

# DERECHO ADMINISTRATIVO



# DERECHO ADMINISTRATIVO

POR DON

## MOISÉS VARGAS

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Chile; Profesor de Historia y Geografía en el Instituto Nacional; Abogado; Miembro del Consejo de Gobierno Local; Ex-Secretario de Estado en los Ministerios de Instrucción Pública y de Ferrocarriles; Ex-delegado al 2.º Congreso Científico Pan-Americano de Washington; Miembro de la American Political Science Association; Oficial de la Corona de Italia; Miembro del Instituto de Abogados de Santiago y de la Sociedad de Historia y Geografía; etc., etc.

---

OBRA PÓSTUMA



IMPRENTA UNIVERSITARIA

— Estado, 63—Santiago —

1922

W. L. V. P.



ESTADO 69.

PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE  
VALPARAÍSO

No fué estéril nuestra conversación como que en ella debe buscarse el origen de dos colecciones interesantes—desgraciadamente inconclusas—que días después ordenó publicar el Ministro (éralo a la sazón el malogrado Carlos A. Palacios Z.); la de *Historiadores y Documentos relativos a la Independencia de Chile* y la de *Viajeros extranjeros en Chile*.

Siempre he recordado esta conversación porque en ella se me presentó Moisés Vargas a cuerpo descubierto, con las cualidades y deficiencias (harto más numerosas aquéllas que éstas), que después siempre le conocí: inteligente, entusiasta, lleno de iniciativas, más apto quizá para concebir que para consumir, con incompleta comprensión a las veces del concepto de lo posible y de lo oportuno.

Casi sin transición, niño aún, pasó Moisés Vargas de las aulas del Instituto Pedagógico al magisterio. Confiósele primeramente un curso inferior de historia y geografía en el Instituto Nacional. Allí mostró, desde el primer momento, excelentes dotes para el profesorado. Sabía dar a las clases extraordinaria animación, sin esfuerzo visible mantenía vivas la atención y el interés de sus alumnos. Poseía, además, y en alto grado, una cualidad que siempre ha sido rara en los maestros y que en el día lo es aún más: la de comprender y respetar la personalidad de cada joven. Así, nunca trató, mostrando individualidades, medfalos a todos por el mismo rasero, ni nunca pretendió darles un sello uniforme y por lo mismo desastrosamente vulgar y mediocre. Antes bien, esforzóse siempre porque cada uno, libre y ampliamente, desarrollase sus peculiares facultades e inclinaciones.

De la enseñanza secundaria pasó a la superior, donde, ya con más experiencias y en un campo de acción más vasto, continuó perfeccionando sus dotes de maestro. Su clase de Derecho Administrativo fué un verdadero Seminario de esa disciplina. Sin descuidar la enseñanza científica ni la positiva, dando, por el contrario a ambas la importancia debida, trató, principalmente de crear en los jóvenes el espíritu de investigación, de formarles hábitos de trabajo personal. Para ese efecto, los hacía estudiar a fondo, en sus fuentes originales determinados problemas jurídicos. Tuve oportunidad de conocer monografías muy completas y apreciables preparadas por alumnos suyos sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado, el desarrollo

de nuestro régimen municipal, el poder reglamentario en Chile, etc.

Abrigaba el pensamiento de aprovechar esos materiales y los que él mismo diligentemente recogía en la composición de un Tratado de Derecho Administrativo Chileno, semejante al italiano de Orlando. La dirección de conjunto de la obra y la redacción de alguno de sus capítulos se los reservaría él. El resto del Tratado debía ser la obra de sus alumnos y ex-alumnos.

Fruto de esas labores son los trabajos fragmentarios que la piadosa solicitud de su viuda ha reunido en este volumen. Moisés Vargas los consideraba, no como algo definitivo, sino como meros apuntes, los primeros esbozos de la obra más extensa y meditada que se proponía realizar y que su prematuro fallecimiento le impidió llevar a feliz término.

A la Administración Pública, donde sirvió dos Subsecretarías de Estado y otros cargos de importancia, llevó Moisés Vargas ese mismo espíritu desbordante de entusiasmo, de iniciativas, de actividad. Del tipo tradicional, ya un tanto perdido—del empleado público chileno, gruñón, rutinero, suspicaz, perdido siempre en detalles, enemigo jurado de toda innovación, esclavo ciego del precedente, incorregible tramitador, rehacio a toda solución pronta, meticulosamente ordenado y probo a carta cabal, Moisés Vargas poseía tan solo esta última cualidad. Lo nuevo tenía para él seducciones irresistibles. Prefería—se lo oí decir cien veces, las resoluciones prontas, aun cuando no fueran perfectas, a las muy buenas, pero tardías y con harta frecuencia, ya inoportunas.

En 1916, en un viaje que hizo a Estados Unidos, por encargo del Gobierno, tuvo la satisfacción de ver que el régimen administrativo que él soñaba establecer en Chile funcionaba allí con maravillosos resultados. Lo estudió honda y detalladamente y a su regreso al país presentó al Gobierno una voluminosa *Memoria* sobre el «funcionamiento de los servicios públicos federales en los Estados Unidos».

«Si las ideas y sistemas dominantes en los Estados Unidos, dice en esa memoria, sobre esos importantísimos problemas se difundieran y prendieran entre nosotros y alguna vez merecieran ser aceptados y traducidos en disposiciones legales y reglamentarias, el infrascrito daría por recompensado todo el tiempo que dedicó al estudio de este asunto en Washington...»

Desgraciadamente no tuvo esa satisfacción. Su *Memoria* cayó en el vacío. Contadas personas la leyeron. Menos aún fueron los que aprovecharon las abundantes y útiles enseñanzas que ella contiene. Parte de la culpa fué suya: quiso andar demasiado de prisa y substituir, sin transiciones, un sistema administrativo rutinario, de rancia estirpe española por otro de corte modernísimo que chocaba con hábitos arraigados. Por eso, después de la publicación de la *Memoria*, la administración pública continuó y continuará siendo tan rutinaria, tardía y escasa de iniciativa como antes. Y para colmo de males, en los últimos tiempos ha podido observarse en ella el lento, pero seguro debilitamiento de las pocas virtudes que la adornaban, en especial del orden, de la disciplina y de la probidad.

No quiero, con esto, decir que haya sido estéril la obra de Moisés Vargas. Sembró para el porvenir. Y cuando la semilla fructifique, se recordará con respeto y cariño su memoria como la de un precursor. Para bien del país, vivamente anhelamos que esto ocurra cuanto antes.

E. MATTA VIAL.





## DERECHO ADMINISTRATIVO

Antes de estudiar el Derecho Administrativo, es indispensable conocer el Derecho Constitucional que le sirve de fundamento y para estudiar a su vez el Derecho Constitucional, es preciso conocer su antecedente inmediato, la Política, que no es ni Derecho Constitucional ni Derecho Administrativo, ramos principalmente de orden jurídico, sino una disciplina que estudia a los hombres individual y colectivamente en sus agrupaciones, ya sean éstos, partidos, sindicatos, etc.

La Política no ha merecido entre nosotros el honor de un estudio especial y sistemático. El estudio del Derecho Público se hace, como en otras partes, desde el punto de vista jurídico, como el Derecho Civil y es indudable que este ramo debe estudiarse de otra manera, que contemple también las fuerzas vivas que obran en la sociedad y producen las transformaciones políticas de hecho, que el derecho viene más tarde a sancionar. Y así como el Derecho Administrativo no se comprende sin el estudio previo del Derecho Constitucional, así como éste se explica sin el estudio previo de la Política, la fuerza creadora que genera y anima su evolución (1).

(1) Sobre esta interesante materia, pueden consultarse, entre otras obras: OSTROGORSKI, *Les démocraties et les parties politiques*.—L. LOWELL, profesor y Presidente de la Universidad de Harvard, *Political Parties in Con-*

Pretender estudiar las instituciones constitucionales o administrativas sin estudiar también a los hombres que las informan, es igual a estudiar el cuerpo humano en su anatomía sin tomar en cuenta para nada la fisiología; es legislar para un pueblo cuyas costumbres no se conocen en absoluto; es administrar sin tener idea de quiénes son los administrados; es mantener en ciencia política una actitud parecida a la de aquellos jueces que fallan el caso aplicando los principios abstractos del derecho, sin contemplar bien en todos sus pormenores, diferencias y aspectos interesantes, el problema mismo de la vida colectiva que se les presentan. Todo esto conduce a la ideología más absurda y fatal, a la perpetración de la manera de pensar de los racionalistas del siglo XVIII, que, primero concebían sus postulados y después estudiaban la vida social, tratando de armonizar las manifestaciones de ésta con sus principios previamente adoptados y tiende a enervar el método moderno de investigación, que parte de los hechos, de su observación continua para llegar a conclusiones generales, si es que éstas son permitidas en Ciencias Sociales. Esa actitud tiende en política y en administración a consagrar los procedimientos de aquel médico que recuerda Gil Blas de Santillana, que dejaba perecer a sus enfermos con tal de que se salvaran los principios.

De aquí fluye la necesidad de conocer siempre el aspecto político de un problema antes de entrar a su estudio desde el punto de vista meramente administrativo. Nunca podrá surtir el mismo efecto una ordenación administrativa, digamos en materia de provisión de empleos públicos, en Méjico, país de gobierno presidencial, de Ejecutivo fuerte, y en Chile, país de régimen parlamentario, de Ejecutivo débil.

---

*tinental Europe.*—GOODNOW, ex-profesor de Columbia University y actual Presidente de la Universidad de John Hopkins, *Politics and Administration.*—LEWIS, *Methods of Observation and Reasoning in Politics.*—BEARD, *Politics.*—SECLEY, *Introduction to Political Science.*—BRYCE, *Relation of Political Science to History and to Practice*, en la *American Political Science Review*, Febrero 1909.—GARNER, *Introduction to Political Science.*—LE BON, *Lois Psychologiques de l'Evolution des Peuples.*—LASTARRIA, *Lecciones de Política Positiva.*—CH. BENOIST, *Politique.*

---



## LA ADMINISTRACION

Es necesario distinguir la Administración, del Gobierno. Este último representa la fuerza política directamente y la Administración la representa de una manera indirecta. Podríamos decir con más propiedad, que la Administración es una función del Gobierno y como tal es una función encargada de procurar, conservar y perfeccionar el organismo social, mediante el cual el Estado realiza su fin. La Administración misma no es un fin, sino un medio, y por esto es incomprensible que puedan existir aforismos administrativos, axiomas, conclusiones terminantes. Así nadie puede ser partidario del Estado docente, en abstracto. Lo será si este concepto del Estado realiza su ideal político; pero será su enemigo, si ese concepto lo contradice. Así no hay contradicción alguna en que un radical entre nosotros sea partidario de la enseñanza por el Estado y la combata en Bélgica, país cuyo Gobierno es netamente católico; en que la Iglesia Católica, enemiga en Hispano-América de la libertad de conciencia y de cultos, haya sido la primera en reclamar esa libertad en los Estados Unidos, donde se encuentra en una desventajosa minoría. Lo que ambos desean es la realización de su ideal político, noblemente comprendido en ambos casos. El Derecho Administrativo es el conjunto de normas que regulan la organización de esa función principal.

El Derecho Administrativo ha sido negado en algunos países, como en Inglaterra. Los juristas y publicistas ingleses sostienen que no existe y que se confunde con el Derecho Constitucional y aun con el Derecho Civil, porque el Estado en Inglaterra

no goza de privilegios legales. En cambio, el Derecho Administrativo en Francia ha tenido mucho auge.

Se ha sostenido por algunos, entre ellos GOODNOW que el Derecho Administrativo se diferencia del Constitucional en que éste trata de la anatomía, de la organización del Gobierno, y el Derecho Administrativo de la fisiología, de la función del Gobierno. En realidad, esto no es así; porque el Derecho Constitucional estudia la organización general y la función del Estado, y el Derecho Administrativo estudia en sus pormenores esa organización y esa función.

Sucede con estas dos ramas del Derecho Público lo que sucedería con el Derecho Civil si se dividiera en dos partes: una rama que estudiara su organización general, sus fundamentos; ese ramo equivaldría en Derecho Privado el Constitucional, y otra que lo estudiara en sus detalles.

En realidad, no puede conocerse ninguna institución de Derecho Administrativo sin estudiar previamente el Derecho Constitucional, y éste a su vez debiéramos basarlo sobre la Ciencia Política.

Dividen otros el estudio del Derecho Público sobre otras bases: en Derecho Político y en Derecho Administrativo. Cada ramo estudia sus materias en sus bases y en sus pormenores, diversificándose según atiendan a la función política que mira a la organización de los órganos fundamentales del Estado o a la función netamente administrativa ajena a la índole política principal. Toda aquella materia que se refiera a la organización política del Estado se llama Derecho Constitucional y todo lo que se relaciona con la organización secundaria (organización ferroviaria, sistemas aduaneros, nombramientos de los empleados) es el Derecho Administrativo. Uno y otro sistemas tienen sus ventajas e inconvenientes.

Pasamos a ver ahora los factores que entran en toda organización administrativa. En toda organización administrativa o servicio público encontramos los siguientes elementos: 1.º elemento técnico; 2.º elemento administrativo, y 3.º elemento jurídico. El administrativo se subdivide en: *a*) personal; *b*) economía y finanzas; *c*) material (edificios y utilería), y *d*) eficiencia (buen resultado y mayor rendimiento). Los diversos factores que entran en toda organización administrativa deben mantener siempre cierto equilibrio y si se da más importancia a



uno solo de estos elementos, este equilibrio se rompe y el ramo cambia de índole y de nombre. Por ejemplo, si estudiamos de manera principal el factor jurídico y sólo una parte elemental de los otros factores, diríamos que formamos el Derecho Administrativo que aunque es «derecho» no puede prescindir de los otros elementos componentes que son causa de su existencia (1). Si por el contrario, el derecho entra como parte secundaria, será Ciencia de la Administración. El primero es el ramo del juez, del abogado; el segundo, del administrador público. Pero ni uno ni otro pueden prescindir totalmente de los elementos ya referidos. Es cuestión de importancia, no de prescindencia.

Podemos decir que el factor jurídico es secundario en la Administración; un rol más importante desempeñan los demás elementos que entran en su constitución. De aquí la necesidad de estudiar no sólo los factores de derecho, sino los de técnica y de mera administración, aplicables a cualquier servicio. Así como hay organización administrativa industrial, así también existe una para la Administración.

Entre nosotros, un hombre incorporado en la Administración puede llegar a ocupar los más altos puestos administrativos sin seguir cursos especiales que lo habiliten para el mejor desempeño de sus elevadas funciones.

Al revés de lo que antes ocurría, los servicios administrativos se han complicado, y en la mayoría de ellos hay especialidades.

La guerra que acaba de pasar, nos ha enseñado algo en todo aquello que a organización se refiere. Se ha estudiado ahora el valor inmenso que tiene una buena administración. El éxito de las tropas americanas en la guerra se debe más bien a su excelente organización civil que a la pericia misma de sus soldados.

La facultad de organizar es una facultad propia. La organización en una industria cualquiera es el factor de la mayor eficiencia. En cualquiera organización no se requiere un conocimiento completo de la técnica, pero sí el dominio de los detalles administrativos.

Se ha visto, entonces, que no es necesario que se tenga un

---

(1) Cuando el derecho fija las relaciones de los ciudadanos con el Estado se convierte en Derecho Administrativo. ZACHARIAE, p. 3.



conocimiento técnico profundo para organizar en forma eficiente un servicio dado cualquiera de administración.

En Estados Unidos se hacen cursos especiales para Gerentes de ciudad (city-managers). El Alcalde es el Jefe, el city-manager es el Gerente.

Nosotros, los de los países jóvenes y de escasa población, no conocemos la organización administrativa ni en la industria particular, ni en el Gobierno. Existe, puede decirse, la misma situación que existía en 1810. Hay innumerables servicios que son poco menos que desconocidos todavía en nuestro país y los que existen están mal organizados.

No se puede desconocer aquí este hecho importante: los países progresan por el factor administración, llevada primero a la industria particular y después a la organización pública.

## RELACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CON LAS DEMAS CIENCIAS

Personas hay que niegan esta ciencia del Derecho Administrativo, por cuanto no tiene ningún elemento propio, fuera de la «eficiencia» y del «personal». Así, si queremos ver la responsabilidad del Estado cuando contrata, se recurre en parte al Derecho Civil. En otras ramas, v. gr., en el servicio de ferrocarriles, es indispensable solicitar los conocimientos de los ingenieros.

En realidad, vemos que el Derecho Administrativo no tiene existencia propia; pero como este ramo, hay muchos otros que no pueden existir sin valerse o ayudarse a su vez de otros. De manera que esta objeción que se puede formular a este ramo del Derecho Público se puede hacer también a cualquiera otra disciplina. La geología no puede vivir sin la petrografía y ésta sin la química; la fisiología no se comprende sin la anatomía; etc., etc.



## BIBLIOGRAFÍA

El Derecho Administrativo está formado en primer lugar por las resoluciones de los tribunales, por las opiniones de los tratadistas, en segundo, y por la ley positiva, en último término, por cuanto entre nosotros, como en otras partes, las leyes administrativas son muy escasas.

Reunir los elementos dispersos para constituir o formar un Código del Derecho Administrativo, es hoy tarea imposible, pues este derecho está todavía en formación.

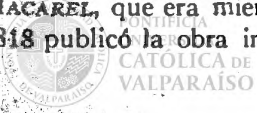
Las normas para resolver las diferentes cuestiones de carácter administrativo que se presentan en la práctica, las están dando, día a día, las sentencias judiciales, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa Fiscal y todos los informes que se refieren a la cuestión administrativa.

## OBRAS GENERALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO

La Bibliografía particular se hará a propósito de las respectivas materias.

El Derecho Administrativo como disciplina aparte, data sólo desde la Revolución Francesa, que consagró la división de los Poderes Públicos y prohibió, de manera especial, a la justicia mezclarse en los asuntos propios de la administración. De ese modo nació en Francia la «justicia administrativa», con tribunales propios, formados por la administración, cuyo tribunal superior es el Consejo de Estado. Las doctrinas de este tribunal, repetidas y clasificadas, han formado la jurisprudencia del Derecho Administrativo y los fundamentos de toda esta rama de estudios.

El primer autor francés que se ocupó de esta materia es **MACAREL**, que era miembro del Consejo de Estado y que en 1818 publicó la obra intitulada *Les éléments des jurisprudences*



*administrative*. Constituye este libro el primer ensayo que llegó a convertirse más tarde en una obra clásica, en un estudio sistemático de la doctrina establecida por la jurisprudencia. Divide las materias en «personas», «res» y «actions». Al tratar de las primeras, habla de la organización administrativa en general. Respecto de las segundas, considera los principios generales del Derecho Administrativo, y al considerar las terceras estudia el procedimiento.

Le sigue después en esta clase de estudios CORMENIN, que publicó su *Questions des Droit Administratif*, el año 1822. Es esta obra esencialmente analítica, hasta cierto punto destituida de espíritu científico, trata principalmente de los asuntos contenciosos.

Es necesario llegar a LAFERRIÈRE para encontrar un autor con plan y métodos modernos. Su gran obra es el *Traité de la Jurisdiction Administrative*.

Otros autores del Derecho Administrativo francés que satisfacen las mayores exigencias de la investigación y de la exposición científica son:

BATBIÉ, *Traité théorique et pratique de Droit Administratif*, terminado de publicar el año 69. Trata de las personas, de las cosas, de los modos de acción y de la competencia; DUFOUR, *Traité de Droit Administratif appliqué*, publicado el año 1854; AUCOQ, *Conferences sur le Droit Administratif*; DUCROCQ, *Cours de Droit Administratif*, 8 volúmenes; VIVIEN, *Etudes Administratifs*, 2 volúmenes. Es el más original de los autores franceses.

Entre los contemporáneos, tenemos a dos autores muy eminentes, constantemente citados en toda clase de trabajos que versan sobre el Derecho Administrativo; pero que no han escrito más que compendios destinados a la enseñanza y muchos artículos de revistas. Son ellos: BERTHÉLÉMY, profesor en la Sorbone, *Traité Elementaire de Droit Administratif Française* y HAURIOU, profesor en la Universidad de Tolosa, *Précis de Droit Administratif*.

Se puede seguir el movimiento literario al respecto en la *Revue de Droit Publique*, y en la *Revue Politique et Parlementaire*. La primera de ellas, sobre todo, es de interés no sólo desde el punto de vista bibliográfico y netamente administrativo, sino también desde el punto de vista jurídico, porque



contiene extractos de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y del Consejo de Estado.

Exclusivamente materias jurídicas, contiene la *Revue General d'Administration*. Además, se pueden consultar las *Pandectes Françaises* y el *Répertoire*, de DALLOZ.

La legislación no sólo en materia de Derecho Administrativo, sino sobre todos los temas legales de interés general, se puede estudiar en las siguientes publicaciones periódicas que edita la Société de Legislation Comparée: *Boletín Mensuel*, *Annuaire de Legislation Française*, *Annuaire de Legislation Etrangere*, que tiene «comptes rendus» del movimiento legislativo de todos los países, extractos de muchas de las leyes nuevas y el texto íntegro o casi íntegro, de aquellas de mayor trascendencia, publicadas siempre con comentarios que versan sobre los principios que sustentan y sobre el lugar que ocupan en relación con la legislación anterior. Cada diez años se publican índices generales.

## ALEMANIA

La teoría del Derecho Administrativo se conoce en Alemania con el nombre de «*verwaltungslehre*» y el Derecho Administrativo con el de «*verwaltungsrecht*».

En este país comenzó el estudio del Derecho Administrativo, como en Francia, nada más que a principios del siglo XIX y a impulsos de las doctrinas esparcidas por la obra de la Revolución Francesa en materia de jurisdicción administrativa.

En los comienzos del siglo, no se hizo diferencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo. El primero de los autores fué ROBERTO VON MOHL, muerto el año 1815, que enseñó en Würtemberg, inspirándose en las doctrinas francesas y escribió una obra llamada *Ciencia de la Política*.

Le sigue después LORENZO VON STEIN. Murió en 1890. Fué profesor en la Universidad de Viena. Escribió una monumental obra titulada *Die Verwaltungsrecht*, publicada el año 1869. En política sigue las doctrinas de HEGEL. Es una obra que obedece a una concepción científica que se ajusta a todas las exigencias de la técnica y que ofrece especial interés de contener muy buenos resúmenes de legislación positiva comparada. De esta obra hizo él un resumen que se llama *Handbuch der Verwal-*



*tungslehre*, 1888. Esta obra, como muchas de los grandes escritores alemanes de Derecho Público, se halla al alcance de los que no saben alemán por intermedio de la Biblioteca de Ciencias Políticas *Brunialti*, publicada en Italia.

RODOLFO VON GNEIST, muerto en 1895, profesor en la Universidad de Berlín, discípulo del romanista SAVIGNY, estudió profundamente las instituciones políticas y administrativas en Inglaterra y escribió su obra *das Englische Verwaltungsrecht*, el año 1883. Otro autor alemán es LABAND que escribió una obra traducida al francés titulada *Le Droit Publique de l'Empire Allemand*.

Otros autores son: SARWEY, *Allgemeines Verwaltungsrecht*; MEYER y LOENING, *Lehrbuch der deutschen Verwaltungsrecht*. MEYER, autor de la obra *Das Verwaltungsrecht*, traducida al castellano por POSADA.

MAYER, *Le Droit Administratif Allemand*, obra que consta de 4 volúmenes, publicada por la casa Giard y Brière. Fue escrita por el propio autor, en francés, y después traducida al alemán.

Todos los autores de esta nacionalidad se distinguen por la importancia que dan a la teoría, la que estudian con gran profundidad, pero con poca claridad para los que no están acostumbrados a las especulaciones de la filosofía y ciencia jurídica alemanas.

## ITALIA

Antes que en Francia, nació la literatura del derecho en Italia con DOMÉNICO ROMAGNOSI, muerto en 1914, con su *Principi fondamentali di Diritto Amministrativo*, 1814. Es un libro escrito con base científica, pero sin un criterio muy fijo en las diversas materias. Se le ha hecho la crítica de que no trata de la organización municipal.

Mucho más avanzado es GIOVANNI MANNA, profesor de la Universidad de Nápoles, que en 1840 publicó el *Diritto Amministrativo de le due Sicile*. PÉRSICO, discípulo del anterior que ha escrito su *Principi di diritto amministrativo*. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Diritto publico amministrativo*. MEUCCI, *Istituzione di diritto Amministrativo*. Es un libro antiguo, pero que siempre se consulta. ORLANDO, profesor de la Universidad de



Roma, escribió la obra clásica titulada *Primo trattato di diritto amministrativo*, obra que consta de 9 volúmenes en colaboración con muchos especialistas. Podríamos decir que es la obra más fundamental que se ha escrito sobre la materia.

Dos compendios excelentes por su claridad son éstos: *Diritto Amministrativo*, por SANTI ROMANO; y el otro, *La Pubblica Amministrazione e la Sociologia*, por DI BERNARDO. PRESUTTI, *Scienza delle Amministrazione*.

De mucho interés son las apuntaciones de las clases profesadas por algunos profesores, como ORLANDO, SALANDRA PISANELLI, etc.

El movimiento contemporáneo puede seguirse en las siguientes publicaciones periódicas:

*Rivista di Diritto Publico*, *Archivi di Diritto Publico* y en la *Rivista Italiana per le Scienze Juridica* y también muchos artículos en la Revista de carácter general *Nuova Antologia*.

Es de mencionar también las numerosas obras de la Biblioteca Brunialti.

## ESPAÑA

La obra más antigua de todas las que se citan es la de COLMEIRO, *Derecho Administrativo Español*, 1876.

Más modernas son: POSADA ADOLFO, *Derecho Administrativo*, 2 volúmenes con muy buenas referencias bibliográficas y exposición doctrinal.

De un carácter más práctico, pero de menos erudición y admirable por la claridad en que está expuesta la materia es la obra de SANTAMARÍA DE PAREDES, profesor de la Universidad Central de Madrid, *Curso de Derecho Administrativo*. Merecen citarse también: SILVELA, *Estudios prácticos de Administración*, y ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración Española*, con sus suplementos llamados Anuarios que contienen leyes y disposiciones administrativas corrientes y extractos de Jurisprudencia.

## ESTADOS UNIDOS

En este país se han publicado muy escasas obras acerca de esta materia, pero a semejanza de Inglaterra, se negó la exis-



tencia de este ramo como objeto de una disciplina especial para el estudio del Derecho.

Aun son pocas las Universidades que cuentan con clases particulares de Derecho Administrativo.

El autor más renombrado y muy conocido aun fuera de los Estados Unidos es FRANK GOODNOW, profesor primero en Columbia University y actualmente presidente de la Universidad de John Hopkins. Ha escrito dos obras fundamentales: una de *Derecho Administrativo Comparado*, traducida al castellano, 2 volúmenes. Trata del Derecho Administrativo en Inglaterra, Alemania, Francia e Italia; pero la obra que le ha dado mayor prestigio por su originalidad es la que versa sobre los principios generales del Derecho Administrativo de los Estados Unidos traducida al francés y editada por la Casa Giard et Brière de París, *Principes Généraux du Droit Administratif aux Etats Unis*. Se distingue por su método.

Otro autor que se ha señalado en esta materia es FREUND, profesor en la Universidad de Chicago.

Para mantenerse al día de lo que ocurre en Estados Unidos sobre esta materia, se pueden consultar las siguientes publicaciones periódicas:

*Annals of the American Academy of Political and Social Science*. Se publica en Filadelfia y es el órgano oficial de esta Academia, que cuenta entre sus miembros a muchos de los más grandes estadistas de la Unión, algunos funcionarios superiores y casi todos los profesores de Ciencias Políticas. La originalidad de esta publicación consiste en que cada volumen hace un estudio profundo de una materia dada, hasta agotarla completamente; y se debe a la colaboración de las personas más conocedoras del ramo, sean o no profesores, funcionarios o miembros de la Academia. *American Political Science Review*, órgano de otra institución parecida a ésta llamada la *American Association of Political and Social Sciences*.

Otra revista es *Columbia University Studies in History, Economics and Public Law*. De no menor interés es la *John Hopkins University Studies in Historical and Political Science*.

En materias municipales está la *Municipal Journal* y las varias publicaciones de la *Municipal Reform League*.



## BRASIL

El Brasil es el país latinoamericano que ha desarrollado más extensa e intensamente su vida universitaria en varias Universidades del país, y paralelamente los estudios científicos en todos los ramos del saber.

