

DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

(Capítulo de la obra que aparecerá próximamente "Principios Fundamentales del Derecho Administrativo").

SUMARIO.—106.—El acto jurídico en general.—107.—Actos administrativos. — 108.—El reglamento.—109.—La decisión ejecutoria.—110.—La ejecución.—111.—Todo acto administrativo es un fenómeno jurídico complejo.—112.—Clasificación de los actos jurídicos por Jéze.—113.—Clasificación de Duguit.—114.—Reducción de los actos administrativos a actos-reglas y actos-condiciones.—115.—El reglamento es diferente de la ley.—116.—Cómo sostiene Duguit su identificación del reglamento y de la ley.—117.—La tesis duguitiana es esencialmente formalista.—118.—Los reglamentos de policía y los de los servicios públicos no son leyes en un sentido material.—119.—Elementos del acto jurídico administrativo: a). Manifestación o declaración de voluntad; b). Capacidad

o competencia; c). Objeto; d). Fin determinante; e). Situación jurídica consecutiva al acto.—120.—División de los actos administrativos en de autoridad y de gestión, y rechazo de ella.—121.—Modificaciones aportadas a la anterior división por Berthélemy.—122.—Razones en que basan la refutación de tal división Jéze y Duguit.—123.—La distinción no puede ser hecha porque todo acto de la administración debè estar dominado por la idea del interés público.—124 A veces la admimnistración emplea en sus actos las formas del derecho privado.—125.—No existen los llamados actos discrecionales.—126.—Poder discrecional.—127.—Competencia obligada.—128.—Potestad reglamentaria.—129.—El poder de dictar reglamentos no se origina en una delegación de poderes hecha por órganos del poder público de otra categoría en favor de la administración.—130.—Importancia del poder reglamentario.—131.—Existe una clase de poder reglamentario que compete a todo jefe de una jerarquía administrativa.—132.—División del poder reglamentario en orgánico y general.—133.—El poder reglamentario en el nuevo Reich.—134. Extensión del poder reglamentario bajo el estado de sitio.—135.—La legalidad de la administración sufre una ampliación durante el estado de sitio.—136.—Otros casos de ampliación de la legalidad.—137.—La competencia de los funcionarios o entidades administrativas puede estar limitada a una determinada clase de actos.—138.—El efecto de la teoría de los actos administrativos sobre la doctrina de la separación de los poderes.

106.—Todo fenómeno que cause consecuencias jurídicas es un hecho jurídico. Pero ese fenómeno puede ser un hecho natural que resulte del desarrollo de una ley física o provenir de la voluntad del hombre, y aunque en ambos casos afecta a éste como sujeto de derecho, sólo en el último caso se trata de un acto jurídico, que puede definirse, de acuerdo con Duguit, diciendo que es toda manifestación de voluntad que tiene por objeto aportar una modificación al orden jurídico.

Los actos jurídicos pueden ser lícitos o ilícitos, ser ejecutados conforme a la regla de derecho objetivo y en ejercicio de un derecho subjetivo o nó, y en este caso el acto es incapaz de producir los efectos queridos por el agente; es por lo tanto anulable, pero además nace a cargo de quien lo ha ejecutado la obligación de indemnizar los perjuicios que haya causado o le somete a sufrir una pena.

107.—La administración en el cumplimiento de su misión tiene que ejecutar actos que produzcan efectos jurídicos, lo que hace mediante declaraciones de voluntad de sus agentes. Los actos jurídicos administrativos son aquéllos emanados de un agente administrativo, dentro del límite de su competencia señalada por leyes y reglamentos, y en ejecución de los deberes que le incumben en el desarrollo de la función administrativa de acuerdo con la misión de ésta. Tales actos pueden estar dirigidos a la realización de la función o a la provisión de medios necesarios para ella.

Carlos H. Pareja reduce los actos administrativos a los diversos modos de proceder que tiene el Estado para procurarse las cosas necesarias para el funcionamiento de los servicios públicos, lo que no corresponde a la realidad, porque ese carácter lo tienen no sólo las acciones dirigidas a proveer al Estado de lo que necesita para cumplir su misión, sino también todas las de sus agentes hechas con la intención de obtener su fin, ya que ellas son declaraciones de voluntad que producen efectos jurídicos. Más adelante el mismo autor da una definición concreta del acto administrativo que sí corresponde a lo que es su esencia y que, por consiguiente, encierra una contradicción con lo que él ha dicho que son los actos administrativos. En ella dice que, "acto administrativo es todo aquel dictado por una autoridad administrativa en interés directo o indirecto del servicio", de manera que no se trata únicamente de los modos empleados para obtener las cosas necesarias al servicio público.

108.—En la determinación de la función administrativa dije que consiste en la actividad constante que el Estado desarrolla para obtención de sus fines esenciales. Dadas las condiciones sociales, esa actividad no puede reducirse en absoluto al desarrollo mecánico de una maquinaria organizada por manos extrañas y de manera prevista destinada a ejecutar determinados movimientos, en momentos precisos. La administración debe tener la suficiente libertad para moverse de acuerdo con los problemas que se vayan presentando, para darles solución adecuada, y también amplias facultades para prevenirlos.

Por la constitución y la ley se han establecido las reglas que han de dirigir y servir de base a la acción de la administración. Pero con respecto a ellas su posición no es siempre la correspondiente a una relación necesaria, sino que se haya dotada de la autonomía que encontré serle indispensable; sin embargo, como es preciso que esa acción no sea intempestiva y además que los organismos inferiores destinados a ejecutar la voluntad de los superiores tengan una norma de acción a la que puedan conformarse, la administración dicta reglamentos generales, por los cuales determina la manera como vigilará el cumplimiento de la ley o prestará los servicios públicos.

109.—Los reglamentos tienen un carácter general y la administración tiene que acomodarse a las situaciones individuales, lo que hace por medio de las llamadas decisiones ejecutorias, que son las resoluciones que toma con respecto a un caso concreto antes de su ejecución. La importancia de ellas es muy grande porque dan derecho a la administración para ejecutar sus actos sin que quienes vayan a sufrir a causa de él puedan oponerse, y sin que la administración tenga que solicitar a ninguna otra entidad la facultad para obrar, en oposición con lo que sucede en el derecho privado, conforme al cual nadie puede hacer un acto e imponerlo sin que su derecho haya sido definitivamente establecido. Así, por ejemplo, el dueño de un fundo del cual se ha apoderado un extraño no puede, por su propia cuenta, proceder a despojarlo de él sino que necesita instaurar la acción posesoria o reivindicatoria basado en la cual pueda obrar. Lo que sucede en el derecho administrativo aparece muy claro en el proceso de recaudación de impuesto directo en Colombia, en el que los empleados de la administración hacen la liquidación, la que sirve de base para pasar a la ejecución del acto mediante el cual el impuesto entrará a las cajas públicas, bien

sea voluntariamente por pago del afectado por la resolución o mediante el ejercicio de la coacción pública.

El poder de dictar decisiones ejecutorias que corresponde a la administración, no la desliga de su obligación de conformarse a la ley de manera que sus actos esten de acuerdo con el derecho; lo que sucede es que puede entrar a la ejecución del acto directamente, sujeta sin embargo la decisión que tome a los recursos establecidos para el control de la legalidad de los actos administrativos.

110.—Hasta este momento la administración ha estado ejerciendo una actividad interna, pero como su acción ha de ser exterior por cuanto va dirigida a los individuos u otra clase de personas que forman el objeto de toda determinación jurídica, se exterioriza tal actividad por medio de la operación, que es estrictamente personal y tiene por resultado crear una situación de la misma índole.

