

## RECENSIONES

G. FERNÁNDEZ DE LA MORA, *La partitocracia*. Editorial Gabriela Mistral. Santiago de Chile, 1975.

La democracia es una palabra cuyo empleo se ha vuelto cada vez más ambiguo, de modo que bajo ella se deslizan tanto verdades auténticas como contrabandos y falsedades. El sólo hecho de que incluso se califique a unas como simplemente "democracias" y a otras se les añada el adjetivo de "populares" debe poner sobre aviso respecto de que algo extraño acontece con fórmula política tan vaga, que permitiría caracterizar a unas como emanadas del pueblo y a otras como destinadas a no sabemos cuáles fines impopulares.

Hace bien la claridad que sobre tan confuso problema arroja el examen a que lo somete Gonzalo Fernández de la Mora, en la obra recientemente publicada por la Editorial Gabriela Mistral, y que titula "La partitocracia". Su contenido, implícito en el título, es el "poder de los partidos" o el gobierno que éstos ejercen en los regímenes políticos sustentados sobre esa base.

El partido político, desde luego, es una conjunción de personas que se unen con el objeto de llegar al poder y ejercerlo y, una vez allí, ver la manera de consolidarse y mantenerse en él todo el tiempo posible. No es el partido una unión transitoria, esporádica, sino un propósito permanente, estable. Fernández de la Mora desmonta esta armazón y excluye de la noción de partido, por no ser necesariamente constitutivo el que tengan un jefe, porque pueden tener varios que aspiran a convertirse en el único; el que usen medios legales, pues los hay que apelan a los ilegales; el que se adscriban un programa, ya que los ha habido o hay personalistas, como, guardadas las debidas y respetuosas distancias, lo fueron el degaullismo y el peronismo; que aspiren al bien común, porque no pocas veces persiguen intereses muy concretos, como en Chile aconteció con el agrario laborismo; que tengan detrás de ellos masas adictas, puesto que la Action Française de Charles Maurras se caracterizó por ser una agrupación voluntariamente reducida y de pensamiento aristocratizante, o en fin, exhiban otras notas distintivas o especificadoras.

En suma, nada singulariza al partido en cuanto tal, excepto el

ser unión de individuos y organizarse éstos para ascender al gobierno y dirigir desde allí a la comunidad nacional respectiva. Lo demás cabe alternativa o simultáneamente, como en el cuenco de un vaso caben todos los líquidos, desde la simple porción de agua hasta el cocktail más complicado y heterogéneo.

Por tanto, los partidos son instrumentos que pretenden imprimir una cierta configuración a la sociedad y cuyo objetivo radica en convencer o atraer la decisión de determinados sectores para su triunfo. Implícitamente la vida y la acción de esos partidos está ligada a la eficacia de su labor, por lo que podrán ser efímeros como en otros casos conseguirán echar raíces más o menos duraderas.

El problema que plantea el sistema partidista está situado no en la estructura del mismo, sino en su relación con la sociedad a la cual pretende configurar. Descansa, en efecto, sobre la hipótesis de que se apoya en la opinión pública, que ésta se expresa mediante el voto electoral, que hay una voluntad general captada, o destinada a ser captada por el partido, y que de ese modo el pueblo se gobierna a sí mismo y el poder pasa a pertenecer al pueblo y obra y actúa en beneficio de éste.

Tenemos, pues, que a esta altura democracia y partido dejan de identificarse. Una cosa es aquella forma de sociedad como esquema ideal, como aspiración, y otra el partido como instrumento que sirve con o sin eficacia a la construcción y perfeccionamiento de una colectividad en cuyo interior actúa. Fernández de la Mora analiza el fenómeno político como un observador y analista, intentando ver si calza el sistema de partidos con las hipótesis o supuestos democráticos.

El examen pone a la vista las piezas del mecanismo y la manera o estilo de su engranaje. Y el primer problema que se plantea es el de la coincidencia real o posible de la ya señalada voluntad general con un régimen en que, desde la primera evidencia, ésta se escinde en uno o más organismos que aspiran a interpretarla y hacerla patente. Porque, desde luego, no hay una voluntad general yacente, agrupada, concretada, sino que con ese nombre aludimos a una multiplicidad de ideas, convicciones, dudas, certidumbres e incertidumbres, afinidades, simpatías o rechazos: tantas como individuos cabe suponer.

Así, la voluntad general se descompone en voluntades particulares a las que procedería aglutinar y otorgar cohesión. El partido político parte del supuesto de que su estructura lo habilita para auscultar

y contabilizar esas voluntades. Ahora bien, esto tampoco puede hacerlo el partido como conglomerado. Necesitará en consecuencia, destacar una jefatura o jerarquía de la cual emanen las sugerencias o las órdenes que se propondrán o dictarán a los más. Tendrá, en fin, que generar una oligarquía que dirija. A su vez esta última tenderá el oído a las voces que broten del seno comunal y las seguirá o hará esfuerzos para modificarlas. Ambas decisiones corresponden a los jefes y serán éstos los que se dirigirán a la comunidad votante, es decir, al electorado, a fin de captar su adhesión. Mientras más partidos haya, más serán las proposiciones que el electorado reciba. Finalmente, como estos partidos quieren gobernar, escogen candidatos que, con variantes más o menos, surgen de la jerarquía y son postulados por ella. De otro lado, las oligarquías que dirigen a la agrupación partidista concluyen por colocar a los electores ante la opción de votar por sus candidatos y por las ideas que encarnan. El margen de decisión libre o autónoma de la opinión pública o "voluntad general" queda reducido a optar por determinados hombres y por lo que ellos sugieran. Las candidaturas independientes —teóricamente posibles— se hacen de hecho imposibles o efímeras. La maquinaria partidista las demuele o las absorbe, sin que se deje margen para una acción inmune a su influjo.

El residuo que arroja el análisis del sistema es la comprobación de una estructura de castas, de círculos cerrados, dentro de cuyos márgenes deben moverse y operar los electores. Harold Laski, socialista y agudo observador político, lo expresa con elocuencia tan concisa como gráfica: "Todo conflicto político es la posición de dos minorías activas que luchan por la posesión de la mayoría inerte". Pero ésta es sacada de su inercia momentánea y fugazmente, para volver a precipitarla en ella hasta una próxima ocasión.

En el intertanto, la autoridad queda supeditada a dos factores: el de una dependencia amenazante, y siempre amenazada, del electorado, y el de la entrega a oligarquías partidistas que buscan cómo seducirlo y que acaban por caer envueltas en la confusión y el oleaje del cálculo y la consigna.

La democracia se volatiliza. Ni los partidos son expresión de la presunta "voluntad general" ni ésta tiene vías para influir perdurable y establemente sobre las oligarquías partidistas. El final es un círculo

vicioso, un juego de espejos, en que la imagen se multiplica por refracción pero no varía como tal.

Italia acaba de ponerlo en evidencia en la reciente elección parlamentaria. El auténtico país quedó encerrado por la "partitocracia" y fue puesto contra la pared para elegir entre dos fracasos: el de una democracia cristiana en decadencia y expuesta a recaer en sus viejos errores y el de un comunismo arrasador de toda libertad y sentido nacional.

