

UCR 1394 Jm

UCU 195.540-3

LECCIONES DE
DERECHO
ADMINISTRATIVO

APUNTES DE CLASES REVISADOS POR EL PROFESOR

JUAN ANTONIO IRIBARREN

Catedrático de la Universidad de Chile

V1

EDITORIAL NASCIMENTO

SANTIAGO

1936

CHILE



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE
VALPARAÍSO

Comisión de la Universidad

LEGAD
PRIMERO
ENRIQUE PASCAL

INTRODUCCION

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO DEL ESTADO Y SUS FUNCIONES

El ser humano es esencialmente sociable. Y lo es, principalmente, porque cede a su instinto de conservación, para proveer a la más fácil satisfacción de sus necesidades.

En la época primitiva, el estímulo primordial del hombre es procurar la conservación *individual* y la de la *especie*. Para obtener la primera, le basta con satisfacer sus necesidades meramente fisiológicas. De aquí es que desarrolle actividades dirigidas sólo a procurar el sustento y la seguridad.

Pero, a veces, el hombre no puede alcanzar la satisfacción de las necesidades del sustento, únicamente con su propio esfuerzo. Se ve obligado, entonces, a buscar la cooperación de otros individuos de su misma especie para obtener los medios de subsistencia. Tenemos, en consecuencia, que el espíritu de asociación en el hombre, es producto directo de la necesidad que tiene de conservarse a sí mismo. Su incentivo es el hambre.

Para conservar la especie, el hombre necesita de la cooperación de otro ser humano de diferente sexo, lo que explica—desde este punto de vista—su sentido de asociación.

Tanto en la conservación individual como en la de la especie, es indispensable la cooperación; en el primer caso, el hombre la busca en individuos de su misma especie y sexo; y en el segundo, en personas también de la misma especie, pero de sexo diferente.

Podemos concluir afirmando que *la asociación humana es el producto directo del sentido y de la necesidad de cooperación.*

Ya hemos visto, en Historia General del Derecho, los medios en virtud de los cuales se forman las poblaciones. Dijimos que eran cuatro: la asociación es-



pontánea, la naturalización, la inmigración y la guerra. Recordemos, rápidamente, en qué consiste cada uno de ellos:

1) *La asociación espontánea.*—Es un procedimiento demográfico, en virtud del cual los individuos que viven en una región formando grupos antagónicos u hostiles, o simplemente indiferentes, olvidan sus desavenencias o su frialdad y se unen voluntariamente para formar un solo grupo.

Esta organización es transitoria y puede obedecer a tres objetivos distintos: a un estímulo bélico (conquista o defensa), a una necesidad económica o a un fin religioso.

2) *La naturalización.*—Es un sistema de orden político, en virtud del cual a un individuo de nacionalidad extraña, se le otorga el beneficio de la nacionalización.

Produce en el Derecho Público el mismo efecto que produce la adopción en el Derecho Privado.

3) *La inmigración.*—Es un hecho por el cual los individuos de un país se incorporan a la población de otro.

En la antigüedad, la inmigración era mucho más difícil. Esto se debía a muchas causas: deficiencia de los medios de comunicación, hostilidad de los pueblos, falta de comercio, etc. La inmigración en los tiempos modernos reviste una gran importancia en la organización social del mundo; ella ha contribuido a formar la llamada "clase media".

4) *La fuerza.*—En los tres procedimientos esbozados, según los cuales se produce un aumento de la población, existe el consentimiento, más o menos expreso, de los grupos o individuos que se reúnen. En el cuarto, no existe el consentimiento sino que impera la fuerza. La conquista bélica es el método por el cual se emplea la fuerza para incrementar la población.

Cuando un pueblo domina a otro por la guerra, se pueden producir para el vencido dos situaciones: o se le deja en la región que ocupaba en el momento de la conquista, limitándose el vencedor a extender su soberanía sobre el territorio y a exigir un tributo, o bien se lo lleva a su país para hacerlo trabajar como esclavo. Este último procedimiento es el que aumenta la población del país triunfante.

Ahora bien, los hombres asociados por el sentido de la cooperación necesitan organizarse desde un comienzo, constituir grupos concordantes con propósitos afines, para llegar a un fin común. Así es como vemos asociaciones de índole familiar, gentilicia, tribal, etc.

Los objetivos de la asociación pueden ser diversos: militares, económicos, religiosos, o bien, todos ellos juntos.

Todo esto nos lleva a tratar el *origen del Estado*. Existen varias teorías para explicarlo, que se tratan extensamente—según el nuevo programa aprobado el 26 de diciembre de 1934—en el ramo "Introducción al Estudio del Derecho". Nosotros sólo haremos un breve *recorderis* de ellas.

Se dice que el Estado nace desde el momento en que aparece un funcionario o un cuerpo de funcionarios que con autoridad coercitiva ejerce la prerrogativa de desempeñar funciones públicas.

Las teorías que explican el nacimiento del Estado pueden dividirse en dos grupos: unas que sustentan el nacimiento copulativo del Estado y la sociedad y otras que afirman el nacimiento posterior del Estado como una consecuencia de las necesidades sociales. El primer grupo comprende dos teorías: la teológica y la metafísica.

1. *La teoría teológica.*—Sostiene que la sociedad y el Estado nacen simultáneamente, siendo ambos de origen divino. Son, como toda cosa humana, obra de Dios, voluntad suprema y omnipotente. Dentro de esta concepción hay todavía dos opiniones: la del origen divino sobrenatural y la del origen divino providencial. La primera de estas tendencias dice que Dios ha instituido el Estado y lo há proveído de individuos, castas o familias que en su nombre lo mandan, recibiendo de él la facultad de gobernarlo. Esta teoría tiene por objeto perseguir la conservación de los gobiernos de castas y, en general, las monarquías. La segunda tendencia dice que el Estado es obra de Dios, pero éste deja a los hombres el derecho de designar a las personas que tienen la facultad de gobernar.

2. *La teoría metafísica.*—Cree, como la teológica, que el Estado ha tenido un nacimiento simultáneo con la sociedad. Pero no atribuye a Dios el origen del Estado. Este nace—según ella—en una forma natural, innata a la sociedad. Así como sustenta que los derechos nacen con los individuos, afirma también, al explicar el origen del Estado, que es una facultad innata y natural de los hombres la de organizarse y gobernarse.

Tanto la teoría teológica como la metafísica son, como vemos, especulaciones ideológicas que no se fundan en la observación de los hechos.

Veamos ahora el grupo de teorías que sustentan el nacimiento posterior del Estado con respecto a la sociedad. Son cinco: teoría de la fuerza, teoría convencionalista o del pacto social, teoría del origen patriarcal del Estado, teoría del origen bélico del Estado y teoría del origen sociológico.

a) *Teoría de la fuerza.*—Supone que el Estado no es sino una consecuencia de la dominación que un organismo político ejerce sobre otro. Pero si esto es cierto en algunos casos, no lo es siempre, y además esta teoría presupone la existencia del Estado vencedor o dominante.

Esta teoría es de una veracidad relativa. Por lo demás, es cosa averiguada que la fuerza no constituye un régimen normal y permanente. Mientras esta fuerza no se modifique y transforme en derecho, no puede por sí sola mantener la existencia del Estado. Ya lo dijo Guizot: "El obediencia a la fuerza es sólo transitorio; sólo la obediencia al derecho es espontánea, voluntaria, definitiva y permanente".

b) *Teoría convencionalista o del pacto social.*—Fue ideada con el objeto de combatir la teoría de la fuerza, que había dado margen a un régimen de gobierno muy absolutista, atentatorio de la libertad individual.

La teoría del convenio o pacto social reposa en dos postulados: 1.º Los hombres vivieron libres e independientes en la naturaleza, no sufriendo más limitaciones que las que aquélla misma les imponía. Gozaban, por esto, de una perfecta igualdad; 2.º Los hombres, dueños absolutos de sí mismos, convienen un día en asociarse para buscar el bien común. Con este objeto se despojan de



ciertos derechos para gozar en paz de otros que se reservan. Entre los derechos de que se despojan, está la facultad de mandar y dirigir, la que delegan en un individuo o grupo de individuos que desde ese momento toma el gobierno del grupo social, naciendo así el Estado.

Varias críticas pueden formularse a esta teoría. La ciencia ha demostrado que jamás los hombres han vivido dueños de su albedrío, dado lo cual la teoría cae por su base. Además, como no hay antecedente histórico alguno que nos atestigüe la existencia del pacto, forzosamente deberíamos llegar a la conclusión de que se produjo en un período antiquísimo, o sea, en el dominio de la prehistoria. Pero, entonces, ¿cómo es posible que individuos prehistóricos tengan una cultura cívica tan adelantada que les permita darse perfecta cuenta de sus deberes y derechos? Todavía más, Rousseau (que es quien mejor expuso esta teoría en su obra "El contrato social"), pretende dar al Gobierno formas adaptadas al derecho y cae en un principio antijurídico, pues el convenio a que se refiere valdría sólo para aquellos hombres que lo subscribieron y no afectaría, por lo tanto, a sus descendientes.

El jesuita español Suárez, en su obra "Tractatus de Legibus", fué el primero en formular esta teoría. Más tarde lo hicieron Locke, en Inglaterra, y Languet, en Francia.

e) *Teoría del origen patriarcal del Estado.*—Esta teoría formula sus conclusiones, atribuyendo al Estado un puro proceso demográfico; el Estado sería el acrecentamiento de la familia que pasa a ser *gens*, ésta a ser *tribu*, y la *tribu*, Nación.

Comienza afirmando que la familia, en los tiempos antiguos, estaba constituida por el vínculo de la sangre. Tenía como jefe al padre (*pater familias*), que ejercía su autoridad sobre su mujer y sus hijos. La familia crece y se forma la *gens* o agrupación de familias descendientes de un tronco común y entonces es el patriarca el que ejerce la autoridad, teniendo facultades más amplias que el *pater familias*, por cuanto se refiere a un número mayor de personas y a un número mayor de materias. Ahora, la agrupación de *gens* constituye la *tribu*, cuyo jefe tiene aún más autoridad que el patriarca. A su vez, las tribus crecen y se forma la Nación o pueblo, cuyo jefe es el *rex* o rey, quien tiene en sus manos la suma del poder y de la autoridad.

Las conclusiones de esta teoría son de una lógica fuerte; pero investigaciones posteriores han demostrado que la familia, como grupo primitivo en pequeño, no ha existido jamás, y esto, porque las necesidades de la defensa y alimentación, en muchas regiones, impiden su existencia. Es cierto que en pueblos primitivos se han encontrado grupos familiares pequeños; pero ellos sólo representan disgregaciones de grupos sociales más grandes. Como vemos, la teoría falla por su base al no reconocerse la existencia de la familia, como ella la reconocía.

Esta teoría fué prolijada en la antigüedad por Platón, impugnada, más tarde, por Aristóteles, y resucitada, después, por Cicerón. La Iglesia Católica la preconizó, adaptándola a las tradiciones bíblicas, y los filósofos, desde Filmer adelante, la propagaron, porque implicaba un principio de obediencia que cua-

draba muy bien al régimen que se pretendía, que el poder de gobernar provenía de Dios.

d) *Teoría del origen bélico del Estado.*—Esta teoría empieza diciendo que los pueblos primitivos eran grupos aislados, sin organización definida y que cada cual desarrollaba su propia actividad dentro de los límites de su territorio, separados del de los otros por terrenos de "interinhibición", llamados "marcas". Estos terrenos eran neutrales, pues no pertenecían a ninguno de los pueblos colindantes y eran fijados por acuerdo tácito o expreso de ellos. Estos pueblos han tenido entre ellos diferencias, las cuales eran causa de continuas guerras, que nunca tuvieron un resultado definitivo, probablemente por la equivalencia de las fuerzas. Por este motivo, llegó un momento en que las guerras cesaron por mutua conveniencia. Más tarde, cuando un peligro común y externo amenazó a los diversos grupos sociales colindantes, ellos se agruparon y eligieron un jefe común para que los dirigiera en la campaña que iban a iniciar. En este momento empieza el nacimiento del Estado, dice esta teoría, pues aquí apareció una autoridad, que no tiene origen en la ascendencia familiar y que toma a su cargo la facultad del mando y de la defensa, en resguardo del bienestar común.

La naturaleza de esta autoridad, de esta jefatura es específica, pues se refiere sólo a una clase de funciones: las militares; es general, porque recae sobre todos los grupos sociales; y, por fin, es transitoria, ya que dura sólo lo que la campaña. Además, esta es la causa de los interregnos. Concluida la campaña, debería cesar esta jefatura, pero existen otras causas que la hacen perdurar: los pueblos ven las ventajas de la unión; se produce la necesidad de mantener la conquista y el orden interno contra los posibles atentados o sublevaciones de los esclavos. Todos estos motivos hacen que el jefe continúe en su jefatura temporal, atribuyéndosele, además, el ejercicio de otras funciones, no ya meramente militares, sino que de otro orden, porque los pueblos se dicen: el que ha sido capaz de conducir a un pueblo a la victoria es capaz también de dictar leyes, de dirigir el Gobierno y de administrar justicia. Así, el jefe militar de origen electivo, accidental, con atribuciones generales y específicas, se transforma en gobernante; y ejerce su soberanía sobre individuos que no son sus consanguíneos, dando de este modo origen al Estado.

De esta acumulación de funciones proviene el régimen de las monarquías absolutas, organización que basta a un Estado incipiente, de escaso territorio; pero cuando, por obra de la conquista, este Estado crece, empiezan a surgir nuevas necesidades políticas y el jefe se siente impotente para mantener sojuzgados bajo su dependencia inmediata a los pueblos vencidos, razón por la cual se ve en la necesidad de instituir agentes locales, lo que produce la ramificación del Gobierno.

Esta teoría ha sido formulada por Valentín Letelier y es una combinación de la teoría de la fuerza y de la del contrato social. De la primera tiene la amenaza exterior y de la segunda, el acuerdo de los pueblos para unirse con fines de defensa colectiva.

e) *Teoría del origen sociológico del Estado.*—Don Juan Antonio Iribarren sostiene que ésta es la teoría verdadera y la que mejor explica el nacimiento del

Estado, sin caer en los exclusivismos de las demás. Podría considerarse como una síntesis de las cuatro teorías expuestas, que afirman el nacimiento posterior del Estado a la sociedad.

En el período de la humanidad llamado *acrático* (a-sin, crático-gobierno, es decir, sin gobierno; período en que no hay gobierno, pero sí un régimen, que no es precisamente el político) viven estas asociaciones familiares, gentilicias y tribales. Llega un momento en que estas asociaciones son incapaces de satisfacer las necesidades del grupo social y, por lo tanto, se hace indispensable el surgimiento de una nueva asociación humana. Esta nueva asociación humana surge con caracteres políticos, porque se propone el gobierno de la asociación y persigue efectos sociales. Nace, entonces, el Estado. Y no como un capricho de los hombres, ni como un fruto de las circunstancias, sino como consecuencia reflexiva de las necesidades sociales.

En las asociaciones anteriores, la subordinación que existía entre los que mandaban y los que obedecían era debida a razones de orden consanguíneo; en cambio, en esta nueva, el fundamento de la subordinación se encuentra en el simple hecho de que los hombres aceptan una fórmula social que les permite conseguir bajo mejores auspicios el régimen colectivo.

Para la consecución de este fin, al Estado se le atribuye una facultad suprema llamada soberanía, cuyo equivalente, en el individuo, es la capacidad y en el funcionario, la competencia.

Naturaleza y elementos del Estado

Nos hallamos en condiciones de ocuparnos de la naturaleza del Estado, para referirnos, después a sus funciones, y por último, a sus fines.

Sobre la naturaleza del Estado, los autores han formulado diversas teorías. Dos son las principales: la de la personalidad moral del Estado y la de la realidad positiva.

La *teoría de la personalidad moral del Estado* es la que afirma que el Estado no es una persona real, sino que tiene personalidad constituida por un conjunto de facultades ejercitables, que forman su autoridad moral o jurídica.

La *teoría de la realidad positiva* sostiene que el Estado es una realidad social. La prueba concluyente de ello es que está a nuestra vista, con elementos concretos, como son: la población y el territorio, sobre los cuales el Estado ejerce su soberanía. Agréguese a todo esto el régimen jurídico, que se aplica a una y a otro, y tendremos los elementos constitutivos del Estado para conformar la organización y su personalidad.

El Estado, organismo complejo, se compone de elementos. Se pueden clasificar en dos grandes categorías: elementos externos y elementos internos.

Los *elementos externos* constituyen la materialidad física del Estado y son: la población, el territorio y la ciudad.

La *población* es el elemento humano con que cuenta el Estado para desarrollarse. Con ella organiza los poderes y los servicios públicos, etc. Es el elemento



más importante del Estado. Toda su actividad se refiere directa o indirectamente a la población.

El *territorio* es el medio físico sobre el cual el Estado ejerce su soberanía, y constituye el asiento de su domicilio, como sujeto de derechos.

La *ciudad* no es propiamente un elemento del Estado, ya que nace de la agregación de los dos elementos anteriores. Podemos definirla diciendo que es la concentración de la población en un determinado espacio territorial, establecida bajo el régimen urbano.

La ciudad es organismo indispensable del Estado, sirve de asiento a sus instituciones jurídicas y políticas y es la causa de su perfeccionamiento y desarrollo. Aparece como consecuencia de la sedentariedad de la población y como la célula primera del organismo estatal. Constituye la agrupación urbana, caracterizada por estar sujeta a un régimen en que la libertad individual aparece más restringida que en los campos, para hacer posible la vida en común en una agrupación humana de mayor densidad.

Los *elementos internos* son los que constituyen la personalidad del Estado, y se dividen en políticos y administrativos. Los primeros se denominan poderes públicos y los segundos, servicios públicos.

Los *poderes públicos* constituyen la prerrogativa de obrar con autoridad, o en otras palabras, de dar órdenes y obligar a su cumplimiento.

El *legislativo* formula el Derecho por medio de las leyes, y el *ejecutivo* las sanciona y hace cumplir, y el *poder judicial* aplica los preceptos jurídicos abstractos a casos concretos, declarando el derecho controvertido.

Cada poder no ejerce las funciones señaladas como propias, en forma exclusiva; sino que en forma preponderante. Así, hay veces en que el poder legislativo ejerce funciones judiciales. Vemos al Senado, por ejemplo, constituirse en alto tribunal para juzgar los actos del Presidente de la República, de los Ministros de Estado, de los Ministros de la Corte Suprema y otros funcionarios, etc.

Los elementos administrativos o *servicios públicos* son organizaciones permanentes que tienen por objeto satisfacer las necesidades públicas de una manera regular y continua. Los dividimos en tres grupos:

- a) Servicios de administración política o del Estado;
- b) Servicios de administración social o por el Estado; y
- c) Servicios mixtos.

Esta división se hace atendiendo a la entidad que resulta directamente beneficiada con las actividades del respectivo servicio: si benefician de inmediato al Estado, tenemos un servicio de administración política; si benefician directamente a la población, nos hallamos en presencia de un servicio de administración social; y si benefician al Estado y a la población, quiere decir que el servicio es mixto.

Los servicios de *administración política* tienen por objeto directo la conservación del Estado como órgano de regulación social. De consiguiente, tienden a salvaguardar su independencia, cuando ésta se vea amagada por otro Estado; a defender su existencia cuando ésta peligre por desórdenes internos; a procurar los medios económicos necesarios para su mantenimiento y a establecer las re-



laciones políticas con las demás potencias extranjeras. Estos diversos órdenes de necesidades, concordantes en un mismo objetivo, dan nacimiento a la fuerza pública, a la organización financiera y al servicio diplomático.

La *fuerza pública* da la coacción al Estado para hacer respetar y cumplir el derecho. Esta coacción no es ilimitada, ni injusta, ni inmoral, pues está limitada y regida por el derecho y penetrada de principios éticos. La fuerza pública se subdivide en ejército y policía.

El *ejército* es el medio de defensa exterior que permite al Estado mantener su soberanía, su integridad territorial y su independencia frente a los demás Estados.

La *policía* tiene la función de resguardar el orden jurídico interno.

El deslinde de atribuciones del ejército y de la policía no obsta a que, en tiempo de guerra, la policía se movilice en ejército y que en casos de conmociones internas, el ejército coopere en la función de la policía. Sin embargo, obran de un modo diverso: mientras que el ejército trata de destruir y aniquilar al enemigo, sometiéndose únicamente a las reglas del Derecho Internacional Público; la policía debe respetar las garantías individuales y obrar siempre de acuerdo con diversas disposiciones de orden interno, desarrollando acción preventiva. El primero, generalmente, actúa coercitivamente, y la segunda por presencia, salvo en caso de agresión o desobediencia.

La *organización financiera* provee a la capacidad económica del Estado. Tiene por objeto el mantenimiento del Estado, considerado como entidad apta para ejercer derechos y contraer obligaciones, y produce el efecto de dotarlo de medios para sufragar sus gastos. Las principales entradas son: las contribuciones, las rentas y los empréstitos.

El *servicio diplomático* sirve para procurar la vida de relación de los Estados.

Los servicios de administración política se resuelven en la administración del Estado.

Los servicios de *administración social* procuran directa e inmediatamente dos cosas: la "conservación" y el "perfeccionamiento" del elemento humano del Estado. Comprenden la salubridad, la enseñanza y la beneficencia. Esta última recibe el nombre de *asistencia social*, cuando el Estado la ejerce como una función ineludible, esto es, cuando tiene la obligación legal de dispensarla. Se dice *beneficencia pública* cuando sólo tiene el deber moral de proporcionarla.

1) La *salubridad* es una función que tiene por objeto la conservación del estado sanitario de las poblaciones. Comprende la *higiene* (prevención) y la *medicina* (represión). La primera tiene calidad de función pública, porque se refiere al estado higiénico de la población y no de los individuos en particular. El servicio médico, como función pública, se produce en casos de enfermedades epidémicas o contagiosas. Estas enfermedades reciben el nombre de denunciabiles y entre ellas podemos anotar la viruela, el cólera, el tracoma, la fiebre amarilla, la peste bubónica, el tifus exantemático, etc. Son enfermedades que reciben el nombre de "sociales", porque atacan a la sociedad. El vulgo restringe aquella denominación a las enfermedades venéreas, porque estas tienen trascendencia social.

En Chile se han establecido diversas maneras para combatir las enfermedades sociales: la *denuncia*, que consiste en la obligación que tiene el médico que constata un caso de dar oportuno aviso a la autoridad sanitaria; el *aislamiento*, que tiene por objeto—una vez comprobado el caso que se denuncia—separar de los individuos sanos al enfermo, colocándolo en algún sanatorio o lugar destinado al efecto; la *desinfección*, que consiste en la extirpación de los microbios existentes en los lugares u objetos que han estado en relación con el enfermo, y ello se consigue por medio de procedimientos químicos; y la *observación*, medida preventiva, que consiste en vigilar estrictamente los lugares o individuos sospechosos de tener el germen de alguna enfermedad denunciada.

2) La *enseñanza* persigue el perfeccionamiento espiritual de la población. Se desarrolla en dos actividades: la instrucción, que es la simple dación de conocimientos, y la educación, que mira a la disciplina moral de los individuos. La primera tiene por objeto desarrollar las facultades de la inteligencia; la segunda busca el desarrollo de las facultades del alma. Aquélla ofrece conocimientos; ésta da orientaciones. En los países democráticos la enseñanza tiene trascendental importancia, ya que la eficacia de los gobiernos depende en gran parte de la preparación de los gobernantes y de la cooperación del pueblo a las exigencias del régimen.

3) La *beneficencia* es una actividad pública que tiende a prevenir y a aminorar los efectos de la indigencia. Indigente es el individuo que no puede subsistir por su propio esfuerzo. Si la indigencia no es atendida debida y oportunamente, se transforma en miseria, y si ésta se generaliza, llega a convertirse en uno de los mayores peligros sociales: el pauperismo. El Estado tiene interés en evitar la indigencia, pues ella y sus ulteriores perniciosas consecuencias, atentan contra su propia seguridad. Por lo general, la indigencia afecta a los inválidos; pero en tiempos de crisis económicas, los individuos sanos también son presa de ella. Primitivamente, el auxilio a los indigentes era prestado por los particulares. Pero ocurría que la caridad se dispensaba a los individuos con criterio excluyente, por razones de nacionalidad, de religión o de proselitismo político: el católico prestaba ayuda sólo al católico, el mahometano al mahometano y así por el estilo. Por esta forma irregular y discontinua de atender a la indigencia, el Estado se propuso ejercer él mismo la caridad con un criterio más altruista y sistemático que el de los particulares. Así, la caridad se tornó en beneficencia, actividad facultativa del Estado, dirigida a la defensa del indigente y ejercitada en nombre de la sociedad.

La causa genérica de la indigencia reposa substancialmente en los vicios de la organización social. Es, pues, un daño, y como tal debe ser indemnizado por quien lo hizo, o sea, por la sociedad. En consecuencia, el Estado, como representante de ella, debe asistir al indigente, y éste puede exigir ese auxilio al Estado. En este caso, la beneficencia deja de ser facultativa y se transforma en obligación, naciendo así la *asistencia social*.

Los *servicios mixtos* son aquéllos que benefician directamente tanto al Estado como a la colectividad. Están constituidos por la *vialidad*, que es la actividad pública cuyo objeto es proveer a la comunicación y al transporte. El término



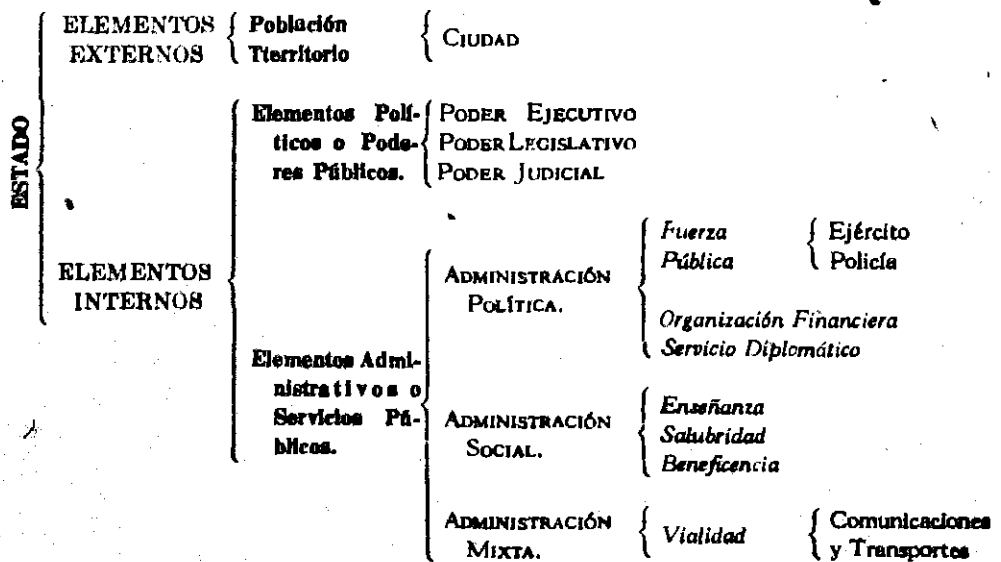
"comunicaciones" se emplea más bien cuando se trata de la transmisión del pensamiento (telégrafos, teléfonos, radiotelefonía, etc.), y el término "transportes" cuando se trata del traslado de personas y cosas. En todo caso, no se puede hacer una demarcación precisa entre ambos conceptos, porque hay entre ellos una gran compenetración.

Resumiendo, el Estado se compone de elementos externos e internos. Los primeros constituyen su materialidad física; los segundos, su personalidad.

Este Estado, así constituido, dentro del marco posible de su facultad suprema, la soberanía, ejerce atribuciones que se refieren tanto a su existencia orgánica como a su vida de relación. Y ocurre así porque esta persona que se llama Estado, necesita vivir para sí misma y para el consorcio internacional.

En definitiva, tenemos que el Estado es una positiva realidad humana y social. No es un todo orgánico como el hombre, el animal o la planta; es reflexiva agregación organizada de elementos que tiene por fin el régimen de la sociedad política y por efecto la obtención del bienestar público.

A continuación formaremos un cuadro con los diversos elementos que componen el Estado, para tener una mejor visión de su estructura:



Funciones del Estado

La función no es otra cosa que la actividad propia del órgano. El Estado, como órgano que es, tiene también funciones propias que conducen a una finalidad. Ellas pueden clasificarse en: 1) funciones imperativas, y 2) funciones facultativas, o, lo que es lo mismo, funciones principales y funciones secundarias.

1) Llámense *funciones imperativas o principales*, las que tienden a la propia existencia del Estado. Son las que él necesita, indispensable y fatalmente, debe desarrollar, porque, de lo contrario, perecería o degeneraría en otro órgano.



El Estado se instituye para servir de órgano de regulación social, lo cual quiere decir fuerza superior que interviene para coordinar las diversas actividades individuales y las del grupo humano, con el objeto de cumplir un fin determinado.

Las funciones imperativas son indispensables para la existencia de la asociación política. Una de ellas es la que tiene por objeto dictar normas de conducta social a los hombres y a las corporaciones. Esta dictación de normas no constituye otra cosa que la función de legislar. Así, pues, es función imperativa del Estado la *legislación*, o sea el pronunciamiento de normas abstractas, generales y obligatorias que tienen por objeto el régimen de los individuos y de sus intereses en el consorcio social, o, dicho en términos más breves, la legislación importa la formulación del derecho, por medio de las leyes. La ley es al derecho, lo que la palabra al pensamiento, su modo textual de expresión. La ley es el continente del derecho. Esto no obsta para que existan leyes que contienen muy poca substancia jurídica. Es lo que ocurre con las llamadas "leyes huecas".

¿Quién formula el Derecho mediante las leyes? Depende de la época histórica. En los tiempos primitivos lo hacía el pueblo. En aquellos entonces existía el régimen de *imperio popular* o *democracia pura*. Llamábase así porque todos los individuos desempeñaban las funciones políticas directamente. La ley tenía toda la fuerza de una manifestación inmediata de voluntad, que se ejecutaba sin mediación alguna.

En los tiempos de la democracia pura, el pueblo era legislador, juez y ejecutor. Por esto, el significado etimológico de la palabra sentencia es "fallo-ley".

En otro período histórico, es un individuo el que ejerce la prerrogativa de dictar las leyes. Es la época de los autócratas.

También puede suceder que la función legislativa se ejerza mediante personeros del pueblo, depositario original de la soberanía.

En fin, puede decirse que existen dos sistemas para ejercer la función legislativa: el directo, en el cual el propio órgano en quien reside la soberanía ejerce la función formuladora del derecho; y el representativo, en el cual ese órgano la ejercita por intermedio de personeros.

Otra función imperativa del Estado es la *jurisdicción*. Tiene por objeto hacer declaraciones válidas en derecho, y provee a la aplicación de las leyes en casos determinados y principalmente en los de conflicto de intereses o de atribuciones.

La función judicial puede ejercerse, lo mismo que la legislativa, directamente por el pueblo o por delegatarios.

Hay autores que opinan que la función jurisdiccional no se distingue substancialmente de la administrativa. Dicen que en el Estado hay sólo dos actividades diferentes: la de hacer las leyes y la de ejecutarlas.

Berthélemy, en su "Tratado Elemental de Derecho Administrativo", página 11, dice: "Hacer las leyes, hacerlas ejecutar, me parecen en buena lógica dos términos entre los cuales, o al lado de los cuales, no hay lugar vacío. El acto particular de "interpretar la ley en caso de conflicto" forma necesariamente parte del acto general "hacer ejecutar la ley".

En cambio, Fritz Fleiner, en la página 6 de su "Derecho Administrativo",



sostiene que existen diferencias entre ambas funciones. Dice: "Mas, para la Justicia—y en esto estriba la diferencia entre ésta y la Administración—su propio fin es la aplicación del Derecho, en tanto que respecto de la Administración, la aplicación del Derecho no es más que el medio para un fin.

La Justicia tiene que establecer en sus sentencias lo que es justo, según la ley vigente, prescindiendo de las consecuencias que resulten para el Estado y partes interesadas. Por el contrario, la Administración tiene que proveer al bien común, y procurar cosas útiles".

El catedrático de la Universidad Nacional de México, Gabino Fraga, Jr., cree que la opinión que sostiene la no diferencia substancial entre la función jurisdiccional y la administrativa "es la que en el momento actual reviste mayor exactitud, pues, por más esfuerzo que se ha hecho en la doctrina, no ha llegado a precisarse el elemento esencial que sirva para distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional".

Don Juan Antonio Iribarren opina que todas las funciones imperativas del Estado se proponen la realización del Derecho. Legislar, ejecutar y juzgar, miran al mismo objetivo. Pero el fin jurídico del Estado no es más que un medio de que éste se vale para dar regularidad a las actividades que conducen a su fin verdadero y supremo: el bienestar público. Por esto es que el profesor afirma la diferencia, *puramente específica*, entre ejecución y jurisdicción. Esta, que es función realizadora del Derecho, como la ejecutiva, se propone, *singularmente*, asegurar, por medio de la sanción, el cumplimiento de la ley que se viola o se desconoce.

El principio de la separación de los poderes—ya envejecido—y la teoría de la separación de funciones—en aplicación actual—más que *circunstancias esenciales* del régimen de Estado son *requisitos de garantía* para asegurar el régimen de la libertad contra las absorciones del absolutismo, que es un constante acumulador de funciones potestativas.

En consecuencia, cabe hacer *diferencia específica* entre ejecución y jurisdicción—por las razones dadas—con declaración de que *ambas tienen por objeto la realización del Derecho* en su aspecto genérico. Aquélla formula el Derecho de manera general y objetiva; ésta lo aplica en caso de conflicto y lo sanciona.

Por último, cuéntase la *administración*, entre las funciones imperativas del Estado. Ella es una función que lleva, más directamente que las otras, a la realización de los fines previstos, porque, tanto la legislación como la jurisdicción, son medios de que se vale el Estado para realizar la Administración en forma legal. Por eso, algunos autores sostienen que el poder que ocupa el centro de actualización en el régimen estadual, es el Ejecutivo, el cual pide normas para su acción a la Legislatura y sanciones o correctivos al Poder Judicial.

Ahora bien, la facultad administrativa, que es vía de realización, importa tanto como decir actividad que el Estado desarrolla para la conservación y perfeccionamiento de su propia vida y la del organismo social. La función administrativa implica la gestión de los intereses públicos. Se ejerce principalmente por el Ejecutivo, que, con más propiedad, debería llamarse poder *administrador*. Este poder actúa por medio del conjunto de personas destinadas a servir de ór-

ganos de cooperación a su actividad, y que son los funcionarios públicos, también denominados gestores de los intereses de la colectividad.

En resumen, las funciones imperativas del Estado son: la legislación, la jurisdicción y la administración. Pasemos ahora a examinar las funciones secundarias, facultativas o derivadas.

Las funciones secundarias arrancan de un grupo de las principales: de las administrativas, y son las que el Estado realiza para perfeccionarse y perfeccionar la vida social. Las funciones secundarias son las administrativas que el Estado ejerce para extender su acción social. Todas ellas juntas dan lugar a lo que se llama la *administración por el Estado*. En realidad, las funciones secundarias son las que se refieren a los "servicios de administración social", como ser: la intervención del Estado en materia de beneficencia, educación, previsión social y la que suele tener en los conflictos que se crean entre el capital y el trabajo.

Las funciones facultativas están determinadas por la serie de actos que el Estado realiza en su política intervencionista o en su acción socializante. Todo depende de la escuela político-social en que se inspiren los gobiernos para orientar su actividad. Mencionaremos las principales escuelas: la individualista, la socialista, la oportunista y la anarquista.

La *escuela individualista* sostiene que el Estado tiene como única misión la garantía del orden social para que los ciudadanos puedan contar con un *mínimo* de posibilidades favorables al desarrollo de sus actividades. El Estado sólo debe intervenir con el objeto de asegurar a todos los individuos la libertad de acción.

Esta escuela toma su denominación del papel que se asigna al individuo como factor del progreso social. El Estado-Gendarme.

La *escuela socialista* dice que el Estado no sólo debe garantizar el orden, sino que debe también realizar todos los asuntos del interés social. La pura gestión individual de los hombres puede perjudicar al conglomerado social; es indispensable la intervención del Estado. Es por eso que la gestión administrativa realizada con criterio socialista abarca un gran número de materias. El Estado-Providencia.

Pero entre las escuelas anteriores, hay una que ocupa el centro, que es el término medio de ambas: *la escuela oportunista o intervencionista*. Se la designa con el nombre de oportunista porque dice que la intervención estadual debe manifestarse en momento oportuno. Sostiene que el Estado no debe declararse en competencia con la acción individual, sino que debe complementarla o suplirla en casos necesarios.

Por último, tenemos la *escuela anarquista*, que parte de la afirmación de que el perfeccionamiento humano va a llegar a tal grado, que no habrá necesidad de órgano regulador alguno, ni de la ley que manda y sanciona. El Estado no ha de intervenir, porque no ha de existir, y no ha de existir porque será innecesario.

Relacionado con este asunto de la esfera de acción, que corresponde al organismo estatal, está el llamado "industrialismo del Estado", que consiste en el hecho de que éste se substituya a los particulares en el ejercicio de las actividades concretas, denominadas industrias. Esta acción supletoria del Estado tiene tres grados: mínimo, medio y máximo.



El industrialismo en grado *mínimo* marca el paso más tímido de la intervención estadual en las industrias. Con ella el Estado sólo pretende cumplir fines elementales. Por eso a esta acción que desarrolla el Estado se la llama industria-servicio. Tiene por objeto satisfacer necesidades generales, sin miras lucrativas y aun, a veces, como sucede con algunos ferrocarriles, con perjuicios económicos para el Estado.

Ejemplo de fin elemental del Estado, sería el establecimiento de medios de comunicación y transporte para el traslado de la gente e intercambio de productos. Para ello, el Estado tiene ferrocarriles, empresas de navegación, etc. Aquí el Estado no persigue ningún fin de lucro, sólo pretende servir al público, su propósito es de bienestar social.

El grado *medio* de industrialismo significa que el Estado establece industrias para aprovisionarse con más regularidad, con productos de mejor calidad y a menor costo. Por ejemplo, el Estado necesita proveer a los establecimientos educacionales de material de enseñanza, y pretende obtenerlo al menor costo posible. Establece, entonces, talleres para fabricar los objetos necesarios, consiguiendo así el abaratamiento que se había propuesto.

El Estado no podría aceptar que los particulares mandasen a fabricar objetos a sus talleres, porque se saldría de su propósito. El Estado no puede substituir totalmente al particular en el ejercicio de tales industrias, porque sería la ruina de la economía privada; entraría en una competencia nefasta para los particulares.

En Chile tenemos ejemplos magníficos del industrialismo en grado medio. Así, hay fábricas de municiones, de calzado, hay maestranzas en que se repara el material de los ferrocarriles, etc. En estas fábricas se han hecho trabajos para particulares; pero no con el objeto de entrar en competencia con las actividades privadas o para obtener un lucro, sino que para incrementar el capital de explotación del establecimiento.

El industrialismo de Estado en grado *máximo* importa la substitución del Estado a los particulares con fines netamente económicos o de lucro. Pero estas ganancias que obtiene no son para atesorarlas, sino para incrementar las rentas públicas y así mejorar los servicios nacionales y el bienestar de sus asociados. El empozamiento de fondos sería perjudicial para la economía del país.

En Chile, tenemos como ejemplo de industrialismo máximo del Estado, la empresa de ferrocarriles del mismo. Para explicar esta idea, vamos a hacer una síntesis de las leyes que organizaron la Empresa de los Ferrocarriles del Estado.

La primera ley ferroviaria tuvo por objeto organizar el servicio con un criterio ausente de unidad administrativa. Cada ramal del ferrocarril tenía su propia superintendencia autónoma.

En 1884 se dicta la segunda ley ferroviaria. Estableció la unidad administrativa en materia de ferrocarriles, en nuestro país. Esta idea de la unidad administrativa se halla concretada en la afirmación de que un mismo servicio o servicios afines deben tener una misma dirección. Se creó un solo organismo directivo, el director general de ferrocarriles, asesorado por un Consejo General de Administración.

Después tenemos la ley de 1907, que cambió el sistema anterior. La dirección del servicio fué encomendada a un individuo técnico con el summum de atribuciones; sólo era controlado por el Gobierno y el Parlamento. Se suprimió, pues, el Consejo General de Administración.

Toda la administración desarrollada a través de estas leyes, fué un fracaso económico.

Viene a continuación la ley de 1914, que establece para los ferrocarriles una administración sui generis. Por obra de esta ley, los ferrocarriles quedaron como un servicio autónomo; tuvieron administración independiente de la administración general del país, presupuesto propio, capacidad suficiente no sólo para costear los servicios de la Empresa, sino que también para obtener un lucro. Se estableció que las ganancias que la Empresa lograra, no podrían acumularse hasta más de 50 millones de pesos. Acumulado este capital—decía la ley—deberá destinarse a construir nuevas estaciones y vías y mejorar en general las condiciones del servicio, para hacerlo más apto a las necesidades del transporte. También se pretendía con ello rebajar las tarifas, con el fin de disminuir el importe de las cosas, ampliar el servicio y subir los salarios a los trabajadores de la Empresa.

Como vemos, los ferrocarriles del Estado cumplen con las condiciones necesarias para poder catalogarlos como industrialismo del Estado en grado máximo: se persigue el lucro, pero para invertirlo en cosas de beneficio público.

Resumamos: las funciones secundarias o facultativas son las que el Estado realiza para perfeccionarse y perfeccionar la vida social. Se llaman facultativas porque no son indispensables: el Estado puede ejercerlas a voluntad. Estas funciones se refieren, en realidad, a los servicios de administración social. Ejemplos: intervención del Estado en materia de beneficencia, educación, etc.

Finalmente, debemos decir, que esta clasificación de funciones, en principales y secundarias, es sólo relativa. Todo depende de la escuela político-social que oriente al Gobierno del Estado. Cuando la política social es amplia, los servicios de asistencia social, por ejemplo, serán funciones imperativas; si la política social es estrecha, sólo serán funciones facultativas. Como vemos, una misma función puede ser imperativa o facultativa.

Los fines del Estado

Hablar de fin, importa hablar del objetivo que una actividad se propone.

El Estado es un ser, como tal vive, y al vivir, ejerce actividades que tienen un fin, el cual consiste en el objetivo propuesto. Pero, es de advertir, que el Estado tiene varios fines: unos mediatos y otro fin último. Los primeros sólo son medios del último, consecutivos de él.

¿Y por qué hay fines mediatos? Porque ellos, considerados como fin, son sólo relativos; no son realización completa de los objetivos que el Estado persigue, efectúan sólo en parte la misión que el Estado se propone. Por eso, en realidad, ellos resultan ser simples medios del llamado fin último o terminal.



Los fines mediatos son: el fin *político*, el *económico* y el *jurídico*. También podríamos agregar el *fin moral*, pero casi no tenemos necesidad de hablar de él, porque en todos los otros debería estar considerado siempre este propósito de que cada uno obre de acuerdo con las reglas del buen vivir.

Autores hay que hacen de los fines otra clasificación. Hablan de fines primarios, secundarios y del fin último. También existen tratadistas que clasifican los fines del Estado en relación con la historia. Así, por ejemplo, se habla del fin en el Estado Antiguo, en el Medioeval y en el Moderno. Por último, otros autores, aplicando un criterio estrecho, circunscriben la acción del Estado a un solo fin, sosteniendo que ese fin es el jurídico; y otros, que es el moral. Algunos contemplan este fin moral desde un punto de vista religioso y otros, desde un punto de vista librepensador. Hegel es uno de los que sostiene la doctrina de la moralidad (*Sittlichkeit*) como fin del Estado.

Creemos que los que afirman que el Estado tiene sólo un fin jurídico, no se equivocan: el Estado nace para imponer reglas de conducta social. Pero éste es un fin de relativo valor.

Holtzendorff afirma que los fines reales del Estado (*die realen Staatszweck*) son tres: 1.º *El poder*, a objeto de mantener su propia existencia, conservar su personalidad internacional y proteger los intereses sociales; 2.º *La libertad individual*. El Estado debe dejar libre acción a los individuos y proteger esta libertad contra sí mismo y contra cualquier otro agente perturbador; 3.º *El bienestar general*, basado en el orden, la libertad y la cooperación; de tal manera que la fuerza del Estado sea imparcial e independiente, amparando al individuo contra la tiranía de la asociación, garantizando el justo ejercicio de la libertad e impulsando el progreso y el perfeccionamiento sociales.

Juan W. Burgess, en la página 104 de su "Ciencia Política y Derecho Constitucional Comparado" (Editorial "La España Moderna"), analiza la doctrina de Holtzendorff y llega a la conclusión de que es confusa e incompleta. En su opinión, el Estado tiene tres fines sucesivos y armónicos: un fin primero, un fin segundo y un fin último.

El fin primero es el Gobierno y la libertad. El fin segundo es el perfeccionamiento del Estado nacional. El fin último es el perfeccionamiento de la civilización universal. Este es el *orden histórico* de los fines del Estado. Dejemos hablar a Burgess: "El Estado debe organizar, ante todo, el Gobierno y la libertad, dando al Gobierno el mayor poder compatible con la mayor libertad del individuo, para que después pueda desenvolverse el genio nacional de los diversos Estados, perfeccionándose y objetivándose en costumbres, leyes e instituciones, y para que, a la postre, desde esas alturas pueda inspeccionarse y delinearse, conocerse y realizarse la civilización universal. Esta enumeración contiene un programa para todas las manifestaciones y productos de la historia del hombre: para el derecho privado y el derecho público interior, para el derecho de gentes, para la guerra y para la paz, para el particularismo nacional y las relaciones universales. Tómense esos fines en su orden histórico, persigáanse por los medios naturales y la humanidad los realizará todos, cada uno a su tiempo. Pero no es posible alterar impunemente ese orden, ni total ni parcialmente. El Estado

que intente organizar la libertad antes que el Gobierno, o el orden universal antes que el orden nacional, se verá amenazado al punto por la disolución y la anarquía. Tendrá, pues, que empezar de "novo", y hacer las cosas de modo y por los trámites que la naturaleza y la historia prescriben".

Analícemos, ahora, la primera clasificación que dimos de los fines del Estado (fines medios, político, jurídico y económico y fin último). Es la que sostiene don Juan Antonio Iribarren.

1.º *Fin político*.—Política quiere decir régimen general para asegurar la felicidad humana. Pero este concepto se confunde con el de policía, expresado por algunos autores de los siglos XVII y XVIII. El fin político se propone el régimen de la sociedad por misión del Estado. Entonces, ¿qué es el fin político? Es la organización de la sociedad para su propio gobierno. Reposa en el hecho de que el Estado, como órgano de regulación social, se organiza para cumplir sus fines.

El Estado, al organizarse, necesita de ciertos elementos indispensables para llenar su cometido. Aquí deberíamos ver todas las formas orgánicas que el Estado adopta, cualquiera que sea el gobierno que se dé. Pero en realidad, todo cuanto se relaciona con la organización política que el Estado se da para su vida interior, pertenece al Derecho Constitucional; y todo lo referente a su vida externa, cae en el dominio del Derecho Internacional.

2.º *Fin jurídico*.—Persigue que el Estado provea a su propio régimen y al de la sociedad, determinando los límites de su capacidad de acción y la de los hombres, para el bien común. En otros términos, podríamos decir que el Estado con el fin jurídico se propone imponer un régimen a su propia acción, a la de los individuos y a la actividad social.

Como vemos, el Estado somete su propia acción a un régimen. Es el Estado de Derecho. Se diferencia éste del Estado absolutista, en el cual el gobernante no tiene límite legal alguno; sólo puede tener limitaciones de hecho. El Estado de hecho constituye el régimen autocrático de gobierno y trae, como consecuencia, la irresponsabilidad de los gobernantes. Esta teoría hállase hoy abandonada por injusta y por haber surgido nuevas teorías que aplican un criterio más ecuánime y más útil.

El fin jurídico del Estado ha servido para el establecimiento de una escuela política: la de los individualistas. Sostiene que la acción del Estado debe limitarse a garantizar la libertad y la organización jurídica de la sociedad. Sus principales propulsores han sido Kant, Fichte y Humboldt.

El régimen que el Estado impone, persiguiendo el fin jurídico, está constituido por un conjunto de normas que se proponen:

- 1.º Determinar la conducta del individuo en el medio social en que vive;
- 2.º Regular la propia conducta del Estado en sus intervenciones;
- 3.º Procurar la conservación social;
- 4.º Dar base suficiente a la paz internacional; y
- 5.º Procurar, si es posible, la armonía universal.

El fin jurídico se realiza mediante las normas. Ellas implican manifestaciones de voluntad. Cuando el Derecho ha adquirido un estado de avance más o



menos determinado, toman la forma de ley, que puede ser *substantial* y *formal*. En sentido formal, es ley toda manifestación de la voluntad soberana expresada en la forma que la Constitución prescribe. Para nuestro Código Civil, la ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. Estas definiciones se refieren a la ley jurídica. Pero en un sentido más amplio, la ley es la norma que rige el fenómeno o la acción.

La definición de nuestro Código Civil es puramente formalista y de contenido; no vierte un concepto objetivo.

Por los efectos que las leyes producen, se clasifican en: imperativas, prohibitivas y permisivas.

La ley *substantial* es aquella que contiene un precepto general y obligatorio, aun cuando no adopte la *forma de ley*. Por eso existen documentos ordenatorios que, a pesar de no tener forma de ley, tienen la misma fuerza que ella. Nos referimos a los decretos reglamentarios, que obligan a todos los individuos por la eficacia constitucional que se les atribuye.

Las normas jurídicas con que el Estado realiza sus fines en Derecho, tienen ciertos caracteres: son coactivas, generales, obligatorias, abstractas y objetivas.

Veamos estos caracteres:

1.º *Coactividad*, porque determinan al individuo a obrar en conformidad con el derecho. Esta determinación puede adoptar dos formas: psíquica y física. La primera obra en el convencimiento para actuar en conformidad a la norma jurídica, formando, lo que pudiéramos llamar, la conciencia para el derecho. Hay pueblos que tienen la necesidad moral de vivir en conformidad al derecho; otros, por el contrario, se rebelan y lo burlan.

La coacción también se expresa en forma física, y significa que cuando el individuo no conforma su conducta al derecho, opera sobre él la compulsión física para determinarlo al cumplimiento. Y esto, porque el Estado, que formula el derecho por medio de sus órganos competentes, garantiza su cumplimiento y se pone en condiciones de hacer respetar, realmente, el imperativo jurídico.

2.º *Generalidad*.—La tendencia de las leyes es prescribir en forma general a todos los individuos sometidos a la soberanía del Estado. Puede aquí repetirse lo que escribía Papiniano: "Lex est comune praeceptum".

Excepcionalmente, hay leyes que afectan a un solo individuo. Pero ellas, en realidad, en el fondo, no son leyes: constituyen, más bien, actos administrativos emitidos en forma de ley. Es el caso de la pensión de gracia que acuerda una ley a los buenos servicios. Lo que hay aquí es un acto administrativo, porque se está declarando una situación jurídica subjetiva en favor del beneficiario.

3.º *Obligatoriedad*.—La ley es obligatoria, o sea, impone al individuo la prestación que ella prescribe, sin más excusas que las que la misma ley franquea. No se puede, ni siquiera, alegar ignorancia de la ley, pasado cierto tiempo que hace presumir su conocimiento. En otras épocas, ciertos individuos podían alegar tal ignorancia. El legislador se puso en el caso de ser la ley realmente descono-

cida por causas relativas al sexo, la naturaleza de las ocupaciones, las circunstancias de la vida: mujeres, militares, labradores, etc.

4.o La ley es *abstracta*. Esto quiere decir que ella rige en principio para casos concretos. Cuando la situación se presenta, la ley sale al encuentro del caso para cubrirlo con su legitimidad, o desconocerlo si es irregular.

5.o *Objetividad*.—Consiste en que los preceptos de la ley no tienen por objeto considerar específicamente situaciones individuales sino situaciones de carácter general que pueden llegar a individualizarse en virtud de la resolución de órgano competente.

Así como la ley impone obligaciones, también otorga derechos, dándole al individuo la facultad de ejercer ciertas prerrogativas en defensa de su honor, de su persona o de sus bienes.

El fin jurídico del Estado produce consecuencias notorias. Una de ellas es la institución de un organismo que tiene por objeto completar la acción de la ley. Este organismo es, por una parte, el encargado de ejercer la jurisdicción y, por otra, el de realizar la ley por la vía ejecutiva. La jurisdicción hace efectiva la garantía que la ley ofrece a los individuos que viven en su conformidad. Si la ley otorga un derecho, ella misma lo defiende, si es violentado.

Ahora bien, la jurisdicción obra imponiendo sanciones a quien viola los derechos otorgados por la ley. En Derecho Civil existe la sanción con su aspecto represivo y remunerativo, o sea, castiga a quien infringe la ley y premia a quien la cumple. En materia penal, la jurisdicción obra imponiendo castigos al delincuente, al individuo que ha cometido un hecho antisocial. Estos castigos los aplica el órgano competente, ya a requerimiento de parte, ya a requerimiento del Ministerio Público.

El régimen jurídico tiene por objeto realizar de manera más eficaz el fin económico y político, dispensando protección legal a los intereses, y ofrecer una franquicia más reguladora al fin moral, como quiera que el Derecho es el *mínimum ético* que una sociedad necesita para subsistir.

6.o *Fin económico*.—Propónese todo aquello que tenga relación con el problema de la riqueza. Se traduce en la protección que el Estado dispensa al incremento y desarrollo de los factores económicos y en la posibilidad de que él mismo tenga capacidad de gastos. Este fin consiste, entonces, en la actividad que el Estado desarrolla para proveer a la defensa de los intereses económicos generales y a la formación de su fondo propio. El primer aspecto es el *económico* propiamente tal, y el segundo, siendo también económico, adopta una denominación especial: *financiero*.

El aspecto económico se refiere, pues, a la actividad que despliega el Estado para fomentar la riqueza y dispensar protección jurídica a los intereses económicos de los individuos y de la Nación. Esta intervención directa o indirecta, en la formación de la riqueza, suele proveer también a la distribución y consumo de la misma.

En el aspecto financiero, el Estado tiene facultad para incorporar a su patrimonio una parte de la riqueza privada, mediante impuestos y contribuciones, con el objeto de formar con ella su capacidad de gastos, para cubrir todos los



que demande la gestión de los intereses públicos. Fuera de este capítulo, la capacidad económica del Estado se determina por los bienes propios que pueda tener. Así, vemos cómo el Estado tiene bienes muebles, meros derechos, bienes inmuebles, etc. Según nuestro Código Civil, el Fisco puede optar a la herencia de una persona cuando no haya heredero de mejor derecho. Todo esto hace ver que el Estado es sujeto de derecho: puede adquirir a título oneroso y gratuito y aun por un procedimiento especial, la "expropiación". Puede administrar su patrimonio y disponer de él, en conformidad a la ley.

El *dominio nacional* está compuesto de dos clases de bienes: *públicos* y *fiscales*. Los primeros son de una naturaleza jurídica especial y los segundos se rigen íntegramente por el Código Civil y las leyes administrativas pertinentes. Los bienes públicos son susceptibles de un acto administrativo que se llama concesión y los bienes fiscales pueden arrendarse. Tenemos, entonces, que los bienes públicos se conceden y los fiscales se arriendan.

Finalmente, el Estado tiene la facultad *dispositiva* o de *disponibilidad*. Para ver cómo el Estado puede ejercer esta prerrogativa, hay que tomar en cuenta la naturaleza de sus bienes. De las rentas, por ejemplo, no puede disponer sin una autorización legal contenida en la Ley de Presupuestos. De los bienes públicos el Estado no puede disponer, porque son inalienables e imprescriptibles; no son objeto de actos o contratos que puedan establecer sobre ellos derechos permanentes. Esto es así, porque, en realidad, el Estado no tiene sobre esta clase de bienes el dominio patrimonial, sino que tiene sólo el "dominio eminente". De ahí que se afirme que el Estado es simple conservador de los bienes públicos. Desempeña el mismo papel que el administrador de bienes ajenos: debe conservarlos, pero no puede disponer de ellos. Excepcionalmente, el Estado se ve obligado a disponer de los bienes públicos, en casos de fuerza mayor, verbigracia, en caso de una conquista de territorio, por causa de guerra; en caso de tratados que estipulen cesiones territoriales.

Con respecto a los bienes fiscales, el Estado puede disponer de ellos en conformidad a las leyes generales. Puede disponer a título oneroso y gratuito, cumpliendo con los requisitos que la Constitución establece y que la ley correspondiente especifica.

En cuanto a los bienes muebles, si hubieren de seguir el principio general, habría que llegar a la conclusión de que el Estado tampoco puede disponer de ellos sino con autorización legislativa, de acuerdo con el artículo de la Constitución que al hablar de "bienes del Estado" no hace diferencia entre aquéllos y los raíces. Pero la práctica administrativa ha hecho posible que el Estado disponga de los bienes muebles sin aquella autorización, llenando sólo las exigencias establecidas por la ley especial sobre la materia que, en su oportunidad, estudiaremos.

Los bienes del Estado *afectos a un servicio público*, son inalienables mientras la afectación dura. Para que la alienabilidad reaparezca, es menester que la autoridad haga una manifestación de voluntad, según la cual el bien se desafecta del objetivo a que estaba destinado. Tal declaración produce el efecto de hacer alienable el bien. Púedese, entonces, disponer de él. Es claro, que en la enaje-



nación deberán cumplirse ciertos requisitos formales (1). No olvidemos que la formalidad es característica esencial en el Derecho Administrativo; en él todos los actos son solemnes. De manera que aquí hay dos cosas: una de estructura o forma y otra interna o de fondo. La manifestación de voluntad ha de hacerse siempre en forma regular por funcionario competente, vale decir, dentro de la esfera de sus atribuciones, sin exceso ni desviación de poder o autoridad.

Una vez que el bien recupera su calidad de alienable, la enajenación debe verificarse en subasta pública, a menos que el acto o contrato por su naturaleza no la admita, como la permuta, la donación.

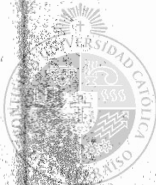
No está demás que advirtamos que es frecuente la confusión entre la "subasta pública" y la "licitación". En la primera, el Estado ofrece; en la segunda, pide. En la subasta, el Estado recibe; en la licitación, paga el valor de las cosas que vende o compra, respectivamente.

Fin moral del Estado.—El fin moral debe ser el resultado y el ingrediente de todos los demás fines. Provee a la bondad de las acciones humanas.

Se propone el acomodamiento de la conducta del individuo a la mente de la sociedad en todo aquello que en una época determinada se considera bueno. El fin moral del Estado es, por esto, variable y relativo: depende él de motivos y circunstancias de ambiente que lo determinan en cada época y en cada tipo de cultura, al través de la historia de la humanidad. Esta opinión se muestra en pugna con la que afirma que la verdad es una sola y que la moral ha de ser absoluta y universal.

Enca
Ladri

(1) Forma es la manera regular cómo se expresa la manifestación de voluntad constitutiva del acto.



CAPÍTULO SEGUNDO

LA ADMINISTRACION Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Vamos a referirnos primero a la Administración, que es la actividad, y después, al Derecho Administrativo, que es el régimen impuesto a la misma.

Sabemos ya que la Administración es una función del Estado, que tiene por objeto el cumplimiento de sus fines. La Administración resume toda la actividad funcional del Estado para la realización de sus objetivos. Ella, como actividad pública, pide a la ley formas legales para su acción y a la judicatura, las sanciones para los que no acomoden su conducta al fin que se persigue.

Administración viene, etimológicamente, de *administratio*, *administrare*, esto quiere decir "servir a alguien". Pero la palabra Administración fuera de este concepto etimológico, tiene otras significaciones. Desde luego, quiere decir *actividad pública*. Además se le da un sentido *subjetivo*. En esta acepción se considera a la Administración como sujeto, como persona. Finalmente, se la considera como disciplina científica, es decir, como *ciencia*. Así, por ejemplo, se dice que la Administración aconseja que el régimen autonómico de un país se funde principalmente en la mayor participación de los ciudadanos en la gestión de los intereses locales. Con esto se quiere significar que la Ciencia de la Administración sustenta tal principio y recomienda su aplicación práctica.

Trataremos cada una de las acepciones de la palabra Administración en párrafo aparte. Veremos a la Administración como actividad, como sujeto y como ciencia.

La Administración como actividad pública se resuelve en una gestión de intereses del Estado, de la sociedad y de los individuos (cuando éstos esperan la ayuda del Estado para desenvolverse mejor). Conserva y perfecciona la organización del Estado y de la sociedad.

La palabra Administración tiene en el Derecho Público un significado muy similar al que tiene la misma palabra en Derecho Civil, lleva envuelta la idea de cuidado, conservación, fomento, tuición, función del buen padre de familia.

La actividad general llamada Administración tiene un contenido que está



compuesto por actos administrativos, actos de administración, hechos administrativos y operaciones administrativas. Aun podríamos integrar el contenido de la Administración con otro componente, con los *actos normativos*, que no son actos de realización, sino manifestaciones de voluntad que se proponen la dictación de reglas abstractas, objetivas, obligatorias y de general aplicación. Pero entonces salta a la vista que los actos normativos no deben ser considerados como actos administrativos, sino como actos de legislación substancial. ¿Por qué el acto normativo es de legislación substancial? Porque prescribe reglas, en diferente forma que el legislador, pero con sus mismas consecuencias, ya que produce sus mismos efectos: crea derechos, impone obligaciones y otorga garantías.

EL ACTO ADMINISTRATIVO

La teoría del acto administrativo deriva de "lo contencioso-administrativo" y éste, a su vez, del "principio de la separación de los poderes".

Existe *lo contencioso-administrativo*, siempre que, con motivo de un acto de la Administración se suscita una controversia entre el afectado por ese acto y la propia Administración. Ejemplo: el Presidente no concede una merced de agua que debió conceder. El perjudicado reclamará de este acto, porque ha visto lesionado un derecho legítimamente adquirido. Surgirá, entonces, un conflicto entre el particular y la autoridad administrativa. Este conflicto se llama "contencioso administrativo". No puede ser llevado ante un tribunal ordinario de justicia, en nuestro país, a menos que una ley expresa así lo disponga. Para resolver estas controversias surgidas entre la Administración y los particulares, la Constitución de 1925 ordena la creación de tribunales administrativos. Aun no han sido creados. En otros países existen desde hace mucho tiempo. En Francia, el Consejo de Estado es tribunal de segunda instancia en la solución de los conflictos que se suscitan entre particulares y la autoridad administrativa. Alemania también ha establecido tribunales de esta naturaleza. Y aun Inglaterra, que en un principio fué gran enemiga de lo contencioso-administrativo, ha terminado por aceptarlo.

El sistema de los tribunales administrativos, consiste en la existencia de una jerarquía de tribunales que forma parte de la organización administrativa y que es por lo mismo completamente distinta de la que forma el Poder Judicial. La organización de los tribunales administrativos ha alcanzado su mayor perfección en Francia.

El principio de la separación de los poderes es aquél en virtud del cual los diversos poderes del Estado deben encontrarse repartidos entre varias autoridades independientes las unas de las otras.

Esta teoría es producto de la filosofía del siglo XVIII. Fué Montesquieu en su famosa obra "El Espíritu de las Leyes" quien mejor la expuso. Pero antes que él, Locke en su "Ensayo sobre el origen, desarrollo y fin del gobierno civil" (1690) había desenvuelto ya una teoría de la separación de los poderes. Según el filósofo inglés, existen tres poderes distintos: el poder federativo o poder



de pactar tratados y hacer la guerra, el poder ejecutivo y el poder legislativo. No considera al poder judicial como un poder distinto, sino que como la prolongación del poder legislativo.

Montesquieu se expresa así: "En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutor de las cosas que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutor de las que caen dentro del derecho civil. Mediante el primero, el príncipe o magistrado hace las leyes, que pueden tener el carácter de transitorias o eternas, y modifica o deroga las ya dictadas. Por el segundo, hace la guerra o la paz, envía y recibe embajadores, mantiene la seguridad, previniendo los ataques externos. Mediante el tercero, castiga los crímenes y resuelve las controversias de los particulares. Este último debe denominarse "poder juzgador"; y el otro, "poder ejecutor del Estado" simplemente.

El fundamento racional de la teoría que ocupa nuestra atención es que, sin la división de los poderes, la libertad política no puede existir en una sociedad.

En efecto, si el poder legislativo y el poder judicial se encontraran radicados en una misma persona o en un mismo cuerpo de personas, la vida y la libertad de los ciudadanos pasarían a ser juguetes de la arbitrariedad, pues el juez sería el mismo legislador. Ahora, si el poder judicial y el poder ejecutivo estuviesen radicados en un mismo ejercitante, el juez tendría todos los caracteres de un opresor o tirano.

