

TEORIA JURIDICA DE LA DESCENTRALIZACION

Para "ESTUDIOS DE DERECHO"

El Estado, como personificación jurídica de la nación, se puede considerar por dos aspectos distintos, a saber: uno político, en lo que se refiere a la Constitución y al cuerpo legal, y otro administrativo, en cuanto dice relación a la gestión de los servicios públicos; política y administración son, pues, dos conceptos distintos que se complementan y se ejercen por medio del poder público o gobierno y de sus órganos.

Cuando las gestiones políticas y administrativas dependen del poder central, se dice que el Estado es *centralizado*, y que es *descentralizado* cuando esas gestiones corresponden a los funcionarios locales que las ejercen con más o menos autonomía. La descentralización es, pues, una forma de Estado, no una forma de gobierno, y varía según el grado de competencia de los funcionarios locales, desde la forma simplemente descentralizada hasta la forma federal, que no es más que una descentralización en su más amplio grado.

El poder público se divide para el ejercicio de sus funciones en órganos que las ejercen en estrecha colaboración, por sí mismos directamente, o por medio de funcionarios inferiores indirectamente; el ejercicio indirecto de las funciones del poder público por medio de funcionarios inferiores puede revestir varias formas: cuando es por delegación de *competencia* del funcionario superior y a nombre de él, se entiende haber una jerarquía del poder; en este caso es el funcionario superior quien decide en última instancia, ya que esa delegación tiene por lo general un carácter retrovertible; 2° cuando esa *competen-*

cia es propia de la entidad que la ejerce y sólo limitada por el Estado de acuerdo con los intereses nacionales, el Estado es descentralizado, y 3ª, cuando dicha *competencia* se extiende hasta la facultad de la entidad descentralizada de darse su propia Constitución y sus propias leyes, sólo con la limitación que le señalan la Constitución y las leyes del Estado, entonces éste es descentralizado en su más amplio grado y se dice que hay federación.

La descentralización puede ser también política o administrativa, según que se refiera a la Constitución y a las leyes del Estado, o sólo a la gestión de los servicios públicos; ambas formas son impuestas por la fuerza misma de los hechos; es arbitrario sostener que se pueda juzgar con una misma norma a grupos raciales distintos, caracterizados por diversos factores que estudia la Sociología y que contribuyen a formar un alma regional distinta en cada grupo, y es utópico suponer siquiera, la existencia de una extensión territorial más o menos grande poblada por elementos humanos homogéneos desde todo punto de vista, dotados de idénticos caracteres, temperamento, formas de actividad, costumbres, sentimientos religiosos, éticos, estéticos, etc., y de iguales necesidades y medios para satisfacerlas. Cada nación es un tablero de ajedrez en cuyas casillas se juega un papel distinto por elementos distintos también, pero cuyas funciones se complementan mediante una sabia coordinación y a veces también mediante la imposición forzosa necesaria para la realización del fin común del Estado.

Pero, cabe preguntar, dónde reside el fundamento jurídico de la competencia del Estado y de las personas jurídicas de derecho público intra-estatal? Preciso es ir al fondo mismo de la cuestión, para poder hacer un análisis completo de la persona jurídica de derecho público, de los diversos elementos que la integran y de los caracteres que le dan esa personalidad.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO

Elementos esenciales que caracterizan el Estado son: el *pueblo*, el *territorio* y la *soberanía*. Los dos primeros, elementos materiales del Estado, constituyen lo que se llama la *nación*, la cual puede definirse como una comunidad de individuos radicados dentro de determinado territorio.

Por pueblo debe entenderse una comunidad de individuos vinculados entre sí por caracteres afines de raza, religión, lengua, tradiciones, costumbres etc., que lo diferencian de otras comunidades.

También el elemento territorio está influido por innumerables factores: medio físico, situación, altura, clima, presión, fertilidad del suelo etc., que contribuye a diferenciar el elemento humano que se agrupa en su superficie.

La nación, así formada por estos dos elementos materiales, no tiene personería jurídica, no es sujeto de derecho, por lo mismo que carece de un atributo esencial, abstracto, que es la *soberanía* y de un guía o director, elemento también necesario a toda persona jurídica, que es el *poder público*. Ejemplo clásico de nación, así entendido este concepto, es la polaca, antes de la guerra de 1914.

