

**Capítulo IV. Conceptos fundamentales del derecho
de la organización**

§ 13. El Estado como persona jurídica	97
§ 14. Los órganos del Estado.....	101

Capítulo IV. Conceptos fundamentales del derecho de la organización

§ 13. El Estado como persona jurídica

§ 24 III; *H.J. Wolff*, *Organschaft und juristische Person*, 2 vols., 1933/34; *Wolff-Bachof* §§ 32, 34, 74, 75; *U. Häfelin*, *Die Rechtspersönlichkeit des Staates*, I 1959; *Ermacora*, 124 ss., 924 ss., 1075 ss.

La teoría de los órganos estatales se ocupa del modo como el Estado puede obrar con eficacia jurídica. La construcción teórica de dicha acción orgánica se relaciona con la cuestión de si es posible, y en qué forma, concebir al Estado como unidad con capacidad jurídica de obrar, es decir, como persona jurídica, según el uso lingüístico tradicional.

I. Antiguas teorías sobre la persona jurídica

J. Binder, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, 1907, 1 ss., 8 ss.; *H. Rhode*, *Juristische Personen und Treuhand*, 1932, 29 ss.

Sobre 1: *F.C.v. Savigny*, *Sistema del derecho romano actual* (al. II 1840) §§ 60 ss., 85 ss.; *O.v. Gierke*, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, III 1881, 279 ss., 362 ss.

Sobre 2: *O.v. Gierke*, *Genossenschaftstheorie*, 1887; *id.*, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, 1902; *E. Hölder*, *Natürliche und juristische Personen*, 1905, 42 ss.

1. La teoría de la ficción. A partir de los posglosadores se difundió la opinión de que, por naturaleza, sólo eran jurídicamente capaces los hombres, y que únicamente a través de una ficción podrían considerarse las comunidades como titulares de derechos y deberes. Savigny remitía esta opinión a la idea de la autonomía, en cuanto la capacidad jurídica sería expresión de la autodeterminación y la libertad individuales:

Todo derecho es la sanción de la libertad moral inherente al ser racional, y por esto la idea de persona o sujeto de derecho se confunde con la idea de hombre, pudiéndose formular la identidad primitiva de ambas ideas en estos términos: Todo individuo y sólo el individuo tiene capacidad de derecho (Savigny, §§ 60, 85).

De acuerdo con lo anterior, el individuo capaz de determinarse es sujeto de derecho por naturaleza. Para atribuir subjetividad jurídica y capacidad de obrar a otras formaciones, se recurrió a la ficción de que semejante persona existía; se le imaginó como una persona ficticia, de modo que el derecho positivo podía, "arrancando, por decirlo así, dicha capacidad del individuo, crear artificialmente una personalidad jurídica" (Savigny, § 60), seres "*ficticios* a los cuales se les llama personas jurídicas, es decir, que no existen sino para fines jurídicos". (Savigny, § 85).

A partir de esta postura básica es concebida también la acción de las personas jurídicas, ya que para "realizar la idea de la persona jurídica, es necesario crear una representación que supla de una manera artificial su incapacidad de obrar... Resulta esta representación de la constitución" (Savigny, § 96).

2. La doctrina de la persona colectiva real. Tiempo después se refutó la teoría de la ficción argumentando que no existen "personas morales, ni ficticias, ni jurídicas, sino sólo seres humanos" (A. Brinz, *Pandekten* I, 1873, §§ 59 s.). Así, pues, en sentido estricto, ¿puede un Estado o una ciudad ser persona, es decir, sujeto de derecho (lo que negaba Brinz)?

Gierke, quien respondió afirmativamente esta cuestión, compartía, en principio, el punto de vista de Savigny, al afirmar que "para ser sujetos de derecho, son aptos exclusivamente los portadores del poder de la voluntad humana" (1887, 23, 608 s.). Pero, contrariamente a Savigny, creía que las asociaciones eran organismos vivos supraindividuales, con capacidad para producir una voluntad real (§ 4 II). Si esto era cierto, no se requería de ficción alguna para atribuirles capacidad jurídica. Así, era titular de derechos y deberes la unidad vital supraindividual, verdaderamente existente, de la corporación: el municipio como sujeto de derecho, el Estado como persona jurídica. En pocas palabras, es sujeto de derecho la asociación real, organizada y que actúa a través de sus órganos.

La idea de que la asociación es un organismo real, está íntimamente relacionada con la teoría de la acción corporativa, en cuanto la unidad de voluntad y acción de la persona colectiva (*Gesamtperson*) se manifiesta jurídicamente a través de sus "órganos" (1887, 615). Es la "persona colectiva misma que quiere y obra a través de su órgano", a semejanza del individuo

que actúa "por medio del ojo que ve y la mano que escribe". El ser comunitario posee "en cada órgano una fracción de sí mismo y como personalidad que quiere y actúa, es plenamente congruente con el respectivo órgano en funciones" (1887, 623 ss.). Según otra imagen, el órgano es mostrado como representante. Este, a su vez, es entendido como alguien que actúa por cuenta de otro: un sujeto de derecho obra por otro. Esta imagen puede relacionarse también con el concepto de la representación. Entonces el Estado está "presente" en sus representantes (§ 23 II 1).