F. DURÁN V.

S. A. DE SMITH. *Constitutional and Administrative Law*. Penguin Books Ltd., 1st ed. London 1971.

Pudiera parecer sorprendente que una sección dedicada a comentar las novedades más recientes en materia de Derecho Público, incluya la recensión de una obra aparecida hace ya cinco años, pero una simple ojeada al panorama bibliográfico jurídico inglés bastaría para justificar el intento: no existe —al menos en nuestras bibliotecas públicas— otro trabajo que reúna las características del que nos ocupa, en cuanto a generalidad y sentido práctico. A ello debe agregarse el escaso interés que el Derecho Público, y en particular, el Derecho Administrativo británico, parecen despertar entre nuestros especialistas<sup>1</sup>.

Como lo anuncia el propio autor en el prefacio, este es un libro para estudiantes, no un tratado completo. Ello explica lo reducido del tratamiento de algunas importantes materias, y las escasas salidas de libreto del autor, al desarrollar selectivamente alguno que otro tema, entre los que destaca el régimen de gobierno local, de rica tradición en Inglaterra.

Nuestra obra aparece formalmente dividida en siete partes, y cada una de ellas en distintos capítulos. La Parte I aborda Generalidades; la II, el Poder Ejecutivo; la III, el Parlamento y la Legislación; la IV

<sup>1</sup>*Vid.*, a título de honrosa excepción, los trabajos del Prof. Eduardo Soto Kloss, *Notas sobre el procedimiento administrativo en el derecho inglés*, en esta Revista, 16 (1974) 59-66, y *El control jurisdiccional sobre la administración inglesa*, en esta Revista, 18 (1975) 109-148, y más ampliamente, en *¿Existe un derecho administrativo inglés?*, en Revista de Administración Pública (Madrid) 70 (1973) 113-182.

se intitula Justicia, Policía y Gobierno Local; la v, Derechos Civiles y Libertades. Sólo la vi Parte analiza, en poco más de cien páginas, los problemas del Derecho Administrativo, en tanto la última sintetiza la normativa aplicable a los Commonwealth Affairs. Como puede apreciarse, un caleidoscopio muy completo.

La preocupación esencial de los primeros capítulos se centra en el problema constitucional, planteando una serie de interrogantes: ¿qué se entiende por "Constitución"? ¿qué materias se tratan en las constituciones de otros países?, ¿porqué el Reino Unido no tiene una constitución escrita, como casi todos los países del mundo?<sup>2</sup>, y anticipando las correspondientes respuestas: cualquier iniciado sabe que Inglaterra no tiene "Constitución" en el sentido restringido del término, pero, en cuanto dispone de un sistema de gobierno, con un complejo de reglas que definen la composición, funciones e interrelaciones de las instituciones de gobierno y delinean los derechos y deberes de los gobernados, Gran Bretaña cuenta con una Constitución y un cuerpo de leyes constitucionales, en el más amplio sentido de estos términos. La falta de Constitución escrita, por otra parte, tiene su explicación según De Smith, en razones de orden histórico o sociológico —la necesidad de otorgar patente de legitimidad o respetabilidad a una nueva organización gubernamental, surgida a raíz de una guerra, invasión, revolución, declaración de independencia, etc.— ninguna de las cuales ha jugado un papel importante en Inglaterra, viejo Estado soberano por muchos siglos.

Preguntémosnos ahora, con De Smith, ¿cuáles son entonces las características de esta peculiar Constitución inglesa, en relación con las que nosotros conocemos? Se destacan las siguientes: 1) Soberanía parlamentaria, resumida en la facultad del Parlamento para dictar cualquier ley, sobre cualquier materia, sin limitaciones. La ausencia de un principio expresivo de la supremacía constitucional no provoca, al parecer, mayores inquietudes en el Derecho inglés; 2) Independencia judicial. No obstante ser designados por el Ejecutivo, los jueces gozan de extraordinaria autonomía frente a éste y al Legislativo, en parte como consecuencia del rígido principio de separación de poderes, en su versión inglesa, pero, principalmente —según acota el libro en comentario— a causa de factores extralegales, determinantes por lo

<sup>2</sup>Recordamos sólo otras dos excepciones: Israel y Nueva Zelandia.

demás del gran prestigio que ostenta la judicatura en el Reino Unido: 3) Constitucionalismo. Pese a la ausencia de una explícita regulación constitucional de garantías y prohibiciones individuales<sup>3</sup>, las violaciones serias de las libertades individuales básicas son raras en tiempos de paz, y la protección de las minorías disidentes más eficaz en Inglaterra —recalca Smith— que en muchos Estados que disfrutaban de superabundancia de planes orientados a alcanzar este fin. Es la operatividad funcional de un esquema constitucional tan heterodoxo como el descrito, un elemento de juicio a ser tomado en cuenta a la hora de replantearse críticamente la vigencia actual de los valores que han servido de clásico sustento del constitucionalismo escrito<sup>4</sup>.

La segunda Parte del libro de Smith se centra en el estudio del Poder Ejecutivo, radicado en la Corona, y, más propiamente, en la Reina, personificación del Estado y la nación. Interesante resulta el análisis de la denominada prerrogativa real, en su perspectiva histórica y vigente. En pocas líneas, se examina allí el contenido de algunos axiomas implícitos en el contenido de la prerrogativa, como el tan conocido *the king can do not wrong*, ampliamente sobrepasado desde la aprobación, en 1947, de la Crown Proceeding Act.

La legislación subordinada, vale decir, las reglas dictadas por órganos distintos que el Parlamento, —la Corona, los Ministerios, las corporaciones públicas— conforma el contenido de uno de los capítulos más interesantes, en la III Parte. Destaca el tratamiento de la legislación delegada, cuantitativamente mucho más importante que la parlamentaria, y que ha sido objeto de entusiasta polémica, por su potencial amenaza a las libertades individuales en sus extremos<sup>5</sup>.

<sup>3</sup>En la clásica concepción de Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, cuya 1ª edición data de 1885 la constitución no es considerada fuente, sino consecuencia de la existencia de los derechos individuales.

<sup>4</sup>En un reciente artículo de esta Revista (*Nota sobre el descrédito de la constitución escrita*), N° 18 (1975) 303, el Prof. Mario Verdugo hace abierta referencia a la crisis del constitucionalismo escrito.

<sup>5</sup>La primera denuncia contra la delegación de facultades en el Ejecutivo provino del aristocrático Lord Hewart, en su *The new despotism* (1929); lo siguieron luego otros: C. K. Allen, *Bureaucracy Triumphant*, y *Law and Orders* (1956); B. Schwartz, *Law and the executive in Britain* (1949); G. W. Keaton, *The passing of Parliament*, etc.

La independencia del Poder Judicial --iv Parte-- no descansa en Gran Bretaña sobre garantías constitucionales o prohibiciones, sino sobre un andamiaje de leyes estatutarias y parlamentarias, convenciones constitucionales y prácticas parlamentarias, reforzadas por una tradición profesional centenaria (367). Curiosamente --según se señala-- en Inglaterra no existe Ministro de Justicia, por lo cual las responsabilidades ejecutivas en relación con la Administración de Justicia, se distribuyen entre varios Ministros: el Lord Chancellor, el Home Secretary, los Law Officers de la Corona, el Attorney General y el Solicitor General, para Inglaterra y Gales.