Mencionaremos algunas obras de Derecho Constitucional junto con las de Derecho Administrativo, porque muchas veces las materias se confunden. Aunque un poco anticuada después del cambio de su organización política y que dió por resultado la substitución del Imperio por la República, tenemos la obra de J. P. MACHADO PORTELLA, *Constituicao Politica do imperio do Brazil confrontada con outras Constituicaes e anotada*, 1876. BARBALHO V. J., *Constituicao federal brasileira*. MILTON, ARISTIDES A., *A Constituicao do Brazil*, 1898. FERREIRA BASTOS F., profesor de la Facultad de Bahia, *Manual de direito publico e de direito constitucional brasileiro*, 1914. SORIANO DE SOUZA, JOSÉ, *Principios geraes de direito publico e constitucional*, 1893. RODRIGO OCTAVIO y DOMINGUES VIANNA, PAULO, *Elementos de direito publico e constitucional brasileiro*, 1913. VIVEIROS DE CASTRO, AUGUSTO OLIMPIO, *Tratado de Sciencia da Administracao e direito administrativo*, 1914. CRUZ, ALCIDEZ, *Direito administrativo brasileiro, exposicao summaria e abreviada*. Profesor en Porto Alegre, 1914. REGO BARROS, *Apontamentos sobre o contencioso administrativo*. AMARO CAVALCANTI, *Responsabilidade civil do Estado*, 1905. CORTINES LAXE, J. B., *Regimento das Cómaraes Municipaes*. SOARES DE MELLO A., *Compilacao das leis federaes sobre a organisacao municipal do Distrito Federal*.

## ARGENTINA

CARRANZA, ARTURO, *Digesto Constitucional Argentino*. SARMIENTO, *Comentarios sobre la Constitución de la Confederación Argentina*. ALBERDI, J. B., *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*. ARAYA, PERFECTO, *Comentario a la Constitución de la Nación Argentina*. ESTRADA, JOSÉ MANUEL, *Curso de Derecho Constitucional, federal y administrativo*. DEL VALLE, A., *Nociones de Derecho Constitucional*. MONTES DE OCA, M. A.,



*Lecciones de Derecho Constitucional.* MATIENZO, JOSÉ NICOLÁS, *Derecho Constitucional.*

RAMÓN FERREIRA, *Derecho Administrativo Federal Argentino*, 1865. LÓPEZ LUCIO VICENTE, profesor universitario, *Derecho Administrativo Argentino*, 1912. VIDELA, RAMÓN, *Naciones de Derecho Administrativo.* ORMA, A., *Derecho Administrativo*, apuntes de su clase por QUIROZ y EMILIANI. SÁENZ VALIENTE, J. M., *Régimen Municipal de la ciudad de Buenos Aires*, 1911. *Código de Procedimiento de lo contencioso-administrativo de la provincia de Buenos Aires.* Notas del Dr. LUIS V. VARELA.

## CHILE

Comparada la literatura jurídica, en general, y de derecho público, en particular, de Chile con la de Argentina y Brasil, resulta muy inferior la nuestra por lo menos, en su cantidad.

Una característica de esta literatura es el predominio que tienen los estudios de Derecho Privado sobre los de Derecho Público, y, dentro de los de Derecho Público, se nota la ausencia, casi absoluta, de obras de Derecho Administrativo.

Es indispensable citar algunas obras bibliográficas generales, como la de don ANÍBAL ECHEVERRÍA Y REYES, *Ensayo de una biblioteca chilena de Legislación y Jurisprudencia*, 1891, con una crítica de omisiones y rectificaciones que le hizo don MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI en la *Revista Forense Chilena* en ese mismo año, trabajo reimpresso después en 1891 en los *Anales de la Universidad*. El trabajo del señor ECHEVERRÍA Y REYES se completó después por la Biblioteca Nacional de Chile en la *Revista de Bibliografía Chilena y Extranjera*, del año 1914.

Entre las fuentes oficiales del Derecho Constitucional y Administrativo Chileno es de mencionar, en primer lugar, por orden cronológico, el periódico editado por el Gobierno patriótico, *La Aurora*, que comenzó a publicarse en 1812, y que, en 1814, durante la Reconquista, se convirtió en la *Gaceta del Gobierno de Chile*, cuya publicación continuó hasta el año 1817; y fué reemplazado después por la *Gaceta Ministerial de Chile*. Desde 1830 hasta 1877 aparece *El Araucano* como periódico oficial, al cual le siguió en ese último año *El Diario Oficial de la República de Chile*. En 1823 se inició la publicación del *Bole-*



fin de las Leyes y Decretos del Gobierno que continúa hasta nuestra época.

Son fuentes oficiales también la *Gaceta de los Tribunales* que se publica desde 1841 con sus Indices, por PLAZA. Los *Boletines de Sesiones del Congreso* y las *Sesiones de los Cuerpos Legislativos de Chile*, publicados por don VALENTÍN LETELIER por encargo del Congreso.

#### TRABAJOS PARTICULARES RESPECTO A RECOPIACIONES DE LEYES Y JURISPRUDENCIA

ZENTENO, IGNACIO, *El Boletín de las Leyes reducido a las disposiciones vigentes y de interés general*, publicado en 1861, en 4 volúmenes, agrupadas las materias por los cuatro Ministerios que había en aquel entonces, que eran: Interior y Relaciones, Justicia e Instrucción, Hacienda; y, Guerra y Marina. No indica las leyes que se encuentran derogadas en parte. LARRAÍN ZAÑARTU, JOSÉ IGNACIO, *Boletín de las Principales Leyes y Decretos vigentes dictados desde el 1.º de Enero de 1860 hasta 1871*. El trabajo de más mérito de obras de esta clase es el de LIRA JOSÉ BERNARDO, *La legislación chilena no codificada*, terminada de publicar en 1884. Excluye todo lo que está derogado en las diversas leyes, tiene comentarios muy interesantes y espléndidos índices.

Obras más modernas son las de BOZA y ANGUIA: *Recopilación de Leyes vigentes*, según los seis Ministerios. Contiene también los decretos complementarios que sirven para organizar los servicios públicos, 1900. ANGUIA y QUESNEY, *Leyes promulgadas en Chile*, refundida después por ANGUIA en su obra *Leyes promulgadas en Chile*, en cinco volúmenes, con muy buenos índices alfabéticos y un suplemento hasta 1918.

En materia sobre trabajos particulares de Jurisprudencia, veremos la *Revista Forense Chilena*, publicada bajo la dirección de don ENRIQUE C. LATORRE, desde 1885 a 1902; la *Revista de Tribunales*, publicada por don DAVID TORO MELO, desde 1898 a 1906; la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, que comenzó a publicarse en 1903, dirigida por los señores don LUIS CLARO SOLAR, don ELIODORO YÁÑEZ, don ALEJANDRO VALDÉS RIESCO,

don ANTONIO HUNEEUS y don OSCAR DÁVILA; los *Anales de la Universidad de Chile* que empezaron a publicarse en 1843.

Hay también otras colecciones, como ser: *Diccionario de Jurisprudencia*, por don JOSÉ RAVEST, obra que consta de dos volúmenes; la *Jurisprudencia Civil y Comercial de la Corte de Valparaíso*, 1892 a 1901, por FIDEL MUÑOZ RODRÍGUEZ; el *Índice de la Gaceta de los Tribunales*, por PLAZA, 5 volúmenes.

En cuanto a la literatura, son dignos de mención constitucionalista:

En 1865, don JOSÉ VICTORINO LASTARRIA publicó su obra titulada *Elementos de Derecho Público, Constitucional y Político*. Posterior a ésta es la obra de don JORGE HUNEEUS, *La Constitución ante el Congreso*, publicada en 1879 y su *Estudios de Derecho Constitucional Comparado*. La obra de don ALCIBIADES ROLDÁN, *Elementos de Derecho Constitucional*, destinada a la enseñanza de éste en nuestra Universidad; la de CARRASCO ALBANO, MANUEL, *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*, publicada en 1858. La de don JOAQUÍN RODRÍGUEZ BRAVO, publicada el año 1888, *Estudios Constitucionales*. Un trabajo de don J. BENAVENTE, *Estudio crítico de la Constitución de la República de Chile*, en francés, París, 1866. VALENTÍN LETELIER, *La Ciencia Política en Chile*, año 1886.

En especial sobre Derecho Administrativo: La primera obra que apareció sobre la materia fué *Principios Elementales sobre Derecho Administrativo Chileno*, que se publicó en 1859, anónima, pero atribuida a don SANTIAGO PRADO. Está basada sobre la obra del español COLMEIRO. Es un estudio muy bien hecho, y tiene la particularidad de exponer la materia en una forma muy clara; siendo, además, muy completa.

La única obra que trata de Derecho Administrativo Chileno es la de don DOMINGO AMUNÁTEGUI RIVERA, *Tratado General de Derecho Administrativo*, 1907. Don HERMÓGENES PÉREZ DE ARCE escribió para el uso de los estudiantes de Ingeniería su *Tratado de Administración Pública aplicado al curso de Ingeniería de la Universidad de Chile*. Este mismo autor escribió una obra muy recomendable sobre ciencia administrativa y organización administrativa llamada *El Administrador Público*, 1884. LETELIER, VALENTÍN, *Apuntaciones de Derecho Administrativo*, hechas por sus alumnos, publicada en 1894.

De otro carácter es el libro de don MIGUEL CRUCHAGA, Es-



*tudio sobre la Organización Económica de la Hacienda Pública de Chile*, terminada de publicar en 1880.

Sobre nuestro régimen municipal, la obra más fundamental, pero que no podría llamarse un trabajo científico, aunque sí de necesaria consulta, es la obra de CORREA BRAVO, AGUSTÍN, *Comentarios y Concordancias de la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades*, de 22 de Diciembre de 1891.

Otro trabajo muy interesante, de menor vuelo, sin comentarios, ni citas de jurisprudencia es la obra de don ISMAEL TAGLE RÍOS, *La Ley de Organización de las Municipalidades*, de 1914.

De sumo interés son los trabajos del Fiscal de la Corte Suprema don AMBROSIO MONTT, *Dictámenes Fiscales*, 2 volúmenes, 1894 a 1895, el más galano de los escritores juristas de Chile.





## PRIMERA PARTE

# Las fuentes del Derecho Administrativo

## CAPÍTULO PRIMERO

### EL DERECHO.—SU EVOLUCIÓN

Tiene esta materia sumo interés, porque el Derecho Administrativo descansa sobre ella, y porque en gran parte la novedad de su contenido le presta una flexibilidad y elasticidad que se amolda muy bien a las condiciones de la vida social, especialmente en su aspecto político y económico.

Antes de este trastorno que ha agitado a la humanidad por espacio de cuatro años, que ha venido a producir un nuevo derecho, mucho antes, unos ocho o diez años, ya se notaba una ebullición del derecho.

En realidad, en ninguna época de la historia se ha discutido más acerca de los principios que se refieren a la legitimidad de los fundamentos del derecho que hasta principios del siglo XIX. Hasta entonces no fueron substancialmente discutidos ni negados.

Han sostenido muchos, entre ellos HEGEL, *que el estudio del concepto del derecho corresponde más a la filosofía que a las ciencias jurídicas.* Correspondiendo las aplicaciones del derecho a

los jurisconsultos, parece un absurdo este postulado. ¿Cómo va la filosofía a contemplar los casos que ocurren a diario en la vida? En realidad, debemos protestar de este concepto. No deben ser los filósofos los intérpretes del derecho, ni quienes enseñen sus concepciones. El derecho no ha nacido por sí ni para sí: ha sido el producto de las cosas mismas.

Con fundamento ha dicho SALEILLES:

«En aquella época todo comenzaba por la filosofía. Se consideraba primero lo que pasaba en alto, en las nubes, para conocer después lo que pasaba en la tierra; en vez de estudiar lo que sucedía en la tierra y ver modo de deducir sistemas susceptibles de adaptación» (1). Esta manera de ser la hemos heredado nosotros, con mayor fuerza que otros pueblos, tal vez por el aislamiento en que hemos vivido, robustecidos por la atención preferente que siempre hemos prestado a las ideas y maneras de ser del pueblo francés, que vive más de idealidades que de realidades. En ningún país de Hispano-América se atribuye mayor importancia que entre nosotros al Código Civil, y a «la majestad de la ley».

Podríamos decir que permanecemos del todo ajenos todavía al movimiento social contemporáneo, enamorados de nuestras instituciones. Somos un nuevo Narciso extasiado en la contemplación de su propia belleza.

Para nuestros legisladores y magistrados serán incomprendibles los siguientes conceptos: «Que se quiera o no, todo nos parece demostrar que las nociones fundamentales que hasta ayer eran la base más firme de las instituciones jurídicas, se disgregan para ser reemplazadas por otras; que el régimen de derecho sobre el cual han vivido hasta el presente las sociedades modernas se disloca; y que un nuevo sistema se edifica sobre concepciones del todo diferentes a aquéllas. ¿Es ésto un progreso o un retraso? Nosotros no sabemos nada sobre el particular; y en Ciencias Sociales estas preguntas carecen de sentido. Seguramente son diversas, profundamente diversas» (2).

Si lo anterior es aplicable al derecho en general, con mayor razón lo es al derecho administrativo en especial que está en gestación, que no está codificado y que, aún más, tiene a la

(1) SALEILLES, *De la Personalité Juridique*, p. 4; París, 1910.

(2) LEON DUGUIT, *Les Transformations du Droit Public*.



ley como fuente sólo en parte proporcional muy pequeña, quedando en lo demás, a la jurisprudencia y a la costumbre.

#### DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

Es esta una distinción muy difícil de hacer. En muchos juicios se ve el caso de que la razón moral no concuerda con la razón legal. Y un juez o un particular cualquiera que en presencia de los hechos se inclina a dictaminar en el sentido *A*, de acuerdo con la razón moral, tiene que dictaminar en el sentido *B*, según la razón legal.

En el derecho civil más o menos está definida clara y precisamente la situación de los individuos, unos respecto de otros. Esto no sucede en el derecho administrativo. Muchas veces el derecho administrativo tiene que contemplar derechos y además intereses, conveniencias, oportunidades que quedan ajenos al campo del derecho civil. En parte alguna el derecho civil habla de las conveniencias o de las expectativas y la administración tiene a veces forzosamente que considerarlas.

Para WILSON, el derecho no puede considerarse como una especie de ética positiva y concreta, ética cristalizada en mandatos definidos, frente a la cual la rama de la cultura que llamamos *ética*, vendría a ser como la teoría ante la práctica. La *ética* se refiere a la actitud general y a las maneras de los individuos; *toca a la rectitud de la vida de cada hombre, a la verdad de sus hechos en relación con su conciencia, a la total substancia del carácter y de la conducta, dirigiendo a la vez los actos y los hábitos mentales*. El derecho por el contrario, *se refiere sólo a la vida en sociedad*. No sólo se limita a ordenar los actos exteriores de los hombres, sino que únicamente *se refiere a aquellos actos particulares de hombre a hombre que pueden ser regulados por la autoridad pública y que se ha podido demostrar que son regulables por medidas uniformes aplicables a todos y en igual grado*. No pretende castigar la mentira por ser tal: *se limita a anular los contratos que entrañan fraude y obliga a reparar pecuniariamente los daños que se han podido ocasionar con ese fraude*. No censura la ingratitud o cualquiera forma de infidelidad: *se limita a castigar los actos públicos y tangiblemente deshonestos*. No asume la función de guardián de los caracteres de los hombres, sólo hiere con sus rayos a los que hacen alarde de maldad en las



relaciones con los demás. En suma: *no sale de ciertos límites que son a la vez límite de especie y de grado. Sólo regula la conducta exterior; éste es su límite de especie y en la conducta exterior sólo regula lo que puede ser objeto de una reglamentación normal y uniforme*: tal es la limitación de grado.

Así tenemos que puede haber actos inmorales que no caigan bajo la sanción del derecho; pero esto ocurre sólo en derecho privado. En derecho administrativo no sucede lo mismo: el Estado, personalidad moral y jurídica de orden superior, no puede desdeñar los principios generales de la moral universal o nacional, porque atentarla contra los elementos esenciales que justifican su razón de ser. Así, no merece la misma aceptación el que el Estado alegue la prescripción con la misma facilidad con que lo haría un individuo particular.

#### DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO Y LA LEY

Existen ideas muy confusas entre nosotros en lo que se refiere a esta materia. Se dice constantemente: «Fulano no tiene derecho, porque la ley no le da derecho», o, «Yo tengo derecho, porque hay tal ley que me lo ha concedido». Así se explica en general por el público este problema, dando el mismo valor a las palabras *derecho* y *ley*. Esto no es más que una manera de raciocinar y de pensar, reflejo de las ideas del siglo XVIII, todavía dominantes en el país.

Ya desde muy antiguo se hablan abierto camino otras ideas, pero que sólo en nuestra época han tomado consistencia. El jurisconsulto PAULO ya lo dijo: «*No es la regla la que hace el derecho, sino que ella se deriva del derecho*»: *Regula est quae rem, non quae est, breviter enarrat, non ut ex-regula jus sumatur, sed ut ex jure regula fiat*. Reconocido esto *se puede considerar la regla como la expresión del derecho, cuyo nombre adopta; tomándose al representante o signo por la cosa representada* (1).

No fué sólo en aquel momento cuando se tuvo esta concepción. Posteriormente el *Fuero Juzgo* dijo del fazedor de las

---

(1) TISSOT, *Introduction Historique a l'étude du Droit*, p. 484; ed. de París, 1875.



leyes... «que él non faz la ley por sí, mas comunal mientras por todos» (1).

El *Fuero Real*: «La ley ama y enseña las cosas que son de Dios, y es fuente de enseñamiento é muestra de derecho é de justicia, é de ordenamiento, etc.» (2). Y don ALFONSO EL SABIO: «Mas porque las gentes latinas llaman leyes a las creencias que han los omes» (3).

Es indispensable marcar bien la diferencia entre *derecho y ley* y aceptar que las ideas de moral y de justicia no derivan exclusivamente de las disposiciones legales, sino que antes bien, los textos escritos deben ser verdadera expresión de la justicia y de la moral (4). Aun entre los civilistas más exagerados son comunes y corrientes estas ideas (5).

Según la escuela histórica, el derecho, tal como había sido concebido hasta ese entonces (principios del siglo XIX), no era más que una pura creación del Poder Legislativo. En aquella época se sostenía que la voluntad del legislador era la única fuente del derecho. Para los hombres de 1789 el legislador, con una voluntad onnímoda, era el creador del derecho. Para los que no pertenecían a la escuela histórica, el derecho puede ser creado en cada momento por el arbitrio de las personas investidas del Poder Legislativo, con completa independencia del derecho de los tiempos pasados y solamente según sus convicciones tal como las produce el presente momento histórico (6). Para los sostenedores del régimen real, que cayó con la Revolución, el derecho era la voluntad del Príncipe y así se decía entonces: «Quod princeps placuit leges habet vigorem», o sea, «lo que al Príncipe se le ocurre tiene el rigor de ley». Para los revolucionarios el principio era el mismo: en vez del monarca ponían la majestad de la ley.

Por este motivo se ha dicho con sobrada razón que los fran-

---

(1) *Fuero Juzgo*; Libro I, título I, ley III.

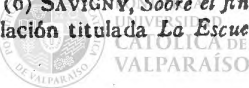
(2) *Fuero Real*; Libro I, título VI, ley I.

(3) Partida I, título I.

(4) F. HERNÁNDEZ IGLESIAS, Vicepresidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, *El Derecho Consuetudinario y la Codificación*, reproducido en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, de 1903-p. 242.

(5) Véase LAURENT, *Principes du Droit Civil*, p. 50, vol. I, ed. 1869.

(6) SAVIGNY, *Sobre el fin de la Escuela Histórica*, en la recopilación titulada *La Escuela Histórica del Derecho*, Madrid, 1908.



ceses del siglo XVIII lo único que hicieron fué cambiarse de soberano: *a la tiranía del rey sucedió la de la ley.*

La escuela histórica desconoce en absoluto el valor que da el legislador por sí mismo a la ley. Y así existe un derecho tan indiscutible como el consignado en los textos positivos. Muchos de los aforismos de derecho no están incorporados en ningún artículo del Código, y constantemente los Tribunales fallan de acuerdo con los principios por ellos sustentados. Hay otros principios que forman parte del haber intelectual o moral del pueblo en un momento dado y que, después, desaparecen para ser substituídos por otros.

Un autor ruso, KORKOUNOV, profesor de la Universidad de San Petersburgo, dice: *«Nosotros no podemos reconocer la ley como fuerza creadora del derecho. Ella es sólo una de las formas por medio de la cual se transparenta, se hace visible, el derecho».* «El sostiene que el legislador no crea el derecho arbitrariamente; no tiene el poder de crear normas que no sean adecuadas a la marcha de la vida social. Las leyes que son hechas de esta manera son letra muerta» (1).

Contemplemos nosotros una ley: la ley que implantó entre nosotros el sistema métrico. Esta medida es la más racional que puede haber, pero de ella no se sigue que sea lo más conveniente y lo más fácil, porque en la vida lo racional es precisamente lo que no sucede. La ley nombrada se implantaba en un país que estaba acostumbrado a las medidas del sistema español (la vara, la cuarta, el pie), y en que habían pasado siglos de siglos en que los habitantes habían usado el último sistema. El pueblo consciente e instintivamente ha resistido su aplicación. Lo mismo ocurre con el cumplimiento de la ley de Matrimonio Civil, de 1884, que no fué dictada en relación con el estado social de ese tiempo, si bien fué posible lograr el mismo resultado de la intervención del Estado en los matrimonios sin trastornar todas las ideas, prácticas y costumbres de un pueblo miserable y analfabeto en un 80%. *Muchas leyes de la misma naturaleza que éstas son sólo producto exclusivo de la voluntad del legislador y se estrellan en la práctica contra lo que el pueblo considera su derecho.*



Un célebre autor, TARDE, dice: «La facultad de cambiarlo todo legislativamente que corresponde a nuestros Diputados y Senadores, en teoría es puramente nominal; vence forzosamente obligados a respetar, en una cierta medida, las leyes antiguas, los hábitos jurídicos de las poblaciones y, además, a inspirarse en sus necesidades, antiguas o nuevas, las cuales han de satisfacerse conforme a esos hábitos. *De hecho, su omnipotencia aparente no es sino una obediencia dócil o no a esas necesidades y a las órdenes de sus electores.* Tales órdenes son para ellos lo que para los Rabinos los preceptos de Moisés o para los jurisconsultos árabes las prescripciones del Corán» (1).

El ya citado profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Burdeos, LEON DUGUIT se expresa de este modo: «*La ley, no es el mandato formulado por una voluntad soberana, es el conjunto de medidas adoptadas con un fin general para asegurar el funcionamiento de un servicio público. De aquí es que, las leyes no son inatacables y de que en todos los países se organizan recursos contra ellas.*»

«*La ley es simplemente la expresión de la voluntad individual de los hombres que la hacen, Jefes de Estado, miembros del parlamento.* Fuera de esto, todo lo que se diga no pasa de ser una ficción. *En Francia, la ley es la expresión de la voluntad de 350 Diputados y de 200 Senadores que forman la mayoría habitual en el Senado y en la Cámara.*»

Consecuente con nuestro método nos limitamos a exponer la doctrina del sabio profesor, sin admitirla en todas sus consecuencias y sin llevarla hasta sus últimas y lógicas deducciones, que bien podrían llevarnos al anarquismo. En éste, como en tantos otros fenómenos de las ciencias sociales, no caben los argumentos aplicados en todo su rigorismo.

«*Ha pasado ya a ser carne y sangre nuestra la idea de que el derecho es un producto histórico de la vida común humana; de que su nacimiento y modificación no son sino una parte del proceso general de la cultura y de que su estado actual se condiciona y determina por la mutua acción y reacción entre su fuerza ordenadora y las otras fuerzas vivas en las restantes funciones del organismo social*» (2).

(1) TARDE, *Las Transformaciones del Derecho*, ed. esp., p. 298.

(2) EICHORN, *Sobre el Estudio Histórico del Derecho Alemán*, en la reco-



## FORMACIÓN DEL DERECHO

Como lo dijo don ALFONSO EL SABIO: «*Así como de la palabra nasce verbo, nasce del tiempo uso, et del uso costumbre et de la costumbre fuero*» (1).

Si se pudiera observar el primer síntoma de la vida del derecho, así como se examina el primer síntoma de la vida en la célula, veríamos que nace primero en un individuo, después se agrega a varios otros, y se incorpora en la agrupación de las conciencias colectivas, llegando a éstas en algunos casos como producto de la deliberación y en otros, como lo sostiene muy bien JELLINEK, en una forma instintiva. Para JELLINEK la costumbre, como derecho, o sea el derecho consuetudinario, arranca su fuerza no del espíritu popular que la sanciona, ni en una convicción general muy extendida, ni en un acto de voluntad tácita del pueblo, sino de la tendencia psicológica tan general de que cada uno considera un hecho incesantemente renovado como una regla, como una norma. (Tomo I, 512).

La gente se acostumbra a considerar como lo natural, como si fuera de derecho, lo que se repite muchas veces en forma mecánica. Este derecho llega a la conciencia colectiva, en ella ya toma forma de axioma, de refrán, de aforismo; aparece más claro, y por último se encuentran los jueces con estas máximas que tienen vida propia y las reproducen en la jurisprudencia. De aquí las toma generalmente el legislador y les da forma de ley. *Las mejores leyes entre nosotros son las que contienen preceptos recogidos por la jurisprudencia, la cual las ha tomado de la costumbre.*

Experimenta el derecho en su génesis, evolución muy parecida a la del lenguaje: las academias dan carta de ciudadanía a un vocablo después de que éste se halla por mucho tiempo incorporado en el habla de los buenos escritores, quienes los han recogido a su vez del idioma popular. Por esto ha dicho quien ha hecho esta feliz comparación que el *derecho tiene una doble vida: una popular y otra técnica* (2).

pilación sobre la Escuela Histórica del Derecho, Madrid, 1908. Suárez, ed., p. 114, ya citada.

(1) Partidas, I, II, proemio.

(2) CRUBT, *La vie du Droit et l'Impuissance des Lois*, p. 86.



Además el derecho, como dice WILSON, es aquella porción de ideas y de hábitos establecidos, distinta y formalmente reconocidos por la autoridad y el poder del Gobierno. La naturaleza de cada Estado tiene que reflejarse en su derecho: en su derecho, además, aparecerán las funciones de que aquél se encargue, y en él será posible leer su historia (1).

Hay países como España que están regidos por un Código Civil común para todo el reino y, sin embargo, el Código tiene que hacer referencias constantemente a los usos y costumbres del pueblo. La Revolución Francesa estableció el Código Civil sobre toda la Francia y, sin embargo, siguieron los franceses gobernándose por sus antiguas costumbres. .

Debemos anotar además la idea de GUMFLOWICZ: «También el derecho es una formación social, una forma de vida en común producida por el encuentro de grupos sociales heterogéneos y desiguales en poder; cuando las formas de esta vida por la práctica y la costumbre se consolidan en normas o reglas, se engendra el derecho que es, por tanto, la expresión de una desigualdad y de lo que es más ventajoso para el más fuerte, que es el Estado o la clase dominadora (2)».

Aparentemente, el derecho es la consagración de una igualdad. El derecho crea normas jurídicas iguales para todos. Penetrándose bien de este concepto, se verá que no es así, porque *las desigualdades de la vida no son sino debidas a condiciones económicas diversas*. Jurídicamente, intelectualmente, moralmente los hombres están en igualdad para raciocinar, pero económicamente no son iguales para obrar, para decidir. Por eso, ha dicho muy bien FOUILLÉ que «Hay que tener presente que hay desigualdades jurídicas que corresponden a desigualdades económicas». De aquí que, contra la opinión de los civilistas, se haya modificado el contrato de trabajo, menos en nuestro país, contrato basado en una pretendida y falsa igualdad.

Como lo ha expresado PICARD: «No hay casi necesidad de decirlo que el derecho es a menudo, la expresión de los intereses de aquél o de aquéllos que detentan el poder» (3). Y al obrar ellos de modo que el derecho consagra ese hecho no lo hacen

---

(1) WILSON, *El Estado*, p. 395.

(2) GUMFLOWICZ, *Derecho Político Filosófico*, Madrid.

(3) PICARD, *Le Droit Pure*, p. 288.



dolosamente y previa reflexión encaminada en tal sentido, sino espontáneamente, instintivamente, influenciados en su decisión, sin saberlo, por sus intereses y sentimientos. Sabemos por la psicología cuánta influencia ejercen los afectos sobre el juicio.

