indemnizaciones del seguro social obligatorio, se otorgarán de conformidad con lo establecido en la Ley del Trabajo.

Artículo 84. Sin perjuicio de los derechos que la presente Ley otorga a los empleados públicos, el Presidente de la República, mediante Decretos, aplicará en forma progresiva las disposiciones de la misma relativas a sistemas y procedimientos.

Artículo 85. A los efectos de la presente Ley, la Contraloría General de la República establecerá los procedimientos de control que se requieran en el área de su competencia.

Dada, firmada y sellada, en el Palacio Federal Legislativo, en Caracas, a los veinticinco días del mes de agosto de mil novecientos setenta. — Año 161º de la Independencia y 112º de la Federación.

El Presidente,

(L. S.)

El Vicepresidente,

Los Secretarios,

*Héctor Carpio Castillo.*

J. A. PÉREZ DÍAZ.

ANTONIO LÉIDENZ

*J. E. Rivera Oviedo.*



Palacio de Miraflores, en Caracas a los tres días del mes de setiembre de mil novecientos setenta. — Años 161º de la Independencia y 112º de la Federación.

(L.S.)

R. CALDERA

Refrendado.

El Ministro de Relaciones Interiores,  
(L. S.)

LORENZO FERNÁNDEZ.

Refrendado.

El Ministro de Relaciones Exteriores,  
(L. S.)

ARÍSTIDES CALVANI.

Refrendado.

El Ministro de Hacienda,  
(L. S.)

PEDRO R. TINOCO, HIJO.

Refrendado.

El Ministro de la Defensa,  
(L. S.)

MARTÍN GARCÍA VILLASMIL.

Refrendado.

El Ministro de Fomento,  
(L. S.)

HAYDÉE CASTILLO DE LÓPEZ.

Refrendado.

El Ministro de Obras Públicas,  
(L. S.)

JOSÉ CURIEL RODRÍGUEZ.

Refrendado.

El Ministro de Educación,  
(L. S.)

HÉCTOR HERNÁNDEZ CARABAÑO.

Refrendado.

El Ministro de Sanidad y Asistencia Social,  
(L. S.)

J. J. MAYZ LYON.

- Refrendado.  
El Ministro de Agricultura y Cría,  
(L. S.)  
JESÚS LÓPEZ LUQUE.
- Refrendado.  
El Ministro del Trabajo,  
(L. S.)  
NECTARIO ANDRADE LABARCA.
- Refrendado.  
El Ministro de Comunicaciones,  
(L. S.)  
RAMÓN J. VELÁSQUEZ.
- Refrendado.  
El Ministro de Justicia,  
(L. S.)  
ORLANDO TOVAR.
- Refrendado.  
El Ministro de Minas e Hidrocarburos,  
(L. S.)  
HUGO PÉREZ LA SALVIA.
- Refrendado.  
El Ministro de Estado,  
(L. S.)  
ALFREDO RODRÍGUEZ AMENGUAL.

## CUARTA PARTE

# BIBLIOGRAFIA LATINOAMERICANA ANOTADA \*

- \* Este *Archivo* publicará una resección detallada de toda obra latinoamericana de ciencias administrativas y derecho público de la cual se le envíen tres ejemplares. Igualmente dará noticia de toda obra latinoamericana de la cual se le envíe un ejemplar. Dichas obras deben dirigirse a los directores del Archivo, a la siguiente dirección: Instituto de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas - Venezuela.



LEON CORTIÑAS-PELAEZ

(DIRECCION, INTRODUCCION GENERAL Y ANOTACIONES):  
PERSPECTIVAS DEL DERECHO PUBLICO EN LA SEGUNDA MITAD  
DEL SIGLO XX, HOMENAJE A ENRIQUE SAYAGUES-LASO (URU-  
GUAY). ED. INSTITUTO DE ESTUDIOS DE ADMINISTRACION  
LOCAL, 5 TOMOS, MADRID, 1969, 5.418 PP.  
(A. R. BREWER-CARIAS)

Pág. 551

JORGE OLIVERA TORO

MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 2ª ED., ED. PORRUA,  
S. A., MEXICO, 1967, 528 PP. (L. CORTIÑAS-PELAEZ)

Pág. 565

JULIO A. PRAT

LOS ENTES AUTONOMOS EN LA DESCENTRALIZACION FUNCIO-  
NAL URUGUAYA, PROLOGO POR EDUARDO GARCIA DE ENTE-  
RRIA, LIBRERIA ED. AMALIO M. FERNANDEZ, MONTEVIDEO,  
1971, 200 PP.(L. CORTIÑAS-PELAEZ)

Pág. 573

ANDRES SERRA ROJAS

DERECHO ADMINISTRATIVO, 4ª ED., LIBRERIA DE MANUEL  
PORRUA, S. A., MEXICO, 2 TOMOS, 1968, 1.282 PP. (L. CORTIÑAS-  
PELAEZ)

Pág. 579

BARTOLOME A. FIORINI

TEORIA JURIDICA DEL ACTO ADMINISTRATIVO, ED. LA LEY,  
BUENOS AIRES, 1969, 283 PP. (A. R. REAL)

Pág. 589

PABLO GONZALEZ-CASANOVA

LA DEMOCRACIA EN MEXICO, ED. ERA, S. A., SERIE POPULAR,  
3ª ED., MEXICO, 1969, 335 PP. (D. A. BACALAO)

Pág. 591

AGUSTIN A. GORDILLO

EL ACTO ADMINISTRATIVO, 2ª ED., CORREGIDA Y AUMENTADA,  
ED. ABELEDO-PERROT, BUENOS AIRES, 1969, 471 PP. (A. R. REAL)

Pág. 599

DARCY RIBEIRO

LAS AMERICAS Y LA CIVILIZACION - LA CIVILIZACION OCCI-  
DENTAL Y NOSOTROS, TOMO I (LOS PUEBLOS TESTIMONIO, 284  
PP.), II (LOS PUEBLOS NUEVOS, 310 PP.) Y III (LOS PUEBLOS  
TRASPLANTADOS - CIVILIZACION Y DESARROLLO, 212 PP.),  
CENTRO EDITOR DE AMERICA LATINA, BUENOS AIRES, 1969-1970  
(J. M. HERMOSO Y A. S. URDANETA)

Pág. 601

CORTIÑAS-PELÁEZ, L. (Dirección, Introducción General y Anotaciones):  
*Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX,*  
*Homenaje a Enrique Sayagués-Laso* (Uruguay), ed. I. E. A. L., Madrid,  
1969, 5 tomos, CLXXIII + 5.245 pp.; distribuidor para América Latina:  
Librería Amalio M. Fernández, 25 de Mayo 477 (P. B., of 11), Montevideo.

Maestro de Montevideo, profesor honorario de la Universidad de Chile, único corredactor extranjero en la Constitución de Venezuela de 1961, el tratadista latinoamericano Enrique Sayagués-Laso enseñó en París, proyectando en el Viejo Mundo una imagen señera de la ciencia latinoamericana de la Administración Pública. Desde los tiempos del español Colmeiro, a mediados del siglo XIX, su obra es la única, en derecho administrativo de lengua castellana, que ha merecido los honores de una traducción y publicación oficial por una colección de la Sorbona.

Su discípulo León Cortiñas-Peláez, con la hidalga hospitalidad editorial de la escuela del maestro Eduardo García de Enterría en Madrid, ha logrado con esta obra monumental, algo más que un memorial imponente en la forma como en el fondo, "la máxima honra tributada, desde tiempos inmemoriales, a un hombre de ciencia del Derecho Administrativo", como se ha escrito en Alemania. Para la ciencia latinoamericana, en efecto, este *Homenaje* constituye conjuntamente con la obra de Sayagués-Laso, un punto de partida para una nueva época de la disciplina.

Para quienes como los latinoamericanos todos y en particular los profesores de la Universidad Central de Venezuela, hemos compartido desde 1965, paso a paso, las alternativas de esta batalla científica y editorial, es hoy motivo de profunda alegría el leer y releer esta obra, ejemplar en su género, digna de los pandectistas alemanes del siglo XIX, que ha merecido para su director, con razón, el juicio de "la obra más importante de Derecho Público, publicada, en todo el mundo, durante el año 1969".

Trataré de presentarla a continuación, partiendo de la sistemática del plan director de las doce "Perspectivas" que constituyen los cinco tomos, para

detenerme seguidamente en algunos méritos mayores, sin perjuicio de señalar antes de terminar algunas reservas que me merece esta investigación colectiva.

## I

El tomo I (CLXXIII, 918 pp.) abarca las páginas preliminares y los tres primeros Títulos. Aquéllas comprenden un Prólogo de Marcel Waline (París), un estudio sobre Enrique Sayagués-Laso por Julio A. Prat (Montevideo) y una Introducción General (120 pp.), densa y exhaustivamente documentada, en la que el profesor Cortiñas-Peláez analiza, bajo el sugestivo título teilhardiano de "Una concepción planetaria del Hombre y del derecho público", la obra doctrinal y legislativa del administrativista desaparecido, presintiendo las líneas de fuerza de *proyección y prolongación de la obra sayaguesiana* (subtítulo de la tercera parte de dicha Introducción).

El Título I versa sobre la "Perspectiva Universitaria y Pedagógica", comprendiendo cuatro estudios encabezados por el filósofo Paúl Ricoeur, Decano de París / Nanterre, quien escribiendo sobre "Perspectivas para 1980" destaca la convergencia de la "Ley Sayagués-Laso" de 1958 (Orgánica de la Universidad del Uruguay) con las inquietudes plasmadas en Francia por la "Ley Edgard Faure" de 1968, ambas preocupadas por dinamizar la acción de la Universidad para que ésta, manteniéndose fiel a su "idea" tradicional, logre simultáneamente favorecer el tránsito, del mayor número, del estadio de sujeto al de ciudadano.

El Título II, "Perspectiva Filosófica y Socioeconómica", comprende dieciséis trabajos, presididos por un sutil estudio existencialista del alemán Reinhold Zippelius en torno a los "Límites del conocimiento científico de la Justicia".

El Título III, referente a la "Perspectiva de la Ciencia Política", está constituido por trece contribuciones, la primera del ilustre jurista búlgaro Petko Stainov, quien mucho se ocupa de América Latina, —sin nombrarla— en su investigación, de despistador título, sobre "La transferencia del centro de la «Cuestión de Oriente» a los otros continentes".

El plan director de este Homenaje —así planteados el horizonte institucional y pedagógico del Derecho público, sus fundamentos filosóficos y sus condicionantes económicas y políticas—, entra al mundo de lo normativo en el tomo II, consagrado al Derecho público externo (832 pp.).

El Título IV, consagrado a la "Perspectiva del Derecho Público Internacional", abarca, en un enfoque monista, once estudios encabezados por



René Cassin, Premio Nobel de la Paz, quien analiza una faceta poco conocida, "Sayagués-Laso y el mejoramiento, en el continente americano, de los medios de protección de los derechos del Hombre".

El Título V inicia la transición hacia el Derecho público interno, tratando de la "Perspectiva del Derecho Comunitario". Diez trabajos, seis europeos y cuatro latinoamericanos, presididos por un agudo análisis del profesor de Hamburgo Gert Nicolaysen, sobre "Algunas peculiaridades del derecho de las comunidades europeas", orientan magistralmente por los senderos, aún estrechos e imprecisos, de esta rama joven del Derecho público, en sus modalidades de Roma, del Tratado socialista de Ayuda Económica Mutua, y de las organizaciones latino y centroamericanas.

Llegados al tomo III (1.144 pp.), ya definitivamente en el campo interno del Derecho público, encontramos los Títulos VI a VIII.

El Título VI, "Perspectiva del Derecho Constitucional", es, conjuntamente con la perspectiva posterior dedicada al Derecho Administrativo General (en el tomo IV), el más extenso del *Homenaje*, pues abarca veintinueve trabajos. Comprensivo de las Libertades Públicas, está encabezado por seis estudios sobre Derechos del Hombre, presididos por un magistral introito de Jean Rivero, titulado "Los derechos del Hombre, ¿categoría jurídica?".

El título VII, "Perspectiva del Derecho Laboral y de la Seguridad Social", corrobora el "comprometimiento" humanista del anterior, del cual parece ser un desprendimiento. Lo inicia un estudio de Franz Gamillscheg, catedrático de Gotinga, sobre "La influencia de los derechos fundamentales en el Derecho Laboral", seguido de otros siete artículos.

El Título VIII, "Perspectiva del Derecho Financiero", el más breve, comprende tres trabajos, siendo el primero el del belga Albert Parisi, con un estudio, muy clásico, sobre "Las políticas presupuestarias contemporáneas".

El tomo IV (1.309 pp.) abre —con dos títulos— el estudio de la Administración Pública que se prosigue en el siguiente y último.

El Título IX marca un jalón en este tipo de publicaciones —confirmatorio de las tendencias apuntadas en el primer tomo—, pues plantea la "Perspectiva de las Ciencias Administrativas", mediante quince contribuciones, orientadas por el catedrático de Valencia (España), Mariano Baena del Alcázar, quien aborda las "Perspectivas y tendencias de los estudios sobre Ciencia de la Administración", sistematización de relevante significación pedagógica.

El Título X, el más extenso de la obra, aborda la "Perspectiva del Derecho Administrativo (General)" y engloba treinta y cuatro contribuciones; una concepción jurídica monista, con prevalencia del ordenamiento internacional, parece nuevamente sentirse en la aportación inaugural del catedrático de Heidelberg Klaus Vogel, sobre "Contribución a la teoría del Derecho Administrativo internacional".

En esta marcha descendente, de lo más abstracto a lo más concreto, de lo general a lo particular, el tomo V (1.042 pp.) cierra el *Homenaje* con dos títulos finales.

De la "Perspectiva del Derecho Administrativo (Económico)" se ocupa el Título XI, que se integra con diecinueve subtítulos y cuya convergencia con el plan director parece patentizarse en la contribución inicial de Héctor Barbe Pérez (Montevideo) sobre "Adecuación de la Administración conformadora del orden económico y social a las exigencias del Estado de Derecho".

Un enfoque, típicamente de jurista romano-germánico, quiero decir lo contrario al de un *commonlawyer*, lleva a postergar hasta el Título XII, la consideración, tácitamente adjetiva, de la "Perspectiva del procedimiento y proceso administrativos", cuyos lineamientos generales derivan de la contribución del venezolano Eloy Lares-Martínez, sobre "Estado de Derecho y democracia social en Venezuela", quien desarrolla el principio de la legalidad y su control, en Venezuela, partiendo del artículo 206 de la Constitución de 1961, que Sayagués-Laso redactara.

## II

Una recensión aun extensa, no podría señalar todos los elementos de esta investigación colectiva, que confirman la valoración antes apuntada. La magnitud de la realización, la multiplicidad de las perspectivas abordadas, no deben impedir que destaque aquí algunas contribuciones cuya *aportación* científica las convierte en cabezas de capítulo de toda reflexión ulterior en la materia.

Además de cincuenta y siete contribuciones de América Latina, este *Homenaje* comprende treinta y cinco de Francia, veinticinco de los países socialistas, veintidós de Alemania Federal, trece de España, diez de Bélgica, y otras dieciocho correspondientes a Italia, países de la *common law*, del Medio y del Lejano Oriente.