Las virtudes y defectos del célebre *local government* se desmenuzan en el Cap. 18, de la iv Parte<sup>6</sup>, con sentido crítico y desmitificador. La declinación en la autonomía del gobierno local --fenómeno enfatizado desde la 2ª postguerra-- es atribuida a varios factores, entre los cuales De Smith subraya la pequeñez de las áreas de gobierno local, con su secuela natural --escaso atractivo que dicho sector ejerce sobre los profesionales más calificados--; la pobreza de los recursos puestos a disposición de muchas autoridades locales, y, básicamente, la fuerte dependencia del presupuesto local de los subsidios y aportes gubernamentales. Como no es difícil de constatar, el diagnóstico no difiere del formulado entre nosotros en distintos documentos, que sirven de antesala al proceso de regionalización<sup>7</sup>, y el corolario no puede sorprender a nadie que haya incursionado a fondo en el tema: el "gobierno local" de Inglaterra y Gales --como lo proclamara ya en 1967 el Comité sobre Administración del Gobierno Local<sup>8</sup>-- requiere con urgencia "cambios radicales".

La más célebre salvaguardia de la libertad individual en el Derecho

<sup>6</sup>Smith parece rehuir conscientemente el uso de la "lamentablemente afortunada" expresión "self-government", acuñada por Gneist, y que ha contribuido a afirmar una equivocada idea del régimen local inglés, conforme apunta Jordana de Pozas (cit. por Luis Morell Ocaña, en *Apuntes de Derecho Administrativo* (Cátedra del Prof. García de Enterría) Madrid. 1970-71, t. iv (2ª pte), 92.

<sup>7</sup>La *Declaración de principios del gobierno de Chile* (11-3-1974) Ed. G. Mistral. Santiago de Chile, 1974, y el *Manifiesto de la regionalización* (en esta Revista. 16 (1974) 97-110), sin perjuicio de los considerandos del DL 573 (12-7-74).

<sup>8</sup>Report, vol. 1, *Management of Local Government*, p. ix (Ministry of Housing and Local Government) HMSO, 1967.

inglés está representada por el recurso de *habeas corpus*, cuya extraordinaria importancia histórica parece atenuada hoy en día por la existencia de diversos *remedies* alternativos que, si bien no lo excluyen, determinan una menor frecuencia en su interposición. Como se destaca en el cap. 20, los recurrentes por *habeas corpus* en los últimos años han sido en su mayoría personas detenidas para propósitos de extradición o deportación, o a quienes se les ha rechazado solicitudes de admisión como inmigrantes.

Sólo la VI Parte del libro en comentario se dedica al Derecho Administrativo (507-615), con acento en los aspectos generales de trascendencia constitucional.

Aún hoy en día —escribe De Smith— venerables abogados afirman que “no tenemos Derecho Administrativo en Inglaterra” (509). Pero numerosos libros<sup>9</sup>, artículos, conferencias, etc., se abocan a su análisis. ¿Cómo explicarse tal inconsecuencia? La respuesta debe buscarse en la influencia ejercida por Dicey en su clásica formulación del *rule of law*, tan persuasiva como equivocada, según coinciden los modernos autores. Lo que sí parece indudable es que el desarrollo de la legislación administrativa inglesa ha discurrido por vías pragmáticas y empíricas, ajenas al afán teorizante continental, jugando la interpretación judicial un importante papel en la determinación de los principios generales que la afirman.

Los principios generales aplicados a la revisión judicial de los actos administrativos —cap. 26— por los tribunales superiores, confirman el sentido práctico y la flexibilidad de las soluciones inglesas. Un buen ejemplo de lo anterior lo constituye la doctrina *ultra vires*, que sanciona las actuaciones de las autoridades públicas que exceden el ámbito de su competencia, y que se proyecta especialmente hacia el control de los poderes discrecionales. Similar en muchos aspectos a la figura francesa del *détournement de pouvoir*, la supera en simplicidad y extensión.

Los principios de la justicia natural *nemo iudex in causa sua* y

<sup>9</sup>Entre otras obras generales sobre derecho administrativo inglés, merecen mencionarse, H. W. R. Wade, *Derecho Administrativo*, IEP, Madrid, 1971 (trad. de la 2ª ed. inglesa (1967) de M. Baena del Alcázar y Elena Bardón Fernández); J. A. G. Griffith-H. Street, *Principles of Administrative Law*, Pitman and Sons, London, 1969; J. F. Garner, *Administrative Law*, 3rd. ed. Butterworth, London, 1970.

*audi alteram partem* representan una suerte de infraestructura meta-jurídica en que se apoya todo el ordenamiento jurídico público inglés. Como anota nuestro autor, en los últimos años los tribunales han abandonado en gran medida el razonado y estricto análisis textual, para enfatizar el deber de los administradores de actuar *justamente* (567 s.); ¡Qué hermosa lección de racionalidad!

Para terminar, vale la pena destacar un contraste más o menos manifiesto entre los juicios a menudo extraordinariamente severos que algunos juristas continentales suelen dirigir al sistema jurídico administrativo inglés<sup>10</sup>, en posiciones no siempre coincidentes<sup>11</sup>, y la actitud ciertamente más condescendiente y benigna —si bien no exenta de espíritu crítico— con que los juristas nativos —y De Smith no es una excepción— concurren a calificar su propio régimen, en comparación con el modelo francés u otros.

En el balance comparativo, sin embargo, queda en pie la impresión de que hoy día “en Inglaterra el ciudadano está tan garantizado frente a la Administración como lo puede estar en los países de régimen administrativo”<sup>12</sup>. Y eso es en definitiva lo más importante.

DOMINGO HERNÁNDEZ E.

<sup>10</sup>*Ibid.* M. Pérez Olea, en el prólogo a la edición española de WADE, cit. VIII s.

<sup>11</sup>En tanto J. Rivero, en su *Cours de Droit Administratif Comparé*. Paris, 1956, 165 s., seguido por R. Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, 3ª ed. Ed. Tecnos, Madrid, 1970, 56 s., afirman que las diferencias entre el “rule of law” y el régimen administrativo son sólo cuantitativas —la Administración dispondría de mayores prerrogativas en países de régimen administrativo y los ciudadanos de mayores garantías— García Trevijano (vid. nota 12) sitúa ambos sistemas en pie de similar eficacia en este último aspecto. En la propia Inglaterra, por su parte, C. K. Allen, *Law in the Making*, 7th. ed. Oxford University Press, 604 s., asume una posición discretamente crítica de su ordenamiento nacional.

<sup>12</sup>J. A. García-Trevijano Fos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, Tomo II (2ª ed.) 374.

El contenido de esta obra versa sobre dos importantes materias del Derecho Administrativo, la organización administrativa y los actos administrativos.

I. *Organización Administrativa*. El profesor Diez comienza por ubicar, dentro del Estado, el tema de la organización administrativa<sup>1</sup>. El Estado constituye un ordenamiento jurídico, territorial y soberano; el ordenamiento jurídico engloba tres elementos: pluralidad de sujetos, conjunto de normas y organización propia. De tal modo que sin organización no habría ordenamiento jurídico.

