

CAPITULO II

SUMARIO: 1. Fuentes del Derecho administrativo.—2. Divisiones principales: fuentes de conocimiento; de formación y aplicación; directas o inmediatas; indirectas o mediatas.—3. La Ley.—4. Los Decretos y Reglamentos.—5. Las Resoluciones ministeriales.—6. Las Ordenes, Instrucciones y Circulares de las autoridades administrativas.—7. Las Leyes estatales.—8. Las Ordenanzas municipales.—9. La costumbre.—10. La jurisprudencia.—11. El Derecho científico o doctrina jurídica.—12. La equidad.—13. Los Tratados y Convenciones internacionales.

I.—Fuentes del Derecho administrativo

Conocido el concepto general de fuente, como la causa generatriz de un hecho o el lugar de donde mana algo, y aplicándolo al Derecho, nos indicará el lugar, el manantial o manantiales de donde proceden las manifestaciones que le constituyen y le dan vida. Y concretando esta noción de fuentes al *Derecho administrativo*, diremos que serán la causa bien de su conocimiento, bien de su formación y aplicación. Pero antes queremos hacer una afirmación al objeto de valorizar cada una de las que estudiaremos. Y es que no todas las fuentes tienen igual valor en las distintas ramas del Derecho, pues si en el Derecho civil influye eficazmente la costumbre a la cual se admite para su formación y aplicación, en cambio en el Derecho administrativo es de escasa aplicación, por la aptitud reflexiva de los organismos que aplican la ley y la índole especial de manifestarse este Derecho, siempre predispuesto a anticiparse que a recoger costumbres que no se avienen con el ejercicio de la actividad administrativa.

2.—Divisiones principales: fuentes de conocimiento, de formación y aplicación; directas o inmediatas; indirectas o mediatas

Dos clases de fuentes se admiten generalmente en el Derecho administrativo: de *conocimiento* y de *formación y aplicación*.

Las fuentes de *conocimiento* sirven, bien para tener antecedentes formales que revelan la actuación de la Administración (Recopilaciones de Leyes y Decretos Nacionales, de los Estados, etc., Gacetas Oficiales, Boletines, etc.), o como de ciencia (Tratados doctrinales).

Las fuentes de *formación y aplicación*, a las que se refiere especialmente el Capítulo, son verdaderos manantiales de preceptos positivos o focos de doctrina, siendo esta la distinción para clasificarlas en *directas* o *inmediatas*, e *indirectas* o *mediatas*. Las primeras, crean el Derecho; las segundas, no tienen virtud creadora, pero coadyuvan a la modificación del Derecho positivo.

Directas.—La Ley, los Decretos y Reglamentos, las Resoluciones ministeriales, las Ordenes, Instrucciones y Circulares, las disposiciones locales (Leyes estatales, Ordenanzas municipales) y la costumbre (en el aspecto de *práctica administrativa*).

Indirectas.—La jurisprudencia, el Derecho científico o doctrina jurídica. Pueden agregarse, además, la equidad, y, según el Profesor Santi Romano, los Tratados internacionales, las Convenciones con entidades públicas y otras menos importantes.

3.—La Ley

Según Capitant, ley es una regla dictada por el poder social, que ordena, prohíbe o permite, y a la cual todos deben obediencia. El Dr. Bullrich dice, tomando por base la definición que antecede y la concordante de Esmein, que la ley es una regla imperativa, indispensable para la convivencia social.

La ley es la fuente primordial y de carácter más general y permanente del Derecho administrativo, empezando por la Constitución del Estado, cuyos preceptos prevalecen sobre toda la legislación. La ley representa, pues, la expresión solemne del mandato del legislador y regula la organización de la Administración, sus atribuciones y los servicios que realiza, así como los derechos que se producen entre ésta y sus administrados. No hay leyes del orden civil, del orden penal, del orden administrativo, sino en cuanto a una distinción puramente teórica de las materias que regulan. La ley es única, y a ella se refiere la Constitución venezolana al establecer que al Congreso le corresponde hacer las leyes, sea cual fuere la materia de que traten, y que al Jefe del Poder Ejecutivo le toca mandar a ejecutar y cuidar de que se cumplan y ejecuten todas las leyes que aquel Soberano Cuerpo sancione ⁽¹⁾.