111.—Reglamento, decisión ejecutoria y operación son los tres modos de acción jurídica de la administración que en toda actuación administrativa pueden encontrarse, aunque la distinción de ellos no es siempre dable en cada una, a causa de que su ejecución está tan íntimamente ligada que se requiere demasiada sutileza para encontrarla. En consecuencia, todo acto jurídico administrativo es un fenómeno jurídico complejo sujeto a multitud de modalidades en cada una de sus etapas, que es preciso estudiar detenidamente al tratar de penetrar en su naturaleza. Pero esto no significa que estos diferentes actos emanen de una misma autoridad administrativa, porque la competencia para efectuarlos puede estar, y de ordinario lo está, señalada a diferentes entidades o funcionarios administrativos.

Cada una de estas etapas, separadamente, tiene el carácter de acto jurídico, de manera que pueden ser consideradas como diversas categorías de actos administrativos.

112.—Jéze propone la siguiente clasificación de los actos jurídicos en general, fundada en el contenido de ellos: 1o., actos creadores de situación jurídica general; 2o., actos creadores de situación jurídica individual; 3o., actos que invisten a un individuo de una situación jurídica general, de un estatuto; 4o., actos que comprueban una situación jurídica general o individual o un hecho, de lo cual deduce que hay: 1o., actos legislativos o reglamentarios; 2o., actos creadores de situación jurídica individual: actos unilate-

rales o contractuales; 3o., actos condición, que son la condición de aplicación a un individuo de un estatuto legal; 4o., actos jurisdiccionales.

113.—Esta clasificación es muy semejante a la de Duguit para quien existen: 1o. Actos reglas (legislativos o reglamentarios); 2o. Actos condiciones (igual en Jéze) y 3o. Actos subjetivos (creadores de situación jurídica individual, y excluye de esta clasificación general los actos jurisdiccionales, que luego, al hacer el análisis de la función jurisdiccional, se ve obligado a admitir, por no poder catalogar los actos hechos en ejercicio de ésta en ninguna de las otras categorías.

114.—Para estos autores y muchos otros, entre ellos Fischbach, Barthélemy, Yves Gouet y Bonnard, el contenido de la función administrativa está formado únicamente de actos subjetivos y actos condiciones, y afirman que algunos han incluido en él también los actos reglas, a causa de que desde un punto de vista esencialmente formalista, la administración pública da reglamentos. Acerca de los actos jurisdiccionales el rechazo se establece también, y si se considera que en un régimen administrativo el control se establece por medio de órganos que obran de manera muy semejante a los jueces, es preciso confesar que si tales órganos se pueden considerar como incluidos dentro de una concepción amplia de la función administrativa, su carácter no es este sino el puramente jurisdiccional, al menos cuando resuelven acerca de cuestiones contenciosas.

Al considerar que la administración no ejecuta actos reglas, se exagera el criterio material, que según el pensamiento de Duguit, que, como más arriba se vió, encontré acertado, es el que hay que emplear en el estudio de las funciones del Estado, principalmente de la administración. Caen los que esto hacen en el formalismo censurado, al considerar que por tener los reglamentos administrativos una contextura de ley son leyes desde un punto de vista material, en lo que no tienen razón.

115. —El reglamento difiere de la ley en su esencia porque es distinto su fondo, su carácter y su objeto.

La ley es la ordenación de la voluntad soberana, el reglamento es la expresión de la voluntad de la administración que no es la soberana. Está estrictamente conectado a la ley en sus términos pero no es idéntico, porque él es el principio del acto

por el que la función administrativa se prepara e inicia su actividad con respecto a la ley. El objeto de ésta es establecer la regla general, expresar lo que se considera es el derecho; el reglamento sólo busca el que ese derecho ya establecido se coloque en situación de poder ser aplicado inmediatamente. Además, hay una función en cuya ejecución se prescinde de la ley, en la que se actúa sobre base estrictamente reglamentaria y cuyo carácter administrativo nadie podrá negar: la policiva.

116. —Para sostener sus tesis sobre el carácter del reglamento dice Duguit, en su *Traité de Droit Constitutionnel*, lo siguiente:

“Por el momento, yo tomo el reglamento como tal y especialmente el reglamento del jefe del Estado. Digo que es, desde el punto de vista material, y solamente desde ese punto de vista, una ley y verdaderamente una ley.

Más reflexiono sobre la cuestión y más convencido quedo que si esta proposición es aun controvertida es que consciente o inconscientemente se continúa confundiendo el punto de vista material y el formal; es que se hace todavía otra confusión más al decir que es necesario distinguir lo que es materia de la ley y lo que es materia del reglamento. Buscar lo que es materia de ley y lo que es materia de reglamento es únicamente buscar sobre qué materia el parlamento es el único competente para dictar una disposición por vía general y sobre qué materia una autoridad diferente de él, el gobierno por ejemplo, es competente para dictar una disposición de esta naturaleza. Desde luego, haciendo semejante determinación, uno se coloca desde el punto de vista estrictamente formal y no desde el material, ya que se mira solamente los órganos que intervienen y que son o no competentes para intervenir.

Yo no dejaré de decirlo: si se quiere evitar los qui pro quo y las confusiones, hace falta comprender que determinar el carácter de un acto desde el punto de vista material es determinarlo según la modificación que produzca en la ordenación jurídica consecutiva a éste acto. Por consiguiente, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, es decir material, dos actos son idénticos si consecutivamente a ellos percibimos una modificación idéntica en el orden jurídico.

Siendo bien comprendido esto, creo haber establecido que consecutivamente a la ley considerada desde el punto de vista material, nace una modificación del derecho objetivo, una regla nueva. La ley es un acto-regla, en el sentido y con el alcance que he deter-

minado. Esta regla es imperativa y es sancionada en las condiciones que se ha explicado en el párrafo precedente. En consecuencia, yo desafío a quienquiera a demostrar que desde el punto de vista jurídico hay una diferencia cualquiera entre las modificaciones que se producen en la ordenación jurídica por el reglamento y las que se producen por la ley. A consecuencia del reglamento, al igual que de la ley, hay una regla nueva, es decir una nueva disposición por vía general. Es una modificación al derecho objetivo, sólo al derecho objetivo, la que se produce y es una disposición por vía general la que se ha dictado precisamente a causa de que es una regla. Regla imperativa como la que emana de la ley; regla sancionada exactamente en las mismas condiciones que la ley; el acto hecho conforme a ella es protegido; el acto que la viola puede dar nacimiento a una anulación, a una represión, a una reparación.

La disposición contenida en un reglamento es general como la de la ley. No se puede pretender lo contrario so pretexto de que ella no se dirige sino a los agentes públicos, a diferencia de la ley que se dirige a todo el mundo. Ante todo, no es cierto decir de todos los reglamentos que no se dirigen sino a los agentes públicos. Se verá más adelante ejemplos de reglamentos que se dirigen a los particulares como a los funcionarios. Por otra parte, si fuera cierto que el reglamento no se dirige jamás sino a los funcionarios, esto no le quitaría su carácter de generalidad. Hay muchas leyes materiales sobre cuyo carácter todo el mundo está de acuerdo y que no se dirigen, sin embargo, sino a los funcionarios. Se podría aun sostener, y la idea ha sido defendida en Alemania por grandes juriconsultos, principalmente por Binding para las leyes penales, que la ley propiamente no se dirige jamás sino a los funcionarios, y en todo caso, hay muchas leyes constructivas que bien parecen dirigirse a los solos agentes públicos. Ellas no son menos leyes en el sentido material porque no contienen menos disposiciones por vía general. Lo que hace la disposición por general, es que, en el momento en que se dicta, no se puede determinar con nombres propios la persona o personas a las cuales se aplicará únicamente. Se puede hacer que la disposición por vía general no se aplique sino a una sola persona en hecho o a una categoría muy restringida de personas. Ella no será menos una disposición por vía general, si en el momento en que es dada es imposible determinar individualmente las gentes a las cuales se aplicará, si contiene una fórmula que mire a todas las personas que se encuentren en las condiciones previstas du-

rante el período de aplicación.

Lo repito, el reglamento es una ley en el sentido material a causa de que es un acto regla, y esto lo dice todo".