Postergando para el apartado siguiente la referencia a las contribuciones latinoamericanas, y sin ocuparme de aquellas pocas ya publicadas con alguna anterioridad por sus autores como consecuencia de los largos cuatro años de preparación de esta edición, me parece imprescindible, en el tomo I, además de las ya mencionadas antes, la lectura de las siguientes: "Organización de la enseñanza del Derecho e investigación jurídica y preparación del personal científico en la U.R.S.S.", de A. F. Shebanov; "Reflexiones sobre fe y política", de J. Y. Jolif; "El derecho a la guerra en la edad atómica", de D. Dubarle; "Por una nueva perspectiva de las relaciones entre estructura social y Derecho", de H. Issa; "Los fundamentos económicos y filosóficos de la propiedad personal", de V. Knapp; la magistral y decisiva contribución de François Perroux sobre "Alienación y creación colectiva", así como las de sus discípulos H. Bartoli y A. Barrère sobre "Capitalismo, sociedad industrial y democracia" y "Socialización y desarrollo", respectivamente; así como las de P. M. Gaudemet, "Televisión y democracia", J. P. Buffelan, "La concepción «gaulliana» del poder" y W. Abendroth, "El Estado democrático y social de Derecho como imperativo político".

Igualmente, en el tomo II, las de G. Mencer, "El concepto de coexistencia pacífica y el Derecho Internacional Público"; A. Miaja de la Muela, "El Tribunal Internacional de Justicia en el mundo actual"; C. A. Colliard, "Sobre la organización internacional del comercio"; J. González Campos, "La polarización del Derecho convencional en torno a las organizaciones internacionales y el futuro del Derecho de los Tratados"; P. Reuter, "De los efectos del Mercado Común sobre la estructura institucional de los Estados miembros".

De relevancia similar, en el tomo III, las de G. Stuby, "¿En qué medida son jurídicamente iguales el hombre y la mujer?"; P. Stibbe, "La objeción de conciencia y el estatuto de los objetores de conciencia"; D. H. Scheuing, "La protección de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania"; J. Petot, "Francia en búsqueda de la eficacia del Poder"; F. D'Onofrio, "Los ministros en el sistema de gobierno de los Estados Unidos del Norte: una perspectiva comparada"; L. P. Suetens, "La huelga en el derecho de los países europeos"; H. Neumann-Duesberg, "El derecho constitucional de la fábrica en la República Federal de Alemania".

En el imponente tomo IV, tipográficamente el mejor logrado en el marco excelente de toda la obra, merecerían cuidadosa relectura, los traba-

jos de F. Morstein-Marx, "El entorno y la Administración"; W. F. Ilchman, "El desafío del desarrollo económico para la Administración Pública"; J. Starosciak, "Problemas de la racionalización del funcionamiento de la Administración en Polonia popular"; Ch. Debbasch, "La Quinta República y la Administración"; Ch. Eisenmann, "Un dogma falso: la autonomía del derecho administrativo"; O. Bachof, "Sobre algunas tendencias evolutivas en el derecho administrativo alemán contemporáneo"; M. Somerhausen, "Los principios generales del derecho administrativo"; R. David, "Los contratos administrativos en el código civil etíope"; G. Treves, "Nuevas tendencias en la organización administrativa italiana"; A. Nieto-García, "Valor actual de los establecimientos públicos"; J. Salzwedel, "Sobre la evolución del derecho de policía en Alemania".

Finalmente, en el tomo V, concluyendo esta enumeración panorámica, se destacan las de F. Borella, "Las empresas públicas en Argelia después de la Independencia"; T. Ch. Daintith, "Participación gubernamental en el capital y la dirección de empresas en el Reino Unido"; H. J. Wolff, "Fundamentos del derecho administrativo prestacional"; J. M. Chillón-Medina, "Sobre el valor jurídico de los planes económicos en Francia: hecho o perspectiva"; N. Stjepanovic, "Principios fundamentales del procedimiento administrativo en Yugoslavia"; H. H. Rupp, "El proceso administrativo alemán"; J. A. Bueno, "Un caso de fiscalización de actos administrativos: propuesta y nombramiento de candidatos por tribunal de oposiciones a cátedras universitarias", y Guy Braibant, "Condiciones de eficacia de la jurisdicción administrativa".

### III

*Homenaje a un maestro latinoamericano*, dirigida por un docente latinoamericano, esta obra colectiva es no sólo una aportación a la ciencia en general, sino, como decía más arriba, un punto de partida para una nueva época de los estudios de derecho público y ciencia de la administración en *América Latina*.

La presencia de la ciencia latinoamericana, irrumpiendo masivamente (el tercio de todas las contribuciones) en una obra que confirma "el aliento enciclopédico de la cultura rioplatense", del que hablaba el extinto Decano de Montevideo, Eduardo J. Couture, en los *Scritti in onore di Carnelutti*, la jerarquía general y la particular de casi todas ellas; el replanteamiento sistemático de una visión pluridisciplinar del Derecho Público, estrechamente imbricado en los enfoques de la ciencia política y de las ciencias adminis-

trativas; la ambición bolivariana de una investigación colectiva, en la cual participan especialistas de diez países latinoamericanos, debiéndose quizá lamentar, entre los de mayor raigambre jurídica, la ausencia de contribuciones de Costa Rica y Cuba; la sistematización latinoamericana y *latinoamericanizante* de toda la obra, no sólo mediante la indicada *Introducción General*, sino también mediante cuidadosos sumarios (178 páginas), anotaciones a todo lo largo de los cinco tomos, e índices analítico y por materias (123 páginas), así como mediante una dirección general que en todo momento ha sabido enfrentarnos con nuestras contribuciones aisladas, "concientizar-nos" de la naturaleza colectiva de nuestra investigación, en lo que debía ser —y se ha vuelto— no sólo el Homenaje a un maestro uruguayo sino una gran afirmación científica *latinoamericana*.

Además de las ya indicadas, de las contribuciones latinoamericanas, yo realzaría, particularmente, las siguientes: en el tomo I, las de J. Rodríguez Urraca, "Las profesiones jurídicas frente a la crisis contemporánea"; D. J. Garmendia ("Lineamientos de una sociología urbana: los roles funcionales y el fenómeno urbano"); la excepcional de Celso Furtado, "La hegemonía de los Estados Unidos del Norte y el futuro de América Latina"; J. Barreiro, "La crítica de Marx al Estado"; J. Rodríguez Elizondo, "La pequeña democracia residual". En el tomo II sobresalen las de L. Malpica de Lamadrid, "El artículo 14 de la Carta y tres problemas del derecho de gentes"; C. Prieto Aceves, "Perspectivas de una Comunidad Latinoamericana: el ejemplo de la integración económica centroamericana", y F. H. Paolillo, "La solución de controversias en la ALALC". Del tomo III, la sintética y combativa participación del Decano de Montevideo, A. R. Real, "Primeras perspectivas de la Constitución uruguayo de 1967", así como las de J. Castro Castro, "La Presidencia de la República de Colombia"; J. Tapia Valdés, útil y actualísima sobre "Leyes de bases y nuevas categorías", y el exhaustivo estudio de H. Fix Zamudio, modestamente titulado "Introducción al estudio del proceso tributario en el Derecho mexicano". En el tomo IV, el maestro chileno E. Silva Cimma fundamenta, en páginas escritas en 1966 ("Panorama y perspectivas de la crisis institucional chilena"), el acierto profético de la contribución de los seis trabajos chilenos que preside (cfr. t. I, p. 849-50, su "Introducción común a los trabajos chilenos"); complementariamente, son dignas de particular atención, las contribuciones de J. Vidal Perdomo, "Relaciones entre la Ley y los actos normativos del gobierno en el derecho colombiano y la evolución del reforzamiento de las facultades de este último"; E. Soto-Kloss, "La entrada en aplicación del acto administrativo"; C. Tácito, "La corrección

monetaria en el Derecho administrativo"; A. Méndez, "Introducción a los sistemas orgánicos", y la sutil y profunda de U. Marín Vallejo, "Panorama de la sindicación y huelga de los funcionarios públicos chilenos". El tomo V parece aportar, como trabajos perdurables, el ya indicado de H. Barbé Pérez y el de D. Barrios de Angelis, "Teoría del proceso administrativo y constitucional".

#### IV

La mera mención de los temas de las contribuciones así señaladas en los dos apartados precedentes, así como la ordenación sistemática de las doce "Perspectivas" en que se dividen los cinco tomos, indican que no se trata de simples *Mélanges* (es decir, en sentido literal, ante una mezcla incoherente de trabajos singulares) sino de un verdadero *Homenaje* en singular, cuyos temas convergentes y prospectivos, así como la ponderada juventud de los colaboradores, aseguran a esta obra la permanencia y proyección que este memorial merece, en el umbral del siglo XXI.

Hubiera sido fácil atrincherarse en una visión normativista, centrada en la siempre hipócrita neutralidad de la ciencia, prescindiendo de una postura definida en cuanto a la misión del jurista contemporáneo y a las responsabilidades concretas del hombre de ciencia latinoamericano ante los imperativos de liberación y desarrollo. Cortiñas-Peláez prefirió seguir el arduo sendero de la "ciencia con conciencia" de que hablaba Sayagués-Laso. Para ello, el director de esta obra, ha sido fiel a las opciones pluridisciplinares que, tan profundamente, han arraigado en sus trabajos las enseñanzas europeas de Duverger y André Hauriou en Francia, Otto Bachof y Wolfgang Abendroth en Alemania, y muy particularmente la postura de Alejandro Nieto en España. En efecto, una cita de Nieto, resume el plan director de este *Homenaje*, reacio a todo juridicismo:

"El jurista del Derecho administrativo que no esté dispuesto a convertirse en un insípido rumiante de las páginas del *Boletín Oficial del Estado*, se encuentra provocado por un triple frente de cuestiones que presionan desde fuera del ordenamiento positivo: la historia, la política y la economía. La historia explica el porqué de cada institución, la política da una dimensión humana y trascendente a lo que de otra manera sería una simple técnica formal, y la economía significa el punto de contacto con la realidad. De aquí la enorme dificultad de las obras de Derecho administrativo, que sensibles a estas cuestiones, pretenden ser algo más que una aventajada glosa de los textos positivos" (t. I, pp. CVII - CVIII).

El profesor Cortiñas-Peláez me ha hecho el honor de compartir, con el ilustre maestro de la Universidad Autónoma de Barcelona, en dicha misma página, la vanguardia de quienes así preconizamos un nuevo enfoque de la problemática del Estado, a la luz de nuevos conceptos adecuados a la realidad actual latinoamericana frente al desarrollo nacional. Esta deferencia me sugiere reiterar, ante la temática de esta obra colectiva, algunas de las conclusiones fundamentales que he preconizado extensamente en otro lugar (*vid. prólogo* a mi libro *El control de las actividades económicas del Estado en el Derecho venezolano*, ed. Contraloría General de la República de Venezuela, Caracas, 1969, pp. 1 a 33. Además, mi trabajo *Derecho y Desarrollo*; ed. Facultad de Derecho, UCV, Caracas, 1971, 55 pp.).

Al plantearse las perspectivas de la segunda mitad del siglo XX, este *Homenaje* es consciente, de punta a punta, de las contradicciones patentes y dramáticas en los países denominados subdesarrollados, entre las instituciones políticas y las realidades socioeconómicas. Ante los violentos cambios de las estructuras socioeconómicas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, un liberalismo decimonónico sigue apuntalando penosamente los esquemas del Estado abstencionista, sin comprender que *la libertad se manifiesta hoy para los ciudadanos en cuanto participación en la ampliación e intensificación de la Administración y prestaciones del Estado* (t. I, p. 788). Más aún, la falsa antinomia de libertad e igualdad, el credo liberal de las supuestas “libertades públicas” —institucionalización de la desigualdad—, conjuntamente con la reiterada tautología del normativismo kelseniano que convierte al jurista en servidor de la coacción social, contribuyen a la negación del Estado democrático y social de Derecho (t. I, pp. 898 ss. y 817 ss.). Para una realización auténtica de los Derechos Humanos, que desdén el socorrido dualismo anulador de los derechos económicos y sociales (t. III, p. 48) y pretenda quebrar la causación circular acumulativa del subdesarrollo —que se traduce en América Latina en que los pobres son y serán cada día más numerosos que los privilegiados y en que el Estado reemplaza el cumplimiento de sus cometidos prestacionales por actividades puramente represivas (t. I, p. 601)— se impone una transformación revolucionaria de las estructuras sociales, económicas y políticas tradicionales.

Los límites infranqueables de una recensión me llevan a limitar a cinco puntos concretos las aportaciones más relevantes de esta obra en dicha impostergable transformación a la cual han permanecido indiferentes los “fijistas”, forjados por el positivismo y la alienación neokantiana: me referiré brevemente a la promoción de la mujer, al estatuto de la propiedad, a la

organización del poder, a la atenuación de la dependencia y la dominación extranjeras, y a la integración latinoamericana.

Tradición romanista, herencia castellana, legado indígena, confluyen en hacer de la sociedad latinoamericana una de las más patriarcales del planeta (t. I, p. CXX). Humana y económicamente postergada, la mitad de la población ha sido marginada de todo proceso creador y está ausente en la lucha por la liberación y el desarrollo. Esta sociedad masculina, consolidada en la discriminación sexual (t. III, pp. 49-82), no sólo desconoce así la Declaración de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas, sino que, concretamente, "funciona a media máquina", socialmente enquistada en una organización primitiva de la familia, de la educación y del mercado del trabajo. Tanto el sector privado como los servicios del poder público mantienen y aun consolidan así, una sociedad que contrasta escandalosamente no sólo con sus propias normas jurídicas, sino con las realidades sociales de los países más avanzados del planeta (piénsese sólo en los Estados Unidos del Norte, Alemania, Japón, los países escandinavos).

La superación de los mitos jusnaturalistas de la propiedad y su concepción estatutaria (t. V, p. 153 ss.) permitirían en América Latina la reafirmación de los fundamentos de la propiedad personal (t. I, p. 403 ss.), sin perjuicio de asegurar la mayoría absoluta de capital latinoamericano (cfr. t. V, p. 321 y ss.) y aun la nacionalización de los medios de producción y de cambio —para quebrar los fenómenos estrechamente vinculados de la acción del capital extranjero y del subdesarrollo (t. I, p. 597 ss. y t. V, p. 277)—, así como la participación de los trabajadores en su gestión (t. III, p. 899 y ss.).