Las normas constitucionales sobre publicación, derogación, irretroactividad y fecha de vigencia de las leyes (obligatoriedad de ellas en el territorio de la República); los artículos de nuestro Código Civil sobre los mismos puntos, y además, la no obligatoriedad de las leyes antes de su publicación; las reglas para la aplicación de éstas; la falta de efecto de la renuncia de las leyes en general; su no relajación por convenios particulares, cuando en su observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres; la disposición en virtud de la cual no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario por antiguos y universales que sean, son *preceptos generales*, cuyo desarrollo se refleja en todas las Leyes especiales, lo mismo que sobre los Reglamentos de éstas, dictados por el Poder Ejecutivo en ejercicio de sus funciones constitucionales ⁽²⁾.

Conviene no olvidar que, en principio, las leyes se sancionan en virtud de alguna conveniencia social que las reclama y están destinadas a durar mientras se repunte necesaria su vigencia. De manera que las leyes, por regla general, rigen, de

(1) Véanse los Arts. 79 y Ord. 8° del Art. 100, de la Const. Nacional.

(2) Véanse los Arts. 85, 86, 88 y 90 de la Const. Nacional; y los Arts. 1° al 7° del Cód. Civil.

acuerdo con la definición de Esmein, para el presente y para el porvenir.

Agreguemos, que la ley ha sido dividida por los autores, en *ley material* y *ley formal*. Entiéndese por *ley material* toda norma jurídica de convivencia social que crea un derecho, o, en otros términos, que tiene un contenido jurídico; y se considera *ley formal* todo otro acto que emane del Congreso y que teniendo el aspecto externo de ley, no lo es por su fondo, sustancia o materia.

Como ejemplos de *ley material* pueden citarse la “Ley Orgánica del Ejército y de la Armada”, la “Ley de Servicio Militar Obligatorio”, la “Ley de Pensiones Civiles”, etc.

Como *ley formal*, mencionaremos la “Ley de Presupuesto General de Rentas y Gastos Públicos”, dictada todos los años para dar al Poder Ejecutivo una regla respecto de los gastos. Esta ley no rige las relaciones entre los ciudadanos o entre los habitantes, como las leyes verdaderamente dichas, o sea, las del grupo anterior. Nuestra legislación emplea la palabra “ley” para caracterizar toda disposición emanada del Poder Legislativo, aún cuando no tenga los requisitos científicos de ella. Lo mismo podemos decir de la ley aprobatoria de la construcción de un ferrocarril o para la explotación de una industria, u otros actos de índole parecida que, como se ve, no son tampoco normas generales de conducta dadas para la población del país; pero en todas partes, no sólo en Venezuela, se comprende bajo el nombre de leyes a todos esos actos; y la única distinción que suele hacerse es la de ley de *carácter público* o de *interés general*, y ley de *carácter particular* o de *interés privado*, distinción ésta muy usual en Inglaterra. La división citada —escribe Bullrich— “ha sido materia de críticas por parte de diversos tratadistas”, consignando seguidamente, “que tal división es la más generalmente admitida, no sólo entre los autores de Derecho administrativo, sino también entre los de Derecho constitucional”.

4.—Los Decretos y Reglamentos

Estos constituyen otra de las fuentes más importantes del Derecho administrativo, pues, desenvuelven el pensamiento de la ley, descendiendo a los pormenores en que ésta no entra, para ejecutarla según las circunstancias de lugar y tiempo.

El *Decreto* es la forma más solemne en que se manifiesta la potestad del mando; lleva el nombre del Rey o del Presidente de la República que lo firma, o cuando menos, indica que derivan de su poder, y se refiere a los actos que se suponen emanados del Ejecutivo mismo del Estado en uso de sus prerrogativas y facultades; va refrendado por uno o más Ministros, según se refiera a varios ramos, sin cuyo requisito ningún mandato del Rey o Presidente puede llevarse a efecto. Se reserva esta forma para los asuntos de mayor importancia, los que exigen cierta solemnidad, y los propios de las prerrogativas del supremo mando: v. gr., entre nosotros, la convocatoria del Congreso a sesiones extraordinarias; la creación de un nuevo Servicio Público, en receso de las Cámaras Legislativas (de un Ministerio, de una Dirección Ministerial, etc.); la concesión de indultos; la expulsión de un extranjero perjudicial al orden público; la declaratoria de suspensión de las garantías constitucionales; la expedición de Reglamentos generales para la ejecución de las leyes; los nombramientos de los Ministros del Despacho, etc. (3).