No puede haber temor de ningún abuso semejante bajo el régimen de la separación de los poderes, porque, empleando la expresión de Montesquieu, el poder frena al poder.

Así, pues, para la existencia de la libertad es necesario que el poder que dicta la ley, sea distinto del que la hace cumplir y del que la aplica a casos particulares dentro de una generalidad prescrita. De aquí surge la clásica división tripartita de los poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.

Aplicando los principios anteriores, los conflictos en que la Administración participa, deberían ser resueltos por el Poder Judicial. Pero el Poder Ejecutivo sistemáticamente se ha resistido a ser controlado o regulado—por decirlo así—en sus actividades, tanto en los regímenes monárquicos como en los republicanos. De esta resistencia nace la necesidad de crear un órgano especial que dirima estas contiendas también especiales y aparece, entonces, el *tribunal administrativo*. Tiene por misión ocuparse de las reclamaciones formuladas por los particulares en contra de los actos de la autoridad administrativa.

Con respecto a la estructura, o mejor dicho, a las personas que deben integrar estos tribunales, hay discrepancias. Tres diferentes sistemas señalan tres organizaciones distintas:

1.º *Sistema francés*.—Patrocina la integración de estos tribunales por funcionarios de la misma Administración. Esta sería, así, juez y parte en la causa.

La organización de los tribunales administrativos en Francia se inició con el establecimiento del Consejo de Estado y los Consejos de Prefectura. Posteriormente se han agregado otros tribunales de competencia especializada (Corte de Cuentas, Cour des Comptes; Consejos de Instrucción Pública, Conseils d'Instruction Publique, etc.).



2.º *Sistema inglés.*—Sostiene que los mismos tribunales ordinarios deben conocer de lo contencioso administrativo, citándose—eso sí—a un procedimiento especial. Este sistema tiene el inconveniente de que los jueces ordinarios están siempre inclinados a aplicar el criterio del derecho privado, el cual es diferente al que se debe seguir en los asuntos del derecho público.

3.º *Sistema Prusiano.*—Los legisladores alemanes, con visión exacta de los defectos que presentan, los dos sistemas anteriores, han establecido tribunales integrados por personas ajenas a la Administración y al Poder Judicial, pero que son técnicas en la materia. De manera que sus fallos pueden ser buenos y justos, tanto por la independencia de que gozan, como por sus conocimientos sobre los asuntos contencioso-administrativos.

Don Juan Antonio Iribarren opina que éste es el mejor de los tres sistemas, y es el que debería establecerse en Chile.

Para que exista lo contencioso-administrativo es imprescindible la existencia de un acto administrativo que haya dado lugar a la contienda. ¿Y qué es acto administrativo? Para responder a esta pregunta habrá que atender no al órgano que produce el acto, sino a la naturaleza misma de él.

El acto administrativo es un acto jurídico y es especie del género "negocio jurídico".

Se puede caracterizarlo como una *manifestación o declaración de voluntad unilateral, potestativa y ejecutoria*, que tiene por objeto crear, reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva.

Es unilateral, porque sólo interviene la Administración y sólo ella puede producirlo; es, pues, doblemente unilateral. Se dice que es potestativo, porque emana de la Administración, que actúa como poder. Y, finalmente, afirmase que es ejecutorio, porque no necesita de órgano alguno para que se realice. La Administración tiene facultad para declararlo y ejecutarlo. No ocurre lo mismo con otras manifestaciones de voluntad. La demostración está en el juicio ejecutivo. Si una persona tiene una escritura pública en que se le reconocen ciertos derechos, y no le son otorgados, necesitará para hacerlos efectivos, recurrir a un tribunal—siguiendo un juicio ejecutivo—a fin de que ordene el cumplimiento de las obligaciones que tiene la parte contraria. Ahora, si la mentada persona no tiene escritura pública, deberá hacer dos cosas: salir favorecida en un juicio ordinario que declare su derecho, y, después, en un juicio ejecutivo que tiene que seguir si la rebeldía de la otra parte continúa. En el Derecho Administrativo no hay necesidad de todo esto.

Sin embargo, no debe creerse que la ejecutoriedad en el Derecho Administrativo es siempre jurídicamente posible. Para que el acto jurídico sea ejecutable, debe estar abonado de las condiciones de legitimidad. ¿Y cuándo es legítimo un acto administrativo? Cuando tiene a su favor los requisitos de forma y fondo, que son circunstancias determinantes del acto.

El acto administrativo debe ser emitido por *funcionario competente* y con *las formalidades legales*. De manera que para la validez del acto hay que ver la competencia y las solemnidades de que el acto está revestido. Si falta cualquiera de estos requisitos, el acto es ilegítimo y procede de la reclamación contra

él ante el tribunal que señala la ley. El individuo pedirá que el acto ilegítimo contrario a la ley se deje sin aplicación, y como seguramente el juez dirá que no puede oponerse a los efectos de un acto administrativo, el actor pedirá, entonces, que se aplique la ley en vez del acto, cosa que el juez puede hacer.

La *ejecutoriedad* del acto administrativo consiste en que el órgano que lo emite pueda ejecutarlo por sí mismo, sin más trámites y sin la intervención de otro órgano. Es una consecuencia del acto, casi una etapa de su perfeccionamiento para realizarse.

Características del acto administrativo

Para que el acto sea administrativo, *debe ser manifestado por la Administración Pública*, por regla general. Pero esto no es totalmente efectivo: hay actos administrativos que son declarados por otros órganos. Ejemplo: una pensión de gracia otorgada por el Poder Legislativo. Aquí tenemos una manifestación de voluntad, potestativa, unilateral y que le concede a un individuo un derecho determinado, mediante un acto administrativo, emitido por un órgano que no es precisamente la Administración Pública. Esto es así porque hoy en día es imposible hablar de la absoluta separación de los poderes y de la exclusividad de funciones, sólo existe la preponderancia de ellas en cada poder.

El acto administrativo crea, o tiende a crear, modifica, declara o extingue una situación jurídica subjetiva. Si la situación jurídica fuera objetiva, sería ley. Para que cualquiera de las modalidades del acto administrativo se produzca, es indispensable que exista una norma jurídica preexistente. De manera que el acto administrativo se apoya siempre en un acto legislativo anterior, que es para él fundamental. Siempre debe haber una ley en que se apoye el acto administrativo, a menos que la Administración actúe ejerciendo facultades discrecionales.

Veamos qué ha de entenderse por *situación jurídica subjetiva*. Es la posición legal determinada de un sujeto con respecto a otro sujeto, y en algunos casos puede ser relación jurídica que se produce entre un individuo y otro individuo.

No hay que confundir la situación jurídica subjetiva con el derecho subjetivo. Este último implica una facultad para el individuo que es su titular; además, cuando es perfecto, tiene acción. La situación jurídica subjetiva, en cambio, no siempre tiene acción. Ejemplo: Pedro es concesionario de un bien público, y por esta razón su derecho es esencialmente temporal y aleatorio. Es temporal porque ninguna autoridad administrativa puede otorgar derechos sobre un bien público indefinidamente, y es aleatorio, porque depende de una contingencia, la de que el Estado ponga término a la concesión. Si se pusiera fin a la concesión de Pedro antes de que haya usufructuado del bien, no tendría—normalmente—acción para reclamar, por tratarse de un bien público.

Analicemos las modalidades del acto administrativo.

Crea una situación jurídica subjetiva. Valgámonos de un ejemplo para explicar la idea: mediante un decreto—materialización del acto administrativo—se



nombra a un funcionario público. Aquí se crea la situación jurídica de funcionario público. En este ejemplo, previamente a la dictación del decreto debe existir una ley que cree el cargo, porque—según la Constitución Política—sólo en virtud de una ley se puede crear o suprimir empleos públicos; determinar o modificar sus atribuciones; aumentar o disminuir sus dotaciones.

Modifica una situación jurídica subjetiva. Esto quiere decir que había una situación anterior creada y que el acto administrativo viene a cambiar en su naturaleza o en sus consecuencias. Ejemplo: una persona es funcionario público activo, pero por una causa cualquiera se ve imposibilitada para el trabajo; entonces hace uso de su derecho a jubilación. El decreto que otorga la jubilación modifica una situación anterior, porque la persona, de funcionario activo que era, pasa a ser funcionario pasivo.

Declara una situación jurídica subjetiva. El acto administrativo puede ser declaratorio. Pongamos por caso que un profesor universitario que tiene más de 10 años de servicios y más de 62 de edad, habiendo hecho algunas imposiciones a la Caja de Retiro, desee jubilar. Eleva su expediente de retiro y el Presidente de la República dicta un decreto en el que *declara* que el señor N. N. tiene derecho a jubilar con tal pensión. Aquí hay un acto administrativo que declara una situación jurídica subjetiva.

Extingue una situación jurídica subjetiva. Imaginemos—para aclarar esta modalidad—que el profesor de Derecho Administrativo, Juan Antonio Iribarren, tiene una desinteligencia con sus alumnos, que lo imposibilita moralmente para seguir haciendo clases. Presenta su renuncia, y después de los trámites de rigor ante el Consejo Universitario, el Presidente de la República dice:

“Decreto:

Acéptase la renuncia que hace de su empleo el Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile, señor Juan Antonio Iribarren...”

Por un acto administrativo del Presidente de la República quedó extinguida la situación jurídica del mencionado profesor.

En *resumen*, las modalidades de un acto administrativo pueden ser: la creación, la modificación, la declaración o la extinción de una situación jurídica subjetiva.

Requisitos del acto administrativo

Los requisitos del acto administrativo dicen relación con su validez. Son de fondo y de forma. Tanto los unos como los otros son siempre esenciales. En el Derecho Privado no ocurre lo mismo: los requisitos de forma pueden no ser esenciales. De todo lo cual se colige que el acto administrativo requiere mayores exigencias que el acto civil.

En el acto administrativo la formalidad es esencial, porque ella se ha establecido no sólo como garantía indispensable a la naturaleza del acto, sino como garantía del mismo, a fin de que el Estado no se extralimite en sus facultades propias.

Los requisitos de fondo están constituídos principalmente por las atribu-



ciones, las facultades que el órgano tiene para pronunciar el acto, o, en otros términos, los requisitos de fondo contemplan principalmente los atributos de la competencia. No olvidemos que la competencia es al funcionario lo que la soberanía al Estado y la capacidad al individuo. Los requisitos de fondo giran alrededor de la competencia.

Cuando un funcionario público obra con manifiesta incompetencia, el acto administrativo está fundamentalmente viciado, es inexistente. Ejemplo: si el Presidente de la República concede una pensión de gracia. El acto por el cual la otorga no tendría valor alguno, porque—según la Constitución—las pensiones de gracia deben otorgarse por el Congreso.

Un funcionario tiene competencia cuando está dotado de aptitud legal para hacer la manifestación de voluntad que el acto implica.

Ahora bien, ¿cuáles funcionarios son los que tienen competencia para hacer manifestaciones de voluntad? Esto depende de muchas circunstancias generales: del régimen político que impera en el país, del sistema de administración que se establezca y, especialmente, del conjunto de atribuciones que la Constitución y las leyes otorgan a los funcionarios encargados de representar a la Administración, como personas, o de constituir el órgano correspondiente.

Aquí debemos ver el origen de la competencia en los funcionarios. Dos teorías tratan de explicarlo: la teoría del *órgano de Administración* y la teoría de la *representación*.

La primera estima que el hombre que desempeña un cargo público no puede considerarse como un mero elemento del Estado, porque es su personificación misma. El funcionario público, al ejercer sus funciones, no obra como simple mandatario; él constituye el propio órgano del Estado. El funcionario público tiene personalidad y no personería.

La teoría de la representación cree que el origen de la competencia del funcionario arranca del Estado. Es éste quien tiene la personalidad, y el funcionario la personería.

Don Juan Antonio Iribarren se inclina por la primera teoría, porque es la que da al Estado más realidad positiva, y la que, de manera más lógica, explica el fundamento de la responsabilidad del mismo por actos de funcionarios; y la responsabilidad es consecuencia inmediata de la personalidad íntegra.

La competencia es ejercida, normalmente, por el funcionario titular del cargo; pero es posible que haya lo que se llama "el ejercicio indirecto de la función"; esto es, que la competencia pueda ser atribuida accidentalmente a otra persona, en vez del titular. Se presenta, en el caso de la *suplencia*, de la *delegación* y de la *substitución*. También se produce cuando un individuo realiza un negocio en beneficio de la función pública, y en el caso de los funcionarios de hecho (que son aquéllos que no tienen nombramiento legítimo y que por cualquiera causa anormal ejercen alguna función).

Mediante la *suplencia* una persona se hace cargo de cierto puesto, que no ha vacado, pero cuyo titular no puede desempeñarlo por hallarse impedido o suspenso. Ejemplo: el profesor titular de una cátedra se enferma y se nombra un suplente para que lo reemplace durante los días que dura el impedimento.



La *delegación* consiste en el ejercicio accidental de una función por una persona que actúa como delegado del funcionario titular. Es el caso de un funcionario que comete una diligencia propia a otro que es, generalmente, subordinado suyo. Ejemplo: el jefe de un oficina comete una diligencia a su secretario, o da una comisión especial a un funcionario dependiente con poderes bastantes para que actúe en representación suya.

La *substitución* puede presentarse en dos casos: cuando el superior asume la función del subordinado o cuando aquél reeve un acto ejecutado por éste y cuya legitimidad le merece dudas.

Tienen, pues, competencia para hacer manifestaciones de voluntad que importen actos administrativos, todos aquellos funcionarios a quienes *la ley se la atribuye expresamente*. En el Derecho Administrativo, las funciones están siempre regladas, y se ejercen mediante un procedimiento establecido por la ley. Nuestra Constitución Política dice al respecto, en su artículo 4.º, lo siguiente: "Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas, pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que *expresamente se les haya conferido por las leyes*. Todo acto de contravención a este artículo es nulo".

Como regla general, los funcionarios administrativos tienen sus facultades regladas; pero también ejercen algunas que, por diversas circunstancias, no están sometidas a ritualidades. Ellas constituyen la *potestad discrecional* de la Administración.

León Michoud, en su "Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration", define la facultad discrecional como la que tiene la Administración para obrar libremente sin que su conducta esté determinada por la regla de derecho.

No es lo mismo el poder arbitrario que la facultad discrecional, pues ésta—sin importar desviación o usurpación de poderes—se realiza para procurar el fin de la función; aquél representa la voluntad personal del funcionario administrativo y está determinado por sus preferencias, sus pasiones o sus caprichos. El poder arbitrario, lejos de procurar el fin de la función, atenta contra él. Tal sería el caso de un funcionario de la Sanidad pública, por ejemplo, que, en vez de dictar una disposición que acabe con una epidemia, expidiera una orden que produjera el efecto de fomentarla.

Nosotros podríamos decir que *facultad discrecional es aquella que se ejerce, sin necesidad de reglamentación previa, para proveer a una necesidad pública, teniendo siempre en vista el fin que a la función se le atribuye, y para cumplirlo*.

La facultad discrecional se explica y justifica dentro de un régimen de derecho, porque ella contribuye a adaptar las normas legales, siempre abstractas, a las necesidades positivas, cambiantes y con frecuencia imprevisibles, de la vida práctica; porque ella permite a la Administración hacer una apreciación técnica de aquellas necesidades y de los medios que conviene emplear para satisfacerlas, ya que, para el efecto, las autoridades administrativas están mejor preparadas que el Poder Legislativo; y por último, porque mediante dicha facultad se hace posible lograr la aplicación equitativa de la ley, examinando cada caso individual (G. Fraga, Jr., Op. cit., p. 355).



De los tres poderes públicos, el que está menos sujeto a reglamentación es el Ejecutivo, y el más reglamentado es el Judicial. En término medio está el Legislativo, sometido a normas netamente políticas.

La mayor libertad de acción que tiene el Ejecutivo se explica, porque tiene a su cargo una cantidad de funciones que lo obligan a tomar determinaciones de carácter urgente en salvaguardia de los intereses públicos y particulares. Los problemas que soluciona, en estos casos, no admiten, por su mismo carácter, dilación alguna sin que se produzca algún daño grave. Ejemplos: terremotos, incendios, inundaciones u otra calamidad pública.

Existen aún circunstancias especiales en que se llega a autorizar al Poder Ejecutivo para que viole flagrantemente la Constitución, dictando los llamados *decretos de urgencia*. A pesar de que significan un barrenamiento claro de los principios generales de derecho público y un atentado a las garantías individuales, son indispensables y aceptados, porque—como ha dicho la jurisprudencia italiana—“una suprema necesidad de hecho se transforma en una suprema razón de derecho”, o como textualmente dijo la Corte de Casación de Roma, en un considerando de cierta sentencia, “*una invincibile necessità di fatto la quale diventa suprema regione di diritto*”. Los romanos ya habían expresado esta idea en el aforismo: “*Salus populi, suprema lex est*”.

Finalmente, vamos a poner un ejemplo que permitirá distinguir con claridad las facultades regladas de las discrecionales y de la arbitrariedad. Supongamos un examen de cualquiera asignatura. El reglamento sobre la materia ordena a los profesores que interroguen a los alumnos según un programa; pero no les dice que deberán hacer tantas preguntas a cada examinando. Esto dependerá del criterio de los profesores. Además se estatuye—como es lógico—que para pasar al curso superior deban rendirse los exámenes y obtenerse una calificación determinada. En este caso, el profesor debe examinar a los alumnos y expresar la calificación que merecen (facultades regladas). El profesor podrá hacer dos, tres o diez preguntas, según lo estime más conveniente (facultades discrecionales). Si un alumno es reprobado, a pesar de haber rendido un buen examen, quiere decir que nos hallamos en presencia de una arbitrariedad, porque el fin de la función docente es que el alumno adquiera conocimientos. Si los demuestra, debe ser promovido. La reprobación injusta contraría el fin de la función y acusa arbitrariedad en quien la pronuncia.

En resumen, los requisitos de fondo están constituidos, principalmente, por la competencia, que es la aptitud que reconoce la ley a un funcionario para poder hacer la manifestación de voluntad que un acto implica. La competencia puede ser reglada y discrecional. Por regla general es reglada, porque en materia de derecho público ningún funcionario puede ejecutar más atribuciones que las que expresamente le confiere la ley.

Los requisitos de *forma* se refieren a la exteriorización del acto. Constituyen su elemento físico o externo, que sirve para expresar, de un modo material, el elemento psíquico, la manifestación de voluntad.

Hay formas *esenciales* que dicen relación con la existencia del acto; formas *substanciales*, que miran a su validez; y formas *integrales*, referentes a su eficacia.



Si faltan las primeras, no hay acto, el acto es inexistente; si hay ausencia de las segundas, el acto existe, pero es nulo; si faltan las últimas, el acto existe y es válido, pero no tiene eficacia. Un ejemplo proyectará luz sobre estas ideas: la Municipalidad celebra una sesión sin tener aptitud para reunirse, porque no se ha constituido legalmente en sesión ordinaria, ni extraordinaria, ni especial. El acuerdo que tome será considerado, por lo tanto, inexistente. Pero si teniendo aptitud para reunirse, toma un acuerdo por la mayoría de sus miembros concurrentes, en vez de adoptarlo por las tres cuartas partes de los municipales en ejercicio, según prescribe la ley para determinados casos, el acuerdo existe, pero viciado de nulidad. Ahora, si a un individuo lo nombran Contralor de la República y no le comunican el nombramiento, el acto existe y es válido; pero no produce eficacia.

Las formas del acto administrativo pueden ser *anteriores*, *concomitantes* y *posteriores* a la manifestación de voluntad. Las anteriores y las concomitantes son esenciales; las posteriores pueden no serlo, pero pueden perseguir el perfeccionamiento del acto o su realización. Todo esto, podemos verlo en la manifestación de voluntad pronunciada por ese órgano pluripersonal, corporativo y colegiado que se llama Municipalidad. Es pluripersonal, porque está compuesto de varias personas; colegiado, porque lo forman individuos que se encuentran en un mismo pie de igualdad funcional; y es corporativo, porque todos ellos, sumados, constituyen un cuerpo. Además, la Municipalidad es un órgano deliberante, puesto que tiene facultad decisoria y su acuerdo obliga al órgano ejecutivo correspondiente y a las personas sujetas a su jurisdicción. Para funcionar, debe constituirse en sesión y para que ésta se efectúe, es necesario que haya citación (forma anterior al acto). Después que se ha tomado conocimiento de la materia, objeto de la reunión, viene la deliberación y el acuerdo, es decir, la concurrencia legal de votos conformes en una misma opinión. Para que el acuerdo sea válido, la ley exige una mayoría determinada, según los casos (forma concomitante al acto). Cualquiera formalidad anterior o concomitante que falte, vicia el acuerdo de nulidad. Las formalidades posteriores podrían ser las circunstancias de que se lea y apruebe el acta en la sesión siguiente, que sea firmada por el Alcalde y Secretario Municipal, etc., etc. Su ausencia puede viciar o no el acto, según los casos.

Efectos de la infracción a los requisitos del acto administrativo

Cuando se han cumplido los requisitos de fondo y de forma, el acto administrativo es válido y produce plena eficacia. La omisión de cualquiera de ellos, trae, como consecuencia, la inexistencia del acto, o su nulidad, o su anulación. Además, podrían producirse otros efectos: aplicación de medidas disciplinarias al funcionario, perseguimiento de su responsabilidad administrativa, etc. La sanción que se aplique al funcionario puede consistir en la que señale la ley correspondiente o los estatutos administrativos, como ser: amonestación verbal, suspensión del empleo por cierto tiempo, destitución, etc.

Pero estos efectos no dicen relación directa con el acto viciado; no son consecuencias objetivas, sino derivaciones de carácter personal que se traducen en la responsabilidad a que da lugar la comisión de un acto ilegítimo.



De aquí resulta que, fuera de los reactivos jurídicos que se pueden hacer valer contra el acto en sí mismo, cabe emplear acción sancionadora y compensatoria contra el funcionario que lo emitió ilegalmente.

Los funcionarios públicos también pueden incurrir en sanciones penales cuando por omitir formalidades cometen delitos expresamente calificados por el legislador. Pongamos por caso que un individuo es nombrado para desempeñar un cargo público, y la ley exige, entre otras cosas, para que empiece a ejercer sus funciones, el juramento de respetar la Constitución y las leyes y que rinda caución. No cumple estas dos formalidades: ha cometido el delito de anticipación de funciones, previsto y castigado en el artículo 216 del Código Penal, que dice: "El que hubiere entrado a desempeñar un empleo o cargo público sin haber prestado en debida forma el juramento o fianza, o llenado las demás formalidades exigidas por la ley, quedará suspenso del empleo o cargo hasta que cumpla con aquellos requisitos, incurriendo además en una multa de ciento a quinientos pesos".

Los funcionarios públicos pueden cometer otras incorrecciones que llevan consigo sanción penal. De ellas nos ocuparemos al tratar de la responsabilidad criminal de los servidores del Estado.

Finalmente, los funcionarios públicos que hayan ejecutado actos administrativos irregulares, pueden ser objeto de una responsabilidad civil, de la cual nos ocuparemos al hablar de la responsabilidad como principio orgánico del personal administrativo. Sin embargo, podríamos adelantar, desde luego, algunas ideas generales sobre el punto.

Para determinar a quién afecta la responsabilidad consiguiente del acto vicioso, es preciso hacer una clasificación de los actos administrativos en actos serciales, actos personales y actos personalísimos.

a) *Actos serciales o del servicio.*—Son los que el funcionario ejecuta en el ejercicio de sus funciones, en el cumplimiento de sus deberes, sin desviación de poder o usurpación de funciones. Si el funcionario, al ejecutar estos actos causa un daño, la responsabilidad que las teorías modernas aceptan, recae sobre el Estado. No sería justo que el funcionario cargara con ella, porque él obraba cumpliendo una obligación.

b) *Actos personales.*—Son los que ejecuta el funcionario con motivo de la función, pero violando la ley funcional. En este caso, como es justo, la responsabilidad afecta exclusivamente al funcionario, en caso que cause algún daño.

c) *Actos personalísimos.*—Son los que ejecuta el funcionario como simple particular. Si de ellos derivan daños, la responsabilidad recae sobre el hombre.

Efectos de los actos administrativos

Llámanse efectos de los actos administrativos las consecuencias jurídicas y no jurídicas que producen. Pueden ser *directos* o *indirectos*; *mediatos* o *inmediatos*; *previstos* o *imprevistos*.

El principal de todos es el de determinar una *situación jurídica subjetiva*, que puede tener—como ya sabemos—diversas modalidades.



Otro efecto importante de los actos administrativos es su *ejecutoriedad*, que ya la habíamos mencionado como característica de ellos. Consiste en que entre la manifestación de voluntad y su realización, no hay solución de continuidad jurídica.

Ningún otro acto jurídico, ni aun el legislativo, tiene esta característica.

La ejecutoriedad se manifiesta, además, porque opera sin intervención de otro poder y deriva de dos circunstancias: de la naturaleza de las funciones que ejerce la autoridad emisora del acto y del fin propio o característico de la función, esto es, el interés público. Por eso el acto administrativo siempre se actualiza, se transforma en realidad. El interés público no admite dilación, requiere una ejecución inmediata para que sea eficaz.

Pero la ejecutoriedad del acto administrativo también tiene excepciones:

1.º La ejecutoriedad no sigue inmediatamente a la manifestación de voluntad, cuando un precepto expreso de la ley así lo determina, por razones superiores de bien público. Ejemplo: en una ley se establece que, cuando una manifestación de voluntad pueda producir daño, el funcionario tiene facultad para "representar" la orden en vista de las consecuencias que va a producir, mientras el funcionario representado no la reitera. En este caso, como vemos, la ejecutoriedad no sigue inmediatamente a la manifestación de voluntad.

2.º La ejecutoriedad se puede suspender, debido a razones de interés público, por la propia autoridad que emitió la manifestación de voluntad.

3.º La ejecutoriedad se puede suspender por la autoridad encargada de ejecutar el acto y que tiene competencia para reaver su legitimidad. Es el caso, en Chile, de una Asamblea Provincial que dicta una ordenanza contraria a la Constitución y las leyes o al interés público. El Intendente puede representarla a la Municipalidad. La representación produce el efecto de la suspensión; luego la ejecutoriedad no sigue inmediatamente a la manifestación de voluntad.

4.º La ejecutoriedad del acto administrativo no se produce cuando se ejerce el veto suspensivo, el cual hace que el acto no se ejecute mientras no se solucione el conflicto producido y que el veto supone. Así, en el artículo 37 de la Ley de Municipalidades, se autoriza al Intendente para oponer veto suspensivo a una resolución municipal que sea contraria al orden público. Este conflicto entre la Municipalidad y el Intendente, no se resuelve, como en el caso anterior, representando; debe conocer de él el Tribunal de Conflictos que, entre nosotros, es la Asamblea Provincial. Si no existe, entra a actuar el subrogante legal, que es el Intendente. Pero siendo esto imposible, porque el mencionado funcionario sería juez y parte, le toca conocer del asunto al juez letrado correspondiente. Este tiene, entre sus facultades, la de resolver si la Municipalidad se extralimitó en sus atribuciones o si el Intendente carecía de motivo plausible para oponer el veto.

5.º Por último, la ejecutoriedad no sigue inmediatamente a la manifestación de voluntad, cuando se comprueba que va a producir cualquiera de los siguientes efectos o los tres juntos: a) cuando la ejecutoriedad del acto significa la comisión de un delito; b) cuando importa una ilegalidad notoria; y c) cuando la ejecutoriedad del acto lleva como consecuencia inmediata un daño irreparable y grave.



El acto administrativo puede ser atacado en su legitimidad, salvo en las excepciones indicadas, sólo después de haberse ejecutado. Aquí tiene aplicación la fórmula latina que dice: "solve et repetae". Traducida libremente, quiere decir: "pague y después reclame". Ocurre esto principalmente con el pago de las multas. Si el Juez de Policía Local ordena a cierto individuo el pago de una multa, éste no puede reclamar antes de pagarla, porque—y esto viene desde el Derecho Romano—primero está el interés público y después todo lo demás.

¿En qué queda el acto administrativo y su ejecutoriedad, si la autoridad que va a conocer del reclamo contra el pago de una contribución injusta, por ejemplo, da lugar a la reclamación? ¿Significa que el acto perderá su eficacia o será revocado? No, porque la devolución de una contribución no importa la revocación del acto, sino que tiende a reparar la injusticia cometida. Además, la revocabilidad sólo puede decretarla el funcionario que emitió el acto o su superior jerárquico. El órgano que ejerce el control jurisdiccional, no es superior jerárquico del que ejecutó el acto. No podríamos decir, así, que el juez que ordena la devolución de una multa, es superior jerárquico del Alcalde que la impuso. El Alcalde es representante de una función especial y autónoma, y no tiene superior jerárquico. Esto existe únicamente entre los órganos que se instituyen sobre la base de la subordinación personal. Por eso es autónomo el órgano municipal: no tiene superior jerárquico, sólo tiene control o contralor.

Extinción de los actos administrativos

La extinción de los actos administrativos supone la cesación de su existencia. Puede producirse por dos vías: por la de la revocabilidad y por la de la anulación.

La Revocabilidad.—Se produce cuando el acto es dejado sin efecto por la propia autoridad emisora o su superior jerárquico.

Por lo general, los actos administrativos son esencialmente revocables en el hecho y en el derecho. La excepción es que no lo sean. No son revocables, cuando la manifestación de voluntad, que ellos substancialmente implican, crea, reconoce o declara derechos particulares de índole patrimonial. Entonces el acto administrativo es irrevocable, porque tiene la misma fuerza permanente y definitiva de una resolución judicial ejecutoriada, tiene el mérito de la cosa juzgada. Así, por ejemplo, si la autoridad competente declara el derecho a la jubilación de un funcionario, cumpliendo los requisitos de fondo y de forma, la tal manifestación de voluntad queda en calidad de firme e irrevocable. Ninguna ley podría, más tarde, reducir o suprimir la pensión, cualquiera que fuera la penuria de las arcas fiscales. Lo único que se podría hacer sería imponerle una contribución. Todo lo demás sería inconstitucional.

La revocación puede ser hecha de oficio o a petición de parte. Es hecha *de oficio*, cuando el acto es dejado sin efecto por la propia autoridad que lo emitió o su superior jerárquico, en vista de las consecuencias dañosas que va a producir para los intereses públicos o por la ilegalidad que entraña su dictación. Se produce *a petición de parte*, cuando el particular que ha visto lesionados sus intereses solicita a la autoridad competente que deje sin efecto el acto dañino.



Los actos administrativos son esencialmente revocables, porque siempre deben adaptarse al interés público. "Si las autoridades estuvieran ligadas a sus órdenes una vez dictadas—dice Fritz Fleiner—no podrían apartarse de ellas aun cuando el interés público requiriese una regulación diferente; pero una situación que va contra el interés público no puede subsistir ni siquiera un día más. Por esta razón, la autoridad administrativa no puede estar vinculada a sus órdenes como el tribunal al fallo".

La revocación no debe sustituir efectos retroactivos, pues si ella es impuesta por una variación en el interés general, esto supone que en un momento no había incompatibilidad entre ese interés y la subsistencia del acto. (G. Fraga, Jr. D. Administrativo, pág. 423).

La Anulación.—La anulación tiene por objeto dejar sin efecto, retroactivamente, las consecuencias jurídicas de un acto. La anulación se produce cuando se infringen los requisitos de forma o de fondo, cuya omisión no acarrea la nulidad. En estos casos, el acto administrativo, cuya anulación se pretende, es válido para todos, menos para la persona en cuyo beneficio se establece la acción rescisoria.

La anulación da siempre motivo a un juzgamiento y no, como en el caso de la nulidad, a un simple pronunciamiento. Esto quiere decir que debe "conocerse" y "probarse" el asunto que se quiere anular a través de un procedimiento expresamente establecido en la ley, que ha de ser, con toda seguridad, de lato conocimiento.

De manera que la anulación se realiza por medio de un juzgamiento, que supone siempre la vía jurisdiccional y un órgano diferente del emisor; la revocación, en cambio, puede obtenerse siempre por la simple vía administrativa. Ya veremos el tribunal competente para conocer de la anulación y en virtud de qué causas se establece esta competencia.

LOS RECURSOS

El recurso es un medio jurisdiccional que habilita para obtener la enmienda o nulidad de un acto. Dentro de la expresión enmienda cabe la modificación, la aclaración, la complementación y cualquier otro procedimiento que tenga relación con la existencia del acto y que le imprima variaciones en su contenido y en su naturaleza.

El estudio de los recursos legales que se pueden interponer contra la validez del acto administrativo, nos lleva a tratar las potestades de la Administración, que son: potestad imperativa o de mando; potestad correctiva y disciplinaria; potestad ejecutiva (en estricto sentido), y potestad jurisdiccional.

Potestad imperativa o de mando.—Es la facultad que tiene la Administración para dar órdenes y obligar a su cumplimiento. Se ejerce por la vía del derecho y con el empleo de la fuerza pública, o sea, por la coacción legal y por la coacción física, cuando ésta es indispensable a la ejecución de las órdenes.

La potestad imperativa o de mando se exterioriza en forma verbal o escri-



ta. Toda autoridad cauta debe emplear, en el ejercicio de sus funciones, la forma escrita, porque así garantiza de mejor manera la precisión y ejecución de las órdenes, y porque, además, se prepara la prueba de la responsabilidad resultante y su imputabilidad.

Esta potestad puede referirse, o a todos los administrados, o a una parte de ellos, o solamente a los subordinados de la Administración, o a todos en general, incluyendo funcionarios y administrados. Para que produzca el efecto propio a su naturaleza, es necesario que sea ejercida legítimamente, en el fondo y en la forma, y que la orden que la materializa sea notificada a aquéllos que la deben obedecer. Puede ser ejercida de varias maneras: de oficio, cuando se pone en movimiento la facultad administrativa propio del funcionario, espontáneamente, sin requisición personal alguna; a petición de parte, cuando alguien solicita la intervención de la autoridad; en forma verbal, cuando la orden, dada su urgencia, debe ser inmediatamente cumplida; en forma escrita, que es el modo más usado de hacerlo. Se ejerce también la potestad de mando en forma discrecional en casos graves y urgentes, salvo si la disposición legal en que se apoya ordena la observancia de reglas determinadas. Se ejerce en forma reglada cuando la potestad de mando emana de una autoridad legal, sometida, además, en su ejercicio a una ritualidad especial.

Hemos dicho que la orden proveniente del ejercicio de la potestad de mando debe ser notificada a las personas a quienes va a obligar. Esto puede hacerse de las siguientes maneras: a) por la sola publicación de la orden en el "Diario Oficial"; b) por requerimiento personal al que debe obedecer, con exhibición de la orden; c) por bando, que es una notificación de carácter colectivo por medio de la cual los funcionarios o pregoneros especiales llaman la atención del público en una localidad y leen en alta voz la orden en lugares concurridos (1); d) por carteles en que aparece la orden. Hoy en día se emplea esta última forma para llamar a los ciudadanos al servicio militar y para hacer otras notificaciones de carácter general.

Potestad disciplinaria y correctiva.—Constituye el complemento lógico de la potestad imperativa, la cual sin ella carecería de eficacia. Cuando se refiere al poder general que la Administración tiene para *corregir* las infracciones de sus mandatos, lleva el nombre de potestad correctiva; cuando se refiere al poder jerárquico del funcionario superior para castigar las infracciones que cometan los funcionarios que le están subordinados, se llama potestad disciplinaria.

La potestad disciplinaria y la correctiva son sancionadoras: se proponen la corrección de los individuos que infringen la potestad de mando. Pero entre una y otra hay diferencia, pues mediante la primera se sanciona a los *funcionarios dependientes de la Administración*; y mediante la segunda, a los *administrados*.

El ejercicio de la potestad disciplinaria y correctiva no es discrecional; debe estar siempre reglamentado para ofrecer el máximo de garantías a todo el mundo, y porque, en el fondo, importa el ejercicio de una facultad punitiva

(1) Este sistema tuvo mucha aplicación antiguamente, dada la pequeña población de los países o ciudades.



aunque sin carácter criminal, porque las "correcciones" no producen los efectos jurídicos que las penas llevan consigo.

La potestad disciplinaria se encuentra contenida en el Estatuto de los funcionarios; la correctiva, en la naturaleza misma de las funciones y en las leyes orgánicas de cada servicio. De la potestad disciplinaria nos ocuparemos, en detalle, al hablar de la responsabilidad administrativa y al estudiar el estatuto de los funcionarios de la Administración civil del Estado.

La potestad ejecutiva "strictu sensu".—Todas las potestades que hemos estudiado llevan envuelta la idea de "ejecutar", que es propia de la naturaleza misma de la autoridad administrativa; pero hay una *potestad ejecutiva propiamente dicha*, que comprende, en sentido estricto, la actividad de la Administración, o sea, la serie de hechos que puede realizar en el ejercicio de sus funciones, ya sea atendiendo al cumplimiento de lo que ordena la ley o el reglamento, ya sea efectuando la realización de lo que manda, o sancionando lo que deja dispuesto.

La potestad ejecutiva implica una función complejísima. Roeder ha conseguido, en un análisis paciente y concienzudo, reducir la cuestión a unas cuantas afirmaciones concretas.

Para Santamaría de Paredes, tratadista español, la función estrictamente ejecutiva que la Administración realiza, se resuelve en los siguientes elementos:

1.º *Actos de representación*, en los cuales los órganos administrativos personifican y llevan el nombre de la autoridad que ejercen o agrupación que gobiernan, asistiendo a solemnidades, convocando y presidiendo juntas, haciendo nombramientos, celebrando contratos, sosteniendo litigios, etc. Así, por ejemplo, el Alcalde preside las sesiones de las Municipalidades; el Presidente de la República las sesiones del Gabinete, etc.

2.º *Actos de fe pública y registro*, por los cuales se hacen constar hechos sobre el estado o relaciones de personas o cosas, y que son base de reconocimiento y aplicación de derechos (Registro Civil, Notarías, Rol de Empleados Públicos).

3.º *Actos de investigación y clasificación de datos generales* para conocer las necesidades del país (Estadística) y de *información y apreciación en casos concretos* para fundar una resolución o mandato (informaciones, dictámenes, consultas).

4.º *Actos de instrucción, dirección e impulsión* que son aquéllos por los cuales los órganos superiores "ponen en movimiento a sus inferiores y así procuran la acción administrativa", aclarándoles el sentido de las disposiciones que han de aplicar, dándoles órdenes precisas y particulares en cada momento y caso, según las circunstancias, y apremiándoles para el pronto despacho del negocio. La "circular" es la forma que toman los actos de instrucción, dirección e impulsión, cuando el superior se dirige con carácter general a sus inferiores. Estas circulares no obligan a los ciudadanos, los cuales tampoco pueden acudir contra ellas, debiendo esperar a que el *subordinado obre de conformidad* para reclamar contra el acto de éste, si procede. En cuanto a la obligación de cumplirlas por los subordinados a quienes van dirigidas, ha de distinguirse si la circular tiene o no carácter *precisamente imperativo*: de no tenerlo, deben estimarlas como comentarios de la disposición legal de que se trata, aplicándola según su conciencia,



aunque con el cuidado de estar advertidos contra una aplicación que llevase consigo responsabilidad; si la circular *expresa concretamente actos de mando*, ha de ser cumplida bajo la responsabilidad de quien lo ordena y en cuanto le sea debida la obediencia, en virtud de su potestad imperativa y según el grado de subordinación de la jerarquía.

5.o *Actos de vigilancia, comprobación e inspección*.—Se ejecutan, ya en las relaciones de los órganos superiores con los inferiores para saber si cumplen sus deberes, ya en las relaciones de la Administración con los administrados para evitar el mal que pueda ocasionar un hecho de la naturaleza o de los hombres (incendio, inundación, epidemia, crimen), o para procurar pronto remedio y asegurar la acción de las leyes.

6.o *Actos de fuerza*, con los cuales se ejerce de hecho la coacción del Estado, así lucha, combate, detiene, recluye, embarga, destruye, etc. Todo esto lo hace con el Ejército, la Armada, las Cárceles, las Colonias Penales, la policía, las brigadas sanitarias, etc.

7.o *Actos de tutela*.—Se ejecutan, ya por razones de estricto derecho, ya por circunstancias históricas mediante funciones de protectorado y patronato.

8.o *Actos facultativos o técnicos*.—Son aquéllos que desempeña la Administración respecto a los fines históricos y medios de la Nación en que por diversos motivos interviene el Estado para su cumplimiento de hecho. Así, la Administración, enseña, educa, socorre, cura, elabora, edifica, construye, etc.

9.o *Actos de gestión económica*, por los cuales la Administración conserva el patrimonio común, regula sus aprovechamientos, adquiere y aplica los medios materiales del Estado, compra, vende, fomenta, ahorra, cobra, paga, contrata, adeuda, gira, traslada fondos, etc.

10. *Actos de gracia y dispensa*, por los cuales la Administración recompensa servicios, exime del rigor de la ley por circunstancias no previstas, perdona cargas por calamidades públicas, etc.

La potestad jurisdiccional.—Es la aptitud legal que tiene la Administración para rever sus propios actos y calificar su legitimidad. Pero existen países en que la legitimidad de los actos administrativos no es revisada por la propia Administración, sino que por la justicia ordinaria. Son países en que impera el sistema llamado de *jurisdicción única*, que consiste en atribuir al poder judicial la revisión de los actos administrativos. También existen países en que la potestad jurisdiccional es ejercida por el Poder Legislativo, Suiza, por ejemplo.

Con el tiempo, el sistema de jurisdicción única ha sufrido modificaciones por razones técnicas. Los tribunales ordinarios, acostumbrados a resolver asuntos de interés privado, no son suficientemente diestros para resolver los negocios de interés público. No saben aplicarles el criterio conveniente. Se hace necesario entonces el establecimiento de tribunales especiales, administrativos. Así se establece el sistema de *jurisdicción doble*, que supone dos clases de tribunales: unos judiciales, para el conocimiento de las cuestiones civiles del derecho privado, y otros administrativos, para conocer de los asuntos que afectan directamente al interés público, al Estado. Para que una cuestión quede sometida a la jurisdicción administrativa, es necesario que una de las partes sea la Adminis-



tración pública y que ésta actúe como autoridad; porque puede suceder que en un conflicto sea parte la Administración, pero en calidad de sujeto de derecho privado. En tal caso, el asunto debe ser llevado a la jurisdicción civil y no a la administrativa.

La jurisdicción doble se estableció en obediencia a dos razones principales: 1.º *al principio de la separación de los poderes*. M. Vivien decía ante la Asamblea Nacional Francesa, en 1848: "Lo contencioso-administrativo no debe estar sometido a los tribunales ordinarios... Habría, sin duda, peligros para la Administración en someterlo a jueces que no están iniciados en sus necesidades, que se preocupan exclusivamente del derecho privado, y cuya ingerencia en la Administración destruiría el principio básico de la separación de los poderes"; 2.º *al de la separación de las autoridades administrativas y judiciales*. Boulatig-mier exclamaba en la Asamblea Constituyente Francesa, en 1851: "Enviar a los tribunales ordinarios el conocimiento de las acciones entabladas por los particulares contra uno o más actos administrativos, sería subordinar la Administración a la autoridad judicial y arrebatar al Poder Legislativo su derecho a imprimir una política dada al Ejecutivo y de controlar su marcha".

En síntesis, tenemos que la jurisdicción doble supone dos clases de tribunales: unos ordinarios y otros administrativos, destinados, estos últimos, a conocer de los asuntos contencioso-administrativos.

LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Es un sistema y un régimen a la vez. Es un sistema porque constituye un conjunto metódico de principios que informan el ejercicio de la jurisdicción administrativa. Y es un régimen, porque entraña un orden de disposiciones legales para regir los asuntos de derecho público por la vía jurisdiccional.

El sistema de lo contencioso-administrativo se aplica siempre que la Administración actúa en una controversia suscitada por la ejecución de algún acto suyo, emitido en el ejercicio de sus facultades propias, como autoridad. Remarcamos las últimas palabras, porque si la Administración se ve envuelta en un conflicto motivado por un acto que ejecuta como persona jurídica de derechos patrimoniales, no se aplica el sistema de lo contencioso-administrativo. El asunto se entrega lisa y llanamente a los tribunales ordinarios de justicia.

En lo contencioso-administrativo hay tres cosas que estudiar:

- 1.º La organización de los tribunales administrativos;
- 2.º La determinación de la materia contencioso-administrativa; y
- 3.º El procedimiento.

Organización de los tribunales contencioso-administrativos

Ya en la página 29 de estos apuntes señalamos los principales sistemas ideados para organizar los tribunales contencioso-administrativos. Dijimos que eran tres: el francés, el inglés y el prusiano.



Nuestro profesor se pronuncia por el último. Estima que el interés público, puesto en conflicto con el interés individual, está más amparado por el sistema del tribunal especial (sistema prusiano), porque el tribunal ordinario (sistema inglés), procedería con criterio civilista y el tribunal administrativo (sistema francés), podría aplicar un criterio parcial.

El sistema prusiano se ha venido imponiendo en la legislación de los diferentes países. Posiblemente en Chile ocurra otro tanto. Los proyectos, presentados por funcionarios públicos y estudiantes de Derecho, en sus memorias, para organizar los tribunales contencioso-administrativos, hacen concebir esta esperanza.

Un problema delicado que entraña el sistema prusiano, es el relativo a las personas que han de integrar los tribunales. Nosotros creemos que deben elegirse con un riguroso criterio seleccionador. Podrían sacarse, por ejemplo, de entre profesores universitarios, abogados que hayan servido en el Consejo de Defensa Fiscal, hombres que hayan prestado servicios en la Contraloría General de la República, etc.

Determinación de la materia contencioso-administrativa

La materia contencioso-administrativa tiene los siguientes caracteres:

1.º Importa una contienda entablada entre la Administración y los particulares;

2.º En ella se discute la eficacia jurídica-legal de una resolución administrativa;

3.º La contienda puede versar:

a) Sobre la vulneración de un derecho de carácter administrativo anteriormente reconocido por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo (contencioso subjetivo);

b) Sobre si la Administración adoptó la resolución reclamada *dentro de su competencia*, es decir, dentro de sus facultades, y para el fin que le fueron conferidas (contencioso objetivo).

En el caso a) lo único que tiene que hacer el tribunal ante quien se lleva la contienda, es declarar sencillamente el derecho administrativo reclamado. Esto sucederá, es claro, si el particular tiene la razón.

En el caso b) el tribunal debe anular la resolución ilegal.

Ahora, para que la reclamación proceda, es necesario que se trate:

a) De una resolución definitiva o firme;

b) Que ésta haya sido adoptada en el ejercicio de facultades regladas (no discrecionales, porque lo que se ataca es su ilegalidad).

c) Que la decisión vulnere un derecho administrativo particular, preexistente, reconocido por la ley, un reglamento u otro precepto administrativo, a menos que la ley confiera *acción popular* para reclamar de la decisión administrativa. impersonal, y en este caso el recurso sería contencioso objetivo.

Según la letra b), ¿lo contencioso-administrativo no existe cuando el acto administrativo se cumple en virtud de facultades discrecionales? También puede



existir. Los actos discrecionales están en el fondo reglados. Lo discrecional se determina por el fin: si éste es contrario al bien público, no hay facultad discrecional, sino simplemente hay arbitrariedad. En tal caso, procedería el recurso de abuso o desviación de poder.

Dijimos que para que la reclamación proceda es menester que se trate de una resolución definitiva o firme. Esto quiere decir que la resolución sea, en realidad, la última palabra de la Administración, que no admita ningún otro recurso. Porque si lo admite (por ejemplo, el recurso jerárquico) para buscar su anulación, entonces aun no procede el recurso contencioso-administrativo. Por esto, es indispensable que se trate de una resolución ejecutoriada, que ya no admite ningún otro recurso; es menester que haya *causado estado*, como dicen los autores españoles.

En lo contencioso-objetivo procede la acción de *nulidad de la resolución*. Y ya se admite—en Francia, por ejemplo—no sólo respecto de las resoluciones aisladas, sino que también respecto de las reglas de general aplicación, como los reglamentos; usando no solamente de un recurso de *inaplicabilidad* a caso determinado, sino de un recurso de nulidad general (recurso de inconstitucionalidad) y abstracta del reglamento atacado de ilegitimidad por vicio de *fondo* o *forma*, *abuso* o *desviación de poder*; *incompetencia fundamental*, en todo caso, como quiera que la incompetencia afecta a la capacidad y la incapacidad produce la nulidad, no solamente la anulación. En materia de derecho público, no olvidemos, la nulidad debe ser siempre absoluta.

En suma: el recurso contencioso-subjetivo tiene como finalidad el reconocimiento de un derecho administrativo en favor *personal* del reclamante; el recurso contencioso-objetivo, verdadera "fiscalización jurisdiccional", busca la nulidad de una resolución de carácter general por ser ilegítima y contraria al *interés público*.

El primer recurso se llama de "plena jurisdicción", porque juzga de la legalidad de la resolución reclamada y declara, además, el derecho que se invoca, anulando el acto que lo violó o desconoció y obligando a restituir, a pagar o a indemnizar, según los casos.

El segundo busca solamente la *anulación del acto reclamado*, impone la *simple retractación*, a fin de que no se dañen derechos o intereses con su mantenimiento, procurando, como efecto general, la *regularidad de las resoluciones administrativas* y una *garantía de su legitimidad*, en interés del ejercicio correcto de las facultades de la Administración. Importa, en el fondo, un verdadero control funcional. Se denomina "recurso contencioso de anulación".

En fin, esta cuestión de la materia contencioso-administrativa, es de sumo interés. Sería útil echar una ligera ojeada a la legislación de algunos países para mejor conocer y comprender el punto. Pero, a falta de tiempo, contentémonos con Francia, país clásico de lo contencioso. Allí la materia contencioso-administrativa comprende cuatro ramas distintas:

1.ª Lo contencioso propiamente dicho, "contencioso de plena jurisdicción", que confiere al tribunal administrativo el poder de examinar el asunto en el fon-



do, así en cuanto al hecho como en cuanto al derecho, y, si a ello hubiere lugar, el de substituir la resolución recurrida por otra nueva.

2.a El recurso por incompetencia o abuso de poder, "contencioso de anulación", que atribuye al tribunal solamente el poder de anular el acto administrativo, si se probase su ilegalidad, pero sin declarar en su lugar la norma aplicable.

Estableció el recurso por abuso de poder una ley de 1872, pero desde mucho antes lo venía sancionando la jurisprudencia del Consejo de Estado. En su desarrollo ha dado origen a otro recurso: el de *desviación de poder*, que procede cuando un agente usa de sus facultades en casos o para motivos diferentes de aquéllos para los cuales se le concedieron, y que responde a un criterio similar al del abuso de derecho civil. No se da contra las leyes ni contra los actos de gobierno, pero la jurisprudencia del Consejo de Estado lo ha admitido contra los *reglamentos generales*.

3.a El recurso de interpretación, "contencioso de interpretación", según el cual el tribunal administrativo tiene únicamente el poder de fijar el sentido y determinar el alcance del acto administrativo.

4.a El recurso contencioso *de represión*, que faculta al tribunal administrativo para imponer penas contra los que atenten a la integridad o al destino legal de los caminos públicos (L. Calvo Sotelo, Derecho Político y Administrativo. 1927. Págs. 182 y 183).

El procedimiento

Procedimiento contencioso-administrativo es el conjunto de actuaciones que tienen por objeto el conocimiento, la discusión, el fallo y ejecución de los asuntos contencioso-administrativos.

Nosotros no podemos dar aquí normas legales, porque no tenemos ley que organice esto de lo contencioso-administrativo. No existen sino proyectos. Podemos exponer, sí, teorías, opiniones, afirmaciones doctrinarias.

El procedimiento contencioso-administrativo debe estar regido por normas generales del juicio ordinario, simplificándolas, en lo posible, e imprimiéndoles las *modalidades* propias a la naturaleza especial del recurso.

Si se aplican las reglas del juicio ordinario, el procedimiento debe ser por escrito y no verbal. Así hay mayores garantías de seriedad y de justicia.

En lo posible debe ser gratuito, salvo si se trata de la condenación en costas al reclamante *temerario*, esto es, el actor que entabla una acusación o demanda manifiestamente injusta y sin fundarla en ningún argumento legítimo, ni siquiera en el de la buena fe.

En cuanto a las instancias, hay dos sistemas: uno, establecido en Austria, Japón y provincia de Buenos Aires, Argentina, que preconiza la implantación de una sola instancia; y otro, establecido en Francia, España y Alemania, que aboga por el establecimiento de dos instancias.

Don Juan Antonio Iribarren se inclina por el último sistema, porque garantiza más el control jurisdiccional de los actos administrativos. Cree, además,



que en aquellos países en que se establece el sistema de la única instancia, es conveniente establecer un recurso especial de *casación* o revisión, según la categoría de la autoridad o del acto reclamado. No olvidemos que los recursos extraordinarios no constituyen nueva instancia. Se establecen en interés directo de la ley y sólo consecuencialmente en el de las partes litigantes.

En los casos en que se adopta el sistema doble, no es conveniente establecer un recurso extraordinario, no porque fuera inútil, sino por el temor de que el procedimiento se alargue demasiado y la justicia resulte tardía y por consiguiente inútil.

El procedimiento debe estar revestido de sencillez en las ritualidades. Es conveniente que sea rápido, sin favorecer la *improvisación*, enemiga de la justicia, la cual debe ser un poco parsimoniosa, pero no tanto que llegue a ser lenta. Las resoluciones judiciales deben ser *oportunas* para que no resulten ineficaces y perjudiciales.

Efectos de los recursos

La instauración del recurso no debe impedir la ejecución del acto reclamado, porque las resoluciones administrativas son esencialmente *ejecutorias*. Sólo en caso de que se trate de actos que puedan causar daños graves e irreparables, debe suspenderse la ejecución. En todo caso, si la ejecución transitoria del acto, que es aquélla que se realiza después de entablada la reclamación, produce daño, debe ser reparado.

Las resoluciones que pronuncia el tribunal contencioso-administrativo, son sentencias y, por lo tanto, cuando están firmes producen *cosa juzgada*. Esta se produce sólo en favor del recurrente en el caso del recurso de *plena jurisdicción*. Pero cuando el recurso que se entabla es *objetivo*, la *cosa juzgada* es "erga omnes", o sea, produce efecto general: declarada la nulidad, el acto es nulo para todos; declarada la validez, el acto es válido, sin excepción.

LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN CHILE

Puede decirse que lo contencioso-administrativo empieza en Chile con la Constitución de 1828. El régimen español del coloniaje no admitía recursos contra los actos de la Administración, dado el carácter patrimonial de los dominios indios, dependientes de la corona de Castilla.

La Constitución mencionada, en su artículo 96, colocado en el capítulo IX, intitulado del *Poder Judicial*, otorgaba, entre otras atribuciones, a la Corte Suprema, la de "conocer y juzgar de los juicios contenciosos que resulten de los *contratos* celebrados por el Gobierno o por los agentes de éste".

Del precepto constitucional transcrito se colige: 1.º el legislador se inclina por el sistema de la jurisdicción única; y 2.º reconoce que los juicios en que es parte el Gobierno, son de una naturaleza especial y los entrega, por lo tanto, a un tribunal de superior jerarquía, como es la Corte Suprema.



En la Constitución de 1833, el artículo 104, N.º 7.º (texto primitivo), encargaba al Consejo de Estado "resolver las disputas que se suscitaren sobre *contratos* o *negociaciones* celebrados por el Gobierno y sus agentes".

Esta disposición adhiere, en parte, a la de la Constitución de 1828, y en parte, se separa. Reconoce la singularidad del juicio; pero establece la jurisdicción doble, dándole un tribunal propio, el Consejo de Estado.

Los constituyentes del 33 mantuvieron, pues, el principio de la Constitución del año 28, en lo referente a la especialidad de lo contencioso-administrativo; mas, quedó establecido, en forma poco precisa. No se dejó en claro si el Consejo de Estado iba a conocer sólo de los contratos de *obras públicas* en que el Gobierno o sus agentes fueran parte, o de aquéllos en que obraran como sujetos de derecho privado. ¿Era competente el Consejo de Estado para conocer de un juicio derivado de un contrato de arrendamiento para local de una escuela, por ejemplo?

"Si el espíritu de la Constitución del 33—dice el autor de una buena memoria de licenciatura—fué atribuir competencia al Consejo de Estado para conocer de las contiendas referentes a contratos de obras públicas solamente, el antiguo precepto constitucional habría expresado uno de los principios que suele aceptar la doctrina moderna, que considera incluida esa clase de contratos en el campo de lo contencioso-administrativo.

Si el pensamiento del legislador fué abarcar también los otros contratos indicados, no podríamos decir que estuvo igualmente acertado. Las disputas entre la Administración y los particulares, nacidas de contratos, en los cuales aquella obra como sujeto de derechos privados, caben, según opinión de la mayoría en la competencia de los tribunales ordinarios.

Y puede comprenderse, en efecto, el error que habría significado dar atribuciones de jueces comunes a una entidad como el Consejo de Estado, que era un cuerpo integrante del Poder Ejecutivo".

Entre 1833 y 1874, se dictaron algunas leyes que crearon tribunales con facultades para resolver conflictos de carácter contencioso-administrativo. Merecen citarse, especialmente, la *Ley de Vialidad General* de 17 de diciembre de 1842, que rigió, con modificaciones, hasta 1920, fecha en que se promulgó la *Ley de Caminos*; y la *Ley de Aduanas*, de 1851, que creó la *Junta de Comisos*.

La *Ley de Vialidad General* establece dos clases de tribunales: uno, de primera instancia, servido por los *Gobernadores*, y otro, de segunda, servido por la *Junta Provincial de Caminos*. Los *Gobernadores* tenían atribuciones para conocer y juzgar de las disputas de los particulares entre sí, o entre éstos y la autoridad pública, relacionadas con los caminos. De las sentencias de los *Gobernadores*, se apelaba ante la *Junta Provincial de Caminos*, formada por el Intendente de la Provincial, el Alcalde del departamento cabecera de provincia y un agrimensor designado por el Presidente de la República.

La *Ley de Aduanas* de 1851, creó la *Junta de Comisos*. Esta se componía del juez letrado, del jefe de la aduana, del juez de comercio y de un oficial de fe pública. Funcionaba en los puertos más importantes y resolvía las contiendas entabladas por las aduanas o contra ellas.



Estas leyes especiales y todo sistema contencioso-administrativo fueron abolidos por las reformas introducidas a la Constitución en 1874, época en que era Presidente de la República Errázuriz Zañartu, y por la Ley Orgánica de Tribunales del año siguiente.

Desde luego, el N.º 7.º del artículo 104, que sometía al veredicto del Consejo de Estado las contiendas originadas en contratos o negociaciones celebrados por el Gobierno, fué derogado. Con esto se ve claramente el propósito de eliminar, por completo, lo contencioso-administrativo.

Los reformadores de aquel entonces redactaron definitivamente el artículo 108 de la Constitución, demostrando en forma nítida sus tendencias con respecto a lo contencioso-administrativo. El artículo 108, después 99, quedó redactado así: "La facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece *exclusivamente* a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Congreso, ni el Presidente de la República pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, o avocarse causas pendientes, o hacer revivir procesos fenecidos".

La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales confirma el precepto constitucional con el artículo 1.º: "La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece *exclusivamente a los tribunales que establece la ley*".

La aprobación de todas estas disposiciones acarreó la desaparición de todos los tribunales especiales incluso la Junta de Comisos, y los que creaba la Ley de Vialidad General del año 42. Desaparece, pues, la doble jurisdicción.

"Con esta situación quedaron—dice otra interesante memoria de prueba—*fuera de la ley todas las cuestiones de lo contencioso-administrativo, por no ser ni civiles ni criminales*; y aun más, prohibió al Poder Judicial inmiscuirse en las resoluciones de la autoridad administrativa, bajo las sanciones que indica el artículo 222 del Código Penal. Ello importó una verdadera *denegación de justicia*, y los derechos de los servidores públicos quedaron a merced de la voluntad de la Administración.

La afirmación que hacemos se comprueba:

1.º Por la redacción misma del artículo 4.º de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, que prohíbe al Poder Judicial "mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y, en general, ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes";

2.º Por la discusión habida en el Congreso, al aprobarse el anterior artículo, en que muchos demostraron el *vacío que se iba a dejar*, quedando en manos de las autoridades administrativas derechos sagrados de los ciudadanos, muchos de los cuales eran servidores públicos;

3.º Por innumerables sentencias de los tribunales de justicia, en que se declaran *incompetentes*, para conocer de esas reclamaciones; y

4.º Por la necesidad de dictar después varias leyes, que determinaban qué tribunales especiales debían conocer de materias que en virtud de las disposiciones vigentes quedaban fuera de la competencia de los tribunales de justicia, por ejemplo, reclamaciones electorales, etc.

En esta clase de asuntos contencioso-administrativos, *las puertas estaban*



cerradas para toda reclamación, y los particulares, frente a la Administración quedaban en una situación muy inferior a la que gozan en otros países en que existe jurisdicción administrativa. Situación, por lo demás, injusta, que importa, según antes lo indicamos, una monstruosa denegación de justicia.

El proyecto de *Código Orgánico* de 1902, procurando remediar este incalificable vacío, dispuso que el Poder Judicial podía conocer de las causas que promovieran contra el Fisco las personas que aleguen estar lesionadas en sus derechos, por resoluciones que diere el Presidente de la República, en aquellos casos en que, según la Constitución, debe proceder en conformidad a las leyes que se originen de actos en que la autoridad administrativa obre como representante del Estado. Estableció, pues, la *jurisdicción única*, ya que entregaba al Poder Judicial el conocimiento de las cuestiones administrativas”.

Pasemos, ahora, a estudiar lo *contencioso-administrativo en la Constitución de 1925*.

El artículo 87 de la actual Constitución dice: “Habrán Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley”.

Esta disposición tuvo por objeto llenar el vacío dejado por la legislación anterior sobre protección de los intereses contra actos arbitrarios de la Administración, que no tenían correctivo jurídico alguno después de la reforma constitucional de 1874 y de las leyes que se dictaron en su conformidad: Ley Orgánica de Tribunales, artículos 1.º y 4.º; Código Penal, artículo 222.

Examinemos el contenido del artículo 87.

Empieza por decir: *Habrán Tribunales Administrativos*. Se establece, en consecuencia, la *jurisdicción doble*. Al emplear el número plural, da a entender que se pueden establecer varios tribunales, tantos cuantos exija la necesidad pública, con dos instancias y tribunales superiores para conocer de recursos extraordinarios, como los de “casación” y “revisión”. Finalmente, la frase que comentamos deroga en forma expresa el sistema judicial juro, tan fuertemente establecido por la Ley Orgánica de Tribunales, en sus artículos 1.º, 4.º y 5.º

Formados con miembros permanentes.—En el debate habido en la Subcomisión de Reformas Constitucionales, quedó establecido el significado de la expresión “permanente”. Ella confiere a los jueces administrativos la misma inamovilidad de los miembros del Poder Judicial, esto es, no pueden ser separados de sus funciones mientras tengan el buen comportamiento que exige la Constitución.

La frase que estamos comentando les da a los jueces administrativos independencia, asegurándoles la permanencia condicional, tan necesaria a la seriedad de las resoluciones judiciales. También asegura la experiencia de los jueces administrativos. Aun más, hace posible la unificación de la jurisprudencia.

Para “resolver”. . . Esta palabra nos dice que los tribunales administrativos tienen facultades decisorias y no meramente consultivas o sometidas a algún



otro trámite de validez. Sus resoluciones producen todos los efectos de las sentencias de término.

Los tribunales administrativos, tienen, como se desprende de la palabra que analizamos, jurisdicción completa, o sea, *conocen, resuelven y ejecutan* el asunto que se les somete.

Las "reclamaciones" que se interpongan. Aquí se creó el medio de las "reclamaciones" que no son demandas ni acusaciones, y que ofrecen un ancho margen a la iniciativa de los particulares para acudir en *amparo* de sus derechos e intereses. Por medio de ellas se pide la modificación o revocación de una resolución que se considera perjudicial.

Contra los actos o disposiciones arbitrarias. En esta frase debemos considerar tres cosas: actos, disposiciones y arbitrariedad que puede o no existir. La expresión "actos" implica manifestación de voluntad, que puede ser unilateral o bilateral. Por consiguiente, la reclamación procede contra toda manifestación de voluntad ilegítima que se produzca por parte de la Administración.