La incoherencia de nuestra seudodemocracia representativa ha forjado el descrédito de la democracia como consecuencia de una ausencia de decisión política y de mando, como consecuencia de una vida política vegetativa, cuyas repercusiones siniestras se agravan en nuestros países subdesarrollados, pues "si falta el mando cuando es necesario, la institución comienza a ir a la deriva, expuesta a las presiones que encuentra en su camino e influida por tendencias oportunistas de poco aliento", como ha dicho P. Selznick. Lo grave es que dicha crisis institucional (t. IV, p. 525 y ss.) produce en nuestros países dominados y deformados, una enorme debilidad del poder público frente a las inevitables y muchas veces necesarias presiones de los grupos de intereses de la comunidad, mecanismos de control muchas veces efectivos pero que se tornan nocivos cuando surgen indiscriminadamente ante cual-



quier actuación estatal. Las estructuras políticas deben estar hechas para resistir presiones que siempre surgirán cuando se busca un interés colectivo, lo cual por esencia implica el sacrificio de intereses privados (t. I, p. 671 ss. y t. IV, p. 152). No puede seguirse admitiendo una administración que lo único que hace, materialmente, es no hacer nada, por no quererle hacer nada a nadie. En muchos de nuestros países, el poder está fuertemente atomizado por la incoherencia existente entre el sistema electoral aplicado al Ejecutivo y al Parlamento (t. III, p. 194). La representación de todas las facciones minoritarias en el Parlamento es contradictoria con una elección presidencial alcanzada por mayoría simple. Mientras puede elegirse un Presidente con la mayoría relativa de votos, hasta en algún caso con un respaldo inferior al veinticinco por ciento, con ese veinticinco por ciento nunca se podrá controlar políticamente el Parlamento y, por lo tanto, nunca se podrá gobernar seriamente. La crisis parlamentaria quizás hay que situarla en la composición misma del Parlamento, donde los grupos de presión e intereses, se encuentran enquistados constituyendo minorías decisivas. Un cuerpo deliberante así conformado, así de heterogéneo, ni con la mayor y mejor buena voluntad puede actuar; y ante él, el Poder Ejecutivo, con las manos atadas, se aburre de la inacción. Es un freno concreto y total al cambio. Dicho esto, sin que signifique descuidar la paralela racionalización del poder, quebrando estructuras anacrónicas de descentralización territorial (t. III, p. 785 y ss.), y ampliando y perfeccionando los mecanismos que habilitan una amplia actividad legislativa material por el Poder Ejecutivo (t. III, p. 633 y ss.). En este sentido, de una revisión de los mecanismos tradicionales de la acción del poder público, un profundo análisis de la planificación permite comprender su impacto transformador en las estáticas categorías jurídicas tradicionales (t. V, pp. 383 a 507).

La emancipación efectiva respecto de la dominación directa e indirecta del extranjero (t. I, fundamentalmente pp. 550 y ss, y 591 y ss.) tiende en los estudios inspirados por la CEPAL a identificarse con la industrialización, la ampliación de las dimensiones del mercado y, en definitiva, con el proceso mismo de la integración latinoamericana, aquí algo someramente enfocado (t. II, pp. 619 a 830), y, lamentablemente, sólo respecto de puntos concretos, que marginan entre otros el aspecto de los acuerdos subregionales. Simultáneamente, toda la problemática se imbrica estrechamente con la estructura misma del poder, de que acabamos de hablar, pues

“Los nacionales de las naciones débiles pueden dudar si están alienados a los grupos dominantes de sus propias naciones o —por personas interpuestas—

a los grupos dominantes de los estados nacionales que de hecho los reducen a la calidad de satélites" (t. I, p. 445).

## V

Estos últimos desarrollos ya van planteando el tema de nuestras reservas e interrogantes ante una obra que, por ser humana, no escapa a la ley de la imperfección.

Con referencia a la obra legislativa de Sayagués-Laso, particularmente a su Proyecto de Ley Orgánica Municipal y a la Ley Orgánica de la Universidad del Uruguay de 1958, tan cuidadosamente comentados en la Introducción General, sorprende su omisión en el Anexo, por tratarse de textos de difícil hallazgo y que hubieran completado dignamente este *Homenaje*.

El entusiasmo por la integración latinoamericana no está adecuadamente matizado. El caso de la integración centroamericana (t. II, pp. 689 a 735), que parece enfocarse como posible modelo, es por el contrario la prueba patente de que, si no se sabe dirigir el proceso, éste puede contribuir aún más a la "sucursalización" acelerada de la región, a través de la formación de empresas multinacionales extralatinamericanas, en lugar de contribuir al logro de nuestra real independencia exterior.

Las normas alemanas en materia de gestión de los trabajadores en la empresa (t. III, p. 899 a 932) y de desarrollo del derecho social (t. III, p. 947 a 973) han sido falazmente presentadas en América Latina como un modelo de auténtica democratización social dentro del marco capitalista. Hubiera sido preferible, de no poder contarse con una contribución esclarecedora, que la Introducción General planteara una visión diferente, tal cual surge, por ejemplo, de los siguientes datos, que tomo de la nueva obra *Alternativa ideológica. Comunitarismo*, del ilustre huésped de la Facultad de Derecho de Mérida (Venezuela), el profesor L. Rodríguez-Arias B. (ed. Centro de Jurisprudencia, U.L.A., 1971, p. 297):

"En 1950, la participación respectiva de empresarios (comprendidas las profesiones liberales y las fábricas respectivas), trabajadores y beneficiarios de la seguridad social (pequeños rentistas y pensionistas) era de: 53,5; 40,5 y 6 por ciento.

La participación de los mismos sectores sociales en 1967 era la siguiente: 72,5; 23,9 y 3,6 por ciento.

Respecto del desarrollo del ingreso personal en marcos, tenemos en general, la siguiente evolución:

En 1950, los empresarios y las profesiones liberales ganaban promedialmente (incluyendo a los integrantes de la familia que colaboraban en el presu-

puesto familiar) 3.030 marcos; los trabajadores, 2.544 marcos; ambas cifras, como ingreso neto anual.

En 1967, los mismos sectores sociales tenían el ingreso anual siguiente: 15.106 y 8.388 (citando al *Der Spiegel*, del 28 de julio de 1969, pp. 38 y ss., y a la obra de B. Gleitze, *Sozialkapital und Sozialfonds als Mittel der Vermögenspolitik*”).

Tal, la fabulosa regresión socioeconómica enmascarada por el llamado “milagro alemán”, y por ello no puedo compartir el optimismo, provisorio, es verdad, que trasunta la Introducción General (t. I, p. CXXIII).

Finalmente, en el campo más concreto de lo administrativo, el tema de la Reforma Administrativa no parece haber sido adecuadamente tratado (cfr. t. IV); no veo clara la afirmación, reiterada, de la noción de servicio público (t. I, p. CXXXI-CXXXII y t. IV, pp. 1265-1301); y, para terminar con estas salvedades menores, no me convence la pretendida superación de la oposición tradicional entre administración coactiva y administración prestacional (t. I, p. CXXXIII y t. V, pp. 353-356).

## VI

La riqueza ilimitada de esta realización científica “fuera de serie” permitiría seguir indefinidamente descubriendo aportaciones y formulando salvedades, y encontrando, quizá más lejos o en algún pasaje que se escapara en primera lectura, la explicación profunda subtendida por el acierto que vertebra a este *Homenaje*. Ponderación, equilibrio, profundidad, claridad, parecerían haber sido alcanzados sin esfuerzo. Para la Universidad Central de Venezuela en cuya Facultad de Derecho (Cursos de Doctorado) ha sido profesor invitado el Director del *Homenaje*, es motivo de honda satisfacción el haber sido la primera en el mundo en acordar su alto patrocinio a esta publicación. Ella es digna del inolvidable maestro latinoamericano cuya memoria contribuye a perpetuar.

A.-R. BREWER-CARÍAS (Caracas)



OLIVERA-TORO, Jorge; *Manual de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Ed. Porrúa, S. A. México, 1967, 528 pp.

La reciente doctrina mexicana de derecho administrativo, se sitúa pedagógicamente en tres niveles, atendiendo a objetivos disímiles: de la misma manera que los franceses podrían distinguir entre el minúsculo pero excelente *Que sais-je* de Weil, el magistral *Précis* de Rivero, el *Manuel* de Vedel (cuya primera edición era en dos tomos) y el *Traité élémentaire* de Laubadère (que pasa de un tomo único en la primera edición a los cuatro actuales); igualmente los mexicanos pueden indicarnos sucesivamente y con idéntico criterio de ordenación, este *Manual* para una primera aproximación o "Introducción", el clásico *Derecho Administrativo* de Fraga, y el voluminoso *Derecho Administrativo* de Serra Rojas (en dos tomos desde 1968).

La primera edición de Fraga es de 1934, la de Serra Rojas de 1959; por ello, la de Olivera-Toro se nos presenta como la obra más reciente, pues su primera edición data de 1963.

La presentación misma del *Manual* confirma su nombre, su aptitud para un trabajo eminentemente didáctico destinado a jóvenes que se inician en la disciplina del derecho: letra inusualmente grande, páginas *in 8º*, facilitan agradablemente la lectura. Esta nos revela una obrita insólita en el mundo torturado de los administrativistas de lengua castellana, un libro que se lee de un tirón, con agrado y creciente sorpresa ante su singular pedagogía, que —desechando planes eruditos en Libros, Partes y Secciones—, entra directamente en materia y se desarrolla en 56 pequeños capítulos (que más valdría llamar párrafos).

## I

Que el primer capítulo sea "Administración", y sólo el segundo "Concepto del Derecho administrativo", seguidos luego por los capítulos III, IV y V respectivamente sobre "*Ciencia de la administración y Derecho adminis-*

*trativo*”, “*Principio de coordinación administrativa*” y “*Formas de actividad administrativa*”, nos indica de entrada la cuidadosa consideración de las perspectivas no jurídicas de la Administración que sustenta el autor, en común con Serra Rojas, y contrastando con el temperamento rigurosamente normativo de Fraga. Un marcado empirismo, un cierto desencanto y prevención no exentos de humor respecto de las alambicadas construcciones de la teoría jurídica tradicional, se respiran en los sucesivos capítulos, y se resumen con esta sabrosa advertencia, meollo del capítulo II:

“Cuando los tratadistas pretenden dar una definición de Derecho Administrativo lo hacen en forma demasiado lógica, deducida de principios superiores, pero después, al hacer la exposición de dicha rama jurídica, se alejan de su definición, atribuyendo a la disciplina un contenido totalmente diverso, rompiendo esa lógica que siguieron en la determinación de esta rama jurídica” (p. 17).

El profesor Olivera-Toro tiende así a presentar un esquema sencillo, pero intensamente vivido, de la Administración Pública: ésta, no la función administrativa, es el tema del Derecho Administrativo, o, para decirlo con sus palabras, “el umbral de esa disciplina es la determinación del concepto de Administración” (p. 1). Y dicha determinación, y sus precisiones complementarias, le permiten afirmar a la técnica de la organización administrativa como necesario complemento de las normas jurídicas: “Ni legalismo ni empirismo, que tanto daño han causado, sino su verdadero camino: La organización administrativa”,<sup>28</sup> y esto lo dice recordando también que en el ambiente administrativo flotan hoy frases de “vuelta a Stein”, “regreso a Colmeiro” (p. 21).

El autor contribuye a despertar los espíritus jurídicos a problemas que no resuelve la pura norma, que exigen la integración en lo jurídico de esa otra mitad del universo relevante que, tan peligrosamente para el Hombre, olvidara el normativismo. En pocas líneas, sin entrar en polémicas estériles, define su postura frente a la escuela vienesa: “No puede haber Estado sin Derecho, pero puede existir Derecho sin Estado. En el sistema kelseniano, no es posible explicar las limitaciones jurídicas del Estado” (p. 206).

Los capítulos se cierran con un cuadro sinóptico, las citas son escasas pero criteriosas y formadoras, revelando en su autor una formación administrativa sólida y sutil a la vez, que no desdeña la acotación sonriente, que fijará más claramente un concepto que toneladas de erudición. Así, hablando de los reglamentos y de su subordinación jerárquica a la ley, destaca su mayor efectividad (p. 109), recordando a Romanones: “Hagan otros las leyes, con tal que a mí me dejen los reglamentos”.

Será difícil que un jurista avezado halle en este libro conceptos radicalmente nuevos; pero todo docente debería leerlo con cuidado, y seguramente descubriría una nueva forma de presentar viejas verdades, diáfana, humana.

## II

Sería injusto limitar el interés de este *Manual* a sus valiosas aperturas pedagógicas. Sus soluciones sustanciales, aun cuando pudieran no ser compartidas, no dejan de ser atrayentes.

Olivera-Toro, más allá de su feliz rechazo de la "perversión" kelseniana (cf. Günter Dürig en sus cursos de Tubinga), no puede desconocer el complejo fenómeno de interacción del derecho público y del derecho privado que ya el célebre fallo *Monpeurt* destacara en Francia, y, *grosso modo*, sus conclusiones son aún más radicales que las de Eisenmann. Este, enfrentado al tema de la autonomía del Derecho Administrativo se limita a calificarlo de dogma falso, por cuanto la Administración está, *en principio*, regida tanto por el Derecho Privado como por el Derecho Público.

Para Olivera-Toro, el desmoronamiento de la noción de servicio público significa la inexistencia de un derecho exclusivo de la Administración, la arbitrariedad casi de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado (p. 78) como categorías formales estáticas, y su estrecha interpenetración sustancial como categorías dinámicas, siendo "imposible distinguir su línea divisoria" (p. 85), particularmente en materia de administración económica (p. 75 y ss.). Esta postura para la cual se inspira ampliamente en la escuela española de la *Revista de Administración Pública*, se proyecta en un cuestionamiento de la distinción entre el dominio público y el dominio privado del Estado (p. 350) y aun de la categoría misma de los contratos administrativos (p. 446 y ss.), siguiendo aquí a García de Enterría. Contrastando con la enfática exaltación del Derecho Público de Serra Rojas, y, en general, de la doctrina administrativa mexicana, Olivera-Toro apunta empíricamente las insuficiencias de una categorización sin claroscuros.

Debe igualmente destacarse:

Su concepto amplio de la legalidad, como suma de legitimidad y mérito (p. 105-06, siguiendo a Díez);

Su reafirmación —algo vacilante y con sugestivas aportaciones de Derecho Comparado— de la ejecutoriedad del acto administrativo (pp. 160-61,

donde cabe apuntar la ausencia de una referencia al trabajo, posterior, de Parada-Vázquez);

Su clasificación material de los actos administrativos (y jurídicos en general) en regla, condición, subjetivo, jurisdiccional y constituyente (con lo que incorpora, definitivamente, estas dos últimas categorías de Jèze y Sayagués-Laso, a la tripartición clásica de Duguit);

Su enfoque empírico-jurisprudencial, "concreto, peculiar y diferente", de la desviación de poder (p. 175-76);

Su escepticismo en materia de estabilidad del acto administrativo, donde parece concluir, siguiendo a Alessi, en la potestad irrestricta de revocación unilateral de la Administración por motivo superviniente (p. 184), coincidente aquí con la solución que entendemos correcta, en el derecho administrativo constitucionalizado de la República Oriental desde 1952;

Su aceptación de principio del deber jurídico de la Administración de motivar sus actos, pero con las amplias excepciones de las materias expropiatorias y de la facultad económico-coactiva (p. 193);

Su noción, formalmente muy amplia, de la descentralización (p. 290), que no se limita a la estructura orgánica de las entidades estatales menores, sino que, desbordándolas, se extiende incluso a otras personas jurídicas fuera de la Administración (pp. 220 y 227);

Su valoración empírica de las personas jurídicas, de reciente y aluvionaria creación, "comprensible para la idiosincrasia mexicana, aun cuando no para la pureza doctrinaria" (p. 268);

Su ilustración histórico-política (pp. 393-406) de la nacionalización del petróleo y de la creación de PEMEX (Petróleos Mexicanos, S.A.), así como de la defensa de los yacimientos de azufre ante la presión internacional (p. 391-92);

Su incorporación del estudio del movimiento burocrático en México (p. 483 y ss.), a capítulo seguido de las tradicionales explicaciones sobre el estatuto del funcionario.