117. —He transcrito toda esta argumentación para que no se diga que le lanzo a las tesis de Duguit el cargo de formalistas sin aducir razón alguna. Formalismo, y de un aspecto que repugna en quien ha sostenido en todos los tonos que ese no es el criterio que ha de dirigir esta clase de estudios, es el decir que el reglamento es una ley porque es una disposición de orden general. Ya sostuve la diferencia esencial que separa estas dos categorías jurídicas, que no sirve para hacerle frente al desafío de Duguit para que se le demuestre lo que es contrario a sus tesis, dada la posición del autor citado frente al problema de la soberanía, que me encuentro en imposibilidad de estudiar dada la índole del presente ensayo. Pero si hay otro argumento que desbarata las tesis duguitianas, ya que en ellas se sostiene que los reglamentos causan una alteración en la ordenación jurídica, y que por consiguiente establecen derecho, que no es la ordinaria de toda actuación jurídica lo que únicamente se puede hacer por la ley. Es claro que al decir que causan un cambio en el derecho entiende por éste su derecho objetivo; pero ese argumento de nada sirve, porque habiendo sido alterado el derecho objetivo por la ley, el reglamento que viene a completarla, en cierta manera a individualizarla, no puede variar ese orden ya establecido y ha de moverse dentro de los límites de la ley a que se refiere. Los reglamentos, como lo dice acertadamente del Vecchio, "deben contener restricciones a las libres facultades de ejecución acordadas por la ley al gobierno". Son determinación de la manera como la manera como la administración vigilará e impondrá la ejecución de la ley; no pueden imponer nuevas obligaciones a los particulares, su fin es únicamente predeterminar la forma de ejecución de la ley. Difícilmente podrá Duguit desembarazarse de la situación que se ha creado él mismo, cuando tiene que hacer frente al hecho de que el reglamento ha de moverse de manera necesaria dentro de la ley, ser un complemento de ésta y nada más. Por eso tiene que recurrir a afirmar que un acto jurídico tiene un determinado carácter porque emana del órgano a quien de manera principal le está encomendada la función que se ejercita por actos de ese carácter.

Reglamento y ley son, pues, dos categorías jurídicas material y fundamentalmente diferentes; el primero no crea el derecho positivo, su posición es de total subordinación a la segunda.

118. —Pero quizás podría esgrimirse en contra de la tesis que sostengo que los reglamentos de policía y los de los servicios públicos si crean derechos y por lo tanto tienen el carácter de leyes, y es ese el argumento a que recurre el ilustre decano bordelés en última instancia. Pero hay que ver que la policía es un poder de hecho, su fin no es alterar el orden establecido sino vigilar porque ese orden se cumpla, y a ese fin están dirigidos todos sus reglamentos. Que dichos reglamentos tengan un cierto sentido contrario a la ley en muchas ocasiones, y por ende un efecto sobre el derecho objetivo, no es sino un espejismo. Tómese por ejemplo el caso de las que-rellas policivas establecidas en Colombia para protección de la posesión, en las que sólo se comprueban hechos, en virtud de las cuales se sostiene por medio del poder administrativo lo que esté conforme a esos hechos sin estudiar el derecho ni tratar de aplicarlo. Y lo que sucede en estos casos de acción policiva es lo que ocurre en todas las actuaciones de la policía.

Con respecto a los reglamentos de los servicios públicos su carácter administrativo es innegable. A la función administrativa corresponde prestarlos dentro de la ley, y para prestarlos de manera constante y activa, es a ella, que tiene la obligación, a la que de derecho corresponde la elaboración de las normas que han de regir su prestación. Pero esas normas no pueden ir contra los principios de derecho y legales que informan el establecimiento y la organización de los servicios, sino que como todo reglamento, han de moverse dentro de ellas, son medios de ejecución, demasiado amplios en este caso, pero a los que no se les puede asignar el carácter de creadores de derecho positivo.

Reglamentos expedidos en desarrollo directo de una ley o reglamentos de carácter más confuso como los policivos o los de los servicios públicos, ninguno tiene el efecto de transformar el derecho objetivo y, por lo tanto, yerra Duguit al afirmar que son leyes en un sentido material.

119. —En todo acto jurídico se encuentran cinco elementos que se pueden analizar también en el acto jurídico administrativo; 1º. Una manifestación o declaración de voluntad; 2º. Una cierta capacidad que pertenece a esa voluntad; 3º. Un objeto de esa declaración de voluntad; 4º. Un fin que la determine a obrar; 5º. Una situación jurídica que es consecutiva a esa manifestación. (Duguit).

a). —Una manifestación o declaración de voluntad. La voluntad es una facultad esencialmente humana, que es el resultado de

un proceso individual. Por eso al iniciar el estudio del acto jurídico público, que lo es de una entidad, se pone el problema de cómo puede él contener una manifestación de voluntad, la solución del cual se encontrará en el capítulo referente a la personalidad jurídica. Por ahora basta con decir que el acto jurídico público contiene en sí todos los elementos de un acto jurídico común, y, por lo tanto, comprende una manifestación o declaración de voluntad, que se expresa a través del querer de uno o muchos individuos, que son los funcionarios encargados de realizar el fin del Estado. Entonces interesa estudiar cómo se realiza la volición en el individuo que tiene esa facultad de ordenar a nombre del Estado.

Maudsley (citado por Duguit) dice acertadamente de la voluntad que es una actividad ideo-motriz, una impulsión por las ideas. A través de los sentidos el hombre percibe la realidad externa, lo que le provee de imágenes de las que el entendimiento abstrae ideas, que presenta a la voluntad. Se tiene, pues, que el primer paso en la manifestación de voluntad es la concepción, la formación de un concepto acerca de una determinada materia de acción. "El acto jurídico, dice Georges Renard, no es un acto de pura voluntad, sino un acto de inteligencia concluído por una decisión de voluntad". El concepto encierra en sí todos los elementos que excitarán a la voluntad a obrar, o no, constituye el motivo impulsivo, que es esencialmente un hecho formado de realidades exteriores, que despertará reacciones diversas en los distintos individuos a que puede llegar.

Obrando sobre la voluntad este motivo impulsivo, permanecerá ella en un estado de indecisión entre querer o no; es este el momento que en la actividad de tal facultad se puede llamar deliberación, al fin del cual o no se presenta manifestación exterior ninguna, o se ejecutará el acto. Así se puede hablar de cuatro etapas en el acto de voluntad: concepción, deliberación, decisión y ejecución.

El funcionario que tiene el deber de hacer alguna cosa por el bien público, antes de ejecutar el acto administrativo respectivo pasará necesariamente por estas diversas etapas que son esencialmente individuales, de tal manera que las dos primeras, en sí mismas, no dejarán rastro ninguno en el acto individual convertido en manifestación del querer de una entidad pública, y la última estará tan estrechamente confundida con ésta, que a eso se debe que sobre ella recaiga todo el control de la administración.

b). —Capacidad. —Pero si todos los hombres son naturalmen

te capaces de manifestar su querer, no es justo que a todas esas manifestaciones se les considere emitidas por individuos capaces de producir una modificación en el derecho, un efecto jurídico. Por eso el derecho positivo tiene delimitadas las diversas categorías de hombres que no son capaces de querer jurídicamente, es decir que son incapaces; y esto a causa de la multitud de elementos que pueden alterar la situación de la voluntad y que quedan fuera de su control. En el derecho público este concepto de capacidad corresponde al de competencia. No toda persona tiene facultad para ejecutar actos jurídicos a nombre de las entidades públicas, sino sólo aquellas que conforme a su organización gozan de competencia para hacerlo.

La competencia de los funcionarios puede ser comprendida en dos sentidos diversos: a), en cuanto al objeto; b), en cuanto al dominio. En cuanto al objeto el querer jurídico del funcionario de la entidad pública no puede salirse del de la entidad por quien obra. Es este el problema de la especialidad de las personas jurídicas que más adelante estudiaré.