Se habla constantemente de las democracias antiguas, entre nosotros y se pone el caso de Atenas. ¿Hubo en Atenas igualdad ante la ley? El pueblo de Atenas tuvo democracia; pero no se entra a considerar en qué condiciones esa democracia se desarrolló. Para un reducido número de atenienses hubo *libertad e igualdad*; y en cambio, hubo en el Atica y Atenas más de 400 mil metecas y esclavos para los cuales no existía la democracia. Sólo para los atenienses, que gobernaban, había leyes iguales. Y en materia de derecho privado, la legislación social moderna, universalmente establecida en el siglo XIX, ha sido la obra de los propietarios, de las clases media y superior, que consagraron el derecho de propiedad. Todo lo que atenta contra este derecho va contra el derecho mismo. Por eso Napoleón insistió siempre en que para la elaboración de su Código era necesario robustecer en lo posible el derecho de propiedad.

La idea de derecho no ha sido sinónima de procedimiento justo, igual o equitativo. Ya, en la misma antigüedad, la palabra *jus*, derecho, no significaba *equidad* sino *orden*. Alguien ha dicho: en una sociedad de castas, la ley trata a cada uno según el derecho de su casta. Y esto mismo, triste es decirlo, se observa en muchas sociedades modernas basadas sobre el sistema de clases. Hay individuos que no cometerían por ningún motivo un determinado acto con otro individuo de su misma clase, pero que lo harían sin miramientos de ninguna especie con los de otras.

En este sentido, como dice un autor, las fuerzas morales no influyen menos en la sociedad humana que las fuerzas jurídicas y políticas. Pero así como el sistema jurídico, igual que el político, responde en el fondo a las condiciones económicas, el sistema particular ético o el Código de moralidad, resulta ser en cualquier período, en una gran parte, el producto de la vida social y especialmente de la económica (1).

Analizando ahora la legislación positiva, en general, vemos



que ésta se ha impuesto siempre como una exigencia de las clases oprimidas con el objeto de poder disponer, en un momento dado, de textos escritos que no fueran fácilmente cambiados por los legisladores, es decir, por los representantes de las clases dirigentes.

Los legisladores franceses de 1789, tuvieron presente esta circunstancia al legislar. Pero su obra fué más bien consecuencia de las ideas filosóficas racionalistas que profesaban. En efecto, partían del principio, producto del raciocinio, al hecho; mientras que hoy día, partimos inductivamente del hecho hasta llegar al principio.

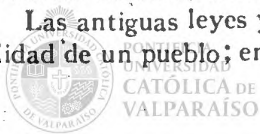
En aquel entonces todas las cosas debían ser racionales, lógicas, como si la lógica fuera el factor dominante en la vida humana. De ahí que quisieran transformar la Francia por medio de leyes y de ahí que se dictara el Código Civil con ese fin.

Los legisladores de aquellas épocas confundieron los principios más elementales de las ciencias jurídicas: la ley con la moral; y aún más, consideraron a la ley como fuente de moralidad.

Estimaron, asimismo, como principal enemigo de la ley a la jurisprudencia. Suponían que los jueces iban a dar normas de derecho y como para ellos la teoría de la separación de los poderes era una fórmula fetiquista, llegaban a la conclusión que teniendo sólo el Poder Legislativo la facultad de legislar era el único que podría interpretar la ley, el único que podría dar normas de derecho. Se llegó a pensar hasta en suprimir la Corte de Casación si sentaba jurisprudencia en cualquiera materia. ROBESPIERRE propuso borrar la palabra jurisprudencia del diccionario.

La evolución que ha tenido después el concepto de ley nos ha llevado a su exageración; hoy día, podría decirse, a la majestad del Monarca, que se trató de derribar en ese entonces, le ha sucedido la majestad de la Ley. Con acierto dice a este respecto W. WILSON: «así como hoy día los reyes no son soberanos absolutos de sus reinos, tampoco deben serlo las leyes; la función de éstas debe ser más bien aclaratoria, interpretativa del derecho, antes que creadora de él».

Las antiguas leyes y las viejas máximas forman la personalidad de un pueblo; en otros términos, la opinión pública no es



factor de legislación sino cuando las conciencias individuales que concurren a formarla, han adquirido un contenido jurídico.

SAVIGNY se alzó airado contra las doctrinas de los que, en su patria, siguiendo la modalidad francesa querían dar un Código Civil a Alemania, y calificó de miserable la teoría que no da al derecho otro origen que la ley, abogando porque cada pueblo tiene su derecho propio, particular y definido, en armonía con sus tradiciones y costumbres; vivo en su conciencia nacional.

No debe creerse que el Estado sea una creación netamente jurídica. Se ha dicho, con razón, que si antes se consideraba a la ley como un dogma, es menester examinarla hoy como un teorema. La inestabilidad de las leyes en las sociedades modernas más que un hecho es casi un principio, el legislador contemporáneo, como ha afirmado CRUET, debe perder en gran parte «sa foi tranquile á être obeie» (1).

Hay ciertos grupos sociales que niegan, discuten, o resisten ciertas leyes, como ser las clases acomodadas, los obreros, la Iglesia. En Inglaterra se observa el caso curioso que muchas veces los jueces se encargan de ridiculizar y dejar sin aplicación ciertas leyes que estiman contrarias al derecho inglés.

Igual caso puede anotarse el de un rey de Castilla que aconsejaba a sus súbditos «obedecer, pero no cumplir» las leyes atentatorias de los derechos.

Todo esto proviene, en el fondo, de la exageración de la idea del derecho. VOLTAIRE dijo en una ocasión: «un droit porté trop loin, devien une injustice». Y es la verdad.

Es muy conocido por lo demás el adagio latino que se refería a la exageración de la ley: «sumus jus, sumun injurias» y que dice relación con nuestras anteriores observaciones.

Con mayor razón aún que en el derecho privado deben evitarse estas exageraciones respecto del derecho público y en especial del derecho administrativo que sólo está en formación.

El Estado debe tratar siempre, para evitar estos inconvenientes, de contemplar las conveniencias sociales en un momento dado, sus intereses y aún más, expectativas que ofrezcan cuando éstas sean legítimas, pues como ha dicho ZACHARIAE la función del Derecho Público se convierte en una de Derecho Administrativo cuando, teniendo presente las circuns-



tancias antes mencionadas, se fijan las relaciones entre los diversos órganos del Estado y principalmente, para estos efectos, entre éstos y los particulares.

Mencionaremos para terminar nuestras observaciones sobre la evolución del derecho, la escuela llamada «Solidarista».

La escuela sociológica basada en los principios de la biología y apoyada en las doctrinas de ROUSSEAU; es decir, aquella que sostiene que las desigualdades de hecho impuestas por la naturaleza, no pueden ser amenguadas sino por medio de la ley, proclama hoy día la fuerza absoluta de ésta como exponente del derecho. No basa la ley en la costumbre, la funda en la idea de solidaridad social; esto es, en que los hombres son dependientes unos de otros; son respectivamente acreedores y deudores.

El solidarismo le da entera fuerza a la ley; a igual que se la dió el racionalismo en el siglo XVIII. Tiene, pues, esta escuela un carácter hasta cierto punto dogmático. Aplicada a la nueva legislación, conduce a sostener todas las leyes que atentan contra los derechos patrimoniales adquiridos e impone, asimismo, la supresión de la beneficencia y de la caridad, tal como hoy está establecida, para sustituirla por la previsión y por la asistencia social obligatoria. Suprime, en general, todos los servicios públicos gratuitos y voluntarios para reemplazarlos por otros obligatorios y remunerados; impone contribuciones tan fuertes y excesivas como sea necesario para mantener dichos servicios, en proporción progresiva a la renta de cada particular.



## CAPITULO II

### LA LEY

La segunda fuente del Derecho Administrativo es la ley. No entraremos a analizarla en todas sus facetas, pues eso es más bien materia del Derecho Constitucional y del Derecho Civil. Solamente nos ocuparemos aquí en aquella parte que tenga relación directa con nuestros estudios y especialmente en los siguientes casos que pasamos a considerar: leyes de derecho público y de orden público; efecto retroactivo de las leyes; derogación de éstas; cuestiones relacionadas con la materialidad de las leyes.

#### I. LEYES DE DERECHO PÚBLICO Y DE ORDEN PÚBLICO

Aunque a primera vista parezcan sinónimos ambos términos, no lo son, si bien se les analiza.

Las leyes de derecho público reglan las relaciones de los diversos órganos del Estado entre sí, y entre éste y los particulares.

Las de orden público, aunque reglan las relaciones de los particulares entre sí, se proponen más bien para tutelar y proteger los intereses generales y proveer a la conservación de las instituciones sociales del orden público y a las buenas costumbres. Tales son las leyes que regulan las relaciones de familia y las relaciones jurídicas de los individuos en interés de terceras personas. El patrimonio, propiamente, queda fuera de estas leyes, aun cuando subsiste el principio que estas leyes no se pueden derogar por pactos o convenciones privadas.

Nuestro Código no reprodujo las disposiciones del Código de Napoleón, en virtud de las cuales no se podían derogar por convenciones particulares las leyes pertenecientes al orden público y a las buenas costumbres.



La doctrina que rige en nuestra legislación está consignada en los arts. 11, 12 y 1462 del Código Civil, y aunque no es reproducción fiel del principio establecido en el Código de Napoleón, permanece muy semejante en su esencia. En efecto, los artículos citados, transcritos a la letra, exponen lo siguiente:

«Art. 11. Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley.»

«Art. 12. Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia.»

Y el art. 1462 que dice a la letra: «Hay un objeto ilícito (y por tanto nulo, sin ningún valor) en todo lo que contraviene al derecho público chileno». Así (por ejemplo) la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto.

BONILLA y SAN MARTÍN afirman, a este respecto, que «se puede renunciar todo derecho particular que no se muestre como condición indispensable para el cumplimiento de nuestro destino».

Ya las Partidas, por lo demás, establecían que «todo pleito hecho en contra de las leyes non debe ser guardado, magüer pena o juramento fuese puesto en él». También se reconocía que no se pueden renunciar a los derechos que nacen de la esencia de una disposición jurídica; por lo tanto, no se podía transformar una institución jurídica en otra, por medio de una convención particular.

## II. EFECTO RETROACTIVO DE LA LEY

Esta cuestión que ha suscitado muchas controversias entre los tratadistas, afecta a muchas de las leyes administrativas que se dictan y muy especialmente a la legislación de carácter social que atenta contra derechos nacidos al amparo de leyes anteriores.

La Constitución de los Estados Unidos establece que no se puede dictar ninguna ley retroactiva que altere las obligaciones nacidas de contratos. Igual cosa dice la Constitución de No-



ruega. En Francia, la Constitución de 1795 y el Código Civil consagran principios parecidos.

El Código Civil Español establece: «las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario». El Código Sajón dice lo mismo, con este agregado: «o se dedujere de la misma ley».

Es interesante anotar lo que a este respecto sostenía JUSTINIANO en su Código *De Leges* y que lo expone en una forma muy comprensiva: «Las leyes y Constituciones reglan los asuntos futuros, decía, y no son aplicables a los hechos pasados, a menos que no se hayan dictado expresamente con relación a dichos tiempos pasados y a los asuntos aun pendientes».

El Código Italiano establece que «las leyes sólo disponen para lo futuro, no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos adquiridos».

El Código Argentino sigue la misma doctrina que el italiano sobre la retroactividad de las leyes.

El tratadista DALLOZ es de opinión que las leyes rigen el pasado cuando el interés general exige que ellas sean inmediatamente aplicadas, porque no hay cuestión de derechos adquiridos si se trata de la mayor felicidad del Estado.

Aun los civilistas, como LAURENT, sostienen que en materia de derechos políticos, no hay derechos adquiridos.

Para BAUDRY-LACANTINERIE la retroactividad tiene que ser expresa y no basta deducirla.

Don ELIODORO YÁÑEZ sostiene también que la retroactividad debe expresarse formalmente y no puede suponerse oculta en ningún caso.

Don JOSÉ EUGENIO VÉRGARA dice que debe considerarse como una obligación para el juez y como una recomendación para el legislador.

El principio inglés, a este respecto, sustentado por numerosos publicistas, y entre otros, por DICEY, es que «el parlamento puede hacer todo lo que no es materialmente imposible». Esto sólo puede suceder en un país en que el Congreso sea soberano, es decir, en aquellos países en que la Constitución no autorice a la Corte Suprema para casar las leyes inconstitucionales. En Chile, el Congreso es soberano de hecho; pero no de derecho. De hecho, porque toda ley debe aplicarse por los Tribunales aunque sea inconstitucional; y no es soberano de derecho por-



que todas las leyes deben dictarse por el Congreso conforme a la Constitución Política de la República.

La doctrina sobre la retroactividad está expuesta en nuestra legislación en el art. 9.º del Código Civil, el cual ordena que «la ley sólo puede disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo. Sin embargo, agrega más adelante, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas a éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio».

Los conflictos que pudieran resultar de la aplicación de leyes dictadas en diversas épocas se deciden en conformidad a la ley de 7 de Octubre de 1861, dictada en la administración de don José Joaquín Pérez.

En resumen, en nuestra legislación, el juez debe aplicar la ley nueva aunque atente contra derechos adquiridos, siempre que la ley lo diga expresamente o se deduzca del objeto con que ha sido dictada.

Generalizando, nuevamente, en la doctrina que exponemos, el legislador no debe tener ninguna obligación de compensar los perjuicios que con la nueva ley se ocasionen, y si lo hace debe serlo sólo en forma graciosa. Si se estimara la doctrina de la expropiación, llegaría quizás hasta paralizarse la acción del Estado, principalmente en lo que se refiere a la legislación contemporánea de carácter social. Aun en Inglaterra, el país clásico del derecho individual, el legislador en las últimas leyes sociales no da indemnización alguna y si la llega a conceder sólo faculta al Gobierno para que indemnice en forma muy pequeña. Un caso notable que debe mencionarse en este sentido, es el ocurrido en Francia, hace poco más de cinco años en la cuestión de la Champagne.

En materias de derechos políticos, hemos dicho ya, que a juicio de los tratadistas no hay derechos adquiridos y por tanto, no cabe, pues, en ningún caso solicitar indemnizaciones de cualquier naturaleza. Agregaremos que la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha estado también en este sentido y citaremos, al efecto, la sentencia N.º 1,330, *Gaceta* de 1890, de la Corte Suprema que así lo establece.



### III. DEROGACIÓN DE LAS LEYES

En nuestro Derecho Civil, la derogación de las leyes puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua; es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con la de la ley anterior.

La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.

La derogación de una ley puede ser total o parcial (arts. 52 y 53 del Código Civil)

En el Derecho Administrativo, no existe la derogación tácita y total de una ley administrativa por otra; es menester que la ley posterior establezca expresamente su derogación y su forma.

El fundamento de esta doctrina es muy fácil de comprender, pues no se justificaría, por ejemplo, la derogación tácita de una ley que crea u organiza un servicio administrativo por otra que también lo organizara, sin que hiciera referencia o aludiera a la ley que ya lo regía y por la cual, sin tomar en cuenta los principios vigentes, suprimiera o modificara casi ocultamente lo establecido.

En materia de leyes administrativas es perfectamente claro que no pueden coexistir dos leyes sobre el mismo sentido.

Sólo un Código moderno ha resuelto esta cuestión y es el italiano en el título V. En efecto, establece que «la abrogación de las leyes se verificará únicamente por la declaración expresa del legislador, hecha en una ley posterior, por la incompatibilidad en la nueva disposición con la ley precedente o *porque la nueva ley regule íntegramente la materia a que la ley anterior se refería*».

Hay una sentencia de la Corte Suprema de 1911, que se ha publicado en la *Revista de Derecho* en el año 1913, que establece la doctrina que las corporaciones o autoridades de origen constitucional no pueden ser afectadas por leyes que las modifiquen o deroguen en su mecanismo o en sus atribuciones, a menos que sea por una nueva Carta Fundamental.

Reproducimos el considerando pertinente de dicha senten-



cia en el cual se deja bien establecido el principio que indicábamos.

«Considerando 6.º—«Que la circunstancia de que la indicada ley de 22 de Diciembre de 1891 haya organizado en forma diversa de la que anteriormente regía los servicios locales codificando los deberes y atribuciones de las Municipalidades, no significa en manera alguna que dicha ley haya establecido una solución de continuidad entre los antiguos y nuevos municipios, ni que el nacimiento de estos últimos haya importado la muerte jurídica de los primeros, o sea, de los cabildos departamentales que existían legal y constitucionalmente a la fecha de la promulgación de esa ley, *ya que es un principio reconocido de derecho público que toda corporación o autoridad de origen constitucional perdura en su existencia y atribuciones esenciales, cualesquiera que sean los cambios que leyes posteriores introduzcan en su mecanismo u organización política*, porque mientras la Carta Fundamental del Estado no modifique el sistema de Gobierno creado por ella misma, se supone de derecho la existencia permanente de las entidades que, según ella, deba ejercerla de la misma manera que existe y vive la Nación, de cuya soberanía son esas entidades legítimas delegatarias».

Se ha suscitado otro caso que se llevó a los Tribunales, con motivo de la derogación que hizo la ley de 1891 de casi todas las anteriores y dejando sin mencionar algunas. Se pedía la aplicación de las leyes anteriores a la de 1891, fundándose en que estaban vigentes en lo que no hubieran sido derogadas tácitamente por la del 91, porque esta última no las derogó expresamente, a pesar de haber sido muy prolija en la enunciación de las leyes que derogaba. La Corte Suprema sentó la siguiente doctrina a este respecto:

Considerando: «Que la cuestión de que se trata debe ser resuelta con arreglo a las disposiciones de la Ley Orgánica de Municipalidades de 22 de Diciembre de 1891, sin tomar en cuenta las orgánicas preexistentes, *porque es de la naturaleza de estas leyes que un régimen político establecido substituye a otro régimen sin necesidad de que se derogue expresamente el anterior*».

Esta sentencia figura con el N.º 638 del año 1899 y se puede consultar en la *Gaceta* correspondiente.

Basándose en la misma doctrina, existe también una senten-



cia del Consejo de Estado y que fué redactada por don LEOPOLDO URRUTIA.

No entramos a juzgar los fundamentos de estos principios de derecho público y nos limitamos únicamente a exponerlo como jurisprudencia de nuestros Tribunales, en esta materia.

Igual opinión que la manifestada en la última sentencia que hemos citado, sostienen PLANIOL, el comentarista HUC. LAURENT, y entre nosotros don DOMINGO AMUNÁTEGUI RIVERA.

PLANIOL, en el Tomo I, N.º 257, de sus Obras, dice: «Sea que se trate de la organización y funcionamiento de los Poderes Públicos, de las atribuciones de los agentes de la autoridad, o de derechos políticos que los ciudadanos ejercen individualmente, es imposible admitir *que las instituciones abolidas continúen funcionando*, bajo el imperio de una legislación nueva; la forma política del Estado y su mecanismo están siempre a disposición del poder constituyente o legislativo, y los cambios que sobrevienen se imponen inmediatamente a los funcionarios y a los particulares».

HUC dice, en el Tomo I, N.º 56, de su Obra: «El principio que se impone en materia política es el de la unidad e indivisibilidad del régimen que las leyes políticas tienen por fin constituir».

Consideremos ahora algo que en la práctica sucede muy frecuentemente y que se relaciona estrechamente con el Derecho Administrativo. La Ley de Presupuestos ¿puede derogar una ley de efectos permanentes? Nuestra opinión es negativa, es decir, la Ley de Presupuestos no deroga una ley de efectos permanentes.

Este caso ha sido llevado en diversas ocasiones a los Tribunales de Justicia y éstos han resuelto también en una forma negativa. Podemos citar los siguientes casos: la sentencia número 3,528 del año 1890 estableció que la Ley de Presupuestos no derogaba las leyes permanentes que fijaban mayores sueldos; la sentencia N.º 1,839, de 1890, establece que no se pueden omitir los sueldos de los funcionarios, cuando son fijados por leyes de efectos permanentes; y finalmente, la sentencia número 1,671, de 1900, sostiene igual doctrina que la N.º 3,528.

Antes de terminar nuestras observaciones sobre la derogación de las leyes, vamos a hacer presente la diferencia que existe entre la derogación propiamente y el hecho de que una ley



quede sin vigor. Nuestra legislación no hace diferencia entre ambos conceptos, y especialmente el Código Civil en la parte que con esta materia se relaciona. En Derecho Administrativo tiene mayor importancia el distingo indicado, pues si bien es cierto que para los civilistas el principio de la derogación sería indivisible por cuanto es un precepto terminante del Código, no lo es menos que el Derecho Administrativo donde la costumbre tiene un papel muy importante y es una de sus fuentes principales, deban necesariamente fraccionarse ambas ideas por la frecuencia con que en el hecho suceden y se aplican.

Esta cuestión fué debatida en cierta circunstancia en nuestro Parlamento y creemos de interés reproducir lo que al respecto dilucidó con mucho acierto el Ministro Zañartu, por estar muy de acuerdo con nuestras doctrinas. El fragmento que transcribimos consta de la página 407, volumen I, del *Boletín de Sesiones*, correspondiente del año 1914.

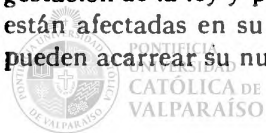
«No es exacto, dijo el señor Zañartu, que haya equivalencia perfecta entre los términos «quedar sin vigor» y «derogar» una ley. El primero es más comprensivo que el segundo. Toda vez que se deroga queda sin vigor; pero la proposición recíproca no es exacta, por cuanto no toda ley que queda sin vigor está derogada.

Hay leyes que sin que se las derogue deben o pueden quedar sin vigor. En el primer caso, se encuentran todas las que tienen un plazo de vigencia; en el segundo, las que son meramente facultativas, cuando no se hace uso en todo o en parte de la facultad que conceden.

«No ocurre otra cosa con las leyes que otorgan derechos que miran sólo al interés individual de alguien; la renuncia de los cuales derechos está autorizada como regla general, permitiéndose así que quede sin vigor para el caso, no obstante, de no haber sido derogada.»

#### IV. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA MATERIALIDAD DE LA LEY

Consideráanse como tales aquellas que dicen relación con la gestación de la ley y para los efectos de nuestro estudio, cuando están afectadas en su formación por vicios fundamentales que pueden acarrear su nulidad.



Los vicios que más directamente pueden afectarles y que han acontecido en varias ocasiones, se relacionan ya por la falta de quorum reglamentario en las Cámaras, cuando las leyes se discuten; ya por no haber sido aprobada por ambas ramas del Congreso una de las disposiciones de la ley que se trata; ya por haber sido promulgada en una forma distinta de la que se aprobó.

No existiendo una disposición que resuelva esta cuestión cuando se presente, es necesario interpretar la dificultad de acuerdo con la mejor doctrina, teniendo siempre en cuenta el menor daño que importe el resolver cada caso por medio de cualquiera de las interpretaciones a que esta cuestión dé origen.

Entre los romanos, publicada la ley en la forma requerida, la ley era ley, cualesquiera que fueran los vicios de que adolecía. Que hubiere sido hecha bajo el imperio de la opresión o de la violencia, a pesar de los auspicios desfavorables; que no se hubieren observado las formalidades previas o de costumbre, en tanto que el Senado no las hubiera revocado, permanecía para todos obligatoria. Esa revocación se hacía de la misma manera que la de la elección viciosa de los magistrados. La ley no era declarada nula, propiamente; era revocada. En otros términos, ese acto no tenía de ningún modo efecto retroactivo; no tenía otro efecto que partir desde el momento desde que ha sido proclamado; quedaban, pues, válidas todas las disposiciones y las otras medidas tomadas y todos los juicios pronunciados de conformidad con la ley. Sólo el culpable respondía de su falta (1).

Más conforme con las doctrinas de las atribuciones respectivas de cada poder público es que los tribunales acepten como ley la que el poder correspondiente les suministra en un texto dado; y no que sean los tribunales los que entren a apreciar la validez de la ley misma. Hay, en todo caso, menos daño en esta interpretación que en la otra y es más conforme con el espíritu de nuestra Constitución. En Chile, el juez no debe entrar jamás a ver si la ley está o nó afectada por algún vicio en su materialidad; debe conocerla tal como ha sido promulgada y aplicarla conforme al texto oficial.

En nuestro país, por ejemplo, han sido promulgados de dis-



tinta manera que la aprobada, los arts. 17 y 22 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes. «En efecto—dice el señor DU-  
COING en un trabajo muy interesante sobre esta materia—el  
art. 17 de la citada ley, es el mismo del proyecto primitivo que  
aprobó el Senado; pero que no fué aprobado por la Cámara  
de Diputados. Esta sustituyó otro al aprobado por el Senado.  
El de esta última Cámara se refería a que cualquiera tendría  
derecho de aprovecharse de las servidumbres *naturales* que  
autorizare a imponer una nueva ley; al paso que el de la Cáma-  
ra de Diputados, se refería únicamente a las servidumbres  
*legales*. La alteración hecha por esta Cámara no fué tomada en  
cuenta por el Senado, y el Ejecutivo promulgó la ley en la  
forma que tenía el proyecto primitivo. Igual cosa sucedió con  
el art. 22 de la misma ley.

«Al art. 17 le faltó la aprobación de una de las Cámaras  
legislativas, y por consiguiente no es ley. Sin embargo, en el  
hecho tendrá que considerarse como tal, porque entre nosotros  
no hay autoridad alguna encargada especialmente de fiscalizar  
la correcta promulgación de las leyes» (1).

Bien claramente manifestadas estas doctrinas resumidas en  
el adagio «el error común constituye derecho», no deben apli-  
carse a aquellos casos en que leyes bien generadas y debida-  
mente promulgadas, como lo ha sido, por ejemplo, la ley de  
Municipalidades y la de Contribución de Haberes, las cuales  
fueron publicadas más tarde en un solo texto por el Poder Eje-  
cutivo, con diversos errores en su publicación. La Ley de Mu-  
nicipalidades, por ejemplo, tiene como ocho errores fundamen-  
tales. La causa de esto que, a primera vista parece inexcusable,  
debe buscarse únicamente en la carencia de funcionarios com-  
petentes en los distintos Ministerios.

---

(1) ARCADIO DUCOING, *Sobre el art. 9.º del Código Civil*, 1897.



## CAPÍTULO III

### LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia es otra de las principales fuentes del Derecho Administrativo. Tiene suma importancia para este estudio, pues ninguna de las materias con él relacionadas deben considerarse con el rigorismo con que se aplican las disposiciones del Código Civil o de los Códigos escritos. El Derecho Administrativo es una ciencia jurídica que está en formación y cuyo nacimiento data de muy pocos años a esta parte.

Debe considerarse como jurisprudencia, en el Derecho Administrativo, no sólo la emanada de los Tribunales de Justicia, aun cuando ésta sea la principal, sino también las nacidas de las resoluciones del Consejo de Estado en las múltiples cuestiones que sobre lo administrativo tiene que considerar; como asimismo el conjunto de resoluciones uniformes dadas sobre determinadas materias, en forma de decretos, por el Poder Ejecutivo, y que, en la práctica, vienen a sentar precedentes cuando se trata de resolver problemas análogos.

La jurisprudencia tiene mucha importancia, como hemos dicho, en el Derecho Administrativo, pues constituye la mayor parte de sus normas jurídicas. Tiene analogía con la ley, pues es el producto de una deliberación consciente y es siempre escrita; aunque tiene sobre la ley la ventaja de adaptarse más fácilmente a las nuevas condiciones que se pueden ir creando. La importancia llega aún hasta el Derecho Civil, y en países que reglan su legislación en la severidad de los Códigos, como aconteció en Francia no ha mucho tiempo. Como es sabido, alteró la jurisprudencia en este país, las normas contenidas en el Código Civil, autorizando la investigación de la paternidad ilegítima.

En Francia, asimismo, el Derecho Administrativo, y principalmente en lo referente a las acciones de los particulares con-



tra el Estado por actos contractuales, es el producto de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte de Casación, siendo bien claro el precepto de la ley, en contrario, en virtud del cual es prohibido a los Tribunales inmiscuirse en los negocios que correspondan al Ejecutivo.

En los países anglo-sajones, tiene la jurisprudencia una mayor importancia aún, pues como es conocido en dichos países, los jueces crean nuevas normas de derecho, o como se denomina tal sistema, allí se usa el «common law».

La tuvo también en Roma donde los jueces o Pretores daban también normas de derecho. Conforme con su etimología, la palabra jurisprudencia vendría a significar el arreglo de las situaciones existentes entre los hechos con el derecho.

Respecto á la interpretación que pueden dar los jueces a la ley, y, en consecuencia, al nacimiento de la jurisprudencia con la uniformidad, en un sentido dado, de las resoluciones que dicten sobre las mismas o parecidas situaciones de derecho, pueden seguir los jueces tres métodos distintos: el método lógico, el histórico y el positivo.

#### a) EL MÉTODO LÓGICO

El método lógico consiste en examinar el texto mismo de la ley, comparando sus diversas partes, para sacar conclusiones conforme a la lógica. De este modo se desechan las interpretaciones que conducen al absurdo o a la no explicación de la ley. En este método, se compara, además, el texto de la ley que se estudia con el de otras análogas o similares, y es muy recomendable, por estas razones, su aplicación para los abogados, pues permite presentar claramente los casos.