En la difícil hora de la liberación y del desarrollo que vive América Latina, no podemos menos que destacar el sano nacionalismo que impregna los tres últimos puntos mencionados. Igualmente merece realce la inteligente reafirmación (siguiendo a Fraga) de la irresponsabilidad del Estado (p. 505-06). Debe al respecto recordarse que, sólo por una excesiva subordinación a esquemas jurídicos de países industrializados, se introdujo en la



República Oriental, a comienzos de siglo, el dogma de la responsabilidad del Estado, presidido por opiniones vertidas por los autores franceses Duguit y Scelle, precisamente con motivo de nacionalizaciones intentadas por el gobierno del Presidente Batlle y Ordóñez. Tenemos tendencia a olvidar, que los grandes países industrializados (*the King can do no wrong*) se han apoyado, en los siglos de su desarrollo, en una irresponsabilidad administrativa que hoy pretenden vedarnos. . .

### III

La superación de la distinción entre la parte general y la parte especial del Derecho Administrativo, predicada por un sector de la reciente doctrina española por influencia de las escuelas de Bolonia y de Harvard, encuentra total recepción en este *Manual*. Ello explica la incrustación de once capítulos de la parte especial, a continuación del capítulo XXVIII ("Descentralización administrativa"), sin perjuicio de que luego se vuelvan a tocar temas de la parte general ("régimen financiero del Estado") a partir del capítulo XXIX. Semejante ordenación de la materia nos parece excesivamente empírica, aun reconociendo su viabilidad pedagógica: ésta igual puede lograrse mediante una aplicación sistemática —en una parte especial— de los principios fundamentales de la parte general. Naturalmente, no siempre se logra verdadera armonía conceptual entre ambas partes y sólo algunos grandes tratadistas la han logrado acabadamente, pero ello no es argumento suficiente para olvidar una tradición científica que es, por lo demás, común a otras disciplinas jurídicas. Un ejemplo de la dificultad de conciliación metodológica que todo esto supone nos la brinda, en este *Manual*, la excesiva distancia (24 capítulos) que separa al estudio del órgano administrativo, respecto de la *organización administrativa*. Podría apuntarse, en ambos capítulos, la ausencia de las respectivas contribuciones de Aparicio Méndez ("La teoría del órgano", y la posterior, de "Sistemas Orgánicos").

La visión privatizante señalada lleva a una exasperación, en sentido liberal, del principio de la separación de poderes y de la reserva de la ley (p. 112). Ello propicia un inadecuado rechazo de *la reserva de la Administración*, tan sabiamente consagrada por la Constitución francesa de 1958, eco ponderado de la tradición germánica en la materia. Consecuencia de este perjuicio es su rechazo, en derecho positivo mexicano, de la categoría de los reglamentos autónomos (p. 115), rechazo que nos parece contradecir la acepción amplia del principio clásico de legalidad en estados de Constitución rígida. La legalidad (*Gesetzsmässigkeit*, o sea, conformidad con las leyes en

sentido formal) deviene en el Estado constitucional democrático y social, constitucionalidad (*Verfassungsmässigkeit*, o sea, conformidad con la constitución en sentido formal), o con mayor precisión jurídica y máxima amplitud, juridicidad (*Rechtmässigkeit*, conformidad al Derecho, o, mejor aún, *Richtigkeit*, o sea, conformidad con el orden jurídico justo en su conjunto incluyendo así la constitucionalidad *material*, comprensiva de los principios generales de Derecho, aun cuando éstos sean considerados como superiores a la Constitución formal). La interpretación de Olivera-Toro, significaría un bloqueo grave para el poder de acción (el Ejecutivo, en la terminología de Georges Vedel), excluiría implícitamente a la obediencia de la Constitución del campo de la legalidad, daría a ésta un sentido restringido incompatible con la esencia de una Administración *bajo Constitución*, obligada precisamente por ésta a paliar las pasividades del legislador.

La prelación de rango de los tratados, respecto de las leyes, es no sólo una exigencia doctrinal sino de la realidad latinoamericana. Desde un punto de vista doctrinal, la primacía del tratado sobre la ley ordinaria es tanto una consecuencia del imperio monista del derecho internacional (*pacta sunt servanda*) como de la coherencia del orden jurídico interno (*lex specialis*). Aun admitiendo su eventual recepción previa mediante ley en el derecho interno (*Transformationslehre*), la afirmación de que *los tratados o acuerdos regularmente ratificados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes*, cuando se la incluye expresamente en un texto constitucional, no quiebra sino que confirma el principio correcto. Desgraciadamente, la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (art. 133) consagra el principio opuesto, como consecuencia de la presión histórica del imperio angloamericano, a la que así buscaba resistir el constituyente de Querétaro. Ahora bien, la realidad latinoamericana, el proceso de la integración latinoamericana, encontraría una valla casi infranqueable en dicho criterio. Por ello, no sólo por razones doctrinales sino de *lege ferenda*, hubiéramos preferido encontrar aquí (p. 89) una severa crítica de una norma cuya generalización pondría a la nación latinoamericana a la merced del capricho retroactivo de los Parlamentos nacionales.

En materia de organización administrativa, la centralización, *de facto* vigente, parece haber adormecido los postulados democráticos de descentralización. El autor alterna elementos democráticos (pp. 229 y 251) y tecnocráticos (p. 227), descuidando el punto decisivo, la elección de las autoridades descentralizadas, por las personas e instituciones directamente interesadas en la prestación del servicio. Obviamente, la uniformización de la

vida local mexicana por el partido dominante podría explicar un encrespamiento contra "el elemento político, de nefastas consecuencias en la vida municipal" (p. 317). La solución no parece estar, sin embargo, en la despolitización de lo local, puesto que —creemos que Olivera-Toro compartiría el aserto— no debemos dejarnos envolver por el hablaje madrileño (*Gobierno* y no *Administración Local*, dicen con acierto los ingleses, ciertamente con más tradición de administración democrática que los peninsulares).\* No parece acertado generalizar, a nivel teórico, una postura contingente, histórica y geográficamente muy concreta.

#### IV

Estas y otras reservas menores que podrían formularse, no deberían sino incentivar la lectura de esta excelente obra docente, que logra presentar en forma inteligente e inteligible (cualidades frecuentemente divorciadas en las exposiciones administrativas) los más intrincados problemas, facilitando su comprensión a los novicios, y enseñando pedagogía a muchos juristas de lengua castellana —de ambas márgenes del Atlántico— que suelen confundir esoterismo con ciencia.

El profesor Olivera-Toro escapa en esta obra, airosamente, a las parafatales consecuencias del formalismo neokantiano. Desde luego, parece exactamente aplicable a este *Manual*, aportación relevante a la pedagogía latinoamericana de Derecho Administrativo, el estimulante elogio que merecen\*\* quienes vencen ese

"gusto del jurista clásico por las abstractas teorizaciones que les hacían mirar con repugnancia toda actividad que saliese fuera de estos cauces de exquisitez jurídica en que un poco estérilmente se movían (...) aportaciones inocuas en algunos casos y fructíferas en otros, al mundo del Derecho privado, [que] han supuesto en ocasiones una tara para la evolución del Derecho Público y de la buena Administración".

L. CORTIÑAS-PELÁEZ (Montevideo)

---

\* Cfr. en este *Archivo, supra*, t. I, p. 159 y ss., esp. nos. 1 y 5, así como en su nota 1, para el distingo decisivo entre la concepción democrática inglesa de *Gobierno Local*, y la autocrática de *Administración Local* que nos legara la lengua castellana.

\*\* Cf. Martín-Mateo, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, ed. del autor, distribución exclusiva Marcial Pons, Madrid, 1970, p. 70.



PRAT, Julio A; *Los Entes Autónomos en la Descentralización Funcional Uruguaya*, prólogo por Eduardo García de Enterría, Librería Editorial Amalia M. Fernández, Montevideo, 1971, 200 pp.

## I

El profesor Julio A. Prat, de la Universidad de la República Oriental, había justamente brillado en los años cincuenta con motivo de la publicación de su exhaustiva monografía *De la desviación de poder* (ed. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1957). El dominio crítico del Derecho Comparado, la seguridad conceptual y la claridad expositiva denotaban al reciente alumno de París y al discípulo de Sayagués-Laso.

Con esta nueva monografía, Prat prosigue un saludable alejamiento respecto de las preocupaciones procedimentales y procesales iniciales, que lo lleva, desde hace largo tiempo, a adentrarse en las estructuras de la administración pública. Testimonian de esta tendencia sus trabajos "Las regiones en la Constitución italiana" (*Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, t. VII, Nº 2, 1956); "Las corporaciones públicas en el Reino Unido" (*ibidem*, Nº 3), incluso la sustancialidad de su "Contribución al estudio del acto de gobierno" (*ibidem*, t. IX, Nº 4, 1958); "Estructura y contralor de la enseñanza pública" (*ibidem*, t. XIII, Nº 3, 1962), así como la primera parte de la presente tesis de agregación docente, "La descentralización funcional en el derecho comparado" (Nº 20 de los *Cursos y Documentos* del Instituto de Estudios Políticos para América Latina, Mendoza [Argentina], 1969).

## II

Como lo afirma el maestro García de Enterría, catedrático de la Facultad de Madrid, en su breve pero denso prólogo: "El lector tiene ahora en

sus manos un estudio perfectamente serio y logrado, edificado sobre un sistema conceptual a punto y referido a una problemática concreta, la del orden constitucional uruguayo" (p. 8).

Si prescindimos del estudio comparativo antes citado, que inicialmente se incrustaba entre las dos secciones de este libro, éste se divide en una parte de teoría general, "La teoría de la descentralización administrativa" (pp. 15 a 43) y en un estudio de derecho positivo, "El sistema autonómico constitucional" (pp. 45 a 186). En verdad, es este sistema el llamado a aportar más decisivamente, en cuanto, estructurado en tres capítulos "Evolución histórica de 1830 a 1952"; "La Constitución de 1952" y "La Constitución de 1967", permite captar las peculiaridades del régimen oriental, que como enseña el profesor venezolano D. Antonio Moles Caubet, es el primero en derecho comparado en forjar, a comienzos de este siglo, la categoría de los entes autónomos. Dichas peculiaridades sólo se comprenden, en efecto, si se capta su perfil histórico, el cual permite el indispensable arraigo en los fundamentos políticos, que le dan dimensión humana y trascendente, evitando el rebajamiento del jurista a la subespecie de los meros legistas, cuyo corto entendimiento se encapsula en la mera técnica formal.

### III

El tema de la descentralización orgánica tiene ya una antigua y consolidada tradición en la doctrina oriental, pues la República ha encabezado en América Latina, desde fines del siglo XIX, un intenso movimiento de intervencionismo estatal en lo económico y en lo cultural. Los trabajos de Dellepiane (*Estudios de derecho administrativo. Centralización y descentralización*, Montevideo, 1915); Demicheli (*Los entes autónomos*, Montevideo, 1924); Ramela de Castro (*Entes autónomos*, Montevideo, 1924), para no referirnos a los más recientes de Méndez, Sayagués-Laso, del propio Prat, Cassinelli-Muñoz y de quien esto firma, testimonian la permanente inquietud de juristas, tanto de derecho constitucional como de derecho administrativo, por un capítulo angular de las instituciones democráticas tendentes a afirmar la liberación económica y el desarrollo propio y autosostenido del país.

En efecto, con anterioridad, tanto a la Revolución Mexicana como a la Revolución Soviética, Batlle y Ordóñez, inspirándose en la filosofía de Ahrens y Tiberghien, epígonos como el español Giner de los Ríos del espiritualismo krausista, potenció primero y constitucionalizó después las autonomías surgidas al margen de la Constitución de 1830 y perfeccionadas

por las Constituciones de 1918, 1934 y el sistema de 1952-1967. Nos encontramos así, desde antes de la Primera Guerra Mundial, con un sistema autonómico constitucionalizado de hecho (desde 1918, de derecho), inspirador luego de importantes desarrollos en América Latina y aun en Europa. Así, los artículos 297 a 299 de la Constitución de Nicaragua de 1939, el régimen de los institutos autónomos en Venezuela, y *last but not least*, la ley francesa de enseñanza superior de 1968 (sobre ésta, la excelente tesis, aún inédita, de Roberto Arbeleche, *L'autonomie et la cogestion de l'Université en France et en Uruguay*, thèse, París II, 1971).

La fuerza expansiva de esta original construcción jurídica, puede quizá imputarse a su síntesis de elementos de derecho continental romano-germánico con otros de los países de la *common law*. En efecto, aquí tenemos un derecho administrativo —inicialmente de fuerte construcción francesa pero hoy también influenciado por la renovación forjada en España por el movimiento de la *Revista de Administración Pública*— garantizado por una jurisdicción administrativa suprema e independiente, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. Ahora bien, este derecho administrativo de la República Oriental (como los de Venezuela y de Costa Rica, y a diferencia de sus modelos francés y español), tiene no sólo sus cabezas de capítulo sino muy extensos desarrollos, en el cuerpo mismo de la Constitución; anticipándose en muchas décadas a las construcciones alemanas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, dicha consagración se radicaliza mediante su protección por un Poder Judicial independiente, cuya afirmación, igualmente de inspiración anglosajona —ya presente en las “Instrucciones del Año XIII” dictadas por el Libertador Artigas a los diputados de la Provincia Oriental ante el Congreso de Buenos Aires de 1813—, se institucionaliza mediante una Suprema Corte de Justicia competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, por vía de acción como de excepción.

Ello impone, en la investigación y en la presentación de la materia, un método sensiblemente diferente del utilizado en las obras tradicionales de derecho administrativo. La Constitución es la fuente suprema, los antecedentes constitucionales (y muy particularmente los debates constituyentes) son decisivos para el juez y la doctrina, la materia mantiene su sustancia administrativa pero tiene mucho de derecho constitucional, la amplitud de las fórmulas constitucionales deja ancho campo a la elaboración del legislador y aun de la doctrina.

No es ciertamente mérito menor del estudio del profesor Prat el haberlo así sentido, y hecho sentir, fundamentando prolijamente en dicha funciona-

lidad histórico-constitucional, cuidadosamente anotada, la mayoría de sus desarrollos. Estos se enriquecen complementariamente con una presencia constante de la más reciente doctrina y jurisprudencia, que confieren al libro marcada actualidad y utilidad.

#### IV

El sistema de las autonomías así constitucionalizado, acuerda a la descentralización funcional una garantía institucional de primer orden, a pesar de la mayor fluidez que ha dado la reforma de 1967 (pp. 155 y ss.) a los textos provenientes de la Constitución de 1952. Paralelamente, cabe destacar el riesgo del verbalismo normativo, del "miserable constitucionalismo semántico" que, con tanta razón como energía, critica el maestro Carlos Restrepo Piedrahíta, de la Universidad Externado de Colombia.

Este riesgo está presente, sutil pero claramente, en el trabajo del profesor oriental. Los textos constitucionales esperan su respeto celoso por el Ejecutivo y su defensa acendrada por la Jurisdicción. Ahora bien, recientes experiencias de la República Oriental —posteriores a la redacción final de esta obra— hacen dudar de la proclamada independencia de los jueces (cfr. *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Caracas, 1968-1969, t. I, pp. 375-388, con jurisprudencia anotada por el propio Prat). La valiosa jurisprudencia aquí citada (esp. pp. 126-136) debe completarse con la realidad del estado de sitio atenuado vigente, con intermitencias, desde fines de 1967, y bajo el cual se han celebrado incluso las elecciones generales de 1971, a pesar de haberse levantado la medida hasta por dos veces por los órganos legislativos competentes, siendo desacatado dicho levantamiento por el Poder Ejecutivo. La vigencia de las libertades públicas y de la independencia de los magistrados están en juego. Hubiéramos preferido un enfoque más detallado que el que aquí brinda (pp. 178-181) el profesor Prat. Su N° 45 y su nota 51, indican demasiado rápidamente cómo el Ejecutivo tiende a concentrar el poder, y cómo la centralización, insinuada con fuerza en las reformas constitucionales de 1967, tiende a imponerse por encima de los textos. Es éste un fenómeno común a otros países latinoamericanos, que tiende a unificarlos en los años sesenta y emerge con fuerza creciente en esta década de los setenta.