En la práctica administrativa se distinguen dos clases de Decretos, que son: 1º, los dictados con exposición de motivos, en forma de “Considerandos”, y citación de los artículos constitucionales o de las leyes que les dan nacimiento, y 2º, los que careciendo de exposición de motivos, sólo hacen referencia a los textos legales que los fundamentan.

La primera clase de Decretos se usa en aquellos casos que requieren una mayor solemnidad al exteriorizarse la potestad de mando encomendada al Jefe del Poder Ejecutivo, o que son relativos a materias administrativas novedosas; los segun-

(3) Véanse los ordinales 1º, 11, 14, 17, 22, 23 y 27 del Art. 100 de la Const. Nacional.

dos, para casos corrientes, donde no precisa ninguna ostentación.

El *Reglamento*, entendido de una manera amplia, es *una decisión de carácter general y de aspecto orgánico, adoptada por la Administración, sobre una materia determinada*. Podría decirse que, en este sentido, el *Reglamento es una ley administrativa*. Pero de manera particular, y a causa de la especial significación y alcance que el Derecho administrativo clásico dá a la llamada *potestad reglamentaria* de la Administración, se entiende por Reglamentos *las disposiciones orgánicas de carácter general que dicta la Administración para facilitar la ejecución de las leyes*. Entendidos la ley, en sentido material y el Reglamento en sentido amplio, se confunden los dominios de una y otro. Las diferencias entre ambas disposiciones han de buscarse atendiendo, de una parte, al principio en que se inspiran, y, por la otra, a circunstancias externas históricas y accidentales.

Los requisitos de forma del reglamento exigen de él que esté adoptado por el Rey o el Presidente de la República, a quien corresponda, según la Constitución del Estado, el ejercicio de la facultad reglamentaria. En Venezuela, según la Constitución Nacional, ningún mandato del Presidente de la República puede llevarse a cabo sin ir refrendado por un Ministro que ha de hacerse de esta manera responsable de él, resulta que, de hecho, es condición formal imprescindible del reglamento que sea aprobado en forma de Decreto Ejecutivo ⁽⁴⁾. Por otra parte, el reglamento, lo mismo que la ley, requiere para tener eficacia obligatoria que haya sido publicado en la “Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela”, y así lo ordena el artículo 8º de la “Ley de Publicaciones Oficiales”, de 22 de julio de 1941, al decir “*que deberán publicarse*” en dicha Gaceta “los Decretos dictados por el Poder Ejecutivo en uso de su facultad de reglamentar las leyes, y los

(4) Véase el Art. 105 de la Const. Nacional. Los únicos Decretos que no necesitan estar refrendados, son los de nombramiento de los Ministros del Despacho y los que expidiere el Presidente encargando de la Primera Magistratura a alguno de los Ministros, cuando se ha de ausentar del País, temporalmente, y el que dicte para asumir de nuevo sus funciones.

Reglamentos de carácter orgánico de acuerdo con el numeral 11 del artículo 100 de la Constitución Nacional”. Esta disposición otorga al Presidente de la República la atribución de “ejercer en Consejo de Ministros la facultad de reglamentar las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón, y de enmendar y reformar total o parcialmente los reglamentos de las mismas, debiendo en todo caso publicarse íntegramente el nuevo reglamento, con la respectiva derogatoria del anterior”.

Los *requisitos de fondo* necesarios para la obligatoriedad del reglamento varían, según que éstos se entiendan de manera general o especial. Los reglamentos, en general, han de guardar igual subordinación a los principios generales del Derecho y a la Constitución, que las leyes, y, además, han de estar también subordinados a las leyes en tal forma que las disposiciones de una ley, cualquiera que sea, no pueden ser modificadas válidamente por una disposición reglamentaria. Entendidos los reglamentos de manera especial y concreta, como disposiciones adoptadas por la Administración para la ejecución de las leyes, han de adaptarse completamente a ellas, no invadiendo el campo de acción de la ley y limitándose, según su finalidad, a facilitar y concretar el cumplimiento de sus disposiciones, y de esta adaptación particular de los reglamentos a las leyes se deriva un nuevo requisito de fondo que, por tener por objeto facilitar el cumplimiento de una ley, se llaman ejecutivos.