La presentación de un caso legal, conforme a este método, deberá ceñirse a los siguientes principios, por el orden que pasamos a indicar:

I. El exordio, o sea, deberá indicar de qué se trata.

II. Planteamiento de la cuestión; es decir, exponer el fundamento ante los hechos y el derecho.

III. El examen o crítica de los hechos, refutándolos uno por uno, y tomando en cuenta especialmente su valor relativo, para según eso desechar los que no influyan en la decisión del asunto controvertido, e insistiendo más en aquellos que puedan decidir



en el pleito. Es conveniente terminar este examen con un resumen de la refutación de los hechos.

IV. El examen o crítica del derecho. En esta parte se aconseja refutar los argumentos contrarios de derecho, y substituirlos por los propios, previa igual valorización que se ha mencionado en el caso anterior. Debe terminarse también haciendo un resumen de los argumentos de derecho.

V. Debe hacerse después un resumen general de los hechos y de los argumentos de derecho e insistir nuevamente en aquellos que puedan decidir la cuestión.

VI. Y, finalmente, llegamos a la peroración, o sea, a aquella parte en que se traigan argumentos, que, aun cuando estén fuera de la cuestión misma o relacionada con ella, influya en el ánimo para decidir el asunto en un sentido determinado.

Un procedimiento igual, basado en este caso en un espíritu más imparcial, puede servir a los jueces en la redacción de sus sentencias.

Los principios de la lógica son de gran valor en la argumentación, siempre que no se incurra en la exageración. Para conocerlos bien, transcribimos, pues, a continuación, la clasificación de los argumentos que se hacen en los tratados de lógica jurídica y que son los siguientes:

Ad definitionem, es decir, en conformidad a la definición.

Por etimología.

Ad ordinem, esto es, por orden.

A contrario sensu, o en sentido contrario.

Por analogía, o por símil.

A fortiori, el cual consiste en extender la ley de un caso previsto a otro sobre el cual se ha guardado silencio.

De excepción a la regla.

Quien puede lo más, puede lo menos.

La razón legal.

Según el uso común del lugar.

A lo imposible, esto es, llevando el argumento hasta ese extremo.

Al absurdo; igual explicación que en el caso anterior.

El método lógico cuando se abusa de él, puede conducirnos a los absurdos más grandes, pues es sabido que la lógica en abstracto se aparta por completo de los problemas de la vida real. En la vida, puede decirse, los fenómenos se producen



ilógicamente; nada menos común, en la práctica, que el sentido común. Es por esto que, aplicando los principios en abstracto, se podrían cometer las mayores injusticias.

### b) EL MÉTODO HISTÓRICO

Conforme a este método, se trata de averiguar la intención que ha tenido el legislador en la época de la promulgación de la ley, empleando para conseguir este objeto, todos los medios conocidos de investigación.

Se parece, pues, al método anterior en que se trata de saber cuál es la opinión del legislador; pero de aquí también que por tal motivo se le haya hecho una severa crítica. En efecto, se ha dicho: ¿qué tenemos que ver o qué importancia puede tener para nosotros la intención de los legisladores del año 57, de 1789 y aún la de los romanos, para resolver problemas de nuestra época que tienen diversa modalidad de la que tenían los problemas afrontados por esos legisladores? ¿Y qué decimos de los nuevos problemas que hoy se presentan y que eran totalmente desconocidos en aquella época con qué criterio se resuelven?

De la crítica de este sistema nació el método positivo de investigación y que pasamos a enunciarlo en el párrafo siguiente.

### c) EL MÉTODO POSITIVO

Consiste este método en averiguar previamente, si los hechos, materia del juzgamiento, son similares a los hechos existentes al tiempo de la promulgación de la ley. Una vez comprobada la disimilitud, entra a funcionar el método positivo y en este caso puede valerse hasta cierto punto de la lógica y del histórico.

Cuando se recurre al método histórico no se debe entonces averiguar la intención del legislador en la época de la promulgación de la ley, sino con el único objeto de saber cuáles eran en aquel tiempo las realidades que motivaron el establecimiento de esas normas legales.

Conforme al método positivo, no importa saber cómo el legislador antiguo habría resuelto este nuevo problema, si el se encontrare vivo, o si en ese entonces se le hubiere presentado;



lo que interesa conocer ahora es, cómo o de qué manera el legislador de nuestro tiempo debería resolver este problema si fuera llamado a legislar sobre él; debiendo además tener en cuenta los hechos mismos materia del juicio, sus diferentes modalidades, los principios de equidad en que deba basarse, y las circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes con que se presente.

En los países anglo-sajones se ha dado mucha importancia al factor «equidad», la cual es interpretada para ellos en resolver un asunto no con prejuicios ni conforme a normas generales determinadas, sino considerando todos y cada uno de los antecedentes del caso especial.

En atención a esas interpretaciones, las Cortes de equidad, en ciertas circunstancias, pueden castigar a las dos partes, o hacerlas responsables en proporción de las consecuencias del pleito. La solución es, pues, como se ve, opuesta al método lógico, el cual debe fallar siempre en virtud de principios abstractos.

---

Como resumen del análisis de los tres métodos que hemos enunciado, y en relación al Derecho Público y al Derecho Administrativo, basta el solo examen de lo expuesto para comprender que el método positivo es el más conforme con las características del Derecho Administrativo y del Público. Estos constituyen un derecho en formación, que no puede tener los rigores del Derecho Privado, que debe propiciar las soluciones de equidad y de protección, no sólo a los derechos estrictamente tales, sino también a las expectativas que ofrezcan, cuando éstas son legítimas y bien fundadas.

---



## CAPÍTULO IV

### LA COSTUMBRE Y LA OPINIÓN DE LOS AUTORES

La costumbre, como fuente del Derecho Administrativo, y la opinión de los autores son dos factores que tienen suma importancia en el desarrollo de nuestros estudios. Aceptada casi sin vacilación la primera, ha sido en cambio, muy discutida la segunda, principalmente en las contiendas jurídicas.

Nos referimos, por orden, a la costumbre, para tratar en seguida de la opinión de los autores.

La costumbre tiene dos orígenes: uno consciente, producto de la deliberación; y otro, instintivo, producto de la repetición de los hechos. Tal es la opinión de JELLINEK, la cual hacemos nuestra.

Tiene fuerza derogatoria aun en el Derecho Civil, aun cuando los civilistas opinen lo contrario. En Derecho Público, cuando una institución legal ha caducado, tiene suma importancia la costumbre.

En la Administración, se denomina práctica administrativa y en muchos casos violar las buenas prácticas es tan grave casi, como violar una ley.

La costumbre puede tener fuerza derogatoria, o bien creadora de derechos; como asimismo limitarse a modificar los establecidos. En este sentido, hay determinadas instituciones jurídicas que, por obra de la costumbre, se han transformado en otras de distinta naturaleza. Tal, podría decirse, que ha sucedido con nuestro régimen político que de Presidencial se ha convertido en Parlamentario, adoptando innumerables prácticas de este sistema de Gobierno que no han sido preceptuadas en la Constitución.

En Francia, es digno de anotarse el hecho de que el matrimonio entre cuñados era prohibido por la ley; pero, conforme

a la costumbre establecida, el Gobierno se vió en la necesidad de autorizarlo.

Y volviendo a nuestro país, tenemos el caso de la Ordenanza Militar, la cual ha caído en desuso, como una imposición que la costumbre ha sancionado en virtud de lo anacrónico de sus disposiciones.

Resumiendo, pues, vemos la importancia de la costumbre en Derecho Administrativo, la cual, en ciertos casos, llega hasta constituir un verdadero derecho.

---

La opinión de los autores, como decíamos, al comenzar, ha sido muy negada como expresión del derecho. Sin embargo, sostenemos nosotros, el hecho de ser citada en toda contienda jurídica de importancia y se invoque la opinión de los autores o tratadistas de derecho, hace en el hecho que tengan una verdadera fuerza moral.

Aún más, la opinión de los autores, la expresión de sus ideas ha sido en distintas ocasiones el origen de muchas disposiciones que se encuentran hoy día repartidas en códigos y leyes diversos. ¿No es acaso, por cierto, un hecho de todos conocidos que los principios sobre los que se basa casi toda la legislación universal de igualdad, libertad y fraternidad, principios que son citados a cada paso en la cátedra y en el Parlamento, fueron sugeridos por los autores precursores de la Revolución Francesa?

¿No se ha establecido en casi todas las Constituciones del universo el principio de la Separación de los Poderes? Como se sabe, esto que hoy constituye un principio de Derecho Constitucional en casi todas las Cartas Políticas existentes, fué la opinión que sustentaron sobre la mejor forma de gobierno Locke en Inglaterra y Montesquieu en Francia.

Y si llegamos hasta el Derecho Administrativo mismo, observaremos a cada rato cómo las ideas y opiniones de distintos autores ha sido llevada a la práctica en servicios administrativos de la más variada índole, ya sobre higiene, ya sobre edificación escolar, ya sobre correos, sobre cárceles, etc., etc., y que muchos de ellos son designados con el nombre de sus creadores.



Ahora bien, en este caso, hemos visto que la opinión de los autores ha sido germinadora de derecho, ha sido su fuente. No podrá, en consecuencia, negarse la fuerza que tiene en el derecho y la inmensa influencia moral que ejerce entre los que están llamados a formar las leyes, es decir, entre los legisladores; como, asimismo, entre los que están llamados a aplicarla, esto es, entre los jueces.

Y esta influencia debe ser tanto mayor, cuanto, como en el caso del estudio que nos preocupa, es el Derecho Administrativo un derecho en formación que aún no está codificado, ni existen principios definitivos sobre las múltiples materias que comprende.

FIN DE LA PARTE I.





## SEGUNDA PARTE

### La antigua teoría de la separación de los Poderes y la moderna doctrina de la colaboración de los Poderes Públicos como fundamento del Derecho Administrativo

---

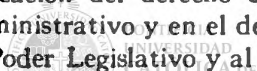
Introducción.—Antecedentes históricos.—Desarrollo teórico: LOCKE y MONTESQUIEU.—La obra contraria de ROUSSEAU y sus continuadores.—La apreciación moderna de la doctrina; su examen crítico.—Derecho comparado: el sistema francés; el alemán; el suizo; el belga; el sistema anglo-sajón.—El sistema chileno: antecedentes históricos; ojeada general sobre su funcionamiento en el orden de conflictos entre la Administración y la Justicia.

#### INTRODUCCIÓN

Puede decirse, sin temor de exagerar, que la doctrina de la separación de los Poderes ha sido considerada durante largo tiempo como la base de todo el derecho público moderno y de toda la vida política y administrativa de los países constitucionalmente organizados, desde el siglo XVIII hasta nuestra época.

Y aunque el asunto ofrezca de por sí grandísimo interés en sus aspectos político y gubernamental, nos ocuparemos exclusivamente en su faz jurídica por señalarlo así el objeto de nuestro estudio.

Contemplamos la separación de los Poderes desde el punto de vista especialísimo de las relaciones que en el campo de la aplicación del derecho corresponden al Poder Judicial y al Administrativo y en el de la dictación de las normas jurídicas, al Poder Legislativo y al Ejecutivo o Administrativo.



Enorme importancia reviste esta materia, tanto para el administrador público como para el legista, porque de no apreciarse como se debe el enlace que une a los varios Poderes Públicos entre sí y la naturaleza de las funciones que les son comunes y la que los diversifican, no puede emprenderse con esperanza de recoger frutos el estudio de la potestad reglamentaria, que compete al Ejecutivo, cuyos reglamentos constituyen en ciertos casos una verdadera legislación de carácter secundario y en otras supletoria de las leyes, y cuyos efectos son a veces obligatorios para los tribunales y particulares; ni tampoco el de los conflictos que se suscitan entre el Estado y los habitantes, que constituyen la mayor parte de las materias asignadas al derecho administrativo.

Esta es la causa de la dilucidación previa de tal materia, que no figura como tema de actualidad en las obras de los modernos publicistas europeos o norteamericanos; pero que, entre nosotros, continúa siendo considerada como asunto de palpitante actualidad.

En efecto, en la prensa, en los *meetings*, en los discursos que se pronuncian en el parlamento, en las deliberaciones de los Tribunales de Justicia, se invoca a diario esta doctrina, que es en sí misma un verdadero anacronismo, considerada en cualquier obra moderna como algo que pertenece a lo pasado y que ofrece más interés histórico que de actualidad.

#### BIBLIOGRAFÍA

Para la redacción de este capítulo se han consultado, entre otras, las siguientes obras especiales:

MONTESQUIEU, *De L'Esprit des Loix*, Libro XI, Cap. I a VIII, ed. Garnier.—R. DE FUZIER-HERMAN, *La Separation des Pouvoirs*, París 1880.—GEORGES CABEN, *Le Gouvernement Legislatif; La Loi et le Reglement*, París, 1913, Rousseau, ed.—E. HURT, *Du Principe de la Separation des Pouvoirs considéré au point de vue des rapports de l'Autorité Administrative et de l'Autorité Judiciaire en droit français*, París 1877.—LAPERRIÈRE, *Traité de la Jurisdiction Administrative et des Recours Contentieux*, 2 vols., París, 1888, Berger-Levrault et Cie., eds.—A. DE CHAMBRÚN, *Le Pouvoir Executif aux Etats Unis*.

Y las siguientes generales:

CROISBT *Les Democraties antiques* (bibliot. de Le Bon), París, Flammarion, ed.—MOMMSEN, *Derecho Público Romano*, (compend., trad. esp.)—STAEL, *Historia de la Filosofía del Derecho*, trad. esp.—BENJAMIN CONSTANT, *Principes de Politique*, 1875, Cap. II.—SEIGNOBOS, *Histoire Politique*



de l'Europe Contemporaine, Evolution des partis et des formes politiques, París, 1899, Armand Colin, ed.—ORLANDO, *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, Milano, Società Editrice. Libreria.—BOUTMY, *Etudes de Droit Constitutionnel*, París, 1913, A. Collin, ed.—J. BRUCE, *The American Commonwealth*, New York, 1904, Mac-Millan Co., eds.—E. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, 1916, The Banks Law Publishing Co. eds.—GOODNOW, *Derecho Administrativo Comparado*, trad. de la España Moderna, t. II.—JAMES, *Principles of Prussian Administration*, 1913, New York, Mac-Millan, ed., p. 191.—BERTHELEMY, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1913, Rousseau, ed.—LEROY, *Les Transformations de la Puissance Publique*, París, 1908, Giard et Brière, eds.—HOLLAND, *Jurisprudence*.—JELLINEK, *L'Etat Moderne et son Droit*, 2 vols., París 1911, Giard y Brière eds.—RAMÓN BRICEÑO, *Memo-ria Histórico-Crítica del Derecho Público Chileno*, 1849, Santiago.—JORGE HUNEEUS, *Obras* (La Constitución ante el Congreso), 3 vols., 1890.

#### ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Háse sostenido que la doctrina de la separación de los Poderes es condición indispensable en todo Estado para asegurar la libertad de los ciudadanos; y cada vez que entre nosotros, como antes en Francia o en Estados Unidos, se ha hablado de confundir estos Poderes o siquiera de mezclar algunas de las atribuciones que ejercen, se ha invocado esta teoría, exclamando que las libertades peligran. El hecho es, sin embargo, que en la historia dicha doctrina aparece aplicada por primera vez sólo a fines del siglo XVIII por obra de la independencia de los Estados Unidos, primero y, después, por la de la revolución francesa.

Hasta entonces la humanidad vivió bajo regímenes despóticos o democráticos sin haber experimentado la tan decantada separación. Sin embargo, en Atenas hubo un comienzo: el pueblo, agrupado en ciertos organismos diversos y reunido en la plaza pública, dictaba la ley, confería el mando de los ejércitos, fallaba las cuestiones judiciales, pronunciaba el destierro, etc., etc. (1). También muy rudimentariamente experimentóse en la República romana, a pesar de que eran allí los pretores quienes daban en ciertos casos la norma legislativa a la par que aplicaban el derecho, como después en Inglaterra los jueces, que en los casos de *equity*, no sólo aplican el derecho, sino que dan también la norma. Así se dice constantemente «la ley del Juez X».

(1) CROISSET, *Les Démocraties antiques*, p. 84 y siguientes.



Innumerables citas de este estilo hállanse en las obras de comentadores como BLACKSTONE, HOLLAND, etc., etc. En la esfera del derecho privado, la Comunidad en Roma ocupaba el puesto del juez que resolvía las contiendas entre particulares; y cuando ella misma era parte, su derecho no se equiparaba al de los particulares sino que ella se hacía justicia por sí propia. Si el particular se consideraba perjudicado en su derecho por la comunidad no tenía otro recurso que confiar en su propio auxilio (1).

El Imperio, que concentró en una sola persona todos los diversos cargos con sus atributos anexos, hizo desaparecer por completo toda idea de separación de los Poderes. Es cierto que el emperador Augusto y algunos de sus sucesores cuidaron mucho de revestir su poder de apariencias republicanas juntando en su persona muchos cargos a la vez; pero todo esto concluyó cuando en tiempos de Dioclesiano los emperadores asumieron todo el poder y llegaron a ser verdaderos monarcas al estilo oriental.

Los pueblos germánicos, durante la primera época de su establecimiento en las antiguas provincias romanas, no tuvieron idea de esta separación. Entre ellos todas las funciones públicas estaban confundidas, y cuando se desarrolló el feudalismo, esos pueblos no tenían más principio constitucional que éste: «*Quod principi placuit leges habet vigorem*». Estaban, pues, la autoridad ejecutiva y la legislativa en manos de una sola persona.

Este estado de cosas se mantuvo hasta fines de la Edad Moderna en el continente: En Inglaterra había desaparecido desde la fecha en que se dictó la Magna Carta.

Nació entonces el Poder Judicial como una entidad independiente en la Edad Media, por obra del derecho canónico. Inspiraba la Iglesia tal respeto, que la voluntad del príncipe se detenía ante la soberanía de los cánones; y así, en aquellas épocas más turbulentas y arbitrarias hubo muchas personas que profesaron en órdenes monásticas para poder vivir al amparo de un derecho establecido de antemano.

Los canonistas, que, por razón de su ministerio vivían pacíficamente al lado de los príncipes ocupados siempre en guerras, y que con motivo de sus estudios, estaban mejor que otros en

---

(2) MOMMSEN, *Derecho Público Romano*, p. 453.



actitud de conocer el Derecho Romano, establecieron poco a poco, el Poder Judicial como entidad independiente. Al mismo tiempo, se pasó de manera casi imperceptible, del Derecho Canónico al Romano, fomentado este último por los comentaristas de Bolonia.

Cierto es que en algunas partes, como en las provincias del norte de Francia, tuvo atenuaciones este cambio; y en otras se acentuó mucho, como en el Mediodía este país, y en España donde el latín llegó a imperar en todas las clases cultas.

De este modo nació, pues, en gran parte, el Poder Judicial, independiente de los príncipes. Tornóse después en una verdadera casta de juristas, no eclesiásticos, que perteneciendo a la burguesía llegaron a constituir un verdadero Poder en el Estado. Los parlamentos de Francia, y principalmente el de París, que eran cortes superiores de justicia, fueron los órganos más representativos de este Poder. Resistieron éstos durante toda la Edad Moderna las invasiones del Poder real; y como no podían arremeter de frente contra el monarca, hacían objeto de sus censuras y sentencias a los intendentes, cuyos actos administrativos trataban de anular en favor de los particulares que veían algunos de sus derechos amagados por orden de aquellos funcionarios.

Hay que tener muy presente esta situación, en la cual el Poder Judicial aparece perturbando la obra del Poder Administrativo, producida a fines de la monarquía en Francia, para darse cuenta de los extremos a que llegó la reacción en aquél país contra este orden de ideas, cuando la Revolución derrocó el antiguo régimen y estableció sobre bases completamente diversas todo un nuevo sistema legal, del cual somos nosotros sus directos herederos. Sin tomar en cuenta estas circunstancias es imposible explicarse las razones que tuvieron los legisladores franceses para llevar aquella reacción a extremos tan exagerados, como los que pronto analizaremos.

### EL DESARROLLO TEÓRICO

El primero que trató de la separación de los Poderes fué Aristóteles, sin que sus ideas sobre el particular se aplicaran durante toda la Edad Media y la Edad Moderna, a pesar de que Aristóteles fué el gran filósofo de la época medioeval. Dice



este autor en su Política que en todo Estado hay tres Poderes, a saber: 1.º la asamblea general deliberante sobre los asuntos públicos; 2.º los cuerpos de magistrados; y 3.º el cuerpo judicial. A pesar de esto, MONTESQUIEU desconocía que en la antigüedad se hubiera formulado semejante teoría.

Ya antes que MONTESQUIEU, MARCELO DE PADUA, obispo y jurisconsulto que vivió en el siglo XIV, formuló la teoría de la división de los Poderes como base de un Gobierno libre.

Pero, en realidad, el precursor inmediato de MONTESQUIEU en esta teoría, fué LOCKE, que vivió en el siglo XVII y ha tenido quizás mayor influencia que todos los filósofos de la Edad Moderna en la formación del Derecho Público. MAQUIAVELO también escribió sobre Derecho Público, pero la obra de LOCKE y la de MONTESQUIEU se diferencian de la de MAQUIAVELO en que éste escribió todo un tratado de política en favor del príncipe, de sus atribuciones, de sus intereses, etc.; al paso que los otros dos autores no se preocuparon del príncipe sino de la nación.

LOCKE expuso su sistema en su libro titulado *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, y MONTESQUIEU, en su obra *El Espíritu de las Leyes* (Libro XI).

Por lo artificiosas que son las conclusiones de esta obra, alguien ha dicho que en vez de *L'Esprit des Lois* debiera llamarse *Les Lois de l'Esprit*...

LOCKE fué el primero en plantear la teoría constitucional del dualismo indispensable en el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Apoyando sus conclusiones en el derecho natural y en el principio de la soberanía popular, sostiene que únicamente el pueblo puede darse leyes y que el rey, respondiendo a su misión principal, es el ejecutor de ellas. No menciona este autor al Poder Judicial.

Respecto de MONTESQUIEU, hay que hacer presente que, este autor, estudió las instituciones y la administración inglesa, dominado por dos clases de ideas fijas: por un odio feroz al despotismo y por un menosprecio absoluto por la democracia. El vió funcionar el parlamento inglés, tuvo relaciones con pensadores y políticos eminentes de Inglaterra; pero en sus observaciones no procedió guiado por un espíritu científico que va a observar los hechos para sacar las inducciones que de ellos se desprenden, cualquiera que éstos sean, sino que observó los hechos después



de tener ya establecidas sus conclusiones. Por eso MONTESQUIEU en su obra citada nos habla de la independencia entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo en un país que precisamente en ese momento histórico ofrecía el ejemplo más palpable de la anulación del Poder Ejecutivo por obra del Poder Legislativo. Porque, como dice SEIGNOBOS en alguna parte de su *Historia Política de la Europa Contemporánea*, la historia del gobierno parlamentario en Inglaterra no es más que la historia de las conquistas realizadas por el parlamento en el campo que competía a la corona.

Aún más, en Inglaterra en aquel entonces y hoy día, los Poderes estaban entremezclados íntimamente no sólo en la práctica sino también en la teoría: El Poder Legislativo y Ejecutivo son uno por la concepción del *King in parliament*, única en el derecho público moderno.

Dicho sea de paso, que los autores en este país, ni siquiera mencionan, por regla general, la separación de los Poderes.

Para comprender su desprecio por la democracia, no hay que olvidar que MONTESQUIEU, perteneciente a una familia noble, ocupaba rango prominente en las capas más altas de la burguesía francesa.

En cada estado, dice este autor, hay tres clases de Poderes: El Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho de gentes y el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil.

Ya su obra sobre la *Grandeza y Decadencia de Roma*, sostiene constantemente la idea de que la única barrera contra las invasiones del despotismo, es la repartición de la autoridad pública entre diversas personas.

Vivió verdaderamente enamorado del ideal de la libertad, que él hacía consistir en la independencia de los particulares y en la seguridad de que éstos no serán perturbados en la esfera de acción que les otorgan las leyes. Este ideal no puede alcanzarse, sostiene MONTESQUIEU, sino por medio de un régimen que haga imposible las invasiones del poder gubernamental y para esto es necesario, agrega, que las diversas ramas del poder se ejerzan por personas diferentes, que se resuelvan dentro de la esfera que les señala la ley y entre las cuales se divida. Es necesario, dice, dentro de la naturaleza de las cosas, el po-



der detenga al poder (1). Análogo principio inspiró a los autores de la Constitución de los Estados Unidos, que es el primer Código fundamental basado en la división de los Poderes, al separar tan rigurosamente los Poderes y al establecer lo que llamaron «el sistema de los contrapesos», para procurar el equilibrio de los órganos del Estado. Ellos decían que la libertad se aniquila con la unión en una misma mano de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

El error principal de esta doctrina, es el de considerar este problema desde un punto de vista netamente mecánico. Así MONTESQUIEU, concebía al Estado con un fin negativo, cual es la eliminación de obstáculos para el particular y no tomaba en cuenta el poder del Estado como promotor del progreso; que sólo lo consideraba como una entidad llamada meramente a impedir el abuso.

MONTESQUIEU no trata siquiera de comprobar su teoría y ni examina la cuestión general de la unidad del Estado y la relación de los diversos Poderes del Estado con esta unidad. Esta doctrina ha acarreado la consecuencia de dividir al Estado en tres personas y ha producido la Doctrina de KANT que estima los tres Poderes como tres distintas personas morales que se completan mutuamente y se subordinan entre sí (2).

Fué tan grande el éxito que tuvo en Francia, esta teoría que en 1789, el caballero SAMETH exclamaba en la tribuna: «Sin la separación de los Poderes, no hay mas que despotismo». Y TARGET repetía por su parte: «Si los Poderes estan separados, la libertad existe, y si están reunidos, el pueblo se halla bajo el yugo del despotismo».

La Declaración de los Derechos del Hombre se hizo cargo de esta doctrina de la siguiente manera: «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de los Poderes se halla determinada, carece de Constitución».

Una resolución de la Asamblea Nacional, de 7 de Octubre de 1790, sienta este principio, que, puede decirse, ha servido de base a todo el Derecho Público Administrativo francés, hasta nuestros días, y es también la declaración que ha tenido mayor influencia en la Legislación de otros países: «1.º Ningún ad-

(1) MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loís*, Libro XI, Caps. I a VIII.

(2) JELLINECK, *l'Etat Moderne et son Droit*, t. II, p. 160 y siguientes.



ministrador puede ser enviado ante los Tribunales por razón de sus funciones; y 2.º las reclamaciones acerca de la incompetencia de los cuerpos o entidades administrativos, no corresponden en ningún caso a los Tribunales sino al Rey».

Vemos ya, aparecer claramente el rencor que guardaban los hombres de Estado en Francia a los Tribunales que durante la monarquía, en el siglo XVII y en el XVIII, no habían hecho otra cosa que impedir la labor de la administración para amparar a los particulares.

Cuando tratemos de la ley, como fuente del derecho público, tendremos oportunidad de conocer en sus pormenores la actitud de los legisladores franceses para ponerse en guardia contra el Poder Judicial y el verdadero sistema que idearon para impedir que este Poder llegara a mezclarse en los asuntos de la administración.

#### LA OBRA CONTRARIA DE ROUSSEAU

En todas estas disposiciones se ve, pues, la obra de MONTESQUIEU; pero, luego se hizo sentir también la influencia decisiva de otro escritor que ha tenido tal vez mayor trascendencia que MONTESQUIEU: nos referimos a ROUSSEAU. No era éste partidario de la separación de los poderes. Sustentaba la idea del poder popular representado por sus asambleas legislativas. Se produjo, entonces, una reacción en la mentalidad francesa, reacción que se tradujo en varios preceptos legislativos, como vamos a verlo.

Nótase especialmente esta reacción contra el principio de la separación de los Poderes en las ideas de ROUSSEAU, que proclamaba la soberanía casi ilimitada del pueblo, doctrina incompatible con la teoría, de la separación. Y es muy interesante de observar en la historia del desarrollo constitucional, en qué épocas ha influido más decididamente la doctrina de MONTESQUIEU y en cuáles otras ha imperado la de ROUSSEAU.

Ya la Constituyente, imbuída por las ideas del autor del *Contrato Social*, llegó a centralizar todos los Poderes y a expresar que los miembros del Poder Ejecutivo no eran más que simples *comités* de los legisladores.

Después de la Revolución se produjo una reacción doctrinal adversa a la teoría de MONTESQUIEU. Desarrollóse prin-



cialmente este movimiento en Alemania y en Francia. Fué en Alemania el escritor más caracterizado de esta campaña, HEGEL, autor de las obras tituladas *Filosofía del Derecho de las Naciones*, *Historia de la Filosofía* y *Filosofía de la Libertad*.