Por el método empleado, el autor prescinde de un desarrollo dogmático inducido, que quizá aún no permite esta lenta obra de la razón y de la historia, que son las instituciones constitucionales de la República Oriental.



Del mismo modo, echamos de menos un enfoque complementario de ciencia administrativa, que permitiera captar los propósitos y resultados concretos aportados al Uruguay por la descentralización funcional en grado de autonomía, de 1918 a 1958, año en que comienza a manifestarse, explícitamente, la voluntad de quebrar el sistema. En cuanto a la descentralización funcional mediante entes autónomos era considerada, conjuntamente con la seguridad social, hacia 1950, como uno de los dos pilares de la democracia en el Uruguay, se pone de manifiesto la gravedad sintomática que tiene, bajo la Constitución de 1967, su creciente anonadamiento por el Poder Ejecutivo.

Estamos ante un libro que será leído con interés, por sus valores sustanciales y formales. El juicio final del prologuista que compartimos, tiene tal enjundia y jerarquía, que exige ser aquí íntegramente transcrito:

“Sólo precisaré que late en él, animando los esquemas jurídicos formales, una saludable filosofía social que parece cada vez más necesaria a los administrativistas actuales, la filosofía de una salvaguardia de los valores humanos que se encuentran en grave riesgo ante una Administración cada vez más tecnocratizada, esto es, en los términos de Julien Freund, en manos de «los metodólogos», que desconocen o que enturbian, o que alteran los fines profundos del gobierno humano. En la dialéctica centralización-descentralización, que se ilustra lúcidamente en este libro, hay un nervio profundo de que el autor es constantemente consciente, la idea de que *no sólo se trata de resolver problemas de eficacia organizativa formal, sino, ante todo de problemas de integración humana*, los cuales, por lo demás, inmediatamente reobran sobre el propio plano, supuestamente aséptico, de la eficacia de gestión” (p. 9, subrayado nuestro).

L. CORTIÑAS-PELÁEZ (Montevideo)



SERRA ROJAS, Andrés; *Derecho Administrativo*, 4ª ed., Librería de Manuel Porrúa, S. A., México, 2 tomos, 1968, 1282 pp.

Esta obra, cuya primera edición, en un tomo, data de 1959, alcanza en ésta una ambiciosa complementación del aspecto normativo con el marco de las ciencias administrativas, mediante una ampliación y actualización considerables de su copiosa bibliografía.

Cada tomo de la obra del profesor emérito de la Universidad Nacional Autónoma comprende cinco partes, de acuerdo al plan general siguiente, en diez partes: I) La autoridad institucional del Estado; II) La actividad del Estado moderno; III) Los principios generales del derecho administrativo; IV) La estructura de la Administración Pública; V) La organización administrativa; VI) Las finanzas del Estado; VII) Los medios de acción de la Administración Pública; VIII) Teoría general de las obligaciones administrativas; IX) La justicia administrativa; X) La responsabilidad del Estado.

## I

Autor de numerosas obras de Teoría General del Estado y de Derecho Constitucional, el profesor Serra Rojas integra sus enfoques normativos concretos, en los generales de las Ciencias Políticas y Administrativas, en sentido amplio, y del Derecho Constitucional. En esta América Latina del último tercio del siglo XX, asfixiada por la triple herencia del "legalismo antijurídico" de cuño hispánico, de la *nozionística* desencarnada, y del normativismo deshumanizante, esta *apertura* —a la vida social y política que subtiende el "desierto de mecánica jurídica", de que nos habla Gonidec— configura un acierto metodológico singular. Se trata de la apertura más importante producida hasta ahora en la doctrina latinoamericana de derecho administrativo general. Naturalmente que hubiera sido mucho más fácil convertirse en un insípido rumiante de las páginas del *Boletín Oficial del Estado*... "en lugar de enfrentar la ardua dificultad de pretender "ser algo

más que una aventajada glosa de los textos positivos”, como dijera recientemente el ilustre administrativista español Alejandro Nieto-García.

Serra Rojas asume así estampa de precursor, de pionero, de quien desdén la obra fácil a su alcance y abraza una empresa, casi una apuesta, de muy difícil logro y que necesariamente suscitará cierta incompreensión en las filas, tradicionalistas en su casi totalidad, de los administrativistas latino-americanos. Se trata en efecto de la aportación de un *jurista*, en un mundo administrativo dominado por legistas.

En dicho sentido, la visión del profesor mexicano adquiere ese aliento pluridisciplinar que comienza a implantarse en Europa, particularmente en Francia, luego de los acontecimientos de mayo de 1968. Ello realza el mérito del esfuerzo que estos tomos testimonian, en cuya prosecución perseverante cabe alentar al autor, cuya reflexión se apoya constantemente en una visión general del Hombre y de las instituciones sociales, de tan penosa inexistencia en los “puristas trigonométricos” de Viena y sus epígonos, que pretenden imponernos una “ciencia jurídica sin Derecho”.

## II

La documentación, sin alcanzar la magnitud y el rigor de un “Tratado”, convierte a numerosos capítulos en verdaderas monografías, abiertas ampliamente a las fuentes tradicionales de Francia y España, pero también —y es otro mérito de Serra Rojas—, a las angloamericanas (es decir, de los Estados Unidos del Norte), y a las británicas.

El lector latinoamericano siempre agradecerá al autor un sinnúmero de referencias nuevas y utilísimas: tal aportación no se limita a México, primer país de lengua castellana en la segunda mitad del siglo xx, para el cual es exhaustiva; así también descuella en materia de servicios públicos angloamericanos (I, 90), de expropiación en América Latina (I, 91), de doctrina general del Derecho Constitucional (I, 189), de régimen de Poder ejecutivo directorial (I, 544), y en general sobre Poder Ejecutivo (I, pp. 543-44), de normas administrativas y órganos auxiliares (I, 565), de descentralización en los países de la *common law* (I, 660).

En este terreno, podrían reprocharse ciertas omisiones en materias como municipios (Martín-Mateo), función pública internacional (Bastid, Langrod), contratos administrativos (Mitchell), empresas públicas (Brewer-Carías), teoría del órgano (Méndez), monopolios (Tamames), derecho administrativo de la economía (Gordillo) y de la educación (Laubadère,

Oppermann), principios generales del Derecho (Jeanneau), contencioso-administrativo (G. de Enterría, Auby y Drago, Sandulli), circulares y medidas de orden interior (Rivero), desviación de poder (Prat), planificación (Chillón-Medina, Martín-Retortillo, Predieri, el mismo Laubadère). Se trata de aportaciones conceptuales cuya ausencia se refleja en el desarrollo mismo de la obra. Véanse, por ejemplo, sus líneas sobre teoría del órgano.

Como suele suceder en las obras latinoamericanas, hay dos sectores casi siempre olvidados, las doctrinas alemana y latinoamericana. Respecto de esta última, cabe destacar sin embargo que el tratadista mexicano se ha preocupado por rastrear los principales autores de los años cincuenta, aunque su esfuerzo no llegue al período más reciente, posterior a las contribuciones de Sayagués-Laso, Silva-Cimma y Villegas-Basabilvaso.\*

### III

Como era de esperarse, Serra Rojas nos aporta una información excelente, y muy actualizada, de derecho administrativo mexicano. Contribuye así a la comprensión de tendencias novísimas ínsitas, en cambios recientes, y permite de este modo el manejo de datos preciosos para quienes buscan la estructuración de un Estado latinoamericano al servicio de las mayorías.

En los límites estrechos de esta recensión, querríamos destacar, para empezar, tres puntos relevantes.

En primer lugar, la raíz gaditana de nuestro derecho público constitucional. En dicho sentido, el entronque de nuestro Poder Ejecutivo, no sólo con la Constitución angloamericana de Filadelfia de 1776, sino con la Constitución española de Cádiz de 1812, particularmente respecto de los Secretarios de Estado y del referendo (I, 533).

En segundo lugar, la enérgica defensa de la potestad económico-coactiva del Presidente de la Unión Mexicana; el sufragio universal directo potencia al Jefe de Estado y del Gobierno, para enfrentar las presiones externas e internas, y pone la vida toda de la nación en manos del "elegido" por un período de seis años (II, 1056 a 1068). En nuestra América Latina, desgarrada por los extremismos de la dictadura irresponsable y de un neoparlamentarismo igualmente irresponsable, la fórmula mexicana, de raigambre precolumbina, obliga a una meditación institucional y política, ante los imperativos de liberación y desarrollo.

---

\* Cf. *supra*, este *Archivo*, t. I, pp. 639-659, para una tentativa de *Bibliografía Latinoamericana de Derecho Administrativo*.

En tercer lugar, la jurisprudencia como fuente preceptiva de la norma jurídica. En efecto, por ley reglamentaria de la Constitución, según reforma de 30 de abril de 1968 al artículo 192 de la Ley Orgánica de los artículos 103 a 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (cit. p. 234), la jurisprudencia del Pleno de la Corte Suprema se incorpora a las fuentes formales del Derecho, mediante un artículo cuya importancia —para el derecho público comparado de los países romano-germánicos— merece transcripción textual:

“La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia funcionando en pleno sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, es *obligatoria* tanto para ella como para las Salas que la componen, los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, Juzgados de Distrito, Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los Estados, Distrito y Territorios Federales y Tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. Las ejecutorias de las Salas de la Suprema Corte de Justicia constituyen *jurisprudencia*, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por lo menos por cuatro ministros”.

Semejante cambio en la teoría de las fuentes de los países romano-germánicos, justifica un sobresalto. Por supuesto que la jurisprudencia es fuente *de facto*, desde el siglo XIX en el derecho administrativo francés, y desde 1949 en el derecho público de Alemania federal; por supuesto, que el excepcional período de la Suprema Corte de Justicia argentina entre 1958 y 1962, en algunos fallos debidos a la lucidez y al talento del Ministro Oyhanarte, reivindicó con seriedad su esencia de poder público del Estado. Pero aun en Alemania y Francia, y, naturalmente en países de tradición penosamente jurídicista como Italia y España, amén de los latino-americanos, todos sabemos de una reiterada función conservadora de la magistratura, tendente a “conservar” privilegios de la minoría y a resistir la plena vigencia de los derechos de las mayorías.

Ahora bien, tratando de escudriñar la postura que subtiende esta innovación mexicana, no debe olvidarse que el maestro González-Casanova ha demostrado recientemente que el “amparo” y, en general, las ejecutorias de la Suprema Corte, configuran una justicia al servicio de propietarios y de compañías extranjeras, siendo éstos el 67 por ciento de los “beneficiarios” de los fallos (*vid. La democracia en México*, ed. Era, S. A., México, 1965, 3ª ed. de 1969, pp. 34-36, y cuadros anexos V a VIII, pp. 236 a 242).\*\* Podría sin embargo reconocerse una “atenuante” paradójica a este riesgo oligárquico de la jurisprudencia mexicana. En efecto, para quienes hemos sido formados en

---

\*\* *Vid. este Archivo*, t. II, la recensión del profesor Domingo Alfonso Bacalao (Carabobo).

las ficciones del normativismo y de la separación de poderes, es oportuno recordar que el Poder Judicial mexicano, a diferencia del Poder Judicial angloamericano en los tiempos del *New Deal*, no es verdaderamente independiente del sufragio universal encarnado en el Jefe de Estado, ya que, como señala Serra-Rojas,

“El pleno no es sólo un organismo jurisdiccional, sino también político en cuanto que no puede dejar de estimar las circunstancias reales de poder de la nación, o sufrir inevitablemente la acción de la política del Poder Ejecutivo, del cual aparece como un reflejo” (p. 236 del t. I).

#### IV

Esta obra aporta datos y precisiones de trascendencia para una teoría general del derecho público latinoamericano.

Entre ellos, merecen destacarse:

Que sumiso e ineficaz... el Congreso —que se reúne sólo cuatro meses al año (p. I, 215) es un órgano de expresión de la política presidencial.\*\*\*

El análisis del apartado “B)”, incorporado en 1960 por López Mateos, del artículo 123 de la Constitución, en materia de derechos sociales de los funcionarios, así como el estudio de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, de 28 de diciembre de 1963, reformada en 1967 (I, p. 398 ss.);

La amplitud conferida por la jurisprudencia a los reglamentos dictados por el Ejecutivo, “parte integrante de las disposiciones legislativas que reglamentan... y tienen todos los caracteres de una ley” (I, 212);

La rígida negativa a conferir el poder reglamentario a los Secretarios de Estado (I, 549), reservándolo en exclusividad al Presidente de los Estados Unidos Mexicanos;

La severa limitación jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa (I, 211, nota 27), a diferencia de los excesos permitidos por el nazi Forsthoff y sus epígonos latinoamericanos;

La afirmación de principio del poder reglamentario, como potestad implícita en el deber jurídico de ejecutar las leyes (I, 218), superando

---

\*\*\* Ya antes fundamentado por Serra Rojas en su trabajo “La función constitucional del Presidente de la República”, en la obra colectiva *El pensamiento jurídico de México en el Derecho Administrativo*, vol. 31 de la Biblioteca Mexicana del Colegio de Abogados, Librería de Manuel Porrúa S.A., México, 1962, pp. 205-252, esp. p. 224.

aquí las trabajosas argumentaciones de Fraga \*\*\*\* y la irreal negativa de Tena-Ramírez (*Derecho Constitucional Mexicano*, 9ª ed., Ed. Porrúa S.A., 1968, p. 434 y ss.);

El rechazo de la descentralización territorial como categoría (I, 599), y su presentación empírica de la descentralización por servicios y de la tutela administrativa, no constitucionalizadas en México, a diferencia de Venezuela y de la República Oriental;

El peso directo del Presidente en los organismos así descentralizados, la mayoría de cuyos directorios siempre parece designar (así, para Petróleos —I, 700— y para Ferrocarriles —I, 707);

La incorporación de las sociedades de inversión o *holdings* al derecho administrativo, con obligada participación estatal (I, 734 y ss.);

El control administrativo de las inversiones extranjeras (II, 1056 a 1068) y la celosa policía de la actividad política y económica de los extranjeros (II, 1089);

La radiotelevisión, como de categorización impostergradable en cuanto servicio público (II, 1112), para frenar la arrolladora acometida que las formas comerciales están llevando contra los valores culturales del país;

La amplitud de las potestades administrativas en materia expropiatoria, donde la indemnización no es necesariamente previa (II, 1010);

En materia de administración fiscal, la consagración del *solve et repete* (II, 1189-1190), abolido recientemente, en otros países latinoamericanos, como consecuencia de la presión sistemática de grandes intereses, tendentes a desposeer al Estado de los poderes jurídicos que le son esenciales para desarrollar eficazmente su actividad económico-financiera, etc.

## V

Como es natural, y hasta forzoso, en obras de tal extensión surgen algunos reparos, sustanciales y formales, que nos permitimos apuntar.