La organización es el ordenamiento de toda sociedad humana para el logro de un determinado propósito. Puede estudiarse estáticamente examinando la estructura de sus partes, o dinámicamente con relación a la creación de sus órganos y a la distribución de la competencia entre ellos. De allí surge el poder de organización. La organización presupone siempre algo tangible que organizar y esto sólo la administración puede proporcionarlo. Distingue cuatro elementos fundamentales en toda organización: 1) elemento activo (consistente en la acción común de dos o más personas); 2) vínculo asociativo (permite la ejecución de actos vinculados entre sí); 3) coordinamiento consciente y sistemático de las acciones desarrolladas (excluye la casualidad; y debe tener un cierto grado de estabilidad en el tiempo) y 4) fin (las acciones van dirigidas a un fin organizacional). Ahora, la organización misma exige 1) existencia de competencias y atribuciones debidamente distribuidas; 2) responsabilidad que comporta su ejercicio; 3) preparación y habilidad personales, y 4) autoridad.

Así el profesor Diez llega a la organización administrativa y al efecto señala que sería el conjunto de normas que regulan las atribuciones, la composición y el funcionamiento de un aparato administrativo. Su finalidad esencial es la coordinación entre los distintos organismos.

<sup>1</sup>El Prof. Diez sostiene que a pesar de la opinión de Mayer, la mayoría de los publicistas considera la materia de la organización como materia propia del Derecho Administrativo y no del Derecho Constitucional.

La doctrina enseña que tres son los principios de la organización, la coordinación (resulta de la adecuada disposición del esfuerzo del grupo a fin de conseguir la unidad de acción en la persecución de un propósito común), la gradación o escalamiento o jerárquico (proceso formal en que la suprema autoridad opera desde arriba sobre todas las partes del cuerpo organizado; esta gradación se produce según los diferentes grados de autoridad y responsabilidad) y el principio funcional (distinción entre obligaciones de distinta especie): funciones determinativas, aplicativas e interpretativas.

La coordinación exige una colocación racional de cada una de las partes en que se divide la organización, lo cual ha dado origen a tres sistemas organizativos: a) escalar o piramidal o lineal puro (jerarquía lineal que parte desde el administrador superior hasta el último peldaño, lo que permite la unidad del mando); b) funcional tayloriano (el escalón inferior se encuentra sometido no a un superior único, sino a varios, pues lo fundamental es la división del trabajo por especializaciones), y c) línea y plana mayor (sistema mixto).

A continuación se trata la potestad organizadora, o sea la autoridad competente para realizar la organización administrativa. Es de señalar —dice— que ésta puede surgir solamente de la actividad del legislador o de la administración (autoorganización). Durante el siglo XIX se redujo la autoridad del ejecutivo, pero la facultad organizatoria quedó en sus propias manos. En la época actual, se manifiesta una tendencia hacia la constitucionalización y la legislación de la materia organizatoria. Dentro de la potestad de organización se comprende la creación del ente y la de su establecimiento y puesta en marcha, la determinación de la competencia, el sometimiento del ente al ordenamiento general y el control.

En este tomo el profesor Díez analiza los principios jurídicos de la organización administrativa, competencia, jerarquía y centralización o desconcentración. El principio de la colegialidad se puede estudiar en el primer tomo. La competencia —señala— es el conjunto de atribuciones, poderes o facultades que le corresponden a un órgano en relación con los demás. Toda atribución de competencia representa al mismo tiempo una autorización y una limitación; autorización para el cumplimiento de la función asignada y la limitación precisamente para que se cumpla esa función. La distribución de competencias no implica la concesión de derechos subjetivos a los órganos (éstos sólo

corresponden a las personas naturales o jurídicas), de tal suerte que el órgano tiene el deber de hacer uso de su competencia, pero no tiene derecho a la competencia, de allí que los conflictos de competencia no son litigios jurídicos en torno a los derechos subjetivos. La competencia surge no solamente con fines de eficiencia de la administración sino para conseguir una mayor garantía de los derechos de los particulares.

La competencia es inderogable, pero en el Derecho Administrativo existen dos instituciones que importan una transferencia de competencia: la avocación y la delegación de competencia. Mediante la avocación el órgano superior jerárquico puede atribuirse a sí el ejercicio de una competencia atribuida al inferior; tiene su fundamento en la jerarquía. En cambio, la delegación procede cuando el superior jerárquico encarga la resolución de un asunto que le compete al inferior aumentando la esfera de sus atribuciones.

La jerarquía, por su parte, nos dice, es una relación jurídica administrativa interna que vincula entre sí los órganos de la administración mediante poderes de subordinación para asegurar la unidad de la acción. Como consecuencia de la jerarquía, el órgano superior puede ejercer ciertas potestades con respecto a los inferiores, lo que se denomina el contenido de la jerarquía administrativa.

Se dice que hay centralización administrativa cuando la atención de los fines del Estado es directamente realizada por el ente o entes centrales. La desconcentración, por su parte, implica que el ente central, en base a una ley, transfiere parte de su competencia a órganos que forman parte del mismo ente. La descentralización corresponde a un modo de administración en el cual se reconoce a los entes descentralizados, una personalidad jurídica propia, distinta de la del Estado y un poder de decisión que corresponde a los órganos del ente. La descentralización y la desconcentración tienen en común que ciertos poderes de decisión escapan del ente central y son ejercidos por órganos periféricos, pero para que haya descentralización es necesario que el ente descentralizado tenga personalidad jurídica. Dentro de la descentralización distingue dos formas, la descentralización territorial (supone una base geográfica en el cual el ente desarrolla su actividad) y la descentralización institucional o por servicios (reposa sobre una base técnica). A su vez los entes descentralizados son en algunos casos autónomos (el ente que se da su propia

norma, crea sus instituciones y se da su organización) y en otros autárquicos (aquel que recibe las leyes de afuera y tiene que sujetarse a las mismas).

En el ordenamiento jurídico argentino existen personas jurídicas privadas y personas jurídicas públicas, razón por la cual es importante distinguir unas de otras. El profesor Diez estima que para determinar la naturaleza pública o privada de estos entes hay que estar al conjunto de características de éstos y entre ellas especialmente al origen, la finalidad, la potestad de imperio y el control del Estado. Ahora, entre las públicas, la doctrina distingue las personas jurídicas públicas estatales de las no estatales; sobre este aspecto nuestro autor señala que la idea base para distinguir a una persona jurídica pública estatal de una persona jurídica pública no estatal, es el encuadramiento de la misma dentro de la organización estatal. Así son personas públicas estatales —en Argentina— las empresas del Estado, los entes autárquicos institucionales, y las sociedades del Estado, en cambio, no lo son las sociedades de economía mixta y las sociedades con mayoría estatal (ambas sin prerrogativas públicas).

El último capítulo de esta parte el autor lo destina a los sujetos de derecho en la organización administrativa argentina, para inmediatamente pasar a estudiar los hechos y la actividad administrativa.