Para este pensador hay tres Poderes públicos: 1.º el del rey; 2.º el poder que da las normas generales, es decir, el legislativo; y 3.º el poder administrativo, o sea, el que aplica las normas generales, formado por el ejecutivo y el judicial.

A la concepción mecánica de MONTESQUIEU, opone HEGEL, una concepción que podríamos llamar orgánica y sostiene que es imposible concebir el funcionamiento de un Estado en que los poderes estén mecánicamente separados. Por el contrario, afirma que la combinación de los poderes y el hecho de que las funciones de éstos se ejerciten en forma entremezclada, produce la unidad de la acción en el gobierno de un país cualquiera. Manifiesta profundo desdén por la Constitución inglesa, por el sistema parlamentario y aún por la representación popular en las asambleas legislativas. No cree que los pueblos tengan algo que ganar con la representación popular y sí mucho que perder. Es un decidido partidario de los funcionarios y del Gobierno llevado a los últimos extremos: podríamos decir que la teoría de HEGEL es extra-gubernamental. Piensa este tratadista que los funcionarios competentes, conocedores de los diversos servicios públicos, podrían desempeñar con mejor éxito las mismas atribuciones que corresponden a los legisladores en otros países. Tampoco cree que la representación parlamentaria popular sea una valla que defienda las libertades de los individuos contra las invasiones del Poder Ejecutivo o administrativo.

En Francia entre los más notables publicistas que escribieron contra la idea de la separación de los Poderes, se destaca BENJAMÍN CONSTANT, en su obra *Principios de Política*, publicada en 1875 (1). Sostiene que hay cuatro poderes: los tres poderes de MONTESQUIEU, más un cuarto poder que es el del rey. El soberano, en su entender, está sobre las luchas políticas y ejercita un poder moderador: si hay invasión parlamentaria, el rey crea nuevos pares y contrapesa la influencia del parlamento; si hay influencia excesiva de los ministros, entonces el rey puede destituirlos o amonestarlos y regular el poder entre ellos.

(1) *Principes de Politique*, Cap. II.



Continuó en Francia el movimiento iniciado por CONSTANT. Así, en 1878, la Academia de Ciencias Sociales y Políticas, propuso como tema de un concurso público la cuestión de la separación de los Poderes. Con este motivo púsose el asunto muy en boga y se produjo al respecto una enorme literatura, la cual rechazó en general la doctrina de MONTESQUIEU. Entre los autores que se ocuparon, en el tema, FUZIER-HERMAN, es el más clásico de todos los que han tratado esta materia y al cual hemos consultado constantemente en la redacción de este capítulo.

Se produjo, después, en Francia una corta reacción provocada por los excesos centralistas y las tendencias despóticas del gobierno de Napoleón III, ya que no por consideraciones de estudios históricos ni filosóficos.

LABOULAYE y JULES FABRE, son sus principales representantes y tienden a resucitar la antigua teoría de la separación de los Poderes, con el objeto de oponerla como compensación a las tendencias centralistas y despóticas del gobierno de la época. Sostienen estos autores que la división de los Poderes no puede tener por fin, sólo la buena gestión de la cosa pública sino que también debe encaminarse a afirmar la soberanía de la nación.

#### LA APRECIACIÓN MODERNA DE LA DOCTRINA

Pero esta reacción fué corta; y podemos hoy decir que no hay escritor contemporáneo que no dé esta teoría como completamente aniquilada: considéranla todos, como algo arcaico en la historia del Derecho.

Entre otros, podemos citar a LEON DUGUIT, profesor en la Universidad de Burdeos y autor de las obras *Las Transformaciones del Estado* y *Las Transformaciones del Derecho Público*. Este, que es el más valiente de los escritores de la generación actual, dice textualmente: «Colocar a la cabeza del Estado dos poderes sin liga entre sí, sin compenetración, sin solidaridad, es condenar al Estado fatalmente a la lucha, y, como de estos poderes uno será precisamente más medurado que su rival, éste absorberá a aquél».

Resulta que el sostener esta teoría es proceder en forma contraria a la observación científica de los hechos sociales» (1).

(1) Citado por CABEN.



La doctrina de una rigurosa división de poderes, agrega, ha sido irremisiblemente condenada por experiencias tristes y concluyentes.

Por su parte, SEIGNOBOS, dice lo siguiente: «Esta idea está bien muerta y puede leerse su oración fúnebre en todos los tratados de derecho público fundados sobre la experiencia de un Estado centralizado» (1).

A su vez, ORLANDO, quizás el escritor de mayor autoridad en derecho público administrativo, dice a la letra: Esta teoría «no responde a la realidad de las cosas ni en la misma monarquía inglesa, donde MONTESQUIEU la había estudiado; ni fué jamás aplicada en forma completamente esquemática en país alguno. En Francia misma, donde fué siempre considerado como la piedra angular de cada libertad y el fundamento de todos las Constituciones; y en Estados Unidos, donde fué llevada hasta los últimos extremos de lo posible, los escritores no se han dejado llevar de la resonancia de la frase, sino que observando los hechos, han reconocido que la separación de Poderes sufre notables excepciones» (2).

El célebre publicista BOUTNY, se expresa así, al tratar de la aplicación que tuvo esta doctrina en los Estados Unidos: «La convención de Filadelfia, penetrada hasta la superstición, de la teoría de MONTESQUIEU, ha puesto todo su empeño en mantener separados los Poderes. Y esta separación de Poderes que existe en aquel país ha llegado a causar serios tropiezos en todo orden de ideas» (3).

Así es como en Estados Unidos la legislación social, basada en ideas modernas, no ha podido implantarse con el éxito con que esto se ha hecho en otros países, porque la Corte Suprema, ha casado como inconstitucionales la mayor parte de las leyes de carácter social, por ser atentatorias contra los derechos de propiedad tan rigurosamente establecidos en la Constitución. Y debe tenerse presente que la Constitución de los Estados Unidos nació precisamente en la época en que los principios individualistas y los derechos de propiedad dominaban sin con-

(1) Ibid.

(2) *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, t. I., p. 23 y siguientes.

(3) BOUTNY, *Etudes de Droit Constitutionnel*, p. 131.



trapeso. Por eso también el funcionamiento del gobierno norteamericano ha merecido a JAMES BRYCE el siguiente juicio: «Hay en el gobierno Americano, considerado como un todo, una gran falta de unidad: sus ramas están desconectadas, sus esfuerzos no se dirigen a un solo fin y no producen un solo y armonioso resultado» (1).

Con todos estos antecedentes a la vista, podemos decir, pues, que la separación de los poderes no ha existido más que en la mente de MONTESQUIEU y de unos pocos ilusos. De aquí que un escritor nacional, don ANTONIO SUBERCASEAUX, pudiera decir con toda verdad: «En el mecanismo de los Estados no existe esa soñada absoluta independencia de Poderes, como no existe en ningún organismo una absoluta independencia entre sus diferentes funciones y sus diferentes órganos» (2).

Hemos establecido en principio la distinción de los tres Poderes, dice HUET. ¿Quiere esto decir, agrega, que siempre deba realizarse en la práctica?—Nó, pues esta distinción es susceptible de toda suerte de atenuaciones, de temperamentos que arrancan de fines utilitarios y que varían con las constituciones; y así como el jefe del Ejecutivo participa a menudo en la elaboración de las leyes, por el ejercicio del derecho que tiene para sancionarlos y por el derecho de iniciativa, así también el poder Legislativo ejerce una serie de actos netamente administrativos» (3).

Tan falso es este principio que, apoyándose en él mismo, se han producido dos sistemas de legislación bien diversas: la legislación francesa y la norteamericana. En la primera, la aplicación de este mismo principio ha conducido a dar a la Corte Suprema la facultad de casar las leyes inconstitucionales, cosa que no sucede en Francia.

La sana crítica se auna al examen histórico para comprobar lo falso que esta teoría encierra. Descansa toda ella sobre el supuesto de que existen poderes distintos cuando en realidad no hay tales poderes distintos, sino que todos son fracciones diversas de un poder único, el poder del Estado, que se manifiesta por sus varios órganos. El Estado, quiere, manda, obliga. Estos

(1) BRYCE, *The American Commonwealth*, p. 210 (abridged edition).

(2) *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1903, p. 226.

(3) HUET, *Du Principe de la Separation des Pouvoirs*, etc.

tres estados son tres fases sucesivas de una misma acción: de la acción de la soberanía, la cual se presenta bajo múltiples formas, cuyo ejercicio constituye una función. Estas funciones son más o menos intensas, según sea el concepto que se tenga del Estado y de su misión en el progreso social, pero cualquiera que este concepto sea, el Estado no deja de legislar, administrar y juzgar: y al ejecutar cualquiera de estas funciones es siempre el mismo Estado el que obra: lo único que varía es la forma como ejercita su función. Y lo hace por medio de sus órganos respectivos, por las autoridades, por los Poderes, que son delegatarios de la voluntad del Estado y lo representan (1).

Sólo concebida en esta forma puede existir la mal llamada separación de los Poderes que podría denominarse con mayor propiedad la doctrina de la diversidad de funciones de los Poderes públicos, con lo cual en nada se perjudica a la armonía del Estado ni a la unidad del gobierno.

Así, ORLANDO al tratar de esta materia habla de la *distinción de funciones* legislativas, administrativas y Judiciales y dice: «Es muy distinto aceptar la teoría de la separación de las funciones a aceptar la teoría de la separación de los tres Poderes, ya que esta última, como fué formulada por MONTESQUIEU y como fué exagerada por la posterior doctrina francesa y americana, además de la distinción de las funciones, implica la atribución exclusiva de cada una de dichas funciones a un órgano separado. Si esto fuera exacto y en cada estado la función legislativa fuera atribuida por entero a un órgano llamado parlamento, la función administrativa al Gobierno y la función judicial a los tribunales, el estudio del derecho público se simplificaría extraordinariamente: bastaría examinar la forma del acto para determinar la sustancia». En otras palabras, si la teoría de separación de los poderes fuera exacta no habría para qué indagar si un acto del parlamento es, según su contenido, un acto puramente administrativo o si un acto del gobierno contiene una norma jurídica» (2).

Es la dependencia recíproca de estos tres Poderes, lo que produce la concordia que los sujeta a reglas fijas, que les imprime una marcha sistemática y sostenida. De allí, la necesidad de

(1) CAEN, obr. cit., p. 15.

(2) ORLANDO, *Tratado*, etc., t. III, p. 7.



respetarse, de dirigirse, de detenerse, de conciliarse. *Si fueran independientes de una manera absoluta, habría entre ellos choques continuos* (1).

No hay que olvidar, que al legislar o al ejecutar un acto judicial o administrativo, el Estado es el mismo, lo único que cambia es la función que ejecuta el acto; y para ello se vale el Estado de sus diversos órganos, delegando si así puede decirse, en ellos la autoridad que él ha recibido (2). De esta suerte los publicistas alemanes han llegado a clasificar estos órganos del Estado en *órganos directos o primarios* y en *órganos derivados*. A los primeros los llaman *Unmillebare* y a los segundos, *Mittelebare*. Está aquí, pues, la base doctrinal de la teoría que sustentamos, en compañía de reputados publicistas, de que los reglamentos dictados por el Ejecutivo, son en ciertos casos, verdaderas leyes, promulgadas a virtud de delegación de facultades por parte del Poder Legislativo. Para los que sostienen la tal separación de los Poderes, como cosa cierta, jamás podrán ser los reglamentos, fruto de esa delegación. De aquí nuestro empeño práctico de establecer previamente esta base teórica, indispensable al estudio de las materias que se siguen y sobre todo, de la potestad reglamentaria.

Estudiada ya la doctrina de la separación de los Poderes desde el punto de vista histórico y examinada a la luz de la crítica vamos a terminar esta materia transcribiendo una frase de HUET, quien, a su vez cita un muy interesante discurso de MIRABEAU, en el cual se resumen perfectamente las razones porque esta teoría ha dominado durante tanto tiempo en el derecho público. Dice este autor: «¿Por qué erigir entonces en principio de gobierno una teoría cuya aplicación está sujeta a tanta crítica? ¿Por qué se la convierte en el Paladión de la libertad, en la piedra angular de todo edificio constitucional?»

Para contestar estas preguntas cita él las siguientes frases de un discurso que pronunció MIRABEAU para explicar este fenómeno a la Asamblea Constitucional: «Por la facilidad del espíritu humano de aceptar las palabras por las cosas, las formas por los argumentos y de seguir siempre en la rutina en un deter-

(1) BENTHAM, *Traité de Legislation Civile et Penale*, trad. franc., ed. de 1820, p. 122.

(2) CAEN, *La Loi et le Reglament*, p. 40 y siguientes.



minado orden de ideas, sin llegar jamás al análisis de la ininteligible definición que se ha adoptado por examen» (1).

Entre nosotros, la teoría asoma ante cualquiera discusión en achaques de derecho público y ha perturbado constantemente el criterio del legislador y del magistrado y lo que es peor, detenido a veces por considerable tiempo la implantación de muchas ideas o torcido la interpretación de las leyes. Así hemos visto a la Corte Suprema sostener que los alcaldes, al proceder en conformidad a la ley de 18 de Diciembre de 1914, que reformó la Ley Orgánica de Municipalidades y que los autoriza para aplicar multas por infracción de los reglamentos municipales, deben proceder como autoridad judicial y no como autoridad administrativa (2).

Sabido es, que los alcaldes, son autoridades administrativas, delegatarias de la autoridad del Estado en el distrito municipal correspondiente y que desempeñan funciones ejecutivas; sin embargo la Corte Suprema cree que estos funcionarios, al proceder a aplicar alguna multa obran como jueces y deben, por ende, oír a las partes y ajustarse hasta a las fórmulas de los procesos judiciales.

Es indudable que el Excmo. Tribunal ha llegado a estas conclusiones porque la idea de la separación de los Poderes públicos está aún muy arraigada entre nosotros. Y es una especie de obsesión enfermiza que persigue a nuestros hombres públicos e informa todos sus juicios.

### DERECHO COMPARADO (3)

Cúmplenos estudiar ahora, la manera cómo ha sido interpretada y aplicada en diversos países, la doctrina de la separación de los Poderes, en lo concerniente al conocimiento de las causas, que inician los particulares en contra del Estado, por perjuicios que éste les irroga, único aspecto del asunto que nos interesa.

Puede decirse, que hay dos sistemas, respecto de la manera de apreciar y juzgar esta clase de actos: a uno lo llamaremos

(1) HUBER, *Du Principe*, etc., p. 201.

(2) Informe al Ministerio de Justicia de 14 de Octubre de 1916.

(3) Véase LAFERRIÈRE, *Traité de la Jurisdiction Administrative*, etc. t. I, p. 36 y siguientes. BORCHARD, *Diplomatic Protection*, p. 116 y siguientes; GOODNOW, tomo II; BERTHELEMY, *Traité*, p. 916 y siguientes.



*el sistema francés*, si bien ha sido implantado también en otros países, y al otro lo denominaremos *el sistema anglo-sajón*.

El sistema francés comprende esta idea fundamental: la administración, como función del Poder Ejecutivo, es competente para juzgar sus propios actos y los tribunales no pueden inmiscuirse en su apreciación ni aun para amparar los derechos de los particulares.

Ya hemos visto qué razones tuvieron presente los legisladores franceses para rodear a la Administración Pública de una serie de vallas que la librara de ser invadida por el Poder Judicial.

La ley sobre organización judicial dictada en Francia en Agosto de 1790, establece que: «Las funciones judiciales son distintas y estarán siempre separadas de las administrativas; los jueces no pueden, so pena de prevaricación, turbar, de cualquier manera que sea, las funciones de los cuerpos administrativos ni citar a sus estrados a los administradores públicos, por razón de sus funciones». Esta misma idea fué desenvuelta y perfeccionada por la Constitución de 3 de Septiembre de 1791, que dice: «Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Lejislativo o suspender la ejecución de las Leyes, ni tampoco pueden mezclarse en las funciones administrativas o citar ante ellos a los administradores con motivo de sus funciones».

Una ley del año 90 admitía la comparecencia de los funcionarios administrativos ante la justicia ordinaria, siempre que aquellos hubieran sido sometidos a la jurisdicción de la justicia por la autoridad administrativa superior.

Hubo otras disposiciones que afirmaron también esta idea de la autorización previa para que los tribunales pudieran enjuiciar a los funcionarios administrativos. Así la Constitución del año VIII, estableció el mismo principio: la autorización debía ser dada por el Consejo de Estado y siempre que se tratara de hechos relacionados con las funciones de los administradores.

Obsérvase claramente que este precepto viene a consagrar en la ley positiva los principios proclamados por la «Declaración de los Derechos del Hombre», que en este particular respecto, no son más que la aplicación en la práctica de la doctrina de la separación de los Poderes, formulada por MONTESQUIEU en Francia.

Para que no quedara duda de que esta doctrina no fué aplicada, en obsequio de la persona misma de los funcionarios, el Tribunal de casación en Francia declaró, en una sentencia famosa, que esa garantía había sido establecida, no en favor del interés personal de los funcionarios públicos; pero sí en pro del interés de la administración, con el objeto de proteger la acción de ésta contra los procesos vejatorios que hubieran podido entorpecerla.

De las disposiciones a que hemos hecho referencia surgió el hecho de que los actos de la administración quedaban sin sanción aunque causaran daño a los particulares.

Nació, entonces, y creció en Francia, una doctrina y un sistema que han tenido influencia muy grande en otros países de Europa y sobre todo en algunos de Hispano-América en materia de persecución de la responsabilidad del Estado. Esa doctrina es la obra de la jurisprudencia francesa, de los magistrados, y sobre todo de los escritores franceses.

Si la justicia ordinaria era incompetente para conocer de los actos de la administración, no lo era ésta para conocer de los actos que ella misma hubiera ejecutado. Para este efecto, en la administración existía un organismo, el Consejo de Estado, que tenía jurisdicción para esta clase de actos del Estado. Algo parecido estableció entre nosotros la Constitución de 1833, en un artículo que después fué suprimido por la reforma de 1874. Dispuso que el Consejo de Estado, tenía facultad para conocer exclusivamente de todos los contratos que celebraban los particulares con el Gobierno.

De allí nació, como se ha dicho, el gran sistema que se conoce en el mundo jurídico con el nombre de *lo contencioso administrativo*.

Según los jurisconsultos franceses, los actos del Estado se clasifican en dos grandes ramas: unos son actos de *puissance publique* que llamaremos actos de autoridad, y los otros son los actos de *gestión*. Los primeros son ejecutados en uso de la atribución soberana del Estado y escapan al conocimiento de los tribunales ordinarios y, en general, aun al de la misma administración. Estos actos sólo a manera de excepción pueden ser anulados por el Consejo de Estado y nunca dan origen a indemnizaciones de perjuicios.

Los actos de *gestión* ejecutados por el Estado, fuera del ejer-



cicio de su autoridad, no son actos políticos, sino que son asimilables a los de un particular en la gestión de sus negocios propios; y se subdividen en actos de gestión privada y actos de gestión pública. Los actos de gestión privada, como un contrato de arrendamiento, como el contrato de construcción de una obra pública cualquiera, son aquellos en que el Estado aparece exactamente como un particular, y caen bajo el control de los tribunales ordinarios de justicia. A pesar de las prohibiciones de carácter constitucional, los tribunales pueden conocer de los efectos de esos actos administrativos, porque en realidad la idea de autoridad no va envuelta en ellos en ninguna forma. En cambio, los tribunales son incompetentes para conocer de los actos de gestión pública. El particular dañado en su patrimonio por un acto administrativo de esta clase acude al Consejo de Estado, que tiene competencia para conocer no sólo los efectos del acto sino también del acto mismo el cual puede ser anulado.

Entre nosotros, cuando los tribunales se encuentran con un decreto o reglamento ilegal dictado por el Presidente de la República no pueden anularlo, porque al hacerlo contrarían el precepto de la Ley Orgánica de Tribunales, contenido en el artículo 4.º, que prohíbe al Poder judicial inmiscuirse en los actos de los otros Poderes, precepto ya consagrado por la Constitución. Pero si carecen de facultad como en otros países, para entrar a apreciar los actos en sí mismos, tienen competencia para conocer de los efectos de esos mismos actos: dejan el acto tal como está y juzgan sobre sus efectos o consecuencias procurando, por medio de sus decisiones, aplicar el remedio correspondiente.

En Francia el Consejo de Estado, va mucho más allá, llegando hasta anular el acto; puede anular por ejemplo un reglamento por considerarlo *ultra vires*. Anulado el acto, entra el Consejo de Estado a conocer de los daños y perjuicios que el mismo acto ha causado a los individuos.

Vemos, pues, que en aquella República hay una serie de actos ejecutados por el Gobierno, en ejercicio de la soberanía que compete al Estado, que perjudican a los particulares y que no ofrecen satisfacción por los daños causados. La tendencia desde hace unos veinte años a esta parte va reaccionando en contra de la propensión dominante en el siglo XIX, en este orden de ideas y se acentúa cada vez más en Francia la jurisprudencia del Con-

sejo de Estado en el sentido de que el Estado siempre es responsable.

Podemos decir, entonces, como regla general, que los actos del servicio público legalmente ejecutados, aunque causen daño a los habitantes de un país hacen inmune al Estado, respecto del pago de los perjuicios, a menos que este pago esté autorizado por una ley especial. Y, las últimas decisiones del Consejo de Estado, establecen, además, que el daño debe ser directo, inmediato y no remoto; debe ser daño material, apreciable en dinero, perfectamente tangible; debe ser seguro y no probable, debe ser actual y no sólo susceptible de que pueda ocurrir en lo futuro.

Conviene hacer presente que alrededor de esta cuestión gira uno de los problemas jurídicos de mayor actualidad en nuestra época, a saber, si debe o no indemnizar el Estado a los particulares los perjuicios que en su patrimonio les irroga la implantación de muchas de las medidas que el progreso social va exigiendo en pro de la comunidad y a costa de algunos de los derechos estrictos de propiedad, que en el siglo XVIII fueron la piedra angular de todo derecho privado.

Este sistema que imperaba en Francia ha merecido a uno de los publicistas contemporáneos, LEROY, el siguiente juicio: «La regla fundamental de la separación es que sólo la Administración tiene la facultad de explicar, interpretar, o reformar sus propios actos. Estos actos escapan a la apreciación de los jueces civiles; y aunque hay jueces administrativos, éstos son funcionarios de la administración. Esto implica, pues, la irresponsabilidad y la impunidad puesta en obra y asegurada por un procedimiento verbalmente regalista» (1). Por fortuna el estado de cosas a que se refiere este escritor pertenece más al pasado que al presente.

En Italia y en España impera el sistema francés, con ciertas variaciones; pero existen ciertos actos que caen bajo la jurisdicción de la justicia ordinaria y otros que corresponden a tribunales administrativos especiales.

Algo parecido a esto existe también en Alemania. Allí, según el Código de Organización Judicial Alemana, de 27 de Enero de 1877 (art. 73), los tribunales ordinarios conocen de todos los

(1) LEROY, *Les Transformations de la Puissance Publique*, p. 50.



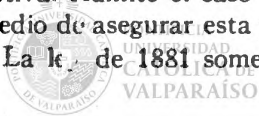
negocios contenciosos y criminales que no son de la competencia de las autoridades administrativas. Sin embargo, en la organización de lo contencioso en Alemania se distinguen aquellos actos que ejecuta el Fisco, que son equivalentes a los actos de *gestión* de los franceses, y los actos de autoridad, equiparados a los de *puissance publique* de Francia. Pero todo acto de Gobierno propiamente tal, queda fuera del control de los particulares, y aun quedan fuera del control de lo *contencioso administrativo* todas las decisiones en las cuales aparece en un grado cualquiera la potestad de la autoridad civil o el derecho de mando que corresponde al Estado

En caso de conflicto, cuando no se sabe a qué jurisdicción corresponde la decisión de una causa, en algunos estados del Imperio se entrega el conocimiento del asunto al tribunal ordinario más alto y en otros estados corresponde a tribunales especiales creados para dirimir estos conflictos.

En Suiza la competencia judicial es general y no hay jurisdicción administrativa: todos los actos de la administración caen bajo la competencia de los tribunales ordinarios, ni aún existen tribunales de conflictos. Aquellos juicios en que aparecen representados varios cantones, caen bajo la jurisdicción del Tribunal Federal, autoridad judicial que tiene plena jurisdicción en materia administrativa, civil y criminal. Sin embargo, hay algunas cuestiones que competen al Consejo Federal, que están a su vez sometidas en lo político al control de la Asamblea Federal, en la cual reside la autoridad legislativa y parlamentaria. Este Consejo Federal suizo tiene también jurisdicción para algunas causas especialísimas, como de libertad de conciencia y de cultos, de estado civil y de sepulturas; de libertad de comercio y de industrias, etc.

El sistema belga es distinto del francés y del alemán. En este régimen no hay tribunales administrativos; la autoridad judicial es competente en principio para conocer de toda clase de litigios; pero a semejanza de lo que ocurre entre nosotros, la ley mantiene esta diferencia entre la función judicial y la función de la administración activa, prohibiendo a los tribunales toda decisión que entrase directamente la autoridad ejecutiva. Admite el caso de los conflictos de atribuciones como medio de asegurar esta prohibición.

La ley de 1881 sometió todos los casos al derecho común,



y así caen bajo la autoridad de los tribunales todos los contratos y compromisos de carácter pecuniario del Estado, todos los actos de gestión que miran al interés de los servicios públicos, porque en el cumplimiento de ellos se considera al Estado como una persona de derecho civil (art. 72 y siguientes de la Constitución belga).

Los tribunales en Bélgica deben obedecer a los decretos y reglamentos del Ejecutivo, pero sólo cuando están conformes a la ley. Hay un artículo expreso que así lo dice.

A diferencia del derecho francés y a semejanza del nuestro, los tribunales en Bélgica conocen sólo de los efectos de los actos administrativos y no pueden proceder a anularlos, pues carecen de la facultad que a este respecto tiene el Consejo de Estado en Francia.

Nos corresponde entrar a estudiar ahora el otro gran sistema, el anglosajón.

En general se distingue éste porque toda violación de la ley, sea quien fuere el que la ejecuta, cae bajo el control de los tribunales ordinarios de justicia

Las características del sistema inglés son las siguientes: los tribunales son competentes en todos los casos en que hay que aplicar la ley, los jueces tienen derecho de dirigir órdenes o amonestaciones a los funcionarios administrativos para que hagan o dejen de ejecutar ciertos actos. Otras peculiaridades son: la reunión muy frecuente en una misma persona de funciones judiciales y administrativas, la ausencia de toda jerarquía administrativa, la desaparición casi completa de la autoridad administrativa central en la gestión de los negocios en los diversos condados, gestión que está entregada exclusivamente a las autoridades locales

Si un particular en Inglaterra tiene que reclamar perjuicios del Estado, no puede dirigirse a cualquier tribunal, sino que tiene que entablar su acción en determinados de ellos; la acción más común es la que se llama *petition of rights* y se dirige al Tribunal de la Cancillería o al del Echequier; en otros casos se sigue un proceso en la Cancillería contra el *Attorney General*, título que equivale al de Ministro de Justicia o al de Procurador General de la Nación (1). Una de las salas del tribunal superior se llama el *King's Bench* que tiene ingerencia directa en la administración. Este por medio de un *writ of prohibition*

(1) HOLLAND, *Jurisprudence*, p. 361.



amonesta a un funcionario para que deje de hacer algo y por medio de un writ of *mandamus* lo obliga a ejecutar algo y, finalmente, por un writ of *certiorary* le fija un plazo para que deje de hacer o para que ejecute algo.

De este modo, un particular en Inglaterra, que se ve perjudicado por la negligencia de un funcionario administrativo, acude a la justicia y obtiene una resolución o decreto para que aquél deje de hacer algo o ejecute lo que debe hacer.

En realidad, este es el sistema que responde mejor que ninguno otro a la conservación y resguardo de los derechos de los Particulares. Si un funcionario público requerido por el *King's Bench* para ejecutar un acto, no lo ejecuta dentro de un término prudencial, y el tribunal insiste, entonces éste se hace obedecer por lo que se llama un writ of *peremptory mandamus*, en cuyo caso la desobediencia acarrea la prisión, la suspensión y la multa inmediata del funcionario desobediente.

Antes el sistema inglés era distinto, se regía por el principio latino que dice: «non est actio contra fiscum». No se podía perseguir ante la justicia ordinaria la responsabilidad del Fisco a menos que se dirigiera una petición al Lord Canciller, y éste, por vía de gracia, accedía a que pudiera entablarse la acción, la cual era seguida después ante el *King's Bench*. Esta exigencia de autorización previa existe todavía y es ejercida por el rey con el aviso o la consulta del *Attorney General*; pero se ha estimado que esto equivale sólo a pedir la venia, porque el rey no objeta jamás que se inicie inmediatamente una acción ante el tribunal correspondiente.