La presentación del derecho positivo no es crítica sino, las más de las veces, meramente descriptiva. Por ejemplo, en materia de la administración metropolitana del Distrito Federal de la Ciudad de México, se omiten los fundamentos (vulnerables pero coherentes) de la reforma constitucional del general Obregón, del 18 de abril de 1928 (I, 582); de este modo, las estruc-

---

\*\*\*\* *Derecho Administrativo*, pp. 107-114; cfr. *supra*, este *Archivo*, t. I, pp. 625-630, nuestra recensión.



turas autocráticas y centralistas del Gobierno del Distrito (I, 576 y ss.) no descubren su "prima" al electorado menos alfabetizado de la Federación, ni se condena al "prudente" alejamiento de los "metropolitanos" de la administración y gobierno de los asuntos locales, todo lo cual responde, no al modelo del Distrito angloamericano de Columbia (actualmente en proceso de revisión mediante reconocimiento del sufragio universal directo a sus habitantes) sino más bien al centralismo parisiense.

Igualmente, no nos parece adecuadamente fundada su admisión de la categoría autónoma, tan discutible y discutida, de los actos de gobierno (I, 251).

El concepto de servicio público evita los excesos de la doctrina francesa, pero no siempre es utilizado en el mismo sentido. A veces orgánico (I, pp. 79 y 650), otras funcional (I, 77), como sinónimo, sea de actividad, o aun de régimen jurídico de derecho privado (I, 83). En cuanto a la policía, considerada sea como cometido esencial sea como atribución del Estado, no correspondería relegarla, como medio de acción de la Administración, al final de la obra (II, 1097-1138), sin vincularla en modo alguno con el servicio público, o, en general, con las actividades estatales. Ello explica quizá la poca importancia atribuida al concepto de la "buena policía" de los cameralistas alemanes del siglo XVIII, apenas apuntado en nota (25 de II, 1021).

En América Latina, el pensamiento de Sayagués-Laso significó el primer esfuerzo sistemático hacia *un* inexistente derecho administrativo *latinoamericano*, interpolado a partir de la doctrina y de las bases dispersas de diversos derechos positivos balcanizados, esfuerzo sólo quizá comparable con el desarrollado por Otto Mayer interpolando *un* (inexistente) derecho administrativo alemán, a partir del vigente en los distintos *Länder* del imperio guillermino. Erich Kaufmann ya indicó, desde 1925, en su patética despedida a Mayer ("Otto Mayer - Ein Beitrag zum dogmatischen und historischen Aufbau des deutschen Verwaltungsrechts", *Verwaltungsarchiv*, t. 30, pp. 377-402), los méritos y debilidades de una construcción semejante, y a él nos remitimos. De todos modos, en dicha empresa no puede menos que inscribirse toda obra general que se publique en América Latina en esta segunda mitad del siglo XX. Por ello, la univocidad conceptual y terminológica, imperiosa en dicha convergencia, sugiere las siguientes reservas:

Se habla de "función" reglamentaria (I, 588), por potestad;







FIORINI, Bartolomé A.: *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, 283 pp.

Este reputado profesor de derecho administrativo en las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y La Plata, enriquece a la literatura jurídico-administrativa con este valioso estudio monográfico, que, como el autor lo expone, en su "tesis introductiva", se relaciona con la tesis sustentada en sus libros precedentes *Qué es el contencioso* y *Manual de derecho administrativo*.

En dichos libros se vincula el derecho administrativo al régimen constitucional argentino, según el cual corresponde al Poder Judicial entender en el contencioso-administrativo (Arts. 100 y 31 de la Constitución argentina).

Toma, además, en cuenta los principios y pautas generales sobre el acto jurídico, contenidos en el Código Civil argentino como ley común (art. 67 inc. 11 de la Constitución) sin que ello importe adaptar el acto administrativo a las normas de derecho privado.

Estudia, en sucesivos capítulos, el acto jurídico-administrativo, el régimen jurídico de los actos administrativos, su existencia y validez, la invalidez de dichos actos (sus causas y normas del Código Civil sobre invalidez y nulidad de los actos administrativos) la potestad anulatoria sobre los actos administrativos y la convalidación de los mismos.

Se trata de una obra que en lo sucesivo será de consulta obligada para el estudio del tema, por la autoridad del autor y por la agudeza de sus opiniones, que expresa siempre de manera rotunda, expresiva de su fervor por las verdades científicas.

A. R. REAL (Montevideo)





de las instituciones administrativas. Y he escogido para este breve desarrollo un título genérico que también nos lo proporciona González-Casanova: *El Modelo y la Realidad*.

Estuve tentado de enmarcar este bosquejo dentro de la titulación *La Norma y la Realidad*; pero, en fin, el primero me parece más gráfico, más decidor.

La organización constitucional de México tiene su fuente primigenia en los postulados de los constituyentes de Filadelfia; en la tesis de Rousseau sobre la soberanía popular; en la teoría de Montesquieu acerca de la división de los poderes y en las ideas de Madison expuestas en *El Federalista* acerca de los frenos y contrapesos del poder del estado. Digamos que éste es el modelo en el cual se inspiran ideológicamente los países de América Latina, y concretamente México. Es el sistema sobre el cual se erige la arquitectura constitucional de nuestros países. Es, para decirlo con palabras de González-Casanova, la ortodoxia política trasplantada a una realidad pagana, criolla, distinta.

En toda sociedad existen contrastes entre las normas y la realidad. Pero estos contrastes se acentúan cuando esas normas no son el producto de la experiencia, de la confrontación con la vida social de los pueblos, sino un trasunto de realidades extrañas que se pretenden imitar. Tal es nuestro drama, llevado al extremo por los escritores de ciencia política cuando creen que nuestras instituciones político-sociales se desarrollan al compás del constitucionalismo clásico expresado en la organización de las Cartas Fundamentales de los países latinoamericanos: con su tradicional división y equilibrio de los poderes (Ejecutivo, Legislativo, Judicial); con el sistema de frenos y contrapesos; con la lucha de los partidos que institucionalizan el cambio de poder; con la existencia de una federación con sus estados libres y soberanos; con la vida municipal autónoma, etc. Al margen de este simbolismo ortodoxo, oficial, civilizado, transcurre la dinámica institucional que contorna nuestra facticidad.

Si queremos sacar provecho para el futuro tenemos que comprender que la estructura del poder de las naciones-estado latinoamericanas ha roto el molde que pretendió sujetarlas y explicar su mecanismo. La teoría clásica no tiene validez para explicar su existir institucional. Es lo que se desprende de la enseñanza del profesor Pablo González-Casanova cuando apunta textualmente en el ensayo que comentamos lo siguiente:

"En la realidad, la estructura del gobierno y las decisiones políticas van por caminos distantes de los modelos ilustrados del siglo XVIII y principios del



xix"; y continúa, "La dinámica política, la institucionalización del cambio, los equilibrios y controles, la concentración y distribución del poder hacen de los modelos clásicos elementos simbólicos que recubren y sancionan una realidad distinta".

a) Los estudiosos de la teoría general del Estado del Derecho Constitucional han descuidado cuando analizan la estructura del poder, el papel que juegan los partidos en la configuración del mismo. Por una razón sencilla: teorizan al margen de los hechos. Proceden con la óptica tradicional de la división y equilibrio de los poderes, sin darle a los partidos su importancia vital. Preguntamos: ¿Qué equilibrio puede existir entre un Ejecutivo y un Legislativo dominados ambos hegemónicamente por el mismo partido? Ninguno. La política del Ejecutivo se impondrá sin reparos a un Legislativo sumiso. Tal cosa sucede en México, como veremos más adelante.

Algunos autores europeos han revisado la teoría clásica de la democracia para poner al descubierto algunas de sus incongruencias. Tímidos pasos en este sentido se comienzan a dar en Latinoamérica (ejemplo excepcional el del profesor Pablo González-Casanova). En nuestras universidades se repite con fuerza de axioma la tesis según la cual el régimen de Gran Bretaña es el ejemplo puro del parlamentarismo. Adicionando con el mismo entusiasmo que el Parlamento puede hacerlo todo, menos cambiarle el sexo a una persona. Esto es falso porque la política del Ejecutivo es la política del partido triunfante que recibe el respaldo disciplinado de un Parlamento controlado por el mismo grupo ideológico. El régimen se convierte, entonces, en un gobierno ejecutivista. Se rompe el equilibrio clásico por la presencia del partido, convirtiéndose el parlamentarismo en un mito que a manera de ritornelo golpea nuestros oídos. Pero, volvamos al hilo de la cuestión. En México, el Partido Revolucionario Institucional (P.R.I.) ha jugado desde su fundación en 1929 un papel de primer orden. Es el partido único de la democracia mexicana, el partido de gobierno que no ha perdido desde su creación hasta nuestros días ningún evento electoral. México es, en América Latina, un régimen de democracia formal con partido único. Frente al P.R.I. existen grupos más o menos organizados a quienes difícilmente puede dárseles con propiedad el título de partidos contendores. Son, principalmente, grupos de presión que con frecuencia se pegan al partido dominante con el propósito de lograr algunas canongías y posiciones en el gobierno. Los grupos que al margen de las componendas y el "ceremonial electoral" han entablado una lucha





xicano, siguiendo las ideas de Madison, escogió para articular su ordenamiento constitucional? Muy certeramente asienta González-Casanova:

"En resumen, se advierte que el sistema de equilibrio de poderes no funciona. Hay un desequilibrio marcado que favorece al Ejecutivo. Es entonces cuando uno se pregunta cuál es la función del Poder Legislativo. Aparentemente el Legislativo tiene una función simbólica. Sanciona actos del Ejecutivo. Les da una validez y una fundamentación de tipo tradicional y metafísico, en que los actos del Ejecutivo adquieren la categoría de leyes, o se respaldan y apoyan en el orden de las leyes, obedeciendo a un mecanismo simbólico muy antiguo, aunque de tipo laico".

d) Con la Suprema Corte de México pareciera que estamos ante una excepción de todo cuanto hasta el momento se ha anotado. Resaltando aun más su aparente independencia frente al Ejecutivo, dada la circunstancia de politización excesiva del Poder Judicial en otros países latinoamericanos. Es verdad que en México el máximo tribunal guarda cierto equilibrio con el propósito de crear confianza en los ciudadanos ante una posible tendencia hacia la arbitrariedad del Presidente, que pudiera ser el resultado lógico del desequilibrio de los poderes, acentuado en beneficio del Ejecutivo. Si bien la Suprema Corte, constituye un matiz diferenciador, no es tan concluyente como para pensar en su autonomía real. Oigamos a González-Casanova:

"Que la Suprema Corte de Justicia constituya un poder con las características señaladas (con cierta independencia y como freno a los actos del Presidente y sus colaboradores) parece no presentar lugar a dudas, lo cual no impide por supuesto, que en las grandes líneas siga la política del Ejecutivo, y sirva de hecho para darle mayor estabilidad".

e) El interés que nos motiva al reseñar esta obra —en el punto escogido—, es contrastar el modelo, ilustrándolo con la realidad. Para ello hemos tomado las ideas centrales, algunos datos de importancia y la argumentación contundente del autor. Insistir con minuciosidad en datos, estadísticas, proporcionados abundantemente por el profesor González-Casanova, escapa a las posibilidades de un trabajo de esta naturaleza y rebasaría el fin perseguido. Hemos dejado, bueno es decirlo, elementos de importancia para la total comprensión del tema. Pero, de haberlos incluido, este trabajo hubiese tomado otro rumbo. Hasta el momento, hemos constatado un abismo entre la teoría y la práctica, el modelo y la realidad. No varía la situación, cuando en la continuación del tema abordamos el análisis de la Federación y los Estados que la integran. Con pensamiento de esclarecido analista, González-Casanova nos corre el velo del problema para que sigamos observando como

"la idea de una Federación integrada por estados libres y soberanos, típica del modelo elaborado por los constituyentes de Filadelfia —y recogida por todas nuestras Constituciones liberales hasta la actual— no corresponde a la dependencia real que guardan los estados respecto del gobierno federal, y los gobernadores respecto al Presidente".

La dependencia de los estados respecto del gobierno federal así como de las de los gobernadores respecto del Presidente, se da en tres órdenes vitales: en lo económico, en lo militar y en lo político. Económicamente el gobierno federal es poderoso, encontrándose los estados sumidos en la pobreza. Un solo dato sirve para ilustrarnos. La Federación y el Distrito Federal recibieron para ellos el 87 por ciento del total de la Hacienda Pública (1962) y las demás entidades que la conforman solo el 10 por ciento. Políticamente, los gobernadores no gozan de estabilidad, y en razón de una serie de mecanismos jurídicos y políticos pueden ser depuestos de sus cargos en cualquier momento. En el orden militar, están sujetos a un sistema de control, efectuado por el comandante de la zona, nombrado directamente por el gobierno federal. Una vez más queda explicitado cómo el modelo y la realidad no logran compaginarse. Como el sistema de "frenos y contrapesos" es una mentira constitucionalizada.

f) La existencia del municipio libre es una simple formalidad para cumplir con los últimos requisitos de la teoría clásica. Se ahoga (el municipio) en una inmensa penuria económica y su escasa libertad está entabada por la Federación, los estados y el partido de gobierno. No existe un gobierno local autónomo e independiente que pudiera ser el germen de una futura democracia renovada.

Resumen, del texto del profesor González-Casanova se extrae la siguiente conclusión: En México existe un régimen presidencialista acentuado, que salvo la excepción de la Suprema Corte, es potenciado por la actitud del Poder Legislativo, y por el dominio absoluto que ejerce el Ejecutivo sobre el partido dominante. A esto agregamos el control sobre los estados federales y el gobierno municipal. Configurándose así, una situación que expresa un ilimitado poder del Ejecutivo, del Presidente, que parece no tener obstáculo ni puntos de contención. Ahora bien, ¿éste poder ilimitado del Presidente, no está condicionado por ningún factor? ¿Cuáles son los factores reales de poder que dinamizan o entaban la sociedad mexicana? Las preguntas que quedan flotando en estas páginas reciben respuestas precisas en el estudio de González-Casanova. El libro









RIBEIRO, Darcy: *Las Américas y la Civilización. La Civilización Occidental y nosotros*. Tomo I. *Los Pueblos Testimonio*. Tomo II. *Los Pueblos Nuevos*. Tomo III. *Los Pueblos Trasplantados*. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969. 800 pp. in 12°

Con lenguaje ameno, al alcance del lector no especializado, poco frecuente en intelectuales de su talla, el profesor, antropólogo e investigador brasileño, Darcy Ribeiro, nos entrega en menos de mil páginas una extraordinaria síntesis de cinco siglos de historia, —“integración de los enfoques antropológico, sociológico, económico, histórico, político”— de las dos Américas; la América Anglosajona, tecnificada y subdesarrollante, y la América Latina, india, mestiza o blanca, atrasada y subdesarrollada. No se queda Ribeiro en el estudio meramente descriptivo de la realidad histórica y de la actualidad americana, sino que intenta una interpretación “de los factores sociales, culturales y económicos, que presidieron la formación de las etnias nacionales americanas, y un análisis de las causas de su desarrollo desigual”.