II. *Acto Administrativo*. Es sabido que la expresión acto administrativo era desconocida antes de la revolución francesa; la administración del Estado de Policía realizaba actos que estaban excluidos del régimen de Derecho. Después de esta época se comienza a hablar de acto administrativo para señalar al acto jurídico de naturaleza específica que viene a determinar el sentido en que la regla de derecho (norma legal) debe aplicarse a la actividad de la administración.

Antes de dar una noción conceptual, el Profesor Diez presenta una problemática preliminar: ¿son actos administrativos los actos emanados de entes particulares? los actos emanados de los entes particulares que presten servicios públicos o que tengan prerrogativas de derecho público, no son actos administrativos porque carecen de los caracteres de presunción de legitimidad y de ejecutoriedad; ¿son actos administrativos todos los actos emanados de un órgano del Estado en ejercicio de potestades públicas? nos hemos inclinado —dice— desde un primer momento por la noción orgánica de la administración

pública y, en consecuencia, aceptamos la idea de que éste emana únicamente del órgano ejecutivo, criterio que según este maestro, encuentra fundamento en la ley de procedimiento administrativo argentina<sup>2</sup>. El acto administrativo ¿es una declaración concreta o general (reglamento)? el sujeto a quien se dirige, su comunicación, jerarquía, vigencia, retroactividad, extinción, y el derecho positivo, llevan a distinguir el acto administrativo del reglamento, de tal manera que el acto administrativo es una declaración concreta. ¿Actos administrativos unilaterales y bilaterales? Para que exista un acto bilateral es preciso que la voluntad del particular intervenga en su formación y en sus efectos, supuesto en el cual nos encontramos frente a los contratos y no a los actos administrativos. ¿Qué función juega la voluntad de los particulares en la formación del acto administrativo? El particular puede provocar la actividad de la administración (petición) y aceptar o rechazar condiciones para realizar una actividad, pero ello no importa intervención en el nacimiento del acto. ¿Declaración o manifestación? La declaración precede a la ejecución y por medio de ella el pensamiento se traduce en hechos susceptibles para los sentidos de los demás, quienes podrán interpretarlos con su propio intelecto; la manifestación no es formal y resulta de la ejecución que se da al acto; si definiéramos al acto administrativo como una manifestación, podrían entenderse comprendidos en el concepto del mismo aquellos hechos materiales que impliquen una manifestación tácita de voluntad; la declaración comprende no sólo la de voluntad, sino también la de opinión, juicio y conocimiento.

De esta manera llega Díez a conceptualizar el acto administrativo como "una declaración unilateral y concreta del órgano ejecutivo que produce efectos jurídicos directos e inmediatos". Estos actos se diferencian de los de derecho privado en que se dictan en ejercicio de una actividad pública, de allí que cuando contiene obligaciones, obliga a aquellos a quienes va dirigido, mientras que el derecho pri-

<sup>2</sup>Sobre la ley de procedimiento administrativo argentina (nacional) Ley (nt.) 19.549 (27-4-72) puede verse en esta Revista, 18 (1975) 149-155 el trabajo de J. R. Dromi, *La ley argentina de procedimientos administrativos y su significación jurídico-política*; más ampliamente, la obra colectiva M. M. Díez y otros, *Acto y procedimiento administrativo*. Ed. Plus Ultra. Buenos Aires, 1975.

vado sólo obliga a los declarantes; y además, se diferencian, como se verá, por sus caracteres (ejecutorios y presunción de legitimidad).

El acto administrativo surge como consecuencia de una sucesión o una cadena de actos de distinto alcance y contenido, que serían los actos trámites que conducen al último eslabón de aquélla, que es el acto final en el que se contiene la voluntad de la administración. Este procedimiento administrativo (conjunto de reglas que rigen la elaboración de los actos administrativos) puede ser considerado como garantía jurídica (esto es, los interesados tienen derecho al debido proceso adjetivo; o sea, derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba y a una decisión fundada). En esta parte el profesor Diez describe el procedimiento administrativo contemplado en la ley argentina.

Para que un acto administrativo sea válido debe contar con los elementos requeridos por el ordenamiento jurídico para su formación y existencia. No es pacífica la doctrina sobre este tema; el profesor Diez no acepta como elementos la voluntad, la motivación y a la moral. En su opinión, en un acto administrativo hay elementos subjetivos (órgano competente para dictar el acto), objetivos (contenido del acto), causa (hechos y antecedentes que toma en cuenta la administración para dictar el acto), forma (modo como se declara esa voluntad ya formada) y fin (consiste en la satisfacción del interés público).

La doctrina enseña que el acto administrativo tiene dos caracteres fundamentales, la ejecutoriedad y la presunción de legitimidad. Entiende por acto ejecutorio aquel que debe cumplirse y en que la administración tiene a su disposición, en ciertos casos, los medios necesarios para hacerlo por medio de la coacción. Todo acto administrativo que sea perfecto y eficaz se presume legítimo, vale decir que ha sido dictado de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente; claro está, que el fundamento de este carácter radica en las garantías subjetiva y objetiva que preceden a la emanación de los actos administrativos, situación que así ocurre en Argentina después de la dictación de la ley de procedimiento administrativo, y que no opera frente a la ilegitimidad manifiesta, de acuerdo con la jurisprudencia.

Los actos administrativos son regulares o irregulares; los irregulares son los que están viciados. La teoría de los actos administrativos viciados no es pacífica ya que existe la teoría bipartita (nulidades absoluta y relativa) y la tripartita. El profesor Diez acepta este último

criterio, y reconoce tres especies de actos viciados: el acto nulo de nulidad absoluta, el acto nulo que tiene nulidad relativa, y el acto jurídicamente inexistente.

Los vicios de los actos administrativos se relacionan con los elementos de los mismos. Así tendremos vicios del elemento subjetivo (incompetencia por razón de materia, por razón de grado, de territorio y de tiempo; incapacidad del funcionario), del elemento objetivo (si el acto tuviera un objeto que no fuera cierto o se tratara de actos que no fueran física y jurídicamente posibles, o en caso que no resolviese todas las peticiones formuladas), de la causa (si se dictara prescindiendo de los hechos que habrían de darle origen o se fundara en hechos inexistentes o falsos, o desconociera hechos debidamente probados o de público conocimiento, o la administración hubiese efectuado una errónea apreciación de los hechos), de la forma (de procedimiento, exteriorización del acto y de comunicación), del fin (dictado el acto con un fin distinto al querido por el legislador: desviación de poder). Además, los vicios se pueden manifestar en la motivación (si está fundado en elementos falsos, actos ilógicamente motivados, o si prescinden de fundamentación normativa seria) y en la voluntad (error, dolo o fraude, violencia o intimidación). En fin, se tratan otros vicios como la simulación, lesión, arbitrariedad, de razonabilidad y vicios en los elementos accesorios.

Los vicios de la nulidad relativa permiten el saneamiento de los actos administrativos, (ratificación del órgano superior y confirmación, o sea, saneando el vicio el mismo órgano que lo dicta), o si ésta no es posible, la conversión para llegar a obtener un acto valedero (cambio de una figura jurídica por otra con los mismos elementos de hecho).