Las objeciones a la teoría de Gierke sobre la persona jurídica apuntan ya hacia la suposición básica de una voluntad supraindividual real, puesto que atribuye inadmisiblemente el fenómeno síquico de la voluntad (comprensible directamente sólo en el individuo) a las comunidades, en las cuales nunca podrá comprobarse de manera empírica inmediata, una voluntad real supraindividual como hecho síquico (§ 4 II).

II. La persona jurídica como esquema de imputación

A. Haenel, Deutsches Staatsrecht, I 1892, 99 ss., 106 s.; *Kelsen* AStL, 66 ss.; *id.* RR, 178; *H. Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre, 1941, 21948, 178 ss.

Si se abandona la suposición insostenible de una persona colectiva real, subsiste el hecho de que, en última instancia, los mandatos jurídicos obligan siempre a ciertos hombres y que, a fin de fuentes, son siempre determinados hombres los que toman y exteriorizan las decisiones jurídicamente relevantes. Por tanto, los derechos y deberes de las "personas jurídicas" significan que determinados individuos, como el presidente de un municipio o el jefe de una oficina de hacienda, estén obligados a realizar ciertos actos, o que éstos puedan producir determinados efectos jurídicos.

No obstante, cuando se dice que determinadas comunidades (corporaciones) y organismos (institutos y fundaciones), jurídicamente constituidos, están autorizados u obligados, ello sólo puede significar lo siguiente: que los razonamientos jurídicos se construyen como si tal comunidad u organismo (lo mismo que la persona física) existe como sujeto unitario de imputación. De este modo puede decirse, por ejemplo, que una sociedad debe pagar el precio de una compraventa.

Pero ya que el derecho es un orden de la conducta humana, tal proposición contiene una afirmación incompleta: la obligación atribuida a la "sociedad" debe "traducirse" primero en un deber específico de algún ser humano, por ejemplo, de la

junta directiva de aquélla. Así, pongamos por caso que el señor Pérez (en su calidad de directivo de la sociedad) está autorizado y obligado a cubrir el susodicho precio en la forma estatuida, a partir de una masa patrimonial definida (el "patrimonio de la sociedad"). Únicamente con una proposición así se logra una regulación funcional y viable de la conducta.

La argumentación anteriormente expuesta no es otra cosa que una construcción escalonada de deberes o facultades jurídicos de determinados hombres, dentro de la cual la "persona jurídica" funge sólo como medio de imputación racionalmente construido.

Cuando se habla de determinados deberes jurídicos o facultades de una "persona jurídica", éstos deben poder "traducirse" siempre en una afirmación sobre ciertos deberes o competencias de seres humanos determinados. Para ello son necesarias ciertas "reglas de traducción" normativas, proporcionadas por la constitución (en especial, por las reglas de competencia) de la comunidad u organismo. De estas disposiciones se infiere quién (la junta directiva de la sociedad, el jefe de la oficina de hacienda, el director del instituto, la directiva de la fundación), y de qué modo, tiene que cumplir con ciertos deberes o ejercer ciertas facultades (competencias) que se atribuyen constructivamente a determinada "persona jurídica". Por ello es que las comunidades u organismos, constituidos jurídicamente, también pueden actuar como sujetos unitarios de imputación, es decir, como "personas jurídicas".

De este modo, la "persona jurídica" sirve como un expediente técnico-jurídico para simplificar las regulaciones complejas de deberes y facultades. La simplificación consiste en tomar como unidad de imputación a la comunidad o institución constituida por ley o estatuto. Los razonamientos jurídicos que le son aplicables se construyen lo mismo que si se tratara de una persona física. El procedimiento es similar al que emplean las matemáticas al sustituir un término numérico complejo con una letra, con la que se continúan por el momento las operaciones, pero siempre en la posibilidad de "retraducirla" al término complejo, "solucionándolo". En el derecho, esta "solución" es la determinación más precisa del individuo autorizado u obligado y del alcance de sus derechos y deberes, lo que se desprende, como ya se dijo, de la constitución o del estatuto de la asociación, la fundación o el instituto (§ 141 I).

Según el orden jurídico positivo de que se trate, no sólo pueden ser sujetos de imputación jurídico-técnica el Estado, los municipios, etcétera, como totalidad, sino también sus diversos órganos. No obstante, por lo regular, éstos no se convertirán en

sujetos unitarios de imputación frente a todo el orden jurídico, sino únicamente respecto de determinado complejo de normas, tal como un ordenamiento procesal; en estos casos puede hablarse de una "capacidad jurídica parcial". Así, por ejemplo, al prever controversias jurídicas entre los órganos estatales supremos, el derecho procesal constitucional de un Estado puede considerarlos partes en la controversia.

La imputación jurídica cubre únicamente un aspecto formal de la organización. La unidad del Estado no sólo es presentada normativamente, sino que también es creada fácticamente, a través del orden jurídico y constitucional. El orden de normas y competencias actúa como esquema para una específica coordinación de la conducta humana y de esta manera posee, a la vez, una función fáctica de integración (§ 7 I).