Esta idea se refleja también en los Estados Unidos, donde existe el principio de que no se puede enjuiciar a la administración sin su propio consentimiento. Hay en Estados Unidos un tribunal especial, que se llama *Court of Claims*, donde puede demandarse a la Administración.

Pasamos a estudiar ahora el sistema que existe en nuestro país, sistema parecido al suizo, casi igual al belga, semejante en algo al anglo-sajón, por lo menos en su esencia, y diferente en absoluto del sistema francés.

#### EL SISTEMA CHILENO

No puede sostenerse que nuestro derecho público consagre de manera precisa, neta e imperativa, la doctrina de la Sepa-



ración de los Poderes Públicos. Lejos de eso, podría inferirse del texto de nuestra Constitución precisamente lo contrario, o sea, que ésta presupone la cooperación de los Poderes entre sí, procurando que realicen una acción conjunta y recíproca.

En realidad, sería tarea bien difícil encontrar el precepto constitucional que establezca esa separación, fuera del precepto del artículo 99, que prohíbe al Congreso y al Presidente ejercer funciones judiciales. En cambio, son muchos los que entremezclan funciones de uno y otro poder entre sí, como los de iniciativa y sanción de las leyes al Presidente, las judiciales del Congreso para acusar a los Ministros de Estado y aún a los miembros de la Corte Suprema, etc., etc. No contiene tampoco nuestro Código fundamental principios tan imperativos y rigurosos al respecto como el del Brasil (N.º 16 si bien intercala el vocablo «armonía» al lado de «independencia») y el de Méjico (art. 50); como la antigua constitución monárquica del Portugal (art. 10) (1).

Veremos luego cómo ha aparecido a veces esta idea en la gestación de nuestra Constitución y cómo en otras se ha impuesto la doctrina relativa a la cooperación de los Poderes Públicos entre sí.

Manifiéstase la idea de la separación de los Poderes entre nosotros por vez primera en el proyecto constitucional dictado por O'Higgins el 10 de Agosto de 1818. En él se reconocen tres Poderes: el Legislativo, formado por un Senado que era nombrado por el Director Supremo; el Ejecutivo, ejercido por el mismo Director Supremo, el cual tenía el derecho de nombrar también a los jueces; y el Judicial, a cuya cabeza se encontraba un Tribunal Supremo.

Como se ve, aquí se consagraba la división de los Poderes; pero también se socavaba por su base todo el sistema, desde que un solo Poder generaba a todos los demás.

No satisfizo este sistema, como era natural, las aspiraciones de aquella época. Se propuso entonces la Constitución que fué promulgada el año 22. En el Mensaje respectivo enviado a la Convención Preparatoria, decía O'Higgins textualmente: «Es forzoso poner los cimientos de la ley fundamental, organizar el gobierno representativo, *dividir los Poderes...*»



Puede afirmarse que la Constitución del año 22 estableció la división de los Poderes Públicos. Pero luego la Constitución del año 23 en vez de confirmar esta división trató de establecer la cooperación entre ellos, fundándose en las ideas de Juan Jacobo Rousseau acerca de que la soberanía de los Poderes Públicos no puede dividirse.

Fué acompañado este proyecto de Constitución de un folleto que se titula: *Examen de la Constitución*. Bien claramente muéstrase en él la influencia que ejerció Rousseau sobre el autor, en el siguiente pasaje: «El profundo Lloyd, Rousseau y Rainal juzgaron imposible la paz interior separando estos Poderes» (1).

Después, la Constitución del año 28, estableció la división de los Poderes, «no con absoluta independencia, por cierto, de los vínculos que naturalmente deben unirlos, porque esto sería pretender un absurdo, sino con todas aquellas relaciones precisas que los hagan mantenerse en un perfecto equilibrio, para que reinando entre ellos la mayor armonía, procedan de acuerdo, aunque cada uno dentro de su propia esfera, y concurren al grande objeto de la felicidad pública y general de la Nación» (2).

La Constitución del año 28 quitó al Ejecutivo el nombramiento de los miembros de los tribunales de justicia y entregó al Congreso la designación de los que debían componer el Tribunal Supremo.

Según BRICEÑO, el Ejecutivo desempeñaba un papel interesante entre el Judicial y el Legislativo: Venía a ser, en suma, el anillo que está en medio de estos dos últimos Poderes.

Después vino la Constitución del 33 la cual estableció en cierto modo la mezcla de las funciones judiciales y administrativas. Así el art. 104, entre las atribuciones del Consejo de Estado, incluye la de resolver las disputas que se susciten sobre contratos y negociaciones celebrados por el Supremo Gobierno y sus agentes. Posteriormente, con la reforma de 1874, esta disposición fué suprimida y varias leyes posteriores han venido a acentuar esta reforma. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica de

---

(1) Véase RAMON BRICEÑO, *Memoria Histórico-Crítica del Derecho Público Chileno*, 1849, Santiago, p. 122.

(2) *Ibid*, p. 215.



Tribunales de 15 de Octubre de 1875 dice en su art. 4.º: «Es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes».

Esta misma ley suprimió la jurisdicción especial que antes ejercían en primera instancia los gobernadores, en conformidad a la ley sobre caminos, de 17 de Diciembre del 1842 y suprimió también las juntas provinciales establecidas por esa ley y que hacían el papel de tribunales de segunda instancia para todo lo referente a los caminos públicos. La misma ley quitó a los subdelegados e inspectores la jurisdicción que éstos ejercían en asuntos judiciales de menor y de mínima cuantía, pero dejó a los alcaldes las atribuciones judiciales para no innovar tan rápidamente sobre lo que existía, atribución que les fué quitada por la ley de 31 de Enero de 1888. Posteriormente la ley de 15 de Diciembre de 1914 entregó a los alcaldes la facultad de imponer multas y aún prisión por infracciones a las ordenanzas y reglamentos municipales.

Volviendo a lo contencioso administrativo, que estableció la Constitución del 33, cabe expresar que la disposición que incluía entre las atribuciones del Consejo de Estado la de conocer de los litigios que se suscitan con motivo de los contratos celebrados por el Gobierno, mereció los aplausos de don José Victorino Lastarria, quien sostenía que el Estado no puede ser sometido a juicio ni residenciado ante los tribunales ordinarios; preconizando con este motivo la constitución de tribunales administrativos.

Contra esta doctrina se declaró en abierta oposición don Jorge Huneeus, el cual sintetiza su manera de pensar, de la siguiente manera: «En conclusión, acerca de este punto, permítasenos expresar el deseo de que llegue el día en que con excepción de las acusaciones que la Cámara de Diputados entable ante el Senado y de las cuestiones referentes a la validez o a la nulidad de las elecciones populares, el conocimiento de todos los asuntos contenciosos sin exceptuar las injurias que se lancen por medio de la imprenta, corresponda exclusivamente a los tribunales ordinarios creados por la ley» (1).

(1) HUNNEUS, *La Constitución ante el Congreso*, t. II, p. 231.



Ahora cabe preguntarse ¿cuál es el sistema que hoy existe entre nosotros? Es uno muy original: los tribunales no pueden inmiscuirse en las materias correspondientes a los otros Poderes Públicos. De manera que los particulares que entre nosotros se ven amagados por las decisiones del Gobierno, no pueden recurrir de nulidad ante los tribunales ordinarios; a lo único que tienen opción es a impetrar de éstos, como sucede en Bélgica, que manteniendo en todo su vigor el acto gubernativo, decidan sobre los efectos de dicho acto, ilegal en cuanto él causa perjuicio a los particulares, dando lugar a las indemnizaciones y pagos de daños y perjuicios consiguientes. Pero no ocurre esto de modo general, porque hay ciertos actos gubernativos respecto de los cuales los tribunales no pueden conocer ni aún de sus efectos. La doctrina que ha prendido entre nosotros en esta materia, con manifiesto detrimento de los derechos de los habitantes, es que los tribunales carecen de jurisdicción aun para apreciar los efectos de un acto gubernativo cuando dicho acto es de aquellos que se ejecutan en virtud de alguna de las atribuciones exclusivas del Presidente de la República, consignadas en el artículo 73 de la Constitución. Y así tenemos que por diversas decisiones del Consejo de Estado, no pueden los tribunales amparar a los particulares cuando éstos ven violados sus derechos por el Presidente de la República en materia de jubilaciones y pensiones, por corresponder el conocimiento de todas estas cuestiones exclusivamente al Presidente de la República, a pesar de que en conformidad a lo preceptuado en dicho artículo, debe el primer mandatario proceder «con arreglo a las leyes». No se distingue entre actos discrecionales y actos reglados por la ley.

Corresponde preguntarse entonces ¿a quién acude el particular que contemplando violados sus derechos ha menester de justicia? Según el sistema establecido por la jurisprudencia, este particular quedará con sus derechos vulnerados y sin tener ningún recurso que intentar para evitarlo.

Por una inexplicable interpretación, se han confundido, sin hacer el indispensable distingo, en un sólo haz todas las atribuciones especiales del Presidente, por el hecho solo de hallarse ellas consultadas en un solo artículo y bajo el mismo rubro; sin atinar a clasificar por un lado aquellas de carácter político,



de mando o de autoridad, que por su esencia no admiten ajena intervención, que llamaríamos discrecionales, y por otro, aquellas meramente administrativas, regladas, en cuyo ejercicio debe proceder «conforme a las leyes» (núms. 11, 12 y 13 del mismo artículo).

Tal es el absurdo sistema que hoy existe entre nosotros, acerca del cual nos prometemos tratar con todo detenimiento en trabajos especiales que versen sobre la Responsabilidad del Estado y la Administración sometida a Juicio.

Para esta clase de actos no políticos, substraídos del conocimiento de los tribunales ordinarios, existe en otros países *lo contencioso-administrativo*, que no sólo juzga sobre los efectos, sino que aún llega a anular los actos del Ejecutivo ejecutados en contravención de las leyes. Así sucede en Francia con el Consejo de Estado. Y de aquí que muchos autores hayan sostenido que el país que mejor protege los derechos de los individuos frente al Estado sea aquella república donde el Consejo de Estado, aunque una entidad administrativa, es el gran amparador de los derechos violados por la misma Administración.

Nos hallamos, pues, en Chile, con un régimen único en el concierto de todos los países civilizados de sistema legal establecido, en que no hay recursos para un acto del Ejecutivo que debe efectuarse precisamente *con arreglo a la ley*. Si se cierran los tribunales, ábrase en buena hora lo contencioso-administrativo, pero no se dejen cerrados ambos recursos a la vez. Es éste uno de los escasos ejemplos de denegación de justicia que podemos ofrecer; que no podrá perdurar mucho sin que cambie la jurisprudencia del Consejo de Estado, que lo consagró; y que, estudiado en conexión con las circunstancias en que se produjo, no es más que la consecuencia natural de un régimen de gobierno en que el Presidente de la República tuvo tal ingerencia en todos los actos de nuestra vida política, administrativa y judicial, que influenció personalmente al Consejo de Estado para que fallara en el sentido que ya hemos indicado. Pero en su celo por defender sus propias prerrogativas, el Presidente no se fijó en que de este modo entregaba a los particulares maniatados a la voluntad o al capricho al jefe del Estado, cosa incompatible con nuestro progreso político e institucional. Curioso ejemplo que podemos oponer a lo que expresó en 1801



John Marshall, el más grande de los juristas norteamericanos: «Lo que forma la esencia de la libertad civil, es el derecho que tiene cada individuo de reclamar la protección de las leyes cada vez que ha sufrido un perjuicio. Uno de los primeros deberes de todo gobierno es acordar esta protección. En Inglaterra se puede enjuiciar al rey en forma de una petición respetuosa y él obedece a las decisiones de los tribunales» (1).

---

(1) A. DE CHAMBRUN, *Le Pouvoir Executif aux Etats Unis*, p. 155.

FIN DE LA PARTE II.





## TERCERA PARTE

# La potestad reglamentaria

Bibliografía.—Introducción.—Origen histórico.—Naturaleza de la potestad reglamentaria.—Necesidad del ejercicio de esta facultad.—Fundamento legal de esta facultad.—Fuerza obligatoria de los reglamentos.—Varias clases de reglamentos.—Su respectivo valor jurídico.—La potestad reglamentaria en el Municipio.—Reglamentos ilegales y de «urgencia» dictados en épocas de calamidades públicas.

### BIBLIOGRAFÍA

Entre muchos otros sobre esta materia pueden consultarse:

MOREAU, *Le Reglement Administratif*, núm. 110, 1902.—BALAKOWSKI-PETIT, *La Loi et l'Ordonnance dans les pays qui ne reconnaissent pas la separation de pouvoirs*.—CAHEN, *La Loi et le Reglement*, p. 220.—BERTHELEMY, *Le Pouvoir Reglementaire du President de la Republique (Revue Politique et Parlementaire, 1898)*.—SANTI-ROMANO, *L'Interpretazione delle Leggi di Diritto Pubblico* (Filangieri, 1899).—ORLANDO, *Le Fonti del Diritto Amministrativo*, en su Tratado, t. I.—JELLINCKE, *Gesets u. Verordnung*, 1887.—CODACCI-PISANELLI, *Legge e Regolamento*, 1888.—CAMMEO, *Della manifestazione della volonta dello Stato nel campo de Diritto Amministrativo*, en el tratado de ORLANDO, t. III.—ARNEDT, *Das Selbstandige Verordnungsrecht*, 1902.—ESMEIN, *De la Delegation du Pouvoir Legislatif* (Rev. Polit. et Parlam., 1894).—GRAUX, *Les Lois et les Reglements d'Administration* (Rev. Polit. et Parlam. 1899).—RAIGA, *Le Pouvoir Reglementaire du President de la Republique*, 1900, p. 84.—DUGUIT, *L'Etat*, t. I; *Le Droit Objectif et la Loi Positive*, 1901, p. 508.—BOUVIER ET JEZE, *La Veritable fonction de la Loi* (Rev. de la Legislation et de Jurispr., 1897).—ARTUR, *La Separation et de Pouvoirs et des Fonctions* (Rev. de Droit Public., 1900).—LEROY, *La Loi*, París, 1908, Cap. IV.—LAFERRIERE, *Traité de la Jurisdiction Administrative et des Recours Contentieux*, 2 tomos.

Entre las obras generales de Derecho Administrativo:

HAURIOX, *Précis de Droit Administratif*, 3.<sup>a</sup> ed. p. 40.—MACAREL, *Cours de Droit Administratif*, 2.<sup>a</sup> ed., t. IV, p. 395.—BATBIE, *Traité Public et Ad-*



*ministratif*, 1862, t. III, p. 443.—DUFOUR *Traité General de Droit Administratif appliqué* (N.º 63).—BERTHELEMY, *Traité Elementaire de Droit Administratif*, 1913, 7.º ed., p. 96 y siguientes.—MEYER, *Lehrbuch d. Deutschen Staatsrecht*, párrafos 159, 160 y 161.—AUSCRUTZ, en la enciclopedia de Holtzendorff. *Encyclopaedie der Rechtswissenschaft*, párrafo 40.—HOLTZENDORFF, en la misma, p. 603.—MEYER-AUSCRUTZ, *Deutsches Staatsrecht*, p. 571 y siguientes.—G. MEYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, p. 8.—O. MAYER, *Le Droit Administratif Allemand*, ed. francesa por el mismo autor, 1903 Giard & Briere, eda., t. I., p. 102 y siguientes.—H. GRILLACH JAMES, *Principles of Prussian Administration*, Mac-Millan, New York, 1913, Cap. IV.—SANTI-ROMANO, *Principii di Diritto Amministrativo Italiano*, Milán, 1906, p. 18 y siguientes.—A. POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1897, t. I, Cap. III.

Se conoce bajo la denominación de potestad o facultad reglamentaria la que tiene el Poder Ejecutivo para decretar disposiciones que faciliten la aplicación de las leyes y las que ejercen también en virtud de autorización legal otras entidades administrativas, para dictar normas obligatorias, más o menos generales o restringidas, de aplicación común, que crean, modifican o extinguen vínculos jurídicos, y cuyo cumplimiento o infracción puede perseguirse ante los Tribunales de Justicia. «El reglamento es un acto del Estado que poseyendo fuerza obligatoria general, no es promulgado en forma de ley» (1).

No pretendemos dar una definición perfecta ni imperfecta, lo que en el derecho, como en otras ciencias, reviste escasísima importancia; deseamos sí precisar el concepto y de manera general presentarlo en los dos aspectos principales que él ofrece, en lo que se relaciona con las autoridades de que pueda emanar el reglamento y el objeto sobre que éste recae.

Al estudio de esta materia van unidos interesantísimos problemas de aplicación práctica en el foro y en el orden administrativo; y los trabajos que sobre ella versen, por destituidos de mérito intrínseco con que aparezcan, ofrecen por lo menos el interés que siempre presenta lo nuevo, ya que el asunto, en lo que nuestros reducidos conocimientos lo permite saber, no ha sido tratado ni de manera sistemática ni incidental entre nosotros. Puede haber sido motivo para ello la aparente modestia del tema si se le compara con otros de mucho mayor relieve



(1) OTTO MAYER, *Le Droit Administratif allemand*, t. I, p. 158.

que tan abundantemente ofrecen los derechos civil y público y que cautivan más la atención de los entendidos.

### ORIGEN HISTÓRICO

Históricamente considerada la potestad reglamentaria aparece por primera vez en la antigüedad con el *jus edicendi* de los pretores, censores y otros magistrados romanos, y en los comienzos de la Edad Media en los bandos públicos de los primitivos monarcas germánicos y en las capitulares de los primeros carlovingios. Representan éstas, en el orden histórico, el primer esfuerzo realizado para constituir y organizar una vasta administración por medio de la potestad reglamentaria. Es interesante de anotar que esta facultad del soberano tenía por límite el derecho consuetudinario de la nación, el cual no podía ser reformado por la sola autoridad personal del monarca, sino por la que emanaba de la asamblea legislativa popular, presidida por el mismo soberano.

Diferencia tan visible entre el derecho fundamental, de carácter de estatuto, de ley o de norma constitucional existente por una parte y entre el bando promulgado por el rey—que se equipara a la actual potestad reglamentaria por otra, desapareció con el transcurso del tiempo, confundándose ambas potestades en una sola cuando con el correr de los años la autoridad del monarca llegó a tener tal preponderancia y valor como Poder Legislativo, que los legistas la sancionaron con las máximas muy conocidas de derecho «*rex legibus solutus est*» y «*quod principi placuit legis habet vigorem*».

A pesar de que estos principios estuvieron muy esparcidos por las diversas naciones europeas, el aforismo latino no dejó de sufrir interesantes excepciones. Y así varios monarcas de Castilla hubo que no sólo se resistieron a mandar cosas contrarias al derecho, sino que prescribieron a sus oficiales de justicia que no acataran las órdenes que ellos mismos (los monarcas) expidieran contrarias al derecho. «Que se obedezcan y no se cumplan» dijo respecto de ellas uno de esos soberanos, y fueron muchos los que como él manifestaron igual respeto por el derecho establecido.

La diferencia substancial entre ley y reglamento no reaparece en el campo del derecho público sino con la extinción del anti-



guo régimen absoluto. Su renacimiento es, en efecto, producto de la revolución francesa de 1789 y surge en la vida jurídica, no como reivindicación de antiguas libertades y derechos extinguidos, sino como corolario del concepto que sobre la separación de los poderes públicos nació y estuvo tan en boga por aquel entonces.

Conforme a este criterio, es el Poder Ejecutivo quien dicta las medidas conducentes a la aplicación y ejecución de la ley nacida del Poder Legislativo.

En esta primera faz de su existencia en la época contemporánea, el reglamento presenta un carácter de fuerza y de autoridad que hubo de perder luego por razón del triunfo de las ideas democráticas.

Así, la carta de 1814 daba al rey en Francia la facultad de dictar los reglamentos y ordenanzas necesarias para «la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado» (Art. 14). El abuso de esta facultad en que incurrió Carlos X, y que tuvo por consecuencia la revolución de 1830 y la consiguiente pérdida de su trono, fué causa de que en la Carta de 1830 se otorgara al rey la autorización de «hacer los reglamentos y ordenanzas necesarios para la ejecución de las leyes, sin que pueda jamás suspender su aplicación ni dejar de ejecutarla». Idéntica disposición fué inserta en la Constitución italiana promulgada por Carlos Alberto en 1848, artículo 6.º quitando sólo del texto francés, con muy meditada deliberación, el vocablo *jamás*. Digamos de paso que este hecho ha sido invocado posteriormente por algunos tratadistas italianos para valorizar la teoría por ellos y otros sustentada de que en casos graves y excepcionales, de trastorno del orden público y del sistema legal establecido, puede el Gobierno por medio de «ordenanzas de urgencia» suspender la aplicación de ciertas leyes y dictar las medidas reglamentarias que el caso requiere. En la debida oportunidad nos ocuparemos con mayor detención en tan importante asunto.

#### NATURALEZA DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

La esencia de la potestad reglamentaria consiste en este hecho: Si la autoridad puede ordenar o prohibir en cada caso particular, dentro de una competente esfera de acción legal, puede ordenar o prohibir de manera general para los casos



análogos que se presenten en el porvenir. Esta es la base racional de la potestad reglamentaria. Podría argüirse que la extensión de esta potestad puede conducir a la tiranía, pero tal objeción carece de valor si se considera que la autoridad sirviéndose de ella no podrá prescribir de manera general lo que no puede ordenar de manera particular (1). Entre nosotros nace esta facultad de la naturaleza misma de las funciones que al Presidente de la República confiere nuestra Constitución Política.

Según ésta (art. 50), el Presidente *administra* el Estado y es el Jefe supremo de la Nación. De esta función de administrar se derivan dos clases de actos muy diversos entre sí e indispensables ambos para el cumplido desempeño de la función administrativa, a saber:

a) Los actos de carácter general o *reglamentos*, en Alemania, *verordnungen*; y

b) Los *actos administrativos*, de carácter particular, que llevan envuelta la idea de un *pronunciamiento especial* para un caso determinado, *verfügungen* en el derecho administrativo del Imperio Alemán.

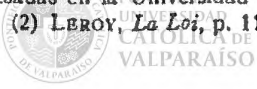
Los primeros, que son por ahora los únicos objetos de nuestro estudio, tienen su razón de ser ante la lógica de las cosas en el concepto ya expresado y ante el derecho positivo en los preceptos del artículo 73, núm. 2.º de nuestro Código fundamental que, entre las varias atribuciones especiales que confiere al Presidente de la República, establece la de «expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes».

Debido a la multiplicación de los reglamentos y a la índole de las funciones que éstos llenan en el orden administrativo y jurídico, se ha venido consagrando, en los últimos tiempos, la importancia atribuída a las disposiciones reglamentarias hasta el punto de estimarlas hoy día algunos, como si fueran una verdadera ley (2). MACAREL, en su *Curso de Derecho Administrativo*, considera al reglamento como una ley secundaria; BATBIE, en 1862, en su *Tratado de Derecho Público y Adminis-*

---

(1) PISANNELLI, *Lecciones de Scienza della Amministrazione*, Roma, profesadas en la Universidad de Roma en 1913.

(2) LEROY, *La Loi*, p. 110.



trativo, dice: «En virtud de su facultad reglamentaria el Jefe del Estado ejerce una especie de Poder Legislativo»; DUFOUR, en su *Tratado General de Derecho Administrativo Aplicado*, sostiene que es de la esencia de estas disposiciones el que participen de los caracteres distintivos de las normas legislativas. De igual modo piensa hoy día la mayor parte de los tratadistas contemporáneos (1). Aún para la Corte de Casación en Francia los reglamentos son verdaderas leyes. «Una disposición de policía, dice este alto Tribunal, cuando es dictada legalmente y dentro de la esfera de acción de la potestad reglamentaria, es una verdadera ley local; tiene los efectos y la autoridad de la ley por el hecho de ser obligatoria para todos los ciudadanos». Para el español don Adolfo Posada la potestad reglamentaria es una potestad delegada del Legislativo en el poder administrativo, y en sí misma es una *función legislativa* que ejerce la Administración con más o menos amplitud, según el sistema político vigente, que en parte puede ejercer por delegación *expresa* del Poder Legislativo, como cuando éste así lo dispone, y que en parte necesariamente tiene que ejercer la Administración misma, «por ser imposible realizar en las funciones la total separación que entraña el supuesto de la división de los Poderes» (2).

#### NECESIDAD DEL EJERCICIO DE ESTA FACULTAD

Cuando se encontraban en pleno vigor los principios abstractos concebidos de manera ideológica por MONTESQUIEU sobre la separación de los Poderes Públicos, poderes que no habían funcionado como el escritor francés creyó verlos ni en Inglaterra ni en ningún otro país; cuando toda ingerencia de un Poder en la competencia de otro era considerada, doctrinariamente, como una invasión de atribuciones; cuando los Poderes Ejecutivo y Legislativo constituían en el hecho y en derecho dos entidades con intereses diversos y muchas veces antagónicos y cuando el personal de ambos era completamente distinto y formaban cada uno campo aparte y la burocracia se generaba dentro de ella misma, ajena a las influencias del Poder Legisla-

(1) *Ibid.*, p. 110; MAYER, ob. cit., p. 159.

(2) POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 257.



tivo; cuando, en resumen, las circunstancias de orden político y jurídico eran muy diferentes de las actuales, se explica que el Poder Ejecutivo se viera cohibido dentro de sus atribuciones. y ejerciera éstas exclusivamente en un sentido estricto y restringido, limitándose a pronunciar resoluciones en los casos particulares conocidos en derecho meramente como *actos administrativos*. Pero, el medio tan diverso en que se desarrolla actualmente la vida política contemporánea, el no existir sino en los textos legislativos la separación de los Poderes Públicos, que en el hecho ha sido sustituida por una labor de cooperación íntima y mezclada entre todos ellos y de manera principal entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo; a todo lo cual se agrega, por una parte, el crecimiento en tan grandes proporciones de los asuntos que ocupan la atención de los gobiernos y por otra, la ingerencia que a impulsos de las nuevas condiciones de orden económico y social, antes desconocidas, cabe a los Poderes Públicos en el fomento de todas las actividades nacionales; todo estos factores aunados, contribuyen a que el Poder Ejecutivo use ampliamente de la potestad reglamentaria y reemplace al instituir normas obligatorias, de carácter secundario, la tarea que por la misma naturaleza de las funciones correspondía al Poder Legislativo. Por lo demás, esto no es una novedad en la organización política moderna y contra la opinión de MONTESQUIEU y los que todavía se aferran a sus doctrinas, considerando la decantada división de los poderes—que no existió jamás en Inglaterra—como la piedra angular del derecho público moderno, vemos que así como el Poder Legislativo desempeña muchas funciones ejecutivas y aún judiciales, de *jure* y de *facto*, el Ejecutivo, por su parte, en desempeño de su función administrativa véase obligado a dictar disposiciones de carácter general. A este respecto se opera entre ambos Poderes la división del trabajo requerida por la circunstancia apuntada y por la esterilidad de que en todas partes dan muestras hoy día los cuerpos legislativos. Así, Inglaterra, cuna del parlamentarismo y modelo de instituciones políticas tantas veces copiado, dictó durante algunas centurias todas sus leyes con lujo de detalles que corresponden más a reglamentos del Poder Ejecutivo que a disposiciones generales legislativas. Las nuevas necesidades y las deficiencias señaladas, han cambiado la actitud del Parlamento en esta materia. Las leyes más recientes, que han or-

ganizado servicios públicos y establecido también las relaciones entre éstos y los particulares, se han hecho cargo de esta nueva situación y contemplada la dificultad que existe de seguir legislando de la manera referida, facultan a la superioridad de los diversos servicios para que dicte por sí misma la reglamentación necesaria, la cual es sometida a la consideración del Parlamento por un determinado período de tiempo, estableciendo de este modo un mecanismo muy fácil para su aprobación o rechazo: si llegado el plazo final del término no se hubiere pronunciado el Parlamento sobre la reglamentación propuesta, queda ésta *ispo facto* aprobada.

Análogas razones han originado en Francia la abundante reglamentación conocida con el nombre de *Reglamentos de Administración Pública* que también con toda suerte de detalles organiza el funcionamiento de los servicios públicos y las relaciones de éstos con los habitantes, y en la Alemania los *Verordnungen*.