Algunos autores de Derecho administrativo al tratar de las leyes y reglamentos, emiten su opinión sobre los llamados *Decretos-Leyes*, y sobre la posibilidad de que constituyan una fuente de la materia.

La expresión Decreto-Ley, que tiene en Derecho administrativo una significación histórica y un alcance que no se pueden exponer en estos tratados elementales, se emplea prácticamente en dos sentidos diferentes, ya que unas veces se designa con ella disposiciones de carácter general dictadas por la Administración, en circunstancias extraordinarias o anormales para suplir la falta de acción del Congreso, e invadiendo, por tanto, la esfera de acción propia de éste, y otras para

calificar disposiciones generales dictadas por la Administración haciendo uso de autorizaciones concretas del Congreso.

Excepción hecha de aquellos casos de verdadera y extrema necesidad, los Decretos-Leyes no son admisibles, en ninguna de sus manifestaciones, en buena doctrina constitucional, pues como dice Hauriou, es el caso de que el órgano ejecutivo acapara *de hecho* el Poder legislativo. A mayor abundamiento, según los principios del Derecho en los países libres, sólo sus representantes, al integrar los Parlamentos, pueden aprobar las leyes por las que se han de regir, y no se pueden admitir tampoco esos Decretos-Leyes como consecuencia de supuestas delegaciones de las facultades parlamentarias, porque el Parlamento no tiene tales facultades, sino funciones, que es cosa muy diferente, y éstas no pueden ser delegadas en la Administración, sin que resulte infringida la Constitución. En cuanto a Venezuela se refiere, nuestra Carta Fundamental establece imperativamente que “*la facultad de legislar que corresponde al Congreso no es delegable*” (5).

5.—Las Resoluciones ministeriales

Son las resoluciones administrativas adoptadas por los Ministros en las materias propias de su Departamento. Llevan la firma del Ministro, y se dictan “por disposición del Presidente de la República”, como fórmula usual. Mediante ellas, se resuelven cuestiones o asuntos de menos importancia que los que requieren Decretos, ya dictando reglas para organizar un servicio, ya realizando nombramientos de personal, etc.

Los Decretos y las Resoluciones se distinguen por su aspecto puramente formal; el Decreto, como lo hicimos notar, es una disposición firmada por el Jefe del Estado, refrendándola uno a varios de los Ministros del Despacho, según sea el caso; y la Resolución, es una disposición firmada por la autoridad administrativa que la adopta, recibiendo el nombre de *Resolución ministerial* si el funcionario que la dicta es un

(5) Véase el Art. 89 de la Const. Nacional. Para mayores informaciones sobre los Decretos-Leyes, consúltense los textos de los autores siguientes: Hauriou, Berthélemy y Fábregas del Pilar

Ministro del Ejecutivo, a nombre del Presidente de la República.

También se diferencian por su contenido, pues unas veces, mediante ellas se dictan disposiciones de carácter general, y otras, de carácter particular. Solamente en el primer caso interesan como fuente del Derecho administrativo.

No debe olvidarse también otra diferencia, que radica en la circunstancia de que algunos Decretos para que alcancen fuerza obligatoria deben, como el Reglamento —y según ya lo indicamos— ser publicados; no así la Resolución. Esta puede no ser publicada, bastando con inscribirla en el Libro de Resoluciones del Ministerio o de la Oficina Pública de que se trate, y comunicarla al interesado. Cabe observar, no obstante, que es más correcta la práctica de publicar todas las Resoluciones en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, o en la Gaceta del Estado respectivo, según se refiera, p. ej., al nombramiento de un funcionario nacional, de algún Gobierno regional, etc. (6).

La misma naturaleza del Decreto y de la Resolución nos hace ver la aplicación que puede hacerse de uno y otra. En muchas ocasiones la Constitución y las Leyes especiales darán la norma, y no es potestativo usarlos indiferentemente. Así, la Constitución Nacional confiere al Presidente de la República la atribución de “Decretar, en Consejo de Ministros, la creación y dotación de los nuevos servicios públicos que fueren necesarios durante el receso de las Cámaras Legislativas, o la supresión o la modificación de los existentes” (7). En es-

(6) Respecto a las Resoluciones y otros actos del Poder Ejecutivo, la “Ley de Publicaciones Oficiales” estatuye en su artículo 9º que se publicarán cuando así lo imponga algún mandato legal o a juicio del mismo Ejecutivo se requiera darles publicidad; sin perjuicio de que dichos actos tengan la debida autenticidad y vigor sin el requisito de la publicación. Este mismo artículo dá *carácter facultativo* a la publicación de ciertos Decretos, que no sean reglamentarios de leyes u orgánicos, tales como el dictado en Consejo de Ministros para establecer las medidas necesarias a fin de que se haga el Censo de la República en la oportunidad que indique la Ley o su Reglamento, o bien el que se dicte para erogar Créditos Adicionales al Presupuesto de Gastos Públicos, etc., etc.