§ 14. Los órganos del Estado

Forsthoff, 430 ss.; *P. Meyer*, *Die Verwaltungsorganisation*, 1962; *Wolff-Bachof* §§ 71 ss. (bibl.); *Krüger*, 253 ss.; *Ermacora*, 875 ss.; *Herzog* 93 ss.

I. Ambitos de función institucionalizados

Sobre 2: §§ 31 III; 37 II 2, IV 1.

Sobre 3: §§ 3 I 2; 23 III; 37 II 2; 39 I; *Jellinek*, 625 ss.; *Kelsen* AStL, 163 ss.; *H. Peters*, *Zentralisation und Dezentralisation*, 1928; *Wolff-Bachof*, § 77 I; *O. Uhlitz*, *Dekonzentration und Dezentralisation oder abhängige und unabhängige Dezentralisation?*, en: *Gedächtnisschr. f. H. Peters*, 1967, 248 ss.; *F. Wager* (ed.), *Regierbarkeit? Dezentralisation? Entstaatlichung?*, 1976.

Sobre 4: *K. Obermayer*, en: *J. Mang et al.*, *Staats- u. Verwaltungsrecht in Bayern*, 1962, 1975, 195 s., 473 s.; *Wolff-Bachof*, §§ 74 III, 78; *F. Ossenbühl*, *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, 1968, 263 ss.

1. Los cargos y sus titulares. Así, pues, el Estado como persona jurídica, es un esquema de imputación (§ 13 II). Este se divide en una estructura de ámbitos de función, que son tareas delimitadas ("officia" = deberes) y facultades de regulación (como las del parlamento), que ejercen los "titulares" ("Inhaber") de dichos ámbitos de función por cuenta de la persona jurídica, a la que tales actos le son atribuidos constructivamente en la forma descrita.

Estos ámbitos de función ("cargos") quedan definidos y consolidados en forma permanente ("institucionalizados") por el estatuto organizativo de la persona jurídica. Son estatutos organizativos del Estado, en este sentido, no sólo las normas constitucionales organizativas, sino también otras disposiciones de

menor jerarquía (como, por ejemplo, la ley orgánica de tribunales).

A estas últimas pertenecen especialmente las normas de competencia, que confieren a determinados cargos la facultad de tomar ciertas decisiones jurídicamente relevantes, es decir, crear deberes, modificarlos, anularlos o declarar sus consecuencias jurídicas. Estas disposiciones complementan a las normas jurídicas materiales y, junto con éstas, forman sectores del sistema de regulación jurídica.

Las disposiciones organizativas establecen los cargos en forma abstracta, de acuerdo con el género y alcance de sus tareas y facultades (por ejemplo, los juzgados municipales). En lo particular, se les instituye mediante actos concretos de organización (ejemplo: el juzgado municipal de Erlangen).

La institucionalización de los cargos no establece todavía una organización estatal capaz de actuar, ya que primero deben asignarse estos ámbitos de función a determinadas personas ("titulares" o "encargados") (II).

El cargo, como ámbito institucionalizado de tareas y competencias, debe diferenciarse de su titular, que es la persona a la que corresponde ejercer las funciones de ese cargo. Este subsiste independientemente de un cambio de titular. Tal distinción entre el cargo y el individuo que lo ocupa, la encontramos ya en los *Consilia* de Baldo: "*Imperator in persona mori potest, sed ipsa dignitas, officium Imperatoris est immortale*" (Jellinek, 563; TGE. 460). La sociología moderna conoce esta situación como la separación del papel y la persona (Luhmann RS, 86, 92).

2. La distribución básica de las funciones estatales. La distribución horizontal de las funciones del Estado equivale, por lo regular, a las clases principales de las atribuciones estatales de regulación: legislación, gobierno, administración y jurisdicción (§ 31 III).

En el Estado federal se efectúa un reparto vertical de estas funciones entre los órganos centrales de la federación y los órganos de los Estados miembros (*cfr.*, § 39 I).

En términos generales, una distribución de las tareas y facultades de decisión es usual en las esferas de la administración y la jurisdicción. Existe, por tanto, una jerarquía, una serie de instancias, tanto de autoridades administrativas como de tribunales:

La instancia superior debe revisar las resoluciones de la inferior mediante un recurso admisible, y si éste es fundado, debe revocarlas (efecto devolutivo de los recursos).

En la administración, la instancia superior puede, además, regular el ejercicio de la discrecionalidad por la instancia

subordinada, ya que a menudo las leyes conceden un margen de discrecionalidad a las autoridades administrativas para su actuación, con el fin de que puedan adaptarse a las exigencias concretas de la situación respectiva. La instancia superior puede ordenar, en forma general (mediante disposiciones administrativas) o concreta (a través de instrucciones particulares), cómo deben hacer uso de esta facultad las instancias inferiores.

La división horizontal y vertical de las atribuciones mediante un orden de competencias, no solamente funciona como esquema de coordinación (§ 9 III 3), sino que también delimita cada competencia y controla su ejercicio, contribuyendo así a la realización del Estado de derecho (§ 31).