La palabra "disposiciones" nos indica que el reclamo procede sólo cuando la Administración ha procedido en el ejercicio de sus facultades *regladas*. Tal se infiere de la historia fidedigna del precepto. En su primitiva redacción decía: "Los tribunales administrativos tienen por objeto amparar a los individuos contra las *ordenanzas* y disposiciones arbitrarias de las autoridades...". En consecuencia, procede la reclamación aun contra los reglamentos ilegales que dicte el Presidente de la República y cualquiera otra autoridad política o administrativa competente.

La reforma es, pues, de una amplitud magnífica y coloca a la autoridad pública en la necesidad de actuar con más tino frente a las facultades que los particulares pueden ejercitar contra sus actos.

Esta disposición constitucional tiene la importancia de establecer una vía franca y directa para reclamar objetivamente de actos y disposiciones ilegítimos. No busca la responsabilidad personal del funcionario, derivada del acto ilegal, sino que permite atacar inmediatamente al acto mismo, en su naturaleza y contenido, para buscar o su *revocación* o su *anulación*, por la vía jerárquica, o por la jurisdiccional, según corresponda.

Antes de seguir adelante, debemos decir que el hecho de que la Constitución haya atribuido tanta importancia a los tribunales contencioso-administrativos, es una gran conquista democrática. Es un caso de *autolimitación* del Poder Ejecutivo, encargado preponderante de la Administración. Representa un típico ejemplo del *Estado de Derecho*.

La institución del tribunal administrativo tiene tanta importancia política como el *referéndum* y el *recurso de inconstitucionalidad* en materia legislativa y como los *recursos extraordinarios* en materia judicial, especialmente el de *revisión*, pues importa el examen de todo acto, venga de donde viniera, con la alta mira de velar objetivamente por la legalidad y el correcto ejercicio de las funciones públicas.

Examinemos, ahora, la palabra *arbitrarios*, calificativo amplio que contiene la idea fundamental de la institución de los tribunales administrativos.



Es arbitrario todo aquello que es contrario a la justicia, la razón o la ley; obra del capricho, del mero arbitrio o de una voluntad sin disciplina. Ejemplos: exceso, usurpación y desviación de poder. Por consiguiente, lo arbitrario cabe tanto en el ejercicio de las facultades regladas como en el de las discrecionales, y se podrá intentar reclamación contra un acto verificado en el ejercicio de cualquiera de las facultades. Pero hay quienes estiman que no se puede intentar reclamación en contra de un acto emanado del ejercicio de las facultades discrecionales. Así, dice un autor: "Ya dijimos, al tratar del concepto de lo contencioso-administrativo, que los recursos se pueden interponer únicamente en contra de actos de la Administración, emanados del ejercicio de facultades regladas, entendiéndose por éstas aquéllas en las cuales la manera de obrar de la autoridad está determinada específica y concretamente por la ley, el reglamento u otro precepto administrativo".

"Esto nos indica que por actos o disposiciones arbitrarias, en el sentido usado por la Constitución, deben entenderse los actos o disposiciones ejecutados o dictados en contravención a preceptos de las leyes o reglamentos, desde que los actos discrecionales de la Administración no son, en general, susceptibles de recursos contenciosos".

"A estas mismas conclusiones, derivadas de los principios doctrinarios, conduce la lectura de las opiniones manifestadas en el seno de la Subcomisión de Reformas".

"El señor Torreblanca (secretario de la Subcomisión), citando algunos ejemplos, dijo: "En el caso de una jubilación, de una renovación de una sociedad anónima y todos los actos del Presidente de la República *que deben ejecutarse de acuerdo con los requisitos establecidos por la ley...*".

"Todo esto lleva a la conclusión de que lo contencioso-administrativo, de acuerdo con lo expuesto en la Subcomisión de Reformas, cabe en todo acto o disposición que signifique *el incumplimiento de obligaciones* impuestas por la ley a la Administración".

Sin embargo, como hemos dicho, nosotros creemos que en doctrina se puede sostener que procede reclamación contra un acto emanado del ejercicio de facultades discrecionales, porque, si bien es cierto que la "discrecionalidad" supone ausencia de reglamentos, también es cierto que no implica arbitrariedad. Mediante las facultades discrecionales, a los funcionarios públicos no se les señala caminos para llegar al fin que se persigue, ellos son libres de seguir el que quieran, pero deben llegar al fin, porque éste queda expresamente determinado. Si el funcionario público ejerce la facultad discrecional y se desvía del fin o contraría el que se busca, la discreción se transforma en arbitrariedad, y es lógico y justo que el acto merezca una corrección y el funcionario sea responsable.

En consecuencia, y suponiendo, como debemos suponer, que el constituyente ha elegido la palabra "arbitrarios" sabiendo su verdadero significado, que es el que le hemos dado nosotros, podemos llegar a la siguiente conclusión: Las reclamaciones podrán entablarse en los siguientes casos generales:

1.º Cuando *se viola un derecho subjetivo* de un particular o un funcionario. Ejemplos: Se deniega una merced de agua que se debió conceder, por reunir los



requisitos legales, al agricultor que la solicita en forma. El Presidente de la República no reconoce el derecho a jubilación a un funcionario público que tiene todos los requisitos cumplidos;

2.o Cuando hay infracción de las leyes que rigen la *competencia*, es decir, cuando el funcionario ejecuta el acto fuera de los límites de sus atribuciones, "ultra vires" (más allá de la competencia);

3.o Cuando el acto ha sido expedido con violación de los requisitos de *forma*, que en materia administrativa son esenciales, debido, tanto a la naturaleza del acto y a las consecuencias que éste va a producir, como al papel de guardadores de la legitimidad del acto, que tales requisitos desempeñan;

4.o Cuando el acto se expide con violación de la *ritualidad del procedimiento*, según el cual el acto debe cumplirse o ejecutarse;

5.o Cuando el acto ha sido expedido con violación del *derecho objetivo* a que debe ceñirse;

6.o Cuando se expide el acto con manifiesta *desviación de poder*, *usurpación de atribuciones o funciones*, o con *exceso de poder*. La usurpación de *funciones* consiste en que un funcionario se atribuye las que no tiene y que corresponden a otro órgano. Ejemplo: un funcionario judicial se atribuye funciones administrativas. La usurpación de *atribuciones* supone que un funcionario tiene las que regularmente corresponden a su cargo, y las rebalsa, ejerciendo las que son de la competencia de otro funcionario del mismo ramo. Ejemplo: un juez de distrito que conoce de un asunto de sesenta pesos. En este caso, el indicado funcionario rebalsaría su competencia, pues, como sabemos, sólo puede conocer de asuntos hasta de cincuenta pesos. En los dos ejemplos expuestos cabría el llamado "recurso por exceso de poder".

Por último, y en síntesis, podemos decir que se pueden entablar todas las reclamaciones que tengan por objeto la defensa completa del derecho subjetivo y de la legalidad funcional y objetiva, que tan alto desarrollo ha alcanzado en algunos países cultos, y sobre todo en Francia, principalmente al través de la jurisprudencia uniforme del Consejo de Estado.

Sigamos con el examen de la frase. El antiguo profesor de nuestra Facultad, don José Guillermo Guerra, en su obra "La Constitución de 1925" cree que la palabra "arbitrarias" está mal empleada, porque piensa que el acto o disposición de que se reclame, bien puede que resulten no ser arbitrarios. Estima que sería conveniente suprimir el citado vocablo para dejar correcta la redacción. "Basta decir—escribe el señor Guerra—que se autorizan las reclamaciones; cada cual sabrá por qué y de qué reclama, y el Tribunal sabrá, a su vez, qué reclamaciones debe acoger y cuáles no, y las razones que tenga para lo uno y lo otro".

"... *De las autoridades políticas y administrativas*..." continúa el artículo. Vamos a precisar la diferencia entre unas y otras autoridades.

"Se designan como *autoridades*, en el sentido técnico de la palabra—dice Adolfo Merkl—aquellos órganos de ejecución que, como acostumbra a decirse, gozan del poder de mando o de coacción o, en una palabra, del "imperium". Si reducimos el concepto de poder a su contenido jurídico, tendremos que el concepto jurídico de autoridad se ofrece como el de un órgano de ejecución que



goza de la *competencia* para ordenar o mandar y para coaccionar". (Teoría General del Derecho Administrativo. Madrid, 1935. Pág. 395).

Nosotros diremos que *autoridad es todo órgano que ejerce potestad de mando*, o sea, que tiene facultad de dar órdenes y obligar a su cumplimiento.

Ahora bien, ¿cuáles son las *autoridades políticas*? No hay un criterio uniforme para determinarlas. Podríamos decir, para los efectos a que nos estamos refiriendo, que autoridad política es todo órgano perteneciente o dependiente del Poder Ejecutivo que ejerce potestad de mando. Tal carácter tiene el Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Intendentes, los Gobernadores, los Ministros Diplomáticos, etc.

Por *autoridades administrativas* entendemos todas aquéllas que, teniendo potestad jerárquica (aptitud para mandar a subordinados suyos), ejercen atribuciones propias otorgadas por la ley y tienen facultades decisorias. Ejemplos: el Alcalde, el Director General de Impuestos Internos, la Dirección General de Ferrocarriles, la Dirección General de Sanidad, el Administrador y el Superintendente de Aduanas, etc.

En contraposición a las autoridades administrativas, se encuentran los *agentes de la autoridad*. Ellos no son autoridad, porque no ejercen facultades propias. Proceden ejecutando resoluciones de la autoridad, de la cual reciben mandato, comisión o encargo.

El artículo constitucional continúa: ... *y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes*. Con esto se delimita la competencia de los Tribunales Administrativos. Se les concede una competencia limitada y se exceptúa todo lo contencioso-administrativo que por disposición de la Constitución o las leyes conozcan otros tribunales.

En esta frase que estamos comentando se trasluce el deseo de mantener los tribunales ya existentes y que conocen de algunas materias contencioso-administrativas. Estos tribunales son:

- 1.º Los tribunales aduaneros;
- 2.º Los tribunales que intervienen en *juicios de impuestos* para aplicar sanciones a los infractores y para ordenar la devolución de impuestos indebidos.
- 3.º Los tribunales que conocen de asuntos sobre *impuesto a la renta*, para resolver la reclamación que se interponga contra la fijación de la renta atribuida a un contribuyente, o del impuesto que debe pagar.
- 4.º Los tribunales que tienen competencia en materia de *avaliúos*, para conocer de la reclamación entablada por exceso de valuación;
- 5.º Los tribunales que conocen de las reclamaciones contra resoluciones ilegales de una *Municipalidad*;
- 6.º Los tribunales que conocen de las reclamaciones contra las sanciones impuestas por los *Alcaldes* o los *jueces de policía local*.

Los tribunales del trabajo no pueden llamarse administrativos, porque ellos no tienen competencia para conocer de un asunto en que intervenga la Administración como persona de derecho público. Y bien sabemos que lo característico en todo régimen y sistema contencioso-administrativo, es que una de las partes



en contienda sea la Administración. Sólo son tribunales especiales que conocen de materias pertenecientes a una rama especial del Derecho Civil.

Trataremos cada uno de los tribunales enumerados, que podemos considerarlos como tribunales administrativos, en párrafo aparte.

El artículo constitucional termina: "*Su organización y atribuciones son materia de ley*". Varios proyectos de ley se han confeccionado para dar cumplimiento a este precepto. Nosotros examinaremos, rápidamente y a manera de dato ilustrativo, el elaborado por el Gobierno de 1927.

Para terminar con el artículo que estamos comentando, debemos decir que algunas personas lo han considerado mal ubicado dentro de la Constitución. Así, don José Guillermo Guerra, dice en su obra ya citada:

"Pero el error más grave en que se incurrió respecto al artículo 87, fué, a nuestro juicio, el incrustarlo al final del Capítulo VII, relativo al Poder Judicial. Esto, sin lugar a dudas, significa que los tribunales administrativos deberán formar parte del Poder Judicial y estar sometidos a la superintendencia disciplinaria, correccional y económica de la Corte Suprema de Justicia, todo lo cual probablemente no entró en la mente de la Subcomisión.

"Buena como es la innovación de consagrar en la Constitución misma la existencia de los Tribunales Administrativos; consideramos que ella está hecha en mala forma y en mal lugar. Nos parece que se la debió intercalar en el capítulo referente al Poder Ejecutivo, en párrafo especial, en que se hubiera consultado la reorganización del Consejo de Estado, dando a la "nueva" corporación de ese nombre el carácter de Tribunal Administrativo Superior, como lo indicamos en su oportunidad".

Don Juan Antonio Iribarren opina que la ubicación dada al artículo 87 es defectuosa; pero que ello no importa tanto como hacer de los Tribunales Administrativos una mera dependencia del Poder Judicial, porque dichos tribunales deben actuar con entera independencia para que su acción sea realmente útil y se satisfaga el objetivo de su creación.

Con estas someras explicaciones, damos por terminado el examen del artículo 87 de la Constitución. Pasamos a estudiar brevemente los tribunales que hoy existen y que tienen competencia para resolver los conflictos en que la Administración interviene y que por esta razón podrían llamarse tribunales administrativos.

TRIBUNALES ADUANEROS

Los tribunales aduaneros han existido en Chile desde la dictación de la Ley de Aduanas, de 1851, que creó la Junta de Comisos, organismo suprimido por la reforma constitucional de 1874 y por la Ley Orgánica de Tribunales de 1875. Todas las cuestiones que eran de su competencia, pasaron a depender de los tribunales ordinarios de justicia. Estos, recargados de trabajo, se ocupaban de las reclamaciones relacionadas con las aduanas en forma poco eficaz y pronta. Se restableció, entonces, mediante una ordenanza de 1927, el régimen anterior.



Actualmente, los tribunales aduaneros se rigen por la Ordenanza General de Aduanas, decreto con fuerza de ley N.º 314, de 20 de mayo de 1931, que legisla sobre una serie de materias relacionadas con el servicio. Nosotros, sólo nos ocuparemos de los tribunales que allí se establecen.

Organización.—Existen tres clases de tribunales aduaneros. Entre ellos existe una jerarquía completa. Así lo indica el hecho de que haya dos instancias. Los tribunales son los que siguen:

- 1.º El Administrador de Aduana, tribunal de única y de primera instancia;
- 2.º El Superintendente de Aduanas, tribunal de primera y de segunda instancia; y
- 3.º La Junta General de Aduanas, tribunal de segunda instancia.

Los dos primeros son tribunales *unipersonales* y pertenecen al llamado sistema francés, porque son órganos de la Administración los que van a resolver el conflicto. La Junta General de Aduanas, en cambio, es un tribunal *colegiado* y pertenece principalmente al sistema prusiano: casi todos sus miembros son independientes del Poder Judicial y de la Administración. Se compone:

- a) Del Superintendente de Aduanas;
- b) De dos miembros elegidos libremente por el Presidente de la República, "para representar los intereses del pueblo en general";
- c) De una persona también elegida por el Jefe del Estado, de una terna formada por la Sociedad de Fomento Fabril y la Sociedad Nacional de Agricultura;
- d) De un individuo designado de otra terna confeccionada por la Compañía de Salitres de Chile y la Sociedad de Minería de Chile; y
- e) De una persona elegida de otra terna formada por las sociedades de comerciantes a las cuales el Presidente de la República otorgue este derecho de proposición.

Como podemos observar, se ha contemplado un criterio técnico en la integración de la Junta: en ella están representados la industria, la agricultura, el comercio. Además se encuentran allí los personeros de los "intereses generales del pueblo", que son los dos miembros elegidos libremente por el Presidente de la República.

La organización de la Junta pertenece al sistema prusiano preferentemente; pero también tiene algo del sistema administrativo puro, del sistema francés: todos los miembros son independientes de la Administración y del Poder Judicial, menos el Superintendente que forma parte de aquélla.

La Junta es presidida por el Superintendente, a menos que concurra a ella el Ministro de Hacienda, porque en tal caso la preside éste.

Competencia de los tribunales aduaneros.—Ya sabemos que competencia es la aptitud legal que tiene un órgano para hacer la manifestación de voluntad que su intervención exige. Los profesores de derecho procesal dicen que es la medida o grado de jurisdicción que corresponde a cada tribunal.

Los títulos que determinan la competencia son: la cuantía, la materia, el territorio y el fuero. Este último no se toma en cuenta en los tribunales aduaneros.



En cuanto a la *cuantía*, la competencia de dichos tribunales es la siguiente:
El *Administrador de Aduana* conoce en única instancia hasta \$ 1,000. En primera instancia desde \$ 1,001 hasta \$ 5,000;

El *Superintendente* conoce en primera instancia de cuestiones superiores a \$ 5,000. En segunda instancia, desde \$ 1,001 hasta \$ 5,000;

La *Junta* conoce en segunda instancia de lo que conoce el Superintendente en primera, o sea de asuntos superiores a \$5,000.

En cuanto a la *materia*, estos tribunales conocen de los siguientes asuntos:

- a) De las infracciones que se cometan contra los preceptos aduaneros;
- b) De las cuestiones civiles en las cuales la Aduana figure como demandante o demandada; y
- c) De los delitos que especialmente les encomienda la ley (contrabando y fraude hasta \$ 200).

La competencia en cuanto al *territorio* es la siguiente:

El *Administrador de Aduana* tiene como territorio jurisdiccional todo aquél sobre el cual se extienden sus facultades de Jefe de una Aduana determinada.

El *Superintendente* y la *Junta* tienen como territorio jurisdiccional todo el correspondiente a la República.

Veamos el *procedimiento* en los juicios aduaneros. El juicio sumario empieza por una actuación escrita, la demanda. Esta se provee por el tribunal, citando a las partes a un comparendo, que tiene lugar, generalmente, al quinto día hábil después de la última citación. Las partes deben concurrir con sus medios probatorios.

Si en el concepto del tribunal existe algún punto que debe ser objeto de prueba, abrirá un término especial, que, por lo común, es de ocho días.

En este juicio, la prueba de testigos debe rendirse dentro del proceso. La lista de ellos debe ser presentada antes de las 12 de la noche del día anterior al del comparendo.

Se dicta la resolución, y si es definitiva y de primera instancia, hay lugar a la apelación ante el Tribunal que corresponde.

La jurisdicción aduanera es cerrada. No hay más recursos que los establecidos en la *Ordenanza General*.

El tribunal puede dictar *medidas para mejor resolver*, siempre que tengan por objeto esclarecer hechos relacionados con el asunto. Si estas medidas exigen alguna prueba especial, deberá abrirse un término probatorio conveniente.

La prueba se aprecia en conciencia.

Hemos dicho que los tribunales aduaneros pueden conocer de los delitos de fraude y contrabando siempre que no pasen de \$ 200. Cuando el valor de la cosa, objeto del delito, pasa de esta suma, la competencia de ellos desaparece y el juicio criminal debe tramitarse ante la justicia ordinaria, previa una declaración del Superintendente de Aduanas, ratificada por el Presidente de la República.

Este es, en líneas generales, el funcionamiento de los tribunales aduaneros. Para mayores particularidades y datos está el decreto con fuerza de ley N.º 314, de 20 de mayo de 1931.



TRIBUNALES QUE CONOCEN SOBRE JUICIOS DE IMPUESTOS

En los juicios sobre impuestos, entra a actuar la Dirección de Impuestos Internos, por lo cual vamos a trazar, en líneas generales, la organización de este servicio. Está compuesto por la Dirección General, las Administraciones de zonas, los Inspectores y otras reparticiones. Tiene por objeto la fiscalización del cobro del impuesto y del pago de las contribuciones.

Los inspectores, por ser los agentes del servicio, tienen la obligación de practicar visitas a los comerciantes para comprobar si pagan o no el impuesto en la proporción que fija la ley. Proceden en la siguiente forma: Llegan a un negocio determinado y piden los libros de contabilidad para enterarse de si el impuesto está o no pagado en la proporción que fija la ley. Si sorprenden alguna infracción, levantan un acta del hecho y procuran que la firme el denunciado. Inmediatamente hacen la denuncia ante el Administrador de la zona correspondiente. Este cita al infractor, y con sus descargos o sin ellos, eleva los antecedentes a la Dirección, la cual resuelve, en un fallo fundado someramente, absolviendo o condenando. En este último caso fija la multa y el impuesto adeudado.

Resuelto el asunto, se envía el expediente administrativo con la sentencia, al abogado del Consejo de Defensa Fiscal para la notificación judicial y cumplimiento de la sentencia.

El denunciado, en presencia de esta notificación, que se tramita ante un juez de letras de mayor cuantía y se hace por intermedio de un receptor, tiene tres caminos:

- 1.º Pagar sin reclamar;
- 2.º No pagar ni reclamar. En esta emergencia y transcurrido el plazo que fija la ley, la resolución queda ejecutoriada, y el título es ejecutivo. Entonces, se puede hacer efectivo el cumplimiento por la vía judicial ordinaria; y
- 3.º Pagar y reclamar judicialmente (aplicación del principio "solve et repeta") ante el juez de letras de mayor cuantía que intervino en la notificación del fallo de la Dirección de Impuestos Internos. El reclamo debe hacerlo en juicio sumario. La resolución del juez de letras de mayor cuantía es apelable ante la Corte de Apelaciones correspondiente.

Como se ve, hay yuxtaposición de dos jurisdicciones: la administrativa y la judicial.

En la administrativa hay 3 actuaciones: a) la denuncia que hace el Inspector; b) la audiencia (verificada ante el Administrador de zona); y c) el fallo dado por la Dirección General. Ninguno de estos tres órganos tiene jurisdicción completa.

El fallo administrativo es de única instancia.

Los juicios sobre impuesto a la renta hacen excepción al procedimiento señalado en las líneas anteriores.

Para determinar el monto sobre el impuesto a la renta, primeramente hay que calcular la renta que el individuo percibe. Esto lo hace el propio contribu-



yente mediante una declaración. Sobre este justiprecio, los órganos correspondientes fijan un tanto por ciento como contribución debida.

Puede suceder que a un individuo le fijen una renta que en realidad no corresponde a la que tiene, o bien, le determinan un porcentaje mayor que el que debe pagar. En tal caso, la persona afectada reclama ante la Dirección General de Impuestos Internos. Si ésta desatiende la petición de enmienda, el afectado puede entablar "reclamación" ante la Corte de Apelaciones de la jurisdicción correspondiente. Contra el fallo que ella pronuncie, hay recurso de casación ante la Corte Suprema.

TRIBUNALES QUE TIENEN COMPETENCIA PARA REVER APRECIACIONES ADMINISTRATIVAS SOBRE AVALUOS DE PROPIEDADES PARTICULARES

Existe una contribución sobre los bienes raíces que debe pagarse según el avalúo que de ellos hagan la Dirección de Impuestos y la Municipalidad. Los avalúos se hacen por el personal competente y se concretan en roles especiales que se publican en los diarios. Este trámite es notificación suficiente para que los individuos sujetos al pago de la contribución, se den por enterados. Si se considera excesivo el avalúo, puede reclamarse ante un Tribunal Provincial compuesto de cuatro miembros, de cuya resolución es posible apelar ante un Tribunal General de la República, compuesto de tres miembros.

TRIBUNALES QUE CONOCEN DE LAS RECLAMACIONES CONTRA LAS RESOLUCIONES DE UNA MUNICIPALIDAD

Desde la ley de Municipalidades de 1891, viene consagrándose la acción popular que permite, a cualquier individuo, *reclamar* contra las resoluciones ilegales de la Municipalidad, y que lesionan los *intereses generales* del municipio (1).

El ciudadano que quiera entablar la acción popular que le da la Ley de Municipalidades debe:

- 1.º Reclamar ante la misma Municipalidad del acuerdo ilegal;
- 2.º Reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva si la Municipalidad rechaza la petición. Antes debía reclamarse ante la Corte Suprema, pero la competencia sobre la materia ha sido modificada en el sentido señalado por nosotros.

El control jurisdiccional de los acuerdos municipales se entrega a la justicia ordinaria como una garantía de la correcta administración local.

El sistema adoptado para la acción popular es una combinación del recurso de *revocabilidad*—ya que necesariamente debe recurrirse primero ante la autoridad emisora del acto que se impugna—y del recurso de *nulidad*—ya que después

(1) La Municipalidad es la entidad administrativa encargada de regir el municipio. El municipio es la cosa o entidad administrada por aquella corporación.



debe llevarse la reclamación ante la justicia ordinaria. Recordemos, para comprender esto, que la revocabilidad se produce cuando el acto es dejado sin efecto por la propia *autoridad emisora o su superior jerárquico*. En cambio, el recurso de nulidad supone siempre la vía jurisdiccional y un *órgano diferente del emisor*.

TRIBUNALES QUE CONOCEN DE LAS RECLAMACIONES CONTRA LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LOS ALCALDES O JUECES DE POLICIA LOCAL

El Alcalde es el encargado de hacer cumplir las disposiciones municipales y de aplicar las multas a los infractores de sus reglamentos. Pero en algunas comunas (Santiago, Valparaíso y otras) la administración de la justicia de policía local es ejercida por funcionarios que se llaman Jueces de Policía Local.

Si alguno de estos funcionarios impone una multa—por haberse infringido los reglamentos del tránsito, por ejemplo—y la persona afectada la considera injusta, puede, después de pagarla, entablar reclamo ante el *juez de letras de mayor cuantía respectivo*. Así lo establece la actual Ley de Municipalidades.

PROYECTO DE LEY SOBRE TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

A pesar de que la Carta Fundamental de 1925 ordena imperativamente la creación de los Tribunales Administrativos, aun no se han establecido. Sólo existen diversos proyectos de ley elaborados por particulares, principalmente por estudiantes de Derecho, y uno confeccionado por el Gobierno de 1927. De este proyecto oficial hablaremos aquí a grandes rasgos.

Contiene cuatro títulos, subdividiéndose el tercero en tres párrafos. Consta, en total, de 44 artículos; más dos transitorios: uno que determina el papel sellado que se usará en la tramitación, y el otro, el sueldo del personal. El contenido de los títulos es el siguiente:

Título I.—De la jurisdicción y competencia del Tribunal;

Título II.—De la organización del Tribunal;

Título III.—Del procedimiento:

Párrafo 1.º De las acciones y de las partes;

Párrafo 2.º De los trámites del juicio administrativo;

Párrafo 3.º Disposiciones generales; y

Título IV.—De las contiendas de competencia.

Veremos primero la organización del Tribunal, después su competencia, y, finalmente, el procedimiento.

Organización.—Este proyecto de ley crea un solo Tribunal Administrativo, compuesto de cuatro Ministros nombrados por el Presidente de la República, a



propuesta en terna del Tribunal, y de un Secretario nombrado en la misma forma, quien servirá, además, el cargo de Relator. Uno de los Ministros hace de Presidente, debiendo recaer este nombramiento en el miembro más antiguo (artículos 6.o y 9.o).

La circunstancia de que los Ministros sean nombrados a propuesta en terna por el mismo Tribunal, es una *garantía*, y, a la vez, un factor que influye en el sentido de asegurar, dentro de lo posible, *la independencia de sus miembros*.

Para ser Ministro del Tribunal, se requiere:

1.o Estar en posesión del título de abogado; y

2.o Contar con diez años de servicios en la Administración Pública, o haber desempeñado durante cinco años los cargos de Jefe de Servicio, Ministro del Tribunal de Cuentas (hoy Contraloría General), Subsecretario del Estado o abogado del Consejo de Defensa Fiscal, u ocho años el de Asesor Jurídico de alguna repartición pública (artículo 8.o).

Como vemos, para la integración de los tribunales se ha inspirado el proyecto en el sistema prusiano. Los individuos que formen el Tribunal deben ser independientes y contar con conocimientos sobre materias administrativas. Se asegura la imparcialidad, la corrección y el aspecto técnico de las actuaciones.

Competencia.—El Tribunal Administrativo conocerá, en única instancia, con jurisdicción en toda la República de todos los recursos que se promuevan por *actos ilegales emanados de la autoridad administrativa* y que no sean susceptibles de enmienda por la vía gubernativa (artículos 1.o y 2.o).

El proyecto del Gobierno establece un solo tribunal administrativo. Según nuestras explicaciones, esto no conviene, porque las materias contencioso-administrativas deben ser de lato conocimiento. Debe haber por lo menos dos Tribunales: uno de primera instancia y otro de segunda, que tenga por objeto uniformar el sentido de las sentencias. En Chile debemos establecer dos instancias, por la calidad de los derechos que la "reclamación" garantiza.

La disposición no dice en qué lugar tendrá su residencia el Tribunal, pero es indudable que, de establecerse, se instituiría en Santiago, ya que la capital es el centro de todo el movimiento administrativo de la República.

Para que se pueda intentar recurso ante el Tribunal Administrativo, es preciso, previamente, haber agotado la vía gubernativa. Así lo dice la parte final del artículo 2.o: "... y que no sean susceptibles de enmienda por la vía gubernativa". De manera que primero debe haberse intentado el recurso de revocabilidad y, una vez fracasado éste, es posible presentar el recurso de nulidad ante el Tribunal Administrativo. Ocurre lo mismo que con la acción popular otorgada por la Ley de Municipalidades, que nosotros tratamos en páginas anteriores.

Como sucede con todas las cosas difíciles de precisar, el Proyecto ha acudido al procedimiento negativo para determinar la materia propia de la competencia del Tribunal por vía de eliminación. Dice en su artículo 3.o:

"No serán de la competencia del Tribunal Administrativo:



a) Las cuestiones originadas por actos de índole contractual, en que la Administración haya obrado como sujeto de derechos y obligaciones civiles;

b) Las cuestiones de índole penal, aunque tengan su origen en actos administrativos; y

c) Las cuestiones emanadas de resoluciones administrativas sometidas actualmente a la justicia ordinaria, por disposición de la ley expresa”.

Este artículo limita la competencia del Tribunal. Excluye aquellas cuestiones que no reúnan las características propias de lo contencioso-administrativo, letras a) y b); y aquéllas otras que reuniéndolas están por ley expresa sometidas al conocimiento de la justicia ordinaria, letra c). Aclaremos todo esto con ejemplos.

Si la Administración arrienda un local determinado para que funcione una escuela, y después no paga el canon, el dueño debe demandar a la Administración, no ante el Tribunal Administrativo, sino ante el ordinario, en virtud de la letra a).

Si una autoridad administrativa, en la ejecución de un acto administrativo, comete un delito, la acción debe entablarse ante un tribunal ordinario, en virtud de la letra b). Y esto es así, porque se trata de hacer efectiva la responsabilidad, no de la Administración, que como tal no puede cometer delitos, sino de los funcionarios que actúan en representación de ella.

Finalmente, si este proyecto llegara a ser ley de la República, y alguien quisiera reclamar de la decisión de un Alcalde, debería hacerlo ante el Juez de Letras de Mayor Cuantía y no ante el Tribunal Administrativo, porque este caso está contemplado en la letra c), que obedece al propósito de evitar perturbaciones en el conocimiento de asuntos que por disposición de una ley anterior al proyecto, están entregados a la competencia de los tribunales ordinarios.

El artículo 4.º del proyecto da al Tribunal Administrativo competencia en un asunto digno de comentario. Dice así:

“El Tribunal Administrativo podrá, en los recursos de que conozca y a petición de parte, declarar *inaplicables* los preceptos ilegales que contengan los Reglamentos dictados por el Presidente de la República. Para estos efectos no regirá el plazo de prescripción a que se refiere el artículo 15”.

La disposición citada da a los tribunales administrativos la misma competencia que da a la Corte Suprema un artículo de la Constitución, referente al recurso de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad. Con esta disposición se terminarían las dificultades que surgen en la práctica cuando se trata de deducir recurso de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad en contra de un Reglamento dictado por el Presidente de la República. Muchos argumentan que la Carta Fundamental sólo permite instaurar este recurso contra la ley formal y no contra una especie de ley substancial como es el Reglamento.

Procedimiento.—Por lo que respecta al procedimiento, este proyecto está de acuerdo, en líneas generales, con lo que expusimos al hablar del procedimiento en las materias contencioso-administrativas.

El proyecto establece—eso sí—una sola instancia. Nosotros creemos más



conveniente el sistema de la doble instancia. Podría encargarse la segunda a un organismo de composición y facultades semejantes al Consejo de Estado francés. Lo indispensable en su actuación sería la independencia y la técnica especial.

Todas las demás disposiciones pueden considerarse detalles para esta ligera explicación del proyecto que nosotros hemos dado.

Los proyectos elaborados por los estudiantes no carecen de interés en varias de sus disposiciones y deberían ser consultados al tiempo de confeccionarse el proyecto definitivo que debe pasar a conocimiento del Congreso.



CAPÍTULO TERCERO

LOS ACTOS DE ADMINISTRACION

El contenido de la actividad de la Administración está formado, como sabemos, por actos administrativos, actos de administración, hechos administrativos y operaciones administrativas.

Hemos visto ya los actos administrativos. Nos corresponde estudiar ahora los *actos de administración*.

"Se entienden por actos de administración—según Recaredo Fernández de Velasco—los jurídicos que no contienen declaraciones de derecho subjetivo. En esta categoría se incluyen por lo pronto los emitidos por los órganos consultivos de la Administración, y muchos que proceden de los órganos activos.

"a) *Actos de la Administración consultiva*.—La doctrina relativa a la naturaleza de las resoluciones de tipo consultivo, responde, como se sabe, al propósito de conseguir junto a la eficacia de la decisión activa, la ilustración adecuada que justifique la resolución del acto. Con este objeto, junto a los órganos activos, funcionan algunos cuerpos propiamente consultivos, y entre unos y otros se establecen las siguientes reglas para sus relaciones:

1.º Hay casos en que la autoridad activa *puede* oír a estos cuerpos y otros en que *debe* oírlos.

2.º En cualquiera de las dos hipótesis, si el órgano activo ha de ser el responsable de su resolución, conservará libertad para seguir o apartarse del dictamen formulado.

Se resuelven, pues, los actos de naturaleza consultiva, en un informe o dictamen, el cual, por su propia naturaleza, no contiene ninguna declaración que pueda afectar a los derechos subjetivos. Es una formalidad sin trascendencia substantiva, aun cuando puede ser indispensable, en su caso, para que los actos administrativos alcancen la debida ejecutoriedad formal. Los actos consultivos, por lo tanto, no consiguen las características de los propiamente administrativos" ("El Acto Administrativo". Madrid, 1929. Págs. 119 y 120).

b) *Actos de los órganos activos*.—Son muchos los actos de administración



que realizan los órganos activos. Así, por ejemplo, cualquiera gestión económica que haga el Presidente de la República, la confección del presupuesto hecho por la oficina correspondiente del Ministerio de Hacienda, etc., constituyen actos de administración.

Pero los actos de administración más importantes para nosotros, son los contratos, ya sean civiles o administrativos, que celebra la Administración.

Sin embargo, muchos autores creen que estos contratos quedan comprendidos en los actos administrativos. Llegan a esta conclusión por diversos caminos: ya definiendo de distinta manera el acto administrativo, ya haciendo diversas clasificaciones de éste, etc. El autor De Vallés distingue varias categorías de actos administrativos, según que sus efectos se produzcan por una voluntad simple o por el concurso de varias voluntades. En este último caso, están contemplados los contratos, según él. Para el tratadista italiano Ferraris, el *contrato de derecho público* es una especie de acto administrativo.

Nosotros no podríamos considerar los contratos que celebra la Administración, dentro de los actos administrativos, porque hemos manifestado que éstos son manifestaciones unilaterales de voluntad y aquéllos requieren, necesariamente, concurrencia de voluntades en la idea de la vinculación contractual.

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Los contratos suscritos por la Administración se dividen, según una distinción tradicional, en contratos civiles, regidos por la legislación común y sometidos a la jurisdicción ordinaria, y contratos administrativos, regidos por la legislación administrativa y sometidos a una jurisdicción especial diversa, que más adelante se explicará.

Es de advertir, eso sí, que a falta de disposición legal administrativa, se aplica a los contratos administrativos la legislación común.

Entendemos por *contrato administrativo* todo acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado por la Administración, con el fin de proveer directa e inmediatamente a la satisfacción de un interés público. De aquí podemos derivar los dos caracteres fisonómicos del contrato administrativo: 1.º Uno de los sujetos contratantes es la *Administración*; y 2.º el fin que se persigue es la atención de un interés *público*, a objeto de llegar a producir un bienestar general.

Una serie de cuestiones relativas a los contratos administrativos, es objeto de las más contradictorias opiniones de los tratadistas.

Hay quienes afirman que no se puede hablar de contratos administrativos, porque ellos no constituyen sino una variante de los contratos reglamentados por el Derecho Civil. No hay más diferencias entre unos y otros, sostienen, que el mayor número de formalidades que exigen los primeros. Así, Gascón y Marín dice: "En esencia, la índole jurídica de los contratos que subscribe la Administración no puede ni debe ser diferente de los que son regulados por el Derecho Civil; el derecho contractual es el que debe tener aplicación".

Nosotros no participamos de esta opinión. El propósito de interés público del



contrato administrativo es substancialmente diverso del objetivo de interés particular que se persigue en el contrato civil. Luego, entre las dos clases de contratos hay diferencias esenciales. El objeto que se persigue en los contratos administrativos hace variar substancialmente la eficacia del acuerdo de voluntades, hasta tal punto que la Administración, por sí sola, puede dejar sin efecto un contrato bilateral. La Administración deberá, eso sí, indemnizar los perjuicios causados a la otra parte. Antes, sólo indemnizaba los perjuicios efectivos, pero no las ganancias que el particular hubiera podido obtener de realizarse el contrato. Actualmente, la doctrina admite la indemnización amplia. Es de notar que la indemnización que debe pagar la Administración no se fundamenta en las mismas razones que la que se deba por la contratación civil incumplida. La responsabilidad que le cabe a la Administración la explican varias doctrinas, "siendo bastante que analicemos la denominada del *sacrificio especial*, o de *distribución de la carga*, defendida por Otto Mayer, en Alemania, y por Teissier, en Francia.

"Para el primero, la obligación de indemnizar a quien se ocasione un daño pecuniario, no implica la previa existencia de un hecho ilícito; el hecho puede ser lícito y surgir de la equidad la necesidad de la indemnización. Entre Estado y súbdito no es menester que se hable de pérdida y ganancia, como habría que hacerlo de tomar por punto de referencia la doctrina del enriquecimiento sin causa, sino simplemente del efecto que produce sobre los individuos la actividad del Estado. Todo perjuicio desproporcionado significa injusticia, y la injusticia puede repararse y allanarse la desproporción. Todo daño material sufrido por un ciudadano en beneficio de la colectividad pide indemnización. Al compensar por ésta el daño, el daño repercute sobre la totalidad de los ciudadanos, pues que la indemnización se abona con los fondos comunes, y, por lo tanto, el daño queda distribuido, el sacrificio generalizado, y la equidad mantenida. El principio permite una absoluta generalización a toda actividad del Estado" (R. Fernández de Velasco, "Los Contratos Administrativos". Madrid. 1927, pág. 142).

Tampoco los autores están de acuerdo respecto de cuáles son los contratos administrativos. Apoyándonos en la definición que de ellos dimos, nosotros podemos decir que los principales contratos administrativos son los siguientes:

El de suministro y aprovisionamiento; y

El de obras públicas.

Los tratadistas agregan también el contrato de función pública y el contrato de concesión de servicios públicos. En nuestro concepto, el primero no existe, porque el vínculo que une al funcionario y al Estado no es de naturaleza contractual. En cuanto al segundo, creemos que su estructura es la de un acto protestativo y no contractual. Más adelante veremos detalladamente todo esto.

Diferencias substanciales entre los contratos de derecho civil y de derecho administrativo

Son, naturalmente, las mismas que justifican su especialidad. Así, se diferencian:

1. Por razón del *sujeto*: en los contratos civiles intervienen únicamente los



particulares; en los administrativos interviene la Administración, la cual señala las condiciones a que han de sujetarse los que con ella quieran contratar.

2. Por razón del *objeto*: en los contratos civiles se persigue un interés particular; en los administrativos un interés público y general.

3. Por razón de la *forma*: los contratos civiles están basados, por regla general, en un criterio de consentimiento puro, en virtud del cual, de cualquier manera que parezca que el hombre quiso obligarse, queda obligado; los contratos administrativos reclaman una suma de solemnidades, que son otras tantas garantías impuestas por la necesidad de defender el interés colectivo.

4. Por razón del *régimen*: los contratos civiles se reglan por la legislación ordinaria; los administrativos, por la especial administrativa, y sólo supletoriamente por la civil.

Finalmente, cabe establecer una quinta diferencia, por la *jurisdicción*: los contratos civiles, en cuanto a su interpretación y cumplimiento, están sometidos a la jurisdicción ordinaria; los administrativos, a la jurisdicción administrativa, en vía gubernativa, primero, y en la contenciosa, después (L. Calvo Sotelo, "Derecho Político y Administrativo", pág. 478).

A pesar de todo, Hans Kelsen cree que la diferencia esencial entre el contrato civil y el administrativo "se busca en vano hasta ahora".

Requisitos esenciales para la validez de los contratos administrativos

Al iniciar este párrafo creemos necesario repetir que, los contratos administrativos se rigen por la legislación civil cuando no hay disposición aplicable en la legislación administrativa.

Llámanse requisitos esenciales de un contrato aquéllos sin los cuales no existe, no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente.

Para la validez de un contrato se requieren cuatro circunstancias, que son las que enumera el artículo 1445 del Código Civil:

"Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1) que sea legalmente capaz; 2) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3) que recaiga sobre un objeto lícito; y 4) que tenga una causa lícita".

Analizaremos cada uno de estos requisitos.

La *capacidad* es la aptitud que tiene una persona para hacer manifestaciones de voluntad que puedan producir derechos y obligaciones. También se la puede definir, como lo hacen corrientemente los civilistas, diciendo que es la aptitud de una persona para adquirir y ejercer derechos y contraer obligaciones.

La capacidad de la "Administración" deriva de su calidad de persona jurídica, que se le ha reconocido. La ejerce el funcionario público, que encarna o representa al Estado, que *tiene la capacidad exigida por la legislación administrativa*. Esto ocurre cuando tiene *competencia* y la emplea en conformidad a las leyes. Así, un funcionario de sólo 18 años de edad, podría suscribir un contrato representando a la Administración, siempre que tuviera competencia.

La competencia puede ser reglada o discrecional. Si es reglada, el funcio-



nario debe ejercerla ateniéndose a los preceptos que la condicionan; si es discrecional, puede ejercerla efectuando todos aquellos actos que fueren congruentes con su función propia, "tanto desde el punto de vista del fin como del punto de vista de los medios; es decir, podrá hacer cuanto se requiera para el buen funcionamiento de los servicios".

Para que un contrato sea válido no basta que el funcionario competente dé su consentimiento; es necesario, además, que se exteriorice la validez de éste mediante las formalidades legales. Ellas tienen por objeto dos cosas: 1.º La formación o integración de la voluntad; y 2.º su exteriorización. La exteriorización deberá hacerse ya por simple escritura pública, ya mediante un decreto supremo, o por otro instrumento, según los casos. Ejemplo: Si en un país que tiene Consejo de Estado, es requisito indispensable para que un funcionario pueda contratar en nombre de la Administración, obtener la autorización de dicho cuerpo consultivo, deberá cumplir con la formalidad prescrita; sólo con este requisito podrá integrarse la voluntad. El consentimiento deberá manifestarse, según el contrato, por una escritura pública o por un decreto supremo.

En la contratación de la Administración, es preciso tomar en cuenta la naturaleza del órgano que se obliga. Si es unipersonal, bastará que el individuo competente haga una manifestación de voluntad, la exteriorice mediante un documento escrito, para que esté perfecta. Si el órgano es pluripersonal, deberá desde luego, la manifestación de voluntad hacerse en forma reglada; será menester cumplir formas anteriores, concomitantes y posteriores a la manifestación de voluntad: deberá existir conocimiento del asunto; quórum para sesionar; deliberación; acuerdo y acta.

La capacidad de que hemos hablado hasta ahora es la de derecho; pero hay que notar que junto a ella se produce la capacidad de hecho.

Los funcionarios pueden ser de derecho, de hecho o funcionarios usurpadores. Los funcionarios de derecho son los que han sido regularmente nombrados y, si la ley lo exige, han rendido la fianza exigida o prestado el juramento prescritos.

Los actos del funcionario de derecho, como regla general, producen pleno efecto, si se formalizan dentro de los límites de su competencia.

Son funcionarios de hecho aquéllos que no han sido regularmente designados. Ejemplo: Pedro es nombrado funcionario público y empieza a ejercer sus funciones sin rendir la fianza exigida por la ley. Si suscribe un contrato en nombre de la Administración, ¿producirá efectos? Sí, porque Pedro era aparentemente un funcionario de derecho. Las personas afectadas, tanto la otra parte como los terceros, no pueden andar averiguando si ha sido o no regularmente nombrado. Se presume que lo ha sido.

Las consecuencias que derivan del acto, recaerán sobre el funcionario que conocía el vicio.

De manera que los contratos que celebran los particulares con funcionarios de hecho, producen efectos, porque aquéllos desconocían el vicio. Tiene aquí aplicación la teoría del error común.

Ahora bien, los contratos suscritos por los usurpadores de funciones o atribuciones no producen efectos para nadie. Hay que hacer notar que no es lo mismo



usurpar funciones que atribuciones. El funcionario que usurpa funciones es aquél que desempeñando una función de su competencia, ejerce otra que no le corresponde. Por ejemplo, un juez que ejerce funciones administrativas. El funcionario usurpador de atribuciones es aquél que desempeña una función de su competencia, pero ampliando ilegalmente las facultades propias. Es el caso de un funcionario de la Administración Pública Municipal que se pasa a ejercer funciones correspondientes a la Administración Pública general.

Ya vista la capacidad de la Administración, nos corresponde tratar la del otro sujeto.

Nos pondremos en el caso que el contratante con la Administración es—no una persona de derecho público—sino un simple particular.

En general, pueden contratar con la Administración los nacionales y los extranjeros que reúnen los requisitos exigidos para la contratación que el Código Civil rige.

De los artículos 14 y 57 del Código Civil se desprende que los extranjeros pueden celebrar contratos.

“Art. 14. La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”.

“Art. 57. La ley no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regula este Código”.

Hay ciertos casos en que se exige a los extranjeros que contratan con la Administración, domicilio en el territorio de la República y, si no lo tuvieren, se les señala como tal la ciudad en que se celebró el contrato.

Nuestra legislación es muy liberal con los extranjeros. Les llega a otorgar hasta el goce de algunos derechos administrativos. Un ejemplo existe en el Estatuto Administrativo, que después de exigir la nacionalidad chilena para desempeñar un cargo público, establece excepciones para el desempeño de funciones que requieran conocimientos técnicos o especiales y para los cargos que deban ser ejercidos en tierra extraña. En uno y otro caso, tienen libre acceso los extranjeros.

Estos también pueden participar en la designación de regidores municipales, por expresa disposición de la ley respectiva.

Con respecto a las demás circunstancias que es preciso tomar en cuenta para determinar la capacidad, podemos decir, en términos generales, que se aplican las reglas del Código Civil.

Son incapaces *absolutamente* para celebrar contratos los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito; y *relativamente*, los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad, los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo, las mujeres casadas, los religiosos y las personas jurídicas. (Art. 1447 del Código Civil).

Pero fuera de los requisitos establecidos por el Código Civil, para poder celebrar contratos con la Administración, hay que considerar los requisitos especiales exigidos por el Derecho Administrativo.

Veamos, para confirmar este aserto, lo que ocurre en el contrato de obras públicas. La obra pública es un trabajo de naturaleza inmueble, hecho por cuenta



del Estado, con el objeto directo e inmediato de proveer a la satisfacción de una necesidad pública.

Para que el contrato de obras públicas pueda celebrarse, es menester que el contratista reúna, además de los requisitos generales exigidos por el Código Civil, algunos especiales del Derecho Administrativo.

Una ligera idea de las tramitaciones que son de rigor para que el contrato de obras públicas llegue a tener validez, nos permitirá explicarnos mejor.

Antes que todo es necesario que la Administración Pública resuelva la construcción. En seguida, que se confeccionen los planos y se aprueben. Una vez resuelto esto, se piden propuestas públicas para la construcción de la obra. Aquí empieza la particularidad: ¿quiénes tienen aptitud legal para presentarse a hacer propuestas públicas? La regla general del derecho común diría que pueden contratar con la Administración, para construir una obra pública, cualquiera persona que desee hacerlo, ya que se llama a propuestas públicas, teniendo los requisitos exigidos por el Código Civil. Pero nuestra legislación administrativa exige, además, ciertos requisitos especiales:

El contratista, desde luego, debe estar inscrito en un Registro de Inscripciones especial, que existe en la Dirección de Obras Públicas, dividido en secciones: ferrocarriles, obras hidráulicas, obras de regadío, edificios, obras de concreto armado. En el registro hay también subsecciones, donde se inscriben los contratistas menores, los que son aptos para hacer trabajos tales como el de pintura, el de estucos, cimientos, etc.

Ahora bien, ¿puede cualquier individuo inscribirse en el registro? No. La ley determina quiénes tienen derecho a hacerlo:

1. Los ingenieros, arquitectos, que se han especializado en la construcción de obras públicas de la respectiva sección en que están inscritos y que tengan títulos de Universidades reconocidas.

2. Los empresarios no titulados o los representantes de las empresas que ya hayan efectuado esta clase de obras a entera satisfacción de la Administración y que tengan tres años de práctica, a lo menos, en tales trabajos.

3. Los capitalistas legalmente asociados a estas empresas o aquellos profesionales para realizar con ellos y con sus medios económicos esta clase de trabajos.

Aun existen otras personas que pueden inscribirse y que mencionaremos al hablar de los contratos de obras públicas en detalle.

Otro contrato administrativo en que aparecen claramente las condiciones especiales que debe tener un sujeto para contratar con la Administración es el de suministros y aprovisionamiento. Llámase contrato de suministros y aprovisionamiento aquél que celebra la Administración con el objeto de obtener de un proveedor alguna cosa mueble (productos, artefactos, artículos, materiales y aun servicios) para atender directa e inmediatamente a la necesidad de un servicio público. El contrato de suministros tiende *singularmente* a la provisión de ciertos elementos de fuerza, como la corriente eléctrica y el gas. El de aprovisionamiento se refiere *singularmente* a alimentos, vestuario, utensilios, etc.

Sólo pueden celebrar el contrato de suministros y aprovisionamiento, con la Dirección General de Aprovisionamiento, los fabricantes de los artículos, los re-



presentantes directos de los productores, o los talleres fiscales de la República. Cuando dos empresas, una nacional y otra extranjera, se presentan a celebrar este contrato, tiene preferencia la primera, a menos que de ello resulte un perjuicio evidente para la causa pública.

Como nos ha sido dable observar, no bastan los requisitos del Código Civil para contratar con la Administración; se necesitan, además, requisitos especiales establecidos por la legislación administrativa.

Tócanos, ahora, ver las condiciones negativas, las incapacidades, establecidas por el Derecho Administrativo.

No pueden celebrar el contrato de obras públicas ni el de suministros y aprovisionamiento:

1. Los que hayan celebrado contratos en épocas anteriores, sin haber cumplido satisfactoriamente. Hay incapacidad legal para contratar.

2. Los que, con motivo de los contratos que antes celebraron con la Administración, hayan entablado demanda en su contra y ésta les haya sido desfavorable por sentencia ejecutoriada.

El consentimiento.—Es el acuerdo de las voluntades de dos o más personas con un objeto jurídico.

El consentimiento debe ser libre y espontáneo. Por parte de la Administración debe expresarlo el funcionario capaz, competente.

El consentimiento ha de estar exento de los vicios que lo pueden afectar: error, fuerza y dolo. En nuestro Derecho Administrativo la lesión no tiene importancia. Los contratos administrativos que hemos señalado no la admiten en razón de su propia naturaleza. Sólo podría caber dentro del contrato de obras públicas. Pero las disposiciones legales pertinentes establecen que en ningún caso podrá el contratista exigir de la Administración el pago de mayor suma de dinero que la que se hubiera pactado. Hay, sin embargo, circunstancias graves que afectan el aspecto económico del contrato (alza de los salarios, de los precios de los materiales empleados, etc.) y que autorizan al contratista para pedir al Fisco la liquidación del contrato.

a) *El error.*—Es la disconformidad del pensamiento con la realidad. Es el falso concepto que se tiene de la realidad. Puede ser de derecho o de hecho. El primero es el concepto equivocado que se tiene de la ley. Error de hecho es el que versa sobre una persona o sobre una cosa cualquiera, la creencia falsa de que algo ha sucedido o no ha sucedido.

"El error de hecho puede presentarse—dice un autor civilista—en tres formas, según sea su mayor o menor gravedad y los efectos que está llamado a producir en el contrato en que incide: 1) error esencial, que acarrea la ausencia total del consentimiento, y por lo tanto, la nulidad absoluta del contrato, aun cuando en ciencia jurídica el contrato es inexistente; 2) error substancial, que vicia el consentimiento y produce nulidad relativa del contrato; y 3) error accidental, que no tiene influencia alguna en la validez del contrato.

"Según el artículo 1453 del Código Civil, hay error *esencial* en dos casos: cuando el error recae sobre la naturaleza del acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entiende donación y la otra compraventa.



“El segundo caso de error esencial es aquél que recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si una de las partes cree adquirir un caballo y la otra entiende vender una vaca.

El error *substancial*, a que se refiere el artículo 1454, es el que recae sobre la substancia o calidad esencial de la cosa de que se trata; y para estos efectos se entiende por substancia la materia de que la cosa se compone. Es el caso de dos personas que entienden contratar sobre un tintero, pero discrepan acerca de la materia de que se compone el tintero: una entiende que es un tintero de vidrio y la otra entiende que es de cristal de Baccarat”.

El error substancial puede recaer sobre la substancia o calidad esencial de la cosa de que se trata, o sobre una cualidad accidental de la cosa, que *ha sido el motivo que una de las partes ha tenido para contratar*, y este motivo ha sido conocido por la otra parte; o sobre la persona con quien se contrata; y esta persona era el *motivo determinante del contrato*.

Como vemos, el error substancial tiene una acepción amplia y otra restringida.

Error *accidental* es todo error que no sea esencial ni substancial; es el error que recae sobre simples cualidades accidentales de la cosa, a las cuales las partes no le han dado importancia.

En fin, en Derecho Civil todas estas nociones se estudian más detalladamente. Nosotros sólo las recordamos a grandes rasgos para aclarar nuestra materia.

El sistema y mecanismo que se sigue en la contratación administrativa, hace bien difícil que surja alguno de los vicios del consentimiento. De ahí que, *en principio*, resulte excluída toda reclamación por error, fuerza o dolo por parte del contratista.

El contratista no podría alegar error de derecho, porque la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

Es difícil también que pueda alegar el error hecho—por ejemplo, que haya empleado un material más caro en la construcción de un edificio que el que realmente debía emplear—porque al contratista se le proporcionan todos los medios posibles para que estudie detenidamente y con acuciosidad las condiciones generales del contrato. Así, en las propuestas existe el pliego de condiciones técnicas y el pliego de condiciones administrativas, además del plano general de la obra. También se consideran incorporados al contrato toda la ley que versa sobre los contratos de obras públicas, y los reglamentos que la rigen. De manera que es casi imposible que el contratista incurra en un error que pueda ser causa de reclamación. Es excepcional el caso de construcción de edificios. A este respecto, el artículo 2003 del Código Civil dice que, si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehusa, podrá ocurrir al juez para que decida si ha debido o no proveerse el recargo de la obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda.

Relacionado con esto, hay una teoría que ya nuestros tribunales han tomado en cuenta. Se la llama “teoría del riesgo imprevisible”. Tuvo su asiento en Europa y se la aplicó a los contratos celebrados antes de la guerra europea y que debían



cumplirse durante y después de ella. Está fundada en la equidad. Produjo una verdadera revolución cuando se la planteó ante los tribunales, quienes se oponían a satisfacer las pretensiones de los contratistas que pedían se les pagara el exceso de gastos producidos por causas imposibles de prever. Pero fué un contrato en Francia el que logró remover esta resistencia. Es el caso que una compañía de gas se vió en la imposibilidad de cumplir un contrato de alumbrado que tenía con una Municipalidad, por la enorme carestía del carbón y demás materiales que se usaban. El continuar el contrato significaba un desastre económico para la compañía; sin embargo, la Municipalidad quería a todo trance que aquél se cumpliera. La compañía acudió, entonces, al Consejo de Prefectura, que no dió lugar a la reclamación. En seguida, pasó el caso al Consejo de Estado, quien dió la razón a los contratistas. Dispuso que la compañía no debía alzar las tarifas; pero la Municipalidad pagaría, en cambio, los mayores gastos en que incurrió la compañía por causas imposibles de prever. El fundamento de la sentencia se resume más o menos así: En derecho no se puede pedir más de lo pactado; pero como no se puede suspender el servicio, suspender la vida de una población, es preciso que la Municipalidad pague los gastos imprevistos.

Con respecto a la Administración y al error de hecho, tampoco es posible en la generalidad de los casos.

Pasemos a tratar, ahora, la fuerza.

b) *La fuerza*.—Es la presión ejercida sobre la voluntad de una persona por medio de amenazas o violencia material para determinarla a contratar. De aquí se deduce que la fuerza puede ser física o moral. Es *física* cuando consiste en actos materiales de violencia; y es *moral* cuando consiste en inducciones psíquicas que obligan a la contratación.

El consentimiento arrancado por la fuerza, física o moral, es nulo. La persona que lo presta no ha podido manifestarse libremente. En consecuencia, un contrato que lleve este vicio es nulo.

Pero para que la fuerza produzca la nulidad del consentimiento, debe reunir ciertos caracteres: debe ser ilícita, injusta, actual e inspirada en un temor fundado y proporcional al sexo, edad y condiciones del intimidado. La fuerza debe hacer nacer en el ánimo de la persona que la sufre un justo temor de verse expuesta ella, su cónyuge, o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial, o sea el temor de desagradar a las personas a quienes se debe respeto, no constituye fuerza.

Es muy raro que a la Administración se la amenace de fuerza. Pero la puede padecer el contratista, quien, en tal caso, puede pedir la nulidad del contrato.

c) *El dolo*.—Es todo engaño, fraude o maquinación insidiosa de uno de los contratantes, que induce al otro a prestar su consentimiento para celebrar un contrato, de manera que sin él no se hubiera realizado.

El dolo puede ser principal o incidental. Es *principal* cuando ha sido obra de una de las partes, y ha sido el motivo determinante del contrato. Es *incidental* cuando carece de cualquiera de las dos circunstancias anotadas, es decir, cuando siendo obra de una de las partes no ha sido determinante del contrato, o cuando



siendo el motivo determinante del contrato no ha sido obra de una de las partes; y cuando carece de ambas circunstancias, o sea, cuando no es obra de una de las partes ni ha sido el motivo determinante del contrato.

El dolo solamente vicia el consentimiento cuando es principal. Si el dolo es incidental no vicia el consentimiento, sino que da acción para pedir la indemnización de perjuicios; por el total contra los que fraguaron el dolo, y contra los que se han aprovechado de él hasta la concurrencia del provecho que hayan reportado (Art. 1458 del Código Civil).

Se puede decir que es casi imposible que la Administración proceda con dolo. Ella no pretende obtener lucro con la hacienda particular. Hay mayores probabilidades que el contratista se valga del dolo. En tal caso, la Administración podría pedir la nulidad del contrato.

El objeto.—Propiamente hablando, dice un autor civilista, el objeto del contrato es producir una obligación de dar, hacer o no hacer, y es la obligación la que tiene por objeto una cosa o un hecho; pero como no es posible atribuir al contrato un objeto diverso del que tiene la obligación que él produce, la ley emplea indistintamente las mismas palabras cuando trata del objeto del contrato, y del objeto de la obligación.

Según esto, *el objeto del contrato es el objeto de la obligación*, aquello sobre que recae la obligación; y para conocer el objeto no hay más que preguntarse: ¿Qué cosa es lo que se debe?

De acuerdo con el artículo 1460 del Código Civil, el objeto del contrato puede consistir en dar una cosa, en un hecho o en una abstención.

Si consiste en una cosa la obligación es de dar, y en tal caso puede tener por finalidad la transferencia del dominio, como en la compraventa, o la transferencia de la tenencia o del uso de una cosa, como en el arrendamiento, la prenda o el comodato.

Si la cosa debida es un hecho, hay que distinguir si es positivo o negativo, si consiste en que el deudor haga algo o se abstenga de algo. En el primer caso, la obligación es de hacer, y en el segundo caso, es de no hacer.

Para que la obligación sea válida, el objeto debe reunir ciertos requisitos que son distintos en las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer.

En las obligaciones de dar, el objeto debe reunir tres requisitos: debe ser determinado, posible y lícito o comerciable.

El objeto en las obligaciones de hacer y no hacer, debe ser determinado y posible, física y moralmente.

En fin, todo esto se estudia detalladamente en la cátedra de Derecho Civil.

El objeto del contrato es administrativo cuando la prestación afecta a un servicio público o a una obra pública. Con mayor motivo merecerá aquella calificación cuando la obra misma o el servicio mismo constituyan el objeto del contrato. Ejemplo: un suministro para un hospital. En este caso, el contrato es administrativo, porque su fin inmediato es un servicio público: el hospital (R. Fernández Velasco, "Los Contratos Administrativos". Madrid, 1927, pág. 79).

Debemos hacer notar que el *objeto* del contrato es algo distinto del *fin* que en el mismo se persigue. Jurídicamente, eso sí, se confunden.



En los contratos administrativos, la obra pública, el servicio público, son el objeto jurídico del contrato; la utilidad pública, la utilidad o interés social que van a satisfacerse con el objeto, constituyen el fin del contrato. El objeto jurídico es el medio para conseguir el fin.

Causa.—Es el motivo que induce al acto o contrato. Se conoce por medio de la siguiente pregunta: ¿Por qué se debe? La respuesta a esta pregunta indica la causa de la obligación.

Es muy discutido el concepto de causa. Muchos lo consideran obscuro e inútil.

Si la causa es el motivo que induce al acto o contrato, "en toda obligación pueden descubrirse tres causas: la *íntima y psicológica*, que conduce a una persona a emplear un medio jurídico para conseguir ciertas cosas, por ejemplo, el deseo de poseer un reloj (*motivo causal*); la *externa y en sí jurídica*, que radica en la prestación que se cambia, de tal suerte que cada una viene a constituir el título de la otra; por ejemplo, el precio es título y causa de la entrega del reloj que se compra, y al contrario, de tal manera que suprimido uno de los elementos resulta suprimido el otro: si no se entrega el reloj, se carece de derecho para exigir el precio, y si no se abona éste, aquél no se debe, por lo cual uno es causa del otro; y, finalmente, el *móvil que se persigue*, la *aplicación que se quiera dar al objeto de la prestación*; por ejemplo, el que adquiere el reloj, utilizarlo por sí mismo o regalarlo; el vendedor emplear la cantidad en hacer un viaje o en jugar o en comprar otro objeto (*motivo final*). Por lo tanto, el *deseo*, es causa de la obligación; la *prestación* es causa de la obligación; el *fin* es causa de la obligación.

De ordinario, confúndese estos tres sentidos de la palabra causa, y con ella, sin suficiente diferenciación se alude a cada una de esas acepciones o a varias de ellas (R. Fernández de Velasco, obra citada, págs. 92 y 93).

¿En cuál de las tres acepciones debe tomarse la palabra *causa*? Los autores no están acordes al respecto. Algunos la toman en la primera acepción; otros, en la segunda, y otros, aun en la tercera. Pero lo cierto es que en los contratos entran las tres acepciones en tres momentos diferentes. Un ejemplo lo demostraré. Supongamos que una persona se encuentra de novio, y un amigo decide—con delicadeza y economía—obsequiar a la novia un "bouquet" de flores. Lo primero que se manifiesta en el amigo, es el *deseo* de contratar con una florista para que haga y envíe el "bouquet". Contrata. Así obtiene la *prestación* de la otra parte con el *fin* de obsequiar a la novia. Pero si la florista no envía el bouquet el día del casamiento, sino que al siguiente, ¿deberá el amigo de marras pagar? Nosotros creemos que no, porque su obligación no tendría causa. El contrató para obsequiar a la novia y por culpa de la otra parte no pudo hacerlo.

La realidad positiva e íntima da al *motivo final* mayor relieve que a los otros dos y los transforma en simples medios posibles de alcanzarlos.