El profesor Díez, a continuación estudia la extinción del acto administrativo, o sea su retiro del mundo jurídico, sea porque está viciado, sea porque es inoportuno. También pueden ocurrir otros supuestos como el agotamiento del acto, extinción del objeto, que se cumpla una condición resolutoria, el decaimiento de acto. La extinción del acto puede producirse por la administración de dos maneras: por caducidad (sanción que aplica la administración por no haber cumplido el administrado con las obligaciones que le imponía el acto, y que eran correlativas a los derechos que obtenía del mismo), y por revocación (retiro unilateral de un acto válido y eficaz por motivo

sobreviniente, o de un acto irregular, sea que en ambos supuestos los actos hubieren emanado del ejercicio de facultades regladas o discretionales de la administración). Sin embargo, los actos administrativos que, en ciertas condiciones crean derechos subjetivos a favor de los particulares, no son extinguidos por la propia administración (inmutabilidad o estabilidad del acto)<sup>3</sup>.

Por último, se analiza el problema de la interpretación. Esta obedece en lo que se refiere al acto administrativo a reglas propias, y dependerá mucho el criterio a seguir, si se trata de actos reglados o actos con elementos discrecionales, distinguiendo la doctrina la interpretación calificativa, la interpretación plena y la interpretación de mérito<sup>4</sup>.

Esta es, en apretada síntesis, la reseña de los principales puntos que trata el tomo II, en edición actualizada que el profesor Diez viene de darnos de su *Derecho Administrativo*. Junto con destacar su valor, le deseamos al maestro argentino que pueda continuar la vasta empresa de la 2ª edición de dicha obra, y, esperamos desde ya la aparición de su tomo III.

GUSTAVO FIAMMA OLIVARES

J. R. DROMI. *La licitación pública*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1975.

Esta obra, con prólogo de Manuel María Diez, es la tesis doctoral presentada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Mendoza.

El profesor Dromi divide su trabajo en trece capítulos, analizando en el primero de ellos la teoría general de los contratos de la admi-

<sup>3</sup>Sobre este punto, del mismo Diez, *La inmutabilidad del acto administrativo atributivo de derecho*, en Homenaje a Sayagués Laso (Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX) (4 vols.) IFAL. Madrid, 1969, IV 763-781.

<sup>4</sup>Puede ser de interés ver sobre el acto administrativo en la doctrina argentina, las recensiones del Prof. E. Soto Kloss a las obras de A. A. Gordillo (*El acto administrativo*, 2ª ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1969) y de J. C. Cassagne (*El acto administrativo*, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1974), en esta Revista, 11 (1970) 325-334, y 17 (1975) 235-253, respectivamente.

nistración (1-67). En la parte introductoria se refiere al contrato como institución común al Derecho, derivando después a la situación del contrato en el ámbito del Derecho Administrativo, estudiándolo en sus elementos, caracteres específicos y todo aquello que diferencia a los "contratos de la administración", como los llama, de los contratos que se dan en las otras ramas del derecho. Finaliza este capítulo, al igual que los demás en que se divide este trabajo, con una síntesis jurisprudencial de Tribunales Provinciales y Nacionales sobre las materias abordadas en él.

En el segundo capítulo, el autor estudia los procedimientos administrativos de contratación (69-111), habiendo dado ya los conocimientos generales sobre el contrato público.

Además de señalar la opinión de la doctrina general del derecho administrativo con respecto al procedimiento de contratación, el profesor Dromi aborda el estudio particular en el Derecho Argentino, analizando los "sistemas de selección del contratista estatal". Es así que trata, en general, la licitación pública, la licitación privada, la contratación directa, el remate público y el concurso, con citas de autores, textos positivos y jurisprudenciales.

El tema central de esta obra, la licitación pública, comienza a ser tratada a partir del capítulo III, prolongándose su estudio hasta el capítulo IX (113-418), que trata sobre la adjudicación de la licitación en referencia.

En estos abundan las referencias bibliográficas, legales y jurisprudenciales, dando una completa visión de este procedimiento de contratación en la República Argentina a nivel provincial y nacional, expresando al tenor de la legislación, que este es el procedimiento regla en el derecho argentino. No descuida con ello el estudio doctrinario de este procedimiento como institución general del derecho administrativo. De este modo el profesor de Mendoza analiza el concepto jurídico de la licitación pública, las denominaciones que la doctrina y la legislación han conferido a esta forma procesal de contratación, sus antecedentes legislativos en la Argentina, el tratamiento provincial y municipal que se le da, etc.

Dejando establecido que el procedimiento de la licitación pública es el procedimiento regla —al tenor de la legislación argentina—, general en la búsqueda del co-contratante de la administración, a continuación, en el capítulo IV, se expresan las excepciones a este

procedimiento regla que contempla la ley de obras públicas, la ley de contabilidad y el reglamento de contrataciones del Estado argentino.

Se plantean, además, los diversos problemas a que dan lugar las excepciones al procedimiento-regla licitación pública, y a las soluciones a que ha llegado la doctrina, y los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Luego de haberse estructurado toda la problemática jurídica y doctrinaria de la licitación pública, el autor trata del licitante y del pliego de condiciones, entrando de lleno al aspecto formal de la licitación pública. Es así que estudia los conceptos, las fases del procedimiento, los diversos pliegos, sus cláusulas y las referencias legislativas que al respecto se encuentran en la ley de obras públicas, ley de contabilidad, y reglamento de contrataciones del Estado, para posteriormente estudiar las diversas fases procesales de la licitación pública: el llamado a licitación y publicidad, los licitadores y presupuestos de la oferta, para concluir con la adjudicación, definido como el acto por el cual el licitante determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa.

Todos estos capítulos contienen los presupuestos generales de la etapa procesal en referencia, sus requisitos, etapas internas, los problemas y las normas jurídicas aplicables, con abundantes referencias a autores, leyes, reglamentos, dictámenes y jurisprudencia provincial y nacional.

Con el capítulo IX (383-418) termina el estudio procesal de la licitación pública; posteriormente (cap. X, 419-467) el Dr. Dromi se aboca al régimen jurídico del procedimiento de contratación, donde estudia, además, las cinco formas jurídicas a través de las cuales se ejercita la actividad administrativa: acto, hecho, reglamento, simple acto y contrato de la administración, con su régimen jurídico propio; en cuanto al contrato, siendo una de las formas jurídicas de la función administrativa, en su preparación y ejecución se aplica el régimen jurídico de la función administrativa. Todo lo anterior a nivel de la doctrina general y a la luz de la legislación argentina.

Sin perjuicio de lo anterior, como el procedimiento administrativo de contratación se integra también con los hechos y actos jurídicos que ejecutan o emiten los particulares oferentes, el autor incorpora a su estudio los hechos y actos jurídicos privados, sus elementos, vicios, efectos, etc., al tenor de lo expresado en el Código Civil argentino, sin dejar de tratar el problema que se plantea a raíz de los vicios

en los actos jurídicos privados y su incidencia en la voluntad administrativa.