3. En particular, sobre el problema de la centralización. Los conceptos de "centralización" y "descentralización" aluden a un problema fundamental de la distribución adecuada de las funciones. En su amplio significado anterior, denotaban la tendencia, en un Estado, a concentrar las competencias en un organismo, o bien, a distribuirlas entre una pluralidad de órganos estatales o sujetos administrativos autónomos (*cfr.*, también § 23 III).

Hoy día, el concepto de centralización se emplea generalmente en un sentido más estricto. Conforme a un difundido uso lingüístico, este concepto significa el principio del ejercicio de las funciones administrativas por la administración directa del Estado. Descentralización significa, en cambio, el principio de cesión de tareas administrativas, en lo posible, a organismos administrativos independientes, como, por ejemplo, a los municipios o distritos, a los institutos o fundaciones de derecho público, que son organizaciones con personalidad jurídica propia. Pero ya que desempeñan tareas públicas (como "órganos mediatos del Estado"), su actividad se encuentra sujeta a la vigilancia estatal, en una parte, respecto de su legalidad ("vigilancia jurídica") y, en otra, en el aspecto de la oportunidad (*Zweckmäßigkeit*) de su actuación, en este caso ligada a ciertos derechos de instrucción, generalmente limitados ("vigilancia técnica").

Se habla de concentración si dentro de uno y la misma entidad administrativa se reúnen las más funciones posibles en una autoridad. Por desconcentración se entiende el principio de distribución de las actividades administrativas entre varias autoridades del mismo organismo. Concentración y desconcentración pueden actuar horizontal o verticalmente. Existe una desconcentración vertical cuando en el Estado se confían funciones administrativas a las autoridades estatales subordinadas (y no a unidades organizativas, jurídicamente autónomas). La desconcentración horizontal se presenta cuando en un mismo

plano de la administración se crean autoridades específicas, tales como los ministerios, para los diversos sectores en particular. Por el contrario, es el caso de la concentración horizontal si, por ejemplo, se intenta salir del paso con el menor número posible de ministerios, o si, en un nivel inferior de la administración, se agrupan en una autoridad tantas atribuciones como sea posible (por ejemplo, en una circunscripción administrativa).

Un uso lingüístico discrepante sitúa, en forma algo distinta, el límite entre descentralización en sentido estricto y desconcentración: así, se trata de "desconcentración" cuando los miembros de la organización están totalmente sujetos a las instrucciones de una instancia central; y de "descentralización" si gozan de una mayor independencia en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, si únicamente se hallan sometidos a una supervisión jurídica central o, en todo caso, a una vigilancia limitada de la oportunidad de su actuación. Esta delimitación conceptual tiene la ventaja de vincularse más a las funciones mismas, pero, por otro lado, es menos tangible en su aplicación que la primeramente mencionada.

Sobre el problema de la centralización en sentido amplio es válido, en forma general, lo siguiente:

Existirá una propensión a la tramitación centralizada de asuntos cuando se pretende encontrar y realizar una concepción global, donde está en primer plano el interés en la unidad jurídica o una administración unitaria. Así, pues, incluso los motivos de la unidad del derecho favorecen la expedición central de las normas generales, como las de derecho civil, el mercantil o del tránsito de vehículos. La regulación y la administración centrales contribuyen asimismo a la defensa y a la compensación de intereses suprarregionales; tal es el caso, por ejemplo, en la construcción y el mantenimiento de las vías regionales de comunicación o en las cuestiones suprarregionales de la conservación y distribución de los recursos hidráulicos. La administración central puede servir al eficaz desempeño de aquellas funciones que las unidades administrativas descentralizadas no pueden desarrollar con igual eficiencia, por ejemplo, porque topa rápidamente con límites de competencia territorial; éste sería el caso de la persecución de los delitos.

Por otro lado, una administración excesivamente centralizada corre el peligro de distanciarse de los ciudadanos. Una centralización muy amplia entorpece la funcionalidad de la organización, ya que provoca la inundación de las instancias centrales con información de importancia secundaria y las dispersa en decisiones insignificantes. La ley del grado decreciente de la eficiencia es también válida para las grandes autoridades, ine-

vitables en una administración centralizada: cuantas más dependencias se acumulen en una autoridad, tanto mayor es la "fricción interna", tanto más se multiplican las interferencias internas de las competencias, lo que lleva a que varios expertos tomen parte en un mismo procedimiento; en igual medida se entorpece el proceso de decisión.

En cambio, la descentralización permite la división de las funciones en esferas de administración aprehensibles y facilita una tramitación objetiva (*sachnahe*), es decir, que toma en cuenta las necesidades y peculiaridades del caso particular. Por medio de la descentralización se logra, en especial, liberar a las instancias centrales de una inundación de información y de la necesidad de tomar demasiadas decisiones.

Al ceder una parte del procesamiento de la información y la responsabilidad de la decisión a las unidades subordinadas, se fomenta a la vez su compromiso en favor de la organización. En especial, la descentralización es un medio para crear unidades organizativas, dentro de las cuales sea posible la autonomía y la participación democrática de los ciudadanos en relación a ámbitos de vida abarcables (§§ 17 I 2; 23 III).