En cuanto al dominio de la acción, éste es el que se señala a cada funcionario de una manera precisa, por reglas detalladas. Un funcionario no puede hacer todo lo que quiera sino sólo aquello para que es competente. En las administraciones descentralizadas colombianas, municipio y departamento, las entidades deliberantes a cuyo cargo está la iniciación de una determinada actividad administrativa, no pueden excederse de esa iniciativa y extender sus facultades a todas las facetas de la administración, porque su competencia está claramente señalada por la ley, y en ella no se les ha facultado para la dirección constante de los servicios públicos.

c). —El objeto del acto jurídico como acto de voluntad es la determinada actividad que el sujeto va a ejercer, pero éste es el inmediato; el acto como jurídico tiene un fin que es el mediato del de voluntad: la modificación que se va a aportar al orden jurídico. El individuo sólo puede querer de manera directa lo que está bajo su inmediato control, que es la manifestación de su propia actividad, pero a consecuencia de ésta se produce la modificación buscada, la que no puede tenerse sino como mediatamente obtenida por el querer individual, en virtud de la relación de causalidad que existe entre ella y la actividad personal ejercida. En el acto jurídico administrativo esta distinción es, por lo general, muy visible. En hecho la voluntad se manifiesta en el reglamento, en la decisión ejecutoria y en la ejecución, pero a consecuencia de éstos se produce en las re-

laciones de la entidad pública que obra y la persona o entidad afectada una variación que viene a ser realmente el objeto del acto jurídico. Por ejemplo, la liquidación de impuestos directos es la declaración de la voluntad del Estado y, en consecuencia, el objeto inmediato de ésta; pero a causa de ella el particular afectado se convierte en deudor del fisco, de manera que este último efecto viene a ser el mediato. Lo dicho no significa que la realización del efecto mediato sea puramente aleatorio o sujeta a una voluntad extraña, sino que ella sólo puede ser querida de manera indirecta queriendo el acto personal que se sabe la ha de producir.

d). —Ya se vio como el acto de voluntad hay un momento de incertidumbre en el que se mira el pro y el contra. Es entonces cuando se fija la dirección de la actividad no sólo en la ejecución del acto sino en **por qué** lo va a ser. Esto es, que fin se obtendrá por su ejecución. Es el conjunto de ideas que quien va a hacer algo tiene acerca de los efectos de su acción. A esto le da Duguit, tomando la expresión a los psicólogos, el nombre de **fin determinante**, y acerca de él dice que, "es la imagen aceptada por el espíritu del sujeto, de que cuando el acto jurídico sea ejecutado, nacerá para él o para otra persona una cierta situación que facilitará o asegurará la realización de un cierto querer anterior o posterior".

Para mayor claridad se puede suponer un caso. Entre A. y B. se celebra una compraventa de bien inmueble; el objeto inmediato del querer de uno de los contratantes es la declaración de voluntad de obligarse a entregar el bien, y el del otro su obligación de pagar el precio. El mediato es la intención de que a causa de esas declaraciones nazca a favor de cada uno el derecho de exigir del otro lo que ha dicho que es su querer, o las entregas recíprocas que han de hacerse. El fin determinante será para el uno adquirir dinero con el fin de jugar, comprar acciones de sociedades anónimas, etc., y el del otro urbanizar, construir un teatro, etc.

Si en el acto jurídico privado este fin es difícil de analizar por la amplitud de la acción individual y en razón de que se trata de algo estrictamente personal e interno, su trascendencia en el campo del derecho público, del derecho administrativo principalmente, es enorme, ya que los funcionarios no pueden obrar a nombre de las entidades públicas sino teniendo en cuenta el fin de ellas.

Pero esa dificultad del derecho privado no ha nacido sino del prurito de aislar las relaciones individuales que caen a su sanción, de la idea de que fuera de los motivos económicos al hombre le

mueven otros, que pueden encontrarse en contraposición con los principios de justicia. En las obligaciones, que es donde principalmente se encuentra planteado el problema de la causa, mucho tiempo se tuvo por dogma irrefragable que en los contratos bilaterales la obligación de cada parte tiene por causa la obligación de la otra, y en los unilaterales que la causa era la entrega de la cosa. Pero se ha ido viendo que si las cosas son así la noción de causa se vuelve inútil, que su inclusión en los códigos es una repetición que carece de razón de ser, por lo que ha venido la reacción en favor de un análisis más profundo de los actos que implica un contrato, hasta descubrir la verdadera causa en el fin determinante, que es una causa susceptible de revestir las modalidades que se exigen para su validez y que tiene en su favor la facilidad en que por medio de ella se podrá acomodar la idea de lo justo a las diversas relaciones humanas. Sin embargo, permaneciendo los motivos estrictamente personales, su influencia en la validez de los contratos llevaría a la influencia jurídica de ellos a los que son comunes a ambas partes en un contrato, o aun prescindir en un todo de la noción de causa, pero sin pretender nunca más persistir en la confusión que fue doctrina clásica. Además, la amplitud de medios y fines que puede buscar el individuo haría supremamente difícil la determinación del fin ilícito. Con razón dice Jéze que, "aquí hay una gran diferencia con el derecho privado en el que la capacidad es la regla, la ley no asigna a la actividad de cada individuo un fin preciso, la capacidad no está determinada, en el que la **capacidad** se determina por proposiciones negativas, mientras que la **competencia** se determina por proposiciones positivas".

La existencia del Estado tiene su razón de ser en los fines que ha de cumplir. Si quienes obran a nombre de él no tienen en mira esos fines, los actos que adolezcan de ese vicio dejan de ser del Estado y se convierten en personales de los funcionarios. Por lo tanto, no puede tener los efectos de los actos de aquél. Tal es el fundamento de la interesante doctrina sobre la desviación del poder.

El acto ejecutado por un funcionario no tiene el carácter de administrativo porque emana de él, sino porque es ejecutado teniendo en mira el cumplimiento de la misión de la administración. Por lo tanto, hay ejercicio abusivo de la autoridad en el funcionario que ejecuta un acto falsamente administrativo por no ser dirigido a la realización de un fin administrativo; y los particulares que puedan ser lesionados o lo hayan sido, tienen derecho a pedir la nulidad o a

exigir las correspondientes indemnizaciones, porque en su ejecución se ha ejercido una competencia que no se tenía, que era "una competencia falsa".

Pero el fin de la administración no es el único que limita al funcionario desde un punto de vista teórico y general, sino que hay que considerar lo que la ley o acto que concede la competencia y organiza un servicio ha tenido en mira como fin de esa competencia o servicio, y el administrador debe obrar dentro de esos fines.

Donde quiera que exista un control sobre los actos administrativos es preciso admitir, sin necesidad de un texto expreso, esta teoría del fin determinante como base para la sanción de los actos ejecutados con un fin distinto del público o legal, y por eso creo que en Colombia puede hacerse mucho en este terreno en el que poco se ha adelantado.

e). —El acto jurídico, por definición, tiene la virtud de producir efectos jurídicos, que varían según sea su carácter. Hay actos que son hechos en ejercicio de un derecho propio del sujeto y entonces la situación consecutiva viene a ser determinada por las normas que dirigen esa facultad de obrar; o pueden ser actos para los cuales no existe facultad jurídica, pero que si afectan el orden establecido y hacen nacer en contra de los que los ejecutan el derecho de imponerles la sanción prevista para los violadores de ese orden. Esto teniendo en mira únicamente los actos de un carácter más o menos individual, pues respecto a todos los actos jurídicos las situaciones que pueden nacer se derivan de su propio carácter. Así, pues, se tiene que por los actos reglas se crea una regla de derecho o se adapta para su cumplimiento, dirigiendo la acción de ellos no a determinadas personas, sino a la variación del orden jurídico general o al mejor mantenimiento de éste.