En el capítulo xi (469-508) después de haber analizado la licitación pública a través de sus diversas etapas o fases, el autor trata de modo casuístico los vicios en la contratación administrativa, precontractuales y contractuales, y sus consecuencias, para terminar en el capítulo siguiente (509-537) con la relación, situación, responsabilidad, fiscalización y protección jurídica en la licitación pública tanto de la administración como del contratante de éste, finalizando así el tratamiento legislativo, doctrinario y jurisprudencial que se le ha dado al procedimiento de la licitación pública pues cierra este estudio con los derechos, responsabilidades y fiscalización de aquél.

Finalmente, el capítulo xiii (539-551) está reservado a las conclusiones generales, en el cual el autor expone conclusiones teórico-prácticas que tienden al progreso científico de la disciplina sobre las siguientes bases: a) determinación de un régimen jurídico unitario para los contratos de la administración; b) aplicación del procedimiento administrativo general a los procedimientos de contratación; c) aceptación de la teoría de los actos separables; d) admisión del pre-contrato administrativo, y e) reestructuración del procedimiento licitatorio.

La tesis del profesor mendocino es un acabado estudio de la licitación pública al tenor de los textos positivos argentinos. No obstante lo anterior, el autor no descuida en momento alguno el tratamiento doctrinario de los diversos problemas que estudia en su obra, muchos de los cuales nacidos por la aplicación práctica de la legislación, tanto a nivel provincial como a nivel nacional. Es así que el lector no pierde la perspectiva general de las diversas cuestiones en estudio, pues a pesar de que este trabajo se refiere a la legislación argentina, no por ello, repetimes, abandona el tratamiento doctrinario de los temas en estudio, planteando su posición frente a los diversos tópicos que han provocado diversidad de opiniones entre los tratadistas y estudiosos de esta rama del derecho.

*La licitación pública* es una obra de indiscutible valor tanto para el práctico como para el teórico del derecho administrativo, ya que como señaláramos, en ella se vierten todas las leyes, reglamentos, dictámenes, etc., que dicen relación con los temas en estudio sin olvidar que se incorporan, además, la jurisprudencia de los tribu-

nales argentinos tanto provinciales como nacionales. De este modo, el profesor Dromi nos da una amplia visión tanto de la situación argentina en este punto, como de la opinión que los tratadistas expresan ante los diversos temas y problemas expuestos.

OSCAR DEL BARRIO C.

#### COMENTARIOS DE ARTÍCULOS DE REVISTAS

*Sobre la violencia.* A propósito de J. Millas, *Las máscaras filosóficas de la violencia*, en *Dilemas* (Santiago de Chile) 11 (XII-1975) 3-20.

En el último número de la revista "Dilemas" viene un lúcido y audaz ensayo de Jorge Millas sobre "Las máscaras filosóficas de la violencia". Vale la pena detenerse en sus ideas, de tanta actualidad en el país y en el mundo. La violencia ha andado siempre enredando los asuntos humanos, comprueba Millas; pero lo que es propio de nuestra época es su manejo filosófico: hoy, como nunca antes, se la consagra como un valor y se le procura una metafísica, al hilo del pensamiento irracionalista.

Aunque el concepto de violencia "tiene como centro la simple noción de fuerza, no se reduce a ella. También connota determinaciones cuantitativas, como la de grado; lógicas, como la de ilegitimidad; axiológicas, como la de injusticia; psicológicas, como la de temor; pragmáticas, como las de absolutismo y sujeción". Pero lo que preocupa más a nuestro autor es el problema de su valoración, tarea de la filosofía. Al convertirse ciertas filosofías en ideologías, sus ideas pierden así la fuerza cognoscitiva y se transforman en estímulos afectivos, que sirven ulteriormente para encubrir y enmascarar la realidad.

Es lo que se ha hecho hasta la saciedad con la violencia, desde distintos frentes ideológicos; disimular su atroz realidad en nombre de las grandes causas que se supone la justificarían, ya se trate de "la liberación de los pueblos" o "la grandeza de las naciones". "La filosofía de la violencia ha de partir de las víctimas a que la violencia se dirige, y tener en cuenta que el intento de ésta es anularlas mediante

el sufrimiento. No debemos olvidar esto, sobre todo frente a la fraseología, que más que de filósofos empeñados en describir para comprender, parece de magos encargados de officiar un rito de conjuro”.

La huella de Nietzsche, de Marx, de Sorel, de Sartre, de Marcuse, de la izquierda revolucionaria, pero también, por el otro lado, de Chamberlain, de Barrés, de Mussolini, de Spengler y de los extremismos de derecha, se hace sentir en este tratamiento encubridor del problema. Se trata de justificar la violencia mediante altos fines que la víctima no comprende o no quiere. El autor aporta aquí sugestivas comparaciones entre los argumentos del marxismo y los del fascismo. En virtud de ellos y de otros argumentos paralelos, “de la frágil materia anímica y corporal de la creatura humana, de sus llagas y dolores surge, por las artes de esta verbosidad metafísica, el mayestático ser del Estado, con voluntad, espiritualidad, poderío y todo: un verdadero fetiche”. “Como si las víctimas no existieran, o, existiendo, carecieran de importancia, o teniéndola, fueran sólo factores abstractos de abstractas ecuaciones históricas”.

En todos los casos, se trata del subterfugio ideológico que permite no ver a la víctima, hacerla transparente, para ver a su través sólo el fin redentor elegido por el victimario. Con razón afirma Millas que este subterfugio recrea, en una nueva forma, la vieja falacia de que “el fin justifica los medios”. El “medio” es nada menos que el propio ser humano, instrumentalizado por el sufrimiento, convertido en puro expediente de los fines admitidos por quienes ejercen la violencia. Esta no implica sólo la aniquilación física del adversario sino también su posible anulación intelectual y moral. “Su objetivo consiste, en efecto, en imponer el pensamiento y las valoraciones del victimario y en privar a la víctima del derecho a contraponer los suyos y por tanto, a comportarse como persona en esa coyuntura”.

Millas conoce muy bien el límite de todo esfuerzo encaminado a suprimir la violencia. Lo que propone en su ensayo es juzgarla éticamente, sustraerle ese aparente fundamento moral que la justifica, desarticular la “moral” —confusa y contradictoria— que está en la base de su ejercicio. En ello se juega nuestra humanidad. “Quizá si lo único que justifique el apelativo de “espiritual” que damos al hombre sea la capacidad que tiene de verse en su miseria y de reconocerse en la condición de bestia corrompida que suele imponérsele en el trato, con otros hombres. Porque entonces sí se agudiza su

conciencia y surge ante él, como *si fuera* el llamado de otro mundo, la voz del ideal, del bien posible, que no es sólo un imperativo de amor, sino también de inteligencia. Gracias a esa conciencia el hombre no es mera naturaleza y puede ser tan antinatural como para convertirse en legislador, sabio o artista”.