Sin embargo, la organización descentralizada del Estado requiere órganos supraordinados de control y coordinación. La coordinación objetiva es necesaria siempre que las unidades de decisión descentralizadas no sólo administren los asuntos de sus propias y delimitadas esferas, sino también cuando sus decisiones repercutan sobre contextos globales más amplios (§ 23 III). En tales casos, es necesaria la coordinación en interés de una administración unitaria y compatible con la política global. Dicha coordinación puede ocurrir a través de normas jurídicas y de la inspección estatal; ésta tiene a su disposición, como instrumentos de coordinación, sobre todo las disposiciones administrativas generales y las instrucciones concretas (I 2). No obstante, la coordinación, puede efectuarse también mediante prácticas cooperativas, representadas, con sus fallas y ventajas, en el modelo del federalismo (§ 39 I 3).

No es posible satisfacer en grado máximo las exigencias de una actividad estatal a la vez objetiva e inmediata, pero también coordinada, eficiente, "sin fricciones" y económica. Por ello, cada vez hay mayor conciencia de que la cuestión de la descentralización es un problema de optimización, es decir, consiste en la tarea de crear unidades organizativas que, según sea el caso, realicen un compromiso óptimo entre las necesidades antagónicas de objetividad e inmediatez, autonomía y autorresponsabilidad, por un lado, y de una regulación uniforme, coordinación y responsabilidad global, por el otro.

4. **La creación de autoridades.** Por su naturaleza jurídica, los actos de organización de autoridades son normaciones generales si tienen por efecto una modificación general del orden de competencias, es decir, cuando a través de ellas sufre un cambio la "institucionalización abstracta de los ámbitos de función jurídicamente relevantes", descritos al principio. Tal es el caso cuando se crea o se suprime toda una clase de autoridad que tiene competencias jurídicas, o cuando se modifican, en general, las atribuciones de autoridades ya establecidas.

Por el contrario, el establecimiento, supresión o modificación de las diversas autoridades, son actos particulares que de hecho tienen un efecto general: aquí no se modifica una norma general de competencia, sino más bien el conjunto concreto de autoridades, es decir, el estado de cosas del que parte una norma general de competencia (por ejemplo, con el supuesto "la oficina sanitaria competente").

Así, por ejemplo, la división de una autoridad tiene el efecto general de que la autoridad recién creada, y no la antigua, sea ahora competente en relación al incalculable número de medidas administrativas pertinentes en su ámbito territorial de competencia. Los actos de organización de esta clase regulan entonces, por su contenido explicativo, un estado de cosas concreto, pero producen modificaciones de competencia que serán relevantes para un número indeterminado de personas (al momento de la regulación), si bien, sólo como "simple" efecto de hecho. Por tanto, se equiparan a las normaciones generales respecto de esta relevancia para un círculo todavía indefinido de personas. A fin de cuentas se trata de una forma mixta del tipo fundamental de la normación general (que, por su contenido explicativo y sus efectos, comprende en forma general a las situaciones y las personas) y aquel de los actos particulares (que afectan en lo individual a las situaciones y las personas). De ahí se plantea la cuestión de cuáles sean los instrumentos jurídicos, desarrollados para dichos tipos fundamentales (posibilidades de impugnación, requisitos de publicación, etcétera), que deban aplicarse a tales formas mixtas. Por ejemplo, resulta natural la exigencia de dar la misma publicidad a las modificaciones en el conjunto de autoridades que afectan a un número indeterminado de ciudadanos (por efecto de hecho) que a las normas jurídicas.

Lo habitual es que las disposiciones de competencia confieran atribuciones a una autoridad en conjunto y no a determinadas dependencias de la misma. Por ello, no se afecta el tráfico jurídico si dentro de una autoridad se crean o eliminan dependencias, o cuando se modifica la distribución de asuntos entre las oficinas existentes.

II. La transmisión de los cargos públicos

Wolff Bachof. § 73 III.

Para crear una organización estatal capaz de actuar, no basta con regular un orden general de competencias (I) y establecer las autoridades concretas (ámbitos de función), previstas en él (I 4), sino que determinadas personas deben ocupar primero los cargos así creados.

Una persona puede ocupar un cargo, ya sea por ley o por un acto especial de nombramiento: así, por ejemplo, el monarca hereditario detenta las funciones de su cargo por efecto directo de la ley, a saber, en virtud de un derecho constitucional escrito o no escrito. Aparte se encuentran los casos en que alguien recibe su cargo de manos de otro órgano del Estado. Tales actos de designación deben provenir invariablemente de un órgano estatal ya existente. Así, alguien puede ser nombrado para un cargo judicial o administrativo, según las disposiciones vigentes, ya sea por el jefe de Estado, por un ministro o por otra autoridad o también directamente a través de una elección por parte de la ciudadanía activa.