Tampoco se queda en el señalamiento de los factores causales, sino que busca, en un deliberado esfuerzo por contribuir a una toma de conciencia activa, “determinar las perspectivas de progreso, caracterizar las estructuras de poder vigentes en América Latina, y detectar las fuerzas virtualmente insurgentes que se alzan contra ellas”. Partiendo del “descubrimiento” de lo que hemos sido es decir, desentrañando los efectos de la expansión europea en América, arribar a un concepto de lo que somos hoy, “el producto de dos mil años de latinidad, mezclada con poblaciones mongoloides y negroides, aderezada con la herencia de múltiples patrimonios culturales y cristalizada bajo la compulsión de la esclavitud y de la expansión salvacionista ibérica, una civilización tan vieja como los más antiguos en lo que respecta a su cultura, a la vez que constituyen pueblos tan nuevos como los más recientes en cuanto a etnias. Y de esta toma de conciencia de lo que somos hoy, “predispuestos a entender para actuar, y actuar para comprender”, comprometernos en una acción

liberadora, transformadora, que signifique una verdadera revolución social latinoamericana". "Ella devolverá un día a los pueblos de América morena el impulso creador perdido hace ya siglos por sus matrices ibéricas; perdido desde el momento en que quedaron al margen de la revolución industrial entrando por ello en decadencia. Significará también el ingreso de los latinoamericanos en el diálogo entablado a escala mundial, puesto que tienen una contribución específica que hacer a la nueva civilización ecuménica. Y esta contribución consistirá, esencialmente, en lo que ellos son como configuración étnica. Más humanos porque incorporan más rasgos raciales y culturales del hombre. Más generosos, porque permanecen abiertos a todas las influencias y se inspiran en una ideología integradora de todas las razas. Más progresistas, ya que su futuro se cifra únicamente en el desarrollo del poder y en la aplicación generalizada de la ciencia y la técnica. Más optimistas, porque saliendo de la explotación y de la miseria saben que el mañana será mejor que el ayer y el hoy. Y también más libres, puesto que sus proyectos nacionales de progreso no suponen la opresión ni el despojo de otros pueblos".

El primer y más arduo problema que tiene que enfrentar Ribeiro es, como él lo señala, el problema de las limitaciones metodológicas, ya que los científicos sociales latinoamericanos son orientados hacia estudios minuciosos y detallados, pero de carácter micro-estructural, resultando por ello en la mayoría de los casos, restringidos e irrelevantes. El instrumental metodológico al alcance viene a ser inapropiado para el tratamiento de temas amplios y complejos respecto de los cuales se carece de una metodología "científica". Ante la disyuntiva de esperar, o de "aceptar el riesgo de errar que suponen las tentativas pioneras", opta por lo último.

En una primera parte, al tratar "Las teorías del atraso, y del progreso" Ribeiro descubre el velo místico que ha ensombrecido el panorama científico-social y deja al descubierto lo infructuoso de las dos concepciones "científicas" dominantes, para explicar el desarrollo desigual de nuestras sociedades y lo "inoperante que resultan como esfuerzos de formulación de estrategias en luchas que conduzcan a la ruptura con el atraso; basada en un realismo miope, la Sociología Académica se contenta con acumular datos empíricos sobre la realidad, sin ser capaz de formular una teoría científica que la explique en su dinámica y variedad. El Marxismo Dogmático, pese a originarse en una teoría explicativa y en una perspectiva histórica fecunda, se pierde en la búsqueda de evidencias de una reiteración cíclica de etapas o pierde el camino en vanas tentativas de encuadrar la realidad en antinomias formales. Ambos resultan doctrinarios".

Más adelante, nuestro autor estudia los factores causales del proceso de cambio social —*aceleración evolutiva*— o la perpetuación del sistema—*actualización histórica*— y señala, que lo que corresponde hacer a quienes desean y necesitan comprender la realidad social para actuar sobre ella es superar la oposición paralizadora entre la Sociología Académica y el Marxismo Dogmático. “Superar las falsas ciencias del hombre, desenmascarando su ineptitud para elaborar una teoría de la realidad social debido a su compromiso con la perpetuación del *statu quo*. Superar el Marxismo dogmático denunciando su carácter de escuela exegética de textos clásicos, incapaz de focalizar la realidad en sí misma para extraer de ella su conocimiento”.

Nos habla de una nueva antropología heredera de la temática y de la metodología del materialismo histórico, que tenga como características distintivas, una perspectiva evolucionista multilineal, una noción de causalidad necesaria y una actitud deliberadamente participante de la vida social, capacitada para enjuiciarla con lucidez como una ciencia comprometida con el destino humano.

Ribeiro no utiliza para su análisis la separación infraestructura-superestructura de inspiración marxista, sino que introduce una nueva distinción entre tres contenidos básicos, *lo adaptativo* (tecnología), *lo asociativo* (clases sociales) y *lo ideológico* (valores y creencias).

“Nuestra hipótesis es la de que los pueblos del mundo moderno tuvieron como generador de su actual modo de ser —actor causal básico—, el impacto sufrido bajo las fuerzas transformadoras desencadenadas por las dos revoluciones tecnológicas, la Mercantil y la Industrial, que produjeron la “civilización europea occidental” en sus perfiles capitalista-mercantil e imperialista-industrial. Y de que aquellas revoluciones tecnológicas, operando diferencialmente sobre los distintos contextos nacionales —en la medida que actuasen como un proceso de evolución autónoma o como una acción refleja de núcleos anteriormente desarrollados— otorgaron privilegios a algunos pueblos, instrumentándolos con poderes de dominio y explotación sobre los demás, en forma de núcleos rectores, y degradaron a otros transformándolos en condiciones de existencia de los primeros”.

Desarrollados sus conceptos de aceleración evolutiva y actualización histórica, Ribeiro señala la importancia fundamental que tiene para nosotros el objetivo de forjarnos y desarrollar una conciencia crítica cuestionadora e indagativa. Luego analiza los efectos de la expansión europea sobre

América, determinado, en lo que respecta a las colonias iberoamericanas, por el carácter Mercantil-Salvacionista del proceso civilizatorio, que da origen a formaciones Colonial Esclavistas, y en lo que respecta a las colonias anglosajonas determinada por su carácter Capitalista-Mercantil, que da origen a formaciones Coloniales-Esclavistas, Coloniales-Mercantiles y Coloniales de Poblamiento. La primera de estas formaciones, a través de un proceso de *actualización histórica* producido por la Revolución Industrial, deviene en una formación neocolonial, y, la segunda, en una formación Capitalista-Imperialista.

En lo cultural, todo este proceso se traduce en el carácter espurio de nuestras culturas y en la aparición de una nueva tipología étnico-nacional, producto de la fusión y expansión de las matrices raciales.

De allí extrae Darcy Ribeiro, los cuatro grandes grupos o configuraciones histórico-culturales. Cada una de ellas engloba poblaciones muy diferenciadas, pero también suficientemente homogéneas en cuanto a sus caracteres étnicos básicos y en cuanto a los problemas de desarrollo que enfrentan, como para ser legítimamente tratados como categorías distintas.

"La tipología que expondremos a continuación pretende ser una clasificación de categorías históricas, resultantes del proceso civilizatorio cuyo cumplimiento en los últimos siglos afectó a todos los pueblos de la tierra, forman categorías congruentes de pueblos fundadas en el paralelismo de su proceso histórico de formación étnico nacional, en la uniformidad de sus características sociales y de los problemas de desarrollo que enfrentan. Ella pretende tener significación e instrumentalidad en el estudio del pasaje de estos pueblos de la condición de sociedades y culturas autónomas, a la de componente subalterno de sistemas económicos de dominación mundial distinguidos por el carácter espurio de sus culturas y que, en el momento actual, cuando han ingresado en el curso de la civilización moderna, protagonizan movimientos de emancipación tendentes a devolverles la autonomía".

*Los pueblos testimonio* (tomo I) constituyen para Ribeiro una configuración étnico-cultural integrada por las agrupaciones humanas formadas por los pueblos sobrevivientes de las civilizaciones autónomas que sufrieron el impacto de la expansión europea y que son el resultado traumatizado y mediatizado de esa expansión. "Más que pueblos retrasados en la historia son pueblos despojados de la historia. Contaban originalmente con enorme acopio de riquezas que ahora podrían ser utilizadas para costear su

integración a los sistemas industriales de producción, si no hubieran sido saqueados por el europeo. Este pillaje prosiguió en los siglos posteriores con el despojo del producto del trabajo de sus pueblos. Casi todos se encuentran aún adscritos al sistema imperialista mundial que les fija un lugar y un papel determinados, lo que limita por completo sus posibilidades de desarrollo autónomo. Siglos de subyugación les dejaron profundas deformaciones que no solo empobrecieron sus poblaciones sino que también traumatizaron toda su vida cultural”.

El problema fundamental que enfrentan es el de integrar dos tradiciones culturales opuestas: la contribución técnica, ideológica y cultural europea, con su antiguo acervo cultural (lenguas, organización social, creencias y valores, estilos artísticos).

De esta configuración forman parte en América, México, algunos países de América Central y los pueblos del Altiplano andino, sobrevivientes de las civilizaciones azteca, maya e incaica respectivamente.

“Al margen de las tareas que implica el desarrollo socioeconómico comunes a todas las naciones retrasadas en la historia, los representantes contemporáneos de los pueblos testimonio se enfrentan con problemas culturales específicos resultantes del desafío que significa incorporar sus poblaciones marginales en el nuevo ente nacional y cultural que surge, desligándolas de las tradiciones culturales arcaicas, menos compatibles con el estilo de vida de las sociedades industriales modernas. Algunos de sus componentes humanos básicos constituyen unidades étnicas distintas por su diversidad cultural y lingüística y por su autoconciencia de etnia diferenciada dentro de la nación que integran. No obstante los siglos de opresión tanto colonial como nacional en el curso de los cuales todas las formas de apremio fueron utilizadas con el propósito de assimilarlos, ellos continuaron fieles a su identidad étnica conservando modos de conducta y concepciones del mundo peculiares. Esta resistencia secular nos está diciendo que probablemente estos contingentes permanecerán diferenciados, a semejanza de los grupos étnicos enquistados en la mayoría de las nacionalidades europeas actuales. En el futuro participarán en la vida nacional, sin renunciar a su carácter, como lo hacen los judíos o los gitanos en tantas naciones, o bien constituirán bolsones étnico-lingüísticos equivalentes a los existentes en España, Gran Bretaña, Francia, Checoslovaquia y Yugoslavia. Para alcanzar esta forma de integración, sin embargo, será necesario concederles un mínimo de autonomía que nunca poseyeron y acabar con el empeño de forzar su incorporación a la vida nacional como

componentes indiferenciados. Asimismo, se requerirá que los pueblos testimonio acepten su carácter real de entidades multiétnicas”.

*Los pueblos nuevos* (tomo II) surgen como configuración étnico-cultural de la conjunción de la aculturación y de la fusión de las matrices étnicas africanas, europeas e indígenas; componen entidades étnicas distintas de sus matrices constitutivas y representan en alguna medida, anticipaciones de lo que habrían de ser probablemente los grupos humanos en el futuro, cada vez más mestizados y aculturados y de este modo, uniformados desde el punto de vista racial y cultural; conforman esta configuración étnica los pueblos brasileño, grancolombiano, los antillanos y los chilenos. Se caracterizan, según Ribeiro, porque “surgen de ellos culturas sincréticas, formados por elementos procedentes de los diversos patrimonios que mejor se adaptaban al nuevo modo de vida”; porque “surgen también jerarquizados a causa de la gran distancia social que separaba su clase señorial compuesta por hacendados, dueños de minas, comerciantes, funcionarios coloniales y clérigos, de la masa esclava utilizada exclusivamente como fuerza productiva” y porque “en éstas, sus poblaciones indígenas originales no habían alcanzado un nivel de desarrollo cultural comparable al de los mexicanos o al de los Incas”.

“Desvinculados de sus matrices americanas, africanas y europeas y desligados de sus tradiciones culturales, constituyen hoy pueblos en situación de disponibilidad, condenados a integrarse a la civilización industrial como gente que solamente tiene futuro en el futuro del hombre. Es decir, su futuro depende de su integración progresiva en el proceso civilizatorio que les dio origen, aunque ya no como regiones coloniales esclavistas del Capitalismo Mercantil, ni como dependencias neocoloniales del Imperialismo Industrial, sino como formaciones autónomas, capitalistas o socialistas, capaces de incorporar la tecnología de la civilización moderna a sus sociedades y de elevar su población al nivel de educación y de consumo de los pueblos más avanzados”.

*Los pueblos trasplantados* (tomo III), representan la tercera configuración histórico-cultural, “que corresponde a las naciones modernas creadas por la migración de poblaciones europeas hacia los nuevos espacios mundiales, donde procuraron reconstruir formas de vida idénticas en lo esencial a las de origen. Cada una de estas poblaciones se estructuró de acuerdo con los modelos económicos y sociales proporcionados por la nación de que provenían y llevó adelante en la tierra adoptiva procesos de renovación ya existentes en el ámbito europeo.

Los pueblos transplantados presentan como características básicas una homogeneidad cultural, un grado mayor de igualdad en sus sociedades y una "modernidad" referida a la sincronización de sus modos de vida y aspiraciones, con los de las sociedades preindustriales de las que procedían.

En lo que respecta a América, los pueblos transplantados están representados por los Estados Unidos del Norte y Canadá, Uruguay y Argentina. "Las condiciones peculiares de su formación así como el patrimonio de tierras y de recursos naturales que heredaron les aseguraron condiciones especiales de desarrollo, que, fecundadas por el acceso a los mercados europeos y por las facilidades lingüísticas y culturales de comunicación con Inglaterra, los pusieron en posesión de la tecnología industrial. Esto permitió a algunos de los pueblos transplantados aventajar a sus países de origen, logrando altos niveles de desarrollo económico y social. Asimismo, todos ellos progresaron con mayor rapidez que las demás naciones americanas, en un principio mucho más prósperas".

*Los pueblos emergentes* constituyen una categoría que no se dio en América, a pesar del abultado número de poblaciones tribales que al tiempo de la conquista contaba con centenares de miles y hasta con más de un millón de habitantes; lo integran las poblaciones africanas que ascienden en nuestros días de la condición tribal a la nacional. En Asia se encuentran también algunos casos que cumplen en este momento ese tránsito, sobre todo en el área socialista, en donde una política de mayor respeto por las nacionalidades permite estimular esta gestación.

Finalmente, el autor nos presenta un estudio de los modelos de desarrollo y los patrones de atraso histórico, concluyendo con un balance mundial de la riqueza y la pobreza. Ribeiro considera que, "el estudio de las perspectivas de desarrollo que se abren a los pueblos latinoamericanos exige un análisis preliminar de los modelos de desarrollo industrial y de los patrones de atraso histórico".

"La Revolución Industrial, operando como un proceso de *aceleración evolutiva*, configuró como nuevos centros de poder de la industrialización a las naciones pioneras, y en torno de ellas polarizó pueblos vecinos o distantes para formar grandes constelaciones imperialistas", y cita como naciones pioneras a: Inglaterra (1750-1800), Francia (1800-1890), Los Países Bajos (1800-1850) y los Estados Unidos (1840-1890); naciones que constituyen el modelo precoz de desarrollo industrial. Mientras que, por la vía de *actualización histórica*, provocó "tres modalidades de reordenación

de las relaciones entre los pueblos”, primero: volviendo obsoletos los vínculos entre las metrópolis mercantiles y sus colonias, segundo: “proyectándose sobre áreas no dominadas por ondas anteriores de la expansión europea” y convirtiéndolas en colonias o neocolonias, tercero: “Estableciendo un sistema económico mundial de autosustentación”.