Por los actos subjetivos se produce una variación en la situación jurídica de individuo o individuos especialmente determinados al ejecutar el acto. El ejemplo más común es el de los contratos de derecho privado en los que por las declaraciones de voluntad de dos personas o grupos de personas nacen obligaciones y derechos correlativos, bien sea recíprocos o bien sólo obligaciones para una parte y derechos para la otra.

Pero existen también actos subjetivos o creadores de situación jurídica individual unilaterales, los que son muy comunes en el derecho administrativo. El acto de liquidación de un impuesto a cargo

de una persona es un ejemplo de ellos, la imposición de multas por violaciones de los reglamentos de policía es otro.

Los actos condición son aquellos en virtud de los cuales se hace aplicable a un individuo un estatuto legal determinado, y a causa de ellos un individuo que no caiga bajo las ordenaciones de una reglamentación jurídica queda sometido a ella. Es el caso de la resolución por la cual se concede carta de naturaleza a un extranjero, que a causa de ella queda sometido al estatuto personal de los nacionales del país que se le ha concedido. La interdicción, la separación de bienes, la emancipación, son todos ejemplos de actos condición. En el derecho administrativo también son los relativos al reclutamiento o retiro de los funcionarios, la declaración de utilidad pública en virtud de la cual se puede aplicar a un bien individualizado las reglas de la expropiación, las autorizaciones a un funcionario para celebrar un determinado contrato. También corresponde a esta clase el acto en que se señala a un funcionario, administrativamente, su competencia.

Por el acto condición no se crea una nueva situación jurídica, ella existía y era aplicada antes pero no al individuo o en el caso particular a los que en virtud del nuevo acto podrá ser aplicada, por haberse colocado en las condiciones previstas.

Los actos jurisdiccionales son aquellos en que funcionarios públicos, comprobando que determinadas circunstancias se han cumplido, señalan la regla de derecho aplicable a un caso particularmente considerado.

Indudablemente existen actos que producen diversidad de efectos jurídicos, pero no se debe a que las categorías, que brevemente se acaban de esbozar, no corresponden a la realidad, sino a que su carácter es complejo, por comprender en una declaración de voluntad aparentemente simple varias clases de actos jurídicos.

120. —La clasificación de los actos jurídicos que se acaba de estudiar es aplicable tanto a los de derecho público como a los de derecho privado, con lo que no quiero decir que haya identidad entre los procedimientos de derecho privado y los de derecho público, que, como antes lo demostré son fundamentalmente distintos, sino únicamente que se pueden reducir a una teoría común del acto jurídico, sin que por ello pierdan su individualidad y formación propias.

Hay una clasificación que fue clásica en el derecho administrativo, pero que ha tenido que batirse en retirada ante los problemas del mundo moderno. Me refiero a la distinción entre los actos de

autoridad y los de gestión y la subdivisión de estos últimos en de gestión privada y de gestión pública. Es Laferrière quien le ha dado a esta doctrina el sello de la autoridad en el aparte siguiente de su obra "Jurisdiction et contentieux".

"Una doble misión, dice, incumbe a la autoridad administrativa. Por una parte, está encargada de vigilar la gestión de la fortuna pública y su empleo, asegurar la percepción de las rentas de toda naturaleza y su afectación a los servicios públicos. Los actos que ejecuta para cumplir esta misión son los que se llaman actos de gestión. Además, la administración es depositaria de una parte de autoridad, de poder, que es uno de los atributos del poder ejecutivo. Está encargada de hacer ejecutar las leyes, de regular la marcha de los servicios públicos, de procurar a los ciudadanos las ventajas de una buena policía. Interviene por vía de prescripciones generales, de mandatos o de prohibiciones..... La administración obra entonces como autoridad, como poder, y los actos que hace así son actos de mando o de poder público" (citado por Duguit).

Como se ve, se considera a la administración como encargada de una doble misión, lo que es absolutamente extraño a la realidad. La misión de ella es una y su fin es el bien público. Por lo tanto, donde quiera que obre está haciendo un acto en busca de la realización de ese bien, y no podrá hacerse distinción de sus actos por el hecho de que en los unos administre bienes y en los otros súbditos.

Pero, además, la distinción basada en ese criterio sólo puede conducir a una confusión, porque entonces serían actos de gestión muchos que el Estado administrador es capaz de ejecutar únicamente en virtud de su poder especial. Tal el caso de la liquidación de impuestos y su recepción.

121. — Berthélemy modifica un poco los términos de la distinción. Le rechaza al Estado como poder público la categoría de persona, y sólo se la concede como centro de relaciones patrimoniales. Para él existen como cosas distintas el Estado persona y poder público, tesis que más adelante discutiré. Los actos de autoridad son los que hace el Estado como poder público y los de gestión "los que hacen los administradores como representantes legales de las personas administrativas, sea para el dominio privado cuya guarda tienen, sea para los servicios públicos de los cuales tienen la carga". Para distinguirlos de los otros propone el criterio de que son aquellos que pueden ser ejecutados por un particular, el que bien se ve carece de consistencia y no responde a la realidad. Los particula-

res nunca pueden hacer los actos que ejecuta la administración, al menos de una manera regular, porque ella obra por el bien público que le está confiado. Además, como lo anota Duguit, se caería en un círculo vicioso, porque cuando se considera el acto hecho por un administrador, para saber si puede serlo por un particular, hace falta saber si él es un acto de gestión. Lo que indica que un acto de gestión no es la posibilidad de poder ser hecho por un particular, sino que para poder ser ejecutado por un particular se necesita que sea un acto de gestión.

Por otra parte, es absurdo hablar de actos del Estado administrador idénticos a los de los particulares, porque todos ellos están sometidos a la idea del fin del Estado y, por lo tanto, sujetos a todas las modalidades especiales del derecho administrativo, en cuanto a recursos y demás aspectos particulares de los actos jurídicos de derecho público.

Bajo las mismas críticas caen las tesis de Hauriou, porque yo creo que toda la actividad del Estado está determinado por los principios de su especialidad. Actos de autoridad, actos de gestión pública y actos de gestión privada, son de todos modos actos del Estado como tal. Fischbach, Foignet, Nézard, Goodnow entre muchos otros, sostienen la misma distinción amoldándola a sus propios pensamientos pero sin cambiar su esencia.

122. —Duguit y Jéze la rechazan basados en sus opiniones contrarias a la existencia de la soberanía. El primero de ellos se expresa así:

"Desaparece así como falta de razón y de objeto la distinción que durante largo tiempo ha tenido un gran crédito, la distinción entre actos de autoridad o de poder público por una parte, y los actos de gestión por otra. Que se diga, si se quiere, que todos los actos del derecho público son actos de gestión y que no hay actos de autoridad o de poder público, me es indiferente. Lo que importa es que se reconozca que todos los actos jurídicos, que emanan de los gobernantes, de sus agentes o de simples particulares, tienen el mismo carácter, a causa de que siempre emanan de una voluntad humana y que el efecto de derecho que les es consecutivo es una creación del derecho objetivo". No se puede, pues, hacer distinción entre los actos administrativos porque emanan de la voluntad humana que es una, y sus efectos son los previstos por el derecho objetivo.

123. —Mi posición, aunque rechazo la pretendida clasificación, es casi opuesta. Si el Estado existe es porque tiene una misión que cumplir, lo que hace constantemente por intermedio de su administración, que al obrar siempre tiene el carácter de administración del Estado, de manera que todos sus actos son del Estado-administrador, están dominados por la idea de interés público y no puede darse diferencia alguna entre ellos ni en cuanto a su fin, ni en cuanto a su carácter interno, y sí sólo en cuanto a sus efectos, en la forma en que todo acto jurídico causa una modificación en el orden jurídico, como se vió arriba.