Las elecciones de diputado para el órgano legislativo del Estado constituyen casos particularmente importantes de la designación de los órganos estatales. En ellos actúa como órgano estatal designante la totalidad de quienes poseen derecho al voto. El derecho electoral activo que aquí se ejerce, es un derecho orgánico, que corresponde básicamente a los ciudadanos, de participar en el nombramiento de los órganos del Estado. Es claro que las elecciones políticas no se agotan en el nombramiento del electo para un cargo, sino que con motivo de ellas se toman decisiones políticas objetivas y decisiones en favor de los políticos de mayor jerarquía, detrás de quienes se encuentra el diputado en particular (§ 24).

III. Competencias dependientes

Kelsen AStL, 280 ss.; *C. Schmitt VL*, 293 ss.; *H. A. Schwarz-Liebermann v. Wahlendorf*, *Struktur u. Funktion der sog. Zweiten Kammer*, 1958; *Loewenstein VL*, 181 ss.; *H. Biehl*, *Die Gegenzeichnung in parlam. Regierungssystem usw.*, 1971; *Herzog*, 250 ss.; *T. Jaag*, *Die Zweite Kammer im Bundesstaat*, 1976; *A. Schulz*, *Die Gegenzeichnung*, 1978; *Stern*, §§ 27 I, 30 II 7.

En numerosos casos, los órganos del Estado únicamente pueden realizar sus funciones en colaboración con otro órgano.

Las técnicas cooperativas contribuyen a unificar el saber técnico (*Sachkunde*) de diversos órganos estatales y, además, para el control y la representación de determinados intereses.

Un conocido ejemplo de dicha necesidad de colaboración es el refrendo en la monarquía constitucional, en que los actos del monarca sólo adquirirían eficacia cuando habían sido refrendados por el ministro responsable (§ 21 I 1). También en algunas constituciones democráticas (como en el artículo 58 LF) ^(a) se encuentra el requisito del refrendo para los actos del jefe de Estado.

Otro ejemplo del concurso necesario de varios órganos del Estado es la participación del parlamento y el jefe de Estado en la creación de una ley, a través de su aprobación y promulgación (§ 31 III).

Un caso importante de colaboración es, además, el sistema bicamaral que, en sentido estricto, significa que el poder legislativo está compuesto de dos cámaras y que, para la expedición de una ley, es necesaria la aprobación de ambas. Mientras que en este sistema una de las cámaras se integra con los diputados del pueblo, la otra puede ser una representación estamental o, tratándose de los estados federales, una representación de las entidades federativas. La división de la competencia sirve para procurar voz y participación a los intereses estamentales o federalistas.

La Cámara inglesa de los Lores (*House of Lords*) es una representación estamental a la que pertenecen alrededor de 850 miembros de la nobleza inglesa y escocesa en calidad de *Peers* (pares) hereditarios, aparte de unos 190 *Peers* designados vitaliciamente; además, son miembros vitalicios de esta cámara los 9 jueces Lores, 2 arzobispos y 24 obispos, en razón de su cargo. Hasta 1911, la cámara alta podía paralizar una ley aprobada por la cámara baja, por lo que, hasta ese momento, podía calificársele como segunda cámara en sentido estricto. Desde la *Parliament Act* del mismo año, la cámara alta no posee derecho de veto frente a las leyes financieras y, respecto de las demás leyes, goza sólo de un veto suspensivo.

La organización federal de los Estados Unidos, Suiza y la Rusia Soviética condiciona sus respectivos sistemas bicamarales. En los Estados Unidos, el poder legislativo lo ejerce el Congreso, que se compone de la Cámara de Representantes y el Senado. En tanto que la Cámara de Representantes es la representación de todo el pueblo; los senadores, de los cuales cada entidad federativa envía dos, deben representar a los diversos estados. Esto era más notorio en un principio (cuando los cuerpos legislativos de cada estado nombraban a los senadores), que

hoy día, en que también son electos por el pueblo. En el Estado federal suizo, el órgano legislativo, la Asamblea Federal, se integra con el Consejo Nacional y el Consejo de los Estados, que es una representación de los diversos cantones. En la Unión Soviética, que es también un Estado federal, el Soviet Supremo está constituido por una Cámara del Pueblo (el Soviet de la Unión) y una Cámara de las entidades federativas (el Soviet de las Nacionalidades) (§ 43 II 1).

En la República Federal de Alemania, al lado del Parlamento Federal (*Bundestag*), electo por el pueblo, se halla el Consejo Federal (*Bundesrat*), al que envían delegados los gobiernos de las entidades federativas (*Länder*). No puede hablarse aquí, sin reservas, de un sistema bicameral en sentido estricto, porque únicamente algunas leyes federales (las así llamadas *Zustimmungsgesetze*) requieren de la aprobación del Parlamento y del Consejo federales. Contra la adopción de otras leyes, el Consejo Federal sólo puede interponer — después de llevarse a cabo un infructuoso procedimiento de mediación — una impugnación (*Einspruch*) que, sin embargo, puede superar el Parlamento Federal.

IV. Formación de la voluntad en las instituciones

§ 37 II 2; *Forsthoff*, 443 ss.; *Wolff-Bachof*, § 75 II, III.