En cuanto al punto netamente administrativo sobre la causa, dejemos hablar a Fernández de Velasco:

"Por lo que atañe a la persona que contrata con la Administración, es evidente que se separan y diferencian con sencillez el motivo causal, la causa y el motivo final. Pero examinada la cuestión en cuanto a la Administración misma, el mo-



tivo causal no existe, o de existir, se confunde con el motivo final, y, por lo tanto, la causa se entiende bien como el motivo concreto que ocasiona la obligación, bien como el motivo que determina a la Administración a obligarse. El motivo causal en orden a la Administración se convierte en un problema de capacidad distinto del motivo final, o necesidad que se quiere satisfacer. Desde el punto de vista del motivo final, el contrato administrativo para la Administración coincide con su objeto en cuanto aquélla y ésta tienen las propias denominaciones: obra pública, servicio público, utilidad pública. Lograr realizar o satisfacer alguna necesidad de este tipo constituye el motivo final o determinante del contrato administrativo. De Vallés escribe: "La declaración de voluntad pública tiene por causa la satisfacción del interés colectivo, lograda mediante el cumplimiento de las obligaciones que incumben al particular...".

Son muchos los que consideran que la causa debe suprimirse como requisito de los contratos, porque la consideran como un concepto obscuro y que al fin de cuentas se viene a confundir con el objeto.

Requisitos de forma en los contratos administrativos

La celebración de los contratos administrativos—dice un autor—exige una serie de requisitos de forma: requisitos esenciales para su validez, porque en su cumplimiento encuentra la Administración la mejor de las garantías del interés colectivo que le está confiado. Además, agregaremos nosotros, los requisitos de forma son esenciales por la naturaleza del órgano que presta el consentimiento.

Si se omiten los requisitos formales, se produce la nulidad de los actos en que inciden. Y aquí vemos una diferencia entre los contratos administrativos y civiles. Al paso que los segundos descansan en un principio de espiritualidad, los primeros tienen como condición fundamental las solemnidades externas.

Todos los contratos administrativos son solemnes; algunos más que otros. Así, el de obras públicas tiene más solemnidades que el de suministro y aprovisionamiento.

Veamos, por vía de ejemplo, las formalidades a que está sujeto el contrato de obras públicas, ya se trate de la construcción de una obra pública cualquiera, o ya se trate de las obras especiales que en nuestro país tienen reglamentación especial, como son las construcciones de edificios fiscales.

Desde luego, las formalidades empiezan por la manifestación de voluntad que hace la Administración Pública para construir la obra. La manifestación de voluntad la expresa el órgano competente, según sea su naturaleza, con ciertas formalidades legales: si es unipersonal y decisorio debe hacerla de acuerdo con las facultades propias que le confiere la ley; si es pluripersonal, de conformidad con los requisitos que son esenciales para que pueda manifestar su voluntad (constituirse en sesión, quórum, producción del acuerdo, etc.).

Una vez resuelta la construcción, se hacen los planos con sus pliegos de condiciones técnicas y administrativas y deben ser aprobados por la autoridad competente mediante un decreto. Y aquí hay ya otra formalidad.

En seguida, debe determinarse cuál de los sistemas de construcción es el que



se va a emplear. Los tres sistemas generales son: por *Administración*, por *concesión* y por *contrato*. El primer sistema se caracteriza porque es la Administración quien construye la obra con su personal técnico; no intervienen para nada personas extrañas, como no sean los contratistas de obra menuda, que se aceptan aún en este sistema. Los fondos que se invierten deben ser del Estado, especialmente presupuestados para ello en la ley general o en una ley especial o en una ley de empréstito para este objeto. Este sistema es el que debería usarse en todas las construcciones de obras públicas, porque permitiría al Estado hacerlas a un menor costo. Sin embargo, no se emplea porque ha dado resultados contraproducentes. Las obras han costado más de lo presupuestado, debido a que los cálculos resultan inferiores a la suma que en realidad cuesta la obra. Esto es lo que ha hecho decir a muchos que el Estado es mal calculador y que no debe efectuar ninguna obra por su cuenta.

El segundo sistema es el de la concesión. Consiste en que la Administración autoriza a un individuo o empresa para que, con capital y personal propios, ejecute una obra pública mediante condiciones que la primera impone y que el concesionario acepta. El concesionario queda a cargo de la explotación de la obra durante un tiempo determinado y debe cuidarla como un buen padre de familia, conservándola en el mejor estado posible, a fin de que vencido el plazo dado para la explotación, pase al dominio del Estado sin cargo alguno para él. Este procedimiento es el que ha permitido a Estados pobres tener obras públicas de importancia, sin grandes costos.

El último sistema es el de construcción de obras públicas por contrato. Consiste en la contratación que efectúa la Administración con un individuo para que construya una obra pública mediante precio alzado. Los precios pueden ser fijos, máximos o precios que se completan en el total y que se pagan por parcialidades. En su debido tiempo, veremos lo que todo esto significa.

Si la obra se va a construir por Administración, hay que declararlo; porque la naturaleza de la obra es tal que la Administración se somete a construirla así, o porque es urgente, o porque la naturaleza de la obra impide la libre concurrencia a las propuestas (fortificaciones). La resolución de que se haga por Administración es una solemnidad.

Ahora, si la Administración quiere efectuar la obra por contrato, habrá que pedir propuestas públicas. Y aquí se presenta la solemnidad de la apertura. Las propuestas están llenas de formalidades. Deben hacerse en formularios especiales que la Administración da a los interesados. Se presentan en dos sobres cerrados y diversos: en el uno está la propuesta, con indicación de los precios y todas aquellas anotaciones que sean indispensables para que el vínculo quede establecido; en el otro sobre van lo que se llama documentos anexos a la propuesta. Este último se abre antes que el sobre primero, porque si en él se han omitido algunos de los requisitos de forma que la ley dispone, se tiene como no presentada la propuesta y no hay necesidad de abrir el otro sobre en el cual va ella. Como vemos, las formalidades no pueden ser más determinantes, llegan a anular el hecho de la presentación.

No todo el mundo tiene derecho a presentarse. En cada contrato están de-



terminados quiénes pueden hacerlo. En los contratos de obras públicas los que estén inscritos en los registros y en las secciones respectivas; en los contratos de suministros y aprovisionamiento, los productores, los fabricantes o su representantes y los talleres fiscales. Hay una indicación en la ley pertinente que dice que deben tener preferencia los fabricantes nacionales, siempre que de ello no resultare un perjuicio para el público.

Una vez presentadas las propuestas y transcurridos los plazos, viene la segunda solemnidad: la apertura de las propuestas, que debe hacerse en día determinado, hora determinada, en presencia de funcionarios determinados y con la concurrencia de los interesados. Este último requisito no es esencial: asistan o no asistan, de todas maneras se abren las propuestas en la forma dicha, siempre que los sobres de los documentos anexos contengan los requisitos convencionales. Se abren todas, se leen y se levanta un acta de su contenido. Cualquiera propuesta que se omita y que reúna los requisitos legales exigidos, vicia de nulidad el acto.

Y viene la tercera formalidad: El pronunciamiento de la Administración sobre las propuestas presentadas. La autoridad puede hacer cualquiera de estas tres cosas: las rechaza todas, acepta una o bien acepta parte de diferentes propuestas presentadas, las fracciona, en una palabra.

Porque la Administración puede hacer cualquiera de las tres cosas indicadas, es que se dice que en nuestra legislación no se aplica el sistema de propuestas, sino el sistema de concurso.

Viene después el decreto supremo que pone en conocimiento de todos la resolución adoptada por la Administración. El decreto se publica, y si se ha aceptado una propuesta determinada, se notifica de ello al interesado. Se le expresa que concurra a la oficina correspondiente a fin de ultimar las solemnidades relativas al acto. La solemnidad final es la reducción de todo lo obrado a escritura pública. Esta debe contener ciertos antecedentes y documentación especial, relativos a la individualización de los contratantes (tal como en los contratos corrientes); la inserción del decreto por el cual se aceptó la propuesta; referencias a los pliegos de condiciones técnicas y administrativas en conformidad a los cuales debe ejecutarse la obra; alusiones a los planos que fijan el plan general; declaración de que la parte que contrata con la Administración conoce la reglamentación general y de que ésta forma parte integrante del contrato. De manera que es ley para los contratantes no sólo lo que expresamente se ha estipulado en el contrato, sino que también la reglamentación general a que queda sometida la construcción de obras públicas.

Esta escritura pública debe extenderse en un plazo determinado y que la ley establece bajo una sanción, que es doble si dentro del plazo que se ha dado para que acuda el contratista a firmar la escritura, no lo hace. La Administración puede aplicar dos sanciones: 1.º, dejar sin efecto el decreto que aceptó la propuesta; 2.º, aplicar a fondos fiscales la garantía que el contratista dió en el momento de hacer la presentación de la propuesta, y que debe figurar entre los documentos anexos a la misma.

Las garantías son de tres clases: de *presentación*, de *ejecución* y de *retención*. La primera es la que el contratista da para poder hacer la propuesta. Por regla



general, consiste en un tanto por ciento del presupuesto oficial de la obra, dos por ciento, corrientemente. Se constituye en un Banco, Caja de Ahorros o cualquiera otra institución de crédito. Esta es la garantía que se aplica a fondos fiscales cuando no se presenta el contratista a firmar la escritura después de haber sido notificado en conformidad a la ley.

Las garantías de ejecución son aquéllas que aseguran el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación que contrae el contratista con la Administración. Esta se establece en el momento de firmar la escritura, cambiándose por la garantía de presentación o bien completándose con ésta. Es del diez por ciento del valor de la propuesta aceptada. Como vemos, hay una diferencia con el primer caso: en éste es el dos por ciento del presupuesto oficial de la propuesta; en aquél es el diez por ciento del valor de la propuesta aceptada. La garantía de ejecución subsiste durante todo el tiempo que se está ejecutando el contrato. Sólo procede su devolución en el momento en que se haya hecho entrega definitiva.

La obra debe ejecutarse de acuerdo con lo pactado, principalmente ciñéndose al pliego de condiciones técnicas y administrativas, y dentro del plazo que da la ley. Una vez transcurrido este plazo, viene la recepción provisional de la obra, que tiene por objeto acreditar, mediante informes, si esta obra consulta las seguridades, las calidades, las formas, los materiales consultados en la propuesta. Hecha la recepción provisional, se puede devolver al contratista un tanto por ciento de la retención. La *garantía de retención* es un hecho que consiste en hacer deducciones a los dineros que deben entregarse al contratista por los trabajos realizados, mediante los que se llaman "estados de pago". Supóngase que se pactan pagos parciales a razón de un tanto por obra construída durante un mes o seis meses. Estos pagos que se hacen no importan la aceptación de la obra realizada, sino que son simples anticipos de dinero para los efectos de facilitar el desarrollo económico de la operación. De tales pagos se deduce el diez por ciento, que es lo que se llama *garantía de retención*, con el objeto de aumentar las seguridades para que la obra se termine en las condiciones estipuladas. El diez por ciento del total de la propuesta es la *garantía de ejecución* y el diez por ciento de los pagos parciales es la *retención*.

Un año después de efectuada la recepción provisional, se efectúa la recepción definitiva. En ella se liquida el contrato, se devuelven todas las garantías que ofreció el contratista, y se le da un documento de finiquito. Todo lo cual no obsta para que siga pesando sobre el contratista la responsabilidad que, según el Código Civil, dura diez años para responder de la seguridad de la obra construída. Hay 5 años.

Hay una serie de formalidades en la formulación y ejecución de los contratos administrativos. Además, hay que considerar las llamadas formalidades fiscales. Se traducen en todas aquellas medidas que el fisco toma o que impone para los efectos de que se cumplan las leyes de contribución correspondientes: registro, timbres, papel sellado, estampillas de impuestos, etc.

Se ha planteado el problema de si la omisión de estas llamadas formalidades fiscales son causa de nulidad del contrato. Hay opiniones divergentes en-



tre los autores. Georgi, en su "Tratado de las Obligaciones", estima que estas formalidades fiscales no son formalidades del acto y que, por consiguiente, su omisión no produce nulidad. Opina que son simples garantías establecidas por el fisco como seguridad práctica para asegurarse el pago de los impuestos correspondientes. Es de observar, sí, que cuando faltan las estampillas correspondientes, cuando no se han pagado los impuestos respectivos, los contratos carecen de mérito probatorio y también de mérito ejecutivo.

En nuestra legislación, el caso está resuelto expresamente. La omisión de las formalidades fiscales importa un vicio fundamental que podría acarrear la nulidad del acto o producir efectos equivalentes a la nulidad. Entre los requisitos que se exigen para que una propuesta sea admitida a examen, figura el pliego o el sobre que contiene los documentos anexos a la propuesta. En ellos deben pagarse los impuestos y la contribución correspondientes.

Como dijimos más arriba, en la propuesta pública actúan diversos funcionarios que la ley determina y deben llenarse las solemnidades en el orden que fija la ley. Volvemos a advertir que primeramente se abre el sobre que contiene los documentos anexos a la propuesta. Si abierto éste se ve que en los documentos no se han pagado los impuestos correspondientes, el otro sobre en que está la propuesta se devuelve al interesado sin abrirlo, porque no se han cumplido las solemnidades exigidas en la documentación. Es lo mismo que si fuera nula la propuesta, pues se devuelve ésta sin abrirla.

En el contrato de suministro o de aprovisionamiento, las formalidades son menos rigurosas. Así, cuando la Dirección de Aprovisionamiento celebra un contrato con un proveedor, no se reduce a escritura pública, sino que se entrega al contratista un documento que es como una orden de aprovisionamiento, según la cual el proveedor debe proceder al cumplimiento del contrato celebrado que incide en la propuesta que aceptó.

Como dijimos, los contratos administrativos son solemnes, unos más que otros; pero todos requieren formalidades.

Efectos que producen los contratos administrativos

Al iniciar este párrafo, conviene tener presente nuestra afirmación: "A los contratos administrativos hay que aplicarles la teoría general de los contratos civiles, en defecto de disposiciones especiales expresas".

"Nuestro Código Civil—dice un autor—reglamenta promiscuamente los efectos de los contratos y los efectos de las obligaciones en los artículos 1545 y siguientes; pero la doctrina distingue los efectos de unos y otros, y así dice que los *efectos de las obligaciones son los derechos que la ley otorga al acreedor para obtener del deudor el cumplimiento íntegro, exacto y oportuno de la obligación, cuando el deudor no la cumple en todo o en parte o está en mora de cumplirla*, y que esos derechos son tres: un *derecho principal* para exigir en la medida de lo posible la ejecución forzada de la obligación; un *derecho secundario*, que consiste en la facultad de pedir la *indemnización de perjuicios* en caso de incumplimiento de la obligación; y los



derechos que se denominan *auxiliares* y que tienden a dejar afecto al cumplimiento de la obligación el patrimonio del deudor, tomando las medidas para su conservación y seguridad, a fin de hacer posible el pago de la deuda.

"Los contratos producen obligaciones, y en cierto sentido todo lo dicho sobre los efectos de las obligaciones es aplicable a los efectos de los contratos...".

Todos los contratos producen como efecto propio, derechos y obligaciones correlativas. Las obligaciones de una parte importan derechos correspondientes de la otra. El derecho substancial de la parte favorecida consiste en poder exigir el cumplimiento exacto, oportuno e íntegro de la obligación que tiene la otra parte.

Los efectos de los contratos deben ser estudiados con relación a las partes que los celebran, a sus sucesores y los terceros.

Respecto a las *partes*, los efectos más notorios del contrato administrativo se traducen en la circunstancia de la *ejecución* del mismo, porque ésta debe realizarse, necesariamente, dentro de cierto plazo, so pena de la sanción que la ley general establece y de la que expresamente se estipula en el acto. Se puede decir, en materia administrativa, que el plazo es tan imperativo que produce efectos trascendentales para las partes que contratan. Esto se debe a que se mira como condición esencial la de que el servicio público que se trata de atender, empiece a funcionar con oportunidad. De ahí es que el transcurso del plazo estipulado, sin que se haya ejecutado la obra, traiga, por regla general, como consecuencia, la terminación del contrato, su resolución, y en algunos casos, la caducidad.

La *caducidad* se emplea en las llamadas *concesiones*, que tienen una calidad jurídica muy discutida. Veremos, en momento oportuno, nuestra opinión, que sostiene que la concesión no es un contrato administrativo.

Respecto a los *sucesores*, dice, en general, la legislación civilista, que tratándose de sucesores a título universal los contratos producen idénticos efectos que entre las partes contratantes. Pero esta regla tiene sus excepciones. Entre ellas encontramos una que prescribe que los derechos y obligaciones que el contrato engendra no se transmiten a los herederos en aquellos contratos celebrados "*intuitu personæ*", que son los que en general imponen una obligación de hacer.

El principio general civilista, que hemos enunciado, no tiene aplicación en la contratación administrativa, pues *ésta se hace de un modo concreto respecto de las personas contratantes*, por ser así de necesidad para la defensa y garantía de los intereses públicos. Podríamos decir que el contrato administrativo es "*intuitu personæ*". Por consiguiente, la muerte del contratista pone término al contrato.

En cuanto a los efectos respecto de *terceros*, el principio en materia civil es que los contratos no afectan a terceros, ni para perjudicarlos ni para beneficiarlos.

"En materia de *contratación administrativa*—dice una memoria de licenciado—bien podemos afirmar que el principio civilista *se da en sentido opuesto*, aun cuando por no emanar esos efectos de una manera inmediata del contrato mismo, sino del *servicio público* a que el contrato se refiere, es más propio hablar de su repercusión respecto de terceros".

Así, según el artículo 30 de nuestra Ley de FF. CC., la Administración o



personas en quienes haya subrogado sus derechos *pueden temporalmente ocupar terrenos particulares o del dominio público*, con el objeto: 1.º De practicar los estudios necesarios para la preparación del proyecto definitivo de las obras; 2.º De establecer caminos provisionales, talleres, almacenes, depósitos de materiales y cualesquiera otros servicios que sean necesarios para asegurar la expedita construcción de las obras o para el establecimiento de vías u obras auxiliares, destinadas a mantener la continuidad del tránsito en el caso en que la línea existente se encuentre utilizada o se necesite ejecutar en ellas trabajos que puedan interrumpir la circulación de los trenes.

Los efectos generales de todo contrato son las obligaciones que crea para ambas partes. Pero en Derecho Administrativo tiene especial importancia la prestación que la Administración hace al contratista y, principalmente, la relacionada con el pago de la obra que se contrató.

El pago puede ser de varias especies. Depende del sistema de construcción que se aplique. Hay obras públicas que se contratan a precio alzado, a precio máximo, a serie de precios, a precios unitarios y a precios por unidad de medida.

Precio alzado es aquél que se establece previamente en el contrato y se determina por acuerdo expreso de las partes, con indicación exacta de cantidad. Este precio no puede modificarse posteriormente sino por acuerdo de las partes, a menos que se llegue a aplicar la teoría de la imprevisión. En el Código Civil, que contiene estas reglas, hay una excepción (artículo 2003, N.º 2), y es la que se refiere al caso imprevisto que puede ocurrir en la construcción de un edificio, cuando un vicio oculto del suelo ocasiona costos que no pudieron preverse y que alteran el aspecto económico del contrato. En tal caso, el contratista podría pedir a la Administración que autorice el exceso y en caso negativo acudir al juez para que califique lo imprevisto del recargo y regule el aumento de precio que debe pagarse.

La teoría de lo imprevisto consiste en acordar al contratista el pago de los gastos en que incurrió fuera del presupuesto, por causas ajenas a su voluntad y que no fueron previsibles, a pesar de toda la acuciosidad gastada para prevenirlos. Esta teoría se ha acogido más que por una razón de derecho, por una razón de equidad.

El *precio máximo* consiste en que se contrata una obra *hasta* un precio determinado. Así, por ejemplo, se acuerda construir un edificio para la Escuela de Derecho, "hasta" por la suma de dos millones de pesos. Si llega a costar menos, se paga el precio que efectivamente costó la obra, contemplándose la ganancia posible del contratista; si la obra cuesta más, no se pagan sino los dos millones estipulados. Es un precio "hasta tanto", y no más.

La *serie de precios* es una indicación que se hace de los precios que van a tener las diferentes obras que sumadas van a constituir el total de la construcción. Se pagan, previo acuerdo, hasta completar la suma total. Esta serie de precios se establece en aquellas ocasiones en que es imposible o muy difícil determinar el monto efectivo que van a importar las obras, debido a que no se ha podido expresar su cantidad ni su naturaleza.

Los *precios por unidad de medida* son aquéllos que se pagan por partes o



cuotas que corresponden a cada unidad de la obra que se haya terminado de construir. Supongamos que se trata de construir un ferrocarril y se estipula que por cada 5 kilómetros terminados se abonará la parte de precio que corresponda a lo ejecutado. El precio total de la obra es la suma de los precios parciales fijados para cada unidad de medida.

Los *precios unitarios* son aquéllos que se pagan por unidad completa del total de una obra. Ejemplo: Se trata de construir la ciudad universitaria, dentro de la cual cada Facultad va a tener su edificio propio. El precio unitario consistiría en pagar el que se le asignara a cada una de las entidades que constituirían el total de la obra que se realiza.

En el contrato de aprovisionamiento, la cuestión de los precios está también sujeta a ciertas modalidades especiales. El contrato puede realizarse de dos maneras. Una que importa una prestación por una sola vez y otra que entraña prestaciones sucesivas. Un ejemplo para el primer caso: Se va a proveer a la Escuela de Derecho de material docente: bancas, pizarras, estufas (que tanta falta hacen), etc. La prestación se efectúa de una sola vez. Para el segundo caso: Se trata de abastecer de artículos alimenticios al Internado Barros Arana, durante el año 1936. Las mercaderías se enviarán cada cierto período de tiempo y en cantidades proporcionales hasta completar la dotación contratada. En estos contratos de prestaciones sucesivas, no se puede hablar de resolución, sino que de terminación, tal como en el contrato de arrendamiento.

Interpretación de los contratos administrativos

En general, el Derecho Administrativo ha aceptado, en este punto, las reglas establecidas por el Código Civil.

Así, lo estipulado entre las partes es la ley del contrato y según ella debe resolverse sobre cualquier duda o cuestión que ocurriere en cuanto al cumplimiento del mismo.

Se debe atender, más que a la acepción exacta de las palabras, al espíritu expresado en la intención verdadera de las partes. Esto demuestra que el fondo psicológico del contrato vale más que su expresión formal.

En materia administrativa, el fundamento específico de la interpretación es el servicio público, el "supuesto objetivo", como lo llama Fernández de Velasco, al cual deben necesariamente confluir las voluntades recíprocas de las partes, para atender la satisfacción del interés general, causa y razón del vínculo jurídico engendrado por la convención.

Por esto es que cuando se produce un conflicto entre las reglas del Código Civil y el interés general que sustenta el servicio público, la justa interpretación del contrato debe operar en favor de este último, porque es el motivo substancial que ha debido tenerse en vista al contratar y porque la Administración no ha podido válidamente consentir en un negocio jurídico en que el interés público va a recibir un perjuicio evidente.

Como regla general de hermenéutica en los contratos administrativos, debe



tenerse siempre presente el principio de que las cláusulas de dichos contratos deben interpretarse restrictivamente.

Extinción de los contratos administrativos

Con respecto a la extinción de los contratos administrativos, debemos decir nosotros que en ella actúan las mismas causas que en Derecho Civil: el cumplimiento en tiempo y forma debidos, la nulidad, la rescisión, la resolución, la reciliación y la terminación. De todas ellas se hablará al estudiar los contratos administrativos en particular.

La muerte del contratista es causa de extinción del contrato.

En cuanto a la *caducidad*, es de notar que incide en la concesión. Pero nosotros no consideramos a la concesión como contrato administrativo, sino que como un acto de potestad pública, que produce situaciones jurídicas subjetivas, que son causa de efectos notorios en Derecho.

La caducidad pone término a la relación jurídica producida entre el concedente y el concesionario. La cosa vuelve a su estado anterior, y la Administración queda en libertad de otorgar una nueva concesión sobre ella a otro individuo. Las cosas que han tenido un destino por acuerdo de la Administración, vuelven a quedar sometidas al mismo que antes de la concesión tenían, por el solo decreto de caducidad de la misma. No hay necesidad de acto declarativo, ni de intervención de otro órgano; la vuelta al estado anterior se produce "ipso jure".

Refiriéndonos a la *prescripción*, podemos decir que es de aplicación general el precepto contenido en el Código Civil, y según el cual las reglas relativas a aquel modo de extinguir las obligaciones se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las Municipalidades y de los establecimientos y corporaciones nacionales.

Ahora estamos en condiciones de estudiar los contratos administrativos en particular, en el orden en que se han enunciado.

EL CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS

La obra pública es un trabajo de naturaleza inmueble, realizado por el Estado, por su cuenta, o con su autorización, para proveer directamente a una necesidad general.

Gaston Gèze sostiene que el contrato de obras públicas se caracteriza por ser administrativo, por afectar a una obra inmueble, porque se remunera en dinero o de otra manera, y porque los riesgos son del contratista.

Veamos los caracteres distintivos de la vinculación jurídica que nos preocupa.

Primero, se trata de realizar un trabajo u obra de naturaleza *inmueble*. Si se trata de confeccionar, entonces, una cosa mueble, no existe obra pública. Según esto, la construcción de una nave, ¿podrá dar margen a la celebración de un contrato de obra pública? ¿La nave es cosa mueble o inmueble? Se dice que es inmueble porque se puede hipotecar; pero la verdad es que el simple precepto



de la ley que dispone la garantía real propia de los inmuebles no puede transformar la calidad material que la nave tiene: puede transportarse de un lugar a otro, en virtud de un proceso de fuerza y no vale hablar de su adherencia radical al medio en que se mueve, ni de que esté destinada al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, salvo algún caso muy calificado de excepción.

Sin embargo, por la razón dada, las naves se consideran inmuebles.

La doctrina también considera como cosa inmueble, la confección de un monumento por un escultor, siempre que éste se comprometa, junto con realzar la parte artística de la obra, a colocarla en el lugar que debe ocupar definitivamente.

Si a una persona se le encarga la confección de un gran reloj para la futura Escuela de Derecho, por ejemplo, la obra a realizarse ¿sería mueble o inmueble? Sería inmueble si el mismo fabricante se encargara de la colocación del reloj en el edificio; de lo contrario, sería mueble.

Nótese cómo en múltiples casos para sostener que una obra es inmueble, la doctrina recurre a simples detalles accidentales.

Las obras públicas por excelencia son: los caminos, los ferrocarriles, los puentes, los edificios, los muelles, etc.

La obra debe realizarse *por el Estado, por su cuenta, o con su autorización*. Esto corresponde a los tres sistemas señalados para la construcción de obras públicas: *por administración, por contrato o por concesión*.

En realidad, el sistema de construcción por administración, como ya dijimos en otra oportunidad, es el que siempre debería emplearse, porque permite al Estado velar más continuamente por la calidad del material y el cumplimiento estricto y exacto de los planos de la obra y de su ejecución. Por otra parte, sería, en teoría, el más económico, ya que no habría que consultar en el costo el margen de ganancia del constructor. Pero la experiencia demuestra que una obra hecha por administración, cuesta siempre mucho más del presupuesto inicial. Por esta razón, tal sistema se ha ido abandonando, poco a poco, y sólo se ha dejado para casos excepcionales, como ser las obras de naturaleza táctica, por ejemplo. Y es natural: aquí lo esencial es la seguridad y el secreto, no reparándose en gastos, por lo tanto.

También suele emplearse el sistema en cuestión, cuando se trata de una obra que no se ha podido contratar o de un trabajo urgente que no admite espera y es imposible dejar de realizarlo rápidamente, porque se posterga, con perjuicio evidente de la causa pública, la satisfacción de una necesidad general. Ya hemos dicho que una exigencia colectiva que no se atiende con oportunidad puede ocasionar daños irreparables.

Puede construirse, también, una obra pública, por el sistema de administración, cuando no ha sido posible construirla por otro sistema. Por ejemplo, si solicitadas las propuestas de reglamento, nadie se presenta a formularlas; o bien porque la obra que se trata de construir es de aquéllas cuyo costo y desarrollo no se puede determinar de inmediato.

En el sistema por administración, todos los costos del trabajo se pagan por la oficina pública correspondiente. No hay contratista ni concesionario: es la Ad-



ministración la que hace todos los trabajos, con su propio personal e invirtiendo, directamente, los fondos presupuestados.

Esta idea general del sistema no obsta para que se puedan contratar algunos trabajos u obras complementarias; pero estas contrataciones parciales, hechas generalmente a precio alzado y a las veces por unidad de medida, no quitan a la empresa su carácter de obra realizada por administración.

Una variedad de la construcción de obras públicas "por Administración", la constituye el sistema llamado *Cost Plus*, según el cual el Estado encarga la construcción de una obra sobre las siguientes bases:

1.º La empresa aporta únicamente sus servicios técnicos, como constructora y administradora de los bienes y capitales destinados al objeto.

2.º Por estos servicios recibe un precio en dinero.

3.º El precio consiste en un 10% del costo base de la obra. Así se llama al que se calcula, anticipadamente, en el momento de contratar. Se llama *costo efectivo* lo que realmente importa la obra en el momento de su terminación.

Si el costo efectivo es inferior al costo base, se produce una economía en el gasto, y el contratista tiene participación en ella. Si es superior, se rebaja al contratista una parte de su honorario.

Para calcular ambos costos se toman en cuenta, entre otros, los siguientes gastos del trabajo: sueldo de los empleados, obligaciones derivadas del cumplimiento de las leyes sociales, etc.

4.º El personal que se va a emplear en la obra lo elige la empresa constructora a su arbitrio, pero la planta y sueldos deben ser autorizados por la Administración.

5.º La Administración paga, en consecuencia, todos los gastos de la construcción, sean directos o indirectos. La empresa le sirve de elemento organizador e inspector de las obras.

Dijimos que el *Cost Plus* es una variante del "sistema por Administración", porque en él inciden casi todos los caracteres de este último, con la diferencia de que la dirección técnica de la obra está a cargo de un individuo que no pertenece al personal del servicio público.

El trabajo se construye con fondos nacionales. El técnico interviene en la construcción. La obra, una vez concluída, se incorpora a los bienes nacionales y empieza a ser administrada por el órgano competente.

El segundo sistema que la Administración puede emplear para la ejecución de sus obras es el de *concesión*. Puede definirse diciendo que es la autorización que la Administración confiere a un individuo o empresa para que ejecute una obra pública, reservándole durante cierto tiempo la explotación de la misma, con el objeto de que pueda resarcirse de los gastos y obtener una justa ganancia. Transcurrido el plazo, la obra se incorpora al haber del Estado.

Se diferencia del sistema por Administración en que en éste es el personal de la Dirección de Obras Públicas el que ejecuta el trabajo. En cambio, en el sistema de la concesión, es el concesionario quien construye la obra, con capitales propios y con el personal de que pueda disponer o que la Administración le exija.

La concesión se otorga, generalmente, por ley; principalmente cuando al con-



cesionario se le dan garantías, privilegios y concesiones especiales para la construcción de la obra. Entre el concedente y el concesionario se establecen prestaciones recíprocas.

Las facilidades que, corrientemente, se otorgan al concesionario son las que siguen:

1.o La posibilidad de expropiar todos los bienes que sean necesarios a la construcción de la obra. Por eso la ley declara de utilidad pública la construcción.

2.o Se exime al concesionario del pago de impuestos por la internación de los útiles o materiales que va a necesitar para la construcción de la obra. Si no se da una exención completa, por lo menos se otorga una reducción en las tarifas ordinarias.

3.o También suele establecerse el beneficio de que al concesionario se asegure, durante el tiempo de la explotación, un mínimo de interés sobre el capital invertido. Es lo que se llama *garantía de interés*. Si, por ejemplo, el rédito que se considera justo para el capital invertido es el 9%, y si, en realidad, el tiempo de la explotación no ha permitido al concesionario obtener la suma correspondiente a tal porcentaje, en virtud de la garantía de interés, es el Estado quien debe pagar el saldo que no alcanzó a percibir. Supongamos que del interés del 9% sólo haya alcanzado a percibir el 6%, el Estado debe pagarle el otro 3% que falta para enterar la suma calculada como garantía.

Terminado el plazo de concesión, la obra pasa a poder del Estado, sin costo alguno para él. Ella debe encontrarse en buen estado, ya que es obligación del concesionario administrarla como un "buen padre de familia".

Un privilegio que también suele establecerse es el que podríamos llamar de *monopolio legal*. Esto ocurre con los ferrocarriles y obras marítimas. Consiste en asegurar al concesionario que durante cierto tiempo determinado, que generalmente es el de la explotación acordada, no se permitirá la construcción de otra obra análoga, que pudiera hacerle competencia en la llamada "zona de atracción". Se denomina así la región cuyos productos y riquezas en general deben quedar sometidos a la acción del servicio público que motivó la construcción de la obra. Ejemplo: los productos de una región, que deben ser transportados por un ferrocarril o embarcados por un muelle, concedidos.

De manera, pues, que para determinar el monopolio legal, hay necesidad de determinar los productos de la zona de atracción, delimitándola para evitar así perjuicios al concesionario o al Estado, con concesiones que podrían establecer servicios en zonas que, en realidad, no son de atracción.

Este monopolio no tiene por objeto permitir un enriquecimiento injusto al concesionario, sino resarcirlo de los gastos hechos y asegurarle una ganancia equitativa.

Esta cuestión de la obra pública por concesión está vinculada a lo que se llama "*concesión de servicios públicos*", y ello, porque el servicio público concedido consiste en la autorización que se da a un individuo o empresa para que se haga cargo de la realización de un servicio público, mediante la construcción de una obra pública previa.

Se atribuyen a la concesión de obra pública los caracteres de un contrato ad-



ministrativo con las siguientes calidades específicas: sinalagmático, porque engendra obligaciones recíprocas entre concedente y concesionario (Código Civil: artículo 1439); conmutativo, porque da lugar a prestaciones mutuas y equivalentes (Código Civil: artículo 1441); "intuite persona", porque se ha convenido en consideración a la persona del concesionario, de tal manera que no puede haber substitución que no sea autorizada por el concedente. En los países de lo contencioso administrativo, su régimen queda entregado al conocimiento de los tribunales de esta especial jurisdicción. El texto primitivo de la Constitución de 1833, artículo 104, N.º 7., dejó establecida como atribución del Consejo de Estado la de resolver las disputas que se suscitaren sobre contratos o negociaciones celebrados por el Gobierno o sus agentes.

La concesión adopta dos formas: a) por *adjudicación*, acto administrativo que sigue al llamamiento y a la concurrencia que son de rigor en toda propuesta pública; b) por *contrato directo* o "convención amigable", como se llama en Francia, que presenta la ventaja de poder elegir al concesionario que más convenga al interés público y que ofrezca más garantías efectivas de buen cumplimiento, pero que tiene el inconveniente de facilitar el "negociado", cuando la gestión se realiza por un funcionario desleal a la causa pública. Se diferencia de la adjudicación en que no hay propuesta.

La concesión puede acordarse por tres medios: 1.º por ley, cuando implica acto de disponibilidad de algún bien nacional, se confiere alguna garantía o el goce de alguna franquicia, o cuando el plazo de la concesión así lo exige: más de veinte años (Constitución: artículo 44, N.º 3.º); 2.º por decreto, cuando implica acto de mera administración y no se comprometen intereses que la ley protege; 3.º por resolución o acuerdo municipal, cuando se trata de concesión que va a afectar bienes que son del dominio de una Municipalidad.

El concesionario tiene la obligación de ejecutar la obra dentro del plazo y bajo las condiciones establecidas, mantenerla y conservarla a fin de garantizar su buen estado al tiempo de su entrega en dominio al Estado, una vez expirado el plazo de la explotación que se le otorgó. Debe someterse, además, a las otras obligaciones que la ley o el acto concesionario le imponen.

Los *derechos* del concesionario se contemplan en el acto de concesión y se los puede dividir en dos categorías: los que tiene respecto de la administración y los que puede ejercer frente a los particulares. Los de la primera especie, ya se han indicado en líneas generales. En cuanto a los otros, se concretan en las siguientes facultades legales: expropiación de tierras necesarias para la construcción de la obra y su explotación, constitución de servidumbres legales, percepción de entradas por cobro de tarifas confirmadas por la Administración, policía del servicio, a cuyo cumplimiento han de someterse los usuarios de la obra.

Las sanciones que pueden recaer sobre el concesionario se contemplan en la legislación general correspondiente y en el acto administrativo que otorga la concesión. Entre las que tienen aplicación en el sistema legal, pueden indicarse las siguientes: retención, embargo de entradas, secuestro (durante él, la Administración hace explotar la obra por medio de sus propios agentes), caducidad (que puede producirse cuando los trabajos no comienzan en el plazo, cuando el con-



cesionario ha faltado a las obligaciones del pliego de especificaciones, etc.), indemnización de perjuicios.

La concesión puede terminar de alguno de los siguientes modos: la expiración del plazo, la caducidad (procedimiento administrativo), la resolución (procedimiento judicial), la destrucción total de las obras, su abandono.

Por último, debemos ocuparnos del sistema de construcción de obras públicas *por contrato*.

Podría definírsele diciendo que es una convención que la Administración celebra, en virtud de la cual una persona se obliga a ejecutar una obra pública mediante un precio estipulado.

Este sistema está regido especialmente por un Reglamento General, al cual deben someterse todos los trabajos de su especie que se construyan en Chile, con excepción de aquellas obras para las cuales hay reglamentos especiales, como los edificios fiscales y los caminos. Como complemento a lo dispuesto en este Reglamento General se aplican las disposiciones del Código Civil.

Como aquí hay dos legislaciones, hay que aplicarlas con la debida prelación. En primer lugar, se aplica el Reglamento, y en defecto de él, las disposiciones del Código Civil. Así, si se trata de construir un camino o un edificio fiscal, debe preferirse lo que acuerde el Reglamento correspondiente y, en seguida, lo que diga el Código Civil.

Construcción de obras públicas en Chile

Nosotros, al hablar de las formalidades a que quedan sujetos los contratos administrativos, nos referimos a los trámites a que queda sujeta la construcción de las obras públicas en Chile. Como ahora tenemos que referirnos a sus particularidades especiales, vamos a recordar la materia estudiada, a la cual nos referimos en forma incidental.

La obra ha de estar comprendida en el plan general que el Presidente de la República presenta. Debe formarse el correspondiente proyecto y aprobarse. Hay necesidad, además, de consultar las sumas necesarias en el presupuesto correspondiente.

Aprobado el proyecto, viene el llamamiento a propuestas, que es un acto público y solemne, por medio del cual se solicita la concurrencia de los particulares o de las empresas, a fin de construir la obra de que se trata. La ley prescribe las condiciones a que queda sujeta la publicación de dichas propuestas: debe hacerse en el "Diario Oficial", en un diario de Santiago y en otro de la capital de la provincia en que se va a construir la obra. En estas publicaciones se hace referencia a los antecedentes que sobre la obra pública se han formado y que se encuentran a disposición de los interesados en la Dirección de Obras Públicas.

Los interesados deben presentar las propuestas durante el plazo que la ley señala. En un día, que se anuncia con la publicidad suficiente para que llegue a conocimiento de todos, entendiéndose que es bastante la publicación en los diarios, se procede a lo que se llama "apertura de las propuestas", ante los interesados y funcionarios de la Administración correspondiente.

Las propuestas deben presentarse en dos sobres: en uno de ellos va la propuesta, con indicación del precio, y en el otro van los documentos anexos a ella.

Reunida la Comisión y en presencia de los interesados, a la hora fijada por la ley, se empieza por abrir el sobre que contiene los documentos anexos a la propuesta, para ver si se han cumplido las formalidades exigidas, como asimismo con las demás especificaciones reglamentarias. Si alguno de los ocurrentes no ha cumplido con las formalidades prescritas para los "documentos anexos", se procede, entonces, a devolver al interesado la propuesta correspondiente, sin abrirla.

Entre los documentos que se exigen por la ley, figura lo que se conoce con el nombre de "garantía de presentación", que es una seguridad que se establece para la seriedad de la propuesta, y que equivale al 2% del presupuesto oficial de la obra. En caso de que el proponente no haya cumplido con las condiciones exigidas, se aplicará a fondos fiscales la garantía de presentación, como sanción impuesta al individuo por haber presentado una propuesta informal, faltando de esa manera a la seriedad que el acto requiere.

El Estado se reserva siempre lo que pudiéramos llamar "la facultad de opción", que tiene las siguientes variantes:

- 1) Puede aceptar una de las propuestas, aunque no sea la de más bajo precio;
- 2) Puede rechazarlas todas y pedir nuevas propuestas; y
- 3) Puede rechazarlas todas y aceptar algunas fraccionadas, tomando de cada una la oferta que más conveniente pareciere al Estado.

Una vez que la Administración ha manifestado su deseo de aceptar una propuesta, dicta entonces un decreto de aceptación, que viene a ser como el comienzo de la formalización del contrato que se va a celebrar entre el proponente aceptado y la Administración.

Expedido el decreto, se transcribe al interesado para su conocimiento y para que concurra, dentro del plazo legal, a la notaría que se indica, a fin de suscribir la escritura pública correspondiente.

Esta escritura pública debe contener: el decreto supremo de aceptación de la propuesta; la declaración del contratista de que la ejecución de la obra queda sometida a todas las indicaciones contenidas en los documentos (plano y especificaciones, pliego de condiciones técnicas y administrativas), y además, a las prescripciones generales del Reglamento sobre Construcción de Obras Públicas, el cual se considera incorporado al texto del contrato, dándole un doble valor; el de ley que rige el contrato y de ley general que se considera incorporada a la manifestación de voluntad.

Subscrita la escritura, empieza el período de ejecución de la obra, debiendo procederse al canje de la garantía del 2% por otra garantía de un 10% sobre el valor total de la propuesta aceptada. La garantía del 2% tenía por objeto garantizar la seriedad de la presentación de la propuesta; esta segunda garantía del 10% tiene por objeto, en cambio, garantizar la ejecución de la obra.

En el período de ejecución del contrato, la Administración se reserva el derecho de practicar inspecciones en la obra. Estas inspecciones tienen por objeto verificar si las obras se construyen de conformidad a lo estipulado y si en ella se



emplean los materiales convenidos. La Administración tiene también la facultad de dar instrucciones u órdenes sobre los puntos anteriores, cuando estime que hay omisión por parte del contratista, en el cumplimiento de las obligaciones impuestas en el contrato.

Lógico sería que, una vez que el contrato se encuentra reducido a escritura pública, en conformidad a la reglamentación general, no hubiere alteraciones en él. Sin embargo, el contrato, aun después de haberse suscrito la escritura pública, puede sufrir alteraciones; pero sólo la Administración tiene el derecho de introducirlas. Este derecho se reduce a efectuar cambios y modificaciones en la obra, aun cuando altere con ello las condiciones primitivas del trabajo, pero siempre que no pasen de un 20% del valor del contrato.

No toda alteración puede hacerse sobre esta base, porque cuando ésta cambia el contenido general de la construcción, y se trata de modificaciones que no importan un aumento del contrato, sino de obras nuevas no previstas, entonces hay necesidad de contrato especial para ellas. Esto ocurrirá, por ejemplo, si la Administración acuerda construir una obra anexa a la construcción principal, o una que puede ser considerada obra nueva, porque no está prevista en el contrato; o cuando se trate de otras obras que no signifiquen un simple aumento de las contratadas.

La idea general es, pues, la siguiente: cada vez que se trate de construir una obra que no se haya previsto en el contrato o que no signifique el aumento de la obra contratada, se puede aplicar la regla que dice que la Administración puede modificar el contrato alterándolo hasta en un 20% del valor total contratado, entendiéndose que la Administración deberá indemnizar al contratista de los gastos mayores en que incurra a virtud de las modificaciones propuestas.

Durante la ejecución del contrato pueden efectuarse pagos parciales. Estos pagos no hacen suponer que la Administración acepta la obra en cuanto técnica de construcción y materiales. En realidad, estos pagos parciales no tienen sino la calidad de simples anticipos, y se hacen con el objeto de facilitar al contratista la economía del contrato.

De estas sumas parciales que se pagan, la Administración hace retención de un 10%, a fin de formar una garantía para la completa ejecución del contrato. La retención se devuelve después de efectuadas las recepciones a que nos vamos a referir en seguida.

Requisito esencial para tener derecho a presentar propuestas, es estar inscrito en el Registro de la Dirección General de Obras Públicas, el cual está dividido en secciones: ferrocarriles, puentes y caminos, obras de arquitectura, regadíos y trabajos de concreto armado.

Pueden inscribirse en estos Registros: los ingenieros y arquitectos que tengan título válido reconocido en Chile, y que hayan ejecutado obras, acreditando la competencia en estas construcciones, y los empresarios no titulados que acrediten haber dirigido, personalmente y con éxito, construcciones en un período de tiempo no inferior a tres años, con la práctica de los trabajos propios de la sección en que desean inscribirse.



En segundo lugar, pueden inscribirse las empresas o compañías constructoras legalmente constituidas, que acrediten competencia y responsabilidad.

En tercer lugar, pueden inscribirse los capitalistas legalmente asociados a los ingenieros o a las empresas constructoras.

Hemos dicho que estas obras públicas se hacen a precio alzado, es decir, a un precio que se fija al convenir el contrato. Sabemos que el precio puede tener diferentes formas.

La regla general es que el precio que se fijó no puede alterarse; y la ley que rige estos contratos no acepta ninguna variación en él, aun cuando se compruebe que se han producido alzas o bajas en el valor de los materiales empleados o en el monto de los salarios y aunque se hayan alterado las condiciones económicas del país o se produzca cualquier otra circunstancia de esta naturaleza, que no esté expresamente prevista.

Sin embargo, esta regla general sufre algunos casos de excepción, como son los siguientes:

1.º Cuando las alzas de materiales o jornales alteran en más de un 30% el valor de las obras que quedan por hacer. En este caso, no se altera propiamente el valor de la obra; pero el contratista y la Administración, cada uno por su parte, tendrían derecho para pedir la liquidación del contrato, sin cargo alguno para las partes, si antes de terminarse los dos tercios del valor del contrato se comprueban debidamente dichas alzas.

2.º Cuando durante el plazo de vigencia del contrato se aumentan los derechos de aduana o las tarifas de los ferrocarriles que el contratista debió utilizar para el transporte de los materiales que necesita para la construcción de la obra. En este caso, hay alteración en el valor del contrato y el contratista tiene derecho a pedir que se le devuelva la diferencia de gastos hechos en razón del alza de los derechos de internación y tarifas de ferrocarril.

Aquí cabría hablar también de la "teoría del riesgo imprevisible", pero ya hemos hecho alusión a ella en la página 73 de estos apuntes. Valga en este lugar lo allí dicho.

Puede ocurrir, durante la ejecución del contrato, una circunstancia que la ley prevee: la de que se vea la Administración en la necesidad de paralizar los trabajos, por falta de fondos para continuar la construcción. En tal caso, puede ordenar la paralización de la obra. Sus efectos dependen del tiempo que ella dure. Si la paralización no excede de un mes, el contratista está en la obligación de aceptarla y no puede pedir indemnización de perjuicios, ni alteración alguna en el contrato. Si dura más de un año, el contrato queda resuelto de hecho. Si la paralización se prolonga por más de un mes y no excede de un año, el contratista puede pedir la resolución del contrato.

En los dos últimos casos, hay indemnización de perjuicios en favor del contratista, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1999 del Código Civil.

Una vez concluida la obra viene el trámite de la *recepción*, dividida en dos etapas: la recepción provisional y la recepción definitiva.

La *recepción provisional* se hace por medio de una comisión especial, la que levanta un "acta de recepción", en la cual se anotan todas las circunstancias de



observación respecto de la calidad de la obra, de sus materiales y a si se han cumplido en ella las condiciones impuestas en los pliegos respectivos, que son el de especificaciones técnicas y el de condiciones administrativas.

Un año después de hecha la recepción provisional, expirado el término que se llama "plazo de garantía", viene la recepción definitiva, que produce efectos jurídicos notables. Desde luego, da lugar a la liquidación final del contrato y al otorgamiento de la escritura de cancelación del mismo.

En segundo lugar, se hace la devolución de la garantía de ejecución y del dinero retenido; y sólo continúa rigiendo, para lo venidero, la disposición general del artículo 2003 del Código Civil, que extiende la responsabilidad del contratista hasta diez años después de recibida la obra como garantía de seguridad.

EL CONTRATO DE SUMINISTRO Y APROVISIONAMIENTO

Es también un contrato administrativo, por medio del cual la Administración se provee de muebles, productos, materiales y aun servicios, por mediación de un contratista, con el objeto de destinarlos, *directa e inmediatamente*, a un servicio público. Todo ello a riesgo y ventura del contratista, como se dice.

Este contrato tiene dos aspectos particulares:

Se llama de aprovisionamiento cuando se trata de proveer a la Administración de muebles, materiales y productos; y se llama de suministro cuando se trata de proveerla de fuerza eléctrica, de gas, agua potable, fuerza motriz, etc.

Ley N.º 4,800, sobre Aprovisionamiento.—Hasta el año 1930 no existía ningún sistema orgánico que rigiera el aprovisionamiento de las oficinas fiscales; pero en este año se dictó la ley N.º 4,800, que estableció un régimen particular, creando la Dirección General de Aprovisionamiento del Estado, y dando a su jefe la representación judicial y extrajudicial del servicio con facultad específica para celebrar contratos.

La Dirección de Aprovisionamiento tiene por objeto adquirir, almacenar y distribuir los útiles y materiales que la Administración necesita para el funcionamiento de los servicios públicos, con excepción de aquellas reparticiones que se rigen por reglamentos especiales, como las Fuerzas Armadas, y de aquellos servicios que deben someterse a reglamentación especial, porque así lo resuelve el Presidente de la República, mediante un decreto.

El aprovisionamiento puede efectuarse de dos maneras: de *una sola vez* o en *prestaciones sucesivas*.

Habría aprovisionamiento de una sola vez en el caso que se trate de dotar a un establecimiento público de muebles que necesita para una biblioteca, por ejemplo. Aprovisionamiento sucesivo habría en el caso de que se trate de un internado, al que se van haciendo entregas periódicas destinadas a la alimentación de los alumnos.

En cuanto al régimen a que queda sometido el aprovisionamiento del Estado, diremos que es muy semejante al que hemos descrito al tratar de la obra pública. Así, tenemos petición de propuestas públicas, presentación de éstas en las



condiciones estipuladas; apertura de las propuestas; depósito de garantía, que en este caso es de 10% del valor total de la propuesta. Puede omitirse la licitación en casos especiales, atendida la urgencia de la adquisición, la conveniencia de obtenerla por sistema directo o el acuerdo fundado del Consejo.

No se reduce a escritura pública el decreto de aceptación de la propuesta, como ocurre en la obra pública, lo que no obsta para que se llene este trámite cuando se trata de reparticiones que se rigen por reglamentos especiales, como es el caso de las Fuerzas Armadas.

La Dirección de Aprovisionamiento no exige escritura pública; se limita únicamente a entregar al contratista una especie de orden de aprovisionamiento o documento de adquisición, que permanece en su poder durante diez días; y si a esta orden de aprovisionamiento no se hace observación alguna por el proponente, se entiende que la acepta en todas sus partes y produce los mismos efectos que un documento público, o sea, determina a los contratantes el cumplimiento de las obligaciones allí contenidas.

Sólo pueden presentar propuestas:

- 1.o Los fabricantes de las especies que el Estado necesita;
- 2.o Sus representantes directos; y
- 3.o Los talleres fiscales.

Hay en esto una regla general: la de que los productores nacionales deben ser preferidos a los extranjeros, salvo que de esta preferencia deriven perjuicios para el interés público.

Para garantizar el cumplimiento del contrato se exige una garantía equivalente al 10% del valor de la propuesta aceptada.

Con el fin de asegurar la buena calidad del aprovisionamiento, la Administración puede tomar las siguientes medidas:

1.o Puede imponer multas al contratista que no hace las entregas en los períodos estipulados, o que falta a la convención;

2.o Puede la Administración, cuando la entrega no se ha hecho oportunamente, hacer la adquisición por cuenta del proveedor y a su cargo: debe sopor-
tar la diferencia de precios que resulte de dicha adquisición;

3.o Tiene, además, la Administración, el derecho de poner término al contrato cuando el atraso no sólo resulte inconveniente, sino que además cause un verdadero perjuicio a la Administración; y

4.o Por último, puede aplicar a beneficio fiscal la boleta de garantía.

Cuando se trata del aprovisionamiento del Ejército, la sanción es más severa, pues no consiste únicamente en una prestación pecuniaria, sino que lleva aparejada, además, la responsabilidad penal. Esta sanción puede llegar hasta la pena de muerte cuando el aprovisionamiento se haya hecho en condiciones tales que la mala calidad de los artículos haya producido perjuicios graves a la tropa.

En nuestro país, puede decirse que el contrato de aprovisionamiento tiene tres modos de desenvolverse:

1.o Mediante una reglamentación general: la ley 4,800, que crea la Dirección General de Aprovisionamiento del Estado;



2.o Mediante una reglamentación especial a que se somete el aprovisionamiento en las reparticiones públicas, como las Fuerzas Armadas; y

3.o Mediante una resolución especial que el Presidente de la República, según la ley, puede adoptar, para disponer otra forma de aprovisionamiento en favor de una repartición pública determinada.

La teoría del contrato de suministro no le reconoce a este contrato la singularidad propia que debería tener, cual es de simple compraventa de bienes muebles para destinarlos a un objeto determinado. Es un contrato administrativo que no se rige por las disposiciones generales del Código Civil, sino únicamente por las disposiciones especiales administrativas. De tal manera que un contratista no podrá invocar en su favor las disposiciones de la ley civil, en cuanto se refieren a la compraventa, si estas disposiciones están en contradicción con lo establecido en las leyes y en los reglamentos administrativos, que imponen un régimen especial para esta clase de contratos. Los detalles del régimen de los contratos de suministro y aprovisionamiento pueden consultarse en la ley N.º 4,800, y en su reglamento ejecutivo.

A continuación deberíamos tratar otras situaciones jurídicas que han sido consideradas como contratos administrativos. La naturaleza jurídica de la función pública y la concesión de servicios públicos se hallan en esta situación.

Pero, en nuestro sentir, el vínculo jurídico que se produce entre el funcionario y el Estado, con motivo de la función pública, no es propiamente un contrato, sino un acto administrativo, en virtud del cual se crea una situación jurídica subjetiva, generada por lo que se llama la *provisión*, que es el acto jurídico por medio del cual se coloca a un individuo en la calidad de funcionario público.

EL CONTRATO DE FUNCION PUBLICA

Este contrato se traduce en una relación jurídica que se produce entre el funcionario y el Estado y que tiene por objeto el desempeño de una actividad de interés público.

Muy discutido es, entre los autores, la verdadera fisonomía jurídica de esta relación. Hay quienes creen que se trata de un acto administrativo; quienes, que se trata de una simple situación de hecho, producida en virtud de la subordinación en que el individuo se encuentra con respecto del Estado; y por último, hay quienes piensan que se trata de un vínculo jurídico contractual.

El señor Iribarren cree que se trata de un acto administrativo. Su fuente es una declaración de voluntad unilateral, que al realizarse en su fin práctico y para el solo efecto de su eficacia positiva, produce consecuencias bilaterales. En efecto, el acto jurídico llamado *provisión* reúne todas las características del acto administrativo. Desde luego, es una manifestación de voluntad de carácter potestativo, porque la Administración, al emitirla lo hace en su posición de autoridad pública y no de sujeto de simples derechos privados. Luego, después, es una manifestación potestativa unilateral, porque no necesita de concurrencia de otra voluntad para adquirir su perfección jurídica. Otra cosa es, como ya dijimos,



que se requiera la agregación de la voluntad de aquél a quien se coloca en la situación de funcionario público, para que el acto surta su eficacia positiva, su efecto meramente consecuencial. Ni hace falta tampoco la voluntad concurrente respecto de los llamados cargas concejiles, cuando no hay excusa legal que hacer valer para no soportarla.

Esta manifestación de voluntad, además de ser potestativa, es ejecutoria, porque el acto jurídico se lleva hasta sus últimas consecuencias, sin intervención de otro órgano que deba ejercer su función para que aquél se consume. Y por último, es creadora de una situación jurídica subjetiva: coloca a un individuo en la calidad de funcionario público.

De esta manera de apreciar la cuestión, resultan importantes consecuencias, todas ellas de acuerdo con las facultades que el Estado tiene frente al servicio público y a sus funcionarios y con las obligaciones y derechos correlativos que el acto administrativo engendra.

Teoría de la subordinación.—Según esta teoría, la relación entre Estado y funcionario es una simple cuestión de hecho, derivada de la subordinación en que todo ciudadano está con respecto al Estado, para recibir de él todas las cargas que le imponga, sin excusa legal posible. Las ventajas que puedan favorecer al funcionario no nacen de un derecho suyo, derivado de una vinculación jurídica, sino de una mera liberalidad del Estado, de un acto de mero arbitrio.

Esta teoría ha sido abandonada. Es hija legítima de los gobiernos autocráticos, que atribuyen a la persona del monarca, un cúmulo de facultades absolutas, sin control alguno, sin reactivo jurídico posible, porque, como lo hemos dicho, en aquellos gobiernos, el poder no tiene limitaciones de derecho, sino limitaciones de hecho, que dan lugar a que el Jefe del Estado encomiende a simples *agentes* suyos que ejecutan los actos que él no quiere o no puede ejecutar, por su orden y bajo su responsabilidad.

De todo esto se deduce que el funcionario público, en tales casos, es un simple agente del poder, un ejecutor irresponsable, porque actúa bajo el mandato de un superior jerárquico a quien debe obediencia incondicional. Por eso es que es un error hablar de "agentes públicos" cuando se trata de verdaderos funcionarios que tienen atribuciones propias en la ley.

Contra esta teoría de la subordinación se levanta la *Teoría del "vinculus juris"*, nacida del concepto de las libertades del hombre y del ciudadano, y que sostiene que el individuo no está obligado a soportar más cargas que aquéllas que él mismo acepta en interés público, no en interés personal del Jefe del Estado.

Por eso es que son muy pocas las cargas concejiles que existen y todas tienen su origen en la ley y admiten justa excusa. Las contribuciones, que son cargas pecuniarias, se han establecido y se mantienen en razón de la necesidad social de que la riqueza privada contribuya a los gastos públicos por medio de estas exacciones legales, llamadas impuestos, a objeto de constituir con ellas el tesoro nacional y formar la capacidad de gastos del Estado.

La moderna teoría que se levanta contra la antigua subordinación, sostiene que entre el Estado y el funcionario, con motivo del ejercicio de la función pú-



blica, existe un vínculo jurídico que es fuente de obligaciones y derechos correlativos y recíprocos.

Los autores modernos están, pues, de acuerdo en que hay un vínculo jurídico; pero están disconformes en cuanto a la verdadera naturaleza de esta vinculación.

Las diferentes opiniones al respecto están divididas en dos grupos. Uno que sostiene que esta vinculación es de orden civil, de Derecho Privado, y otro, que afirma que es de Derecho Público. Ambas doctrinas parten de la base de que se trata de un vínculo jurídico bilateral de naturaleza contractual.

Examinemos la primera subteoría, la que sostiene que se trata de un vínculo jurídico civil. Podemos dividirla, a su vez, en dos grupos: uno que sostiene que se trata de un vínculo civil ordinario, regido por las disposiciones del Código Civil; y otro que dice que es un vínculo de naturaleza civil, pero de "carácter especial".

Ahora, los que están de acuerdo en esto de que se trata de un vínculo de naturaleza civil ordinaria, discrepan, a su vez, para precisar cuál es la naturaleza jurídica del vínculo.

Hay quienes creen que se trata de un mandato, en que el Estado es el mandante y el funcionario, el mandatario. Es indudable que el funcionario desempeña una función representativa, pero dentro de la teoría del órgano, no; porque el Estado, según ella, estaría encarnado en el funcionario: éste no tendría personería, sino personalidad.

Hay quienes creen que se trata, no de un contrato de mandato, sino de un arrendamiento de servicios, en que el Estado sería el arrendatario y el funcionario, el arrendador. El precio del servicio estaría representado por el sueldo o remuneración que el funcionario recibe.

Muchos afirman, dentro de esta subteoría, que en esta vinculación civil ordinaria no se trata de un mandato ni de un arrendamiento de servicios, sino de un contrato mixto, en que hay manifestación del mandato y del arrendamiento.

Por último, hay quienes afirman que se trata, simplemente, de un contrato innominado, de naturaleza civil ordinaria, que cabe dentro de la teoría del Código Civil, aun cuando éste no le haya dado denominación propia.

Veamos ahora la teoría que afirma que se trata de un vínculo jurídico, de naturaleza civil, pero con caracteres especiales.

Sostiene que se trata de un vínculo jurídico contractual entre el funcionario y el Estado, pero que no se rige por los principios generales del Código Civil, aun cuando sea de naturaleza privada, sino por disposiciones especiales, entre las cuales podemos considerar la Constitución Política, las leyes administrativas, las leyes orgánicas del servicio público en que el funcionario presta sus servicios y el Estatuto Administrativo, que contempla las particularidades de este vínculo jurídico.

El otro grupo de teorías parte de la base que es un vínculo jurídico de naturaleza contractual de Derecho Público: es un contrato administrativo que tiene las características generales que se van a indicar. Es un contrato bilateral porque genera obligaciones para ambas partes. Es, en cierto modo, conmutativo, porque



lo que el funcionario recibe puede considerarse como equivalente de lo que da, y en esto último se fundan para estimar que la remuneración del funcionario debe estar en relación con la importancia de la función que desempeña. El funcionario público tiene todos los derechos inherentes a la situación contractual en que se encuentra: desde el derecho a la función hasta el derecho a la jubilación, a lo que se llama en Derecho Administrativo la "remuneración diferida", porque se posterga para el momento en que el funcionario público, cumplidos los requisitos del caso, pasa de la clase activa a la pasiva, deja de prestar sus funciones, pero se considera con derecho a seguir recibiendo una determinada remuneración.

Fuera de estos derechos, tiene otros, como son por ejemplo: el derecho a la inamovilidad, a la remuneración, a la defensa, al ascenso.

El derecho a la inamovilidad puede decirse que es consecuencial, porque deriva del derecho a la función. La inamovilidad es una institución administrativa de garantía de que el Estado quiere rodear al funcionario para precaverlo de la remoción injusta. Se comprende que esta inamovilidad es condicional, porque está sujeta al evento de que el funcionario ejerza su función cumplidamente, dentro de los términos generales de las obligaciones que le son impuestas, con toda diligencia y acuciosidad.

Tiene también el derecho a la remuneración, o sea, al pago de los servicios que presta, en la forma y tiempo debidos.

Tiene el derecho a la defensa. Cuando el funcionario, por el cumplimiento de los deberes que el cargo le impone, se ve injuriado o calumniado por las personas a quienes afecta su acto de buen funcionario, puede solicitar del jefe de su servicio que inicie la acción correspondiente contra los responsables de tales delitos.

Tiene también el derecho al ascenso.

Hay otros derechos que pudiéramos llamar anexos, como son, por ejemplo, el derecho al descanso, expresado en la legislación administrativa por la facultad que el funcionario tiene a gozar de licencias, feriados y permisos.

Todo lo que resulta ser derecho para el funcionario es correlativamente obligación para el Estado, y viceversa.

¿Cuál sería un derecho del Estado frente al funcionario? Exigir que el funcionario cumpla su función en los términos en que se establece en la legislación administrativa: leal, íntegra y cumplidamente.

De los derechos que el Estado tiene frente al funcionario deriva la llamada "teoría de los deberes del funcionario", a la cual no se le da el nombre de teoría de las obligaciones con el objeto de establecer una diferencia entre la nomenclatura del Código Civil y la del Derecho Administrativo. No es este el momento oportuno para tratar la teoría de los deberes del funcionario. Eso se hará cuando nos ocupemos del régimen del personal administrativo.

No cabe duda que a los autores que sostienen la teoría de que la vinculación jurídica es de Derecho Público y que el contrato es administrativo, no ha podido escapárseles el hecho de que este principio no puede aplicarse a todos los casos de relación jurídica entre el funcionario y el Estado, porque hay, indudablemente, un vínculo contractual que no puede regirse por las leyes generales administrativas



ni por el Estatuto de los funcionarios, sino por las disposiciones del Código Civil.

Cuando se contrata especialmente con una persona la prestación de servicios determinados, hay un arrendamiento de servicios, que se rige por el Código Civil. Es el caso de los individuos empleados en el servicio público, mediante un contrato civil y no por obra de un acto administrativo, unilateral y potestativo.

En otras legislaciones hay términos precisos para establecer la diferencia entre estas dos situaciones jurídicas. Así, por ejemplo, en la legislación norteamericana, al funcionario público se llama "officer" y al empleado público, "employer".

LA CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS

La palabra concesión es un poco ambigua en Derecho Administrativo, por las muchas significaciones que tiene. Se aplica a la idea de privilegio establecido en favor de un individuo para la explotación de ciertas riquezas naturales: la concesión para explotar las ostras, los mariscos, las langostas, por ejemplo.