124. —La posición adoptada por los autores que sostienen la distinción que critico tiene su razón de ser en el hecho de que constantemente el Estado obra dentro de las formas del derecho privado y éstas le son aplicadas; pero esto tiene su origen únicamente en que el desarrollo de la administración pública es un hecho nuevo que no ha dado tiempo para que a su rededor se complete toda una trabazón jurídica que corresponda a sus necesidades especiales, por lo que ha habido necesidad de que le tome prestado al derecho privado las formas, imprimiéndoles, sin embargo, el sello característico que resulta de la naturaleza de su actividad, y de esta manera, al lado de los contratos de derecho privado, se han ido modelando los de derecho administrativo o administrativos, pudiéndose considerar hoy como en total desarrollo, con sus aspectos particulares y dotados de las vías de derecho especiales a su manera de ser.

Pero la administración, aunque dotada de facultades especiales de derecho público, puede, de manera voluntaria y pública, preferir los modos de obrar de derecho privado y entonces los actos que celebre están sometidos al derecho común en cuanto a relaciones con particulares en su carácter de tales, pero no como actos ejecutados en ejercicio de la función administradora, ni en cuanto afectan a los individuos como miembros de la colectividad.

125. —Se ha pretendido separar del cuerpo general de los actos administrativos una categoría llamada de los actos discrecionales, que serían los ejecutados en virtud de la libre facultad de la administración de actuar en el momento y en la forma que mejor le parezcan. Se catalogaban allí actos que se tenían como intocables por los organismos que controlan la administración. Ya se vio cómo uno de los caracteres esenciales de la administración es el de ser legal y se decía entonces que la administración se mueve dentro de la ley que marca su competencia. Por lo tanto, si existen

actos discrecionales no serán administrativos, y si el órgano que los ejecuta pertenece especialmente a la función administrativa, tendría facultades que exceden de ese campo. Pero es absurdo hacer la suposición porque en último caso la limitación al poder de la administración se hallará en el fin de interés público que ha de tener en mira en todas sus actuaciones. Por consiguiente, podrá haber actos para los cuales la competencia de la administración sea demasiado amplia pero que adolecerán del vicio de ilegalidad siempre que su ejecución haya sido efectuada teniendo en mira un fin que no sea el de interés público o el legal.

El Consejo de Estado de Colombia acogió esta doctrina que rechaza la existencia de actos discrecionales en sentencia que dice:

“Conforme a la estructura de la Constitución Nacional, las Asambleas Departamentales son cuerpos puramente administrativos y sin atribuciones políticas. La esencia misma de la constitución está contenida en la célebre fórmula del Presidente Núñez: “Centralización política y descentralización administrativa”. Acerca de este particular sería inútil insistir, porque se trata de una materia obvia.

Siendo esto así, las Asambleas están rigurosamente sujetas a la norma fundamental del Derecho Administrativo moderno, que practican todos los países cultos, o sea a la norma de la administración reglada. Según ella todos los actos de las autoridades administrativas deben inspirarse en un régimen legal establecido de antemano, conocido de todos, y cuya violación trae consigo, mediante un recurso ciudadano, la nulidad de los actos que impliquen abuso de poder o extralimitación de funciones. Y resulta antijurídico en grado sumo pretender que las Asambleas sean soberanas, pues la soberanía, que consiste en el derecho de decidir en último resorte y sin apelación, de las cuestiones fundamentales en la vida del Estado, unido al monopolio de la coerción sin condiciones, no puede residir sino en la Nación representada por sus propios órganos”.

126. — Pero si el concepto de acto discrecional no corresponde a la realidad jurídica, hay algo que se le parece mucho y que sí cabe dentro del derecho: el poder discrecional, que consiste no en la libre facultad de la administración de obrar en la forma y en el momento que mejor le parezcan, sino en este último o abstenerse de obrar. Su existencia no es sino una consecuencia de la ductilidad que debe tener toda administración y que le permite acomodarse a las circunstancias de cada momento. Motivos de orden social o fiscal impondrán a la administración una acción o una abstención

en un momento determinado y ella tiene que estar facultada para reaccionar adecuadamente ante esos motivos.

127. — Al poder discrecional se opone la competencia obligada, en virtud de la cual, dados ciertos hechos, la administración tiene el deber de obrar, y el acto por el cual se abstiene es susceptible de anulación, porque se viola la ley al no ejecutar un acto que ella ordena. Podría ser un ejemplo de competencia obligada en nuestro derecho al que se encuentra en la concesión de las minas del Estado; la administración, una vez cumplidos los trámites legales, no puede abstenerse de conceder el título de una mina, que no se encuentre entre las que no son adjudicables.

Podrá considerarse como si se tratara de un caso de competencia obligada, el hecho de que un funcionario no pueda, con relación a un suceso, sino ejecutar un determinado acto. El hombre puede valerse de medios muy diferentes para obtener los fines que se ha propuesto, pero cuando a la administración se le ha señalado obligatoriamente el camino que debe seguir para cumplir su misión, su competencia está expresamente delimitada. Sin embargo, como aún en este caso podrá conservarse la libertad de no actuar, no se puede decir que de manera precisa la competencia sea obligada.

128. — Ya se demostró que el poder de dictar reglamentos es facultad esencialmente administrativa. Dentro de la teoría de la separación de los poderes u órganos del Estado corresponde al ejecutivo, y es en su favor que se encuentra consagrado en las constituciones. (Constitución de Colombia, artículo 115: "Corresponde al Presidente de la Republica **como suprema autoridad administrativa....** 3º. Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes").

Los reglamentos son: "una manifestación de voluntad administrativa bajo la forma de regla general escrita, emitida por una autoridad que tiene el poder reglamentario" (Hauriou).

Por los órganos encargados de establecer el derecho o de iniciar la acción administrativa, el Estado formula principios generales que servirán de guía para su funcionamiento continuo. Pero estando este funcionamiento en manos de quienes ejercen la función administrativa, es a ellos a quienes corresponde relacionar esas reglas generales con la realidad para que puedan operar con el máximo de eficacia.

La potestad reglamentaria no significa excesos administrativos, ambición de mando en quienes dirigen la cosa pública; es el medio por el cual se amolda fácil y rápidamente la ley a las asperezas del medio social. Sirve de instrumentación para que los fines de la legislación se realicen más perfectamente. Por el reglamento se explica el alcance de la ley, se determina la manera como la administración actuará en frente de los problemas que su ejecución presente, dando así una interpretación administrativa de ella, que obliga a la administración y, por consecuencia, da derecho a los administrados a exigir su aplicación, pero que no tiene fuerza para establecer una norma de derecho nueva.

129. — Se ha discutido acerca del carácter de este poder y se ha sostenido que es una delegación del poder u órgano legislativo en favor del ejecutivo. Nada que repugne más a la realidad; suficientemente aclaré el punto sobre el carácter de los reglamentos. Si ellos son una manifestación de la función administrativa, no hay porqué entrar a suponer que la administración tiene la potestad reglamentaria por delegación de quienes tienen una función esencialmente distinta. Que no se diga que el legislador, al dar normas generales, se abstiene de entrar en el detalle de los hechos, lo que deja a la administración, porque lo que realmente ocurre es que esto no es de su competencia. A él le toca dar la norma y el administrador verá como se cumple. Además, los poderes que corresponden a un determinado órgano en relación con la función que ejerce no son delegables. En la organización del Estado se marcan suficientemente las actividades de cada cual y no se tiene derecho a hacer esa delegación para la cual no hay autorización. Si órganos de una función, más comúnmente la ejecutiva, tienen facultad para ejecutar en circunstancias especiales, actos privativos de otra, eso no significa que se trate de una delegación de poderes sino únicamente que, dadas las circunstancias especiales que se establecen por un acto condición, ese órgano puede serlo transitoriamente de varias funciones.