Pero este estado de cosas no queda inmutable, y vemos como entonces surge la ruptura de este sistema de fuerzas autoperepetuantes. Rupturas que el autor clasifica como: el modelo tardío de desarrollo industrial, entre los que encontramos a Alemania (1850-1914) y Japón (1890-1920). “Ambos consiguieron industrializarse por medio de esfuerzos deliberados por alcanzar autonomía...”. Fue aplicada más tarde por Italia (1920-1940); y tomada como guía pero sin mayor éxito, en la Turquía de Mustafá Kemal, el Egipto de Nasser, el Brasil de Vargas, la Argentina de Perón, etc. En segundo lugar, el modelo reciente de desarrollo, que se produce en áreas marginales como los países escandinavos (1890-1930); o en áreas dependientes como Canadá (1900-1920), Australia y Nueva Zelanda (1930-1950). Aprovechando coyunturas de guerra o de crisis económica, acumularon divisas y pudieron exportar más de lo que importaban y explotar autónomamente sus fuentes de riqueza. “Difícilmente podría cumplirse sin las condiciones de aislamiento que las dos guerras y la crisis mundial de 1929 ofrecieron a aquellos países”. Y por último, el modelo socialista de desarrollo industrial, alcanzado por la Unión Soviética (1930-1940), “a través de una revolución socialista que permitió inducir a su población a los esfuerzos indispensables para integrarse también en la tecnología industrial moderna”. Esto serviría de inspiración a diversas naciones de Europa oriental, China, otros países del extremo oriente y por último, Cuba.

Además de estas formas de ruptura surgen dos variantes de reordenación socioeconómica. Primero, “Formaciones socialistas evolutivas”, como es el caso de los países escandinavos e Inglaterra. Segundo, formaciones “nacionalistas-modernizadoras”, originadas por los movimientos de liberación nacional surgidos en antiguas colonias, como es el caso de Egipto y Argelia.

De los cuadros ya citados, se deduce que sólo el capitalista tardío y el socialista son aquellos que constituyen esfuerzos deliberados de ruptura. “Las naciones que siguieron esta vía enfrentaron dos tipos de limitaciones a su desarrollo autónomo”, por una parte “el dominio económico externo y, por otra parte, el poderío interno ejercido por las propias clases dominantes”.



“En el caso del Japón, su motor principal fue el esfuerzo armamentista que al exigir la creación de una infraestructura industrial moderna, como imperativo de defensa, impulsó la tecnificación de la economía y la consecuente reordenación social”.

“Movida por el mismo impulso fundamental, la Alemania de Bismarck y, mucho más tarde, Italia, romperían el cerco de las potencias industriales. Con este objetivo instituyeron regímenes autocráticos, rígidamente centralizados, a fin de poder movilizar todas las fuerzas nacionales con miras al desarrollo”.

“Es de señalar, no obstante, que el desafío enfrentado entonces era mucho menor que el de los pueblos subdesarrollados que permanecen en su condición de atraso”.

“En los países de desarrollo industrial tardío... el Estado..., se identificó tan estrechamente con los intereses del sector empresarial, que logró sustituir la vieja estructura oligárquica por una élite de poder de tipo plutocrático”.

Con respecto al modelo socialista de desarrollo industrial, tenemos que “Rusia, que fue la pionera en la configuración de este modelo, debió superar lo que probablemente haya sido el mayor desafío para la creatividad socio-cultural..., construir un modelo nuevo de ordenación social que previamente existía sólo como formulación teórica...”.

“El gran salto... será de 1930 a 1940, cuando la URSS recupera la capacidad productiva anterior a la Revolución, multiplicándola luego varias veces, creando un enorme sistema industrial descentralizado, que la haría capaz de enfrentar el desafío, aparentemente imposible de superar, de la invasión nazi”.

“Tres características distintivas del modelo socialista revolucionario de desarrollo lo vuelven particularmente atractivo para las naciones subdesarrolladas. Primero, los altos ritmos de crecimiento económico que logra imprimir...”.

“Otra característica... es el de ser el único que pudo elevar grandes masas de población de la pobreza a la prosperidad”. Lo que constituye un desafío demográfico.

“La tercera peculiaridad, que consiguió imprimir una aceleración evolutiva a estructuras sociales rígidas, elevándolas del nivel de economías agroartesanales al nivel industrial moderno”.

Por último considera el Profesor Darcy Ribeiro que "los obstáculos para lograr una integración orgánica en la civilización industrial moderna, que permita alcanzar el desarrollo, varían también de acuerdo con el tipo de configuración histórico-cultural en que se inserta cada pueblo".

No estamos ante un trabajo más, estamos ante *una obra*. Pesando las palabras, anticipándonos a su inminente traducción a varias lenguas "industrializadas", no parece atrevido hablar de la genialidad de una obra maestra. La educación, la ciencia y la cultura, y no sólo en el reducido marco de los países integrantes de la nación latinoamericana, parecen situarse en dos etapas, antes y después de Ribeiro. Y lo confirma la aun más reciente aparición de la introducción general de estos tres tomos, *El proceso civilizatorio*, aquí citada en manuscrito y que acaba de publicar (1970) la Universidad Central de Venezuela.

Ningún hombre culto debiera dejar de leer y releer *Las Américas y la Civilización*. En particular, los administrativistas no dejarán de ser sensibles a una clarificación *cultural latinoamericana* de las grandes opciones del Estado para el desarrollo. La estructura del Poder público, su concentración y sus divisiones, centralización y descentralización, planificación y libertad, organización y dinámica del presupuesto, política científica y cultural de los establecimientos públicos de enseñanza, fundamentos y proyecciones de nuestras relaciones exteriores. Esta *obra* confirma el carácter interdisciplinario de los cimientos de la Administración Pública. Esta no puede construirse en la ignorancia de más de la mitad del universo relevante. Esta obra nos lo confirma al desarrollar las grandes *têtes de chapitre* de las ciencias administrativas.

JOSÉ MANUEL HERMOSO Y ARGENIS URDANETA  
*De la Facultad de Derecho de la Universidad  
de Carabobo (Valencia/Venezuela)*

# INDICE ANALITICO



EDITORIAL

- § 14. León Cortiñas-Peláez (Montevideo-París): *Las Ciencias Administrativas en América Latina* ..... 11

PRIMERA PARTE

DOCTRINA

- § 15. Antonio Moles-Caubet (Caracas): *Implicaciones del Principio de Legalidad* ..... 137
- § 16. José Rodríguez-Elizondo (Santiago): *Administración y representación Democrática* ..... 175
- § 17. Alfonso Nava-Negrete (México): *Transformación de la Administración y el Derecho Administrativo* ..... 187
- § 18. Hildegard Rondón de Sansó (Caracas): *La Motivación de los Actos Administrativos* ..... 199
- § 19. Rubén Aguirre-Pangburn (México): *Hacia una Nueva Notión del Contrato Administrativo en los Estados Unidos Mexicanos* ..... 239
- § 20. Miguel Acosta-Romero (México): *Teoría General de la Concesión* ..... 245
- § 21. Aparicio Méndez (Montevideo): *La Centralización-Modalidades* ..... 261

	<u>Pág.</u>
§ 22. Emilio Krieger-Vázquez (México): <i>Nota sobre Capitalismo de Estado, Descentralización Administrativa y Juridicidad</i> ...	281
§ 23. Jorge Olivera-Toro (México): <i>El Departamento de Turismo de los Estados Unidos Mexicanos</i> .....	287
§ 24. Jaime Castro-Castro (Bogotá): <i>Los Organismos Descentralizados en Colombia</i> .....	315
§ 25. Daniel-Hugo Martins (Montevideo): <i>Los Problemas Municipales y su Solución Contemporánea</i> .....	341
§ 26. Caio Tácito (Guanabara): <i>Acumulación de Cargos en la Constitución del Brasil</i> .....	345
§ 27. Eduardo Soto-Kloss (Santiago): <i>El "Ombudsman" Nórdico-Sajón</i> .....	355
§ 28. Agustín-Alberto Gordillo (Buenos Aires): <i>La Vista de las Actuaciones en el Procedimiento Administrativo</i> .....	377
§ 29. Héctor M. Rodríguez-Sanguinetti (Montevideo): <i>Nota Acerca del Silencio Administrativo en el Derecho Español</i> .....	411

## SEGUNDA PARTE

### JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA ANOTADA

Alberto-Ramón Real (Montevideo): <i>Anulabilidad de los Actos Administrativos dictados por el Poder Legislativo en la República Oriental del Uruguay: Ampliación de la Competencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo</i> .....	421
--	-----

## TERCERA PARTE

### DOCUMENTACION ADMINISTRATIVA LATINOAMERICANA

<i>Plan de Reforma Administrativa para Bolivia y Decreto-Ley de Aprobación de la Ley de Bases del Poder Ejecutivo de Bolivia (30 de abril de 1970)</i> .....	443
--	-----

	<u>Pág.</u>
<i>Instrucción Presidencial sobre la Reforma Administrativa en la Administración Pública de la República de Venezuela (13 de mayo de 1970)</i> .....	485
<i>Ley de Carrera Administrativa de la República de Venezuela (4 de septiembre de 1970)</i> .....	519

#### CUARTA PARTE

#### BIBLIOGRAFIA LATINOAMERICANA ANOTADA

León Cortiñas-Peláez (Dirección, Introducción General y Anotaciones): <i>Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX, Homenaje a Enrique Sayagués-Laso (Uruguay)</i> , Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, 5 tomos, Madrid, 1969, 5.418 pp. (A-R. Brewer-Carías) .....	551
Jorge Olivera-Toro: <i>Manual de Derecho Administrativo</i> , 2ª ed., Porrúa, S.A. México, 1967, 528 pp. (L. Cortiñas-Peláez) .....	565
Julio A. Prat: <i>Los Entes Autónomos en la Descentralización Funcional Uruguay</i> , Prólogo por Eduardo García de Enterría, Librería Ed. Amalio M. Fernández, Montevideo, 1971, 200 pp. (L. Cortiñas-Peláez) .....	573
Andrés Serra-Rojas: <i>Derecho Administrativo</i> , 4ª ed., Librería de Manuel Porrúa, S. A. México, 2 tomos, 1968, 1.282 pp. (L. Cortiñas-Peláez) .....	579
Bartolomé A. Fiorini: <i>Teoría Jurídica del Acto Administrativo</i> , Ed. La Ley, Buenos Aires, 1969, 283 pp. (A. R. Real) .....	589
Pablo González-Casanova: <i>La Democracia en México</i> , Ed. Era, S. A., Serie Popular, 3ª ed., México, 1969, 335 pp. (D. A. Bacalao) .....	591
Agustín A. Gordillo: <i>El Acto Administrativo</i> , 2ª ed., corregida y aumentada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, 471 pp. (A. R. Real) .....	599

Darcy Ribeiro: *Las Américas y la Civilización - La Civilización Occidental y Nosotros*, Tomo I (*Los Pueblos Testimonio*, 284 pp.), II (*Los Pueblos Nuevos*, 310 pp.), y III (*Los Pueblos Trasplantados - Civilización y Desarrollo*, 212 pp.), Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969-1970 (J. M. Hermoso y A. S. Urdaneta) ..... 601



## CURSOS DE DERECHO PUBLICADOS

- POLANCO A., Tomas: Derecho Administrativo Especial. 1959. 355 páginas. Bs. 25,00. U.S.A. \$ 5.55. Agotado.
- CUENCA, Humberto: Curso de Casación Civil. Tomo I. Agotado. 1962. 308 páginas. Bs. 20,00. U.S.A. \$ 4.44. Tomo II. 1963. 355 páginas. Bs. 20,00. U.S.A. \$ 4.44.
- MONSALVE CASADO, Ezequiel: Economía Política y Legislación de Hidrocarburos; Cuestiones preliminares, Tomo I. 1962. 77 páginas. Bs. 4,00. U.S.A. \$ 0.88.
- DE MIGUEL PEREZ, Isidro: Derecho Penal. Principios Generales. 1963. 504 páginas. Bs. 35,00. U.S.A. \$ 7.77.
- LARES MARTINEZ, Eloy: Manual de Derecho Administrativo. Primera edición. 1963. 790 páginas. Bs. 35,00 U.S.A. \$ 7.77. Agotado. Segunda edición. 1970. 790 páginas. Bs. 35,00 U.S.A. \$ 7.77.
- CRISTOBAL MONTES, Angel: Curso de Derecho Romano (Derecho de Obligaciones). 1964. 790 páginas. Bs. 40,00. U.S.A. \$ 8.88.
- GOLDSCHMIDT, Roberto: Curso de Derecho Mercantil (Parte General, contratos, sociedades y títulos valores). 1964. 454 páginas. Bs. 30,00. U.S.A. \$ 6.66. Agotado. Segunda edición en revisión.
- CRISTOBAL MONTES, Angel: Introducción al Derecho Inmobiliario Registral. 1965. 233 páginas. Bs. 20,00. U.S.A. \$ 4.44.
- KUMMEROV, Gert: Bienes y Derechos Reales. Primera edición. 1965. 460 páginas. Bs. 30,00. U.S.A. \$ 6.66. Segunda edición. 1969. 525 páginas. Bs. 30,00. U.S.A. \$ 6.66.
- ALFONZO GUZMAN, Rafael: Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana. Tomo I. 1967. 927 páginas. Bs. 50,00. U.S.A. \$ 11.11. Tomo II. 1967. 639 páginas. Bs. 40,00. U.S.A. \$ 8.88.
- TORRES RIVERO, Arturo L.: Derecho de Familia. 1967. Tomo I. 170 páginas. Bs. 30,00. U.S.A. \$ 6.66. Tomo II. 196 páginas. Bs. 30,00. U.S.A. \$ 6.66.
- CHIOSSONE, Tulio: Manual de Derecho Procesal Penal. 1967. 437 páginas. Bs. 35,00. U.S.A. \$ 7.77. Primera edición agotada. Segunda edición. 496 páginas. Bs. 35,00. U.S.A. \$ 7.77.
- CARRASQUERO RAMOS, Enrique: Investigación de los desórdenes mentales del indiciado en la etapa sumarial del proceso penal. 1972. 96 páginas. Bs. 8,00 U.S.A. \$ 1.75.

PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO

REVISTAS

TESIS DE DOCTORADO

TESIS DOCTORAL

CURSOS DE DERECHO

CURSOS DE DOCTORADO

TRABAJOS DE ASCENSO

ESTUDIOS JURIDICOS

DERECHO Y DESARROLLO

CODIGOS Y LEYES

DERECHO PUBLICO Y CIENCIAS DE LA ADMINISTRACION

HISTORIA CONSTITUCIONAL VENEZOLANA

DERECHO FINANCIERO

ANUARIOS

DERECHO PROCESAL PENAL

DERECHO PENAL

CRIMINOLOGIA Y CIENCIA PENITENCIARIA

HISTORIA DE LAS FORMAS POLITICAS

ANTOLOGIAS DEL PENSAMIENTO POLITICO

CLASICOS POLITICOS

CUADERNOS

DOCUMENTOS, REVISTA DE INFORMACION POLITICA

DERECHO COMPARADO

BOLETIN

FILOSOFIA DEL DERECHO

LIBROS HOMENAJE

DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

OTRAS PUBLICACIONES

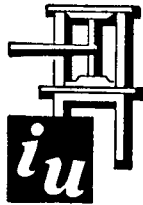
VENTA Y DISTRIBUCION

MOISES M. INDRIAGO

Jefe de Servicios



IMPRESO DURANTE DICIEMBRE DE 1972  
EN LA IMPRENTA UNIVERSITARIA  
CARACAS



IMPRESA UNIVERSITARIA  
CARACAS

**Carátula de O.C.I.**