(7) Ord. 14 del Art. 100 de la Const. Nacional.

te caso, adolecería de invalidez la creación, la supresión o modificación de servicios públicos, hecha mediante una simple Resolución ministerial.

La “Ley de Extranjeros” ordena la *expulsión* de éstos del territorio de la República, cuando llegan a ser perniciosos, por desconocer las leyes nacionales, etc., y debe expulsárseles, al tenor de dicha Ley, por Decreto del Presidente de la República, refrendado por el Ministro de Relaciones Interiores; si tal medida se toma valiéndose de una Resolución dictada por el Ministro del ramo, se violaría el texto expreso de aquella Ley especial y adolecería también ese acto de invalidez (8).

6.—Las Ordenes, Instrucciones y Circulares de las autoridades administrativas

Llamamos Ordenes, a todos los actos administrativos que envuelven un mandato que se debe obedecer, observar y ejecutar, dado por una autoridad superior a otra inferior. Se redactan en forma de Oficio y van firmados sólo por el Ministro. Se dirigen a una sola Oficina, o a un simple funcionario, mandándole que proceda de éste o del otro modo en tal o cual asunto. En estos actos se acostumbra decir: “que por orden del Presidente de la República, dispone el Despacho tal cosa”. Revisten el carácter de fuentes de Derecho si contienen normas de índole impersonal.

Las *Instrucciones*, son las prevenciones escritas, que se hacen a una Oficina o a un funcionario, sobre el modo como ha de manejarse en uno o más negocios, o en la misión que va a desempeñar, o ilustrándole sobre el espíritu de una ley, de un reglamento, de un decreto cuya ejecución se le encomienda, o para darle reglas de procedimiento o de organización de los servicios públicos. Pueden ir firmadas por el propio Ministro, o también por el Director al cual corresponda la materia, en virtud de autorización expresa que se le haya otorgado, con

(8) Consúltese el Ord. 22 del Art. 100 *ejusdem*; y los Arts. 35, 36 y 40 de la “Ley de Extranjeros” del 31 de julio de 1937.

sujecion a lo dispuesto en la Ley de Ministerios y su Reglamento (9).

Tienen las *Instrucciones* el mismo valor jurídico que los Reglamentos, en cuanto crean situaciones objetivas de carácter general, y se les llama así, por el contenido y no por la forma: se expiden corrientemente mediante oficio. Cuando van dirigidas a varios funcionarios de un mismo ramo administrativo, se denominan *Circulares*. Tal sería el caso de las enviadas a los Inspectores Técnicos de Educación Primaria, a los Intendentes de Tierras Baldías, etc., por los Ministros de Educación Nacional y de Agricultura y Cría, respectivamente, sobre aplicación de tales o cuales artículos de las Leyes especiales que rigen la Educación, el régimen de los Baldíos, etc.

La notificación de estos mandatos puede hacerse de una manera general, insertándolos en la Gaceta Oficial, y de una manera particular, al interesado, por escrito, que deberá hacerse llegar a su domicilio.

7.—Las Leyes Estatales

Constituyen la fuente para conocer de manera precisa la organización administrativa regional. Tienen ese carácter las Leyes dictadas por las Asambleas Legislativas de los Estados de la Unión, en ejercicio de su soberanía, en la parte no delegada al Poder Federal. La principal Ley de un Estado es la Constitución regional, y le siguen en importancia las Leyes Orgánicas de sus Poderes Públicos, la Ley de División Territorial, la Ley de Papel Sellado, el Código de Policía, la Ley o Código de Hacienda, la Ley de Juramento de Empleados, la de Responsabilidad de Funcionarios, etc.