#### FUNDAMENTO LEGAL DE ESTA FACULTAD

Se dividen las opiniones acerca del origen constitucional o legal del poder reglamentario. Para algunos arranca de la facultad propia que al Presidente de la República otorga la Constitución Política de expedir los reglamentos para la aplicación de las leyes y son un resultado del carácter de administrador del Estado con que lo inviste el mismo Código Fundamental son ellos, pues, la consecuencia necesaria de sus facultades administrativas. Para otros el Presidente de la República obra en estos casos a virtud de delegación legislativa conferida por el Parlamento. Entre los primeros podríamos citar el constitucionalista ESMEIN (*De la delegation du pouvoir législatif*) y el profesor BERTHELEMY, *Le pouvoir réglementaire du Président de la République*. (*Rev. Polit. et Parlam.* 1898) (1) y los chilenos señores JORGE HUNEEUS (2) y ALCIBIADES ROLDÁN (3), y entre los segundos a MACAREL, BATBIE, AUCOC, LAFERRIERE, DUCROCQ. ESMEIN sostiene que el Poder Legislativo, que tiene

(1) Véase, además del mismo autor su *Traité*, p. 98.

(2) *La Constitución ante el Congreso*, t. II, p. 46.

(3) *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*, p. 390.



el ejercicio de su función, no puede *disponer* de ella y BERTHELEMY dice que se puede *transmitir* un derecho, se puede conferir un mandato, pero no se puede *transmitir una función*; y agrega, que así como un prefecto (entre nosotros un intendente) no podría descartarse de sus obligaciones confiándolas a otro funcionario, así también no es posible que el Poder Legislativo encargado de legislar confiera este mandato a otro de los Poderes Públicos. En algunos países no se ofrecen dudas acerca del origen legal de esta facultad. En Alemania, el Emperador por ejemplo, no puede ejercer la potestad reglamentaria sino a virtud de delegación expresa del Poder Legislativo o en los casos en que de manera especial lo autoriza la Constitución (1). En Estados Unidos, el Presidente en uso de las atribuciones propias que ejerce para administrar el Estado, puede dictar todas las instrucciones y reglamentos que estime necesarios para el desempeño de su misión, pero éstos son de obediencia forzosa únicamente para los funcionarios y no para los particulares. En cambio, el Congreso, por delegación expresa, autoriza muchas veces al Presidente para que dicte ciertos reglamentos, y en este caso sus disposiciones obligan a los particulares y a los tribunales de justicia, pues se considera que en esta ocasión el Presidente expide medidas de carácter legislativo en fuerza de la delegación referida (2).

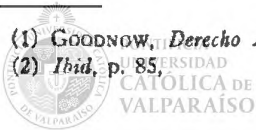
Como fácilmente se comprende, además de su importancia doctrinaria, este tema reviste otra, de aplicación práctica, ya que los Tribunales de Justicia llamados a dirimir las contiendas jurídicas suscitadas entre los particulares entre sí o entre ellos y la administración pública, pueden o no aplicar los reglamentos según aprecien su origen constitucional y su consiguiente valor imperativo.

#### FUERZA OBLIGATORIA DE LOS REGLAMENTOS EN GENERAL

Esta importante cuestión da origen a los siguientes problemas: 1.º Si los reglamentos emanan de las facultades administrativas del Presidente de la República establecidas por la Constitución ¿hasta qué punto obligan a los particulares? 2.º Si

(1) GOODNOW, *Derecho Administrativo Comparado*. Trad. esp., p. 109.

(2) *Ibid.*, p. 85.



los reglamentos emanan de una delegación legislativa ¿hasta qué punto obligan a los particulares y puede perseguirse su infracción ante los Tribunales de Justicia?

Respecto de lo primero, para dilucidar la tesis propuesta hay que distinguir:

a) El reglamento contiene disposiciones que no crean nuevas normas de derecho sino que tienen por objeto la aplicación de las ya existentes. Este es el tipo más común y simple, más conforme también a su naturaleza, que no queda desvirtuada, pues no llena otra misión que la muy modesta que debe desempeñar. Cuadra perfectamente dentro del concepto que un eminente jurisconsulto, fiscal de la Corte Suprema, emitió acerca de lo que él entendía que debía ser un reglamento: «El fiscal cree que las reglamentaciones vienen bien cuando, fijas y ciertas las leyes, sólo falta para hacerlas efectivas un *modus operandi*, una sustanciación o ritualidad que dé forma expedita a los derechos de los interesados y a las atribuciones de las autoridades. Pero un reglamento, como el que se refiere a los accesorios de un sistema que se implanta, requiere por fuerza que antes se hallen determinadas y establecidas sus bases esenciales en la legislación principal» (1).

b) El reglamento crea nuevas normas de derecho, ya sea a aplicar una ley determinada o no. No cabe duda de que este reglamento, en lo que a dar fuerza a la implantación de esa norma se refiere, carece de valor alguno. Puede, si se quiere, ser forzoso para los funcionarios que dependen del Presidente de la República y que por razón de jerarquía están obligados a cumplir sus órdenes, pero jamás para los particulares que se encuentren compelidos a una nueva obligación o limitados en el ejercicio de un derecho, o vean defraudados por él un derecho adquirido.

En la práctica se ha llegado en este punto a extremos verdaderamente abusivos que podrían invocarse como ejemplo palmario de extralimitación de atribuciones, y para no aducir

---

(1) Dictamen del Fiscal de la Corte Suprema don Vicente Aguirre Vargas, emitido con fecha 20 de Julio de 1889 al Supremo Gobierno, con motivo de un proyecto de reglamento elaborado por la Dirección General de Obras Públicas sobre concesión de mercedes de agua, inserto en CORREA BRAVO, Ley de Municipalidades, p. 248.



muchos, bástenos citar uno de los que más allá han ido fuera de la autorización legal: El reglamento de 2 de Julio de 1883 tuvo por objeto aplicar las disposiciones de la ley de 24 de Enero de 1883, sobre reorganización de los servicios de tesorerías fiscales, la cual faculta a la Dirección General de Contabilidad para practicar visitas de inspección a las reparticiones públicas que manejen dineros nacionales; y sin que la ley misma contuviera autorización alguna sobre el particular, el reglamento recordado inviste a los inspectores de oficinas fiscales de la facultad de suspender de sus funciones a los empleados que creyere culpables, facultad que no emana de la ley, que hiere el derecho que el empleado tiene a su función y emolumentos correspondientes, de los que no puede ser privado en todo o parte sino por un procedimiento muy diverso, establecido por otras leyes y que aun con muy sólidos y buenos razonamientos, es negada por algunos al propio Presidente de la República. De toda evidencia es a nuestro entender que los Tribunales de Justicia deberíán, si llegara el caso ante ellos desconocer los efectos de una medida adoptada sin un título, legal y fuera de la competencia que la ley (no el reglamento) fija a un funcionario.

A esta clase de reglamentos podríán aplicarse los conceptos emitidos por don JORGE HUNEEUS, quien, lamentándose del abuso en que se incurre al dictar reglamentos que crean condiciones nuevas no establecidas en la ley, dice que «se han convertido en otras tantas obligaciones de origen vedado» (1).

En Inglaterra esta clase de reglamentos son anulados en sus efectos por los tribunales, como *ultra vires*, por exceder la autorización legislativa.

Tiene carácter obligatorio «siempre que no contradigan la ley» (2). Es, pues, de su esencia que no pueden adoptar nuevas normas jurídicas ni mudar las existentes.

Nos resta contestar la segunda pregunta que formulábamos al comienzo de este párrafo y que abarca el segundo aspecto que puede ofrecer este problema. Si los reglamentos emanan de una delegación legislativa ¿hasta qué punto obligan a los

---

(1) Obr. cit., t. II, p. 46.

(2) ROLDÁN, obr. cit., p. 390.



particulares y puede perseguirse su infracción ante los tribunales de justicia?

Ardua es la respuesta, ya que en esta faz la cuestión presenta, fuera de otra previa, complicadísimos aspectos.

Lo previo reclama, como es lógico, nuestra primera atención. Es menester dilucidarlo y resolverlo como base indispensable de lo que sólo es un complemento. Ya vimos cómo autores tan eminentes como ESMEIN y BERTHELMY en el extranjero, y los señores HUNBEUS y ROLDÁN entre nosotros, opinan porque el poder reglamentario no se ejerce a virtud de delegación legislativa. Se impone, pues, en presencia de tan autorizadas opiniones (aunque no lo son menos las que sostienen la opinión contraria y que ya citamos) examinar el asunto con la atención y profundidad que se merece, trayendo ante la vista todos los elementos que puedan servir al fin perseguido. Llama en primer lugar la atención el hecho de que esta entidad, llamada legislador, que para estos efectos debe suponerse dotada de un criterio fijo, recurra en unos casos al arbitrio de ordenar que el Presidente de la República deba decretar los reglamentos necesarios para la aplicación de una ley determinada y en otros no haga la menor alusión sobre el particular. Son numerosas las leyes que en su artículo final disponen que «el Presidente de la República dictará los reglamentos necesarios para la aplicación de esta ley». Tómese debida nota de que en la generalidad de los casos no contiene agregación alguna que imponga la obligación de que se dicte dentro de un plazo determinado. Podemos, pues, dar testimonio de dos hechos: uno, que el legislador deja al Presidente de la República en libertad de dictar o no los reglamentos para la aplicación de la ley. Si este mandatario lo desea, por estimarlo así conveniente, puede expedir el reglamento a virtud de su atribución constitucional, de carácter general. El segundo de los hechos que invocamos es el siguiente: el legislador en multitud de casos y no para obligar a aquel mandatario que decreta los reglamentos dentro de un término señalado, le autoriza de manera especial para el efecto. Esta autorización expresa ¿es una redundancia? ¿Por qué el legislador de manera especial impone o autoriza un reglamento para aplicar una ley, siendo que el Presidente podría dictarlo dentro de la competencia que le señala para el objeto la Constitución? La aparente redundancia de estos dos hechos debe



explicarse dentro del único criterio posible de aceptar, a saber, que el legislador no ignora la existencia del precepto constitucional y de que a sabiendas inserta en las leyes la prescripción a que nos hemos venido refiriendo. Esto sentado como principio inamovible para la más acertada dilucidación del asunto, cabe ahora preguntarse ¿a qué móvil obedece el legislador al proceder de esa manera? Porque así como damos como un hecho el que obra con pleno conocimiento de la disposición constitucional aducida, tenemos también, siempre obligados por la lógica de las cosas, que suponer en él una intención, un propósito deliberado que alcanzar, ya que no es posible imaginarse dentro de estos principios de hermenéutica jurídica, que hubiera hechos y actos del poder soberano del cual emana la ley, que existieran por sí solos y no debieran su vida a la realización de un objeto real y determinado. No puede existir un acto legislativo que no esté encaminado a la prosecución de un fin. Y la explicación de ambos fenómenos no puede ser otra que ésta: el Poder Legislativo delega en un caso sus funciones en el Presidente para que las ejercite por la vía reglamentaria, y en el otro no, y de ahí que para el primero inserte en la ley su mandato.

No de otra manera puede explicarse esto que a primera vista es una redundancia, ya que no cabe suponer en el legislador, al igual de una persona natural, defectos repetidos con tanta insistencia y que acusan desconocimiento de uno de los más elementales principios del derecho público. Mas, si lo anterior parece tan obvio que se impone por sus mismos caracteres de evidencia, no lo es menos que dentro de esta autorización o delegación expresa conferida al Presidente caben grados de diverso valor, de los cuales no se puede prescindir en la aplicación de los reglamentos. Bástenos por el momento dejar establecido que si la delegación legislativa aparece como un hecho inconcuso, y el reglamento que tiene esta génesis, se confina prudentemente dentro de los deslindes de la competencia asignada al Presidente de la República, sus disposiciones obligan al Poder Judicial en el estudio y fallo de los negocios de su incumbencia, el cual debe mirar su texto como si tuviera ante sí la ley misma; que por lo referente al diverso valor mencionado y a la mayor o menor fuerza obligatoria que aquellos puedan imponer, al tratar de las varias clases de reglamentos exami-



naremos las modalidades que reviste en los distintos casos que regularmente se presentan.

Sin embargo, esto que se muestra tan patente, que aleja toda duda acerca de su realidad, que ha sido sustentado por eminentes publicistas, ha sido sin razón y talvez por la rapidez con que pasa por sobre esta materia, desconocido por uno de nuestros más ilustrados jurisconsultos, don LUIS CLARO SOLAR, quien ninguna distinción establece a este respecto y sostiene de manera general que los tribunales deben fallar las causas civiles y criminales «no conforme a los decretos del Presidente de la República, sino con arreglo a las leyes» (1). Pero, esta opinión, aislada si se la considera ante el conjunto de las emitidas por los publicistas, magistrados y profesores, que se han ocupado en estas cuestiones con el respeto que nos merece la personalidad de su autor, no es más que un ejemplo de lo que insinuábamos al comienzo de estas líneas acerca de la poca o escasísima importancia que entre nosotros se ha prestado al estudio de esta interesante materia, que en el extranjero ha merecido la elaboración de toda una vasta literatura acerca de ella. Prueba de este aserto es la nutrida lista bibliográfica con que encabezamos esta materia, y que comprende sólo una pequeña fracción de lo mucho que en todos los idiomas se ha publicado al respecto.

«Es evidente que los Tribunales no pueden dejar de aplicar y han de hacer cumplir los decretos y reglamentos al igual que las leyes. Pero carecen de autoridad las disposiciones del Poder Ejecutivo dictadas fuera de los límites que señalan su competencia y al Poder Judicial incumbe examinar si con arreglo a la Constitución, que determina y precisa los límites de la competencia del Poder Ejecutivo, puede o no reconocerse la autoridad de sus actos» (2).

#### VARIAS CLASES DE REGLAMENTOS

La clasificación más fundamental que puede hacerse de los reglamentos tiene por base la distinción del límite de su fuerza obligatoria, pues los hay que sólo compelen a la Administra-

(1) *Explicaciones del Derecho Civil Chileno*, t. I, p. 32.

(2) P. FIORE, *De la irretroactividad de las leyes*, trad. del it., p. 18.



ción (los *verwaltungsverordnungen* alemanes) y otros que obligan también a terceros (*rechtsverordnungen*). Los términos *verwaltung*, administración, y *recht*, derecho, precisan en cada uno de ellos, la diversidad de su valor.

a) *Reglamentos que obligan solamente a la administración.*— Pueden tener éstos por objeto aplicar una ley u organizar un servicio público cualquiera o el ejercicio de una función administrativa sin que exista una ley que implantar.

El Presidente de la República procede en uso de sus facultades generales de administrador del Estado al dictar las medidas de carácter general exigidas por el funcionamiento de un servicio público, y los decretos que expide, reciben el nombre de *decretos orgánicos*.

Como dice un escritor italiano, «la autoridad administrativa puede y debe fijarse a sí misma la norma a que se ajustará en el ejercicio de los poderes discrecionales ordinarios que son de su competencia» (2). Es de la esencia de esta clase de reglamentación que el Presidente puede modificarla o derogarla a su antojo, pues sus preceptos no dan origen a derechos de los particulares; y si en su adopción han intervenido corporaciones como el Consejo de Estado u otras, con la cooperación de las mismas se deben modificar y derogar.

b) *Reglamentos que afectan los derechos de terceros.*— Se subdividen en dos grupos:

1.º Aquellos que se limitan a aplicar normas de derecho legalmente establecidas, y para el caso da lo mismo que se aprecie como facultad privativa o delegada la que tiene el Presidente para expedirlos, desde el momento que ellos no crean derechos ni obligaciones, sino que suministran el *modus-operandi* para la aplicación de derechos preexistentes. Obligan a los tribunales porque el Presidente procede dentro de su competencia constitucionalmente demarcada y no establecen una nueva norma que ha sido ya anteriormente creada por vía legislativa;

2.º Aquellos reglamentos que crean nuevas normas de derecho. Si estas nuevas normas proceden únicamente del Poder Ejecutivo no tienen valor alguno obligatorio. Los particulares afectados por ellas pueden no obedecerlas y los tribunales de justicia tienen la obligación incuestionable de no aplicarlas,

(1) SANTI-ROMANO, *Diritto Amministrativo*, p. 20.



pues constituyen una extralimitación de atribuciones en abierta pugna con los siguientes principios constitucionales: No puede exigirse ninguna especie de servicio personal o de contribución sino en virtud de un decreto de autoridad competente, deducido de *la ley* que autoriza aquella exacción (art. 140 de la C. P.) y ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que las que expresamente se les haya conferido por *las leyes*, so pena de nulidad (art. 151).

En cambio, si el reglamento contuviere nuevas normas originadas en una autorización legislativa, se impone su fuerza obligatoria, con las restricciones que se indican. La delegación legislativa se efectúa de varios modos más o menos definidos y expresos, y es el más sencillo de ellos el que con tanta frecuencia emplean las leyes en su parte final, autorizando al Presidente de la República para dictar los reglamentos necesarios a su aplicación. Vimos que ésta y análogas frases que conducen todas a la misma idea, no pueden explicarse dentro de los más lógicos principios de la sana crítica, sino justificando su existencia por la necesidad de consignar expresamente la delegación de la potestad legislativa. Una vez dictados, los reglamentos quedan incorporados a la legislación nacional; podríamos decir que no sólo son el complemento indispensable de las leyes, sino que forman parte de ellas mismas, y el público que reconoce este hecho, inclinándose ante la evidencia y observando algo de que en forma expresa no se ha hecho cargo la legislación positiva, los consagra con personería propia; y diversificándolos de los restantes congéneres los denomina *decretos con fuerza de ley*. Y no se diga que esta expresión es sinónima de *decreto-ley*, que ya el mismo público ha establecido la necesaria diferencia entre ambas, desde que únicamente emplea la segunda para denominar aquellos decretos expedidos, por ejemplo, durante la administración Prieto cuando el Presidente había asumido en sus manos toda la suma del Poder Público, y usa la primera en la acepción que le hemos reconocido. Perteneció a esta categoría, la más simple de esta clase, el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, de 24 de Junio de 1857, dictado en virtud de la disposición del Código Civil contenida en su artículo 695, que reza así: «Un regla-



mento especial determinará en lo demás los deberes y funciones del Conservador, y la forma y solemnidad de las inscripciones». Tal es la *fuerza de ley* de este precepto que, como lo dice su artículo final, mantuvo por algún tiempo en suspenso y de manera expresa, la aplicación del recordado artículo 695; y nadie, desde que comenzó a ser obligatorio, ha pretendido reformar sus mandatos por medio de un segundo decreto supremo. Si algo se hiciera en este sentido, los tribunales y la opinión unánimemente no le atribuirían ningún valor, por estimar que el reglamento consabido posee la misma fuerza obligatoria que el Código que le ha dado origen. De paso, es menester anotar el hecho, que más tarde ha de servirnos de fundamento principal en la adopción de una teoría sustentada a propósito de este interesante tema, de que marchan unidas la delegación y la irrevocabilidad del acto impuesta a la entidad que lo ejecuta.

En forma todavía más clara y perentoria manifestó el Poder Legislativo su expresa voluntad de delegar sus funciones en los dos ejemplos siguientes: El Presidente de la República con fecha 22 de Febrero de 1858, dictó un reglamento con el nombre de Ordenanza General de Correos, ejercitando la autorización expresa que para el caso le confirió la ley de 5 de Noviembre del año anterior, ley que consta solamente del artículo que faculta al primer mandatario para decretar esa ordenanza. Este reglamento, también tiene tanta fuerza de ley como si todo lo ordenado en él apareciera inserto en el texto mismo de la cortísima ley de 1857 y el hecho de que varias de sus disposiciones hayan sido modificadas o ampliadas posteriormente por nuevas y numerosas *leyes*, viene a comprobar la opinión que venimos sustentando. A mayor abundamiento, la Corte Suprema reconoce, asimismo, la fuerza de ley que tiene la ordenanza referida y declara que un contrato de transporte «no puede existir jurídicamente ni producir efectos civiles después de dos años, en vista de que según el artículo 158 de dicha Ordenanza esos contratos no pueden durar más de ese tiempo» (1). Igual valor han atribuido constantemente los tribunales a la Ordenanza de Aguas de 3 de Enero de 1872, promul-

(1) Sent. Cas. en el fondo, Julio 15, 1911. «Lobo con Fisco». Véase *Revista*, tomo IX I, 454.



gada en uso de la facultad conferida por el artículo 119 de la Ley Orgánica de Municipalidades de 8 de Noviembre de 1854, y a las Ordenanzas dictadas para cumplir la ley de Policía Sanitaria de 30 de Noviembre de 1886, con el agregado de que éstas imponen multas de uno a cincuenta pesos a los particulares que no se ajusten a sus mandatos.

Como último ejemplo de esta especie de ejercicio de la potestad reglamentaria y que ofrece cierta diferencia con los ejemplos anteriormente aducidos, se puede invocar la ley vigente de Municipalidades de 22 de Diciembre de 1891, que en su artículo primero autoriza al Presidente de la República para *establecer* Municipalidades, oyendo al Consejo de Estado. Según la manera como se ha apreciado esta autorización, el Presidente de la República ha sido facultado por una sola vez y lo hecho por él no puede ser modificado o derogado de propia autoridad sino mediante la intervención del Poder que expresamente delegó en él esta facultad. Y así, la Corte Suprema mantiene igual parecer conociendo de un juicio originado en que el Presidente de la República había mudado la cabecera de una comuna después de haberla fijado por medio de un decreto supremo. Dice el Excmo. Tribunal que «sólo puede verificarse en virtud de una ley» la traslación de la cabecera de la comuna a un punto diverso del fijado primitivamente por decreto supremo, dictado como consecuencia de la autorización referida». Conforme a esta doctrina, sancionada por nuestros tribunales, cuando al Presidente de la República se confiere por alguna ley la facultad de dictar un decreto que la complementa, ejercitada esta facultad por aquel funcionario, ella cae en orden a la materia a que el decreto se refiere, y éste, por la naturaleza de las cosas, forma parte de la ley misma, sin que pueda ser modificado o derogado sino mediante las formalidades que las leyes exigen para modificar o derogar las leyes (1).

En los casos contemplados la delegación se verifica *a priori*; otros hay en que ella viene a modo de sanción de actos por su naturaleza legislativa dictados por el Ejecutivo. Tal sucede con los decretos reglamentarios que expide el Presidente de la República y reciben aprobación legislativa al ser incorporados

(1) CORREA BRAVO, ob. cit., p. 12.



y aprobados en una glosa de la ley anual de Presupuestos. Ocorre algunas veces que estas glosas con sus declaraciones incorporadas en ellas, crean derechos e imponen obligaciones, y lo que es peor, suspenden los efectos o la aplicación de leyes de carácter permanente.

Otras veces se recurre a este medio, no recomendable, para manifestar la intención del legislador, en orden a interpretar cierta disposición legislativa. Pero, si puede aceptarse, con las reservas del caso en mérito de circunstancias de índole premiosa o de un interés general que no ha podido satisfacerse en otra forma, que valiéndose de estos decretos incorporados, se establezcan nuevas normas de derecho o se aclare el sentido de otras ya existentes, es censurable e imposible de admitir que adquieran valor imperativo disposiciones enderezadas a suspender, modificar o derogar derechos y situaciones jurídicas y aún nuevas expectativas nacidas al amparo de una legislación verdaderamente tal, que ofrecía garantías de permanencia y de no ser modificadas sino en la forma contemplada por la Carta Fundamental. Bien se comprende que los intereses de los habitantes, desarrollados y consolidados en circunstancias determinadas, no pueden quedar expuestos al arbitrio del capricho gubernamental o legislativo, tan fácil de tomar cuerpo y consistencia por este sencillo medio de legislar que se ha venido abriendo sendero entre nosotros al compás de nuestra dificultosa y estéril marcha legislativa. Decimos al arbitrio en sentido de arbitrario, ya que puede muy fácilmente ofrecer este carácter la obra que es fruto del estudio de uno o de reducidísimo número de hombres, verificado muchas veces en condiciones de urgencia y en medio de la indiferencia de los demás. Sabidos son los procedimientos de las Comisiones Mixtas de Presupuestos que informan al Congreso sobre el proyecto presentado por el Gobierno y la incuria y poca atención con que se estudian y resuelven por la gran masa de sus miembros los asuntos de mayor interés público. El incorporar un reglamento de la clase en referencia es las más de las veces obra de uno solo, realizada ante la despreocupación de los demás. Posteriormente ambas Cámaras aprueban en general lo que les llega informado por su Comisión y si alguno de sus individuos intenta en ciertas ocasiones alterar la adopción de un proyecto de esta suerte a medio aprobar, las dificultades reglamentarias le salen al través

y por no embarazar la aprobación de una partida de interés público, transije y acepta la incorporación de tal o cual decreto, que lleva en sí la idea de una nueva legislación, real y positiva. Podrá argumentarse, que de todos modos se legisla, y que el Congreso al prestar su aprobación a un decreto de ese género, aprobación consciente y deliberada, ha manifestado su clara intención de convertir en imperativas para todos, normas que en el estado de simple decreto, eran forzosas sólo para el personal de funcionarios de la administración. Argumento es éste más especioso que real y que la crítica destruye. La legislación es obra que nace y crece de conformidad con preceptos constitucionales de un nivel superior que se confunde con los principios del derecho público: un complicado mecanismo funciona para que los delegatarios de la voluntad soberana puedan y deban estudiar con pleno conocimiento, en conjunto y en detalle, el todo o una parte de un proyecto de ley, puedan aceptar o rechazar el total o una parcialidad de él, y nada de esto se verifica en la forma de legislar, objeto de la presente disquisición. Por otra parte, la ley anual de Presupuestos, es sólo ley de gastos, es una especie de contabilidad o cuadro esquemático de las necesidades nacionales traducidas en cifras y no el lugar a propósito para insertar de la manera indicada, nuevas normas de derecho, ni mucho menos para enervar o derogar leyes anteriores que tienen toda la majestad y el valor jurídico que les presta su origen constitucional. Parécenos, pues, sin lugar a dudas, que los tribunales de justicia no podrían dentro de su elevada misión aplicar estos decretos con fuerza de ley, incorporados a las leyes anuales de presupuestos, sin ellos contuvieran normas de derecho contrapuestas a otras anteriores que han tenido como fuentes disposiciones de leyes propiamente tales; dejando establecido que no podría regir este rigor con aquellos reglamentos incorporados que no contravinieran a tales normas. Proceder de otro modo sería entregar la hacienda y los derechos de los individuos a la ligereza parlamentaria.

Otro de los modos de delegar sus funciones de que se vale constantemente el Poder Legislativo, consiste en autorizar al Presidente de la República para que de acuerdo con tal o cual consejo o comisión proceda a dictar el correspondiente reglamento. Si en realidad aparece visible la delegación, tales regla-



mentos deben ser modificados por la vía legislativa; en caso contrario podrán serlo con la colaboración del consejo y del Presidente, es decir, de las entidades que los engendraron.

Dentro de este segundo género de reglamentos que estudiamos—en que la delegación legislativa aparece ora palpable, ora subentendida—cabe cierta clasificación que atiende menos al valor intrínseco que al objeto que persigue y al modo cómo se ejercita.

Siguiendo en este particular al profesor PISANELLI, de la Universidad de Roma, podemos distinguir las siguientes variedades (1):

- a) La ley puede autorizar al Gobierno para dictar una norma excepcional y provisoria;
- b) La ley que autoriza al Gobierno para dictar normas estables que pueden llegar a constituir normas fundamentales del derecho nacional sobre una materia dada; y
- c) La ley, anulando los efectos de las normas jurídicas ya establecidas, puede constituir por medio del reglamento, una determinada esfera en que se ejercite la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo.

#### SU RESPECTIVO VALOR JURÍDICO

Conocidos y estudiados los principales tipos o ejemplos de reglamentos, que los otros que pueden presentarse no son más que variedades de las especies ya examinadas, y diversificados todos en los dos géneros enunciados al comienzo del párrafo anterior, réstanos considerar con mayor detenimiento, el aspecto particular de su respectiva fuerza obligatoria.

Después de lo expuesto, queda fuera de duda el ningún valor que para los tribunales de justicia tienen los reglamentos del Ejecutivo expedidos para surtir efectos dentro de los límites de la Administración, cuando obligan sólo a su personal jerarquizado; pero distinta deberá ser la actitud, si los reglamentos administrativos surten efectos ante terceros o establecen relaciones entre la Administración y los particulares, susceptibles de regularizarse por la vía reglamentaria. Es menester recordar que ya la ley, de manera permanente y general, autoriza al



Poder Ejecutivo para crear normas de derecho y constituir, por decirlo así, todo un sistema que debe incorporarse en el derecho positivo. Valgan por ahora las siguientes citas:

El Fisco, las Municipalidades y otras corporaciones o fundaciones de derecho público se rigen por leyes y reglamentos especiales (1);

Los arrendatarios de bienes nacionales, municipales o de establecimientos públicos, están sujetos a reglamentos particulares, y EN LO QUE NO LO ESTUVIEREN, a las disposiciones del título respectivo del Código Civil (2);

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 la materia se promulguen (3);

No se podrán sacar canales de los ríos para ningún objeto industrial o doméstico, sino con arreglo a las leyes u ordenanzas respectivas (4);

Las leyes y ordenanzas respectivas establecen las penas en que incurrir los capitanes de barcos que toquen en la playa sin sujeción a lo que ellas prescriban (5);

Los reglamentos fiscales priman sobre las disposiciones del Código Civil para los casos de naufragios en lo concerniente a la internación de las especies (6);

Bastaría recordar las precitadas disposiciones para comprender cuán descaminados andan quienes sostienen que los tribunales de justicia deben ceñirse en sus fallos sólo a lo que mandan las leyes y no a lo que también, en su caso, puedan prescribir los reglamentos emanados de una competencia legal determinada (7). Son ellas, evidente ejemplo de delegación de facultades autorizadas por ley tan importante y permanente

(1) Código Civil, art. 54.