LA SOBERANIA ES UN PRODUCTO HISTORICO

Superanus en latín vulgar significa lo más elevado, lo más alto, un poder independiente. La soberanía es el producto histórico de una lucha entre el poder civil y otros poderes como el religioso, el feudal y posteriormente el monárquico. Triunfante el jefe civil del poder religioso, tomó para sí el atributo de la soberanía y el Estado llegó a confundirse con el monarca; éste era quien se hacía representar ante los otros soberanos, y fue entonces cuando tuvieron lugar las uniones personales, famosas algunas de ellas como la de España y Alemania en tiempo de Carlos V.

En la Revolución Francesa con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se revaluó por completo este concepto de la soberanía personal y se consideró como titular exclusivo de ella a la nación, de la que emana el poder público que es el delegatario de esa soberanía la cual es ejercida por medio de sus órganos.

Jellinek fue quien primero distinguió los conceptos soberanía y Estado, dándole a aquélla el carácter de atributo esencial del éste y definiéndola como “el carácter de un poder político, en virtud del cual este poder goza de la capacidad de decidirse y de ligarse a sí mismo desde el punto de vista del derecho”; confundió como se ve el Estado con el poder político, tomando el todo por la parte.

Es necesario, ante todo, distinguir el concepto soberanía, desde el punto de vista externo e interior. En el primer sentido la soberanía no es otra cosa que el atributo jurídico que caracteriza a la persona jurídica como un sujeto con derechos y deberes frente a otras personas jurídicas de similar constitución. Interiormente ese atributo se manifiesta por el poder que la persona jurídica tiene para realizar el derecho, lo cual consigue por medio de la Constitución y de las leyes que

definen sus derechos y deberes frente a sí misma y a las personas físicas que la componen, y los derechos y deberes de esas personas físicas entre sí y con la persona jurídica en general, señalando las esferas respectivas de actividad.

Interiormente la soberanía es, pues, el poder de decisión en última instancia, "la competencia de la competencia" según la doctrina alemana, que tiene la persona jurídica. Pero ese poder no es absoluto; habiendo nacido de la sociedad, debe tener por fin la realización de la armonía social, y esa finalidad constituye su principal limitación; expresión primera de la soberanía son los tres elementos del poder público: la constitución, la ley y un poder ejecutivo independiente; para que una persona jurídica sea soberana debe tener estos tres elementos con exclusión de toda idea de sumisión a otro poder extraño cualquiera.

DONDE RESIDE LA SOBERANIA?

De acuerdo con la definición etimológica y con el sentido histórico del concepto *soberanía*, entendiendo por ésta la máxima competencia, el sumo poder de una persona jurídica para decidir en última instancia sobre las situaciones de hecho y los problemas de derecho que nacen de esas situaciones, cabe preguntar: de dónde emana esa "competencia de la competencia", ese poder supremo? El derecho de una persona natural termina donde empieza el derecho de otra; al hecho de la asociación de los individuos se suma el derecho; la armonía social exige la limitación de los derechos individuales en todo lo que pugna con esa armonía; el individuo subordina parte de sus derechos a los derechos de la sociedad, y su voluntad se ve supeditada por la voluntad social, expresada en el poder público de la comunidad.

Dondequiera que hay una comunidad de individuos y una voluntad social representada en el poder público que emana de esa comunidad, hay, pues, soberanía?

Se plantea así uno de los problemas más arduos del derecho público, que podemos resolver sin apartarnos de la definición del concepto; dondequiera que hay un poder no subordinado a otro, hay soberanía; es la idea de subordinación o no subordinación la que caracteriza el atributo de soberano o no soberano.

A la Sociología ha correspondido el estudio de la formación de las comunidades humanas; movido por el instinto de sociabilidad el hombre ha tenido que agruparse en instituciones cada vez mas amplias, cu-

ya armonía hace suponer naturalmente una subordinación de inferior a superior desde el origen mismo de esas instituciones.

Lo más natural es suponer que el Estado se ha formado mediante un proceso de integración del individuo en la familia, de las familias afines en la tribu, de la tribu en la ciudad, de la ciudad en la provincia y de la provincia en el estado; paralela a esta evolución debió marchar la del orden jurídico, mediante un proceso de subordinación del orden inferior al superior, desde el de la familia hasta llegar a la actual complejidad jurídica del Estado moderno.