J. Barthélemy y P. Duez, hablando acerca de esa pretendida delegación, dicen:

“El reglamento de la administración pública no puede analizarse en una delegación del poder legislativo al Jefe del Estado; la idea de supremacía de la constitución rígida, admitida por nuestro derecho, prohíbe tal delegación. El reglamento de administración pública no es entonces y no puede ser sino una variedad de reglamento; no es el ejercicio de poder legislativo del parlamento por

delegación; es el simple ejercicio del poder reglamentario que pertenece, por la constitución, al Jefe de Estado".

Esa crítica cabe perfectamente dentro del derecho colombiano. No es en virtud de autorización legal que el Presidente de la República dicta reglamentos, sino por obligación de origen en la constitución, en la que se le señala la potestad de dar reglamentos como uno de los deberes que se desprenden de su calidad de Jefe de la Administración Pública.

130. — El poder reglamentario tiene una innegable importancia para el buen éxito de la actividad del Estado, porque necesitándose que la ley sea relativamente estable, no se podría atender satisfactoriamente a las diversas situaciones que se crean dentro de la vida social que sin requerir una regla de derecho nueva, si imponen que se les amolden las existentes, lo que en las relaciones de derecho privado se logra principalmente por la jurisprudencia, pero que en el derecho administrativo debe hacerse por la administración. Esta importancia está maravillosamente demostrada en la siguiente transcripción de un pasaje de la obra, ya citada, de Leonard P. White:

"Desde el punto de vista de la administración es importante que se encuentre investida del poder de hacer reglamentos subsidiarios. Dotada de esta autoridad, tiene una cierta libertad de medios para asegurar los objetos definidos por la legislación. Puede seleccionar uno entre varios medios y desecharlo después de ensayarlo o suplirlo con otros. Puede adaptar sus esfuerzos a las condiciones que aparezcan más tarde y que aún se coloquen fuera del estatuto. Puede ejercitar el poder de sus cerebros e inventiva contra la ingenuidad de los que tratan de evitar la ley. El poder reglamentario permite el refinamiento progresivo de la ley por el camino que señale la experiencia.

La administración también puede protegerse mejor contra imposibles e inútiles tareas. Si algo debe ser materia de un estatuto, es absolutamente verosímil que mucho habrá en lo que lo administrativo está fuera de duda. Los cuerpos legislativos no siempre tienen una justa comprensión de los límites de lo posible en el campo de la administración, pero los oficiales responsables tienen más probabilidad de tener un mejor sentido de lo que puede ser hecho.

El poder reglamentario permite un señalamiento más exacto de los fines reales buscados por la legislatura. Se puede desear imponer sobre los servicios públicos un sistema de cuentas que revelará

su verdadera situación financiera. Hace un siglo legislatura de estado típica probablemente hubiera escrito los sistemas de cuentas dentro de los estatutos; ahora se contenta con autorizar a la respectiva comisión para establecer un sistema uniforme de cuentas que debe ser seguido por los servicios públicos, reconociendo la dificultad de formular un sistema que adecuadamente sirva para ese fin. Las medidas de higiene son de manera creciente escritas por los oficiales del estado, y en Texas y California los códigos ordenados por las oficinas fueron en seguida convertidos en leyes.

El poder reglamentario conduce más fácilmente a la conferencia y la consulta con los interesados que lo que lo harían los métodos de los cuerpos legislativos. Un número de casos han sido ya citados para ilustrar el punto. La administración, por el trabajo educativo, la explicación y la sugestión puede llegar a ser no como un detective cuya intromisión fastidia, sino como experto consejero cuya asistencia es bien recibida.

La posesión de la autoridad para hacer reglamentos estimulará el sentido de responsabilidad y la iniciativa de los empleados públicos. Estos esperan hacer frente a las nuevas situaciones con remedios apropiados, y dentro de los límites de la ley esperan hacerlo de una vez, sin esperar las órdenes de la legislatura. En reves palabras, el poder reglamentario significa administración por el administrador, más bien que por el legislador".

131. —Hasta ahora me he referido al poder reglamentario principalmente como facultad del Jefe del ejecutivo. Pero ya se vio que fuera de la jerarquía administrativa general existen otras menores de acuerdo con la organización administrativa, que tienen una esfera de acción independiente, y es lo ordinario que en las administraciones descentralizadas corresponda a un cuerpo especial, situado fuera de la jerarquía administrativa, la iniciativa de la acción. A consecuencia de esto se ha planteado el problema de si los jefes de una gerarquía administrativa inferior tienen el poder reglamentario con relación a las normas generales que se les han dado para lo que es de su competencia. Tal sucede en Colombia en donde se duda si los alcaldes y gobernadores tienen ese poder. El Consejo de Estado en sentencias de cinco de Septiembre de 1916 reconocía a los gobernadores el poder reglamentario; pero en sentencias de cinco de Julio y seis de Noviembre de 1935 sostiene que no existe para ellos esa facultad, dentro del derecho colombiano.

132. —En mi opinión el problema ha sido mal estudiado. Las ordenanzas, los acuerdos y las resoluciones de juntas directivas de servicios descentralizados en ningún caso tienen el efecto de establecer un nuevo derecho; obran dentro de la ley y por lo tanto su carácter es el de los reglamentos. Por eso puede establecerse una división en el poder reglamentario, que se encuentra en Barthélemy y Duez, en orgánico y general.

Es general el que corresponde al Jefe del Estado con relación a la ley. Como por ésta generalmente se establece el derecho positivo, al hacer su reglamentación se interpreta el derecho. Pero no es dicho funcionario el único que al administrar tiene que dar aplicación a la ley. Hay muchos otros que individualmente o constituidos en cuerpos deliberantes, tienen la obligación de dictar reglamentos dentro del campo de sus funciones legales. Estos reglamentos, de un carácter general por lo común, dictados por corporaciones que para amoldarse a la realidad administrativa adolecen de los mismos inconvenientes de los cuerpos legislativos, inconvenientes que realmente son imposibilidad física, porque ellos son cuerpos deliberantes muy distintos a la administración activa. Por eso considero que en frente a esos reglamentos tienen ésta la potestad reglamentaria, con facultad de interpretarlos y amoldarlos a las exigencias administrativas. Y esta facultad la tendrán no sólo estos jefes de jerarquía inferiores sino también todos los jefes de servicio. Es a este poder reglamentario al que se puede llamar orgánico.

Pero no es cierto que haya una diferencia esencial entre el poder reglamentario orgánico y el general, basada en el hecho de que este último tiene dominio sobre los particulares y aquél no. El derecho objetivo para todos obligatorio lo crea la ley y es a ésta a la que principalmente deben atenerse los particulares en sus relaciones. Los actos reglamentarios tienen únicamente el carácter de obligatorios si se encuentran dentro de la ley y, por lo tanto, son incapaces de crear una regla de derecho nueva. De ahí que la verdadera fuerza obligatoria de ellos se encuentre en el deber de la administración de respetarlos mientras no los haya variado, y no se ve porque los actos reglamentarios orgánicos pueden diferir en este punto, que es el esencial, de los actos emanados de autoridades que gozan del poder reglamentario general.

Según mis apreciaciones existe, pues, una facultad de dictar reglamentos que corresponde a toda persona que de algún modo tiene la dirección de un sector de la administración; y además existe en

las administraciones activas, esto es en aquellas cuya función consiste en la actuación constante, una potestad reglamentaria, que se ejerce por el jefe de la administración central sobre los actos de carácter legislativo, y por los jefes de organizaciones descentralizadas sobre los de las entidades que en ellas tienen la iniciativa administrativa.