La concesión da también la idea de permiso especial de la Administración para ocupar bienes nacionales por tiempo determinado y bajo ciertas condiciones. Tales son las concesiones que se hacen por el Estado, sobre bienes públicos.

En Derecho Administrativo tiene también la palabra concesión el significado de autorización dada por la Administración para que un individuo o empresa construya una obra pública y la explote con ciertas condiciones y bajo ciertos respectos, como ya lo vimos al estudiar este sistema.

La concesión de servicio público puede definirse diciendo que es la autorización que la Administración confiere a un individuo o empresa para que *realice un servicio público* con o sin construcción de obra pública previa.

Puede ocurrir que no se requiera construcción de obra pública previa, dada la naturaleza del servicio concedido, y como también puede suceder que esté ya construida por un concesionario anterior, que se haya incorporado al dominio del Estado dicha obra y que el nuevo concesionario llegue sólo a aprovecharla en el servicio público que va a realizar mediante la concesión.

Nosotros vamos a dejar sólo insinuado este problema de los servicios públicos concedidos, porque esta materia la tenemos que estudiar, en detalle, en el momento en que entremos a conocer la última parte de nuestro programa: la teoría general de los servicios públicos.

Por de pronto, es conveniente saber que esta autorización produce relaciones entre el Estado y el concesionario, entre el concesionario y el público y entre el público y la Administración.

La concesión de servicios públicos es, positivamente, una autorización que la Administración, sujeto de Derecho Público, de facultades potestativas, confiere a un individuo o empresa para que ejecute un servicio público, con o sin construcción de obra pública previa. Lo substancial en esta situación jurídica es la realización del servicio. Lo secundario y mediato, la construcción de la obra.

Como lo que la Administración hace es conferir una autorización, tenemos



que ver el alcance que la palabra tiene en Derecho Administrativo y la clase de facultades que otorga.

La palabra concesión importa tanto como decir: prerrogativas que se confieren al autorizado para que ejecute ciertos actos, los contenidos en la autorización, bajo el beneplácito de la autoridad y hasta el grado de remover las imposibilidades jurídicas que para el ejercicio de tales actos hubiere. Y así, si hay concesión anterior, derechos conferidos sobre la cosa que va a ser materia del acto, la autorización importa la remoción de esa imposibilidad jurídica.

De esta autorización resultan relaciones jurídicas, a las cuales nos referiremos, aun cuando sólo sea en términos generales y en el orden anteriormente expresado.

Las relaciones entre la Administración y el concesionario producen situaciones jurídicas correlativas y se traducen, prácticamente, en derechos y obligaciones.

Así, por ejemplo, el concesionario tiene los mismos derechos o derechos similares a los que tendría la Administración, si ella misma ejecutase el servicio. Y esto es lo grave y lo importante de la cuestión, porque la Administración, como sujeto de facultades potestativas, como autoridad, puede ejercer atribuciones que no son susceptibles de transferencia, por ningún motivo. Por eso es que el hecho de conferir al particular la facultad de realizar un servicio público, ha de obligar a la Administración a expresar específicamente los derechos que confiere con la concesión, porque si no los expresa, dado el principio general de que al concesionario se le confieren los mismos derechos que podría tener la Administración en caso de que ella ejecutase el servicio, aquél se constituiría en una verdadera autoridad pública, cosa que no es aceptable, porque el Poder Público no es transferible, ni mucho menos a título de simple delegación de funciones en un particular.

El concesionario tiene derechos que por regla general se refieren a las siguientes materias: facilidades para la construcción de la obra que se va a utilizar en la ejecución del servicio; respeto de las condiciones económicas de la concesión; pago de las subvenciones acordadas; garantía de intereses; indemnización por las modificaciones del servicio que hayan disminuído su patrimonio o aumentado sus cargas; facilidades para la explotación del servicio concedido, etc.

El concedente, por su parte, tiene prerrogativas que generalmente se traducen en las siguientes medidas: de policía general sobre el servicio concedido, con el fin de velar por la buena ejecución del mismo, de intervenir en el movimiento económico para regular las tarifas, el pago de subvenciones y la garantía de intereses; de seguridad y salubridad; de substitución para tomar a su cargo la explotación del servicio en las ocurrencias previstas; de modificación en las condiciones de la concesión, cuando así lo exija el interés público y sin perjuicio de las justas recompensas que se deban; etc.

No tiene interés actual el que nosotros sigamos estudiando otros aspectos de las relaciones entre el concesionario y la Administración; pero sí tiene importancia que nos refiramos a otra serie de relaciones que se producen con motivo de esta autorización: son las que se producen entre el concesionario y el público.

Estas relaciones no tienen origen específico, pero derivan de los términos en



que está concebida la concesión y de los derechos que ella otorga al concesionario.

El concesionario puede, desde luego, en virtud de la autorización que recibió, imponer al público que va a usar del servicio todas aquellas reglas de policía que sean indispensables a la ejecución del mismo. Supongamos que se trata de la concesión de transporte por ferrocarril. El concesionario puede imponer todas las medidas de policía necesarias a su buen funcionamiento, y el público tiene que aceptar estas medidas, porque el concesionario está ejercitando los derechos que a la Administración corresponderían si ella ejecutase el servicio.

Sabemos que en materia de ferrocarriles hay agentes especiales de policía, que mantienen el orden dentro del servicio, como son los jefes de estación y los conductores de trenes.

La medida de policía, restrictiva de las libertades de los ciudadanos, sólo puede ser impuesta por la autoridad pública y en el ejercicio de facultades regladas, y sólo en casos extremos puede ejercerse en virtud de facultades discrecionales, porque la garantía de esas libertades constituye el derecho más alto que se tiene frente a las prerrogativas de la autoridad.

Las medidas de policía no pueden imponerse, en consecuencia, sino por la autoridad pública. Sin embargo, vemos que, en este caso, estas medidas son impuestas por un individuo o empresa, a quien se le ha conferido la autorización para realizar un servicio público. *Por eso es grave la concesión de servicios públicos, sobre todo cuando está en poder de individuos que no tienen vinculación nacional alguna con el público, ni respeto humano para con los individuos que constituyen la población.*

El concesionario puede imponer al público todas las prestaciones a que tiene derecho, y principalmente las que miran a sus intereses, porque todas estas concesiones son siempre a título de lucro, y no hay concesionario alguno que ejecute un servicio público a título de beneficencia. Todos buscan el aspecto lucrativo de la concesión, los derechos económicos que ella otorga y que están, principalmente, representados por las tarifas.

Sabemos que éstas son precios de determinadas prestaciones. Se diferencian de la contribución en que en ésta no hay prestación correlativa, y en la tarifa la hay siempre.

La tarifa no es sino una determinación en dinero de lo que vale el servicio que el concesionario presta al público en cada caso. Su fijación no está entregada al puro arbitrio del concesionario, porque ello constituiría la posibilidad de una verdadera explotación. El criterio comercial es tan ávido que pronto llega a la exageración. El afán de riqueza ciega hasta el punto de hacer fracasar el correctivo de la moral y la honrada proporción de la ganancia justa. Por eso hay que poner límites a este deseo de lucro excesivo. Así, tenemos que la Administración, de acuerdo con el concesionario, determina las tarifas que deben cobrarse al público, como también los periodos de su vigencia, advirtiéndose que no pueden modificarse por el concesionario sin el beneplácito de la Administración.

El público, por su parte, tiene con respecto a la empresa, sus derechos. Supongamos que se trate de la concesión de transportes. Los individuos que requieren el servicio tienen el derecho de que la empresa los traslade de un lugar a otro,



sin que ésta pueda oponer ninguna clase de obstáculos, a menos que aquéllos violen las reglas de la policía del servicio. Si los reglamentos respectivos establecen que no pueden ser transportados los individuos en estado de ebriedad o en manifiesto estado de desaseo, ningún ebrio o desaseado podrá exigir que se le transporte.

A pesar de que el público tiene derechos con respecto a la empresa, no tiene, sin embargo, ninguna acción directa para defender tales derechos. Si el incumplimiento de las obligaciones que gravan a la empresa perjudica a un particular, éste podrá iniciar una acción civil para obtener una indemnización de perjuicios; pero no tendrá acción para acudir ante un tribunal determinado a fin de obligar a la empresa a ejecutar el servicio en las condiciones estipuladas. Podrá pedir a la empresa la corrección del servicio que ejecuta, pero carece de vía legal para compelerla judicialmente.

También se producen relaciones derivadas entre la Administración y el público: la Administración, que es la que hace la concesión, y el público, a quien va a servir.

La Administración puede dictar medidas que tengan por objeto vigilar los derechos del concesionario con respecto al público. Este puede solicitar de la autoridad competente una intervención que permita obtener del concesionario que ejecute el servicio en los términos estipulados.

De manera que esta acción que tiene el público es indirecta. Pongámonos en el caso de que el concesionario no ejecute el servicio en forma conveniente. El público tiene, entonces, el derecho de elevar una petición a la autoridad que otorgó la concesión a fin de que ponga pronto remedio al mal que se denuncia. La autoridad, en presencia de esta petición, exigirá de la empresa que ejecute el servicio en los términos estipulados y aplicará las sanciones a que está sujeto el concesionario, a fin de mantener la regularidad y la continuidad de las funciones, pues, como se trata de un servicio público que sólo está concedido, participa de todos los caracteres del servicio público, organismo competente que tiene por objeto *satisfacer de una manera regular y continua* una necesidad pública.

Existe, pues, el derecho a exigir de la empresa que con regularidad y continuidad satisfaga la necesidad pública que fué el motivo causal de la concesión.

Si la Administración desoye esta petición, sin causa justa, incurre en una arbitrariedad y habría derecho para entablar una reclamación ante el tribunal correspondiente, a fin de que se apliquen las sanciones que correspondan, o porque se incurrió en una omisión culpable o negligente, o porque se denegó una intervención debida, o porque hubo abuso o desviación de poder en la actitud de la autoridad reclamada.

LOS HECHOS Y LAS OPERACIONES ADMINISTRATIVAS

Hemos examinado los actos administrativos y los actos de administración. Nos quedaría, entonces, por estudiar los otros dos grupos que integran la actividad de la Administración: hechos administrativos y operaciones administrativas.



En cuanto a los hechos administrativos, dijimos que son meros acontecimientos que se realizan con motivo de la gestión de los intereses públicos; son simples consecuencias de las manifestaciones de voluntad que hace la Administración, o son accidentes de la vida administrativa, como la muerte de un funcionario público, la presentación de la renuncia de un cargo, etc.

En cuanto a las operaciones administrativas, son series sucesivas de hechos, generalmente coordinados, que tienen por objeto la realización de un propósito administrativo. Por ejemplo, la construcción de una obra pública es, en realidad, una operación administrativa, porque está compuesta de una serie sucesiva de hechos, que empiezan con la presentación de propuestas y termina con la recepción definitiva de la obra.



CAPÍTULO CUARTO

PERSONALIDAD DE LA ADMINISTRACION

Es la consideración subjetiva de la Administración lo que da nacimiento a la idea de su personalidad, a su transformación en sujeto jurídico, a su calidad de *persona* que ejerce la actividad administrativa.

La idea de la Administración como sujeto de derechos llévala a su identificación con la personalidad del Estado y, principalmente, con el poder público o entidad constitucional a quien se atribuye la facultad de administrar los intereses colectivos. Así considerada la cuestión, resulta que la Administración preséntase como un sujeto que actúa en un doble carácter, aunque desde el punto de vista de una personalidad única.

"La palabra administración se emplea también—dice Santa María de Paredes—para designar la *persona que administra*, y, políticamente hablando, el organismo del Estado encargado de administrar". En ambos casos, la voz administrar implica la idea de sujeto y no la de actividad.

"La administración tiene personalidad: la del Estado", afirma Adolfo Posada.

De estas opiniones resulta que la idea de que la Administración encuentra su personificación en cualquiera de estos tres sujetos: 1.º En la persona que administra; 2.º En el organismo del Estado encargado de administrar (el Presidente de la República, en Chile, según lo dispuesto en los artículos 60 y 72 de la Constitución); y 3.º En el Estado mismo. Lo que no obsta para que esta misma personificación se produzca en el Intendente y la Asamblea Provincial, como administradores de la división administrativa que se llama provincia; y en el Alcalde y la Municipalidad, como encargados de la "administración de los intereses locales"; y en el Rector de la Universidad, como personero de un establecimiento público, que tiene personalidad jurídica y patrimonio propio.

Como se ve, por las complicaciones anotadas, no es cosa sencilla ésta de transformar la función en órgano y la actividad en sujeto.

Para nosotros, la administración es actividad, y la realiza el Estado por intermedio de sus órganos centrales, regionales y locales.



Aceptemos, sin embargo, con toda humildad, el pensamiento y la creación de los doctos, que para algo sirve la autoridad científicamente reconocida.

La Administración, personalidad única, en el doble carácter indicado, ejecuta actos de índole pública y de naturaleza privada. Actúa como sujeto capaz de manifestaciones de autoridad y de actos de gestión. Es, entonces, persona de derechos sociales y de derechos civiles.

Esta dualidad de manifestaciones es la que ha hecho pensar en una doble personalidad de la Administración, como si en la vida humana un mismo individuo no pudiese desarrollar actividades diversas sin perder, por ello, el sentido unitario de su individualidad. La Administración—de igual modo—presenta dos modalidades, una política y otra civil, que corresponden a “la capacidad de una misma personalidad jurídica”.

Es ficticia, pues, la posición de quienes creen ver dos caras en donde hay una sola. Un proceso simple de alucinación es incapaz de transformar la realidad para deformarla.

La identidad de la Administración con el Estado—subjektivando aquélla—lleva al estudio de los tres aspectos principales en que éste se nos presenta: el aspecto político, el aspecto jurídico y el aspecto social.

En el *aspecto político*, es el Estado un sujeto capaz de tener y de ejercitar el poder público con sus tres funciones tradicionales y características, esas mismas que han dado base a Montesquieu para difundir el principio de la separación de poderes que, como se sabe, no es idea original suya, sino adopción de la teoría sustentada por publicistas ingleses, a raíz de la revolución puritana.

El Estado, Poder Público, sujeto de voluntad única y con funciones independientes pero coordinadas, ejerce una facultad suprema, que es como la suma de su capacidad, la soberanía, que le permite hacer efectiva su vida orgánica y la de relación con las demás potencias extranjeras; de donde resulta la soberanía interior y la internacional, que son, en realidad, un mismo atributo con dos aplicaciones diferentes.

El aspecto político del Estado se resuelve, pues, en una acción potestativa, dirigida al cumplimiento de una buena parte de sus fines: la función del mando, como medio y la regulación social, como fin, formulando el Derecho por medio de las leyes, aplicándolas a la realidad de la vida individual y colectiva y ejerciendo la jurisdicción para establecer el orden jurídico perturbado por el desconocimiento o violación de los derechos del individuo y de la sociedad, cuya concordancia y armonía ha de procurar siempre en la medida de lo justo y de lo humanamente posible.

En realidad, el aspecto político de la personalidad del Estado es incumbencia propia del Derecho Constitucional y del Internacional, y, por consiguiente, materia que pertenece a otras asignaturas, que no podemos ni pretendemos abarcar. Para nuestro objetivo, basta con las ligeras nociones apuntadas. Al Derecho Administrativo, el aspecto político, sólo sirve de fundamento remoto a su actividad propia, porque nosotros no estamos de acuerdo con el aserto que atribuye a la Administración el carácter y la calidad de un cuarto poder del Estado. Desempeña la Administración, en la vida social, una función demasiado útil para



que tenga interés constructivo en litigar por los prestigios de una simple categoría, alrededor de la cual ya no gira, como en otra época giraba, el Derecho Público moderno, porque éste tiene hoy una mira mucho más interesante y más útil: el servicio público, medio y fundamento del Estado para el cumplimiento de sus fines, y entre éstos, el bienestar social, suma y razón de toda su actividad.

El aspecto jurídico que nos muestra la personalidad del Estado se comprueba en dos actividades principales:

- a) En su capacidad para ejercer derechos;
- b) En su función realizadora del Derecho y que tiende substancialmente al cumplimiento del fin jurídico que se le atribuye. De todas las funciones que el Estado ejerce, la jurídica es, indudablemente, la que más aplica: pudiéramos decir que es el medio racional y coactivo de que se sirve para asegurar la eficacia y regularidad de las demás funciones y el cumplimiento de sus otros fines, llámense políticos, económicos o sociales. Esta importancia, utilidad y generalización del medio jurídico para la vida del Estado son las que han hecho nacer la teoría de que el único fin del Estado es el Derecho.

Nosotros creemos que esta opinión no se conforma con la realidad de la acción del Estado. Creemos que lo jurídico no es un fin en el sentido propio del término—objetivo último y definitivo—sino que él importa la institución de un régimen conjunto de preceptos obligatorios—que actúa sobre el individuo y la sociedad para producir el logro de un efecto consecuencial, que es producto de factores concordantes: el bienestar público, fin real y verdadero, suma y resultado de los otros fines relativos que el Estado persigue y que son, por ello, simples medios que emplea para una finalidad más alta y completa.

El aspecto jurídico de la personalidad del Estado mira también a su propia constitución, como sujeto de derechos y obligaciones, a la limitación que impone a su propia actividad; a objeto de hacer por donde la entidad político-social creada y mantenida para el respeto del Derecho, sea la primera en acatarlo y cumplirlo, sometiéndose, en todo y para todo, a sus determinaciones. De manera, pues, que el Estado, organizador del orden jurídico, se siente fuertemente enlazado a éste y en posición constante de hacerlo imperar, aún respecto de sí mismo.

La Administración, en el aspecto jurídico y desde el concepto de su personalidad, realiza una serie de actos "teleológicos", bajo formas jurídicas; pide a la ley—fórmula del Derecho—normas constitucionales, para su acción y, a los órganos *jurisdiccionales*, la sanción como garantía de la eficacia legal.

Tales actos son de índole diversa, y pueden clasificarse de la siguiente manera:

1.º Actos de poder público, expresados singularmente en el ejercicio de las llamadas "potestades administrativas", imperativa o de mando, correctiva y disciplinaria, jurisdiccional, ejecutiva, en "sentido estricto".

2.º Actos de gestión pública, destinados al funcionamiento de los servicios nacionales;

3.º Actos de gestión privada, relativos a su patrimonio y a su capacidad de obligarse civilmente.

Esta clasificación es importante para determinar la responsabilidad por actos de funcionarios, como más adelante se verá, y de la competencia jurisdiccional que ha de hacerla efectiva en cada categoría de casos.



De esta clasificación también resulta que la personalidad de la Administración no se encuentra reducida a la capacidad de adquirir, poseer, administrar e invertir bienes, sino que ella reposa en un concepto mucho más amplio, como se desprende de su aptitud para el ejercicio de las potestades administrativas y de su posibilidad de ejecutar los actos de gestión pública ya referidos.

El aspecto social que se advierte en la personalidad de la Administración, es consecuencia directa de la naturaleza de las funciones que está llamada a desempeñar. Está constituido por las siguientes circunstancias:

a) Toda la actividad de la Administración tiene como objetivo directo o indirecto la colectividad social;

b) Los funcionarios públicos, que van a servir de elementos humanos para el desarrollo de la función administrativa, se reclutan en la sociedad;

c) La administración es órgano de la sociedad, se conforma y actúa de acuerdo con las necesidades sociales y con la mira de satisfacerlas; es el reflejo fiel de la cultura social;

d) La eficacia de la actividad administrativa depende, en alto grado, de la cooperación que la sociedad le preste. No basta para la dicha eficacia, ni la coacción de la ley ni la omnipotencia del Estado. Prueban esta afirmación el irregular funcionamiento de aquellos servicios y el fracaso de instituciones administrativas que son superiores a la cultura del pueblo y que no responden a verdaderas necesidades sociales, como enseña nuestro gran Letelier;

e) "El progresivo desarrollo de la vida administrativa es simple efecto del desarrollo progresivo de la vida general de la sociedad", sostiene Di Bernardo, al emitir opinión sobre el contenido social de la función administrativa;

f) El sentido corporativo de la organización del Estado y de la Administración llevan, fatalmente, a la idea objetiva de que toda actividad pública se propone el interés de los individuos como miembros de la corporación.

El concepto social del Estado arranca, pues, de una afirmación: la de que está encargado de realizar la solidaridad social. El interés público es "el fundamento y la medida" de su poder jurídico. Este nuevo sentido de la acción social del Estado ha extendido considerablemente su intervención, dando lugar a la creación de numerosos servicios públicos, con el consiguiente aumento de los gastos y de los empleos y funciones de interés general. El grado de esta intervención se resuelve con el criterio de la llamada "política social", que debe desarrollarse con la prudencia indispensable para no anular completamente al individuo en el caso de una intervención exagerada, o para dejar insatisfechas las necesidades colectivas, en el supuesto de una intervención deficiente.

Mientras no cambie el principio de que el Estado tiene la misión superior de promover los intereses generales, el aspecto social de su personalidad, y, consiguientemente, el de la Administración, se mantendrá en situación preponderante.

El aspecto político y el aspecto jurídico, ya estudiados, deben subordinarse a aquél, en la medida indispensable para que el Estado realice sus fines propios. El gran desarrollo que han adquirido, en los últimos tiempos, los servicios de administración social, constituye un argumento poderoso para sostener la tesis del contenido social de la Administración, como sujeto capaz de ejercer funciones públicas y derechos civiles.



CAPÍTULO QUINTO

LAS PERSONAS ADMINISTRATIVAS

Las Personas Administrativas reciben diversas denominaciones, según sea la forma de su constitución, el modo de actuar que tengan y la mayor o menor relación en que se encuentren con respecto a los particulares.

En nuestro Código Civil se contempla la concepción de la persona jurídica de Derecho Público y en ella tenemos elementos que permiten apreciar su naturaleza y contenido. Dice el mencionado cuerpo legal, en su artículo 547, inciso 2.º, que las disposiciones del título de las personas jurídicas no se extenderán a las corporaciones o fundaciones de Derecho Público, como la Nación, el Fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas y los establecimientos que se costean con fondos del erario, corporaciones y fundaciones que se regirán por leyes y reglamentos especiales.

Para especificar esta denominación general de personal jurídicas de Derecho Público, es del caso que nosotros hagamos ciertas distinciones dentro del Derecho Administrativo.

En primer lugar, tenemos los establecimientos públicos; los establecimientos de utilidad pública y las instituciones semifiscales.

* * *

El criterio para hacer la distinción entre estos diferentes organismos, se apoya en tres circunstancias especiales:

- 1) En la intervención que el Estado tiene en su creación, organización y funcionamiento;
- 2) En las modalidades de los medios económicos de que el organismo puede disponer; y
- 3) En la personalidad jurídica que constituyen.

Si la intervención del Estado es total en la primera circunstancia, el organismo es, positivamente, un *servicio público*.



Si el organismo tiene además patrimonio propio, especial y permanente, distintos de los ingresos generales de la Nación, que administra e invierte con autonomía, es, entonces, *establecimiento público*: la Universidad de Chile, por ejemplo, que tiene recursos propios que no ingresan al patrimonio general del Estado.

Las sumas que el establecimiento público economice o que reciba a cualquier título, acrecen a su patrimonio especial y no a las rentas generales. Puede percibir tarifas, emolumentos o estipendios, recibir donaciones y asignaciones "mortis causa", que siguen el mismo destino ya anorado. Puede comparecer en juicio, debidamente representado, y ejecutar, en general, la totalidad de los actos necesarios a la gestión de los intereses que son de su competencia y que le están confiados por la ley.

La constitución de patrimonio especial para el servicio basta para dar a éste calidad jurídica de establecimiento público. Sin embargo, el legislador puede otorgarla expresamente, diciendo que el servicio está dotado de "personalidad civil".

La "individualidad" o "autonomía financiera", de que suelen gozar ciertas reparticiones administrativas, no les da el carácter de establecimientos públicos, porque aquéllas no constituyen el patrimonio especial y permanente que es la "noción esencial" de éstos. Tal ocurre, por ejemplo, con esos organismos a los cuales se asignan "sumas globales" o se les afectan determinadas contribuciones o rentas generales para atender sus gastos, con el fin de darles cierta autonomía financiera, pero sin ánimo de conferirles los atributos propios de un establecimiento público.

Si los medios económicos del organismo se obtienen de las "rentas generales" de la Nación, por medio de asignaciones hechas en la Ley de Presupuestos, se trata de un *servicio público*, unidad administrativa, sin carácter de persona moral.

Los establecimientos públicos son *creaciones del Estado*. Son personas públicas. Su origen es público y no privado. El acto de su creación es acto de autoridad y no manifestación de voluntad de sujeto particular. Las deudas del servicio afectan el patrimonio especial de que ya se habló y no al general del Estado.

Por esto es que para calificar su naturaleza jurídica y administrativa, es dato esencial la determinación de su origen, que ha de ser siempre acto de poder público.

La *iniciativa* de la creación puede tener origen privado, como en el caso de que una persona haga una donación o instituya una herencia o legado, a favor de la Administración, para que establezca y haga funcionar un pensionado para estudiantes de Derecho, por ejemplo.

Cumplido el modo de la asignación, el origen de la creación es acto público. No importa que el patrimonio destinado a la fundación tenga un remoto origen privado. Su origen próximo es fiscal, en virtud de la donación, herencia o legado, supuestos.

El establecimiento público nace en calidad de tal, ya sea por acto directo del Estado, por disociación o transformación de un servicio público o por ini-



ciativa privada, hecha realidad pública por voluntad expresa e indudable de la Administración. En todos los casos se propone un servicio público.

Un establecimiento privado o de utilidad pública, no llegará a ser nunca establecimiento público, porque esta calidad es congénita y no se adquiere, a menos que se transfiera o transmita jurídicamente al Estado el cuerpo íntegro de la institución y que aquél tome bajo su responsabilidad y la acción directa de sus agentes, el funcionamiento del organismo.

* * *

El *establecimiento de utilidad pública* reúne en sí los siguientes caracteres esenciales que determinan su especial naturaleza:

- 1.o El organismo está constituido por individuos particulares;
- 2.o Dispone de un patrimonio privado especial, formado por dinero y bienes que los constituyentes destinan al objeto del establecimiento;
- 3.o El organismo ejerce funciones de interés general y para satisfacer necesidades colectivas;
- 4.o Su creación y el reconocimiento de su personalidad se han realizado con el beneplácito y la intervención de la autoridad pública;
- 5.o Su funcionamiento se rige por sus propios estatutos;
- 6.o Los individuos empleados en el establecimiento no son funcionarios públicos; su reclutamiento es acto privado;
- 7.o El establecimiento de utilidad pública que atiende la satisfacción de necesidades colectivas, es una simple modalidad del servicio privado;
- 8.o El Estado no tiene en el funcionamiento y en el desarrollo general de su vida, más intervención que aquella que se considera indispensable para mantener las condiciones de seguridad y salubridad necesarias;
- 9.o El establecimiento de utilidad pública coopera con el Estado en la satisfacción de una necesidad colectiva, con reconocimiento expreso de aquella calidad.

Las asociaciones, corporaciones o fundaciones que organizan los particulares, con patrimonio privado especial y que no han logrado el reconocimiento expreso de la autoridad, en el sentido de la "utilidad pública" de los servicios que prestan, son *establecimientos privados* puros y simples, a los cuales nosotros hemos llamado "de beneficio público", cuando satisfacen necesidades de interés general.

La inspección que la autoridad pública ejerce sobre su funcionamiento, no les hace perder su carácter, porque dicha inspección es, en el fondo, una medida de policía servicial, que mira al interés de las personas a quienes la institución privada atiende, y que no menoscaba la libertad de asociación, sino que más bien la garantiza, supuesto que vela por su correcto ejercicio.

Toda institución de utilidad pública, reconocida como tal por acto administrativo pertinente, y todo organismo particular que reciba subvención del Estado, de las Juntas Provinciales o de los Municipios, deben quedar sujetos a la inspección de quien subvenciona, para constatar que el dinero asignado se invierte



en el objeto que sirvió de causa a la subvención, objeto que el Estado u otra corporación pública desea fomentar por razones de interés colectivo. Todo ello sin perjuicio de la libertad de asociación lícita.

La comprobación de que tales sumas no han recibido el destino presupuestado acusaría, en el fondo, una verdadera malversación.

De estas observaciones resulta la conveniencia de que se rinda cuenta fiel y documentada de las correspondientes inversiones para evitar, con ello, que los fondos públicos reciban aplicaciones diversas y contrarias al fin de la liberalidad y, en algunas ocasiones, hasta manifiestamente adversas al interés general del Estado.



CAPÍTULO SEXTO

LA ADMINISTRACION CONSIDERADA COMO CIENCIA

La Ciencia de la Administración está constituida por un conjunto de principios orientadores de la acción del Estado para el cumplimiento de sus fines, determinando directivas y señalando rumbos a la actividad de la Administración.

Como en todas las cuestiones de cierta complejidad, en ésta se ha producido una falta de concordancia en la opinión de los autores, no sólo en lo que respecta a determinar si hay una Ciencia de la Administración, sino a saber en qué consiste ella y cuál es su realidad objetiva.

Hay autores que sostienen que la Ciencia de la Administración está incluida en el Derecho Administrativo y que, siendo parte de un todo, no puede pretender personalidad propia.

Otros autores afirman lo contrario, o sea, que la Ciencia de la Administración tiene existencia autónoma, libre de toda dependencia, que no es parte de un todo sino que es un elemento auxiliar de gran importancia.

Aceptado ya que la Ciencia de la Administración es el conjunto de principios orientadores de la actividad administrativa, tratemos, ahora, de determinar su verdadera naturaleza.

Tres son los grupos principales de autores que quieren dar respuesta a la pregunta que se formula acerca de lo que es en realidad la Ciencia de la Administración.

Uno, presidido por Laferrière y Cabantous, sostiene que la Ciencia de la Administración está constituida por principios que tienen un objetivo práctico, cual es el de adiestrar al personal administrativo en el mejor conocimiento de sus deberes y, por consiguiente, en la mejor aplicación de sus funciones. Esta interpretación es puramente burocrática, de pequeño alcance, que se limita, en su contenido, a dar preparación científica a los funcionarios públicos.

Hay quienes estiman, con la escuela italiana, presidida por Ferraris, que la Ciencia de la Administración está constituida por lo que pudiéramos llamar con-



junto de principios generales que orientan la política social del Estado, inspirando su acción positiva y directa.

Es la ciencia de la intervención social del Estado; la que estudia a la luz de los *principios* la conveniencia y las posibilidades de esta intervención, teniendo en cuenta el aspecto económico, político y social del problema. La Ciencia de la Administración—según esta teoría—es una ciencia social, por oposición a ciencia jurídica, conjunto de preceptos obligatorios contenidos en las leyes y en los reglamentos.

Así, por ejemplo, se trata de averiguar si el Estado debe intervenir en los conflictos que se producen entre el capital y el trabajo; la Ciencia de la Administración, según la opinión de Ferraris, es la que viene a resolver este punto, de acuerdo con sus principios.

¿Debe o no el Estado intervenir en la solución de los problemas de la indigencia, estableciendo la asistencia social, de acuerdo con los fines de la Administración?

Hay otra escuela de criterio mucho más amplio, porque comprende todas las intervenciones que la Administración puede tener en las cosa pública. Sostiene que "la Ciencia de la Administración está constituida por un conjunto de principios que *orientan la acción total del Estado* en el cumplimiento de sus fines".

Por último, hay aún otra concepción de la citada disciplina científica, la de Vivien. Según ella, la Ciencia de la Administración comprende el estudio teórico del precepto administrativo, desde el punto de vista filosófico, histórico (origen y desarrollo); sociológico (sus relaciones con el medio social); de la legislación comparada y científica (sus relaciones con las demás ciencias).

Nosotros sostenemos que la Ciencia de la Administración está constituida por principios que informan la labor del Estado en el cumplimiento de sus fines.

El Derecho Administrativo es una ciencia jurídica constituida por preceptos de derecho y normas obligatorias; en tanto que la Ciencia de la Administración es una disciplina científica, constituida por principios directivos.

La diferencia que existe entre precepto y principio, es clara: El precepto es norma que obliga; el principio conclusión que orienta. El Derecho ordena; la Ciencia aconseja. Los principios jurídicos constituyen un régimen. Los principios científicos, un sistema.

Para nuestro concepto, el Derecho Administrativo comprende a la Ciencia de la Administración. Aquél no sólo está constituido por textos legales y reglamentarios. Debe considerarse como parte de su substancia, la teoría que informa la actividad administrativa y la función general del Estado para el cumplimiento de sus fines.

El Derecho Administrativo es ciencia jurídica porque tiene por objeto el estudio integral de una rama del Derecho. Es ciencia política, porque su actividad se aplica al régimen de Estado. Es ciencia social, porque busca la producción del bienestar público.

Las razones históricas que dan nacimiento a las instituciones jurídicas, su estudio comparado, sus afinidades o discordancias con la vida social, la aptitud de sus medios para satisfacer necesidades públicas son cuestiones muy importantes



y de trascendencia, que aparecen postergadas en el método de los publicistas que sólo dedican sus estudios jurídicos al texto escueto de las leyes y reglamentos que rigen la actividad administrativa. Todo esto, puede dar preparación "legalista", pero desliga la investigación del aspecto histórico, filosófico y sociológico en que toda concepción profunda debe penetrar.

Para conocer el fondo de una institución administrativa es necesario no sólo conocer su estructura y sus medios de acción, sino que, además, su génesis y desarrollo, su estado actual y los efectos sociales de su existencia.

Concluimos, nosotros, afirmando que es más propio hablar de una "teoría" de la Administración Pública que de una Ciencia de la Administración; que ella forma parte del Derecho Administrativo en su concepción amplia y que tiene existencia positiva como conjunto de principios doctrinarios, si bien carece de fundamentos distintos para constituir una disciplina separada del Derecho al cual sirve de importantísimo elemento auxiliar.

La "Ciencia de la Administración" da "fundamento racional al Derecho", según enseña Letelier, haciendo que la ley sirve, únicamente, de fórmula para la expresión de una teoría que se hace realidad en el texto legal y en la institución administrativa que organiza.

La teoría, doctrina o Ciencia de la Administración aporta, pues, las *ideas* que van a recibir *práctica aplicación* en la ejecución de los servicios y funciones públicos.

Así como un individuo no puede ser criminólogo porque sabe de memoria el Código Penal, sin conocer las causas determinantes del delito, su arraigo en la psicología individual y en el ambiente; el fundamento filosófico de la pena, su finalidad pública y su efecto trascendental; así, tampoco se concibe la organización legal de las instituciones administrativas sin idea precedente, ni fin previsto.

Una administración sin "principios" orgánicos es como una actividad sin sentido. Es "hacer por hacer", sin propósito inteligente y útil.

El empirismo administrativo es la obra de los gobernantes sin vista. La realización de programas trascendentales, por la Administración, es la finalidad de verdaderos estadistas.

Sólo con el fundamento de ideas y principios, que la teoría de la administración aporta, se pueden organizar instituciones administrativas estables, no sujetas al mero arbitrio del legislador y sí vinculadas a la realidad social y al interés público.

La Ciencia de la Administración sirve, por último, para dar elementos de juicio indispensables para la crítica de la organización administrativa, y su reforma razonada y provechosa, bajo la directiva de un cuerpo sistemático de doctrinas.



CAPÍTULO SÉPTIMO

CONCEPTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En una exposición general que hicimos al formular una especie de introducción al estudio de nuestro ramo, dijimos que Derecho Administrativo es el régimen de la administración, o sea, el conjunto de reglas que se aplican a la actividad administrativa.

Pero acabamos de ver que la Ciencia de la Administración es un elemento auxiliar del Derecho Administrativo. Tenemos, entonces, que convenir en que la totalidad de los conceptos del Derecho Administrativo comprenden tanto la disciplina jurídica como la científica, tanto a la norma como al principio, tanto a la orden como al consejo.

De aquí resulta que nosotros hayamos concluido, en aquella exposición, diciendo que un concepto aproximado, sin pretensión de definir, sería el siguiente: "Derecho Administrativo es el conjunto de principios y de preceptos que informan y rigen la actividad del Estado que tiene por objeto proveer a la conservación del organismo político y del cuerpo social".

De esta concepción fluye que nuestro *Derecho* está constituido por *principios doctrinarios* y por *preceptos jurídicos*: elementos teóricos y normas legales.

Los primeros *informan*; indican el camino para la acción. Los otros *rigen* efectivamente, por la vía de su obligatoriedad, las relaciones y situaciones que se producen con motivo de la actividad administrativa y para ella misma. Ambos actúan, desde sus respectivas influencias, sobre la función del Estado que se llama administración pública, y que tiene por objeto: 1.º conservar y perfeccionar el organismo estatal con el funcionamiento de los servicios de administración política que se propone, directa e inmediatamente el beneficio del Estado, como órgano de regulación social, con personalidad propia y capacidad jurídica, soberana; 2.º, conservar y perfeccionar la sociedad nacional, por medio de los servicios de administración social, según ya se vió al exponer las nociones preliminares del presente curso universitario.

A los servicios públicos mencionados hay que agregar la acción de los lla-



mados de "administración mixta", que proveen, de igual modo, al beneficio directo del Estado y al de la población: comunicaciones y transportes, comprendidos en la expresión vialidad.

No es este el criterio que todos los publicistas tienen para definir el Derecho Administrativo, o por lo menos, para dar un concepto aproximado de su contenido, porque se atienden a otros puntos de vista.

Hay autores que para definir el Derecho Administrativo refieren la definición a la actividad del *Poder Ejecutivo*. Si bien es cierto que este Poder tiene a su cargo la administración del Estado, de acuerdo con los preceptos constitucionales, no es menos cierto que el Ejecutivo no es el único que realiza la función de administrar.

¿Quién puede negar, por ejemplo, que en los regímenes de autonomía administrativa, las municipalidades ejercen la gestión de los intereses locales? El Ejecutivo está excluido de participar en esta administración que las municipalidades realizan, lo que demuestra que hay gestiones de intereses públicos que no son efectuadas por dicho Poder.

Estos autores parten de esta base para definir el Derecho Administrativo, porque están inspirados en un criterio anticuado. Toman a este Derecho como un simple derivado de la función del Poder Ejecutivo, cuando éste era el único Poder que intervenía en la gestión administrativa, en los regímenes monárquicos.

Otros tratadistas hay que para definir el Derecho Administrativo parten de otro punto de vista. Creen que el Derecho Administrativo no es más que un *conjunto de normas legislativas* o disposiciones del Poder Público, que forman lo que se suele llamar Derecho Positivo.

Esta afirmación es también inexacta, porque para definir el Derecho Administrativo se atiende únicamente al conjunto de normas legales, formales o substanciales, según que sean dictadas por el Poder Legislativo, o que se contengan en decretos y reglamentos. Las primeras se llaman formales porque tienen forma de ley; las segundas, substanciales, porque tienen substancia de ley: carecen de la forma debido a que no las ha hecho el Poder Legislativo, pero producen los mismos efectos: confieren derechos e imponen obligaciones.

El interés de dichos autores (Vivien, Batbié, Scolari, Persico y otros), desdeña el factor consuetudinario en el régimen administrativo y la influencia que tiene en el "hacer" de la Administración, los usos, las prácticas y los precedentes.

Aun cuando el Código Civil diga que la costumbre no constituye derecho, el hecho es que en Derecho Público la costumbre rige con una eficacia que todos los autores reconocen, en mayor o menor grado, y que se manifiesta en forma mucho más acentuada en el Derecho Administrativo.

Por último, hay otros autores que para definir este Derecho Administrativo, no se refieren a la sola actividad del Poder Ejecutivo, ni toman como punto de mira el conjunto de las leyes, sino que tienen una visión más amplia, y refieren la definición a la actividad del Estado, atribuyendo, en consecuencia, a ésta, una estructura en que el concepto del servicio público es dominante y considerando que la función legislativa y judicial son simples medios que la Administración



emplea para llenar su misión pública, cual es el cumplimiento de los fines del Estado como organización total de la sociedad.

ALGUNAS DEFINICIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Gioannis Gianquinto: "Es un sistema de leyes que determinan la acción del Poder Ejecutivo".

Batbié y Posada Herrera conciben del mismo modo el Derecho Administrativo.

Meucci: "Derecho Administrativo es la rama del Derecho Público que dicta las normas reguladoras de los institutos sociales y de los actos del Poder Ejecutivo para la realización de los fines de utilidad pública".

Colmeiro: "El Derecho Administrativo es la ciencia de la acción y competencia del Poder Ejecutivo en cuanto ordena y regula los intereses generales".

Santa María de Paredes: "El Derecho Administrativo es la rama del Derecho referente a la organización, funciones y procedimientos del Poder Ejecutivo, según la constitución para el cumplimiento de la misión del Estado en la vida".

Laferrière: "Derecho Administrativo es el derecho referente a la gestión de los servicios públicos; es el conjunto de reglas que prescriben la organización y el funcionamiento de los servicios públicos".

Jéze: "El Derecho Administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos".

Adolfo Posada: "Es el orden jurídico de la actividad política o del Estado, encaminada a procurar y hacer efectiva la formación, conservación y perfeccionamiento de las instituciones, mediante las cuales el Estado cumple sus fines".

Ranelletti: "Es la parte del Derecho Público interno que regula la organización de la Administración Pública, su actividad pública y las relaciones que se derivan, entendiéndose por Administración, la actividad dirigida a proveer a las necesidades del Estado, como unidad en sí, y del pueblo, o sea, a la satisfacción de los intereses colectivos".

Santi Romano: "El Derecho Administrativo es el sistema de principios de Derecho Público que regulan la actividad concreta con la cual el Estado cumple sus fines".

Gascón y Marín: "El Derecho Administrativo estudia el conjunto de normas o reglas relativas a la actividad encaminada a la realización de los fines de interés general".

Royo Villanova: "El Derecho Administrativo es el conjunto de principios jurídicos que reglamentan la actividad del Estado y de todas aquellas entidades que se proponen realizar fines de interés general, bajo la dirección de la autoridad pública".

Según *Meyer*, "el Derecho Administrativo tiene por objeto los principios de Derecho que a la Administración se refieren".

Mayer: "Derecho relativo a la Administración".—"No puede haber cuestión de Derecho Administrativo que no se refiera a relaciones entre el Estado y los particulares, sean éstos aislados, sean reunidos en grupos determinados".



Colmeiro: "Conjunto de *leyes* que determinan las relaciones de la administración con los administrados".

Aucoc: "Conjunto de *reglas* que rigen las relaciones de la administración o de la autoridad administrativa con los ciudadanos".

Dacey: "El Derecho Administrativo es la parte del Derecho que determina: 1.º La situación y responsabilidad de los funcionarios; 2.º Los derechos y relaciones de los simples ciudadanos con los funcionarios que representan al Estado; y 3.º Los procedimientos mediante los cuales esos derechos se hacen efectivos".

Bielsa: "Conjunto de *principios* de Derecho Público que regulan la actividad concreta mediante la cual el Estado y las otras entidades públicas persiguen y realizan sus propios intereses" (Definición de Santi Romano que el autor argentino prohija).

Marby Mathews: "Cuerpo de *reglas* que determinan la organización de las autoridades ejecutivas y administrativas y el lugar y límites de sus poderes, deberes y funciones".

Montes de Oca: "Conjunto de *preceptos*, distintos de los del Derecho Constitucional, que fijan los derechos respectivos y las obligaciones mutuas de los funcionarios encargados de dirigir los intereses de la sociedad".

Rolland: "El Derecho Administrativo no es sino una rama del Derecho Público. Está constituido por el conjunto de *reglas* relativas a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos y a las relaciones de éstos con los particulares".

Merkel, apoyándose en la "determinación conceptual", de Hans Kelsen, entiende por derecho "aquel sistema de normas, pero de normas coactivas sancionadas, y cada precepto jurídico como una proposición por la que a una determinada condición se vincula, como consecuencia, el acto coactivo".

"El Derecho Administrativo—agrega—constituye una sección cualificada por su contenido, del total orden jurídico, aquella sección que se refiere a la administración, que regula la administración".

"El Derecho Administrativo—dice más adelante—se presenta como aquella fracción de orden jurídico que ha de ser aplicada por órganos administrativos, esto es, órganos ejecutivos con derecho a dar instrucciones u obligados a obedecerlas".

Por último, expresa que se podrá definir el Derecho Administrativo trasponiendo la definición "de lo orgánico a lo funcional", como "suma de *normas jurídicas* que regulan aquella actividad ejecutiva condicionable por las instrucciones; o—aceptando, claro está, que toda la actividad ejecutiva está compuesta de normas jurídicas—la suma de normas jurídicas que regulan aquellas funciones jurídicas determinables mediante las instrucciones".

Duguit dice: "Al ejercicio de la función administrativa corresponde el Derecho Administrativo, comprendiendo el *conjunto de las reglas* que se aplican a los efectos de los actos administrativos y también al funcionamiento de los servicios públicos".



* * *

Las opiniones reproducidas demuestran la diversidad de criterios para concebir una definición del Derecho Administrativo. El propósito, por lo demás, es de difícil realización, sin suscitar, de inmediato, la crítica fundada.

El hecho real y positivo es que el mencionado e indefinido Derecho rige, principalmente, las siguientes materias:

a) La organización y funcionamiento de los servicios públicos, medios calificados de que el Estado se sirve para el cumplimiento de su fin último: el bienestar social;

b) Las relaciones de la Administración con los ciudadanos y los habitantes del país o con los extranjeros, según los casos;

c) Las relaciones de la Administración con sus funcionarios, que dan lugar a derechos y obligaciones recíprocas;

d) Los medios jurídicos y materiales de que deben disponer los órganos administrativos para el ejercicio de sus funciones propias;

e) Las acciones otorgadas a los particulares y a los funcionarios para defenderse de las arbitrariedades de la Administración, en el régimen de lo contencioso-administrativo;

f) La organización de la llamada "justicia administrativa", en los países de jurisdicción doble, para conocer de todos aquellos asuntos que no sean de la competencia de los tribunales civiles, en razón de que, en ellos, la Administración no ha realizado actos de economía privada sino actuaciones de naturaleza pública;

g) Las relaciones de los organismos administrativos entre sí, a objeto de establecer la correspondencia y armonía necesarias a la acción común que deben desarrollar para el cumplimiento de todos los fines del Estado.

RELACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CON LAS DEMÁS RAMAS DEL DERECHO

Definido el Derecho Administrativo nos corresponde, de acuerdo con el programa, referirnos a las relaciones que aquél tiene con "las demás ramas del Derecho".

Esta manera de apreciar la cuestión parece dar a entender que el Derecho Administrativo sólo tiene relación con las demás ramas jurídicas.

Pero, en realidad, sólo significa que nosotros debemos circunscribir nuestro estudio a la correspondencia en que el Derecho Administrativo está con las otras ramas del Derecho, lo que no importa negar que tenga relación también con las demás ciencias sociales.

El Derecho Administrativo tiene, en efecto, relación con el conjunto de las ciencias políticas y sociales, con las ciencias económicas y aun con las ciencias biológicas.



Veamos las relaciones que tiene el Derecho Administrativo con las demás ramas del Derecho.

El Derecho se divide, tradicionalmente, en dos grandes ramas: el Derecho Público y el Derecho Privado.

Se discute con variados y respetables argumentos la base científica de esta división. Muchos la estiman desligada de la realidad social que todo el Derecho persigue, y dadas las influencias recíprocas que tales ramas jurídicas tienen para producir un mismo efecto: la regulación de la conducta individual para la vida en sociedad.

Hans Kelsen, en su "Teoría General del Estado" (Madrid, 1934), considera funestísima la distinción entre Derecho Público y Privado. "Si bien—dice—esta antítesis constituye la médula de toda la sistemática teórico-jurídica, es sencillamente imposible determinar con cierta fijeza lo que quiere decirse en concreto cuando se distingue entre el Derecho público y el privado. Ciertamente, cabe señalar determinados dominios jurídicos, cualificados por su especial contenido, que se contraponen convencionalmente en calidad de "Derecho Público" al "Derecho Privado". Así, en el Derecho público, se incluyen el Derecho político, el administrativo, el procesal, el penal, el internacional y el canónico (este último sólo en tanto que se refiere predominantemente a los anteriores dominios); todo el restante Derecho es Derecho privado. Pero si se pregunta por el fundamento de esta división, se entra de lleno en un caos de opiniones contradictorias.

"Por de pronto, no hay seguridad en el objeto de la división: la cualidad de público y privado se atribuye indistintamente al Derecho objetivo, a las normas, al Derecho subjetivo, a las facultades y deberes que constituyen la relación jurídica. Si se reduce el Derecho subjetivo al objetivo, una división del primero tiene que ser, al propio tiempo, una división del último. Añádase a esto que con la dualidad del objeto de la división va unida una antítesis de los criterios, con arreglo a los cuales se lleva a cabo. De éstos podríamos escoger más de una docena. Para dividir el Derecho en público y privado se recurre, por los diversos tratadistas, a los criterios más variados y aun opuestos; no es raro encontrar en un mismo escritor esta diversidad u oposición de criterios" (Obra citada, págs. 105 y 106).

Adolfo Merkl tampoco está de acuerdo con la distinción entre Derecho Público y Privado. En su "Teoría General del Derecho Administrativo" (Madrid, 1935), dice que la diferenciación entre Derecho público y privado carece de una nota diferenciativa jurídicamente relevante. Considera que "todo lo que se dice acerca de diferencias jurídicas entre ambos dominios son abortos de fantasías jurídico-naturales, ya que semejantes diferencias se extraen de la esencia del derecho público y del derecho privado, mientras que el único procedimiento jurídicamente admisible sería el de una diferenciación entre esas dos formas del Derecho, basada en diferencias existentes en el Derecho positivo. "Lo que ocurre—agrega—es que el Derecho positivo ha aceptado la diferenciación entre Derecho público y privado, basado en la suposición equivocada de que la división del Derecho en privado y público existe *a priori*, mientras que en realidad sólo *a posteriori* pudiera estar justificada, esto es, a consecuencia de existir en el Derecho positivo" (Obra citada, págs. 113 y 114).



Sin embargo, hay autores que defienden tenazmente la división del Derecho en público y privado. El filósofo del Derecho, Gustavo Radbruch, afirma que ella está cimentada en el mismo concepto del Derecho. "Con el Derecho, como conjunto de normas positivas, está supuesta la existencia del legislador en sentido lato. Ahora bien, si las normas por él establecidas para la vida en común, por tanto normas de Derecho privado, constituyen el fundamento de existencia de todo Derecho positivo, bastando realmente a la seguridad pública, por otra parte debe el legislador mismo quedar ligado a ellas. Este ligamen del legislador frente a los destinatarios de la norma, un ligamen en relaciones de subordinación y supraordinación, es necesariamente Derecho público. Mas, no sólo en el concepto del Derecho, sino también en la idea del Derecho está puesta la distinción entre Derecho público y privado. Si la justicia es igualitaria o distributiva, es decir, justicia entre equiparados o justicia en las relaciones de subordinación y supraordinación, esto indica que la justicia misma, en sus dos sustratos, alude ya al Derecho público y al privado".

"Los conceptos "Derecho público" y "Derecho privado" son, pues, a priori, En cambio, la relación de valor y de rango entre el Derecho público y el privado está sometida a las variaciones históricas y a las diversas valoraciones en las distintas concepciones del mundo y de la vida" ("Filosofía del Derecho", págs. 164 y 165). En efecto, así por ejemplo, mayor valor y rango tiene el Derecho público en un régimen socialista que en uno liberal. En el liberalismo, como dice textualmente el mismo Radbruch, el Derecho privado es el corazón de todo Derecho, el Derecho público una delgada corteza protectora para la defensa del Derecho privado, y sobre todo de la propiedad privada. En el socialismo, las cosas cambian completamente.

Como vemos, la distinción entre las dos ramas del Derecho da margen a grandes discusiones.

Algunos autores dicen que en el Derecho cabe distinguir tres ramas: Derecho Público, Derecho Privado y Derecho Mixto. Este último participaría de las características de los otros dos.

Examinemos las relaciones que el Derecho Administrativo tiene con el Derecho Público. Empezaremos viendo las que tiene con el Derecho Constitucional, que son las más estrechas. Tal es así, que varios escritores, como Adolfo Merkl, han llegado a decir que "el Derecho Administrativo es un producto de la Constitución y de las fuentes jurídicas subordinadas a ella, y regla productora de la Administración".

La palabra *constitución* tiene dos significados: como *hecho* y como *régimen*. Como hecho significa la estructura del Estado, el sistema político imperante en un país que actúa sobre un territorio y respecto de su población.

Como régimen significa Carta Fundamental, Estatuto Orgánico, Ley básica que ordena la organización política del Estado.

La verdad es que entre estos dos conceptos hay una relación íntima, porque Constitución, Carta Fundamental, importa tanto como decir "conjunto de preceptos para su aplicación a los hechos del sistema político y de la estructura que el Estado se da". Por otra parte, esta estructura requiere, para su formación un



régimen en conformidad al cual se establece y funciona. De lo que resulta que la palabra "Constitución" da la idea de conjunto de preceptos aplicables a la estructura del Estado.

Por su especial naturaleza, el Derecho Administrativo no puede prescindir del Derecho Constitucional, sobre todo si partimos del aserto de que la actividad administrativa se refiere al hecho de aplicar a las cosas concretas de la vida pública, el contenido de la Constitución.

Es por eso que algunos autores afirman que el Derecho Administrativo es a la Constitución lo que el Derecho Procesal es al Código Civil, o sea, el Derecho que da reglas en conformidad a las cuales se ejerce la acción. Fijar normas para la acción, es ofrecer medios para hacer práctica la aplicación del contenido constitucional. En otros términos, el Derecho Administrativo sería el Derecho de las formas activas para la aplicación substantiva de la Constitución.

No estamos de acuerdo con esta afirmación, porque el Derecho Administrativo no sólo da reglas para determinar la acción, sino que lleva en sí un contenido substancial, que le ha permitido tener substantividad propia y teorías peculiares, con asiento profundo en la convicción de los autores, y que han llevado hasta el abandono de las teorías del Derecho Civil, que antes exclusivamente informaban al Derecho Administrativo, y que ahora se aplican sólo con el carácter de supletorias.

Stein, autor que ha contribuído poderosamente a la sistematización doctrinal del Derecho Administrativo, concreta en los principios generales siguientes, la estrecha relación que existe entre este Derecho y el Constitucional:

1.º "El valor de una Constitución se determina en relación a sus méritos frente a la Administración, de donde, pues, no pueda juzgarse de modo absoluto *lo bueno de una Constitución, sino considerándola en sus relaciones con la Administración*".

Según este autor, para juzgar del mérito de una Constitución, hay que apreciar el efecto que el régimen político produce en la Administración. Si el organismo administrativo no funciona en buena forma, la Constitución es mala.

2.º "Cuando un pueblo empieza a dudar seriamente de la influencia benéfica de una Administración dada, esta duda, con el andar del tiempo, se transforma en una duda sobre la bondad de la Constitución".

3.º "El derecho del ciudadano de participar en el Poder Legislativo y dar su voto en el momento decisivo, le impone el alto deber de conocer la Administración, tanto en sus principios como en sus consecuencias materiales, a fin de poder apreciar convenientemente la bondad de la Constitución".

Si examinamos la cuestión desde un punto de vista positivo, nos encontramos en la Carta Fundamental con una cantidad de datos que vienen a comprobar la verdad práctica de la expresada relación.

Así, al referirse a la forma de gobierno, el artículo 1.º de nuestra Constitución dice: "El Estado de Chile es unitario. Su Gobierno es republicano y democrático representativo". Desde luego, la circunstancia de que el régimen sea unitario, determina una cierta organización administrativa, lo que no ocurriría si fuera federal.



La afirmación de que "es republicano y democrático" determina una base fundamental, principalmente para la declaración y goce regular de los derechos que corresponden a los ciudadanos frente a las garantías constitucionales. Así, cuando se asegura a todos los habitantes de la República la admisión a los empleos y funciones públicas, sin otras condiciones que las que exijan las leyes, no se está otorgando un privilegio, sino estableciendo una igualdad que no tiene más límite que la aptitud del hombre para el eficaz desempeño de un cargo público, establecido en interés directo o indirecto de la colectividad nacional.

En la Carta Fundamental están las bases orgánicas de la Administración Pública, y en el capítulo de las garantías constitucionales se encuentra el motivo determinante de la parte más importante de la legislación administrativa y de la función de administrar.

En seguida, nuestra Constitución instituye y organiza los Poderes Públicos y les confiere sus atribuciones con la mira de que no puedan ejercer otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por el ministerio de la ley, a fin de asegurar el goce de las garantías constitucionales e impedir legitimidad en todos los actos de las autoridades públicas, ya sean políticas o administrativas.

La Carta Fundamental atribuye al Presidente de la República la administración del Estado. Provee a esta función constitucional ejerciendo las facultades que la misma "ley de las leyes" le da en diversos números del artículo 72, que especifica las atribuciones que corresponden al Jefe del Estado.

El Presidente de la República tiene una función muy importante en la gestión administrativa, sobre todo en lo relativo a la provisión de los cargos públicos. A él compete el nombramiento de los funcionarios administrativos, en conformidad al Estatuto correspondiente.

Interviene también en el acto de poner término a la relación jurídica que se produce entre el funcionario y el Estado: puede destituir a los empleados de su designación, por las causas y con las formalidades prescritas en la Constitución y las leyes y reglamentos que la complementan.

Es el Presidente de la República quien declara el goce a los derechos pecuniarios de las clases pasivas, una vez que se han cumplido las circunstancias legales; y es él quien puede aplicar medidas disciplinarias en la ocasión que el Estatuto Administrativo y otras leyes especiales establecen.

Así, pues, examinando las diferentes facultades que tiene el Presidente de la República encontramos a cada paso que ellas tienen proyecciones administrativas y que, sólo por excepción, tienen trascendencia legislativa o judicial.

Si pasamos a considerar las facultades que tienen los Ministros de Estado, los Intendentes y los Gobernadores, tendremos que concluir afirmando que el Poder Ejecutivo es el que más intervención tiene en el ejercicio de esta actividad que se llama Administración Pública y que tiene por objeto proveer a la gestión de los intereses colectivos.

Esto no quiere decir que los otros poderes no tengan intervención en la gestión de la cosa pública, porque, desde luego, el Poder Legislativo da soberanamente las leyes que el régimen necesita, sin perjuicio de que deba dictar algunas,



por mandato expreso de la Constitución, como la ley que ha de organizar, en nuestro país, las Asambleas Provinciales o la que instituirá los Tribunales Administrativos, por ejemplo.

Es verdad que en la Constitución actual las facultades del Poder Legislativo tienen un correctivo jurídico. La Corte Suprema puede declarar la inaplicabilidad de una ley en los casos particulares de que conozca o que le fueren sometidos por vía de un recurso en el cual se alegue la inconstitucionalidad de cualquier precepto legal. Pero esto, lejos de molestar la organización administrativa, es una garantía para ella, ya que en casos determinados el Poder Legislativo, por meras razones políticas, puede dictar leyes atentatorias, las que pasando por encima de la Constitución lleguen a la lesión franca del régimen de la administración.

El Poder Judicial tiene también intervención en la función administrativa, al conocer de aquellos juicios en que la Administración participa, consumando actos de gestión privada y que se rigen por el Código Civil.

En el sistema de la jurisdicción doble, los tribunales ordinarios de justicia no tienen por qué intervenir en los asuntos en que la Administración participa, salvo el caso ya anotado en que actúa como sujeto de derecho privado.

Si nos apartamos de las materias relativas a los Poderes Públicos y nos referimos a las relacionadas con la Administración propiamente dicha, veremos que la Constitución divide la actividad de las autoridades en dos ramas: Gobierno y Administración interiores. El primero es ejercido por el Presidente de la República, con los Intendentes y Gobernadores, como sus representantes naturales e inmediatos.

Al ocuparse nuestra Constitución de la actividad administrativa interior, empieza por hacer una división territorial con propósito inmediato de administración.

En Chile tenemos tres clases de administración: la nacional, que tiene como límite el del territorio del Estado; la administración regional a base de la división que se llama provincia, y la administración local que opera sobre la comuna.

La administración nacional es realizada por el Presidente de la República y sus Ministros. A cargo de la administración provincial está el Intendente y la Asamblea Provincial. A cargo de la administración comunal se halla el Alcalde y la Municipalidad.

Otra cuestión propia del régimen administrativo interior es la descentralización administrativa, que ha de operar sobre la base de que las leyes confíen paulatinamente a los organismos regionales o locales las facultades que ahora ejercen entidades de la administración nacional u otras autoridades.

De todo lo dicho se desprende que el Derecho Administrativo tiene relaciones muy vivas con el Derecho Constitucional y que son, en realidad, el más sólido fundamento de la acción que corresponde realizar a la Administración para el cumplimiento de los fines del Estado.



* * *

Las relaciones del Derecho Administrativo con el Derecho Internacional son evidentes. El Derecho Internacional da normas para el régimen de las relaciones políticas que un Estado mantiene con las demás potencias extranjeras.

El artículo 72, N.º 16, de nuestra Constitución atribuye al Presidente de la República facultad especial para mantener dichas relaciones, recibir los agentes de las potencias extranjeras, admitir sus cónsules, conducir las negociaciones, hacer las estipulaciones preliminares, concluir y firmar todos los tratados, concordatos y otras convenciones, los cuales suelen tener influencia directa en la organización y funcionamiento de los servicios administrativos de los países pactantes, estableciendo un sistema de verdadera cooperación internacional, como ocurre respecto de los servicios de correos, salubridad, educación, comunicaciones y transportes, etc.

Tenemos, entonces, que fuera del aspecto general de carácter político que el Derecho Internacional tiene para vincularse al Derecho Administrativo, hemos de observar, como materia especial, los Tratados Internacionales, que ejercen influencia en la organización de los servicios públicos entre los países pactantes.

Este último aspecto de las relaciones ha dado lugar al nacimiento del llamado "*Derecho Internacional Administrativo*", que el autor italiano *Fedozzi* define diciendo que "es el sistema de principios que regulan las relaciones de índole administrativa que se establecen entre los Estados o entre unos o varios Estados y los individuos extranjeros".

Este concepto aparece confirmado con la opinión de *Pillet*, quien afirma que "la relación internacional nace de la comunidad de funciones". El Derecho Internacional Administrativo ofrece el fundamento más sólido y permanente a la Sociedad de Naciones y es su justificación incuestionable, si se pusiese en duda la eficacia de su intervención en asuntos de otra naturaleza que se producen entre los Estados y en los cuales, generalmente, hay contradicción de intereses, y falta, en consecuencia, "la comunidad de funciones" para la relación internacional.

La Sociedad de Naciones ejercería la función de administrador común de los servicios administrativos de proyección internacional, sin contradicción de nadie y con la cooperación de todos los países interesados. Su labor sería, pues, siempre eficaz y, por sobre todo, indiscutida.

La proyección internacional de los servicios públicos produce un positivo y sincero acercamiento entre los Estados (porque reposa en la comunidad de intereses) y aminora los efectos del celo negativo de la soberanía que hace de los tratados políticos verdaderas transacciones, cuando no ásperos productos de imposición, en que la verdadera justicia y hasta la conveniencia duradera están ausentes.

* * *

Con el Derecho Penal, mantiene, también, el Derecho Administrativo, estrecha relación.

Bastará saber que el Derecho Penal tiene por objeto instituir el ejercicio de la facultad punitiva con respecto de los que delinquen; que el pensamiento moderno infiltrado en la filosofía jurídica entrega la defensa de la sociedad al Derecho Penal, para dejar establecido su primer vínculo con el Derecho Administrativo. El funcionamiento de la institución de la pena da lugar a la organización penitenciaria. El perseguimiento de la responsabilidad criminal sirve de causa a la creación de la policía judicial de investigaciones. La política preventiva del Estado, en materia penal, hace necesaria la acción que tiene por objeto evitar que se produzcan las causas determinantes del delito.

Si pasamos a un aspecto particular del Derecho Represivo y recorremos el Código Penal, se verá que tal relación es práctica y efectiva. En el Libro II encontramos una serie de delitos que se refieren en forma particular a los individuos que actúan en representación del Estado: los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones, los que importan un agravio a los derechos garantidos por la Constitución.

* * *

Si del Derecho Público pasamos el Derecho Privado, veremos que las relaciones son evidentes, aunque en menor proporción.

El Derecho que más extraño parece al Administrativo es el Derecho Civil. Sin embargo, las relaciones son positivas y para comprobarlo basta con citar tres o cuatro casos.