Aceptadas estas premisas se llega a la lógica conclusión de que la soberanía reside en la comunidad más amplia, en aquella que comprende a las comunidades inferiores, y es ejercida por el poder público que emana de esa comunidad. Y una comunidad inferior que antes era soberana, ha dejado de serlo al entrar a formar parte de la comunidad superior? Lógicamente sí; el poder de decisión en última instancia que poseía ha tenido por fuerza de la lógica, qué ser otorgado a la comunidad superior.

Pero cabe aquí otra distinción entre soberanía y autonomía: una comunidad inferior que así ha subordinado su poder de decisión en última instancia a la comunidad de orden superior, ha conservado sin embargo una mayor o menor autonomía de su poder, según sea la entidad superior de que hace parte más o menos descentralizada; es decir, el concepto de autonomía es relativo a algo superior, subordinado, mientras que el de soberanía es absoluto.

En la confusión de estos dos conceptos ha estribado el error de varios tratadistas de derecho, quienes para conservar el nombre de estados a las entidades miembros de un Estado federal, distinguieron entre soberanía absoluta y soberanía relativa, y diferenciaron el Estado de las personas jurídicas de orden inferior, sólo desde un punto de vista cuantitativo, es decir, en cuanto a la suma de la competencia respectiva de cada entidad de acuerdo con su finalidad.

Las personas jurídicas intra-estatales de derecho público, dicen, tienen una finalidad local, la realización del derecho del grupo, dentro de una esfera de actividades que les es propia y están dotadas de un poder soberano (autónomo diríamos nosotros) en la medida de esa finalidad. El Estado en cambio, continúan, tiene finalidades nacionales y está dotado de una competencia cuantitativamente superior, en la medida también de esas finalidades. La teoría de la finalidad, sentada por los autores alemanes principalmente, tiene su fundamento lógico y real; pero no puede servir en manera alguna para diferenciar jurídicamen-

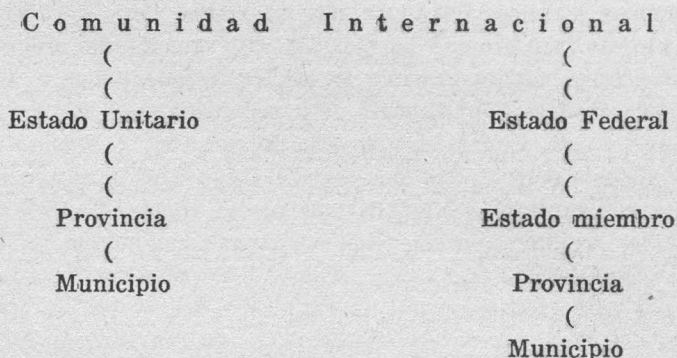
te el Estado de las personas jurídicas de orden inferior.

Más lógico es Labaud que sienta como base de la soberanía el derecho de mando y hace la siguiente distinción: el derecho de mando *jure proprio* corresponde al Estado y el derecho de mando *jure delegato*, a las personas jurídicas intra-estatales inferiores. Pero, de dónde extrae el Estado ese *jure proprio*? La teoría de la evolución del orden jurídico por un proceso de integración, lo explica suficientemente. Pero esta teoría sólo explica el fundamento de la soberanía en el Estado unitario, y ni aún en éste, extremando un poco la cuestión; está admitido, dentro del sistema democrático, que la soberanía reside en la nación, y que el poder público la ejerce por delegación que tiene carácter retrovertible; en los Estados Federales son los Estados miembros los que delegan al poder central ese “*jure proprio*”, cuyo fundamento está contradicho por este pleonasma que lo expresa. Cómo puede ser *proprio* un derecho *delegado* por personas inferiores en una superior? O es que ese derecho, una vez en la persona del Estado no tiene limitación, ni puede cambiar de titular? Los hechos demuestran una sola realidad: que el poder público es siempre el titular del derecho de mando (o derecho público) y que ese derecho está limitado por la finalidad misma, que es la realización de la armonía social.