8.—Las Ordenanzas Municipales

Los Concejos Municipales, como sabemos, tienen a su cargo el régimen administrativo y económico de los Distritos de los Estados integrantes de la Federación. En ejercicio de

(9) Véase el Ord. 10 del Art. 3º de la Ley de Ministerios (1939), y el Ord. 5º del Art. 75 del Reglamento de esta misma Ley.

su autonomía, las Municipalidades dictan normas de carácter obligatorio en la jurisdicción distrital respectiva, y esta legislación es otra apreciable fuente para conocer el régimen administrativo local.

La Ordenanza Municipal es equiparada en su fuerza y en su cumplimiento a la misma que tiene una Ley, dentro de las atribuciones que a los Cuerpos Concejiles otorga la Constitución Nacional, la del Estado respectivo y las Leyes Orgánicas del Poder Municipal. La Ordenanza es para el Municipio, lo que la Ley es para el Estado (Bunge).

Existen diversas clases de Ordenanzas Municipales, que responden a cada una de las funciones que les competen y que por su alcance podemos dividir en: administrativas, impositivas, sociales (higiene, beneficencia, educación, espectáculos públicos, etc.), reglamentarias, punitorias, contractuales, etc.

9.—La costumbre

La costumbre, o sea el derecho consuetudinario aún no condensado en la ley, constituido por un conjunto de normas tradicionales arraigadas en la conciencia pública, es —al decir de algunos juristas— otra de las fuentes directas del Derecho administrativo, que tiene una importancia mayor en aquellos países donde se le reconoce valor legal, como por ejemplo, Inglaterra.

El mérito de la costumbre, como fuente del Derecho positivo, es diverso, según se trate del Derecho público o del Derecho privado.

En Venezuela, el Código Civil sólo admite el uso o costumbre, de manera excepcionalísima, para suplir el derecho escrito. Así al tratar de las obligaciones del arrendador, establece que durante el tiempo del contrato debe éste hacer todas las reparaciones que la cosa arrendada necesite, “excepto las pequeñas reparaciones que, *según el uso*, son de cargo de los arrendatarios” (10).

(10) Art. 586 del Cód. Civil.

Pero si la costumbre no constituye ley, ni puede derogar a ésta, puede, en cambio —como acabamos de ver— suplirla, cuando la ley misma alude de ella. En casos como el citado, parece que sugiriera la necesidad de su sanción, advirtiendo al legislador que ha llegado el momento oportuno de dictarla.

Los tratadistas nos hacen conocer la siguiente división de la costumbre: *según la ley, fuera de la ley o contra la ley*. Respecto de la primera, no hay inconveniente en admitir que sea fuente del Derecho positivo, desde que precisamente supone la existencia y eficacia de la ley. Tampoco hay inconveniente en admitir la costumbre fuera de la ley, esto es, en su aspecto supletorio, desde que está destinada a ir llenando los vacíos del derecho escrito y actuando como elemento introductor de los principios jurídicos. Es imposible admitir la costumbre derogatoria de la ley — particularmente en el seno de la legislación venezolana— pues el Código Civil estatuye expresamente que no vale alegar para librarse de la observancia de las leyes, “el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean” ⁽¹¹⁾.

Este tema de si la costumbre es o no fuente directa del Derecho administrativo, ha dado lugar a muchas polémicas entre los expositores:

El notable tratadista español Santamaría de Paredes, opina que la costumbre está unas veces consagrada expresamente por la legislación positiva; otras autorizada tácitamente, y que es de gran utilidad para suplir el Derecho administrativo, dada la extensa variedad de casos del mismo ⁽¹²⁾.

El Profesor Royo Villanova ve diferencia entre el valor de la costumbre en el Derecho administrativo y en el civil; menciona las *prácticas administrativas* y hacer ver la importancia de la costumbre en lo local.

(11) Art 7º *ejusdem*.—Para mayores informaciones respecto a las divisiones de la *costumbre*, consúltense los *textos* de Gascón y Marín y del Dr. Bullrich.

(12) El Prof. Posada está entre los tratadistas que afirman la producción de la costumbre en el Derecho público.