1.º *Las personas.*—Son sujetos de Derecho, con capacidad para ejercer atributos propios de la personalidad y para contraer obligaciones a que la capacidad da lugar. Entre estas personas figuran las naturales y jurídicas. Entre las jurídicas, las de Derecho Público, y entre éstas, el Fisco, la Nación, las Municipalidades y los establecimientos públicos.

2.º *Los bienes.*—Si pasamos al Libro II del Código Civil, encontramos, en líneas generales, el régimen jurídico que ha de aplicarse a los bienes nacionales, que son los que pertenecen a la Nación toda, dominio que está representado por dos clases de bienes: los públicos y los fiscales, con el bien entendido de que el régimen particular de estos bienes lo entrega el propio Código Civil a las leyes y preceptos administrativos que se dictan con tal objeto.

3.º *Sucesión.*—En el Libro III del Código Civil encontramos también disposiciones que tienen relación con el Derecho Administrativo. Desde luego, existe la posibilidad de que el Fisco pueda ser asignatario por causa de muerte, a título universal o particular, ya sea por acto testamentario o por ministerio de la ley. El séptimo grado en la sucesión intestada corresponde al Fisco cuando no hay otros herederos que puedan invocar mejor derecho.



4.º *Contratos*.—El Libro IV del Código Civil se refiere a las obligaciones y contratos. Hemos visto cómo se rige la contratación administrativa, en general, y nos hemos referido al estudio particular de algunos contratos administrativos, como el de obras públicas, el de aprovisionamiento y suministro. En materia de obligaciones y contratos, las disposiciones del Código Civil rigen las situaciones jurídicas que se produzcan en defecto de preceptos administrativos especiales.

La Administración no participa de actividades mercantiles ni mineras, a menos que se llegara a establecer lo que hemos llamado industrialismo del Estado, en grado máximo; porque en tal caso habría desarrollo de actividades administrativas de carácter comercial o industrial, con la mira de obtener lucro.

Por lo que respecta al Derecho Minero, cabe advertir que, en Chile, rige el principio regalista, en oposición al primitivo sistema del Derecho Romano, que consagraba la unidad del dominio, concretada en esta máxima: "El dueño del suelo lo es del cielo y del subsuelo". Al dueño del predio superficial pertenecía el predio minero correspondiente.

Este principio se reemplazó por el sistema de regalía, según el cual el Estado es dueño de todos los yacimientos mineros que existan bajo el suelo, cualquiera que sea el dominio que sobre el predio superficial exista. El sistema se transmitió a los pueblos que Roma conquistó, pasó de España a América, y se aplica en nuestra legislación minera, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 591 del Código Civil. Según éste, "el Estado es dueño de todos los yacimientos mineros, sin perjuicio de que pueda concederlos a los particulares para que los exploten y dispongan de ellos como dueños, con los requisitos y bajo las reglas que prescribe el Código de Minería.

Al lado de esta circunstancia de que la Administración pueda conceder los yacimientos mineros para que los exploten los particulares, figuran otras intervenciones de ésta en el desarrollo de las labores mineras, pero que no dicen relación con el dominio. Se refieren a las condiciones de seguridad y salubridad en que las minas deben explotarse, y que significan otros tantos aspectos administrativos de esta actividad industrial.

* * *

Estas son, en líneas generales, las relaciones más salientes que el Derecho Administrativo tiene con las otras ramas del Derecho. Pero nos hemos referido nada más que a lo que, en denominación general, se llaman ramas substantivas, siendo que también existe relación con las llamadas ramas adjetivas, con el Derecho de los Procedimientos, que fija normas para el ejercicio de las acciones que nacen de los derechos. Así, vemos que en el Código de Procedimiento Civil hay normas generales para el efecto de determinar la comparecencia de la Administración en juicio. La Ley Orgánica de Tribunales determina la competencia de los jueces que conocen de estas acciones.

El Fisco tiene personeros y organismos encargados de la defensa de sus intereses. En la legislación anterior, el Director del Tesoro era el funcionario capaz



de asumir la representación del Fisco. (Ha sido reemplazado por el Presidente del Consejo de Defensa Fiscal, sin perjuicio de otras personerías especiales que las leyes orgánicas de los servicios establecen.

Hay otros organismos del Estado, como las Municipalidades que, siendo personas jurídicas de Derecho Público, tienen a su cargo la gerencia de intereses determinados. Por disposición especial del Código Civil, complementada por las leyes municipales, la unidad administrativa, llamada Municipalidad, es persona jurídica de Derecho Público, con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones civiles.

En la defensa de los intereses municipales hay establecido un sistema diferente al de otros servicios.

En la Municipalidad, el personero en juicio es el Tesorero. El Abogado, es el Secretario, defensor legal de los intereses municipales, a menos que la Corporación hubiese designado un abogado o hubiese establecido el servicio de la defensa municipal.

El Código de Procedimiento Civil considera situaciones particulares en el Libro III, al tratar de los juicios especiales. El juicio de hacienda, por ejemplo, que es aquél en que tiene intereses el Fisco y cuyo conocimiento corresponde a los tribunales ordinarios de justicia. Toda sentencia definitiva pronunciada por los jueces de letras en juicios de hacienda y de que no se apela, debe elevarse en consulta a la Corte de Apelaciones respectiva. Si la sentencia condena al Fisco a cualquiera prestación, ésta no puede ejecutarse sin que el Presidente de la República dicte el correspondiente decreto.

Si del Procedimiento Civil pasamos a la materia criminal, veremos que también existen vinculaciones estrechas.

Allí están, para comprobarlo, las disposiciones especiales que el Código de Procedimiento Penal contiene sobre las siguientes materias:

- a) Policía de seguridad (artículos 89 a 96);
- b) Las actividades administrativas a que dan lugar las órdenes de citación, detención y prisión preventiva de los inculcados y las resoluciones judiciales dirigidas a la comprobación del delito y averiguación del delincuente;
- c) La situación especial de los funcionarios públicos que gozan de fuero;
- d) La querrela de capítulos que, si bien no afecta a funcionarios administrativos, se refiere a funcionarios del Estado, como son los jueces y los oficiales del Ministerio Público;
- e) La intervención administrativa a que da lugar la extradición activa o pasiva;
- f) Las visitas de cárceles y establecimientos penales, etc.

* * *

De la exposición que hemos hecho acerca de las relaciones que el Derecho Administrativo tiene con las demás ramas del Derecho, resulta que aquél además de su contenido propio para regir la administración, utiliza las normas conteni-



das en las otras ramas jurídicas, para completar el régimen a que el Estado ciñe la función para el cumplimiento de sus fines.

Esta circunstancia nos lleva a establecer una relación general entre el Derecho Público del cual forma parte el Derecho Administrativo y el Derecho Privado.

Esta relación hay que considerarla desde diferentes puntos de vista: 1.º La naturaleza jurídica de los preceptos que constituyen ambas ramas; 2.º El objetivo que cada uno de esos Derechos se propone; 3.º Las acciones y procedimientos que en ambos se emplean, los efectos que producen y la finalidad que se proponen.

1.º Si examinamos el contenido del Derecho Público, en cuanto a la naturaleza de los preceptos que lo forman, vemos que la fuente substancial de donde emanan las normas jurídicas, es la Constitución, entendiéndose por tal el conjunto de preceptos generales abstractos y obligatorios, dictados por el poder constituyente, con el fin de organizar el Estado, imponer normas de conducta a los individuos, como ciudadanos, determinar sus derechos y proveer a la organización y funcionamiento de las instituciones fundamentales de la República.

Es, entonces, de la organización y funcionamiento del Estado, de las relaciones que esta entidad tiene con los sujetos de igual categoría soberana y con las personas u organismos que, por una u otra razón, son sus dependientes, de donde parte la base substancial del Derecho Público, expresamente contenido en la Carta Fundamental, las leyes políticas y administrativas, los decretos, reglamentos y ordenanzas, los tratados e instituciones internacionales.

2.º En cuanto al objetivo que persigue el Derecho Público, cabe decir que está constituido por la coordinación social para el bien público, coordinación que se realiza mediante el establecimiento de relaciones de subordinación de los individuos con respecto del Estado y de cooperación entre los individuos mismos para el fin general.

3.º En cuanto a las acciones y procedimientos que el Derecho Público pone en actividad para llegar a su fin propio, hemos de decir que la vía judicial ordinaria se usa sólo accidentalmente en los sistemas de doble jurisdicción. Lo conveniente es que haya un régimen procesal aplicable a los asuntos regidos por el Derecho Público, a fin de tratarlos de una manera especializada y más técnica: el juicio político, lo contencioso-administrativo, los procedimientos ideados para reclamar contra los actos y disposiciones arbitrarias de las autoridades administrativas o políticas.

Observemos, ahora, la cuestión desde el punto de vista del Derecho Privado, conforme a la ordenación consultada para el Derecho Público.

1. Las disposiciones que rigen en materia de Derecho Privado se encuentran contenidas en las leyes que se aplican a las relaciones particulares de los sujetos entre sí. Su fuente principal es el Código Civil y los códigos especiales sobre comercio, minería, industria, agricultura, trabajo, etc. Todas estas disposiciones se completan con los decretos reglamentarios que se proponen su ejecución. La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella; y en materia comercial, se aplica cuando se cumplen los requisitos y circunstan-



cias que miran a la comprobación de su existencia y autenticidad. La jurisprudencia contribuye a la sistematización del derecho positivo, generalizando y uniformando el criterio para su interpretación y aplicación. La doctrina sirve de precedente al legislador y al magistrado para cumplir, en forma más técnica, la función que, respectivamente, les está asignada por el pensamiento constitucional.

2. La finalidad que busca el Derecho Privado se refiere a la defensa del patrimonio. Y cuando formula disposiciones que afectan directamente a las personas, lo hace con la mira de determinar su posición frente al goce y ejercicio de los derechos patrimoniales. El Derecho Civil tiene una tendencia individualista por excelencia, que es como la antítesis de la derivación social del Derecho Público, que ya se ha hecho notar. Este fuerte individualismo del Derecho Civil ha sido debilitado por el Derecho Público, con medidas como la expropiación por causa de utilidad nacional, las servidumbres establecidas en favor de los intereses generales del Estado y de la salud de los habitantes; y por los progresos alcanzados en la legislación económico-social. La acción de la colectividad sobre el hombre ha producido, pues, esta relajación de los primitivos atributos egoístas del dominio;

3. Las acciones y procedimiento que se deducen y tramitan en el ejercicio y defensa de los derechos privados sométense a la intervención de los tribunales ordinarios de justicia o de magistraturas especiales, según lo dispongan las leyes que reglan la competencia judicial. Hasta los litigios en que la Administración es parte, son del conocimiento de aquellos tribunales en los sistemas de jurisdicción única; y en los de doble jurisdicción, todo juicio que se promueva por causa de actos de gestión privada que la Administración celebra.

De modo, pues, que si ponemos al Derecho Privado frente al Derecho Público, tendremos que concluir que mientras el segundo tiene en vista la vida social políticamente organizada, el primero se propone la protección del patrimonio de los individuos.

No obstante los objetivos diversos que persiguen, hay, sin embargo, entre ambos Derechos notables puntos de contacto. El Estado se organiza y funciona para los individuos y para la sociedad que constituyen.

Los individuos aportan su concurso personal y cuotas proporcionales de sus bienes para el servicio y las expensas comunes. Hay una correlación evidente entre las disposiciones de los Derechos Público y Privado, que responde a la concordancia del Derecho social con el individual; armonía que puede hacerse expresiva en esta fórmula: la sociedad para el individuo y el individuo para la sociedad, en la necesaria y útil proporción.



CAPÍTULO OCTAVO

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Al igual que las otras ramas del Derecho, el Administrativo tiene sus fuentes. El significado de esta expresión ha sido objeto de discusión entre los autores. Algunos consideran que fuente es el *órgano* que produce la norma jurídica. Así, tenemos a la sociedad en cuyo seno se genera la costumbre; al Poder Legislativo, de donde emana la ley; al Poder Ejecutivo, que dicta los decretos, y al Poder Judicial, que forma la jurisprudencia.

Otros dicen que las fuentes no son los órganos que vierten las formas jurídicas, sino que las formas mismas. Las fuentes serían, según este criterio, la ley, la costumbre, el decreto, la jurisprudencia y la doctrina.

Nosotros creemos que las fuentes del Derecho pueden clasificarse en *remotas* y *próximas*. Las primeras estarían constituidas por la necesidad social y la conciencia jurídica del pueblo, que exigen la aplicación de reglas ordenadoras para regir determinadas relaciones que se producen entre los hombres con motivo de la vida social que hacen. Las segundas estarían formadas por los órganos que producen aquellas reglas.

Podemos decir que fuentes del Derecho Administrativo son los orígenes, cercanos o remotos, de donde provienen las normas jurídicas que se aplican a la función de administrar.

Clasificación de las fuentes del Derecho Administrativo

La clasificación de las fuentes del Derecho Administrativo, en principio, no tiene importancia científica, mas puede tenerla por una razón de método. Pero, en todo caso, pueden agruparse, según sea la mayor o menor influencia que tengan como generadoras de normas jurídicas para el régimen administrativo. Estas fuentes pueden clasificarse en: remotas, mediatas y próximas.

1.º Son fuentes remotas la necesidad social y la conciencia jurídica del pueblo.



La primera determina un orden de relaciones que deben regirse conforme a Derecho, según la segunda.

2.º Los fuentes mediatas están representadas por los órganos que engendran las normas jurídicas: el Poder Legislativo; el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en cuanto la jurisprudencia influya en el sentido y aplicación del Derecho; la sociedad que genera, en la repetición de los hechos colectivos, los precedentes que van a servir de fundamentos a la costumbre.

3.º Como fuentes próximas tenemos: la ley, el decreto, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

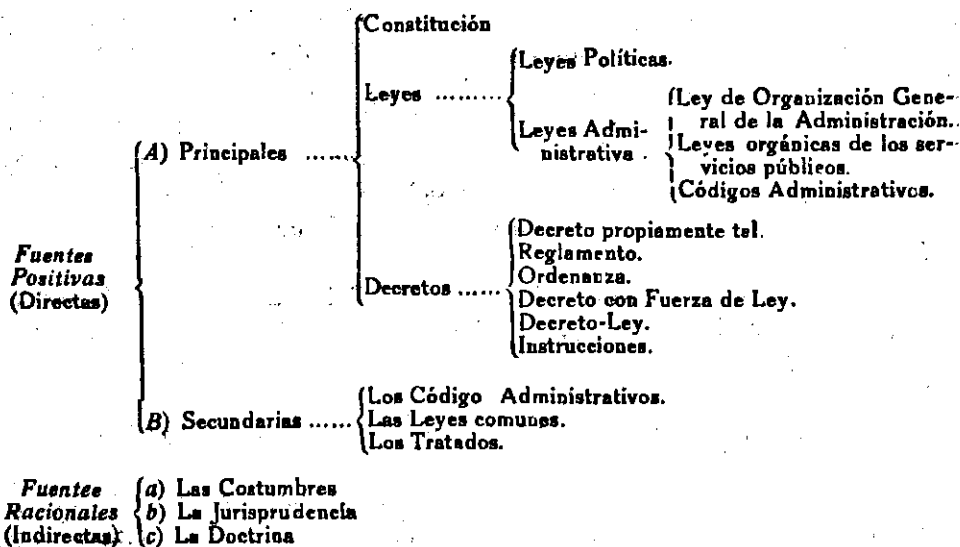
Las fuentes remotas actúan a modo de raíz de la generación jurídica; las mediatas en calidad de órganos generadores; las próximas como resultados definitivos de todo el proceso de su formación.

Las Fuentes Administrativas, desde el punto de vista de la mayor o menor influencia efectiva que tienen en el régimen de la Administración, pueden clasificarse en: *Directas e Indirectas*. Nosotros las dividiremos en *Fuentes Positivas y Racionales*.

Son *Fuentes positivas* las que rigen efectivamente las relaciones jurídico-administrativas bajo la fuerza de su autoridad legal.

Las *Fuentes racionales* son aquellas que, sin estar incorporadas a la legislación, rigen, sin embargo, la función administrativa y sirven de precedente necesario para la dictación de normas administrativas.

Las fuentes positivas se subdividen, a su vez, en *principales y secundarias*. El cuadro siguiente explica en mejor forma nuestro concepto:



LA LEY

De acuerdo con el cuadro que hemos insertado, haremos el estudio de las fuentes del Derecho Administrativo, empezando por las Positivas Principales, y entre éstas, por la ley.



Sobre la naturaleza de esta fuente se han vertido muchos conceptos, tanto en la declaración oficial del legislador como en la opinión de los autores.

Para nosotros, la ley, como fuente del Derecho Administrativo, tiene significación especial, que no desconoce, por cierto, los caracteres generales que le atribuyen los filósofos y los legisladores. La ley es norma general, abstracta y objetiva, que tiene por objeto proveer a la organización y funcionamiento de esa actividad del Estado, que se propone el cumplimiento de sus propios fines y principalmente la conservación y perfeccionamiento del organismo político y del cuerpo social.

La ley tiene caracteres especiales. En primer lugar, es una *norma general*. La generalidad de las leyes administrativas es algo que se expresa en cada uno de sus efectos y proyecciones, dado el propósito que se tiene en vista al concebirlas; sin perjuicio de que en determinadas ocasiones, se hagan declaraciones de carácter particular en forma de ley: la concesión de pensiones de gracia, por ejemplo. Es éste, en realidad, un acto administrativo que tiene expresión legal; pero que no es sino una simple manifestación de voluntad que hace el Congreso para otorgar un beneficio particular, creando una situación jurídica subjetiva. En este caso, el acto administrativo en forma de ley no *declara* la situación jurídica, ni la reconoce, porque la causa del beneficio es de pura liberalidad, sin perjuicio de las razones de equidad o de gratitud nacional que puedan abonarla. Son los derechos los que se declaran y reconocen; y porque éstos no existen, la pensión es de gracia y requiere la especial intervención del Congreso.

2. La ley administrativa tiene, además, un carácter imperativo, o sea, de obligatoriedad.

En el fondo, todas las leyes son imperativas, por cuanto obligan a su cumplimiento, mediante la sanción.

En nuestro Derecho, la ley no sólo obliga a los ciudadanos y al público en general, sino también a la Administración misma. Y esto porque el Estado, garantizador de todos los derechos, se coloca en condiciones de hacer respetar las leyes y de respetarlas.

Así, cuando al Administración, afecta a la dicha obligatoriedad, viola la ley, incurre en responsabilidad e indemniza los daños que causa, siempre que se trate de actos que pueden serle imputables.

De análoga manera, se pueden ejercer las acciones correspondientes para obtener de la autoridad constituida, la anulación de todos aquellos actos ilegítimos que la Administración celebra, omitiendo los requisitos de fondo o de forma que son necesarios para su debida legitimidad.

Las leyes administrativas tienen, además, *carácter objetivo*. Se refieren ellas a una finalidad determinada y prevista, de naturaleza material y no personal: funcionamiento de la actividad administrativa, de acuerdo con un régimen legal.

Las leyes antiguas y algunas leyes modernas suelen contener declaraciones *puramente doctrinarias*, desprovistas de toda sanción, y que se usan a modo de razones justificativas de su contenido, o para hacer resaltar el imperativo filosófico de sus preceptos.

Se ha dicho que estas disposiciones son inútiles porque carecen de eficacia.



En nuestro sentir, tal afirmación no es del todo exacta. Cuando la ley hace aquella declaración doctrinaria, su propósito es dar, a sus ejecutores e intérpretes, un punto de referencia que refunde todo el pensamiento del legislador y que determina el sentido íntimo del texto legal.

Toda aplicación o interpretación que vaya en contra de aquel pensamiento, importa una violación del propósito de la ley, atenta contra la voluntad del legislador, claramente manifestada, y se desentiende del principio de que la ley debe interpretarse por su fin.

Si el principio filosófico o social que la ley contiene, no es una norma de carácter estrictamente obligatorio, es, sin embargo, su causa primera, su proposición orientadora, la regla de conducta a que debe acomodarse la finalidad de la ley. Y todo ello, importa asegurar su imperio y aplicarla en su genuino sentido.

Contra el vicio de *inconstitucionalidad*, existe el recurso de inaplicabilidad, que ya conocemos, y que ha de alegarse en cada caso particular.

La *oportunidad* de la ley administrativa es un requisito de notoria importancia doctrinaria y práctica. La vida del Estado se resuelve en actividades administrativas que tienen por objeto satisfacer las necesidades sociales; y éstas no admiten postergación, ni demora.

Las necesidades públicas insatisfechas producen un malestar progresivo que llega a traducirse en agitación peligrosa para la paz social y la suerte de los gobiernos.

Para remediar la inoportunidad de la ley, no existe ningún reactivo jurídico. No hay recurso contra la inoportunidad; como no sea el reactivo social, manifestado en el derecho de petición y en las reclamaciones de la opinión pública, por intermedio de sus personeros autorizados.

Requisitos de forma.—Consisten en que la ley sea dictada por el órgano competente y con las formalidades que establece el procedimiento político para su generación.

Estas formalidades están prescritas en la Constitución, párrafo "De la formación de las leyes", y reglamentan todo el proceso de esa formación: proposición, origen, conocimiento y discusión del proyecto, observación, aprobación y promulgación.

Acción de la ley.—La función que la ley desempeña en el régimen de la Administración es muy calificada. La ley es fuente primordial, general y de mayor permanencia. Su importancia nace de la autoridad de su origen (obra del Poder Legislativo), y de la fuerza de su aplicación. Estatuye los principios generales, sin descender a los detalles; y establece, respecto de los servicios públicos, los siguientes puntos: a) su objeto; b) sus medios de realización; c) los derechos y obligaciones que crea e impone. La ley manda, prohíbe o permite, pero no obra; contiene, tan sólo, el principio y la fuente de la acción.

Posada asigna a la ley una verdadera "función tutelar", que ejerce de diferentes modos: a) orientando el ideal del Derecho; b) garantizando determinadas relaciones jurídicas; c) difundiendo el Derecho por medio de la publicación; d) ofreciendo una sanción a sus preceptos, etc.

En los Estados de Derecho, la Administración debe desarrollarse en con-



formidad a la ley que la organiza y le da sus medios de acción. Mediante ella se crean los servicios públicos, se determina la competencia de los funcionarios y se dan normas generales para regir la actividad total de la Administración. Pero, en la realidad de la vida social, la Administración puede actuar en tres situaciones diversas: de acuerdo con la ley; fuera de la ley, y en contra de la ley.

I. Si consideramos el primer aspecto, o sea, aquél en que la Administración obra de acuerdo con la ley, determinando la legalidad administrativa, tenemos que ésta es la situación normal. Ya hemos visto que los actos administrativos deben emitirse y realizarse siempre en conformidad a la ley, ya que sus formalidades son requisitos esenciales para su validez, tanto por la naturaleza misma del acto, cuanto porque ellas tienen por objeto garantizar los intereses públicos.

II. La Administración puede también obrar fuera de ley, y esto ocurre cuando no hay precepto al cual deba ceñir sus actos. En tal caso, se ejercen las llamadas facultades discrecionales.

Estas facultades, que no están reglamentadas, en su ejercicio, por ley alguna, pueden conducir fácilmente a la arbitrariedad. Es conveniente, pues, determinar el alcance de las facultades discrecionales.

Guerin ha sentado el siguiente principio: si el acto es de manifiesta utilidad pública, y está de acuerdo con el fin de la función, está bien ejecutado, y es, por lo tanto, acto discrecional. Pero si el acto se olvida de este fin, o lo contraría, el acto es arbitrario, y pueden intentarse contra él los recursos que hemos visto, a objeto de obtener la revocabilidad o la anulación.

III. La Administración puede también obrar contra la ley. En tal caso, el acto es ilegítimo, y trae, como consecuencia, la inmediata responsabilidad de la Administración o la del funcionario, según los casos, en cualquiera de sus formas posibles: responsabilidad civil, penal o administrativa. Las dos últimas persiguen la sanción. La primera es reparadora.

La responsabilidad criminal del funcionario se produce con el delito, es decir, cuando aquél ejecuta un acto arbitrario prohibido y penado por la ley. Esos delitos se califican en el Código Penal y en las leyes represivas especiales, divididos en dos grupos: delitos comunes ordinarios y delitos ministeriales. Para nuestra legislación penal y para los efectos de estos últimos delitos y de los agravios inferidos a los derechos garantidos por la Constitución, se reputa empleado todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de nombramiento del Jefe del Estado, ni reciba sueldo del erario nacional.

Puede suceder, aun, que la satisfacción de la necesidad social o la ejecución de un acto, esté sometida a la acción de una ley caduca e inoportuna, contraria al interés público actual. ¿Qué ocurriría si el funcionario procediese en contra de esta ley ineficaz y dañosa, en la conciencia de que va a producir un bien público, aunque en forma ilegal?

La Administración, que ha violado, en esta forma, el principio general de que ha de obrar de acuerdo con la ley, debe recurrir a la que se llama "Ley de Indemnidad", que tiene dos objetos:

- 1) Legalizar el acto ilegítimo; y
- 2) Exonerar de toda responsabilidad al funcionario que lo ordenó.



Dominio de la ley.—Legalidad de los actos

La legalidad administrativa puede ser materia de discusión en cuanto al margen que ha de darse a la intervención del Estado en la cosa pública.

La Escuela Individualista sostiene que ley es un mal necesario, cuya acción es preciso limitar en lo estrictamente indispensable. Tiende, a limitar, en lo posible, la función de la ley, en lo relativo a la ingerencia del Estado, a fin de dar amplitud a las actividades del individuo.

Para la Escuela Socialista, la ley representa la única forma eficaz del Derecho, "el medio verdaderamente adecuado para dirigir la vida social humana". Desempeña una tarea de nivelación, ofreciendo el máximum de facilidades a los desposeídos de medios personales de acción.

La teoría anárquica rechaza toda imposición de la ley. Sostiene que el hombre racional, civilizado y culto, es capaz de regirse a sí mismo, sin necesidad de reglamentaciones al libre juego de sus facultades. Niega a la ley toda eficacia fundamental y efectiva, como consecuencia de otra negación: la de toda autoridad.

El dominio de la ley comprende la esfera propia de su intervención, es decir, las cosas objetivas que deben quedar inmediatamente bajo su acción.

En esta materia, hay dos referencias: una de carácter legal y otra de carácter doctrinario. La primera está contemplada en el artículo 44 de la Constitución, al establecer que sólo en virtud de una ley se puede hacer todo cuanto se explica en la enumeración; de tal manera que todos los actos que se realicen sin este medio, son ilegítimos.

Todas estas disposiciones constitucionales interesan, de modo directo, a la Administración, porque mediante ellas se rige todo cuanto se relaciona con materias tan substanciales como las siguientes:

- a) La dotación de medios económicos, mediante las contribuciones, los empréstitos y los presupuestos;
- b) El régimen sobre la enajenación, uso y goce de los bienes del Estado;
- c) La creación de servicios públicos y la provisión de funcionarios;
- d) La división política y administrativa del país;
- e) El manejo y la distribución de las fuerzas armadas;
- f) La restricción de la libertad personal y de imprenta, y del derecho de reunión;
- g) La concesión de indultos generales y amnistías; y
- h) El régimen monetario y el sistema de pesos y medidas, etc.

Tenemos, entonces, que no pueden ser sino materias de ley, los asuntos a que se refiere el artículo 44 de la Constitución.

Ello no obsta a la dictación de leyes sobre materias no previstas en la Carta Constitutiva. La función del legislador es ilimitada en el campo de su jurisdicción.

Esta amplitud de la función legislativa—consagrada en el aforismo inglés: "el Parlamento puede hacerlo todo, menos un hombre de una mujer"—tiene, sin embargo, límites racionales en la lógica constitucional, en la defensa de los derechos individuales y en la opinión de los autores.



La ley cumple bien su misión reguladora, cuando da reglas necesarias para el conveniente desarrollo y aplicación de la actividad administrativa; pero deja de ser útil cuando entorpece y dificulta la administración.

Es así cómo se han vertido opiniones contrarias al exceso de legislación en materia administrativa y al "culto exclusivo del Derecho formal".

Cruet estima que "la administración se hace imposible si tiene que conformarse a las leyes".

"A los procedimientos más legales, la Administración prefiere los procedimientos más económicos, más rápidos y más eficaces".

El culto exclusivo del Derecho formal puede ser contrario a la equidad y a la comprensión clara de la realidad jurídica. Pero "el menosprecio por las leyes no debe ser sistemático". Tal criterio llevaría a la anarquía administrativa y al abandono completo de los intereses públicos, al mero arbitrio de los administradores.

Picard afirma que el exceso de legislación produce el desequilibrio y luego el malestar. La exageración del Derecho es antisocial.

"La legislación no debe constituirse en carga que abrume". Debe ser un estímulo que ayude a la marcha.

Por su parte, Posada exalta el valor de la ley en la vida del Derecho. Estima que es expresión reflexiva de la conciencia jurídica del pueblo. Que su eficacia depende de su adaptabilidad a las necesidades sociales. Que precisa y aclara el ideal jurídico; simplifica, reconstruye y ordena el Derecho, propendiendo al progreso de la técnica jurídica, y realiza obra educativa en el ambiente social, obrando por convencimiento y por temor a la sanción que lleva en sí.

Nosotros creemos que el régimen legal es indispensable al buen orden administrativo y a la seguridad de la "cosa pública"; pero debe permitir a la Administración cierta discrecionalidad para la acción eficaz, *en el momento oportuno*, que es lo que caracteriza y justifica el ejercicio de las llamadas *facultades discrecionales del Administrador Público*, que se mantiene inflexiblemente atento al *fin de sus funciones*.

"El objeto esencial del legislador es encontrar el punto que mayor suma de bienestar reporte a los ciudadanos".

Desde el punto de vista doctrinario, es materia de ley toda condición impuesta al ejercicio de la libertad y toda restricción sobre el goce de los derechos humanos que las garantías constitucionales aseguran.

CODIFICACION ADMINISTRATIVA

Sabemos que un Código es un conjunto de disposiciones jurídicas que rigen con igual valor armónico. De manera que cuando se habla de codificación, se trata de una ordenación sistemática del Derecho, para constituir un conjunto armónico de sus disposiciones.

La palabra Código viene de la expresión latina "*condere*", que significa fundir, reunir, ligar. Un Código, pues, supone la sistematización de todo el Derecho de un país.

La codificación administrativa, de acuerdo con aquel concepto, importa la



sistematización de las leyes y principios jurídicos que regulan la vida de la Administración, para constituir un cuerpo de disposiciones concordantes y recíprocamente confirmatorias.

Sobre la codificación del Derecho Administrativo, la opinión de los autores se presenta muy dividida y en manifiesta contradicción.

Trolley, Cotelle, Solon, Minghetti y otros, afirman que el Derecho Administrativo es susceptible de codificación, como cualquiera otra rama del Derecho.

Montellini, Di Bernardo, Mallein y Laferrière se colocan en el extremo contrario, para sostener que el material jurídico del Derecho Administrativo es incodificable, por las siguientes razones:

1.º Porque las disposiciones que se aplican a la Administración Pública son tan heterogéneas, numerosas y transitorias—algunas, las contenidas en los decretos y reglamentos—que hacen imposible su conveniente sistematización orgánica.

2.º Porque los preceptos administrativos carecen de la madurez y permanencia indispensables a la obra estabilizadora que toda codificación importa. Cambian con tanta frecuencia las necesidades públicas y son tan diversos los procedimientos útiles para satisfacerlas, que toda obra firme de estructuración jurídica hace perder a la legislación la flexibilidad que le es indispensable para ser oportuna.

Este cambio se produce por la revocabilidad característica de los preceptos administrativos: las reglas contenidas en los decretos y reglamentos. Esta revocabilidad, frecuente y necesaria, hace imposible la codificación, porque para que ésta se opere en buenas condiciones, es necesario que se trate de una legislación largamente probada, que haya adquirido firmeza, y que no esté sujeta a modificaciones constantes, como lo están los "preceptos" de la Administración.

Entre estas dos opiniones extremas, hay una que afirma (De Gerando, Colmeiro, Santa María, Cuesta), que, si bien es difícil, aun cuando no imposible, la codificación total del Derecho Administrativo, es conveniente hacer una especie de codificación doctrinal de sus reglas que, además de servir de elemento de preparación para futuros códigos oficiales, tendría por objeto ilustrar al pueblo, a los funcionarios del Estado y a todas las personas que tienen que ver con la Administración, con respecto a los principios que informan la actividad administrativa. Este Código Doctrinal no tendría más autoridad que la personal de su autor y la científica del contenido.

Al lado de esta opinión intermedia, se sostiene que si bien es cierto que no es fácil hacer una codificación general del Derecho Administrativo, por lo menos, hay materias que están regidas por reglas suficientemente probadas, que han adquirido firmeza y permanencia, y que pueden ser objeto de codificación.

Manna y Cotelle sostienen esta opinión de que es posible y útil la codificación parcial del Derecho Administrativo, con el material de sus leyes suficientemente probadas, dejando fuera la masa no susceptible de codificarse, el contenido de los reglamentos, decretos e instrucciones que se dan a los funcionarios, y que sólo tienen carácter transitorio.

De todas las opiniones que hemos enunciado, la que más se ajusta a la realidad es la última, es decir, aquélla que aboga por la codificación parcial. En al-



gunos países se han hecho códigos de esta especie, con buen resultado. En Chile también se ha hecho el Código Sanitario. Las Leyes de Municipalidades son verdaderos códigos de administración local, tanto por su estructura cuanto por el grado de permanencia que tienen.

Hace falta un Código Fiscal que contenga el conjunto de disposiciones aplicables al régimen de los bienes del Estado.

Se ha discutido mucho acerca de las ventajas e inconvenientes que, para la vida del Derecho, tiene la codificación.

Algunos autores estiman que la codificación es el más alto grado de progreso a que puede llegar la técnica jurídica. Otros, en cambio, creen que la codificación detiene la marcha del Derecho, dificultando su renovación oportuna. Un Código está constituido por un todo orgánico, de modo que la modificación desquicia el cuerpo de las disposiciones por esa fuerte trabazón que existe entre unas y otras.

Por lo que respecta a la codificación administrativa se podría concluir diciendo que el Derecho Administrativo no está en condiciones de ser codificado, totalmente, y que hay partes no despreciables de su contenido, que es posible y útil codificar, de acuerdo con la tendencia moderna de procurar la estabilidad de las instituciones administrativas.

Lo único conveniente en Chile es la codificación parcial. La codificación general nos parece imposible e inútil, porque no pueden ni deben codificarse los preceptos administrativos que están destinados a una vida transitoria, y que hay necesidad de cambiar con la misma frecuencia con que cambian las necesidades sociales que son antecedente obligado del Derecho que rige a la Administración, considerada como persona y como actividad pública.

EL DECRETO

El decreto es una manifestación de voluntad emanada de órgano competente, dirigida al ejercicio de las facultades propias de dicho órgano y, en especial, de las que se aplican al régimen administrativo.

El decreto es producto del ejercicio de la mal llamada potestad reglamentaria, que se traduce, externamente, en la posibilidad legal de dictar documentos ordenatorios de la actividad ejecutiva y administrativa.

Desde el punto de vista doctrinario, la potestad reglamentaria se divide en tres clases:

I. La *potestad independiente o real*, que es la que corresponde al órgano que, en el Estado, tiene la facultad de administrar y que deriva de esta sola facultad, sin que sea necesario que la Constitución autorice el ejercicio de la misma. Por eso se la llama independiente o real. Procede de los sistemas autocráticos de gobierno.

II. La *potestad reglamentaria constitucional*, que es aquella que, con el mismo objetivo anterior, se ejerce por disposición expresa de la Constitución, para dar al Poder Ejecutivo y a otros funcionarios que la misma Constitución indica, la facultad de dictar decretos y reglamentos.



Del precepto constitucional que concede al Presidente de la República la facultad de dictar los decretos, reglamentos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes, derivan las siguientes conclusiones:

1.º Que el Presidente de la República tiene facultades regladas para el ejercicio de la potestad reglamentaria.

2.º Que los documentos ordenatorios que puede expedir el Presidente de la República son de tres clases: simples decretos, reglamentos e instrucciones.

3.º Que, para el Presidente de la República, es atribución facultativa la de dictar tales preceptos administrativos, y, por lo tanto, podrá ejercerla con la amplitud que desee, encuadrándose siempre dentro de los preceptos constitucionales y en la naturaleza jurídica de aquéllos.

4.º Que, según el precepto constitucional, la potestad reglamentaria ha de ser siempre ejecutiva, o sea, ha de proponerse la aplicación práctica de la ley, que es lo que se llama ejecución, y lo que ha dado su nombre al Poder Ejecutivo.

El hecho de que la Constitución haya autorizado, en términos generales, al Presidente de la República para dictar decretos, reglamentos e instrucciones, no obsta para que también haya otras autoridades que tengan la misma facultad. Así, el Alcalde puede dictar decretos, y la Municipalidad reglamentos y ordenanzas. Estas últimas son propias de la administración comunal; no figuran en la enumeración que hace el N.º 2.º del artículo 72 de la Constitución.

Los Intendentes y Gobernadores, dentro de sus respectivos territorios jurisdiccionales, pueden dictar decretos y pronunciar resoluciones, apoyados, en primer término, en las disposiciones expresas de la Ley de Régimen Interior y en otras leyes de carácter administrativo que les otorgan estas prerrogativas en calidad de representantes inmediatos del Presidente de la República.

En realidad, estos decretos no tienen ni la importancia constitucional ni la eficacia jurídica de los que dicta el Jefe del Estado. Es más bien la práctica administrativa y la imitación de lo que pasa en otros países, lo que ha hecho denominar decretos a las "resoluciones" que expiden aquellos funcionarios.

III. *Potestad delegada*, es la que ejerce el Presidente de la República en virtud de un mandato especial del Poder Legislativo.

Como su nombre lo indica, en esta potestad están delegadas las facultades propias del Poder Legislativo en el Ejecutivo. De esta especial naturaleza deriva la tacha de inconstitucionalidad que afecta a la potestad delegada, tanto en su concepción como en su ejercicio.

Los que sostienen que la potestad delegada es inconstitucional, se apoyan en que la Constitución declara expresamente que la soberanía reside en la Nación, la cual delega su ejercicio en las autoridades que ella establece.

Como las magistraturas y autoridades públicas no pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra facultad y derechos que los que expresamente se les han conferido, la delegación de facultades legislativas en el Gobierno es inconstitucional, porque no está expresamente autorizada.

Cuando la autoridad ejecutiva dicta un reglamento en uso de la potestad delegada, el valor y los efectos de esta manifestación de voluntad, es diferente de los que producen los decretos dictados en el ejercicio de la potestad constitu-



cional. Desde luego, todo decreto no tiene más misión que la de ejecutar, simplemente, la ley, si es reglamento, o la de aplicar el contenido de las atribuciones legales del régimen administrativo municipal, si se trata de una ordenanza, o la de ejercer las facultades propias de la autoridad administrativa, en el caso de un simple decreto.

El límite obligado del decreto es la ley; no puede modificar sus disposiciones ni invadir el campo legislativo. Por consiguiente, no puede imponer restricciones a la libertad, no contenidas en las leyes; ni gravámenes al patrimonio particular; ni sanciones penales a las personas.

Pero cuando se trata de preceptos administrativos, emitidos en el ejercicio de la potestad delegada, la cuestión es diversa. El decreto delegado puede entrar, legítimamente, en el campo de la ley; puede imponer restricciones a la libertad de los individuos y gravamen al patrimonio particular. Es por esto muy grave el funcionamiento de la potestad delegada; el reglamento dictado en su virtud, puede contener disposiciones que modifiquen substancialmente la ley que va a ejecutar.

La primera consecuencia, pues, del ejercicio de la potestad delegada, es que el decreto puede abordar materias propias de la ley. La segunda es que no puede ser derogado por la sola voluntad del Presidente de la República, sino con la intervención del Poder Legislativo.

De modo que, si por una parte, se amplían las facultades constitucionales del Presidente de la República, hasta ejercer la función de la ley por medio de un decreto, está restringida, por otra, la facultad de derogarlo; que es de la esencia de la potestad reglamentaria normal.

La potestad delegada es, en el fondo, una comisión legislativa, la cual se extingue en cuanto se ejerce. Ejecutado el acto, termina la comisión. Esto no sucede con los decretos ordinarios, puesto que pueden ser derogados por la autoridad que los dictó, salvo el decreto llamado particular, que declara o reconoce un derecho patrimonial en favor de una determinada persona.

El decreto como fuente general del Derecho Administrativo

El decreto es, sin duda, la fuente más fecunda del Derecho Administrativo y la que más poderosamente influye en el régimen de los servicios públicos por vía de la ejecución de las leyes que los crean. Es fuente característica de aquel Derecho; y en los países de potestad reglamentaria independiente, es la "manifestación de la soberanía propia del Poder Ejecutivo", como dice Stein.

Es la fuente que más normas jurídicas proporciona, permitiendo a la Administración proveer, con más rapidez, a la dictación de reglas que el orden administrativo necesita para su mejor aplicación y funcionamiento.

El decreto es producto del ejercicio de la potestad reglamentaria. La expresión decreto es genérica, y cabe en ella tanto el decreto como la ordenanza.

Entre los actos normativos que, según la Constitución, artículo 72, N.º 2., puede dictar el Presidente de la República para proveer a la ejecución de las leyes, figuran también las instrucciones, pero éstas tienen una singularidad espe-



cial en el Derecho Administrativo, que, tal vez, no nos permita darle el alcance jurídico del decreto, ya que son manifestaciones de voluntad hechas por el órgano administrativo a los funcionarios subordinados, para que realicen ciertos actos, tomen algunas medidas o ejecuten cuales hechos. En el momento oportuno, veremos cómo estas instrucciones pueden tener un doble carácter: o son *imperativas*, y entonces determinan al funcionario que las recibe, a obrar necesariamente en su conformidad; o son *facultativas*, y por ello, dejan al funcionario en libertad para proceder según su criterio, de acuerdo con las circunstancias de cada caso y teniendo siempre en cuenta el interés público.

La expresión decreto, en el Derecho de Roma, era de carácter judicial. Fué también producto del "jus edicendi" de los pretores y demás magistrados. Desde la Edad Media, fué la expresión de la autoridad que tenía competencia para expedir órdenes, en bandos públicos y capitulares. En Francia, en la época de la Revolución, llamóse decreto al acto escrito de la Asamblea Nacional.

Ahora, en los tiempos más modernos, la palabra decreto significa, por una parte, la resolución judicial que tiene por objeto dar curso progresivo a los autos, y la expresión de voluntad del Poder Administrativo, por otra.

El objeto del decreto, y principalmente, del decreto reglamentario, es desenvolver el pensamiento de la ley para su ejecución, y proveer, en términos generales, al desarrollo de la función administrativa, poniendo en actividad las "facultades especiales" del Jefe del Estado.

El reglamento es la expresión de voluntad del Poder Público, en el ejercicio de sus facultades constitucionales ejecutivas; y se manifiesta como un conjunto de reglas de general aplicación.

El decreto ha de reunir ciertos requisitos especiales, para su validez. Está sometido a límites. Produce efectos determinados, en el régimen administrativo.

Requisitos del decreto

Son circunstancias que influyen en la determinación de su naturaleza y validez. Pueden ser de fondo y de forma.

Los requisitos de *fondo* se descomponen en dos modalidades substanciales: a) Que el decreto sea confirmatorio de la Constitución y de las leyes; y b) que se dicte en consonancia con el fin de la función que lo emplea.

Los requisitos de *forma* constituyen la estructura externa de la manifestación de voluntad que el decreto implica. Afectan a la manera regular de expresión de esa voluntad. Consisten en que el acto sea expedido por funcionario competente y con las formalidades legales. Comprenden un elemento de jurisdicción y otro de procedimiento.

El decreto debe llevar las firmas del Presidente de la República y del Ministro del Departamento respectivo. Esta es la regla general. Sin embargo, hay decretos legítimos que no son suscritos por el Jefe del Estado, como también hay otros que requieren la firma de todos los ministros del despacho.

Los decretos que no necesitan llevar la firma del Presidente de la República y sí, solamente, la del Ministro respectivo, se iniciaron en Chile con la ley de 7



de septiembre de 1909, que autorizó esta forma de expedición, con la mira de economizar la intervención personal del Presidente de la República, en asuntos de poca importancia, facilitar la tramitación de muchas cuestiones de interés público y concentrar la atención del Jefe del Estado en los problemas de mayor entidad o de carácter general.

Esto no quiere decir que el Ministro tenga facultad originaria para dictar esta clase de decretos, porque todos ellos contienen la declaración de que se expiden "por orden del Presidente". En esta ley, y en la que ha venido a modificarla (decreto-ley N.º 455, de 16 de julio de 1925), hay disposiciones que expresan cuáles son, en general, los decretos que deben llevar la firma del Ministro, solamente, y cuáles son, en cada Ministerio, los asuntos que deben resolverse mediante la misma formalidad.

Texto del decreto-ley 455

ARTÍCULO 1.º El Presidente de la República podrá, a virtud de decretos suscritos únicamente por el respectivo Ministro de Estado, dictar resoluciones sobre las siguientes materias:

A) *Comunes al despacho de todos los Ministerios:*

1.º Nombramientos en calidad de propietarios, interinos o suplentes, de empleados públicos cuyos sueldos estén fijados por la ley y que no excedan de doce mil pesos (\$ 12,000) anuales, a excepción de los jefes de servicios o de reparticiones que ganen esos sueldos, pero que tengan atribuciones propias y taxativamente determinadas;

2.º La concesión de licencias y feriados a los empleados públicos, sin perjuicio de la facultad que a los jefes de oficinas otorgó el artículo 7.º de la ley de 24 de junio de 1898. (Esta última disposición dice lo siguiente: "Las licencias que no excedan de ocho días, serán concedidas una sola vez en cada año por los jefes de los respectivos ramos u oficinas, dando cuenta en cada caso al correspondiente Ministerio").

3.º Permutas, aceptación de renunciaciones, declaración de vacancias y separación de los mismos empleos. Los decretos de permutas serán expedidos por el Ministerio correspondiente, que tenga orden superior de procedencia;

4.º Arrendamientos, hasta por cuatro años, de propiedades destinadas al servicio público, cuya renta no exceda de doce mil pesos (\$ 12,000) anuales, y reservándose siempre el Gobierno la facultad de poner término al arrendamiento, con tres meses de desahucio;

5.º Pago de los gastos ordinarios de la Administración, consultados en los ítem variables del presupuesto o en leyes especiales, y cuya cuantía no exceda de doce mil pesos (\$ 12,000);

6.º Decretos que ordenan dar cumplimiento a sentencias judiciales ejecutoriadas;

7.º Llamamiento a licitación y aceptación de propuestas públicas, siempre que no excedan el límite fijado para los gastos ordinarios;

8.º Decretos que conceden derecho a jubilación, retiros y montepíos, con una pensión hasta de doce mil pesos (\$ 12,000) anuales y modificaciones de los mismos.

B) *Correspondientes al Ministerio del Interior:*

1.º Nombramiento de comandantes de policías comunales;



- 2.o Concesión de premios de constancia a los empleados de policía;
- 3.o Destinaciones de empleados policiales, con exclusión de prefectos, subprefectos y comisarios;
- 4.o Autorización para contraer matrimonio a los jefes y oficiales del Cuerpo de Carabineros;
- 5.o Rehabilitaciones para revistas de comisarios al personal de policía y Carabineros;
- 6.o Aprobación de los contratos de conducción de correspondencia; y
- 7.o Aprobación de la Junta Administrativa de la Empresa de Agua Potable de Santiago y Valparaíso.

C) Correspondientes al Ministerio de Relaciones Exteriores:

- 1.o Aprobación de nombramientos de agentes consulares, hechos por los cónsules de Chile en el extranjero;
- 2.o Reconocimiento de cónsules o agentes consulares extranjeros, nombrados por el Ministerio de Relaciones o el agente diplomático del país respectivo;
- 3.o Clasificación de los cónsules de Chile en el extranjero;
- 4.o Aceptación de fianzas de funcionarios consulares chilenos;
- 5.o Fijación y modificación de las jurisdicciones de los consulados de Chile en el extranjero;
- 6.o Comisiones conferidas a los funcionarios cónsules chilenos por plazos no mayores de dos meses;
- 7.o Comisiones ad honorem encomendadas a particulares que deban desempeñarse en el extranjero; y
- 8.o Adopción, substitución, modificación o suspensión de formularios que deban usarse en el servicio consular chileno.

D) Correspondientes al Ministerio de Justicia:

Autorización para el uso de sello.

E) Correspondientes al Ministerio de Instrucción Pública:

- 1.o Concesión de becas en los colegios del Estado o subvencionados por él; y
- 2.o Declaración de derecho a gratificación, asignaciones y premios, de cualquier naturaleza, que autorice la ley.

F) Correspondientes al Ministerio de Hacienda:

- 1.o Fijación del recargo para el pago de los derechos de aduana;
- 2.o Arrendamiento de terrenos fiscales, cuya renta no exceda de seis mil pesos (\$ 6,000) anuales; y
- 3.o Liberación de derechos de aduana, con arreglo a las leyes y decretos que las reglamentan.

G) Correspondientes al Ministerio de Guerra:

- 1.o Declaración de derecho a sobresueldos y gratificaciones, establecidos por las leyes;
- 2.o Permisos para cambiar de residencia al personal en retiro;
- 3.o Cambios de guarnición y anticipos;
- 4.o Destinaciones de jefes y oficiales hasta segundo comandante de regimiento, batallón y grupo independiente y oficiales mayores, salvo los jefes de servicios;
- 5.o Rehabilitación para revistas de comisarios;



6.o Altas y bajas de cadetes de la Escuela Militar y bajas de los alumnos de la Escuela de Suboficiales (Escuela de Aplicación de Infantería);

7.o Altas, bajas y destinaciones de aspirantes a contadores;

8.o Uso de distintivos por años de servicios;

9.o Permisos para contraer matrimonio; y

10. Modificaciones a los reglamentos tácticos, de uniforme y equipo, salvo aquellas relacionadas con los servicios superiores y la organización del ejército.

H) Correspondientes al Ministerio de Marina:

1.o Permiso para cambiar de residencia al personal en retiro;

2.o Permiso para contraer matrimonio;

3.o Rehabilitación para revista de comisarios;

4.o Altas y bajas de los alumnos de las Escuelas Naval y de Ingenieros Mecánicos;

5.o Declaración de los derechos a sobresueldo, mayores sueldos y gratificaciones a la gente de mar, en conformidad a las leyes; y

6.o Concesión de títulos de especialidad y revalidación de los mismos.

I) Correspondientes al Ministerio de Obras Públicas, Comercio y Vías de Comunicación:

1.o Concesión de permisos para que los buques procedentes de puertos extranjeros descarguen en puertos menores, mercaderías que no adeuden derechos de aduana;

2.o Concesión de privilegios exclusivos;

3.o Nombramientos de comisiones para la recepción, tanto provisional como definitiva de obras públicas;

4.o Cancelación de contratos de obras públicas que no hayan merecido reparo a la comisión nombrada para la recepción definitiva de los trabajos;

5.o Concesión de prórrogas de los plazos señalados para la presentación de los planos, iniciación y terminación de obras públicas contratadas, o de las que se ejecutan por particulares, con autorización del Estado, siempre que el monto de los contratos no exceda de veinte mil pesos.

6.o Ordenes de pagos con cargo a los contratos de adquisición de materiales o de obras públicas en ejecución, debiendo las que se refieren a éstas, conformarse a la cantidad que arrojen los estados elaborados por la dirección del ramo;

7.o Aprobación de transferencia de regadores correspondientes a canales que se construyan con fondos del Estado;

8.o Arrendamiento de terrenos de playa para muelles, malecones y varaderos, por un plazo no mayor de cinco años y siempre que el canon no exceda de seis mil pesos (\$ 6,000);

9.o Autorización para enajenar en subasta pública bienes excluidos del servicio, pertenecientes al Estado, siempre que el valor de tasación para la subasta no exceda de doce mil pesos (\$ 12,000);

10. Concesiones a particulares para establecer balseaderos;

11. Aprobación de los acuerdos del Consejo de Ferrocarriles del Estado, concernientes a materiales.

J) Correspondientes al Ministerio de Agricultura, Industria y Colonización:

1. Autorizaciones para la venta en pública subasta de productos y animales de los establecimientos de enseñanza y fomento agrícolas, mineros e industriales;

2.o Nombramiento de alumnos para los mismos establecimientos;

3.o La concesión, derogación, transformación, prórroga y demás resoluciones supremas sobre patentes de invención y demás ramas de la propiedad industrial;

4.o Otorgamiento de títulos a los colonos; y



5.º Cancelación de las hipotecas constituidas por los colonos o subastadores de terrenos fiscales, cuando hubieren pagado sus deudas.

K) *Correspondientes al Ministerio de Higiene, Asistencia y Previsión Social:*

1.º Aprobación de los presupuestos anuales de las Juntas de Beneficencia, que no excedieren de cincuenta mil pesos (\$ 50,000) y de los acuerdos de las mismas Juntas, cuando fuere necesario;

2.º Decretos de exhumación de cadáveres;

3.º Decretos de autorización para crear o clausurar hospitales y cementerios;

4.º Decretos de autorización para regentar o trasladar boticas.

ARTÍCULO 2.º Los decretos que sean firmados por los Ministros de Estado, con arreglo al artículo precedente, lo serán "por orden del Presidente", y se expedirán y tramitarán en la misma forma que los decretos suscritos por el Presidente de la República.

ARTÍCULO 3.º Para que los Ministros puedan hacer uso de la facultad que les otorga el presente decreto, se necesitará una autorización del Presidente, expedida anualmente por decreto supremo, en el mes de enero.

Tómese razón, regístrese, comuníquese, publíquese e insértese en el Boletín de las Leyes y Decretos del Gobierno.—*Alessandri*.—Armando Jaramillo V.

Los decretos que, para su validez, necesitan la firma de todos los ministros del despacho, son escasos, dada la exigencia del trámite y la importancia de los asuntos que los requieren, y hasta lo excepcional de los casos en que se producen. Son, por ejemplo, aquellos decretos llamados de *insistencia*. Se dictan, cuando el órgano encargado del control de los gastos públicos, representa la ilegalidad de alguna inversión. El gasto impugnado no puede llevarse a cabo, sino mediante un decreto llamado de *insistencia*, el cual debe llevar las firmas de todos los ministros del despacho y del Presidente de la República. Esa representación se hace, no en virtud de la jerarquía que tiene el órgano controlador, sino por disposición expresa de la ley. Actualmente, ejerce esta facultad la Contraloría General de la República.

Aunque el Presidente de la República tiene facultad especial, en la Constitución, para mantener las relaciones políticas con las demás potencias extranjeras, la declaración de guerra debe ser sometida a la aprobación del Congreso, y el decreto que la hace, debe llevar la firma de todos los ministros.

Hay, también, otros decretos sometidos a la misma tramitación: a) el decreto fundado que expide el Presidente de la República para solucionar dificultades relacionadas con el tránsito público, en las ciudades o poblaciones, ordenando el levantamiento de trozos de líneas férreas o desvíos, o la modificación de sus respectivos trazados (Ley General de Ferrocarriles, 13 de julio de 1931).

b) El decreto en el cual el Presidente de la República hace uso de la facultad de *expropiar los ferrocarriles particulares*, que considera necesarios y que han sido *declarados de utilidad pública* (en forma general) por el artículo 28 de la misma Ley de Ferrocarriles. El procedimiento de expropiación es el establecido en la ley 3,313, de 21 de septiembre de 1917.

Los decretos que reúnen todos los requisitos de fondo y de forma se llaman decretos legítimos, legales u ordinarios, y producen los mismos efectos de la ley: obligan, tanto a los individuos de la Administración Pública en razón del cargo

que desempeñan, como al público, en general. Tienen la misma eficacia que la ley: imponen obligaciones y crean derechos. Deben ser respetados por todas las autoridades públicas; y los Tribunales de Justicia deben considerarlos como fuentes jurídicas.

Límites del decreto

Según nuestra Carta Fundamental, el reglamento debe limitarse a la simple ejecución de las leyes.

Esta expresión (ejecución de las leyes), es muy amplia, y, por lo mismo, imprecisa. Parece, además, incompleta; porque la labor del Poder Ejecutivo y del Presidente de la República, no se limita sólo a la simple ejecución de la ley. Es de mucho mayor importancia su función constitucional y política, pues tiene en sus manos la dirección de la marcha del Estado.

En realidad, el Presidente de la República ejerce el gobierno y desempeña funciones administrativas superiores. Para ejercer esta atribución fundamental, el Poder Ejecutivo pide a los otros poderes, formas constitucionales para su acción: al Poder Legislativo, los preceptos legales; al Poder Judicial, la sanción. Con este doble concurso, el Presidente de la República cumple su función constitucional suprema: dirigir la marcha general del Estado. Y porque dirige, es que gobierna.

Esta actividad se traduce, prácticamente, en actos y en hechos. Los actos importan manifestación de voluntad. Los hechos tienen expresión material. Una y otro, han de adoptar, necesariamente, formas expresas, o sea, estructura externa dentro de la cual se contenga la manifestación de voluntad que se hace patente en el hecho.

La expresión característica del Ejecutivo es el decreto; de la misma manera que, del Poder Legislativo, es la ley, y del Poder Judicial, la resolución (providencia, auto, sentencia).

De manera que cuando el texto constitucional dice que el Presidente de la República tiene facultad para dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes, se ha referido sólo a una parte de su acción. El resto está comprendido en las atribuciones políticas, gubernamentales y administrativas que le competen.

Esta múltiple función que el Poder Ejecutivo tiene, debe ejercerse dentro de los límites de su competencia. No hay que olvidar que esta circunstancia de la jurisdicción es esencial en materia de Derecho Público, y principalmente, en Derecho Administrativo.

La capacidad es al sujeto particular, lo que la competencia, al funcionario público; con la diferencia que aquél puede hacerlo todo, menos lo que está prohibido; y éste, no puede ejercer más atribuciones o derechos que los que le han sido expresamente otorgados. El acto ejecutado por el individuo, fuera de su capacidad, es nulo; como lo es el que el funcionario celebra más allá de su competencia discrecional o reglada.

El Presidente de la República puede hacer, por medio del decreto, que es su



general forma de expresión, todo cuanto sea conveniente para el Gobierno y la administración del Estado, menos aquello que, según el constituyente, debe ser materia de ley.

Empleando la forma negativa, es necesario repetir que, por medio del decreto, no se pueden imponer limitaciones al ejercicio de las libertades públicas ni a las demás garantías que la Constitución establece, ni gravar con exacciones ilegales la propiedad de los individuos, ni exigir servicios personales a los ciudadanos en forma ilegítima.

En general, no puede el decreto modificar las disposiciones de la ley, violando los derechos reconocidos por ella, o dispensando del cumplimiento de las obligaciones que impone.

Quando los decretos y reglamentos traspasan los límites señalados, se puede hacer la afirmación de que son ilegítimos; y, entonces, dan lugar a dos reacciones: una objetiva, que mira a la existencia del acto ilegítimo, y otra subjetiva, que tiene por objeto perseguir la responsabilidad personal de quien lo dicta.

Entre los procedimientos ideados para hacer funcionar el correctivo jurídico contra un decreto ilegítimo, ¿cabría, entre nosotros, el recurso de inaplicabilidad a que se refiere el artículo 86 de la Constitución? ¿El Poder Judicial, en presencia de un caso que deba resolver y que se rija por un reglamento aquejado de ilegitimidad, puede dejar de aplicarlo, o tendrá que atenerse, expresamente, al artículo 4.º de la Ley Orgánica de Tribunales?

¿Qué recurso cabría contra estos decretos que carecen de requisitos legales para su validez?

El reglamento es acto normativo: prescribe reglas de general aplicación. Equivale, en el fondo, a un acto legislativo, porque contiene disposiciones abstractas, objetivas y obligatorias.

Contra la ilegitimidad de los decretos y reglamentos proceden dos clases de recursos: el directo y el indirecto.

El recurso directo se emplea para pedir al órgano competente que se declare la improcedencia legal del decreto emitido con vicio.

El recurso indirecto, no es apto para pedir que se declare la nulidad del decreto ilegal, sino para demandar que no se aplique al supuesto infractor la sanción que en aquél va contenida.

El artículo 4.º de la Ley Orgánica de Tribunales prohíbe al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de los otros poderes públicos. Por consiguiente, los tribunales ordinarios de justicia no pueden pronunciar la nulidad de un decreto ilegítimo.

La Corte Suprema, ¿podría conocer del recurso de inaplicabilidad del artículo 86 de la Constitución, deducido en contra de un decreto ilegal?

Dice este artículo: "La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación, con arreglo a la ley que determine su organización y atribuciones.

"La Corte Suprema, en los casos particulares que conozca o que le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro tribunal, podrá declarar *inaplicable* para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la



Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspende su tramitación”.

¿Qué se entiende por precepto legal? Ateniéndonos al significado general de las palabras, podemos decir que es aquél que está contenido en una ley, entendiéndose por tal, la que describe el Código Civil en su artículo 1.º: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”.

De manera que la Corte Suprema no tendría competencia para declarar la inaplicabilidad de un decreto, porque éste no es ley. Pero, aquí, no habría que atenerse a la forma de la manifestación soberana, sino a su fondo; y por ello, se reconocería calidad legal a los reglamentos que, en realidad, no tienen forma de ley, pero que, por su contenido, son leyes substanciales. Nosotros creemos que sus disposiciones son preceptos legales, porque emanan de una ley substancial. Los que proceden de una ley formal, son preceptos legislativos.

Conclusiones: 1.ª El tribunal ordinario que conoce de la infracción que se imputa a un individuo, contemplada y reprimida en un reglamento ilegítimo o tachado de ilegitimidad, no podría declarar ni la inaplicabilidad, ni la nulidad de este último. No se podría entablar, ante este juez, el recurso directo; pero sí se podría pedir, en recurso indirecto, que no se aplique la sanción contenida en dicho reglamento, alegando que el supuesto infractor había obrado de conformidad a la Constitución y a las leyes, con las cuales pugna el reglamento tachado de ilegitimidad.

2.ª La Corte Suprema es competente para conocer del recurso de inaplicabilidad deducido contra un reglamento ilegítimo, porque en éste se contienen preceptos legales, aunque no legislativos. Contra esta interpretación hay, sin embargo, un argumento fuerte, y es el que la Constitución parece haber reservado la declaración de inaplicabilidad de un reglamento inconstitucional a los tribunales administrativos, encargados de conocer de las reclamaciones que se entablen contra los *actos* o *disposiciones* arbitrarias de las *autoridades políticas* o administrativas.

Decretos con fuerza de ley y decretos-leyes

Entre los productos de la potestad reglamentaria “delegada”, tenemos los *decretos con fuerza de ley* que, para el Profesor, son los dictados por el Presidente de la República en circunstancias normales, en el uso de autorización expresa que, en una ley, le confiere el legislador en materias determinadas expresamente. Son ejemplos de ellos en nuestra legislación: el Registro del Conservador de Bienes Raíces, el Registro de Comercio, la Ordenanza sobre Aguas (1873) la Ordenanza de Sanidad Pública (1887) y la Ordenanza de Aduanas (1851), etc.

Fuera del aspecto inconstitucional que podríamos atribuir al hecho de que el Poder Legislativo subdelegue las facultades que le han sido delegadas por el pueblo, podemos decir que los decretos con fuerza de ley figuran entre los documentos ordenatorios favorecidos con el beneplácito de la legalidad. Tienen la misma fuerza obligatoria de la ley; pueden legislar sobre materias que son pro-



pías de ella; pero no pueden ser revocados por el Presidente de la República, sino por el Legislativo, en virtud de que la delegación que hace éste en aquél es una comisión legislativa que tiene la particularidad de extinguirse en cuanto se ejerce.

En cuanto al *decreto-ley*, don Juan Antonio Iribarren opina que es aquél que el Presidente de la República dicta en ocasiones anormales, por fuerza mayor o caso fortuito, y el Poder Legislativo hace declaración expresa de que transfiera sus facultades propias al Ejecutivo, en vista de circunstancias extraordinarias y por razones de orden público o de salvación nacional, como es el caso de una revolución, de una guerra, de una calamidad pública que hacen imposible el funcionamiento del Congreso.

Como ejemplos, en nuestra legislación, tenemos las llamadas *Leyes Marianas*. Se dictaron en virtud de una autorización expresa del legislador, con motivo de circunstancias anormales de carácter internacional, y en ella se autorizaba al Presidente de la República para usar de todo el poder público necesario para el régimen del Estado, privándole únicamente de la facultad de aplicar penas. En efecto, el día 31 de enero de 1837, el Congreso Nacional aprobó el siguiente proyecto de ley:

"El Congreso Nacional declara en estado de sitio el territorio de la República por el tiempo que dure la actual guerra con el Perú, y que, en consecuencia, autorizado el Presidente de la República para *usar de todo el poder público que su prudencia hallare necesario para regir el Estado*, sin otra limitación que la de no poder condenar por sí, ni aplicar penas, debiendo emanar estos actos de los tribunales establecidos o que en adelante estableciere el mismo Presidente".