Sobre 1: *R. Höhn*, *Verwaltung heute. Autoritäre Führung oder modernes Management*, 1970; *C. Reichard*, *Managementkonzeptionen des öffentlichen Verwaltungsbetriebes*, 1973, 90 ss., 114 ss.; *J. Wild*, *MbO als Führungsmodell*, en: *Die Verwaltung*, 1973, 283 ss.; *E. Laux*, *Führung und Führungsorganisation in der öffentlichen Verwaltung*, 1975 (bibl.); *P. Eichhorn*, *P. Friedrich*, *Verwaltungsökonomie*, I 1976, 345 ss., 360 ss.; *K. Seemann*, *Abschied von der klassischen Ministerialverwaltung*, 1978, 30 ss.

Sobre 2: *P. Dagoglou*, *Kollegialorgane und Kollegialakte der Verwaltung*, 1960; *R. Herzog*, en: *EvStL*, 1547 ss.

1. Organos monocráticos. Se llama monocrático a un órgano cuando es suficiente la decisión de voluntad de una sola persona para el ejercicio de sus funciones. En este sentido, no sólo son monocráticas las autoridades unpersonales, sino también las de carácter colectivo, pero monocráticamente estructuradas, en las que todas las decisiones deben atribuirse al jefe de la autoridad, sea porque él mismo las dicte o porque sus colaboradores actúen por cuenta de él y bajo sus instrucciones. A ello responde el que pueda, en principio, avocarse y resolver todos los asuntos.

Los conceptos modernos de la dirección buscan una dis-

tensión en esta rígida estructura monocrática, o cuando menos, en el estilo de la gestión monocrática:

Si bien el director de una autoridad fija (dentro del margen de discrecionalidad existente) los objetivos y los puntos esenciales, obligatorios en última instancia, en la actividad de la autoridad, deberá hacerlo ya con la participación de sus colaboradores y la utilización de sus conocimientos técnicos en dichos procesos de definición de objetivos. Por lo demás debe delegar en sus colaboradores subordinados ámbitos de actividad, para su tramitación responsable. Esta exigencia puede manifestarse en una estructura (coactiva) de dirección o en un estilo de gestión basado solamente en recomendaciones, e implica que el jefe de la autoridad no se avoque las funciones que ha delegado. En segundo término, debe respetar, en lo posible, la discrecionalidad de sus colaboradores, es decir, dar instrucciones cuando sea estrictamente necesario. En tercer lugar, no debe tratar oficialmente con colaboradores subordinados distintos de los directamente situados bajo él ("saltar instancias" (*Durchregieren*)).

Por otra parte, los colaboradores deben decidir con independencia dentro de su ámbito de atribuciones y no regresar a sus superiores la responsabilidad que se les ha confiado ("retrodelegación" de la responsabilidad). Por el contrario, por propia iniciativa deben informar a sus superiores sólo en la medida necesaria para que éstos conserven una visión de los ámbitos de función delegados, y conozcan los hechos relevantes para su responsabilidad total. Además, por sí mismos deben informar y hacer participar a sus colaboradores de igual o menor jerarquía, en tanto se requiera para permitir un despacho oportuno de sus tareas.

Junto con la responsabilidad, en los cargos debe descentralizarse también el compromiso, en la medida compatible con las necesidades de una administración coordinada. Debe alentarse la iniciativa y la imaginación de los colaboradores subordinados, a fin de que capten y aborden por sí mismos los problemas abiertos. La práctica consiste en dar al mayor número posible un ámbito de responsabilidad y acción "propias", se sirve de la experiencia de que cada quien se preocupa preferentemente de las cosas que se le presentan y atribuyen como esfera de desarrollo, trabajo y responsabilidad personales. A través de una administración adaptada a la naturaleza humana, debe aumentar en conjunto la "capacidad de solución de problemas" del aparato de autoridades, así como su adaptabilidad a las nuevas situaciones (§ 3 I 3).

Una forma de transición hacia los órganos colegiados, pero que jurídicamente debe encuadrarse todavía entre los órga-

nos monocráticos, son las autoridades que cuentan a su lado con un consejo consultivo, que solamente tiene voz, mientras que la decisión misma recae en la autoridad monocrática.

2. Organos colegiados. Por el contrario, en los órganos colegiados genuinos, la decisión es producto de la colaboración de un colegio. Los "cuerpos" legislativos y los tribunales colegiados son ejemplo de órganos colegiados. El principio de colegialidad es uno de los instrumentos con que puede ejercerse el control de poderes (como control intraórgano; *cf.*, § 31 II 1). A la vez, asegura que una discusión más o menos detenida anteceda a toda decisión. Es también un instrumento que permite la participación de técnicos, representantes de grupos de intereses (§ 26 IV 2) y ciudadanos en la decisión de una autoridad. Son desventajas de una decisión colegiada los costos personales y temporales del procedimiento y la imprecisión de la responsabilidad.

Por lo general, la formación de la voluntad de un órgano está regulada en los reglamentos internos, los ordenamientos procesales y otras disposiciones procedimentales. Al respecto cabe destacar dos cuestiones de gran importancia: cuántos miembros del órgano deben estar presentes para que esté en aptitud de deliberar, y cuántos de ellos deben votar para que se produzca un acuerdo.