(2) Ibid., 1823.

(3) Ibid., 603.

(4) Ibid., art. 598.

(5) Ibid., 604.

(6) Ibid., 639.

(7) Esta materia especial y todo lo que se relaciona con los conflictos entre el derecho civil y el derecho administrativo, por su marcada importancia, se tratarán con mayor detenimiento y amplitud en un estudio especial sobre la Personalidad Civil del Fisco.



como el Código Civil, a las cuales puede agregarse el Reglamento Conservatorio de Bienes Raíces originado en otro de sus artículos. Desconocer la fuerza de estos reglamentos, es igual a desconocer el valor del texto mismo del Código Civil, es hacer letra muerta de preceptos tan claramente expresados, es ir más allá de lo que el legislador quiso, desde que voluntariamente él mismo, como se ve en alguno de los ejemplos invocados, pospone el valor del Código al precepto del reglamento. Semejante actitud opuesta a la potestad reglamentaria, cuyo origen constitucional e imperio hemos estudiado, no tiene otra excusa bastante a explicársela que la siguiente: Entre nosotros, por razones que no es del caso señalar en esta oportunidad, ha dominado sin contrapeso la afición y estudio de los asuntos jurídicos de derecho privado o civil, como en el extranjero alguien con acuciosidad lo ha anotado, estimándose que los que tienen por objeto y mira el derecho público carecen de interés jurídico y merecen solamente la atención de los políticos y sociólogos. Error lamentable es éste, que ha dado crecimiento a una enorme literatura *civilista*, si se nos permite el vocablo, con desmedro de nuestra reducida literatura política, en cuyas elucubraciones tan escasos ingenios se han ocupado y distinguido, y que en otros países, como Argentina para no ir más lejos, a desemejanza de Chile, es manantial fecundo de una riquísima y variada producción intelectual. Esta falsa concepción, nos ha llevado a reconocer carácter jurídico únicamente a las relaciones de derecho civil y a aplicar esta rama del derecho como si fuera la única, tomando la parte por el todo; sometiendo al Estado en sus relaciones con los particulares al derecho civil, que no ha sido creado sino para regir las relaciones de los individuos entre sí (1).

Sirva lo que hemos expuesto para comprender por qué el reglamento merece una importancia mayor de la que hasta ahora le hemos atribuido, y por qué encierra cierto valor jurídico, cuando se dicta en las debidas condiciones de legalidad.

Para apreciar la validez de los reglamentos como fuentes de derecho, es menester considerar:

---

(1) Este difícil y complicado tema sobre la aplicación de las leyes civiles y de derecho público se tratará con mayor latitud en el mismo estudio sobre la Personalidad Civil del Fisco.

- 1.º Que el reglamento procede por vía de delegación;
- 2.º Que cuando procede de las facultades administrativas del Presidente de la República, se ajuste a la ley existente;
- 3.º Que sea un verdadero reglamento, es decir, que dicte normas de carácter general y no degeneren en un acto administrativo que tiene un muy diverso valor jurídico. No hay reglamento sino cuando de las circunstancias se infiere que la autoridad ha tenido la intención de usar de la facultad a ella otorgada de dictar reglas de derecho y esta intención aparece, ora del modo como se publica el reglamento, con la anticipación debida para que pueda ser conocido y obedecido; ya de la forma cómo ha sido redactado, ya del nombre con que se le designa, por ejemplo, llamándole reglamento; y finalmente ya de su propio contenido (1);

4.º Que existiendo delegación legislativa, obre el Ejecutivo dentro de la esfera de competencia que las leyes en general le señalen o la particular ley que autoriza de modo expreso o tácito la delegación. Con mucha propiedad ha dicho a este respecto un distinguido publicista italiano que también, cuando el Poder Ejecutivo ejerce funciones legislativas por expresa delegación del Parlamento, corresponde a los tribunales inquirir si los actos de aquél se ajustan o no a la delegación que recibió, y no deben reconocer su autoridad cuando haya en ellos exceso de atribuciones respecto al mandato cierto y determinado. Ocioso será decir que en tal caso, de los excesos y abusos del poder el gobierno responde ante el Parlamento y no ante la autoridad judicial, pero la disposición o acto del Poder Ejecutivo que en el ejercicio de la función legislativa se excedió de los límites del mandato expreso y bien determinado, no tiene autoridad ninguna ante los tribunales, porque aquel acto es arbitrario, como que es dictado fuera de los límites de la propia competencia. Si al Poder Ejecutivo le hubieran conferido poderes excepcionales y de ellos abusara, por evidente y grave que fuera el abuso, los tribunales no podrían desconocer la autoridad y eficacia legislativa de las disposiciones del Gobierno en tanto que perduraran dichos poderes excepcionales. Al Parlamento correspondería únicamente, deslindar y perse-



guir las responsabilidades (1). Pero mientras esto no ocurra, los tribunales deben examinar el título en virtud del cual se expide el reglamento y cerciorarse de si lo dispuesto en él no se excede de la competencia que la ley señala al Ejecutivo.

Siguiendo paso a paso las diversas clases de reglamento hemos arribado ahora al examen de la cuestión principal a saber, cuáles son los reglamentos que obligan a los tribunales a considerarlos como fuente de derecho. De lo visto en las páginas anteriores se desprende claramente que si el Presidente procede como Administrador del Estado, en uso de sus facultades generales de que al respecto le inviste la Constitución, liga sólo por medio del reglamento a sus subordinados jerarquizados y a terceros en cuanto no crea nuevas normas sino establece medios para aplicar las ya existentes; y que si dicho mandatario, valiéndose de la potestad reglamentaria, crea nuevas normas de derecho, ha de estar precisa y necesariamente autorizado para ello por delegación que de sus facultades legislativas le haya hecho el Congreso, tácita o explícitamente. Si la delegación se patentiza de una u otra manera, no hay lugar a dudas ni a discrepancias de criterio; no queda más que someterse a los dictados de la nueva norma y sujetar a ella los fallos judiciales, puesto que al fin y al cabo, no es el Poder Ejecutivo sino el mismo Poder Legislativo quien da la norma o la autorización para que ésta se dicte. Cuando la delegación es expresa, terminante y precisa, no hay siquiera ni motivo para estudiar, pero diverso es el caso cuando la delegación está subentendida, cuando aparece ambigua o cuando sólo hay margen para presumirla. En esta eventualidad, la solución del problema se reduce a encontrar un medio que sirva en la investigación del asunto al modo como los reactivos de que usa la química accionan para acusar la presencia o ausencia de algún cuerpo o si los elementos están combinados de manera que sean eficaces. Y este medio lo hallamos en lo que ya llevamos recorrido. Hemos visto cómo el Presidente ha aprobado reglamentos cuyos preceptos no ha podido después alterar por sí mismo y que cuando así lo ha hecho los tribunales han negado la validez del acto; y también hemos considerado el caso de reglamentos,

---

(1) P. FIORE, *De la irretroactividad de las leyes*, trad. del it. p. 187, y siguientes.



verbi gracia, la Ordenanza General de Correos, modificados después de promulgados, no por obra del Poder Ejecutivo, sino por medio de leyes emanadas del Poder Legislativo. En los ejemplos que sirven para nuestra investigación vemos que la irrevocabilidad del acto asoma como el elemento que señala el carácter de la delegación. Y huelgan las razones para justificar esta manera de raciocinar y las conclusiones a que arribamos. Con fundamento indiscutible ha dicho el profesor PISANELLI, el eminente catedrático de la Universidad de Roma, que el carácter del reglamento como fuente de derecho se hace visible según sea la autoridad que está llamada a intervenir en la derogación de la disposición reglamentaria. «Si ésta no puede alterarse sino con intervención del Poder Legislativo, tiene fuerza de ley; si puede modificarse o derogarse por la sola intervención del Poder Ejecutivo, no la tiene; debiendo los tribunales de justicia respetarla en el primer caso y no acatarla en el segundo» (1).

Réstanos recordar que ya hemos dejado testimonio de que nuestros tribunales han reconocido prácticamente el valor de esta doctrina.

#### LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN EL MUNICIPIO

Los tratadistas de derecho público, y sobre todo los escritores alemanes, frecuentemente distinguen una esfera particular de la potestad reglamentaria que incumbe a las personas jurídicas de derecho público, de categoría inferior a la persona del Fisco, como son entre nosotros los municipios, los cuales pueden considerarse, bajo ciertos respectos, como los delegatarios de muchas de las atribuciones del Estado. A esta facultad de dictar reglamentos, especie de legislación de carácter secundario y obligatoria, la hacen derivar de la *autonomía*, y las llaman *reglas autónomas de derecho* (2). Esta *autonomía* es propia sólo de las administraciones independientes, de las *selbsterwaltung* alemanas, del *self government* inglés o americano.

Ejercen también potestad reglamentaria entre nosotros las Municipalidades a virtud de lo dispuesto en el número 10 del

(1) PISANELLI, ob. cit., p. 197.

(2) O. MAYER, ob. cit., t. I. p. 163 y siguientes.



artículo 119 de la Constitución y del 28 de la Ley Orgánica de Municipalidades, de 22 de Diciembre de 1891 (1). Las disposiciones que estas corporaciones acuerdan son u ordenanzas o reglamentos o simples acuerdos. La diferencia entre ordenanza y reglamentos estriba, no en el objeto sobre que recaen ni en su naturaleza, sino en las diversas sanciones que reciben los infractores de ellas. Así las infracciones de los reglamentos se penan con multa hasta de \$ 40 y las de las ordenanzas con multa desde \$ 41 hasta \$ 60 (2).

Las ordenanzas deben ser aprobadas por la Municipalidad y por el Presidente de la República, con audiencia del Consejo de Estado. Las antiguas asambleas de electores, hoy de contribuyentes, creadas por la ley de 1891, tenían facultad para *deliberar* sobre los acuerdos, reglamentos y ordenanzas de la Municipalidad sancionados con multa (art. 86), pero no era necesaria su aprobación para dictar las ordenanzas. Tienen éstas y los reglamentos tal fuerza obligatoria para los habitantes, que los alcaldes por turno mensual ordenan el pago de las multas en que incurrn los infractores y pueden decretar el arresto de éstos hasta por cinco días en caso de resistirse al pago, sin perjuicio de la apelación a la justicia civil una vez cumplida la condena (3).

Constituyen, pues, los reglamentos y ordenanzas una verdadera legislación de carácter secundario y supletorio, porque no pueden disponer de manera general sino a falta de precepto legal y nunca en contraposición a éstos. Tampoco pueden los reglamentos extinguir o alterar derechos patrimoniales existentes, nacidos bajo el imperio de las leyes, ni modificar situaciones contractuales en que figure el mismo municipio, porque si esto puede ser aceptado por algunos y negado por otros respecto del Estado, no cabe asomo de duda respecto del municipio, que aunque es una entidad de derecho público, no existe sino a virtud de la ley, a diferencia del Estado que existe por sí solo, no tiene ninguno de los caracteres de la soberanía que distin-

(1) Conservamos la numeración de la ley primitiva.

(2) CORREA BRAVO, ob. cit., p. 273. La ley vigente no da una clasificación exacta de ordenanzas, reglamentos y acuerdos, las que se encuentran con toda precisión en las leyes derogadas de 8 de Noviembre de 1854 (artículo 203) de 9 de Octubre de 1861.

(3) Arts. 111 a 114 de la ley de 18 de Diciembre de 1914.

guen al Estado y lo suelen a veces colocar sobre el derecho. Dictados en ausencia de preceptos legales, con las formalidades requeridas, sin atentar contra derechos personales o patrimoniales amparados por la ley dentro de los límites de su competencia, los reglamentos y ordenanzas obligan a los particulares y los tribunales de justicia no pueden, si son expedidos en las condiciones apuntadas, desconocer su fuerza obligatoria.

#### REGLAMENTOS ILEGALES Y DE URGENCIA DICTADOS EN ÉPOCAS DE CALAMIDADES PÚBLICAS

Pasadas en más o menos rápida revista las diversas clases de reglamentos generalmente aceptados, nos resta estudiar una variedad, que no por ser menos frecuente en su aplicación, y ser su naturaleza extra-legal, no es menos digna de ser prolijamente examinada y clasificada entre sus similares de manifiesta legalidad. Nos referimos a aquellos reglamentos abierta y francamente ilegales que la Administración, bajo el imperio de determinadas circunstancias en todos los tiempos y en todos los países, ha adoptado en resguardo de los más elevados y supremos intereses de la comunidad. Y antes de continuar en el desarrollo sistemático que pensamos dar a esta interesantísima materia, permítasenos detenernos en la primera objeción que vemos asomar a los labios tal vez de la casi unanimidad de los lectores que nos hayan favorecido con detener su atención en estas líneas. Se nos dirá que en un trabajo de orden jurídico como éste no sienta bien el análisis de asunto que no tiene ninguna vinculación con el derecho, desde que precisamente los reglamentos en que ahora nos ocupamos rompen la estructura jurídica de la sociedad y son ellos mismos una abierta negación del derecho. Reconocemos la exactitud de la observación que no hace más que atestiguar la existencia de un hecho. Pero, como este hecho se ha repetido tantas veces en la historia y ha de continuar reapareciendo en sus anales, mientras los hombres sean lo que son; y tiene siempre transcendencias de índole jurídica, contra sus autores y no pocas veces contra terceros que han permanecido extraños a su génesis, el negar su existencia como innovador de situaciones jurídicas, sería como remedar la actitud de aquellos sabios que se empeñaban en no reconocer un nuevo cuerpo recientemente caído



sobre la superficie del planeta, porque de su existencia no daban noticias los catálogos con anterioridad elaborados en los textos de Química. En realidad de verdad, estos reglamentos son no conformes al derecho, pero lo alteran a veces sustancialmente. De aquí la razón de nuestro estudio.

Al publicarse estas páginas en otro país, en que el Código Civil no se haya metido tanto como entre nosotros en la conciencia jurídica nacional y no sea el único criterio de derecho, habría estado de más lo dicho. De aquí la razón de esa explicación dada *a priori*.

Al terminar la breve reseña histórica con que procedemos el tratamiento sistemático de este asunto tuvimos oportunidad de insinuar que en Italia se llaman «ordenanza de urgencia» las que dicta el rey en vista de circunstancias excepcionales que no han podido ser previstas por la legislación del reino y que tienden a conservar el orden social y régimen existentes. Vimos, también, cual es, según sus escritores, la fuente constitucional de esta variedad de la potestad reglamentaria y el argumento de orden histórico que justifica su existencia. En puridad de verdad, no encontramos en nuestro régimen constitucional y legal precepto alguno en que pudiera fundarse el Presidente de la República o uno de los Gobernadores de Departamento, sus subordinados, para dictar semejantes reglamentos u ordenanzas. Ni tampoco existe, como en la génesis de la Constitución italiana que hemos relatado, ningún hecho que de otra suerte vindicara al gobernante que tal cosa hiciera. Carencia de análoga disposición se nota en la Constitución de los Estados Unidos, de Inglaterra (hablamos de su derecho público) y de muchos otros países al igual del nuestro de hecho y de derecho legalmente organizados. Ocioso es decir que, como punto de unión y término de comparación, no nos referiremos a aquellas naciones que no han alcanzado todavía esa madurez en sus instituciones jurídicas y políticas de que sin falsa modestia podemos enorgullecernos; y que relacionaremos lo aseverado únicamente con lo que pasa en pueblos que viven en sólido régimen de derecho y de libertad, de plenas garantías y que pueden soportar, en igualdad de condiciones, una justa comparación al respecto. Empero, a pesar de la ausencia de esta suerte de disposiciones constitucionales o legales, el gobierno inglés en muchas ocasiones y el de Estados Unidos en



menor número, al igual del de otros países, ha usado de medios extra-legales cuando las necesidades públicas así lo requirieron. Y llévase debida cuenta de que las dos naciones que más han influido en la historia constitucional y política del orbe entero, aunque con diferencias sustanciales en los métodos por una y otra preconizados, han incurrido en la adopción de esta clase de medidas excepcionales, usando de la potestad reglamentaria, ora el Jefe del Ejecutivo o ya alguno de sus delegatarios en el mando.

En la existencia de los pueblos se producen a veces condiciones de franca anormalidad en que todo el orden vigente se trastorna y en que los esenciales principios del derecho antes tan sólidamente establecidos se ven desconocidos y amagados; la vida, garantizada por las leyes, queda expuesta a perderse a manos de elementos surgidos de los más bajos antros sociales, y los audaces, los seres sin Dios ni ley, y todos los malvados que lucen sus instintos con ocasión de las grandes calamidades públicas, se enseñorean de la situación y en desenfrenada carrera, roban y pillan y matan y trastornan y demuelen e incendian y arrasan con todo lo que ha tardado siglos en formarse y organizarse para llegar a constituir el orden social contemporáneo. En no pocas ocasiones a esta gran mudanza de lo existente ha precedido un gran cataclismo o un profundo trastorno en los elementos naturales; y ya es un grande incendio que voraz arrasa con barrios o ciudades enteras, o es el mar el que destruye poblaciones, o un río que sale de madre e inunda una comarca, sembrando la desolación y la muerte, o la tierra misma la que tiembla y sacude y derriba cuanto sobre ella existe. Y no es esto producto de la fantasía, que allí está para no desmentirnos vivo el recuerdo de lo que han sido calamidades de este orden producidas por salidas del mar en Java; los terremotos de Lisboa, Caracas, San Francisco, Valparaíso, Sicilia; las inundaciones del Misissipi; las huelgas de Chicago y de Liverpool y otras innumerables de contar.

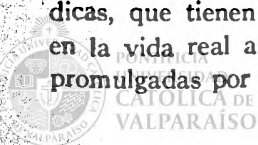
¿Habrà alguien capaz de sostener que en circunstancias como éstas, pueda la Administración Pública, quien quiera que sea el que en el momento la ejerza, no adoptar rápidamente, sin dilación la que menor, las diligencias que procedan por dudosa que sea su legalidad? Las leyes han sido hechas para la vida normal; pero cuando todo es anormal y hasta los elementos



mismos de la naturaleza se presentan en forma que no ha sido contemplada por los legisladores... vuelve a imponerse la vigencia del principio romano, nacido y vigorizado en el pueblo de la vida jurídica por excelencia; principio que es un *axioma de derecho* (porque no lo es de la mecánica, ni de la química ni otra ciencia parecida), principio trasplantado a todas las naciones de la tierra: *Salus populi suprema lex est*. A manera de curiosidad consignamos que este aforismo es el mote del escudo, en el Estado de Luisiana, en la democrática República del Norte. Se dirá que la Constitución no encierra en ninguno de sus preceptos tal norma de derecho; pero a tal objeción podríamos responder que no es posible excluir del derecho público la aplicación de los mismos métodos en boga en el derecho civil. Por ejemplo, diluído en sinnúmero de disposiciones de los códigos modernos, se halla el principio de que, nadie puede enriquecerse a costa de otro. No hay estudiante de derecho que desconozca su gran valor jurídico; y, sin embargo, no se inserta en los códigos ningún artículo que expresamente lo consigne.

En cambio, si no aparece de manifiesto y campeando por sí solo, encuéntrase difundido en un centenar de disposiciones que constatan su desapercibida existencia; y no es un caso raro el de que una resolución de los tribunales se funde exclusivamente en la existencia de este principio de derecho, que, como hemos dicho, no ha recibido lugar único en los códigos más recientes. De igual modo el aforismo romano, *salus populi*, etc., no se encarna en ningún artículo de la Constitución, pero está latente, puede decirse, en todas sus disposiciones y es el principio vivificador que las anima, al cual deben su existencia y el único justificativo de su razón de ser.

Pero, la ciencia del derecho y la jurisprudencia, no han permanecido indiferentes ante la realidad de los hechos y de los actos reglamentarios o simplemente administrativos de carácter particular, emanados de los gobiernos que se han visto precisados a dictarlos, y trata de formar un sistema de algo que hasta ahora se ha producido aisladamente. En esto no hace más que seguir el camino ordinario que recorren las ideas jurídicas, que tienen una existencia en la conciencia colectiva y en la vida real antes de que sean sintetizadas y oficialmente promulgadas por las constituciones y las leyes, al igual de las



palabras de un idioma, que son tales aunque no figuran en el diccionario y son usadas primero por el pueblo que se rige por ellas en sus mutuas relaciones y sólo después de consagradas en el hecho, son recibidas en los léxicos.

El sabio profesor Korkounow, de la Universidad de San Petersburgo, en una obra clásica y traducida a los principales idiomas modernos, dice a este respecto textualmente: «Esta regla (la de que el reglamento no puede 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 un decreto que contradiga a una ley, pero los ministros se hacen responsables de ello ante el Parlamento» (1). La Corte de Casación de Roma, al conocer de los defectos de uno de esos decretos anti-legales del Gobierno, dictado con motivo de un trastorno público, expresó muy felizmente en uno de los considerandos de la sentencia la necesidad de la medida, al decir «una invincibile necessità di fatto la quale diventa suprema ragione di diritto» (2). En relación con este caso, el profesor PISANELLI sostiene que la justicia puede no reconocer los decretos que supriman o deroguen las leyes u ordenen medidas ilegales, a menos que estas medidas reciban sanción legislativa *a posteriori*; pero esto no implica desconocimiento de la necesidad, a veces imperiosa, que justifica la adopción de esas medidas. Agrega que hay momentos en la vida del Estado que dan toda fuerza al aforismo *salus populi suprema lex est*, en los cuales no pueden aplicarse los principios o normas legales generales «adecuadas para un orden normal fisiológico cuando se trata de un caso grave de patología quirúrgica» (3).

Uno de los más esclarecidos tratadistas contemporáneos de derecho público, el jurisconsulto inglés DICEY, se expresa en estos términos: «Hay épocas de trastornos o de invasión, durante las cuales, para la seguridad de la ley misma, las reglas contenidas en la ley deben ser violadas. El camino que en esos casos debe seguir el Gobierno está del todo trazado de antemano: el Ministerio (The Cabinet) quiere violar la ley y aco-

(1) KORKOUNOW, *Théorie générale du droit*, trad. franc., París, 1903, página 468.

(2) PISANELLI, *ob. cit.*, p. 178.

(3) *Ibid.*, p. 193.

gerse para su resguardo a una ley de indemnidad (*act of indemnity*), una ley de este género es el ejercicio supremo de la soberanía parlamentaria: legaliza la ilegalidad». Agrega dicho autor que, «siempre debe recurrir a este procedimiento, en una u otra forma, en las emergencias críticas, el gobierno de todo país civilizado» (1). La ley de indemnidad es reclamada por la actitud que pueden asumir los particulares perjudicados por los actos ilegales del Gobierno, quienes llevarían ante los tribunales a los autores de la medida y persiguirían su responsabilidad personal por las consecuencias de actos ejecutados fuera de su competencia.

«Un *act of indemnity* es una ley, cuyo objeto es legalizar una operación que en el momento de ser ejecutada era ilegal, o bien tiene por fin descargar la responsabilidad que pudiera afectar a ciertos individuos y en que pudieran haber incurrido en razón de la violación de una ley» (2).

«Una ley (*act*) de indemnidad, aunque sanciona la legalización de una ilegalidad, es en sí misma ley. Existe, pues, en su carácter esencial algo muy diferente de la proclamación de la ley marcial, del establecimiento del estado de sitio o de todo otro procedimiento por el cual el gobierno ejecutivo suspende, por propia voluntad, el ejercicio de la ley del país.

«Es, sin duda, el ejercicio del poder arbitrario soberano, pero allí donde el soberano legal es una asamblea parlamentaria (refiriéndose al Parlamento inglés) los actos mismos del Estado, adoptan la forma de la legislación regular, y este hecho, por sí solo, asegura de manera respetable, la real y no menos aparente supremacía de la ley» (3).

En Prusia, país modelo de organización administrativa y en donde todo está previsto por la ley, hay ordenanzas de urgencia (*Notverordnungen*) autorizadas de manera expresa por la Constitución en su art. 63: «Solamente en casos que así lo exijan el mantenimiento de la seguridad pública o el alivio urgente de desgracias extraordinarias, se pueden dictar, bajo la responsabilidad solidaria de los Ministros de Estado, ordenanzas que

(1) DICEY, *Rapport entre le droit et l'opinion publique en Angleterre*, trad. franc., París 1906.

(2) *Ibid.*, p. 44.

(3) *Ibid.*, p. 210.

tengan fuerza de ley, siempre que no sean opuestas a la Constitución y que no se encuentre reunido el Parlamento» (1).

Pero sea que emane un reglamento de esta especie de disposición expresa de la Constitución, sea que arranque solo de la obligación natural y superior impuesta a todo Gobierno de conservar el orden social, la propiedad y vida de sus ciudadanos, no hay poder público, ni depositario de una mínima parte de éste, que en las emergencias apuntadas se inhíba de dictar medidas ilegales de carácter general o particular tendientes a la prosecución de esos sagrados fines a pretexto de carencia de preceptos legales que autoricen su proceder. ¿Qué responsabilidad moral y administrativa no habría caído sobre las autoridades de San Francisco de California y de Valparaíso, si en medio de las ruinas que produjeron en ambas ciudades los terremotos de 1906, se hubieran cruzado de brazos en espera de la promulgación de una ley especial que los hubiera autorizado para proceder dictatorialmente como las circunstancias lo exigían, y en vez de fusilar a los delincuentes después de breve sumario, hubieran esperado para ello que se fallaran éstos en todas sus instancias y ajustándose al procedimiento judicial ordinario?

Hoy, veinte siglos pasados desde que el pueblo romano llegó al apogeo de su grandeza, el aforismo *salus populi* tiene el mismo, sino mayor valor jurídico ante la conciencia universal.

---

(1) GERLACH JAMES, *Principles of Prussian administration*, New York, Macmillan, ed. 1913, p. 156.

FIN.



# ÍNDICE

	Págs.
DOS PALABRAS.....	v
Derecho Administrativo.....	3
La Administración.....	5
Relaciones del Derecho Administrativo con las demás ciencias.....	8
Bibliografía.....	9
Obras generales del Derecho Administrativo.....	9
Alemania.....	11
Italia.....	12
España.....	13
Estados Unidos.....	13
Brasil.....	15
Argentina.....	15
Chile.....	16
Trabajos particulares respecto a Recopilaciones de leyes y jurisprudencia.....	17

## PRIMERA PARTE

### Las fuentes del Derecho Administrativo

#### CAPÍTULO I

El Derecho.—Su evolución.....	21
Diferencias entre el Derecho y la Moral.....	23
Diferencias entre el Derecho y la Ley.....	24
Formación del Derecho.....	28

## SEGUNDA PARTE

### La antigua teoría de la separación de los Poderes y la moderna doctrina de la colaboración de los Poderes Públicos como fundamentos del Derecho Administrativo.

#### CAPITULO II

La ley .....	34
I. Leyes de Derecho Público y de Orden Público .....	34
II. Efecto retroactivo de la Ley .....	35
III. Derogación de las Leyes .....	38
IV. Cuestiones relacionadas con la materialidad de la ley .....	41

#### CAPITULO III

La Jurisprudencia .....	44
a) El método lógico .....	45
b) El método histórico .....	47
c) El método positivo .....	47

#### CAPITULO IV

La costumbre y la opinión de los autores .....	49
Introducción .....	53
Bibliografía .....	54
Antecedentes históricos .....	55
Desarrollo teórico .....	57
La obra contraria de Rousseau .....	61
La apreciación moderna de la doctrina .....	63
Derecho comparado .....	68
El sistema chileno .....	75

## TERCERA PARTE

### La potestad reglamentaria

Bibliografía.....	83
Origen histórico.....	85
Naturaleza de la potestad reglamentaria.....	86
Necesidad del ejercicio de esta facultad.....	90
Fuerza obligatoria de los reglamentos en general.....	91
Varias clases de reglamentos.....	96
Su respectivo valor jurídico.....	103
La potestad reglamentaria en el municipio.....	108
Reglamentos ilegales y de urgencia dictados en épocas de calamidades públicas.....	110