Son antecedentes de esta ley que confiere al Jefe del Estado facultades extraordinarias casi absolutas, la ley dictada el 10 de octubre de 1836 y la que se promulgó el día 26 de diciembre del mismo año, sobre declaración de guerra al Perú (Colección de Anguita, tomo I, páginas 262 y 267, respectivamente).

Los documentos ordenatorios que dictan los gobiernos de facto, también se llaman decretos-leyes.

Mucho se ha discutido acerca de su valor legal. En ellos inciden las mismas circunstancias extraordinarias que en los decretos-leyes dictados con autorización expresa y general del Poder Legislativo; pero se diferencian en que a aquéllos falta la voluntad expresamente manifestada del legislador.

Legalidad y eficacia jurídica de los decretos-leyes dictados por los gobiernos de facto.—Algunos sostienen que carecen de ellas. Otros, en cambio, argumentan que todo individuo o entidad de personas que está sustentando el poder, cualesquiera que sean sus razones o causas, está habilitado para ejercer la soberanía a fin de que continúe la vida del Estado.

Anderson, en un libro titulado "Los gobiernos de facto", estudia, no la legalidad, sino la conveniencia pública e internacional de prestar acatamiento a estos decretos, con el objeto de ofrecer garantías a los contratos y tratados que pudieran celebrar, con individuos y potencias extranjeras los gobernantes de hecho.

En nuestro país, se ha reconocido prácticamente, la validez por los gobiernos constitucionales, a los decretos-leyes dictados por los gobiernos de facto, y, aun



más, se han apoyado en esas disposiciones viciadas para defender su propia constitucionalidad.

En países de más cultura jurídica, con mayor sentido de la respetabilidad del Derecho y a fin de dejar a salvo la integridad de la ley fundamental, se ha recurrido a la dictación de *leyes de indemnidad*, que tienen por objeto legitimar el acto ilegítimo y exonerar de responsabilidad a su autor.

Es útil y conveniente efectuar una revisión de las leyes dictadas por los "gobiernos de facto", para purgar los errores de contenido y los vicios de estructura, y para obtener, como resultado definitivo, el saneamiento de la legislación. También deberían modificarse algunas disposiciones legales que, desgraciadamente, no están de acuerdo con la modalidad constitucional y que no sirven de garantía eficaz a las libertades públicas.

Sobre este particular, hay una sentencia de la Corte Suprema, que aparece publicada en la "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XIV.

* * *

Los reglamentos expedidos por el Presidente de la República, en virtud de una autorización legislativa, producen los mismos efectos que la ley, con la sola limitación propia de todo mandato: el Poder Ejecutivo debe conformarse, en la ejecución de su cometido, a los términos de la ley que le confiere la autorización.

La facultad para expedir tales decretos ejecutivos se contiene en el texto de algunas leyes, cuando dicen: "Autorízase al Presidente de la República para dictar el reglamento ejecutivo de la presente ley".

Creemos que la autorización conferida por el Legislativo en el texto de una ley, es una simple redundancia. Desde luego, la disposición constitucional del artículo 72, N.º 2.º, otorga al Jefe del Estado la facultad de dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que *crea convenientes* para la ejecución de las leyes. Esta facultad, otorgada en términos generales por la Constitución, da al Presidente de la República suficiente aptitud para dictar esta clase de documentos en todas aquellas oportunidades que lo estime necesario para la ejecución de los preceptos legales. De modo que es innecesaria esa autorización para ejercer una facultad que le está atribuida por el Poder Constituyente y que no puede alterarse, ni modificarse, ampliarse o restringirse y ni siquiera tocarse por el Poder Legislativo, porque cualquiera de tales intentos importaría atentado de reforma constitucional.

Por consiguiente, cuando el legislador hace una declaración de esta especie, quiere decir que incurre en una simple redundancia o procede por sentido de imitación de lo que ocurre en otros países.

Además, es peligroso que la facultad conferida en términos generales por la Constitución sea reforzada por la declaración legislativa: "Autorízase al Presidente de la República para dictar el reglamento ejecutivo de la presente ley". Da margen para pensar que el Legislativo está delegando facultades especiales que pueden llegar, con su eficacia, a invadir el campo y la jurisdicción de la ley. Es lo que ocurrió cuando se dictó en Chile la ley que organizaba los servicios de la



Tesorería Nacional, en 1883, y con la Ley Orgánica de Educación Primaria Obligatoria, de 1920.

Efectos del decreto

Llámanse efectos del decreto las consecuencias jurídicas que produce en el régimen administrativo y en la situación de las personas que están vinculadas a la Administración.

Los efectos generales de los decretos pueden sintetizarse en los siguientes principios:

1) El decreto completa la función de la ley, sin modificarla ni alterarla, y sin crear nuevas normas jurídicas. (Empleamos la palabra decreto en sentido genérico para comprender los decretos propiamente tales y los reglamentos). Su acción debe reducirse a la pura y simple ejecución de la ley, sin alterar su contenido y su substancia. El reglamento que completa la función de la ley puede contener disposiciones que se refieran a las siguientes materias:

a) Determinar los casos de aplicación de la ley, distinguiéndolos, agrupándolos, ordenándolos y clasificándolos;

b) Prescribir las formas procesales convenientes para la mejor aplicación de esta misma ley.

c) Resolver las dificultades previstas;

d) Establecer los medios de ejecución.

En todo caso, los efectos generales de un reglamento *ejecutivo* son: otorgar derechos, conferir facultades e imponer obligaciones, dentro del marco preciso de esta clase de documentos ordenatorios.

2) El decreto, además, puede producir el efecto de reemplazar a la ley, como en el caso de los *decretos delegados* que se dictan con autorización expresa del Poder Legislativo y con el fin de poner al Gobierno en posesión de facultades más amplias para la dirección de la cosa pública y la administración de los intereses generales.

3) También el decreto puede hacer la función de la ley, como en el caso de las ordenanzas que antes se dictaban en Chile, y de las cuales son ejemplos calificados, la Ordenanza General de Aduanas, de 1851, la Ordenanza de Correos del año 1858 y la Ordenanza sobre Distribución de Aguas, de 1873.

En este caso, el decreto-ordenanza hace la función de la ley; prescribe normas sobre la totalidad de una institución administrativa. Tiene su origen en la expresión legislativa que autoriza al Presidente de la República para dictar la "ordenanza orgánica" de un servicio determinado.

4) El decreto puede suspender los efectos de la ley, cuando el legislador manifiesta expresamente que una situación, un servicio, una función o actividad determinados deben regirse en conformidad al reglamento que menciona y no en virtud de la ley, que por tal manifestación queda en suspenso.

5) Por último, el decreto puede suspender los efectos de la propia Constitución, como ocurre con el que dicta el Presidente de la República en caso de ataque



exterior o de conmoción interna y que tiene la consecuencia de suspender las garantías constitucionales relativas a la libertad personal.

La legislación positiva ha establecido preferencia para la aplicación de los reglamentos que tienen por objeto regir determinadas situaciones, como se desprende del contenido de las siguientes disposiciones del Código Civil:

Artículo 547, inciso 2.º: Prescribe que las Municipalidades y otras corporaciones y fundaciones de derecho público, se rigen por *leyes y reglamentos especiales*.

Artículo 1,923: Dispone que los arrendamientos de bienes nacionales, municipales o establecimientos públicos, *están sujetos a reglamentos particulares*, y en lo que no lo estuvieren, a las disposiciones del título XXVI, libro IV del citado Código.

Este precepto legal expresa, claramente, la preponderancia que el reglamento tiene sobre el mismo Código, lo que prueba la fuerza obligatoria y preferente de aquellos preceptos administrativos.

El artículo 598 prescribe que el uso y goce que corresponde a los particulares en los bienes nacionales de uso público, están sujetos a las disposiciones del Código Civil y a las *ordenanzas* generales o locales que sobre tal materia se promulguen.

El artículo 603 dispone: "No se podrán sacar canales de los ríos para ningún objeto industrial o doméstico, sino con arreglo a las leyes u *ordenanzas* respectivas".

El artículo 604 dice que las *leyes y ordenanzas* respectivas establecen las penas para los capitanes de barcos que toquen a las playas sin las causas que este mismo artículo señala. En este caso, la ordenanza tiene igual obligatoriedad que la ley.

El artículo 639 es ya una disposición definitiva en materia de preferencia del reglamento sobre la ley: "Los reglamentos fiscales priman sobre las disposiciones del Código Civil para el caso de naufragio, en lo concerniente a la internación y almacenaje de las especies".

Fuera de estas disposiciones, hay que tomar en cuenta las que en el Código Civil y Comercial se contienen, relativas a la eficacia jurídica de los reglamentos que tienen por objeto organizar la manera de inscribir los títulos y documentos correspondientes, en el Conservador del Registro de Bienes Raíces y en el de Comercio.

Competencia para dictar decretos

La legalidad administrativa está formada por dos elementos diversos, pero coordinados: la ley y el decreto o reglamento, que realizan acción conjunta en el régimen de la administración.

El decreto es una manifestación de voluntad emanada de los órganos que ejercen funciones de gobierno y de administración, y, determinadamente, la actividad ejecutiva.

Cuando esta manifestación de voluntad contiene reglas de general aplica-



ción, toma el nombre de reglamento (Hauriou, "Precis de Droit Administratif").

La actividad es el atributo más calificado del Poder Ejecutivo. Pero ésta no es puramente material ni se resuelve concretamente en hechos, ya que también comprende la aptitud para dictar reglas abstractas, generales e imperativas.

El Poder Ejecutivo tiene, en consecuencia, una voluntad propia, cuya manifestación jurídica externa es la potestad reglamentaria o "derecho de ordenanza", como se llama en Italia.

En consecuencia, la ordenanza es una manifestación de la voluntad del Poder Ejecutivo, de la misma manera que la ley lo es del Poder Legislativo.

Es difícil delimitar el campo jurisdiccional de la ley y del decreto. Sin embargo, puede decirse, en general, usando la forma negativa, o por eliminación, que pueden ser materia de reglamento todos aquellos asuntos que no sean "manifestaciones generales de la voluntad del Estado que importen una declaración de reglas jurídicas", porque todas éstas son materia de ley.

Orlando estima que no existe ningún criterio positivo para determinar el alcance exacto del "derecho de ordenanza", y que sólo es posible una determinación relativa por medio de la eliminación, como ya se advirtió.

Hablando en forma amplia, podemos decir que están reservadas a la potestad legislativa, todas aquellas cuestiones que importen una limitación de la libertad y del dominio y que tengan por objeto imponer obligaciones a los ciudadanos y al Estado.

En términos generales, podemos decir que la facultad de dictar corresponde al órgano a quien la Constitución reconoce aptitud para el ejercicio de la llamada impropia, potestad reglamentaria.

Ahora, para determinar, de manera más precisa, a quién corresponde la facultad de dictar decretos, habrá que hacer una distinción relativa a los dos puntos siguientes:

1.º La facultad de dar órdenes para la organización administrativa de los servicios públicos y su funcionamiento, corresponde, por principio general, a todos los funcionarios con facultad de administrar y, principalmente, con la de decidir.

2.º La facultad de dictar reglamentos de policía general, que son fuente de derecho para las autoridades y de obligaciones para todos, como quiera que aquéllos tienen por objeto poner límites al ejercicio de las libertades, corresponde a las autoridades administrativas que ejercen mando soberano, original o delegado, y a las que actúan en nombre o representación de los órganos de administración autónoma, como son las Municipalidades.

Ahora bien, haciendo una exposición más circunstanciada, vale decir que corresponde ejercer la potestad reglamentaria: 1.º Al Presidente de la República con sus Ministros de Estado; 2.º A sus representantes naturales e inmediatos, cuales son los Intendentes y Gobernadores, de acuerdo con lo prescrito en la Constitución, sobre atribuciones de estos funcionarios, y de conformidad con las disposiciones contenidas, principalmente, en la Ley de Régimen Interior, que especifica dichas atribuciones y sus deberes, y en las otras leyes en que se prescribe y reglamenta la intervención de esos mismos funcionarios.



En la Ley de Régimen Interior se dan los casos en que el Gobernador puede decretar medidas de orden público y de policía, allanamientos, visitas domiciliarias, nombramiento de funcionarios públicos, otorgamiento de concesiones, etc.

Pueden ejercer, también, la potestad reglamentaria, las Municipalidades y los Alcaldes, en el ejercicio de las prerrogativas constitucionales y de las atribuciones determinadas que la ley orgánica de administración local les confieren.

A las Municipalidades les corresponde ejercer la potestad reglamentaria en su calidad de órganos de la administración, encargados de la gestión de los intereses locales, que son los que derivan de las relaciones de vecindad que se producen entre los individuos que viven en un mismo territorio municipal, sujetos a las acciones y reacciones propias de la existencia en común y que da lugar a vínculo de interdependencia y a situación de solidaridad social.

A los Alcaldes corresponde, asimismo, la facultad de dictar decretos para ejercer las funciones ejecutivas que la ley otorga y para el ejercicio de las facultades especiales que se les atribuyen.

El origen del ejercicio de la potestad reglamentaria, con respecto a las Municipalidades y a los Alcaldes, reposa, fundamentalmente, en el concepto de autonomía.

• Los preceptos que, en conformidad al ejercicio de la mencionada potestad, dictan las Municipalidades y los Alcaldes, son los que se llaman "reglas autónomas de administración local".

Los fundamentos legales de estos preceptos están contenidos, principalmente, en el artículo 105 de la Constitución de 1925, párrafo correspondiente a la administración comunal. En el N.º 6.º de ese artículo se dispone, substancialmente, que corresponde, en especial, a las Municipalidades, formar las ordenanzas sobre los objetos a que se refieren los números anteriores, sin perjuicio de las que pueden dictar las Asambleas Provinciales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 100 de la misma Carta Fundamental.

El pensamiento constitucional contenido en ese artículo 105, se encuentra desenvuelto, por disposición expresa, en la Ley de Municipalidades que nos rige y, en especial, en los artículos 79, N.º 1.º, 80, N.º 1.º, y 81, N.º 2.º, sin perjuicio de las reglamentaciones que puedan dictar para el ejercicio de las atribuciones conferidas en el capítulo III en materia de salubridad (artículo 77); comodidad, ornato y recreo, policía de los caminos y obras públicas que se costean con fondos municipales (artículo 78); fomento de la educación, industria, agricultura, comercio y auxilio de la Beneficencia Pública (artículo 79), etc.

El artículo 80 de esa ley, que pertenece al capítulo que habla de las atribuciones que a las corporaciones administrativas locales corresponden, dice expresamente: "Como encargadas de administrar los servicios locales en general y los especialmente indicados, y de hacer ejecutar sus resoluciones, corresponde a las Municipalidades":

1.º "Imponer a las infracciones de las prescripciones municipales, penas hasta de 100 pesos de multa en *simples acuerdos o reglamentos* y hasta 200 pesos en *ordenanzas*; sin perjuicio, en todo caso, del comiso de los artículos y de la clausura del negocio o establecimiento en sus casos respectivos".



Por su parte, el artículo 81 de la misma ley confiere, en términos generales, a las Municipalidades, el ejercicio de la potestad activa al decir: "Como encargadas de promover el *bien general del Estado* y el particular del territorio municipal, corresponde a las Municipalidades: 2.º Formar las ordenanzas municipales y presentarlas, por el conducto del Alcalde, a la Asamblea Provincial para su ratificación".

Pretende la ley definir lo que es una ordenanza y dice: "Se entiende por ordenanzas únicamente las reglas de general aplicación que impongan la pena hasta 200 pesos de multa".

Las resoluciones municipales se expiden en tres documentos ordenatorios: simples acuerdos, reglamentos y ordenanzas. Este es el orden de importancia legal y de eficacia jurídica.

Los simples acuerdos, inciden, por regla general, en asuntos de menor importancia, que afectan a intereses individuales o poco generalizados, y que no requieren un régimen de carácter general más o menos permanente.

Los reglamentos se dictan con el objeto de establecer reglas de carácter general y permanente, para regir determinadas materias, y con la mira de imponer correcciones de menor gravedad que las contenidas en la ordenanza. El reglamento es también un conjunto de reglas de general aplicación, y se diferencia de la ordenanza en dos cosas: 1.º En la sanción, que es menor en el reglamento; y 2.º En la tramitación.

La dictación del reglamento necesita, únicamente, la aprobación de la Municipalidad; entre tanto que la ordenanza requiere siempre de formalidades mayores. En el régimen actual, las ordenanzas deben ser presentadas a la ratificación de la Asamblea Provincial. En el sistema primitivo debían ser sometidas a la aprobación del Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Estado. En el régimen intermedio, entre el momento en que existió el Consejo de Estado y el anterior al que nos rige, las ordenanzas debían ser sometidas a la aprobación del Presidente de la República.

En el régimen municipal anterior a la ley de 1891, se hacía una diferencia específica entre el reglamento y la ordenanza, determinando, para cada uno, las materias propias.

En el artículo 103 de la ley de 1854, que es el primer texto municipal que aparece en Chile, se decía, en el título 9.º, que trata de las disposiciones generales: "Las resoluciones que las Municipalidades acuerden, son ordenanzas, reglamentos o simples acuerdos. Son materia de ordenanza: 1.º Resolver y establecer reglamentos respecto de la policía..." y continúa, en siete números, especificando las materias que son propias de las ordenanzas.

Para esta ley son materia de ordenanza todas las disposiciones administrativas que, de alguna manera, regulan las relaciones entre vecinos. Se ocupa, a continuación, de las materias que son propias del reglamento, las que se refieren al régimen interno de los servicios municipales.

La ordenanza dicta reglas que afectan a los administrados; el reglamento contiene disposiciones que se refieren al régimen interior de los servicios o al personal administrativo.



Son materia de simples acuerdos las resoluciones en que no concurren las circunstancias que se acaban de mencionar.

Las disposiciones de esta ley contienen mucho más doctrina y conceptos jurídicos que las posteriores. La Ley Municipal de 1887 mantuvo el mismo criterio que la del año 54, en lo relativo a la especificación de las materias que deben ser objeto de reglamentos y ordenanzas, respectivamente. La de 1891, establece la diferencia sólo en cuanto a la sanción y los requisitos de forma.

El ejercicio de la potestad reglamentaria, en la administración municipal, está al servicio de las actividades destinadas a proveer a la gestión de los intereses locales, con un criterio de beneficio público, que es el que predomina en todas las funciones de carácter administrativo.

Esta potestad se concreta en reglamentos y ordenanzas, por lo que a la Municipalidad se refiere; y en decretos que puede dictar el Alcalde para poner en acción sus atribuciones propias, las que aparecen especialmente consignadas en el artículo 111 de la ley en vigor.

Las Asambleas Provinciales tienen facultad para dictar ordenanzas destinadas a regir las atribuciones administrativas que les competen, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 94, 98 y 100 de la Constitución Política del Estado.

TRAMITACION DE LOS DECRETOS

Es el conjunto de diligencias y actuaciones a que debe someterse el decreto para llegar al resultado que determina su eficacia jurídica y práctica. Los diferentes "estados" por los cuales pasa el decreto, en su tramitación, pueden enunciarse así:

1.º *Formación del expediente* respectivo con todos los documentos y antecedentes que le sirven de causa y fundamento;

2.º *Redacción* del decreto;

3.º *Firma* del Presidente de la República y del Ministro respectivo; o de éste, únicamente; o del Jefe del Estado y de todos los Ministros del despacho, según el caso, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución (artículo 75), en el decreto-ley N.º 445, de 16 de julio de 1925, sobre ampliación de las facultades de los Secretarios de Estado para firmar decretos "por orden del Presidente", y en las otras disposiciones legales que reglan los requisitos externos de los decretos de *insistencia, declaración de guerra, expropiación* de predios particulares para construcción de ferrocarriles, etc.

4.º *Toma de razón*, que efectúa la Contraloría General de la República, después de comprobar la legalidad del decreto, anotándola en el registro que lleva aquel nombre.

Del estudio y examen que haga la Contraloría del decreto en tramitación, pueden emanar otros dos resultados: la incorrección del decreto y su ilegalidad. En el primer caso, lo *devuelve* para que se corrija; en el segundo, lo *representa* por medio de un oficio en el cual hace notar los defectos legales de que padece.

La "representación" detiene el curso del decreto. El Presidente de la Repú-



blica puede *ordenar* la "toma de razón" por medio de un decreto de *insistencia* que debe llevar su firma y la de todos los Ministros, como ya lo hemos dicho. En tal caso, la Contraloría debe cumplir la orden bajo la responsabilidad de quienes la expidieron; debe tomar razón del decreto ilegítimo representado, proveer a su tramitación posterior y dar cuenta del hecho al Congreso para todos los efectos legales de sanción y resarcimiento a que haya lugar.

Este decreto de "insistencia" puede ser de "urgencia" o "abusivo", según que tenga alguna justificación de ilegalidad por causa de "una invencible necesidad de hecho que se transforma en una suprema razón de Derecho", o, si no existiendo dicha circunstancia apremiante, constituye una calificada e injustificable violación constitucional y de la ley.

La práctica gubernativa ha inventado los decretos de insistencia sin "representación" previa, con el objeto de consumar la ilegalidad a más corto plazo y dar lugar a la ejecución administrativa que el decreto pretende.

5.º *La refrendación*, que sólo procede cuando se trata de decretos de pago que deben imputarse a una partida de gastos variables del presupuesto. Se efectúa por la Contraloría, una vez que ha constatado que en el ítem al cual se imputa el gasto, existen fondos disponibles. Si no los hay, la refrendación no se produce y se suspende la tramitación del decreto impugnado por esta causa.

Esta dificultad se allana por medio del "traspaso de fondos", el cual consiste en que, por un decreto presidencial, se trasladan los dineros disponibles de otra letra del mismo ítem a aquélla que no los tiene, o que sólo conserva una cantidad insuficiente para cubrir la inversión de que se trata. Cumplida la condición, el decreto se refrenda.

6.º *La "visación"*, que es una diligencia establecida en Chile desde el año 1927, y que consiste en que el Ministro de Hacienda ponga su visto bueno a la tramitación de un decreto, que importa compromisos para la caja fiscal, antes de que comience el curso normal a que debe sujetarse para que produzca efectos.

Esta práctica, nueva en los procedimientos financieros de nuestro país, importa—en el fondo—una fiscalización que el Ministerio de Hacienda ejerce, con respecto a los demás Secretarios de Estado, y una restricción al libre ejercicio de sus respectivas funciones. Está, sin embargo, inspirada en un propósito cuerdo: la consideración real y efectiva del estado del tesoro público para responder al gasto que se ha autorizado en el decreto sometido a la revisión del Ministro de Hacienda. Pero el hecho es que si éste no lo visa, se suspende la tramitación, aunque el decreto sea legítimo, por la sola razón de que "no hay fondos".

7.º *La comunicación*, que es el acto por medio del cual se transcribe el decreto a la Tesorería General de la República, para que ésta lo ponga en conocimiento de la Tesorería que debe efectuar el correspondiente pago.

8.º *La publicación* en el "Diario Oficial", que es requisito solemne para la validez del decreto, y que es, además, una especie de promulgación de las disposiciones que contiene.

Los decretos se insertan, también, en el Boletín de Leyes; pero esta formalidad no tiene la importancia jurídica de la "publicación", y es, más bien, una medida de carácter complementario y de régimen interno.



Los decretos que afectan el uso y goce de los bienes fiscales, deben pasar por el Departamento de Bienes Nacionales para los efectos de su anotación e inscripción en el correspondiente Registro. Esta formalidad es esencial, porque sin que ella se cumpla, la Contraloría General no puede tomar razón de tales decretos.

REVOCABILIDAD DE LOS DECRETOS

Los decretos legítimos tienen la misma fuerza obligatoria de la ley. El término asignado a esta fuerza obligatoria, es la *abrogación*. Esta circunstancia es negativa, y está en correlación con otra positiva, la *durabilidad* del decreto o reglamento.

Esta durabilidad es de muy diferente naturaleza y depende de diversas modalidades.

El principio general es que los decretos son esencialmente revocables. Esta revocabilidad no se puede suprimir. Sin ella, la función administrativa no se podría adaptar a las situaciones nuevas. Sin embargo, la circunstancia de que el decreto sea revocable, no importa la necesidad de que se revoque siempre, sino cuando así lo exige el interés público y la buena administración del país.

Un decreto se revoca por otro decreto, dictado con las mismas formalidades y requisitos del primero. En Derecho, "las cosas se deshacen como se hacen".

La revocación hecha por el soberano de "motu proprio", o a petición de parte interesada, es uno de los recursos que existen contra los preceptos administrativos ilegítimos o perjudiciales.

No todos los preceptos administrativos son igualmente revocables; hay que hacer distinción entre los decretos *políticos*, los *orgánicos* y los que atañen al *orden privado*. Los primeros son esencialmente revocables en el hecho y en el Derecho, una vez satisfecha la necesidad que los motivó.

Los decretos *orgánicos* no son revocables, en el hecho, mientras sea necesario mantener la organización dada a los servicios. Una vez pasada esta circunstancia, pueden ser derogados sin inconveniente, siguiendo el principio general relativo a la durabilidad de los decretos.

Los decretos de *orden privado*, o sea, aquéllos que conceden la adquisición de derechos patrimoniales, como pensiones, retiros, montepíos, recompensas al primer denunciante, son irrevocables en el hecho y en el Derecho. Estos decretos tienen la misma fuerza obligatoria y permanente de una sentencia judicial firme, porque se dictan después de que se ha formado un verdadero proceso que ha permitido el completo conocimiento de causa y su juzgamiento.

En resumen, podemos decir que, en principio, todos los decretos son revocables. No lo son, en el hecho, los que organizan servicios públicos mientras dura el tiempo del ensayo. Los que tienen carácter privado, más que irrevocables, deben ser perpetuos, cuando declaran derechos de dominio. Los decretos que sólo tienen por objeto asuntos de interés general, como los llamados políticos, son esencialmente revocables en principio y en el hecho.

El decreto pierde toda su fuerza obligatoria por acto directo de revocación.



La teoría es la misma que sirve de base a la derogación de la ley (Código Civil, artículos 52 y 53). Sin embargo, es preciso anotar algunas calidades que derivan de la singularidad política y jurídica de los actos reglamentarios, y sobre todo de su carácter administrativo.

La durabilidad de un decreto cesa por las llamadas formas de revocación, que pueden ser de cuatro categorías:

a) Un decreto o reglamento legítimamente expedido; b) una ley común; c) una ley constitucional; d) un tratado internacional.

1. Un decreto puede ser revocado por otro decreto, siempre que sea legítimo. Excepcionalmente no, cuando se trata de reglamentos dictados en virtud de la potestad delegada.

La revocación puede ser *pura y simple* (retractación), y *condicionada* por un reglamento sucesor.

La revocación es pura y simple cuando no se dicta otro reglamento para reemplazar al derogado. No es muy frecuente, y su validez ha sido objetada en el caso de los reglamentos ejecutivos, sin los cuales una ley quedaría sin aplicación. Se estima que estos decretos son ilegítimos, porque violan, substancialmente, la ley afín, haciéndola ineficaz, derogándola en el hecho (Moreau, "Le Reglement Administratif").

Es *condicionada* cuando el decreto de reemplazo efectúa la derogación bajo ciertos respetos y circunstancias.

También hay que distinguir la *abrogación*, que importa la derogación total, como ocurre, por ejemplo, con aquellos reglamentos que tienen por objeto hacer cesar completamente un régimen anterior para substituirlo por otro, especial, diverso.

La derogación puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando en el decreto derogatorio se menciona, determinadamente, por su designación, número y fecha, el acto normativo que se deroga. Lo es también, cuando un decreto pone en vigor un reglamento anterior que había sido derogado por un decreto intermedio. Se trata de tres decretos de fechas sucesivas. El segundo había derogado el primero, y se dicta después un tercer decreto que pone en vigor el primero. Hay derogación expresa del segundo, aun cuando no se haga especial mención de él. Y lo es, porque todas las disposiciones contenidas en el segundo decreto pierden su eficacia por más que no sean incompatibles con las del decreto revocado.

En la derogación tácita no hay cláusula derogatoria; pero la derogación se produce por la falta de conciliación entre las disposiciones de ambos decretos; las disposiciones del antiguo reglamento que no pugnan con las que el nuevo contiene, quedan en vigor.

La derogación tácita produce los mismos efectos que la expresa: las disposiciones del antiguo decreto que no se concilian con el nuevo, dejan de producir efectos.

El decreto revocatorio está sometido a las mismas o mayores formalidades del decreto que se deroga, so pena de ilegitimidad y de que pueda ser pronunciada su anulación por el tribunal competente, siempre que aquellas formalidades



sean obligatorias, como ocurre cuando aquel decreto ha de ser dictado con la intervención de otro órgano que debe prestar su *acuerdo* para la derogación.

Debe también publicarse, para que pueda entrar en vigor en el momento legítimo, el cual se produce, generalmente, a fecha fija. El texto del nuevo decreto se substituye al antiguo sin solución de continuidad. La derogación no tiene efecto retroactivo.

2. Puede efectuarse la derogación del decreto por una ley común. Consiste en que un decreto pierde su eficacia jurídica por acto de revocación contenido en una ley.

Llámanse leyes comunes aquéllas que el legislador dicta en virtud de sus atribuciones generales para proveer al régimen jurídico del Estado. En esta materia, el legislador no tiene límites cuando obra constitucionalmente. Por eso, se habla de la omnipotencia del Poder Legislativo para dictar las leyes que crea convenientes para el régimen de las relaciones individuales y sociales.

Cabe hacer una pregunta: ¿En los países de régimen constitucional escrito y con sistema de separación de poderes, es admisible que una ley común pueda derogar un decreto válidamente expedido por el Presidente de la República? La doctrina y la opinión de los autores son diversas con respecto a la solución de este problema.

Moreau, en su obra "Le Reglement Administratif", sostiene que esta derogación puede efectuarse, y da para ello las siguientes razones:

1.º La derogación procede porque es de derecho universal;

2.º Porque, de buen o mal grado, se reconoce omnipotencia al Parlamento, en materia legislativa, y al derogar el decreto, por una ley, con el objeto de reemplazar el régimen contenido en aquél, no ha hecho otra cosa que ejercer sus facultades propias.

3.º Por una razón de carácter jurídico-social: la ley derogatoria es un precepto nuevo; y, por serlo, ha de considerarse más en armonía con los intereses jurídicos existentes y ha de ser más provechosa para el progreso general de la nación en que opera;

4.º Por una razón de utilidad político-administrativa: la derogación de un decreto por medio de una ley, es una medida de compulsión, empleada por el Legislativo contra un Poder Ejecutivo rebelde, que por simple capricho o por estímulos políticos, pretende mantener un régimen administrativo perjudicial para el interés público, contenido en un reglamento caduco, inútil, mal concebido y contrario al pensamiento de la ley que ejecuta.

5.º Por una razón de orden: si el reglamento es una legislación secundaria y provisional, puede ser derogada por la legislación principal y definitiva contenida en la ley.

Hay otros autores que disienten de esta opinión. No aceptan esta especie de derogación, por ser contraria a las buenas doctrinas políticas. Estiman que la ley no puede derogar un decreto, porque ello importaría invadir las facultades que la Constitución confiere al Presidente de la República.

Cammeo es el principal sostenedor de esta teoría que niega facultad al Poder Legislativo para derogar un decreto válidamente dictado por el Presidente



de la República. Cree el autor que esta revocación sólo procede cuando se trata de decretos delegados, o de decretos y reglamentos que se dictan para coordinar los textos de leyes que se refunden o modifican.

Nosotros pensamos que se debe mantener la teoría de que cada Poder Público ha de ejercer las funciones que constitucionalmente le están otorgadas, para evitar los regímenes despóticos, que el equilibrio constitucional se rompa y mantener la disciplina en el régimen de Gobierno.

Sería peligroso poner en manos del Parlamento una arma tan poderosa, como es la facultad de derogar los decretos que dicte el Presidente de la República en conformidad a lo dispuesto por la Constitución y de acuerdo con las facultades que ella misma le confiere. La Administración es la primera que sufre cuando el Parlamento se erige en árbitro de todos los destinos de la nación y se atribuye la función que corresponde a otros poderes.

No es conveniente que el Poder Legislativo se arrogue la facultad de derogar los decretos que el Presidente de la República dicta legítimamente. Para la disciplina constitucional se ha establecido el principio de la separación de los poderes, con el fin de dar, a cada uno de ellos, autonomía en el desempeño de sus funciones respectivas. Todas éstas, conjuntamente, tienden a un mismo objetivo: mantener el régimen del Estado, sobre su fundamento constitucional de no acumulación de funciones.

3. Dijimos también que el decreto puede ser derogado por una ley constitucional.

Son leyes de esta especie las que se dictan en virtud de mandato expreso de la Constitución. En realidad, todas las leyes deben ser constitucionales; pero las comunes se dictan en virtud de las facultades generales que corresponden al Poder Legislativo; en tanto que las constitucionales son producto de disposición determinada y expresa del Poder Constituyente (Constitución: artículos 73, 79, 81, 87, 98, 104 y 107).

Lo que hemos dicho de la ley común debemos decirlo respecto de la ley constitucional, agregando, eso sí, que los argumentos de Moreau cobran mayor fuerza en el caso de esta última.

4. Por último, el decreto puede ser derogado por un tratado internacional. Los tratados internacionales son pactos que las potencias políticas y soberanas celebran sobre asuntos de interés común.

Pueden convenirse sobre materias administrativas: comunicaciones, transporte, salubridad, etc., para dar lugar a la creación y funcionamiento de servicios públicos de proyección internacional, entre los Estados pactantes.

Sabemos que, según la Constitución, corresponde al Presidente de la República mantener las relaciones políticas con las demás potencias extranjeras. El Jefe del Estado, de acuerdo con el precepto constitucional, puede celebrar tratados, convenciones, concordatos; iniciar las primeras diligencias, concluirlos y ratificarlos después de su aprobación por el Congreso.

Una vez ratificados adquieren la misma eficacia jurídica que la ley. Por consiguiente, los órganos administrativos y el régimen de la administración que se



van a ver afectados por ellos, quedan sujetos al contenido de sus cláusulas y disposiciones.

Como nosotros tratamos de ver la influencia jurídica que los tratados internacionales tienen en la vida de los reglamentos y decretos, debemos referirnos a esta materia para ser consecuentes con nuestra propia afirmación.

Un tratado internacional puede referirse a un reglamento administrativo en cualquiera de las tres situaciones siguientes:

a) Para mantener, modificar o derogar los reglamentos que rigen la materia, de acuerdo con un tratado anterior entre los países pactantes.

b) Para derogar, mantener o modificar el reglamento que rige, con anterioridad, la materia sobre que versa el tratado.

c) Para mantener la existencia de los reglamentos en vigor hasta tanto se dicten los reglamentos definitivos, en conformidad a la nueva situación que el tratado internacional crea.

Sobre estos tres puntos, el tratado internacional puede influir en el régimen administrativo que se contiene en el reglamento.

El tratado internacional ratificado constituye una regla obligatoria, y produce, respecto de los decretos, el mismo efecto derogatorio de toda regla nueva.

DECRETOS TRANSITORIOS

Damos esta denominación a los decretos de duración predeterminada. Pueden dividirse en dos categorías: a) decretos de término extintivo; b) decretos transitorios por naturaleza. Ambos se caracterizan porque dejan de producir efectos sin necesidad de acto derogatorio alguno.

Los decretos que se llaman de "término extintivo", pierden su eficacia en cuanto expira el plazo que determina su existencia. El término extintivo opera cuando se trata de reglamentos que deben ser revisados periódicamente, como ocurre con los que ponen en ejecución las leyes financieras.

En el servicio de aduanas, es común la dictación de esta clase de reglamentos, cuando se refieren al cobro de contribuciones que deben regir por un número determinado de meses, al término de los cuales han de revisarse para acomodarlas a las condiciones generales del comercio del país. En este caso, opera el término extintivo, porque la revisión debe hacerse antes de expirar el plazo de vigencia.

En esta materia, pueden presentarse dos situaciones: a) La revisión se hace antes de que expire el término. Entonces, el reglamento que la contiene empieza a regir inmediatamente después que transcurre dicho plazo, sin solución de continuidad; por ejemplo, el 31 de diciembre, a las 12 de la noche; b) La revisión del reglamento no se hace antes que expire el plazo de término. En este caso, si llegan las 12 de la noche del 31 de diciembre, la contribución no puede cobrarse; pero la práctica financiera ha establecido el cobro según el antiguo reglamento que no ha sido revisado. Habría que hacer esta advertencia: en el caso de los decretos de término extintivo, su revocación está hecha "a priori" para



el momento en que llegue dicho término, entrando el decreto revisor a producir efectos inmediatos.

Hay decretos que dejan de producir efectos en virtud de su propia naturaleza y sin necesidad de acto directo de revocación. Son los destinados a regir una actividad determinada que se desarrolla dentro de un breve transcurso de tiempo, como es la que se propone hacer un recuento de población o una operación cualquiera de censo. Tal decreto dura de doce a veinticuatro horas, tiempo que se considera indispensable para garantizar la fidelidad del empadronamiento. Es, también, decreto de esta misma especie, el que ordena el pago de duodécimos provisionales autorizados por ley.

DECRETOS DE URGENCIA

Son aquéllos que las autoridades dictan en circunstancias extraordinarias, bajo la presión insuperable de éstas y en contra de las formalidades legales.

Son actos violatorios de la Constitución y de las leyes y, por lo tanto, manifiestamente ilegítimos. Sólo se justifican por el carácter violento de la necesidad que los determina.

Esta clase de decretos es la que ha hecho decir a la Corte de Casación de Roma: "Una suprema razón de hecho se transforma en una suprema razón de derecho". Y la violencia de la necesidad que los produce hizo afirmar a Dicey que "para el mantenimiento del orden jurídico se hace indispensable, a veces, la violación de las leyes". Completa su pensamiento diciendo que para curar los vicios legales de los decretos de urgencia, en los países civilizados, se acude a las leyes de indemnidad.

Todas estas apreciaciones se fundamentan en un principio que se viene arrastrando desde la legislación de Roma y que se concreta en este aforismo: "Salus populi suprema lex est".

Pudiera reforzarse esta expresión diciendo que las leyes han sido hechas para la vida normal del Estado. Cuando se produce una anomalía renace con todas sus fuerzas el aforismo romano, que aunque no tiene cabida en los textos legales, tiene la misma eficacia reconocida a otros principios, como ser: "Nadie puede enriquecerse a costa ajena", "El que puede lo más, puede lo menos", "En Derecho, las cosas se deshacen como se hacen", etc.

Korkounow dice que la norma de que los reglamentos no pueden derogar una ley, sufre una excepción cuando está de por medio la seguridad del Estado y es imposible usar la vía legislativa. En tales circunstancias, el Gobierno puede dictar decretos que contradigan una ley, y los Ministros se hacen responsables de ello ante el Parlamento.

Estas leyes de indemnidad se proponen dos objetivos: 1) legitimar la ilegitimidad, que es la más alta manifestación de la omnipotencia del Poder Legislativo, omnipotencia que los ingleses han concretado en esta pintoresca expresión: "El Parlamento puede hacerlo todo, menos un hombre de una mujer"; y



2) liberar al funcionario que dictó el decreto de urgencia, de la responsabilidad derivada.

DECRETOS ABUSIVOS.

Son aquéllos manifestamente ilegítimos y que no tienen justificación alguna. Estos son los decretos que se dictan, como dice la expresión latina, "ultra vires".

Contra estos decretos existen los recursos que las leyes establecen y que nuestra Constitución contempla en el artículo 87 al decir: "Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes".

De manera que cuando se dicte, en Chile, la ley que crea estos tribunales, habrá que atribuirles competencia para conocer, tanto de las materias contencioso-administrativas, cuanto de la legitimidad de los preceptos administrativos que se dicten.

En los casos de los decretos ilegítimos, procede también la teoría de la responsabilidad, en sus tres aspectos ya conocidos: civil, administrativa y penal.

La responsabilidad, en el Derecho Administrativo, se ha establecido con el fin de servir de garantía a la eficacia de la función, conminando al funcionario a obrar con la acuciosidad debida y en concordancia con el fin de la actividad pública que desempeña; advirtiéndolo de que, en caso contrario, se hará triplemente responsable y se perseguirá, en efecto, su responsabilidad.

LAS INSTRUCCIONES

Son disposiciones complementarias emanadas de funcionario competente, y destinadas a la mejor aplicación de una ley, de un reglamento o de otra disposición administrativa, o al funcionamiento del servicio público. Tienen por objeto ilustrar el criterio del agente administrativo para el más conveniente ejercicio de las funciones que le corresponden o el desarrollo de la actividad pública que se le ha encomendado.

Pueden adoptar dos formas: o son una orden o importan una simple recomendación dada por funcionario competente a otros que les están subordinados.

De esta circunstancia deriva el hecho de que las instrucciones sean de dos especies: las *imperativas*, que son órdenes, y las *facultativas*, que tienen el carácter de simples recomendaciones. Ambas producen efectos diferentes.

Las primeras son ordenatorias, porque, dada la naturaleza de la manifestación de voluntad, obligan al funcionario que las recibe a ejecutar las disposiciones que la instrucción contiene, en toda su extensión. Si sobreviene responsabilidad, ésta no es del funcionario que obra en conformidad a ellas, sino de aquél



que las emite, pues la situación jurídica está regida por las prestaciones a que obliga el cumplimiento del deber de obediencia.

Las instrucciones facultativas, que hemos llamado también recomendaciones, dejan al funcionario que las recibe, en libertad de proceder o no en conformidad a ellas, según su criterio, frente a las circunstancias y tomando en cuenta el fin de la función. Pero el daño que resulte de los actos, así ejecutados, es de responsabilidad del agente.

Las instrucciones se expiden en documentos que llevan la denominación general de *circulares* que el Presidente de la República, los Ministros de Estado y los jefes de servicios, departamentos y oficinas dirigen a los funcionarios de su dependencia con el objeto de completar, aclarar o corregir el régimen a que debe someterse la actividad administrativa, el funcionamiento de los servicios públicos o la tramitación de los asuntos propios de cada repartición.

Las instrucciones se imparten también por medio de "oficios", cuando van dirigidas a un solo funcionario o a un corto número de éstos, y se refieren a órdenes, recomendaciones o reglas de singular aplicación a determinada materia.

IDEAS GENERALES

Al tratar de las fuentes del Derecho Administrativo, dijimos que es el decreto una de ellas. Entre nosotros, es una fuente muy fecunda, la más abundante de todas, la que más poderosamente influye en el sistema y la reglamentación de los servicios públicos.

Según Stein, los decretos constituyen una "fuente característica del Derecho Administrativo"; los considera como una "manifestación de la soberanía propia del Poder Ejecutivo, "no inferior ni subordinada a la ley, sino de igual autoridad que ella". Lo cierto es—agrega Posada—que "estas disposiciones vienen a complementar la obra de la ley y representan la función legislativa privativa de la Administración" (1).

Mucho se ha discutido acerca de la diferencia que hay entre la ley y el decreto. Moreau ("Le Reglement Administratif"), es quien ha sentado la doctrina que nos parece más acertada. Dice este autor que entre la ley y el decreto no hay sino diferencias de origen, puesto que su amplitud jurisdiccional es la misma. Sin embargo, hay que hacer notar que el decreto reglamentario queda subordinado a la ley que ejecuta y que su esfera de acción está estrictamente limitada por ella.

Entre nosotros, la cuestión está zanjada expresamente, porque la Constitución, en su artículo 44, determina cuáles son los negocios públicos que son materia de ley, dejando, por consiguiente, el campo libre a los decretos para aquellos asuntos que no están comprendidos en la disposición constitucional citada.

Don Valentín Letelier participa de la opinión de Moreau Felix, y sostiene que hay decretos dotados de la fuerza legal y de la autoridad de verdaderas sentencias judiciales ("Génesis del Estado y de sus Instituciones Fundamentales").

(1) Dejame, "Du pouvoir reglementaire".—Macarel, "Derecho Público".



En el epíteto de decretos se comprenden todos los documentos ordenatorios emanados del Poder Ejecutivo, y de las autoridades con facultad de administrar.

* * *

El decreto tiene una estrecha relación con la vida política de los pueblos. Estudiar la historia del decreto es estudiar, desde cierto punto de vista, la historia de las libertades públicas.

“Mientras más amplia es la libertad de dictar decretos, tanto más restringida es la libertad de los pueblos”, ha dicho Gneist. Por eso es que, a medida que mejora la organización de los gobiernos, disminuye la dictación de los decretos constitutivos de la organización política y administrativa de las naciones.

La historia constitucional de Roma, de Inglaterra, de España y Francia nos muestran ejemplos característicos de las verdades contenidas en las expresiones anteriores.

* * *

El Gobierno, o, más bien dicho, el Poder Ejecutivo, para ordenar su mandato público y ejecutarlo, tiene que recurrir al decreto, y sin él no podría gobernar. Esta facultad es inherente al Gobierno; y no hay necesidad que la Constitución se la conceda especialmente; así como no hay necesidad de decir que el Poder Legislativo tiene la facultad de hacer leyes y el Poder Judicial la de aplicarlas, sostienen algunos autores (Letelier, op. cit.; Brémond, “Des actes de gouvernement”).

Hay una escuela de publicistas—norteamericanos, en su mayor parte—que afirma que el Gobierno no puede ejecutar las leyes por medio de decretos, sino en virtud de una delegación del Poder Legislativo, porque el decreto es igual a la ley en su origen; y dar al Ejecutivo la facultad de dictar aquél, es reconocerle atribuciones legislativas; de tal manera que toda ley debe contener autorización, en un artículo transitorio, para que el Gobierno pueda dictar decretos, reglamentos e instrucciones.

Goodnow (“Derecho Administrativo Comparado”), dice al respecto, hablando del régimen administrativo de los Estados Unidos: “El Congreso en sus varias disposiciones sobre los diversos servicios, ha conferido al Presidente facultades y le ha impuesto deberes que son consecuencia de su deber constitucional de velar por el fiel cumplimiento de las leyes. La principal de estas facultades es la potestad reglamentaria, que en multitud de casos ha delegado el Congreso en el Presidente, y que el Presidente debe ejecutar sólo en virtud de tal delegación”.

“Las disposiciones—continúa el autor—mediante las cuales realiza el Presidente su cometido, son de carácter general o especial. Las de carácter general son reglamentos o instrucciones, y se diferencian entre sí en que los primeros obligan, a la vez, a los funcionarios del Gobierno y a los ciudadanos, puesto que el Presidente los dicta por delegación del Congreso; mientras que las segundas no



obligan más que a los funcionarios, y las dicta el Presidente en virtud de su facultad de dirigir la Administración”.

La generalidad de los publicistas opinan que no hay necesidad de que la ley contenga, expresamente, la autorización de que se trata, porque la dictación de los preceptos administrativos es una facultad inherente al papel gubernativo (Letelier, op. cit).

* * *

Una cuestión importante es la de saber cuál es el alcance que tiene esta facultad. Se la ejerce, desde luego—en nuestro Derecho—con tres objetos diferentes: 1.º Para proveer a la ejecución de las leyes; 2.º Para organizar servicios; y 3.º Para mantener el orden (Constitución: artículo 71).

El ejercicio de esta facultad requiere una acción discreta, porque sabemos que la tendencia de toda autoridad es la extralimitación de sus facultades. El límite racional de este ejercicio está en el hecho de que el Poder Ejecutivo obre en conformidad con los preceptos constitucionales y dentro de los términos de la ley (Constitución: artículos 2.º, 4.º, 44, 60, 71, 72).

Que el ejercicio de esta facultad tenga límites un poco vagos, casi indefinidos, es conveniente, para dejar al Ejecutivo en situación de atender todo aquello que las leyes no han previsto en las reglas fundamentales y de generalización que le son propias. Pero esta conveniencia no debe extralimitarse hasta la arbitrariedad, ya que puede acontecer que, bajo el pretexto de atender la administración y el gobierno del Estado y conservar el orden interno, se llegue a abusar de la facultad, barrenando la ley.

* * *

Hemos visto que, según nuestra Constitución, el Presidente de la República expide sus resoluciones por medio de decretos.

Los decretos se dividen, generalmente, en dos clases: reglamentarios y orgánicos.

Decreto reglamentario es el que tiene por objeto reglar el cumplimiento y aplicación de las leyes, de acuerdo con el principio constitucional que así lo dispone.

Decreto orgánico es el que tiene por objeto satisfacer una necesidad que no previó la ley, y establecer un organismo del servicio público. Pueden distinguirse tres clases de decretos orgánicos:

1.º Decretos que crean servicios, para cuyo establecimiento el Congreso ha votado los fondos necesarios;

2.º Decretos que crean servicios sin que haya fondos especialmente destinados al objeto; y

3.º Decretos que establecen servicios que no irrogan gastos al Estado.

Puede decirse que los únicos decretos constitucionales son los reglamentarios; pero como la facultad de dictar decretos orgánicos se ha hecho tan general, y



éstos están autorizados por las constituciones de algunos países de elevada cultura política, se les va aceptando ya con menos recelo, porque se ha visto que son necesarios ("Decretos de necesidad", se llaman en Francia), y porque esa fuente del Derecho Administrativo que se llama la costumbre está produciendo hechos, hábitos y tendencias que son generadoras de reglas jurídicas manifiestamente reveladas al criterio público y el espíritu nacional (Letelier, op. cit.).

Con decretos de la primera clase se establecieron, por ejemplo, el Cuerpo de Ingenieros y Arquitectos (1843), la Delegación Fiscal de Salitreras (1887), el Instituto Pedagógico, etc. En estos casos, la autorización del gasto, en la Ley de Presupuestos, se ha mirado como suficiente respecto del precepto constitucional que exige ley especial para la creación de un servicio público. Para los guardianes del constitucionalismo, esta política es abiertamente contraria al precepto fundamental, porque la Ley de Presupuestos no puede crear empleos ni instituir servicios públicos, puesto que sólo se faculta, en ella, la inversión de fondos destinados a atender empleos o servicios creados por otras leyes de efectos permanentes y no meramente transitorios, como son los de la que contiene un cálculo de las entradas y la especificación de los gastos públicos.

Para cubrir las inversiones que originan los decretos de la segunda clase, el Gobierno echa mano de la partida de imprevistos, procedimiento que se considera impropio de un país de régimen ordenado. Así se creó el Conservatorio Nacional de Música, por ejemplo.

Los decretos de la tercera clase llenan verdaderas necesidades y no irrogan gastos al Fisco. Así se crearon los siguientes servicios: giros postales (1886), estadística (1843) a cargo del Oficial 1.º de la Intendencia de Santiago y del Secretario de la Aduana de Valparaíso; la Oficina de Hidrografía (1873), servida por marinos; la Oficina de Canje de Publicaciones (1871), anexa a la Biblioteca Nacional.

Desde el punto de vista constitucional, todos estos servicios se han creado en contra del precepto político respectivo, porque la Constitución, al estatuir que "sólo en virtud de una ley se puede crear o suprimir empleos públicos, determinar o modificar sus atribuciones o disminuir sus dotaciones", no ha hecho diferencia entre empleos gratuitos y remunerados (Letelier, op. cit.).

* * *

Los decretos presidenciales que ordenan inversión de fondos públicos pueden ser atacados por el vicio de ilegalidad.

El artículo 5.º, N.º 10, de la ley de 20 de enero de 1888, que creó el Tribunal de Cuentas, confirió a su Corte la importante atribución de representar al Presidente de la República todo decreto de pago que fuera contrario al régimen legal de las finanzas nacionales. Si el Presidente insistía, el Tribunal "tomaba razón" del decreto y debía dar cuenta al Congreso o a la Comisión Conservadora, en su caso, dentro del plazo de treinta días a contar de la fecha de aquél.

El Tribunal de Cuentas fué celoso en sus representaciones; pero éstas no siempre fueron debidamente atendidas; por lo general, se las ha encarpetado,



dejando sin sanción una grave y peligrosa práctica, como es la de invertir fondos públicos en contra de las normas del régimen financiero.

El Tribunal pretendió aplicar alguna sanción para extirpar este abuso, y buscó hacer efectiva la responsabilidad personal de los Ministros por sus decretos ilegales, apoyándose en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Presupuestos (septiembre 16 de 1884), que dice que "los ordenadores de un pago ilegal son personalmente responsables". Los Ministros se excepcionaron declinando de jurisdicción, y alegando que este juzgamiento correspondía a la Cámara de Diputados. Se formó la correspondiente cuestión de competencia y el Consejo de Estado les dió la razón.

Las funciones que antes desempeñó el Tribunal de Cuentas, corresponden ahora a la Contraloría General de la República, organizada por decreto-ley 258, de 26 de julio de 1932, con las atribuciones, organización y deberes que estudiaremos en su oportunidad.

* * *

Es útil y oportuno hacer una comparación entre el decreto y la ley, para ver modo de establecer semejanzas y diferencias.

Las diferencias más notorias que pueden advertirse son las siguientes:

a) La ley se limita a estatuir principios generales y el decreto reglamenta los detalles de su aplicación; b) La ley emana del Poder Legislativo; el decreto del Poder Ejecutivo y de otros órganos competentes; c) el decreto no puede estar en contradicción con la ley, y ésta puede modificar o abrogar a otra; d) el decreto no puede imponer cargas personales o patrimoniales que no estén autorizadas por la ley, y ésta puede hacer todo ello y hasta imponer penas; e) los tribunales de justicia pueden negarse a aplicar la sanción contenida en un decreto manifiestamente ilegal; la ley, aunque inconstitucional, debe ser acatada por aquéllos. Sin embargo, Cahen sostiene que el Poder Judicial tiene facultad para examinar la constitucionalidad de las leyes, porque cuando éstas aparecen en contradicción con la Carta Fundamental, el juez se encuentra ante un verdadero conflicto de legislación, y para solucionarlo, no queda más camino que dejar sin aplicación la ley viciosa, obedeciendo la ley predominante: el estatuto constitucional. Negar a los tribunales de justicia aquella facultad, es autorizarlo para violar, indirectamente, la Constitución del Estado.

No siendo el Poder Judicial un subalterno del Poder Legislativo y siendo sí un elemento político del Estado, delegatario de una parte de la soberanía, la potestad jurisdiccional, tiene sobre sí todas las responsabilidades inherentes al mantenimiento del orden jurídico; y no podría excusarse de éstas, so pretexto de que la ley contaba con todos sus requisitos formales. Una ley, así dictada, no es ley; porque le falta un requisito esencial de fondo: que sea confirmatoria de la Constitución. Toda ley que esté en contradicción con ésta, importa un intento de reforma constitucional, y para que tenga valor jurídico y político es preciso que se cumplan en ella todos los requisitos de tal reforma.

Semejanzas.—a) El reglamento y la ley estatuyen en interés general; b) am-



bos son obligatorios para todos los habitantes; c) ambos son espontáneos, por cuanto emanan de la potestad propia del poder, sin necesidad de estímulo o requisición de nadie. Sin embargo, preciso es recordar que los decretos con fuerza de ley se dictan sólo en vista de la autorización legislativa y que no pueden ser derogados "ad libetum", por la sola voluntad del Poder Ejecutivo, sino en vista de una nueva autorización expresa del legislador, en una ley.

Esta irrevocabilidad de los decretos con fuerza de ley se hace más intensa cuando la reglamentación que contiene afecta a intereses particulares de índole patrimonial, como lo observa Letelier en un luminoso informe que aparece inserto en la "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XIII, N.º 6.º, página 127.

FUENTES RACIONALES

Llámanse fuentes racionales aquéllas que, por no estar incorporadas a la legislación, no pueden considerarse como fuentes positivas, pero influyen, sin embargo, en el régimen de la administración.

Estas son: a) la costumbre; b) la doctrina; y c) la jurisprudencia.

La costumbre.—Se ha definido diciendo que es la repetición de actos colectivos con sanción jurídica o externa. Ella puede provenir de diferentes orígenes, pero, en realidad, procede de una sola fuente: la uniformidad de los precedentes que constituyen el fundamento de su contenido jurídico y de la fórmula que le sirve de expresión abstracta como resultado del examen, coordinación y síntesis de hechos concretos.

Según una teoría, la costumbre tendría como origen el hábito; como principio intermedio el uso y como última forma, la costumbre misma. Se entiende por hábito la repetición de hechos individuales, los cuales, cuando se generalizan, pasan a ser colectivos y constituyen el uso: repetición de actos colectivos sin sanción jurídica.

La tercera etapa es la costumbre misma, o sea, la repetición de hechos colectivos con sanción jurídica o externa. Hay autores que opinan que no es ésta la verdadera raíz de la costumbre jurídica.

Sumner Maine sostiene que la costumbre está constituida por precedentes judiciales que habrían actuado, durante largo tiempo, resolviendo una misma dificultad de la misma manera, rigiendo una determinada relación con las mismas reglas, o resolviendo un conflicto con un mismo criterio. Opina que la costumbre jurídica es, en el fondo, una costumbre judicial.

Nosotros sostenemos que la costumbre es una regla usual extraída de la inducción que resulta de la observación comparativa de los hechos, sean éstos sociales o propios de la judicatura, y en este orden cronológico.

La costumbre, como fuente del Derecho Administrativo, ha sido discutida por los autores.

Meucci dice que la costumbre sirve de poderoso auxiliar para la interpretación del Derecho dudoso.



Di Bernardo reconoce a la costumbre sólo la importancia de una "fuente mediata e indirecta".

Hauriou estima que siendo el Derecho Administrativo principalmente un "jus scriptum" cabe en él a la costumbre una participación muy débil.

Santa María de Paredes reconoce que la costumbre es de gran utilidad en el Derecho Administrativo, para suplirlo, por la inmensa *variedad* de materias que abraza su contenido y la dificultad que hay para que las rigideces de la ley y su expresión forzosamente formularia, puedan preverlas y contemplarlas (Posada, tomo I, página 139, N.º 11).

Como se ve, está discutida la fisonomía de la costumbre como fuente del Derecho Administrativo. La poca importancia que se le reconoce proviene de que todos los autores citados conciben el Derecho Administrativo como la obra reflexiva del Poder Público (Legislativo y Ejecutivo), siendo sus fuentes la ley, los documentos emanados del ejercicio de la potestad reglamentaria y la jurisprudencia, complemento importante de ambas.

Posada estima que este concepto del Derecho Administrativo es pobre y mezquino, porque este Derecho no se concreta sólo en leyes y decretos. Tiene, como también lo afirma Roesler, las mismas fuentes que el Derecho en general, siendo la principal de ellas el espíritu nacional—conceptuado como la base esencial del Derecho Administrativo—que "infunde en el Estado la fuerza del ideal del Derecho". El Derecho Administrativo comienza siendo un hecho con su ley jurídica, y se condensa en usos, hábitos, costumbres y luego en leyes o fórmulas escritas, dice Posada.

Gneist formula, en síntesis, lo que entiende por fuentes del Derecho Administrativo, diciendo que éste abraza leyes, ordenanzas y "normas del Derecho consuetudinario". La cuestión es, ahora, saber si hay verdaderamente costumbres jurídico-administrativas como base de normas aplicables en la vida del Derecho Administrativo (Posada, tomo I, página 140).

Como quiera que sea el fondo del problema, el hecho es que al lado de la acción reflexiva, obra de la ley, en la ordenación jurídico-administrativa, existe una acción espontánea cuya forma de condensación es la costumbre.

Longo ("Della consuetudine como fonte del Diritto Publico"), al ordenar las formas del influjo positivo del Derecho consuetudinario, independiente del texto expreso de la ley, distingue: 1.º La costumbre derogatoria; y 2.º La costumbre introductiva (Ver Letelier, "Génesis del Derecho", capítulo final).

La primera señala el influjo que una costumbre puede tener para impedir la eficacia de la ley, ineficacia que se produce siempre que ésta no responde a las verdaderas necesidades jurídicas del pueblo. En Chile, hay varios ejemplos de leyes incumplidas por ser inadaptables a las necesidades de la vida, incumplimiento que no debe estimarse como oposición rebelde al Derecho, sino como resistencia opuesta a la ley por el "sentimiento jurídico consuetudinario".

La costumbre derogatoria es más bien negativa, no engendra nuevas reglas jurídicas; apenas si lucha por conservar los principios de Derecho contenidos en ese "sentimiento jurídico consuetudinario" de que se ha hecho mención.

La costumbre introductiva, como la llama Longo, es una fuente más rica



del Derecho, y puede revestir formas diversas. Sirve de verdadera inspiradora de la ley y de los preceptos administrativos; introduce en el organismo jurídico positivo de un país, sus prácticas y sus tendencias, transformándose, de verdadera "nebulosa jurídica" que es—en su esencia—en una condensación precisa y clara, en forma legal o de decreto, de la necesidad colectiva, del sentir social. Es una especie de "legislación instintiva", como dice Posada.

La costumbre introductiva puede obrar de los siguientes modos:

- 1) Fijando una norma de Derecho no declarada expresamente por ningún texto, pero conforme con el espíritu jurídico.
- 2) Transformando por lenta evolución el contenido de una institución jurídica.
- 3) Limitando la esfera del poder discrecional de la Administración.
- 4) Haciendo aplicables, todavía, ciertas maneras de obrar conformes con las costumbres tradicionales de las antiguas formas administrativas.

La costumbre completa la acción de la ley, bien sea prestándole la fuerza de su eficacia, bien sea modificándola en su aplicación, o imprimiendo rumbo a la manera cómo se la interpreta, bien sea llenando los numerosos vacíos de la ley.

Esta cooperación mutua de la ley y la costumbre hace que el Derecho positivo del país se vigorice y se afirme, extensiva e intensivamente, constituyendo las grandes épocas del Derecho, según afirma Savigny.

La costumbre es propia del período espontáneo de formación del Derecho, cuando aun falta de definición técnica y la precisión filosófica necesaria para concebir un Derecho científico. La costumbre es un Derecho empírico.

Los requisitos para que se la reconozca como tal han sido expuestos por juristas y autores; todos buscan la constatación de su autenticidad:

- a) Los glosadores: 1.º Tiempo suficientemente largo; 2.º Un carácter razonable; 3.º Consentimiento tácito del pueblo (*tacitus consensus populi*), expresado en actos frecuentes, continuados y uniformes (*frequentia actuum*), (*continuitas actuum*), (*uniformitas actuum*).
- b) Los jurisconsultos modernos: 1.º Que exprese una convicción jurídica; 2.º Que sea suficientemente antigua.

La cualidad inomisible es la generalidad de la convicción del pueblo acerca de su existencia, como régimen de las relaciones humanas sometidas a la acción del Derecho espontáneo.

Tiene diversos modos de manifestarse: a) positivo: cuando impone una norma que antes no existía (costumbre introductiva); b) negativo: cuando resiste a la introducción de una nueva regla legal (costumbre derogatoria).

De los dos, el más efectivo es el segundo, por lo menos en el Derecho antiguo: en algunos códigos del Derecho español se reconoció que podían quitar su fuerza a las leyes, el uso, la costumbre y el fuero. El más creador, es el primero.

El Congreso Jurídico Español, celebrado en el año 1886, llegó a las siguientes conclusiones:

- a) No procede admitir costumbre contraria a las leyes que consagran principios fundamentales admitidos universalmente como necesarios (leyes y principios que llamaremos de orden público).



b) La costumbre contraria a las demás leyes puede llegar hasta producir su desuso, cuando son injustas.

c) La prueba de la costumbre no sólo incumbe a la parte que la invoca como fundamento del derecho que reclama; el juez, por vía de una medida "para mejor resolver", debe proceder, de oficio, a constatar su existencia.

La fuerza de la costumbre, como régimen jurídico, ha pasado por diversos períodos. En el Derecho antiguo, su eficacia es superior a toda otra expresión jurídica: ni el absolutismo de los reyes puede contra ella. Es el Derecho positivo por excelencia; la "suprema lex".

En el Derecho moderno, está desplazada del Derecho privado civil y aceptada, con modificaciones, en el Derecho comercial, minero, industrial y agrícola. Sin embargo, la elaboración del Derecho consuetudinario no se suspende a pesar de la formulación del Derecho por medio de las leyes.

En el Derecho Administrativo, las doctrinas de los autores, respecto al valor de la costumbre, pueden ordenarse en tres grupos: 1.º El que niega su eficacia como fuente jurídica, porque el Derecho Administrativo es un "jus novum" y, por consiguiente, un "jus scriptum"; 2.º El que reconoce su existencia como hecho social y jurídico, pero difiere en la apreciación de su valor como fuente; y 3.º El que acepta su calidad de fuente generadora de ese Derecho.