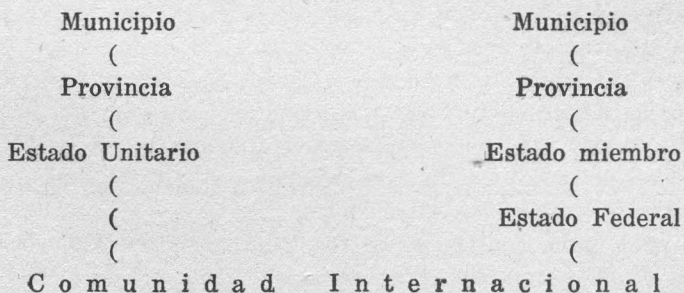
Delegado o nó, el poder de mando, está separado en órganos que se subdividen y lo ejercen cada uno en su esfera de finalidad; es imposible suponer siquiera la existencia de un Estado en que todas las funciones del poder estén en manos de un poder central. La complejidad misma del orden jurídico moderno y de los problemas administrativos de un Estado, y la técnica de la división del trabajo, exigen la separación del poder en diversos órganos y el ejercicio del mismo por funcionarios de distintas categorías.

Si el Estado *moderr* se ha formado por la reunión, voluntaria o forzosa de las comunidades inferiores, es indudable que estas comunidades han conservado alguna suma de poder que ejercen con más o menos autonomía de acuerdo con su finalidad y con el grado de descentralización de la entidad soberana. Todos los Estados tienen divisiones territoriales más o menos complejas para el ejercicio del poder, conservando para sí el atributo de la soberanía o máximo poder o “competencia de competencia”. De acuerdo con las teorías de Kelsen, el mundo jurídico está integrado por órdenes jurídicos que se superponen, y cada uno de estos órdenes extrae su validez del orden superior y la otorgan a su vez al orden inmediatamente inferior; parte, pues, el famoso tratadista del Estado jurídicamente constituido por obra y gracia de

su poder, para derivar de él, por deducción, las comunidades jurídicas inferiores, según el siguiente esquema que parte de la Comunidad Internacional como única entidad soberana:



Pero de acuerdo con la teoría que hemos expuesto de la formación del Estado por integración, más bien que por desintegración, porque la primera forma parece estar más acorde con la naturaleza de los hechos, el esquema de Kelsen puede invertirse en la siguiente forma:



Esto admitido, nos es posible suponer que las comunidades inferiores, que han contribuido así a la formación del Estado, han conservado su autonomía más o menos restringida por el Estado, en el cual han delegado la soberanía.

TERRITORIALIDAD DE LAS LEYES DEL ESTADO

Cabe aquí hacer una distinción entre el Estado políticamente centralizado y el descentralizado o Estado Federal: en el primero existe

un solo cuerpo legislativo, que expide normas generales aplicables en todo el territorio de la nación; existe una sola Constitución que señala la pauta de la legislación, y una jerarquía de funcionarios en el orden político, que ejercen el poder de una manera uniforme. En el Estado descentralizado políticamente, por el contrario, hay dos especies de Constituciones, de cuerpos legislativos y de órganos ejecutivos: una especie corresponde al Estado Central y sus normas generales tienen aplicabilidad, como en los unitarios, en todo el territorio; la otra corresponde a los Estados miembros, y sus normas no pueden pugnar con las normas generales, ni sus sistemas de gobierno apartarse del sistema general; dichas normas sólo son aplicables dentro de los límites del respectivo Estado para el cual fueron expedidas, y son derogables por el órgano legislativo federal.

Qué diferencia existe, pues, desde este punto de vista entre el Estado Unitario descentralizado y el Estado Federal? Las leyes son tan generales en el primero como en el segundo; la soberanía corresponde en ambos al Estado y es ejercida por el poder central, y en ambos existen divisiones territoriales al frente de cuyos destinos hay mandatarios seccionales que ejercen el poder con más o menos autonomía; ambos son, pues, estados descentralizados. La diferencia estriba en el grado de autonomía de las entidades intra-estatales seccionales: en los Estados Federales esas entidades seccionales tienen el grado máximo de autonomía que alcanza hasta permitirles elaborar su propia Constitución y sus propias leyes, limitada sin embargo a la esfera que les señala la Constitución y las Leyes del Estado; en los unitarios no existe esa autonomía para las divisiones territoriales, pero también a éstas se les reconoce una esfera de competencia en razón de su finalidad.