133. —El poder reglamentario forma la esencia de la administración en el Estado moderno; un ejemplo interesante de ello se encuentra en el nuevo Reich. A pesar de que el poder estatal se halla en él totalmente unificado, de manera que no queda ningún rastro de la separación de poderes, al Führer le corresponde, como supremo conductor de la colectividad, la facultad de dar las leyes, pero al hacerlo las reduce a las reglas esenciales, de manera que son excesivamente breves y se deja un campo amplísimo a la facultad reglamentaria. En cierta manera parece haberse adoptado la distinción entre leyes normativas y construccivas, perteneciendo la competencia para hacer las primeras al Führer como legislador supremo y la para las segundas a quienes poseen la facultad de hacer reglamentos. Sin embargo, yo creo que lo que ha sucedido es que se ha concretado la ley a lo que realmente es un objeto: dar normas de derecho, y se ha dejado a la administración todo el campo de acción de las reglamentaciones, dotándola así de un poder de infinito alcance en la obtención de sus fines. Quizás haya sido posible llegar a este punto porque la distinción entre las disposiciones que tienen uno y otro carácter, en lo externo, se reduce a la manera de promulgarse, ya que emanan de una misma autoridad o de autoridades que se hallan bajo una misma jerarquía.

134. — Se han considerado como del tipo reglamentario los decretos que dicta el gobierno central cuando un país se encuentra bajo el régimen del estado de sitio. Analizaré las circunstancias de este régimen ante todo y luego estudiaré si dichos decretos si tienen ese carácter.

Constitucionalmente se autoriza a algunos de los órganos del Estado para que en el caso de que en la vida de la nación ocurran determinadas circunstancias, se declare el estado de sitio. Dentro de la organización común del Estado se tiene establecido que cuando se presenten determinados hechos un estatuto de excepción regirá su actividad, cuya vigencia se inicia por un acto que declare que esos hechos se han cumplido, el cual produce en el orden jurídico los efectos de un acto condición y que tanto en su forma como en su

esencia es administrativo. En el caso colombiano se necesita concepto previo del Consejo de Estado, pero eso no varía la naturaleza del acto, sino que la competencia del Jefe del Estado se encuentra para este caso condicionada a la consulta previa a aquella entidad. El acto que declara el estado de sitio es susceptible de todos los recursos de carácter administrativo.

135. —Por el estado de sitio no se inviste a la administración de poderes ilimitados; lo que sucede es que la legalidad de ella varía para quedar dentro de una más amplia, como es la de los principios generales de derecho. El derecho del Estado queda de hecho en una posición inestable, sujeto a las variaciones de toda clase que exijan las necesidades de una época de crisis, y a causa de esto los reglamentos se vuelven más amplios y adquieren en realidad el valor de leyes en el sentido material, aunque formalmente no lo sean. Sin embargo, su carácter complejo resalta del hecho de quedar condicionados por ese régimen de legalidad de crisis, que los arrastra consigo, desapareciendo en el mismo momento que él.

La situación que para la administración se crea a causa de este cambio en el orden general, no se puede atribuir a una delegación de los órganos legislativos en su favor. Esa situación tiene un estatuto previamente establecido, que directamente concede facultades especiales a los administradores, y únicamente está influido por las circunstancias de hecho, que a la administración toca constatar.

De acuerdo con las ideas que he expuesto, el acto que declara el estado de sitio puede ser anulado con base en el hecho de que el fin que determinó a la administración a ejecutarlo, tiene móviles diversos de aquellos previstos como legales para ello.

No sólo existe una legalidad especial que regula la administración en este caso, sino que existen consideraciones que imponen la naturaleza de los caracteres esenciales al estado de sitio. El está limitado en el tiempo y en el espacio, de manera que no puede prolongarse indefinidamente, sino que debe suspenderse inmediatamente que cesen las circunstancias que dieron lugar a él. Además debe dentro de un Estado especificarse a que porción del territorio se extiende, y si bien el gobierno queda dotado de facultades administrativas suficientemente amplias para hacer frente a los hechos que se presenten, habrá medidas que por su carácter, relacionado estrechamente con las circunstancias imperantes en el lugar determinado en que están acaeciendo los sucesos que trastornan la legalidad, no son aplicables sino en el territorio que se encuentra en estado de sitio.

136. —Fuera de este caso, en el que la administración se encuentra capacitada en virtud de una ampliación de competencia para intervenir en el orden jurídico fuera de los límites de la legalidad ordinaria, hay otras situaciones, esas sí constatadas por medio de leyes, en las que la facultad legal es amplia. Tal sucede con las épocas en que, mediante una concesión de atribuciones extraordinarias, puede la administración dictar disposiciones de un carácter esencialmente legal, atribuciones que se van imponiendo en el mundo por la necesidad de obrar rápidamente, para lo cual se encuentran imposibilitados los cuerpos deliberantes.

137. —No todas las entidades o los funcionarios administrativos pueden ejecutar actos correspondientes a las diversas categorías. Por este aspecto interesa hacer la distinción entre la administración ejecutiva, que goza del poder de dar reglamentos, decisiones ejecutorias y del de ejecución; la deliberante, que se caracteriza porque sus decisiones son precedidas de deliberaciones entre varios individuos, por lo que corresponde a asambleas, generalmente de origen popular, y la que goza de facultad para dictar reglamentos y decisiones ejecutorias pero no para ejecutar, y esto en razón de un principio que ha gozado de mucho respeto y que surgió en Francia durante la época napoleónica: **deliberar es el hecho de varios, obrar el de uno solo**; la llamada administración consultiva es la que se ejerce por entidades de carácter deliberante que no están capacitadas para ejecutar ninguna clase de actos administrativos y sólo tienen el poder de dar consejos o conceptos sobre los actos que debe hacer la administración ejecutiva. Se realiza en esta forma dentro de la administración, una especie de separación de poderes que tiene su razón de ser en motivos de competencia técnica o de orden político. En este último caso se busca que la masa de los ciudadanos, por medio de sus representantes directos, pueda intervenir en la administración y así comparta su responsabilidad.

En la organización administrativa territorial de Colombia también ocurre una separación en lo relativo a los efectos propiamente administrativos de los actos, que más arriba tuve ocasión de mencionar. Hay entidades que tienen la iniciativa y marcan la pauta en la acción de la administración, y funcionarios a quienes toca realizar ésta, de manera que los actos de las primeras tienen un valor principalmente de mandato sobre la administración activa y los de los últimos de influencia directa en las relaciones sociales.

138. —Hay que deducir del estudio de los actos jurídicos de

ría ha significado la destrucción del dogma de la separación de los poderes u órganos; la administración pública, responsable directa del buen éxito de la actividad del Estado, no puede reducirse, con el criterio formalista de la separación de los poderes, a la función ejecutiva. Ella necesita y debe poder ejecutar actos que correspondan a categorías jurídicas muy diversas a las de simple ejecución de órdenes o reglas de conducta de otros poderes. En circunstancias extraordinarias dictará las leyes. Con demasiada frecuencia su acción significará intervención en las diferencias de los particulares. Y a su turno, los cuerpos legislativos están dotados de facultades que innegablemente entran en la categoría de lo administrativo; ejemplo de una fuerza convincente asombrosa, porque significa la facultad más preciada del parlamento en las democracias, es la expedición del presupuesto, que es esencialmente un reglamento administrativo. Por él el derecho no sufre alteración ninguna y su acción queda restringida a los efectos generales de un reglamento, que es obligatorio principalmente para la administración.

Además, el llamado poder u órgano judicial se ocupa en multitud de ocasiones de cuestiones que son de índole esencialmente administrativa. El reclutamiento de funcionarios para el desempeño de sus actividades es el ejemplo más palpable de ello.

Ni la administración, ni la legislatura, ni la jurisdicción podrán estar sometidas a los marcos de una organización ficticia que ha hecho fracasar la democracia en frente de las realidades del mundo moderno. El Estado tiene que estar dotado de órganos que con rapidez atiendan a las situaciones difíciles que la vida social va creando y por eso es preciso que se destruya un mito que ha estado sacrificando los órganos de la acción en beneficio de los de la deliberación, sin lograr que el pretendido principio tenga cumplida realización, y, antes bien, prolongando en demasía la competencia de los cuerpos legislativos en asuntos que teóricamente se encuentran dentro del marco que forman las características de otros órganos, que prácticamente sirven mejor a sus fines.