En la realidad de la vida jurídica administrativa, tiene una aplicación indudable en su forma positiva, la cual, muchas veces, sirve de precedentes al propio legislador para dictar sus leyes.

Veamos, ahora, por vía de síntesis, los argumentos que se han hecho para negar al Derecho Administrativo su posible carácter consuetudinario:

1.º Es un Derecho nuevo; apenas si tiene más de un siglo de existencia; por consiguiente, dado el progreso de la técnica legislativa, no puede ser sino un Derecho escrito, obra reflexiva del Poder Público.

2.º Es un Derecho artificial, formulado por órganos especialmente constituidos: no tiene "concatenación orgánica", ni tradiciones, ni continuidad técnica; por consiguiente, no tiene calidad ni antecedentes para suponerle ascendencia consuetudinaria.

3.º Su material jurídico es tan diverso y tan heterogéneo que no puede ser contenido en monumentos legales sistemáticos, como son los códigos. Un material tan inestable, carece de la continuidad, de la uniformidad y de la duración que constituyen el fondo de las instituciones consuetudinarias.

Todos estos argumentos van dirigidos a probar la misma cosa: que el Derecho Administrativo no procede de la costumbre, como de fuente inmediata. Todos se apoyan en el mismo concepto: conciben el Derecho Administrativo como la obra reflexiva del Poder Público.

Hay, sin embargo, autores que se inclinan a reconocer al Derecho Administrativo alguna ascendencia consuetudinaria; pero todos difieren en cuanto al valor de la costumbre como fuente generadora. Resumamos estas opiniones:

a) La costumbre puede servir como medio y autoridad para la interpretación del Derecho dudoso.

b) La costumbre es una fuente mediata e indirecta.



c) La costumbre, como fuente del Derecho Administrativo, tiene una participación muy débil, porque todas sus reglas están contenidas en la legislación.

d) La costumbre tiene un valor supletorio; sirve para llenar los vacíos que la ley siempre deja, dada su expresión necesariamente formularia.

Como se ve, todas estas opiniones no admiten la eficiencia positiva de la costumbre como fuente, y ninguna se ha propuesto la cuestión del verdadero origen consuetudinario del Derecho Administrativo.

e) El Derecho Administrativo no se concreta sólo en leyes y decretos; tiene las mismas fuentes que el Derecho en general; y, además, el espíritu nacional, las necesidades de la sociedad que son, al fin y al cabo, los estímulos que infunden en el Estado la fuerza del ideal del Derecho.

Esta última opinión sustenta el mismo principio que se ha sostenido en clase: las fuentes remotas de todo Derecho, su origen radical, están constituídos por la conciencia jurídica del pueblo y la necesidad social.

Estas reglas espontáneas son las que Gneist llama "normas del Derecho consuetudinario", y las considera comprendidas entre las fuentes del Derecho Administrativo. Pero la cuestión es averiguar si efectivamente hay "verdaderas costumbres jurídico-administrativas" que puedan invocarse como normas de la función de administrar.

Reproducimos a continuación párrafos interesantes tomados de la obra de Derecho Administrativo de Adolfo Posada, que plantean la cuestión en su verdadero terreno.

.....

"La concepción racional del Derecho en sí mismo y en sus ramas particulares, rechaza la posibilidad de un Derecho Administrativo de un Estado, como obra exclusiva y artificial de la ley; más aún: rechaza la idea de que la ley produzca el Derecho Administrativo; todo lo que la ley hace es reconocerlo, formularlo. Según nuestro concepto general del Derecho, el Administrativo es todo el Derecho que cada Estado reconoce, declara y cumple para la ordenación de su actividad administrativa. En su virtud, tiene como fuentes: 1.º La conciencia espontánea, el hacer del Estado por la obra inmediata de sus miembros, en donde se genera la costumbre; y 2.º La conciencia reflexiva, concreta del mismo Estado, como Gobierno político. La existencia necesaria de estos dos modos de reconocer, declarar y actuar el Derecho Administrativo se demuestra fácilmente. La del modo legal, escrito, por el hecho de la existencia de las leyes, cuando éstas son eficaces. La del consuetudinario, teniendo en cuenta que no hay rama del Derecho de un Estado que pueda substraerse al influjo inmediato del espíritu social: ¿cabe, en verdad, negar que la nota distintiva entre los Derechos Administrativos de los pueblos, no dependen tanto de los criterios legislativos diferentes, como de la diversidad del espíritu nacional? Por muy metida en sí que la Administración sea, ¿puede evitar nunca el influjo inmediato del espíritu popular? El funcionario público administrativo más dominado por la acción rutinaria del medio burocrático u oficinesco, vive necesariamente, según advierte Luders, como ciudadano que es, entre sus conciudadanos, participando del sentimiento general y bajo su influjo.



"Al tratar del Derecho Administrativo de los Estados modernos, suele decirse que mal puede hablarse de costumbres y usos jurídico-administrativos, cuando tal Derecho no tiene en dichos Estados, salvo en Inglaterra, sino muy debilísimas tradiciones. Según advierte Longo, de este hecho conocidísimo pueden inferirse dos distintos argumentos contra la importancia del Derecho consuetudinario: "El uno es que, faltando las tradiciones, falta el substrato propio en que la costumbre se funda; el otro consiste en que siendo toda nuestra ordenación administrativa el efecto de una reconstrucción, obra de las leyes y de los reglamentos, queda muy limitado el campo propio para las costumbres en materia tan regulada por la voluntad expresa de los poderes del Estado.

"Los dos argumentos no son incontrovertibles. Los hechos que les sirven de premisas son sin duda, ciertos. Según escribe Longo, "ninguna otra serie de relaciones jurídicas se halla trabajada por una tan gran inestabilidad y falta de firmeza como la del Derecho Administrativo", manifestándose clara "la falta de una plena elaboración de la conciencia jurídica, capaz de dar forma, definida y precisa, a sus convicciones". Pero téngase en cuenta que esta condición de inseguridad, de indefinición técnica, de falta de precisión filosófica, es la condición propia "de los pueblos primitivos, precisamente cuando la costumbre constituía la fuente principal del Derecho". Realmente, "cuando un Derecho se encuentra en estado de elaboración, entonces es cuando la costumbre encuentra un campo fecundo donde germinar. En efecto, cuando la conciencia jurídica popular se encuentra atraída por opuestos elementos, puede darse por seguro que las leyes serán malas e inseguras, porque o pretenderán reducir a armonía las tendencias más opuestas y extrañas, o responderán a una sola tendencia, provocando necesarias reacciones... En cambio, el Derecho consuetudinario, precisamente por su mayor amplitud, por la mayor preponderancia que permite a la evaluación del hecho con relación al Derecho, puede llegar más fácilmente a lograr aquel término medio que concilie las exigencias opuestas, y con tanta mayor eficacia cuanto que la conciliación se verifica en el terreno de la práctica antes que en el de la teoría.

"También es verdad que nuestra ordenación administrativa se ofrece como el resultado de una reconstrucción, obra del Derecho escrito, pero no importa. Constantemente se señalan instituciones político-administrativas, mantenidas por las costumbres tradicionales, tenaces, con la tenacidad de las exigencias fundamentales de la vida, señalándose también trabajos sordos* de modificación del precepto legal por el influjo de la acción consuetudinaria. Pero aun hay otro punto de vista para rectificar la idea que el argumento copiado supone: el punto de vista nos lo ofrece la necesidad de atender en el Derecho Administrativo a las llamadas prácticas administrativas. "Por muy minuciosas que las leyes sean, por detallados que resulten los reglamentos, es sabido que una de las características de la burocracia moderna está en el amplísimo "esprit de suite", mediante el cual el silencio de la ley y sus deficiencias prácticas, se colman por una tradición propia del cuerpo mismo de los empleados, y en virtud de la cual suele ocurrir que una cosa dada se hace de un modo dado, sin más razón que el haberse hecho siempre. No hay cuerpo alguno ni magistratura tan tenazmente adherida



al "precedente" como la moderna burocracia". Sin duda que no deben confundirse estas prácticas con la costumbre jurídico-administrativa. Las prácticas implican los actos de los funcionarios públicos, "y estos actos, dice Gerber, no deben ser considerados más que como síntomas de una convicción jurídica, y no como momento directamente generador del Derecho"; en rigor, la labor del funcionario público procura suplir la ley, completarla, adaptarla, y en ésta su tarea si puede oponer obstáculos con prácticas rutinarias, rígidas, al desenvolvimiento del Derecho, también puede dar vida a verdaderas costumbres jurídicas. De todas suertes, lo evidente es que al lado de la acción reflexiva, obra de la ley, en la ordenación jurídico-administrativa, hay una acción espontánea, cuya forma de condensación es la costumbre".

Cualquiera que sea, pues, el alcance que se reconozca a los argumentos vertidos a favor o en contra del carácter consuetudinario del Derecho Administrativo, el hecho real y positivo es que (como dice Posada) "al lado de la acción reflexiva, obra de la ley, en la ordenación jurídico-administrativa, hay una acción espontánea cuya forma de condensación es la costumbre".

El valor de la costumbre frente a la ley, tiene diferentes aspectos dignos de consideración. La frase latina es elocuente: "Optima loegus interpres est consuetudo": el mejor intérprete de la ley es la costumbre.

Para determinar este valor, tomemos por base la clasificación de Longo:

a) Costumbre derogatoria: obra negativamente, impide la aplicación de una ley antisocial, conserva los principios del Derecho consuetudinario existente, rechaza la introducción de nuevas normas jurídicas.

b) Costumbre introductiva: obra de varios modos: 1) concretando una norma de Derecho no legislativa, pero conforme con el espíritu jurídico; 2) transformando por lenta evolución el contenido de una institución; 3) reglamentando la actividad discrecional de la Administración; y 4) conservando antiguas prácticas administrativas.

La costumbre completa la acción de la ley de los siguientes modos:

1.º Prestándole la fuerza de su eficacia: las leyes que concuerdan con las costumbres tienen una aplicación más amplia y más completa.

2.º Modificándola en su aplicación: las leyes que no son el reflejo de las necesidades sociales o que quieren introducir normas contra el sentimiento jurídico consuetudinario, sufren un proceso de modificación en su parte no aplicable, por antisocial, y que es obra de la costumbre.

3.º Indicando normas para su interpretación: cuando la ley no es clara, la costumbre, espontáneamente, indica rumbos para interpretar el texto oscuro en forma socialmente útil y conforme con los usos del pueblo.

4.º Llenando sus numerosos vacíos: la ley como expresión formularia y breve del Derecho, puede omitir en su texto una cantidad de situaciones y circunstancias a las que la costumbre provee supliendo la función de la ley.

La acción de la costumbre, en el régimen administrativo, queda, pues, establecida de manera positiva y cierta, pese a las opiniones discordantes.

La costumbre, en el Derecho Administrativo, puede accionar según la ley, fuera de la ley y contra la ley.



En el primer caso, la costumbre representa un papel confirmatorio del precepto legal, dándole mayor eficacia y actuando en cooperación con él.

La costumbre obra fuera de la ley cuando entra a suplir su contenido, dando régimen propio a situaciones que el texto legal no había contemplado.

Cuando la costumbre actúa contra la ley, produce, de hecho, un efecto derogatorio. Si nos atenemos al principio general del Derecho privado respecto a que la costumbre no constituye Derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella, tendremos que concluir que no puede actuar nunca en contra de un precepto legal. Pero este principio está en manifiesta contradicción con la realidad. Una ley injusta, inoportuna, ineficaz, perjudicial, despierta contra su aplicación un cúmulo de resistencias que, poco a poco, van produciendo el desuso de sus preceptos.

En todos los países hay ejemplos de la existencia de la costumbre derogatoria, no porque sea capaz de producir derogación en Derecho, sino porque el desuso subsecuente del precepto legal, equivale a una derogación positiva.

Conclusión.—En el Derecho Administrativo chileno, la costumbre obra de diversas maneras: completando la acción de la ley y asegurando su eficacia positiva; supliendo la ausencia de precepto legal para casos determinados; obstaculizando el cumplimiento de normas jurídicas manifiestamente injustas, inútiles o perjudiciales, que importan atentado contra la conciencia pública o el interés privado; contribuyendo poderosamente al funcionamiento de los servicios públicos y a la regularidad de la acción administrativa en su total desarrollo.

JURISPRUDENCIA

A la función social que tiene por objeto principal la interpretación de la regla jurídica en su varia adaptación a los casos concretos y que se llama jurisprudencia—dice Posada—se la comprende en tres sentidos de diversa amplitud. En el más amplio denota la interpretación uniforme y constante de una regla de Derecho; en otro, más restringido, se refiere a la que resulta de los actos o decisiones particulares de los poderes públicos, y en el más estricto y rigurosamente técnico, comprende la interpretación que, diariamente, van estableciendo los tribunales de justicia, con respecto a las reglas que están llamadas a aplicar en cada caso.

Etimológicamente (*juris prudentia*), significa ciencia del Derecho. Ulpiano la conceptuó como la justicia misma. Los prudentes, en Roma, fueron, al principio, asesores de los magistrados y, más tarde, intérpretes ordinarios de las leyes.

La jurisprudencia desempeña un papel muy importante en la vida del Derecho. Obra de diversas maneras: aclara el sentido del precepto legal; adapta el Derecho escrito a las circunstancias y relaciones que van a caer bajo su imperio; "armoniza" las divergencias que pudieren producirse en el establecimiento de su genuino sentido (el del Derecho formulado por la ley); "puede contribuir poderosamente a la sistematización del Derecho positivo".

La jurisprudencia es un verdadero suplemento de la ley. Portalis reafirma

el contenido de la frase anterior al expresar que el oficio de la ley es fijar las máximas de Derecho, establecer principios fecundos, en consecuencia, y no descender al pormenor de las cuestiones que pueden suscitarse sobre cada materia.

Al magistrado y al juriconsulto—agrega— como penetrados del espíritu general de las leyes, toca dirigir su aplicación. Por esto se ve en todas las naciones civilizadas formarse, al lado de las leyes, un depósito de máximas, decisiones y doctrinas que, diariamente, se purifica y esclarece por la práctica y el choque de los debates judiciales, que se acrecientan, sin cesar, con todos los conocimientos adquiridos y que constantemente han sido mirados como el verdadero suplemento de la legislación.

“La unidad de la jurisprudencia es un complemento necesario de la unidad de legislación”.

El magistrado, en el ejercicio de su función oficial de interpretar la ley, es un intermediario entre ésta y la realidad práctica de los asuntos a que debe aplicarla.

Su preocupación substancial ha de ser la de interpretar buscando el sentido objetivo de la ley. Por ejemplo, si ese objetivo es establecer el régimen descentralizado, la interpretación que atribuye una intervención decisiva al poder central en el régimen de los intereses locales, es necesariamente contraria al propósito de esa ley. Tal interpretación significa, en realidad, su derogación efectiva por la vía jurisprudencial y la transformación de su genuino sentido en aquél que, precisamente, el legislador quiso abandonar.

Para interpretar correctamente, entonces, han de tenerse en vista, el sentido gramatical del texto y su aplicación teleológica para desentrañar el precepto de la ley el fin de utilidad social que en ella se contiene y que debe ser su efecto trascendental.

La jurisprudencia, como fuente del Derecho Administrativo, no constituye una forma nueva, con individualidad específica: ella es, más bien, un término que participa de los caracteres de la ley y de la costumbre.

Por ello es que se ha dicho, por Giner y Calderón, que la jurisprudencia es una acción conjunta de interpretación usual y de hermenéutica doctrinaria.

La jurisprudencia complementa y a veces substituye a la ley y a la costumbre.

La jurisprudencia suple a la ley cuando hay ocasión de aplicar aquel principio de Derecho, según el cual se resuelve una litis en conformidad al espíritu general de la legislación y a la equidad natural; y el juez, cuya intervención ha sido reclamada en forma legal y en negocios de su competencia, no puede excusarse de ejercer su ministerio, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión (Ley Orgánica de Tribunales, artículo 9.º; Código Civil, artículo 24; Código de Procedimiento Civil, artículo 193, N.º 5.º).

La equidad actúa, pues, en defecto de precepto legal aplicable al caso sometido a la decisión del tribunal.

Grocio dijo de ella que es la “corrección de la ley en aquello que ésta es deficiente por causa de su universalidad”.

La equidad es, también, una labor jurídica del magistrado—como lo afirma Wilson en su obra “El Estado”—pero no por vía de agregación a las leyes



existentes, sino como medida para resolver asuntos no previstos en el Derecho que, a la sazón, rige.

La resolución por equidad cede a la acción de las circunstancias propias y características de cada caso, el cual debe ser considerado en concreto y de modo singular.

Sería peligroso—como arguye Blackstone—establecer en forma fija preceptos de equidad, “sin destruir la verdadera eficacia de esta institución y sin transformarla en ley positiva”.

El fallo por equidad, en el silencio de la ley, tiene una proyección de fondo: otorga al magistrado función efectiva de legislador. “A falta de ley hace una para el caso particular que le está sometido”, concluye Baudry-Lacantinerie.

Tal manera de resolver los litigios importa, en la realidad objetiva, una verdadera creación de Derecho nuevo, al margen del Derecho legislado y sin la intervención del poder que se atribuye la facultad exclusiva de formularlo a través del procedimiento político determinado por la Constitución.

La jurisprudencia “adapta el Derecho escrito a las circunstancias en que ha de ser aplicado”; de manera que, por el camino de esta adaptación, no es raro que la función oficial del poder encargado de aplicar la ley llegue a imponer modificaciones de médula al sentido primitivo de los preceptos legales.

Esta opinión la ratifica plenamente Posada. Afirma el autor que, a primera vista, parece que la jurisprudencia no crea Derecho, porque la sentencia no puede tener otro efecto que el de declarar a quién pertenece el que se está litigando (Código Civil Chileno, artículo 3.º, inciso 2.º). Sin embargo, se ha podido observar, por medio de la investigación histórica, que la jurisprudencia ha venido haciendo evolucionar el Derecho de una manera creciente y progresiva. Cada funcionario que aplica la ley cree hacerlo en el genuino sentido de ésta; pero, poco a poco, se va modificando, imperceptiblemente, este sentido hasta que al fin se produce una reforma substancial del espíritu originario de la ley.

La judicatura aplica la ley y la interpreta. La “interpretatio” de los jurisconsultos romanos no era una simple aplicación del texto legal. Conforme con su origen etimológico (de “interpres”: conciliador, negociador), era “la conciliación del Derecho escrito con las exigencias de la vida”, como lo afirmó Ihering en el “Espíritu del Derecho Romano”.

La sentencia judicial tiene sobre la ley y el decreto la ventaja de que lleva, en sí misma, los antecedentes y el fundamento de su parte resolutoria; y puede, en consecuencia, determinarse con el solo examen del texto, el verdadero mérito jurídico y lógico de la conclusión a que llega el tribunal, en el fallo.

La jurisprudencia es una fuente expositora del Derecho; es una fuente reveladora del mismo. Es, además, mediata e indirecta, porque sirve de antecedente a la norma jurídica e inspira la mente del legislador en la dictación del precepto legal. Pero tiene una muy grande importancia, porque, al resolver los casos que son objeto de su pronunciamiento, autentica, oficialmente, la existencia de usos, prácticas, costumbres y principios jurídicos que antes no tuvieron sino una vida de hecho, o puramente doctrinaria.

La jurisprudencia, en materia de Derecho Público, y, principalmente, en el



Administrativo, es una fuente fecunda que ha contribuído poderosamente a la sistematización, desenvolvimiento e integridad del Derecho positivo. Así lo demuestran la acción realizada por los altos tribunales administrativos y las obras maestras que se han escrito sobre fuentes proporcionadas por la interpretación jurisprudencial.

Tal ocurre en Francia con el método positivo de interpretación de las leyes de Derecho Público; en Inglaterra, por el "common law", formado a base de costumbres y de jurisprudencia; y en los países de lo contencioso-administrativo, como sistema jurisdiccional para resolver los conflictos en que la Administración actúa como litigante, o en que se reclama contra su acción, cuando ésta ha violado o desconocido los derechos de terceros, o se ha ejercido con manifiesta infracción de las normas jurídicas que la regulan, atentando, fundamentalmente, a su legitimidad, por omisión de requisitos de fondo o de forma, o de ambos en conjunto.

* * *

La función interpretativa de las leyes que efectivamente rigen la administración pública, corresponde—en Chile—a dos categorías de órganos:

a) Organos políticos y administrativos que las *ejecutan*, o cooperan a su *ejecución*: Presidente de la República, Ministros de Estado, Directores de Servicios; Contraloría General, Consejo de Defensa Fiscal, Dirección de Obras Públicas; Dirección de Impuestos Internos, etc., respectivamente.

b) Organos jurisdiccionales que *aplican* las leyes a las causas sometidas a su decisión: 1) tribunales ordinarios de justicia que intervienen en asuntos que la ley declara de su especial competencia; 2) tribunales administrativos de la naturaleza y jurisdicción que ya hemos estudiado en el capítulo correspondiente de estas lecciones; 3) tribunales calificados que accidentalmente ejercen el fuero jurisdiccional por disposición expresa de la ley y en circunstancias determinadas: el Senado, la Dirección de Sanidad, los Alcaldes de las Municipalidades que no tienen juzgados de policía local, los tribunales calificadores de elecciones, etc. (El antiguo Consejo de Estado desempeñó una labor de esta última naturaleza, la cual puede consultarse, con provecho, en la "Jurisprudencia", recopilada por don Aurelio Castilla).

El sistema de la jurisdicción única, que ha dominado en la organización institucional de nuestro país, y el criterio de interpretación "civilista"—al método histórico y, a veces, al lógico—que ha gozado de preferencia para la extracción del sentido de las leyes, han dificultado la formación y el desarrollo de una jurisprudencia acomodada al objetivo supremo del Derecho Público.

La organización y funcionamiento de los tribunales administrativos, que crea el artículo 87 de la Constitución, dará motivo para el establecimiento de una jurisprudencia administrativa bien caracterizada y de gran importancia, sobre todo si se instituye un tribunal superior con capacidad suficiente para desarrollar una labor análoga a la que ha realizado en Francia el Consejo de Estado; tan útil y tan bien dirigida hacia el efectivo progreso de la técnica jurídico-administra-



tiva y a la sistematización del Derecho Público puesto al servicio del interés social e interpretado con un amplio criterio de justicia y de equidad.

LA DOCTRINA

La doctrina está constituida por las concepciones racionales y las teorías expuestas por jurisconsultos y publicistas, que llegan a conformar lo que se ha llamado el Derecho científico, en general, y en nuestra rama, la ciencia de la Administración y del Derecho Administrativo.

La doctrina tiene como fuentes matrices para sus concepciones teóricas, la interpretación de los preceptos legales, el estudio de la legislación comparada, las conclusiones uniformes y constantes de la jurisprudencia, la crítica jurídica y la observación de la realidad social en su vínculo causal con el Derecho.

Como el carácter distintivo de las fuentes jurídicas es su obligatoriedad, atributo del cual carece la doctrina, porque no tiene más autoridad que la científica de su autor, tendremos que concluir que aquélla no es fuente generadora del Derecho, sino un "elemento auxiliar para la elaboración "positiva" del material jurídico, al través de la función legislativa que lo formula y por medio de la autenticidad y reconocimiento que le prestan las resoluciones judiciales que en ella se inspiran.

La doctrina es, entonces, por la calidad anotada, una fuente mediata, indirecta y propiamente racional. Falta a la doctrina la cualidad indispensable para transformar la concepción científica del autor en norma efectiva de las relaciones jurídicas, políticas o administrativas.

Carece, pues, de fuerza imperativa. Y es esta sola circunstancia la que impide atribuirle el carácter de fuente directa, de acuerdo con el pensamiento de Korkhounov al decir que las costumbres y las leyes no son fuerzas que crean el Derecho (apenas si lo concretan, diríamos nosotros, en el precedente consuetudinario y en la fórmula legislativa, para expresarlo) sino formas indicadoras de que tal Derecho es obligatorio. Pero la doctrina es fuente creadora en sentido lato, por cuanto influye, ciertamente, en la génesis y razón definitiva del precepto jurídico que contiene el decreto o la ley.

Las palabras de Wilson abonan, con su autoridad, estas afirmaciones. Dice el autor de "El Estado", que "las opiniones cuidadosamente formadas de ciertos sabios, han sido aceptadas con frecuencia como decisivas en el Derecho".

"La función propia de la ciencia jurídica—agrega más adelante—es interpretar el Derecho, no fragmentariamente, por casos, como los tribunales, sino de suerte que todas sus partes converjan a su desenvolvimiento como doctrina, y se constituyan como miembros de un sistema vivo en el pensamiento y en la práctica; da al Derecho, sistema; estudia las condiciones y formas de su génesis y desenvolvimiento y ayuda a los tribunales y a la legislación en su labor de adaptación y de creación.

Resumiendo lo dicho ya sobre el valor que la doctrina tiene como fundamento del Derecho; en general, y del Administrativo, en particular, podemos



concluir que ella obra de los siguientes modos: sirve de antecedente a la ley, de fuente inspiradora de sus preceptos y de las instituciones que crea y reglamenta; presta elementos valiosos para la interpretación y aplicación del texto legal; realiza, en consecuencia, obra de cooperación eficaz a la justicia y a la legislatura; contribuye, de manera substancial, a la sistematización del Derecho junto con la jurisprudencia, haciendo interpretación con criterio de generalización científica; estudia la génesis y desenvolvimiento de las instituciones, origen y desarrollo que tanto sirven para su mejor comprensión total y la del sentido de los preceptos jurídicos que la integran.

La doctrina, por fin, ha sido conceptuada como una fuente literaria, reveladora, de conocimiento, no legislativa, racional.

Las fuentes literarias pueden clasificarse en dos grandes categorías: a) fuentes científicas generales: tratados, textos; b) fuentes científicas especiales: monografías.

PRELACION DE LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Prelación significa orden de preferencia para la aplicación de los preceptos jurídicos que afectan a una misma relación.

Esta preferencia de las fuentes debe contemplarse desde dos puntos de vista: 1.º Según su valor legal; 2.º Según su eficacia real.

I

1. Partiendo de la clasificación que hemos hecho de las fuentes, a base de su importancia, tendremos que otorgar el primer grado general de la prelación a las llamadas positivas, porque son las que tienen más valor legal. El segundo, a las fuentes racionales o no legislativas, llamadas también indirectas.

Dentro de la preferencia que nosotros atribuímos a las fuentes positivas, hay también sus respectivos grados especiales.

El primero corresponde a la Constitución, fuente originaria de todo precepto administrativo, porque en ella se establece el régimen político del país. Ya hemos dicho que la administración nacional se resuelve en la aplicación del contenido de la Carta Fundamental a los casos concretos de la realidad pública.

El segundo grado corresponde a las leyes y códigos administrativos, o sea aquéllos que se han dictado con el propósito especial de regir la actividad de la Administración.

El tercero está asignado a los decretos y, principalmente, a los reglamentos ejecutivos de las leyes y códigos que tienen el segundo grado especial de la preferencia.

El cuarto grado corresponde a las fuentes positivas secundarias (códigos generales o especiales, tratados internacionales y leyes comunes) que, sin tener carácter administrativo propio, contienen, no obstante, preceptos que se aplican



a la función de administrar: Códigos Civil, Penal, de Procedimientos; Tratados de comercio y extradición; Leyes de Registro y Matrimonio civiles, etc.

En el quinto grado está la legislación general del Estado, que se aplica en defecto de disposiciones propiamente administrativas y de los preceptos legales y cláusulas comprendidos en el grado anterior.

2. Las fuentes que hemos llamado racionales o no legislativas y que ocupan el segundo grado general de la prelación están sujetas, asimismo, a grados especiales de preferencia.

Ocupa el primer lugar, por su eficacia, la costumbre. En el Derecho Administrativo de todos los países—aun en los de más penetración legalista—tiene frecuente aplicación; hasta el punto de suplir y modificar prácticamente la legislación cuando ésta es deficiente, o no corresponde al momento social y a las necesidades públicas. Tiene, por esta razón, la fisonomía y la acción de una fuente creadora, puesto que entra a regir, de manera directa, vínculos y situaciones administrativas.

El segundo lugar pertenece a la jurisprudencia en su carácter de fuente indirecta y complemento de los preceptos legales que han sido objeto de interpretación positiva por obra del método que les da un sentido actual en armonía con las circunstancias del momento en que se aplica la ley y para amoldar el Derecho a las verdaderas necesidades sociales, produciendo, con ello, un efecto de utilidad pública, que es la razón substancial de la actividad del Estado. A la función que debe desarrollar la jurisprudencia administrativa, podrían aplicarse—como norma de acción—las palabras pronunciadas por el Presidente de la Suprema Corte de Francia, en el centenario del Código Civil: "El juez no debe obstinarse en averiguar cuál ha sido, hace cien años, el pensamiento de los autores del Código..., sino que debe preguntarse *cuál sería el pensamiento de éstos si hoy en día ese mismo artículo hubiese sido redactado por ellos mismos*".

La época actual, considerada como "estado" de la metodología en la interpretación del Derecho, debe caracterizarse por su tendencia al estudio de las realidades humanas, a la investigación de la utilidad social que debe contener toda ley. Esta aparece invertida, a la luz de este método: se determina primero el efecto para modificar la causa. El conocimiento de la ley no consiste en saber "sus palabras", sino penetrar su alcance social en el momento oportuno y frente a las situaciones regidas por el Derecho Público. Por tal camino, la jurisprudencia pronunciada en la interpretación de las leyes propias de este derecho adquiere calidad de fuente principal, puesto que permite a la ley adquirir, a su vez, un nuevo sentido que corresponde al reclamo de las circunstancias actuales y de las ideas nuevas.

El último lugar en la prelación de las fuentes no legislativas corresponde a la doctrina en la calidad de antecedente y fundamento científico para la dictación e interpretación de la ley.

II

Las fuentes del Derecho Administrativo, en cuanto a su eficacia real, tienen la prelación que corresponde al "modo de ser" de la constitución administrativa.



1. En países de riguroso sentido legalista imperan las formas legislativas. En los pueblos de fuerte tradición orgánica predominan las normas consuetudinarias, incorporadas o no a la legislación. En países de "common law", la jurisprudencia, que autentica la costumbre, desempeña un gran papel y tiene una importancia creadora. En aquellas naciones que gozan del beneficio de que la autoridad del derecho científico se halla incorporada a la mentalidad del legislador y del magistrado, la doctrina tiene la importancia de elemento auxiliar para la elaboración del Derecho y su aplicación jurisprudencial.

2. En nuestro país, la prelación de las fuentes, en cuanto a su eficacia real, está muy influenciada por la extensión de las disposiciones "preliminares" del Código Civil a los asuntos del Derecho Público.

Esas reglas que disponen que la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella; que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciarán, y que sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio, dan a las fuentes legislativas una marcada preferencia.

Pero es conveniente advertir que, a pesar de esta omnipotencia del legislador que consagra dicho Código en lo que respecta a las formas concretas que el Derecho debe adoptar para su reconocimiento y fuerza legal, la costumbre se aplica con mucha frecuencia y con gran eficacia al régimen administrativo; y que la jurisprudencia está llamada a desempeñar un gran papel en la elaboración evolutiva del Derecho que se aplica a la Administración, una vez que se establezcan los organismos jurisdiccionales que ya anotamos en el párrafo anterior. La doctrina nutre, en calificadas ocasiones, la substancia y el pensamiento de nuestras leyes; y los organismos jurisdiccionales suelen acoger, ahora, con más frecuencia que antes, las teorías jurídicas para la interpretación positiva de las disposiciones legales que aplican a "las contiendas sometidas a su decisión".

En consecuencia, los grados de prelación de las fuentes administrativas chilenas, en cuanto a su eficacia real, pueden enunciarse en el orden siguiente: 1.º Las fuentes legislativas con los grados especiales de preferencia que ya vimos; 2.º La costumbre; 3.º La jurisprudencia; y 4.º La doctrina.



APENDICE

LEY 5,169, SOBRE IMPUESTO A LA RENTA (Publicada en el "Diario Oficial" de fecha 31 de mayo de 1933)

Esta ley tiene que estudiarse dentro del párrafo "Tribunales que conocen sobre juicios de impuestos" (pág. 59).

Párrafo 6

De la revisión y reclamación sobre la determinación de renta o del impuesto

ART. 90. Los contribuyentes o sus representantes que consideren ilegal o injusta la determinación que la Dirección haga de su *renta* o del *impuesto* por ellos debido o de los *intereses penales* calculados, *deberán pagar dicho impuesto o intereses*, pero tendrán derecho a solicitar de la Dirección, *por escrito*, dentro de los seis meses siguientes a la notificación y requerimiento de pago, la *revisión del cálculo del impuesto e intereses*, pudiendo, además, solicitar una *audiencia* si lo estimare conveniente a su derecho. El Director dará lugar a ella y hará notificar esta providencia al contribuyente o su representante, dándoles la oportunidad de ser oídos. En la audiencia, el Director tendrá la facultad de examinar los libros de contabilidad y documentos del contribuyente o su representante, en la parte necesaria para la acertada fijación del impuesto. El Director tomará en consideración *los hechos y razones* que exponga el reclamante en la audiencia, o por escrito, y con los antecedentes reunidos, *determinará el impuesto y los intereses*. Si la suma del impuesto es modificada, el Director cobrará al contribuyente o su representante el saldo que adeude, o *restituirá o abonará* el excedente pagado, en la forma determinada en los artículos 76 y 77.

Las reclamaciones en los casos de impuestos pagados por los contribuyentes o sus representantes en conformidad a sus propias declaraciones, deberán presentarse dentro de los seis meses siguientes al pago del impuesto. Vencido este plazo, prescribirá toda acción en contra del Fisco.

ART. 91. Los contribuyentes o sus representantes que consideren ilegal o

injusta la resolución dictada por el Director, en conformidad al artículo 90, podrán *apelar* de ella dentro de los *cinco días siguientes* a su notificación por carta certificada, para ante la *Corte de Apelaciones de la jurisdicción en que reside el contribuyente*. La Corte de Apelaciones tramitará el recurso *sin más formalidad que fijar día para la vista de la causa*. El apelante y la Dirección podrán agregar al escrito de apelación los *documentos* que crean útiles a la prueba o defensa de su tesis.

ART. 92. El contribuyente o el Director, en representación del Fisco, podrán interponer *el recurso de casación* para ante la *Corte Suprema*. En dichos recursos se observarán las reglas del Código de Procedimiento Civil.

LAS INSTITUCIONES SEMIFISCALES

La expresión "instituciones semifiscales" es relativamente nueva en nuestra terminología administrativa.

Se la emplea para designar aquellos organismos de naturaleza especial, "sui generis", que reúnen algunos de los caracteres de los otros establecimientos (establecimientos públicos y de utilidad pública) que hemos reseñado, pero sin llegar a su confusión.

Aquellos organismos no aparecen definidos en documento oficial alguno. Se los menciona en las leyes de presupuesto y en otras disposiciones legales. De manera que carecemos de fuente autorizada para precisar su concepto definitivo. Es ésta la dificultad más fuerte para determinar, en forma auténtica, su naturaleza y sus caracteres esenciales.

La denominación que llevan sugiere, sin embargo, una idea positiva. Se trata de organismos que tienen *cierto carácter público*, por su constitución, puesto que deben su nacimiento a la ley, la cual suele fijar normas para su organización y funcionamiento.

Tienen, por regla general, una finalidad económica, fomento del crédito, de la industria, de la producción y del comercio; o un propósito de previsión social.

Los factores que sirven para determinar la naturaleza administrativa y jurídica de las llamadas instituciones semifiscales son, en nuestro concepto, los siguientes:

1.º La intervención que el Estado tenga en la creación, organización y funcionamiento del organismo. Si la creación se hace por ley y el Poder Administrativo interviene, directamente y por medio de decretos reglamentarios, en la buena disposición de elementos y medios aptos para la actividad que corresponde a la institución, bien puede afirmarse que ésta no es de índole particular y que tiene, en cambio, un marcado carácter público.

2.º El origen y procedencia de los medios económicos de que la institución puede disponer para sus operaciones y gastos. Si los capitales que se emplean para atender las operaciones propias de la institución y para cubrir los gastos del servicio, provienen directamente de la economía particular, por acto meditado y voluntario, podemos inducir que el organismo tiene carácter privado.



3.º La participación que al Estado quepa en la provisión de los cargos, empleos y funciones necesarios para la vida del organismo. Si la designación del personal que va a tener a su cargo el desarrollo de las actividades correspondientes a la institución, es incumbencia de los particulares, y no atribución propia del Estado, el organismo es de naturaleza privada.

4.º El objetivo inmediato que se propone la actividad peculiar de la institución. Si tal objetivo es de interés general, si hay un fin de utilidad colectiva en su contenido, la entidad tiene naturaleza pública y presenta rasgos notorios de organización administrativa.

En todo servicio público se agregan, en forma organizada, tres elementos substanciales: el personal (funcionarios y empleados), el material (dinero y bienes), y el régimen jurídico (leyes, reglamentos y normas consuetudinarias) que se aplica a los otros dos y para reglar la totalidad del organismo. Cualquiera de dichos elementos que no tenga su origen en la voluntad y acción directas del Estado, quita al servicio su carácter público propiamente tal.

La exposición que hemos hecho de los factores que sirven para determinar la naturaleza jurídica y administrativa de una institución y el argumento que acabamos de hacer con respecto al influjo que tienen los elementos constitutivos del servicio público para conformar su carácter propio, obedecen a la pretensión de proponer una regla que sirva para reconocer la presencia de una institución semifiscal.

Nos encontramos ante ella, cada vez que se pueda constatar la *conurrencia de los particulares y del Estado* en la producción de uno o más de los mencionados factores o de parte apreciable de ellos: *origen del patrimonio institucional, creación del organismo por acto legislativo o por voluntad del hombre, finalidad pública o privada de la acción, nombramiento del personal en funciones.*

Por todas las consideraciones anteriores y después de hacer un estudio de las leyes y reglamentos respectivos, creemos que son instituciones semifiscales las siguientes: la Caja de Crédito Hipotecario, la Caja de Crédito Minero, la Caja de Retiro y Previsión Social de los Ferrocarriles del Estado, la Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas, la Caja de Retiro y Montepío del Ejército y de la Armada, etc.

Para demostrar la conformidad que existe entre la teoría que hemos expuesto sobre la naturaleza intrínseca de las instituciones semifiscales y la realidad que viven los organismos que acabamos de mencionar, es preciso que pongamos, siquiera, algunos ejemplos comprobatorios.

I

1) *La Caja de Crédito Minero* se creó por ley de la República. El régimen de su actividad y de sus relaciones con las personas con quienes negocia, se establece en un Reglamento que dicta el Presidente de la República, sin perjuicio de los textos reglamentarios de carácter técnico que se elaboren para el servicio interno de la Caja y la regularidad de las operaciones que realiza.

2) El capital de la Caja se forma con aportes sucesivos que el Gobierno su-



ministra directamente, a medidas de las necesidades, hasta completar la suma de sesenta millones de pesos; y es de cargo fiscal el servicio de los empréstitos que el Gobierno coloque para completar el aporte.

Las sumas necesarias para las operaciones propias de la Caja y para cubrir los gastos de su servicio se obtienen del capital así formado—con cargo de reembolso—de las utilidades que perciba por el capítulo de intereses que devenguen los dineros dados en mutuo y demás entradas que ingresen a su haber.

3) El Director de la Caja y los miembros del Consejo de Administración son designados por el Presidente de la República, por nombramiento indirecto. El Fiscal y el resto del personal remunerado nómbrese por el Consejo, a propuesta del Director.

4) La Caja está destinada a *fomentar la explotación y el beneficio de toda clase de minerales existentes en el país*, mediante la concesión de préstamos en dinero, y en las demás formas legalmente determinadas, que se hacen a las “*empresas nacionales*”. Puede dedicarse, además, a *incrementar el desarrollo general de la minería*, por medio de las siguientes operaciones: comprar y vender por cuenta propia o a comisión los minerales, los concentrados de éstos y los productos metalúrgicos a que se refiere el artículo 47 de la ley en vigor; instalar, adquirir, habilitar y explotar establecimientos de fundición y planteles de beneficio para cualquier clase de minerales; participar con el capital necesario en negocios de esta misma clase y entregar cualquier establecimiento de su propiedad a terceros para su explotación bajo contrato y con las garantías que se acuerden; emitir bonos por cuenta de empresas mineras nacionales o garantizarlos en forma legal; conceder préstamos a empresas nacionales compradoras de minerales que ofrezcan garantía suficiente.

* * *

Con lo relacionado, basta para afirmar que el *objetivo inmediato* que se propone la actividad peculiar de la institución llamada Caja de Crédito Minero, es de naturaleza privada, puesto que tiene el motivo causal de *fomentar la riqueza particular* por medio de préstamos concedidos a empresas nacionales que se dedican a la minería, y de las demás operaciones descritas.

El Estado interviene en la producción, total o parcial, de los otros tres factores, como se ha visto.

Por lo tanto, *existe la concurrencia* calificada y necesaria para la caracterización del organismo. Luego, la Caja de Crédito Minero es una institución semifiscal.

II

1) *La Caja de Retiro y Previsión Social de los Ferrocarriles del Estado* se creó y se reorganizó por ley. La ejecución y cumplimiento de ésta y especialmente la determinación de la planta y sueldos de los empleados, como también las condiciones de organización y funcionamiento de los distintos servicios que



desarrolla, son materias de reglamentos generales o especiales que dicta o aprueba el Presidente de la República, quien ejerce, además, la supervigilancia en la administración de dicha Caja.

2) El fondo general de retiros del personal de los ferrocarriles y el de previsión social se forman con sumas concurrentes *aportadas por los empleados y la empresa, con sus intereses*, con subsidios extraordinarios o subvenciones que se consultan en el presupuesto general de la nación, con multas que se imponen al personal por faltas en el servicio y con otras entradas. Los sueldos del personal y los gastos de administración de la Caja se cubren con las entradas de la misma, haciéndose las imputaciones recomendadas por la ley.

3) El Director, seis miembros del Consejo de Administración y el resto del personal de la Caja se nombran por el Presidente de la República, directamente o por propuesta, según el caso.

4) El objetivo inmediato de la institución es constituir un fondo de retiro para el personal de los ferrocarriles, dotarlo de servicios de previsión, proveerlo de atención médica, darle facilidades para la adquisición de propiedades, etc.

* * *

Examinando el contenido de las funciones de esta institución, se advierte: 1.º Que fué creada por ley y que en su organización y funcionamiento tiene participación directa el Jefe del Estado; 2.º Que en la formación del patrimonio destinado a operaciones y gastos *concurren fondos particulares y dineros públicos*; 3.º Que el personal del servicio es designado por el Presidente de la República; 4.º Que el objetivo de las actividades que desarrolla el organismo es de utilidad social.

Establecida la *concurrentia de particulares y Estado* en la producción de uno—por lo menos—de los factores que sirven para la calificación del organismo, se concluye que la Caja de Retiros y de Previsión Social de los Ferrocarriles del Estado es una institución semifiscal.

III

La Caja de Crédito Hipotecario se estableció por ley de 29 de agosto de 1855 y se rige—actualmente—por el decreto con fuerza de ley N.º 94, fechado el 11 de abril de 1931.

Está destinada a facilitar los préstamos sobre hipotecas y su reembolso a largos plazos, por medio de "anualidades" que comprendan los intereses y el fondo de amortización (artículo 1.º).

Sus operaciones consisten en emitir obligaciones hipotecarias o "letras de crédito" y transferirlas sobre hipotecas constituidas a su favor; en recaudar las anualidades que deben pagar los deudores hipotecarios a la Caja; en pagar, con exactitud, los intereses correspondientes a los tenedores de letras de crédito; en amortizar, a la par, dichas letras por la cantidad que corresponda según el fondo destinado a la amortización; en comprar y vender letras de crédito por cuenta

propia o ajena; en ejecutar todas las demás operaciones para las cuales está autorizada por otras leyes; en emitir, *con autorización del Presidente de la República*, letras de crédito en moneda extranjera para ser colocadas en el exterior; en otorgar préstamos para edificaciones, por cuota sucesivas, a medida que se realice la construcción (artículos 2.º y 3.º, inciso 4.º).

Las operaciones de la Caja *quedan sujetas a la inspección y fiscalización del Superintendente de Bancos*, quien podrá pedir a aquélla que presente y publique los estados de situación y los balances que estime necesarios para el aludido "control" (artículo 26, inciso 2.º).

En la ley de 1855, la inspección era mucho más cuidadosa y oficial, puesto que las cuentas de la Caja de Crédito Hipotecario se sometían, en su juzgamiento, a las mismas formas que las cuentas de las oficinas fiscales; y los individuos que administraban y manejaban sus fondos estuvieron sujetos a las mismas responsabilidades que impone la ley a los administradores de fondos del Estado.

La administración de la Caja corre a cargo de un Directorio formado por un presidente y ocho vocales. El personal superior lo constituyen el gerente, el subgerente, el tesorero, el contador y el secretario. Todos *se nombran por el Presidente de la República*.

Los empleados subalternos, o "de número", son designados por el Presidente de la Caja a propuesta del gerente.

Los procedimientos del Directorio y la intervención que deben ejercer en las funciones de la Caja se rigen por una "ordenanza" (la del 14 de mayo de 1860) y por las demás disposiciones generales que dicte *el Presidente de la República con audiencia o a indicación de dicho Directorio* (artículo 28).

El estado semestral de las operaciones que realiza la Caja *debe presentarse al Gobierno* y publicarse en el "Diario Oficial", junto con el balance anual correspondiente. Al principio de cada año, el Directorio *debe pasar un informe detallado al Gobierno de todas las operaciones de la Caja y de los resultados obtenidos* durante el ejercicio financiero anterior, para *dar a conocer la situación en que ella se encuentra* (artículo 35).

El patrimonio de la institución se forma con las utilidades líquidas que obtiene de sus operaciones, intereses y comisiones. El interés *no puede exceder* de la tasa que periódicamente *fija el Presidente de la República*, según las circunstancias del mercado. La "comisión" no puede ser superior a un medio por ciento y está destinada a *gastos de administración y fondos de reserva*. Este fondo se forma con el sobrante que resta de las comisiones después de pagados tales gastos, y con la parte de las "anualidades" que deben cubrir los deudores hipotecarios de la Caja (artículos 1.º y 2.º, N.º 2.º) y que queda libre después de imputarlas al pago de intereses devengados, incluso los penales, y a la amortización correspondientes. El fondo de reserva está destinado, preferentemente, a la compra o amortización extraordinaria de letras de crédito en moneda extranjera. "Hecha esta operación, el sobrante podrá la Caja colocarlo a interés o *en fondos públicos*" (artículo 21, inciso 2.º).

"Una vez que el fondo de reserva alcance al veinte por ciento del total de



la emisión, el Directorio, *con aprobación del Presidente de la República*, podrá suspender la comisión de los préstamos, si los intereses de los fondos acumulados bastaren a cubrir los gastos de administración y entregar el resto, por iguales partes, al Organismo Central de Beneficencia del Estado, para la construcción de hospitales y al Fisco para incrementar el presupuesto de fomento a la agricultura” (artículo 21, inciso 3.º). La circulación de las “letras de crédito” que emita la Caja está sometida a la intervención de un organismo público. En efecto, toda letra emitida debe anotarse en un registro que lleva la Contraloría General de la República: la inscripción debe llevar la firma del Contralor, quien, además, rubrica y sella las letras registradas.

El Presidente de la República, con audiencia de la Superintendencia de Bancos, fija anualmente el límite de emisión de la Caja.

Hay operaciones y actividades de la Caja que están sometidas a determinadas limitaciones. Así es cómo no puede acordar gratificación, sobresueldo ni remuneración alguna a sus empleados sin *autorización del Presidente de la República*, previo informe del Superintendente de Bancos; comprar bienes raíces o construir edificios, que no estén destinados al uso de sus oficinas, sin aprobación previa de este último funcionario; suspender la emisión de una serie dada de letras de crédito sin aviso previo de seis meses y con *aprobación del Presidente de la República*. La Caja podrá adquirir bienes raíces en pago de deudas previamente contraídas a su favor en el curso de los negocios que realice; pero deberá enajenarlos dentro del plazo de dos años, contado desde la adquisición, * menos que *el Superintendente de Bancos lo amplíe* en casos justificados.

Los bienes raíces que actualmente posee la Caja y que no estén destinados al servicio de sus oficinas deben ser enajenados dentro del plazo de cinco años a contar desde la fecha de la Ley Orgánica de la institución, salvo idéntica ampliación acordada por aquel Superintendente. El Directorio de la Caja podrá transferir al Estado todos los muebles e inmuebles que tenga destinados a objetos distintos del giro hipotecario, *con aprobación del Presidente de la República y audiencia del Superintendente de Bancos* (artículo 2.º transitorio).

* * *

La Caja aparece, pues, “intervenida”—de modo más o menos substancial—en su organización o en su funcionamiento, por el legislador, el Presidente de la República, la Contraloría General y la Superintendencia de Bancos (artículos 1.º; 3.º, inciso 4.º; 4.º, número 1.º; 5.º incisos 2.º y 3.º; 21, inciso 3.º; 26, inciso 2.º; 27, inciso 1.º; 28, inciso 2.º; 34; 35; 40, números 1.º y 3.º; 45; 46, y 2.º transitorio).

Las breves anotaciones que hemos hechos demuestran que en la vida y acción de la Caja de Crédito Hipotecario existe *la doble concurrencia de elementos públicos y privados* que sirven para determinar la naturaleza de una institución cuasifiscal.

IV

Circunstancias semejantes—más o menos acentuadas—se advierten en las demás instituciones mencionadas en párrafo anterior y en otras que no se mencionaron.

En cada una de ellas, se observa la *doble concurrencia de factores* que nos ha servido de criterio determinante para la respectiva calificación.

El legislador ha hecho mención de las instituciones semifiscales en diversas leyes, y hasta ha comprendido en las de presupuestos, bajo esa denominación, a varios de estos organismos. Pero hay una mención que es de importancia, porque revela el carácter que el propio legislador les atribuye. La ley 5,690, que complementó la que lleva el N.º 5,650, sobre gratificación *al personal de la Administración Pública*, dijo en su artículo 5.º lo siguiente: “Se autoriza a las instituciones semifiscales para otorgar a sus empleados y obreros, en actual servicio, una gratificación hasta de un 25% de su sueldo base”.

En todos los demás casos contemplados para la gratificación, el legislador ordenó y dispuso, en forma directa y terminante, el pago, con expresiones como estas: “gozarán de la gratificación”; “la gratificación beneficiará”; “quedan afectos a los beneficios de esta ley”; “concédese una gratificación”; “la Universidad de Chile pagará a todo su personal la gratificación”; etc. En todos estos casos, *ordena*; en el artículo 5.º citado, se limita a *autorizar*, reconociendo el carácter de *casi fiscal* de tales organismos y declarando implícitamente la concurrencia de un elemento ajeno a la autoridad del Estado en el régimen de aquéllos.

V

Examinando, por fin, la compleción íntima de cada una de estas instituciones, se puede notar que hay, entre ellas, diferencias específicas que impiden clasificarlas dentro de una misma individualidad con caracteres definidos e idénticos. Mientras unas se acercan al tipo orgánico del servicio público, otras están más en analogía con el establecimiento privado. Todas, sin embargo, tienden a una finalidad que, de modo más o menos directo, resulta ser de beneficio público. Si esta característica faltase, no habría institución semifiscal alguna, porque es la razón de utilidad social la que motiva, justifica y hace necesaria la intervención directa y principal del Estado en la vida de tales organismos.

Deberían denominarse, *con más propiedad*, instituciones cuasifiscales.

La voz “semi” es un prefijo de vocablo compuesto con la significación de “medio”, o equivalente a “casi”.

Como la idea de *mitad* precisa no puede darse en estas instituciones, porque sería muy difícil establecer y delimitar las dos porciones iguales—una pública y la otra privada—resulta que es institución semifiscal la *casi pública*, o sea, la



que tiene, en su constitución y en su actividad, elementos específicos de naturaleza privada.

* * *

Lamentáramos que nuestras afirmaciones no estuviesen en el terreno de la verdad y de la lógica, y en acuerdo con el pensamiento de los doctos.

Valga, no obstante, el esfuerzo, a título de ensayo para una teoría sobre el concepto de las instituciones semifiscales, no definidas, hasta hoy, por la palabra autorizada del legislador y del jurista.



INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

	Págs.
Concepto del Estado y sus funciones	5
Naturaleza y elementos del Estado	10
Funciones del Estado	14
Los fines del Estado	19

CAPITULO II

La administración y el Derecho Administrativo	27
El acto administrativo	28
Sus características	31
Sus requisitos	32
Sus efectos	37
Su extinción	39
Los recursos	40
Potestad imperativa	40
Potestad disciplinaria y correctiva	41
Potestad ejecutiva "strictu sensu"	42
Potestad jurisdiccional	43
Lo contencioso-administrativo	44
Organización de los tribunales contencioso-administrativos	44
Determinación de la materia contencioso-administrativa	45
El procedimiento	47
Efectos de los recursos	48
Lo contencioso-administrativo en Chile	48
Tribunales aduaneros	56
Tribunales que conocen sobre juicios de impuestos	59
Tribunales que tienen competencia para rever apreciaciones administrativas sobre avales de propiedades particulares	60
Tribunales que conocen de las reclamaciones contra las resoluciones de una Municipalidad	60



CAPITULO III

	Págs.
Tribunales que conocen de las reclamaciones contra las sanciones impuestas por los Alcaldes o Jueces de Policía Local	61
Proyecto de ley sobre tribunales administrativos	61
Los actos de administración	65
Los contratos administrativos	66
Diferencias substanciales entre los contratos civiles y administrativos	67
Requisitos esenciales para la validez de los contratos administrativos	68
Requisitos de forma en los contratos administrativos	77
Efectos que producen los contratos administrativos	81
Interpretación de los contratos administrativos	84
Extinción de los contratos administrativos	85
El contrato de obras públicas	85
Construcción de obras públicas en Chile	90
El contrato de suministro y aprovisionamiento	94
El contrato de función pública	96
La concesión de servicios públicos	100
Los hechos y las operaciones administrativas	103

CAPITULO IV

Personalidad de la Administración	105
---	-----

CAPITULO V

Las personas administrativas	109
El establecimiento público	110
El establecimiento de utilidad pública	111

CAPITULO VI

La administración considerada como ciencia	113
--	-----

CAPITULO VII

Concepto del Derecho Administrativo	116
Algunas definiciones del Derecho Administrativo	118
Relaciones del Derecho Administrativo con las demás ramas del Derecho	120
Relaciones con el Derecho Constitucional	122
Relaciones con el Derecho Internacional	126
Relaciones con el Derecho Penal	127
Relaciones con el Derecho Civil	127
Relaciones con el Derecho Procesal Civil	128
Relaciones con el Derecho Procesal Penal	129
Relación general entre el Derecho Público y el Privado	130

CAPITULO VIII

Fuentes del Derecho Administrativo	133
Clasificación	134
La ley	135
Domínio de la ley. Legalidad de los actos	138

	<u>Págs.</u>
Codificación administrativa	139
El decreto	141
El decreto como fuente general del Derecho Administrativo	143
Requisitos del decreto	144
Texto del decreto-ley 455	145
Límites del decreto	149
Decretos con fuerza de ley y decretos-leyes	151
Legalidad y eficacia jurídica de los decretos-leyes dictados por los gobiernos de facto	152
Efectos del decreto	154
Competencia para dictar decretos	155
Tramitación de los decretos	159
Revocabilidad de los decretos	161
Decreto transitorio	165
Decreto de urgencia	166
Decretos abusivos	167
Las instrucciones	167
Ideas generales	168
Fuentes racionales	173
La costumbre	173
Jurisprudencia	180
La doctrina	184
Prelación de las fuentes del Derecho Administrativo	185
APENDICE	188
Ley 5,169	188
Las instituciones semifiscales	189



ERRATAS Y OBSERVACIONES

Las correcciones deben limitarse a las palabras impresas en tipo negro

- Página 7, línea 23, debe decir así: nes puramente racionales que no
- Pág. 8, lín. 40, d. d. así: base al no constar la existencia de la familia como núcleo social primitivo.
- Pág. 9, lín. 1, d. d. así: se pretendía establecer sobre el dictado de que
- Pág. 9, lín. 7, d. d. así: Estos territorios eran
- Pág. 9, lín. 25, d. d. así: en su gobierno temporal
- Pág. 9, lín. 31, d. d. así: y ejerce su autoridad sobre
- Pág. 10, lín. 4, d. d. así: (a-sín, cratos-gobierno,
- Pág. 10, lín. 8, d. d. así: necesidades del organismo social
- Pág. 10, lín. 12, d. d. así: consecuencia natural
- Pág. 10, lín. 17 y 18, d. d. así: hombres realizan una fórmula social que les permite producir bajo
- Pág. 11, lín. 9, d. d. así: organismo substancial del Estado;
- Pág. 11, lín. 19, d. d. así: Los poderes públicos ejercen la
- Pág. 11, lín. 24, d. d. así: funciones que le son propias
- Pág. 12, lín. 34, d. d. así: deber político de proporcionarla
- Pág. 13, lín. 1, d. d. así: diversas medidas para
- Pág. 13, lín. 10, d. d. así: estrictamente a los individuos
- Pág. 13, lín. 37, d. d. así: La causa genética de la
- Pág. 13, lín. 38, d. d. así: debe ser reparado por
- Pág. 15, lín. 3, d. d. así: y las del
- Pág. 16, lín. 31, d. d. así: Aquella ejecuta el Derecho
- Pág. 16, lín. 32, d. d. así: y sanciona su infracción
- Pág. 17, lín. 12, d. d. así: beneficencia, salubridad, educación,
- Pág. 17, lín. 26, d. d. así: también realizar todos los asuntos de interés
- Pág. 18, lín. 33, d. d. así: empozamiento indefinido de
- Pág. 19, lín. 10, d. d. así: propio, acción económica no sólo
- Pág. 19, lín. 20, d. d. así: como caso de industrialismo en grado máximo;
- Pág. 20, lín. 20, d. d. así: equivocan totalmente al
- Pág. 23, lín. 25, d. d. así: Público, o por vía de la pesquisa judicial
- Pág. 23, lín. 27, d. d. así: intereses, y ofreciendo una
- Pág. 23, lín. 30, d. d. así: 3.º Fin económico.
- Pág. 29, lín. 19, d. d. así: ejercitante, éste tendría
- Pág. 30, lín. 23, d. d. así: porque en su pronunciamiento sólo
- Pág. 30, lín. 38, d. d. así: y procederá la reclamación

- Pág. 31, lín. 11, d. d. así: objetiva, la manifestación de voluntad que la declara sería
- Pág. 31, lín. 31, d. d. así: Público concedido.
- Pág. 32, lín. 34, d. d. así: su existencia y validez
- Pág. 32, lín. 41, d. d. así: requisito establecido en consideración a la persona del funcionario que lo ejecuta o celebra, para el efecto de reglamentar el ejercicio de su competencia y a fin de que no se extralimite
- Pág. 33, lín. 18, d. d. así: como persona, o
- Pág. 35, lín. 39, d. d. así: puede ejercer más
- Pág. 36, lín. 4, d. d. así: Sesión sin quórum para reunirse; no se
- Pág. 36, lín. 11, d. d. así: eficacia, porque el funcionario no toma posesión del cargo, ni lo desempeña.
- Pág. 36, lín. 20, d. d. así: cuerpo organizado. Además
- Pág. 38, lín. 11, d. d. así: inmediata del acto.
- Pág. 38, lín. 15, d. d. así: cuando la ejecución de un acto va a causar daño, el funcionario ejecutor tiene
- Pág. 38, lín. 17, d. d. así: producir, y suspenderla mientras
- Pág. 38, lín. 23, d. d. así: para calificar su
- Pág. 38, lín. 24, d. d. así: una resolución contraria
- Pág. 38, lín. 25, y 26, d. d. así: puede suspender su ejecución (Const., art. 100). Luego la
- Pág. 38, lín. 33 y 34, d. d. así: caso anterior. Debe conocer
- Pág. 39, lín. 18, d. d. así: jerárquico. La jerarquía existe
- Pág. 40, lín. 29, d. d. así: la enmienda, revocación
- Pág. 40, lín. 32 y 33, d. d. así: con la integridad del acto y que le imprima variaciones en su contenido y para su ejecución.
- Pág. 42, lín. 1, d. d. así: "correcciones" y las medidas disciplinarias no
- Pág. 45, lín. 27, d. d. así: reclamada en forma, en forma legal, dentro
- Pág. 48, lín. 6, d. d. así: En el sistema de la doble instancia, no es
- Pág. 48, lín. 7, d. d. así: fuera ineficaz, sino
- Pág. 51, lín. 32, d. d. así: judicial puro, tan
- Pág. 55, lín. 14 y 15, d. d. así: Internos, el Director General de Ferrocarriles, el Director General de Sanidad, el Administrador
- Pág. 55, lín. 24, d. d. así: expresa, y se exceptúa
- Pág. 55, lín. penúlt., d. d. así: como sujeto de derecho público
- Pág. 56, lín. 33 y 34, d. d. así: participa y que por esta razón podrían llamarse tribunales administrativos, con excepción de los que intervienen en asuntos municipales porque son, casi todos, tribunales ordinarios de justicia, como se verá.
- Pág. 58, lín. 22, d. d. así: última notificación. Las
- Pág. 59, lín. 18, d. d. así: a la Defensa Fiscal para
- Pág. 68, lín. penúlt., d. d. así: competencia funcional
- Pág. 69, lín. 18 a 23, d. d. así: Si es unipersonal, bastará que el funcionario competente... , la exteriorice en forma legal, para que esté perfecta... , desde luego, hacerse de manera regular, ... deberá existir quórum para sesionar; conocimiento del asunto;...
- Pág. 71, lín. 31, d. d. así: o a aquéllos
- Pág. 73, lín. 28, d. d. así: error de hecho
- Pág. 73, lín. 32, d. d. así: pliego de especificaciones técnicas
- Pág. 73, lín. 35, d. d. así: que los rigen
- Pág. 74, lín. 8, d. d. así: usaban. Cumplir el
- Pág. 76, lín. 40, d. d. así: posible de alcanzarlo.
- Pág. 79, lín. 12, d. d. así: los requisitos legales

- Pág. 80, (Observación: los diversos porcentajes que se exigen en los contratos de obras públicas, han sido modificados por el último Reglamento respectivo del año 1935, véanse).
- Pág. 81, lín. 11 y 12, d. d. así: figura el sobre que contiene
- Pág. 88, lín. 1, d. d. así: privilegios y facilidades especiales
- Pág. 88, lín. 10, d. d. así: en las tasas.
- Pág. 89, lín. 4, d. d. así: el decreto de llamamiento, se empieza
- Pág. 92, lín. 21, d. d. así: que se haya previsto en el contrato o que signifique
- Pág. 102, lín. 10, d. d. así: el orden para el servicio
- Pág. 103, lín. 29, d. d. así: organismo permanente que tiene
- Pág. 106, lín. 34, d. d. así: para restablecer el orden
- Pág. 108, lín. 26, d. d. así: lleva, fatalmente,
- Pág. 110, lín. 2, d. d. así: distinto de los
- Pág. 111, lín. antepenúlt., d. d. así: particular, que reciban subvención
- Pág. 114, lín. 24, d. d. así: comparada, y científico
- Pág. 114, lín. 32, d. d. así: Los preceptos jurídicos
- Pág. 116, lín. 14, d. d. así: ción y perfeccionamiento del
- Pág. 116, lín. 23, d. d. así: que se proponen directa
- Pág. 117, lín. 34, d. d. así: tienen en el
- Pág. 128, lín. 8, d. d. así: no participa en actividades
- Pág. 129, lín. 18, d. d. así: tiene interés el Fisco
- Pág. 133, lín. 7 y 8, d. d. así: las normas jurídicas, sino que las normas mismas.
- Pág. 134, lín. 2, d. d. así: según la última.
- Pág. 134, lín. 7, d. d. así: fundamento a la
- Pág. 134, lín. 26, d. d. así: Leyes de Organización
- Pág. 134, lín. 30, d. d. así: nistrativas
- Pág. 134, lín. 39, d. d. así: Los Códigos no administrativos (Civil, Comercial, etc.)
- Pág. 134, lín. 41, d. d. así: Los Tratados Generales
- Pág. 134, lín. 42, d. d. así: La Costumbre
- Pág. 138, lín. 3 y 4, d. d. así: que la ley es un mal... limitar a lo
- Pág. 140, lín. 27, d. d. así: difícil, cuando no
- Pág. 142, lín. penúlt., d. d. así: voluntad, son diferentes