LOS SERVICIOS PUBLICOS

Se entiende por servicio público todo el que se presta a una comunidad, bien sea por una persona de derecho privado o por el Estado. Las modernas doctrinas del derecho propugnan la estatización de todos los servicios públicos, lo cual puede hacer el Estado de dos maneras: prestándolos directamente, o bien, valiéndose de los particulares por el sistema de concesiones a empresas privadas que son inspeccionadas por el Estado; en este segundo caso hay descentralización por servicios o descentralización social, que reviste variadas modalidades de acuerdo con el grado de intervención del Estado en la prestación de los servicios.

Cuando el Estado mismo presta los servicios públicos por medio de sus funcionarios seccionales, hay descentralización administrativa, que varía también en razón del grado de intervención del poder central, de acuerdo, generalmente con la magnitud del servicio y con el grado de su importancia.

LA DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA

“Si se puede gobernar de lejos, no se puede administrar sino de cerca”, dice Pareja quien analiza este concepto en la siguiente forma: las ideas tienen fácil vehículo y múltiples medios de divulgación; una ley, un reglamento, pueden ser conocidos de uno a otro extremo de un país, hoy más que nunca, con las nuevas facilidades de comunicación entre las más apartadas regiones. La gestión de un negocio, en cambio, sólo puede hacerse en vista de las necesidades; en la administración casi todo es tangible y material; “para construir un puente, no basta que el Ministro de obras reciba por correo los requisitos”; es necesario trazar los planos, comprar los materiales, buscar obreros, etc., obedeciendo en todo a la ley del rendimiento máximo con el mínimo de costo.

Los problemas administrativos obedecen a una necesidad imperiosa casi siempre, cuya solución exige rapidez; los servicios públicos requieren para su prestación un plazo limitado que no es necesario para la elaboración de una ley o de una Constitución, en la cual el factor tiempo juega un importante papel para el efecto de las discusiones y de los estudios más o menos concienzudos de las conveniencias o inconveniencias de la norma que se va a expedir; un servicio público en cambio, la reparación de un acueducto por ejemplo, es una necesidad inmediata que requiere una rápida solución, que no podría darle un funcionario central cuyas oficinas estarían atestadas de problemas de diversa índole.

Además, los habitantes de cada región tienen caracteres diversos que les son peculiares; en la diferenciación de los pequeños conglomerados provinciales influyen múltiples factores de diversa índole, tales como el medio geográfico, el género de alimentación, necesidades, costumbres, tradiciones, caracteres étnicos, que hacen de ellos grupos especiales caracterizados por sus maneras de sentir, de pensar, de reaccionar ante la vida, de expresarse, de divertirse y hasta de morir; esto explica que el regionalismo sea una doctrina y una práctica naturales impuestas por la realidad de los hechos. Esos pequeños conglomerados

sociales que forman el municipio y el departamento, quieren verse gobernados por sus coterráneos que les son perfectamente conocidos, en quienes tienen depositada toda su confianza porque conocen mejor sus necesidades comunes, porque usan su mismo lenguaje sencillo, porque están en contacto más directo con ellos, porque saben cómo deben tratarlos y los entienden mejor.

Dejar a funcionarios provinciales la gestión de los servicios públicos, es la mejor manera de hacer llegar hasta los más remotos lugares de una nación la acción benéfica del Estado; es el único medio de hacer sentir a todos los miembros de una gran sociedad que hay un poder público cuyo fin no es explotar al pueblo y esclavizarlo, sino velar por sus intereses, defenderlo de los males internos y exteriores y procurar el bienestar de todos. Es un deber del mismo Estado fomentar el *regionalismo* estableciendo entre las provincias y los municipios cierto espíritu de emulación, y concediéndoles los medios para realizar en el más amplio grado posible, todas sus finalidades locales, restringiéndolo sin embargo con un prudente *centralismo*, que no ha de ir más allá de lo estrictamente necesario para la realización de las finalidades nacionales, que pertenecen a la esfera general de su competencia.

Pero a una prudente descentralización administrativa debe corresponder una no menos prudente descentralización fiscal; si se deja a los municipios la gestión de los servicios públicos, necesario es dotarlos de los medios para la prestación de esos servicios. Características de la descentralización son: 1ª que la entidad descentralizada tenga un poder de decisión en la medida de sus finalidades locales; 2ª un cuerpo deliberante que atienda a la realización de esas finalidades, y 3ª un presupuesto propio para la prestación de los servicios.