Comúnmente los órganos colegiados sólo están capacitados para tomar un acuerdo cuando se halla presente un cierto número mínimo de sus miembros (el *quorum*). Así, por ejemplo, el Parlamento (*Bundestag*) de la República Federal de Alemania está en condiciones de resolver cuando más de la mitad de sus miembros está presente en la sala de sesiones (§ 49, inciso 1, de su Reglamento interno). Por regla general, los tribunales colegiados sólo están facultados para pronunciar una resolución si están presentes todos los miembros convocados a resolver el caso particular (excepciones en los §§ 15, inciso 2 y 16, inciso 2, de la Ley de Tribunal Federal Constitucional alemán)^(b). Una vez integrado el órgano, para tomar una decisión se requiere unanimidad, o bien una mayoría relativa, absoluta o calificada.

En sentido estricto, unanimidad significa el consentimiento positivo de todos. Si la unanimidad es un requisito esencial, el acuerdo se malogra por la abstención de un solo miembro. Si únicamente existe un derecho de veto, el acuerdo es válido hasta que es impugnado.

La mayoría relativa implica la proporción máxima de votos en favor de una de varias alternativas. Tal mayoría puede bastar cuando se someten a decisión dos o más alternativas, por

ejemplo, cuando debe elegirse a una de varias personas. A modo de hipótesis, puede suceder que A reciba el 40% de los votos, B el 35% y C el 25%, en cuyo caso la mayoría relativa es para A (ejemplo: artículo 63, inciso 4 LF).^(c)

La mayoría absoluta supone el consentimiento de más de la mitad.

Se habla de mayoría calificada en los casos en que no bastan la mayoría absoluta ni la relativa de los votos, sino una proporción mayor específicamente definida; por ejemplo, una mayoría de los dos tercios (así, el artículo 79, inciso 2 LF).^(d)

La unanimidad, las mayorías absoluta y calificada pueden referirse al número legal de los miembros del órgano, al número de los presentes al momento de la votación o al total de los votos emitidos (es poco usual referir la unanimidad sólo al número de los votos emitidos). Así, por ejemplo, el artículo 42, inciso 2 LF, prescribe la mayoría de los votos emitidos, y el artículo 63, inciso 2,^(e) la mayoría de los votos, pero en base al número legal de los miembros del órgano colegiado.

NOTAS AL CAPITULO IV

(a) Artículo 58 "Las disposiciones y resoluciones del Presidente Federal deberán ser refrendadas, para su validez, por el Canciller Federal o por el Ministro Federal competente en cada caso. Esto no rige para el nombramiento y el relevo del Canciller Federal, la disolución del Parlamento Federal a que se refiere el artículo 63 y el requerimiento mencionado en el artículo 69, inciso 3".

(b) § 15 (2) "Cada sala estará en aptitud de deliberar cuando esté presente un número mínimo de seis jueces. En el procedimiento conforme al § 13, núms. 1, 2, 4 y 9, se requiere en cada caso una mayoría de los dos tercios de los miembros de la sala, si la resolución es desfavorable a la parte contraria del reclamante. En los demás casos, decide la mayoría de los miembros de la sala que participen en la resolución, en tanto que la ley no disponga otra cosa. En caso de empate, no puede declararse una infracción a la Ley Fundamental u otro derecho federal".

§ 16 (1) "Si en una cuestión de derecho una de las salas desea apartarse de la opinión sustentada en una resolución de la otra sala, sobre la divergencia decidirá el pleno del Tribunal Federal Constitucional".

(2) "Este está en condiciones de resolver cuando se encuentran presentes dos terceras partes de los jueces de cada sala".

(c) Artículo 63, (1) "El Canciller Federal es elegido sin debate por el Parlamento Federal a propuesta del Presidente Federal.

(2) Resulta elegido el que reuniere los votos de la mayoría de los miembros del Parlamento Federal. El electo deberá ser nombrado por el Presidente Federal.

(3) Si la persona propuesta por el Presidente Federal no resultare elegida por el Parlamento Federal, éste podrá elegir por más de la mitad de sus miembros, un Canciller Federal dentro de los catorce días siguientes a la votación.

(4) Si en dicho plazo no se realizare la elección, se efectuará de inmediato otra votación, resultando elegido el que reciba la mayoría simple de los votos. Si el electo reuniere los votos de la mayoría de los miembros del Parlamento Federal, el Presidente Federal deberá nombrarlo dentro de los siete días siguientes a la elección; si no alcanzare dicha mayoría, el Presidente Federal dentro de los siete días, deberá nombrarlo o disolver el Parlamento Federal"

(d) Artículo 79, (1): "La presente Ley Fundamental no podrá ser modificada sino por una ley destinada expresamente a complementar o modificar su texto...

(2) Una ley de este carácter requiere la aprobación de dos tercios de los miembros del Parlamento Federal y de dos tercios de los votos del Consejo Federal".

(e) Artículo 42, (2) "Las resoluciones del Parlamento Federal requieren la mayoría de los votos emitidos, siempre que la Presente Ley Fundamental no disponga otra cosa. El Reglamento interno puede admitir excepciones relativas a las elecciones que ha de celebrar el Parlamento Federal".

Artículo 63, (2), *supra* (c).