Otro sautores niegan la producción de la costumbre en el *Derecho público*, como el alemán Otto Mayer, citado por Velasco Calvo. Expone éste que, “el Derecho público, por su fundamento, es esencialmente legalista, y sus principios excluyen el Derecho consuetudinario: 1º, porque se entiende que la Administración puede lo que la ley no la prohíbe, lo mismo que los individuos, pero con la diferencia de que lo que para éstos es derecho, para aquélla es obligación y condición esencial de su existencia, y 2º porque, siendo así, la creación de una costumbre que fuera imperativa, lejos de aumentar el régimen jurídico de la Administración, menoscabaría su eficacia”.

“Supuestas las anteriores indicaciones, la producción de una costumbre social y administrativa ha de tener, para ser independiente de todo principio legal, un valor histórico, o bien interpretativo o supletorio de las prácticas legales, pero no contra la ley en que cristaliza la expresión administrativa-constitucional”.

Mas, si hay divergencias respecto al valor de la costumbre propiamente dicha como fuente del Derecho administrativo, no ocurre así con las llamadas *prácticas administrativas*, que son, en efecto, de gran trascendencia en la vida de la Administración pública. Manifiéstanse por la repetición de actos o de decisiones de las autoridades o de los funcionarios administrativos en relación con cualquiera de las manifestaciones de la actividad de la Administración, y dan lugar a lo que en el especial lenguaje de la vida de ésta, se denominan *los precedentes*, que unas veces suplen la falta de preceptos expresos de la ley, otras, los completan, y otras establecen, prácticamente, su inaplicación y desuso. Las prácticas administrativas son, pues, de hecho, importantísima fuente del Derecho administrativo, y comparándolas con la costumbre entendida en sentido estricto, considerada como repetición de actos de los gobernados que dan lugar a la formación de la regla jurídica, se observa como síntesis comparativa de la significación de ambas, que así como la costumbre propiamente dicha, por formarse entre los gobernados para imponerse a los gobernantes, tiene muy escasa importancia en el Derecho administrati-

vo, que está constituido por la reglamentación jurídica, *autoritaria*, de los servicios públicos; la práctica administrativa, que forman los mismos funcionarios y gobernantes que rigen esos servicios, tiene una trascendencia práctica innegable como fuente de esta rama del Derecho.

10.—La jurisprudencia

Constituída por la doctrina sentada por los Tribunales de justicia al decidir las cuestiones que ante ellos se plantean, ha sido enumerada como una de las fuentes del Derecho administrativo. La repetición de actos o sentencias, viene a determinar un cierto criterio en la aplicación de las leyes. Se ha de advertir, sin embargo, que el carácter siempre indirecto y secundario de esta fuente del Derecho es aún más marcado cuando se refiere al Derecho administrativo, porque el carácter circunstancial y muchas veces oportunista de la acción de la Administración, privan de la posibilidad de aplicar, concretamente, a cada caso particular, el criterio con que hayan podido ser resueltos otros casos anteriores.

Existe también la llamada *jurisprudencia gubernativa*, o sea, el criterio uniforme contenido en las resoluciones de los litigios sometidos a las Autoridades de la jurisdicción gubernativa.

Como en Venezuela no tenemos una organización general y autónoma de los Tribunales administrativos, la jurisprudencia acumulada no alcanza, ni de cerca, la importancia que reviste en otros países, como Francia, donde existe un tribunal judicial administrativo —el Consejo de Estado— “formado por abogados eminentes, que ha ido creando en forma pretoriana un verdadero cuerpo de jurisprudencia obligatoria. Este tribunal procura siempre basar sus decisiones en la propia jurisprudencia y sólo la cambia cuando poderosos motivos lo justifican. De este modo se llega a dar a los particulares una base sólida en que asentar sus relaciones con la Administración, alejando la arbitrariedad de las decisiones administrativas”.

En los Estados Unidos de Norteamérica —dice Bullrich— ocurre algo análogo, existiendo una jurisprudencia adminis-

trativa formada por los dictámenes del *Attorney general* —que desempeña, en la Argentina como aquí— funciones análogas a las del Procurador General de la Nación, revistiendo tales dictámenes una fuerza obligatoria igual a la de la costumbre.

11.—Derecho científico o doctrina jurídica

Su valor es análogo al de la jurisprudencia, aunque subordinado a esta. “Prácticamente depende también su eficacia del prestigio logrado por los jurisconsultos; pero depende también de la formación profesional de los jueces y funcionarios; en la hipótesis de que ésta no sea meramente legalista, la falta de codificación del Derecho administrativo y la ausencia de criterio estable en muchas de sus disposiciones, son una condición favorable para que las doctrinas de los jurisconsultos tengan en Derecho administrativo más importancia que en otras ramas jurídicas, tanto en el terreno del Derecho constituyente como en la interpretación, siempre difícil, del Derecho positivo de la Administración” ((Gascón y Marín).

12.—La Equidad

Algunos autores, acordando mucha importancia al Derecho positivo, no quieren admitir el valor jurídico de la equidad. Pero está en la naturaleza de las cosas, que nos basemos en ella o en la razón, para decidir sobre cualquier negocio cuyo criterio no esté previsto ni por el derecho escrito ni por el consuetudinario. Es un principio fundamental comunmente adoptado en todos los países, especialmente en el dominio del Derecho privado, que los jueces deben aplicar *la equidad*, considerada como equivalente del derecho en caso de ausencia de normas jurídicas escritas o consuetudinarias. La misma consideración debe hacerse en el campo del Derecho administrativo, cuyos principios son todavía imperfectos, a pesar de la abundancia y complejidad de las reglamentaciones; además, la Administración puede verse impelida a obrar discrecionalmente cuando falta la norma jurídica, y en este caso el papel de la equidad será preponderante. La mayoría de los tratadistas está de acuerdo en atribuir a la equidad el carácter de fuente indirecta del Derecho administrativo.

Si meditamos un poco en el desenvolvimiento reciente del Derecho administrativo —particularmente en Francia— observaremos que deriva en gran parte de las decisiones del Consejo de Estado, inspiradas en muchas ocasiones en la equidad, y esto nos llevará al convencimiento de la importancia que reviste entre las fuentes de la materia que estudiamos. El jurisconsulto Hauriou tiene perfecta razón al decir que el Derecho administrativo francés “est un droit d'équité fait par le juge”.

La “Ley de Navegación” de Venezuela, fechada a 18 de julio de 1941, nos ofrece un ejemplo del valor jurídico de *la equidad*, cuando en su artículo 120 faculta al Ejecutivo Federal para resolver todos aquellos casos no previstos ni en su articulado ni en las leyes de otros países que se relacionen con la materia, obrando siempre en conformidad con *los dictados de la equidad*, con las prácticas observadas para casos análogos y como lo aconseja la experiencia de los hombres de mar.

13.—Los Tratados Internacionales

Mediante ellos se restringen los Estados sus facultades o la extensión de las mismas, afectando así a sus respectivas Administraciones. En lo que concierne al carácter jurídico de los Tratados internacionales, los autores están divididos, particularmente los alemanes. Laband niega enérgicamente el carácter de regla jurídica interna a dichos tratados, mientras que el Profesor Santi Romano lo acepta plenamente. Al decir de éste, la ratificación de los tratados no es más que la declaración de la voluntad de los Estados interesados, hecha con el fin de dar tanto interior como exteriormente fuerza ejecutoria a una regla de derecho formada por ellos. En la práctica de los países civilizados, todos los tratados internacionales, una vez ratificados y canjeados, publican en las Gacetas o Diarios oficiales, sin que haya que cumplir, respecto a ellos, ninguna otra formalidad ⁽¹³⁾. Así nace su fuerza imperativa

(13) Los tratados o convenciones diplomáticos necesitan para tener validez en nuestro país, el requisito de su aprobación por el Congreso Nacional, y “no se publicarán oficialmente antes de haber sido ratificados y canjeados”. (Véase el Ord. 5º del Art. 77 de la Const. Nacional).

que los convierte en regla de derecho interno y los eleva al rango de fuente del Derecho administrativo. Citaremos como principales ejemplos, los tratados de comercio y de tarifas aduaneras, los convenios relativos a la protección de la propiedad industrial, literaria y artística, las convenciones de la unión postal universal, etc.

BIBLIOGRAFIA

Santi Romano, *Ob. cit.*; Dr. Bullrich, *Ob. cit.*, Tomo I; Hauriou, *Ob. cit.*; Fábregas del Pilar, *Ob. cit.*; Dr Fernando Bunge, "*Derecho Municipal*", (Buenos Aires), 1928; Santamaría de Paredes. *Ob. cit.*; Royo Villanova, *Ob. cit.*; Velasco Calvo, *Ob. cit.*, Tomo I; Posada, *Ob. cit.*, Tomo I; Gascón y Marín, *Ob. cit.*, Tomo I.