O santo, o místico, o predicador, diríamos, esbozando un pensamiento que Millas no formula, porque se detiene en el dominio filosófico o moral. Digamos, completando por nuestra cuenta su pensamiento, que en el instante de ese llamado la conciencia religiosa plantea, con una fuerza incondicional, el imperativo de no utilizar a las personas, de no provocarles un sufrimiento evitable, de no traicionar su hechura humana, y sobre todo, de no pretender la justificación de ese crimen por la invocación de falaces razones superiores, de las que se han dado tantas en la historia a la hora de cohonestar la fuerza bruta. Pues, como acota Millas: “¡Ah, la Humanidad! ¡Tantas promesas se pueden hacer en su nombre! Su fantasma da vueltas y más vueltas al tornillo sin fin de la utopía”. Lo cierto es que todas las ideologías de la violencia terminan por doblegar al hombre concreto, de carne y hueso, en aras de esos paraísos sociales que no llegan nunca, que nos remiten siempre a un nuevo y más lejano futuro.

El ensayo de Millas concluye con un llamado a la honestidad moral de la filosofía. Que la violencia exista en el mundo entero y que se la pretenda justificar, es un hecho. “Pero que la Filosofía se encargue de ayudar a esas leyes y justificar tal necesidad, cubriendo la fea desnudez del fenómeno con mantos de mala lógica y dudosa metafísica, es otra cosa. No me parece tan candoroso, al fin y al cabo, que los filósofos, sin olvidar aquéllos de *homo homini lupus*, nieguen el auxilio del pensamiento a algo que es por esencia la negación del pensamiento. Creo de mucho mayor candor que sean los propios filósofos quienes lo fortalezcan”.

He aquí un penetrante ensayo, digno de ser meditado siquiera entre los aspirantes a filósofos, para que nunca se diga que entre nosotros el pensamiento aportó su falaz contribución a lo que nunca debiera darse en el seno de nuestra comunidad pensante.

J. M. IBÁÑEZ L.

*Institucionalidad y Judicatura en Chile*. En torno a B. Bravo Lira, *Judicatura e institucionalidad en Chile (1776-1876)*, en *Revista de Estudios Histórico y Jurídicos (Valparaíso)* 1 (1976) 61-87.

Bernardino Bravo Lira ha publicado un estudio sugerente con ocasión del segundo centenario de la *Instrucción de Regentes* y del primero de la promulgación de la *Ley Orgánica de Tribunales*. Las fechas son importantes, pues la primera significa la adopción en la plantilla de la Real Audiencia indiana de los principios del absolutismo ilustrado y la segunda, la adaptación de la llamada administración de justicia dentro del ámbito del liberalismo parlamentario. El profesor Bravo emplea el método histórico-jurídico en el estudio del paso de un sistema a otro, considerando a las instituciones "en su dimensión histórica, enmarcadas dentro del medio y de la época en que tienen vigencia". No es la primera vez que el autor investiga en una veta temática apasionante: el paso del antiguo régimen al nuevo; el reemplazo de una institucionalidad absolutista por otra constitucional.

Es muy distinto, anota el autor, el absolutismo del siglo XVIII del totalitarismo de la presente centuria. Es interesante comprobar que las reales audiencias en Indias, aunque delegadas del rey en la función de administrar justicia, gozaban de bastante independencia y tenían como una de las misiones más señaladas la de ejercer el control sobre el virrey o el gobernador. Si se recorre la historia de Chile desde el establecimiento de la segunda Audiencia en 1609 hasta 1811, se verá que la actuación de este tribunal frente al gobernador es digna y altiva, y que frecuentemente actúa en defensa de los administrados o cautelando el correcto cumplimiento de la ley. Mediaba también entre el Cabildo, representante de los vecinos, y quien detentaba el poder. Casos difíciles, como la deposición de Acuña y Cabrera por un cabildo abierto en Concepción o el de la abdicación de García Carrasco, fueron solucionados con ejemplar discreción. Históricamente se advierte primero la distinción entre judicatura y administración, entre oficio y oficina, entre magistrado y empleado público.

El oficio determina la jerarquía en la judicatura: los oidores son los personajes de primer rango —más tarde el regente— junto a los fiscales, que entonces tenían una función más propia que la que tienen actualmente. Más adelante, la *Ordenanza de Intendentes* crea el asesor letrado de estos funcionarios que, no obstante su origen administrativo,

dicta fallos apelables ante la Audiencia y depende de este último tribunal. Las funciones de gobierno y las propias de la judicatura fueron poco a poco centrándose en quienes las ejercían, disminuyéndose así las atribuciones tangenciales de años anteriores.

La teoría de la división de los poderes, que se quiso aplicar en Chile desde los comienzos de la emancipación, deja en claro el papel de la judicatura dentro de un régimen constitucional: la judicatura ampara los derechos de los administrados, ya sea resolviendo los atentados que se cometen entre ellos como los que afectan a los administrados de parte del gobierno. Los jueces deben fallar conforme a la ley y deben velar también porque la ley sea constitucional. Analiza más adelante el autor la relación entre la acción del gobierno y la acción jurisdiccional, entre jueces y funcionarios. La meta de la autonomía completa del poder judicial es inalcanzable, porque éste depende del financiamiento del Estado y porque las leyes que está obligado a aplicar son dictadas por el parlamento o por el gobierno.

Añora el autor la independencia y la personalidad que la judicatura alcanzó con anterioridad a la instauración del constitucionalismo, pero comprueba, al mismo tiempo, una recuperación lenta pero segura: "a ello ha contribuido en buena parte, sin duda, su estabilidad institucional, muy superior a la de las instituciones políticas. Ella ha permitido hasta hoy a la judicatura sobrevivir a todos los regímenes y a todos los gobiernos, que unos en pos de otros se han sucedido desde la dictación de la primera constitución escrita a comienzos del siglo pasado". Agrega, además, teniendo en cuenta que la judicatura se compone de personas: "A su vez, esta estabilidad debe relacionarse, entre otras cosas, con la firmeza que los magistrados han sabido demostrar frente al gobierno y con el respeto que por su parte los gobernantes han mostrado por el derecho".

Pincelazo certero, complementados con abundantes referencias bibliográficas que, aunque remitidos al período 1776-1876, ofrecen al lector indispensables puntos de referencia.

M. SALVAT M.

El autor de este interesante trabajo, comienza por afirmar que "el problema de las relaciones entre religión y política se presenta desde los albores de la Historia en múltiples formas, pues la analogía entre el gobierno divino y el de los hombres viene dado como algo obvio a la conciencia humana. Sin embargo, cuando hoy hablamos de "teología política" nos referimos a un planteamiento más concreto de la fundamentación tomada de la ciencia de la divinidad para justificar determinadas formas políticas contingentes, y no a cualquier manifestación de apoyatura de lo político en lo sagrado o cualquier forma político-religiosa mixta o mixtificada. Aún así, el concepto de teología política no se presenta hoy con suficiente nitidez, y esta misma equivocidad puede explicar en buena parte la discusión surgida en torno a ese concepto".

Es cierto que la ciencia política de los antiguos no es la teología política que se discute hoy. En nuestros tiempos, este interesante tema, fue promovido por Carl Schmitt (1922) en conexión con algunos aspectos de la moderna teoría política. Fue así como la relación de teología y política vino dada a propósito del problema de la soberanía. La referida relación servía de fundamento al concepto de soberanía de Schmitt. Como sostiene el autor, "el milagro, como excepción al orden natural, venía a justificar el poder de excepción en el orden político, y el descrédito del deísmo venía a desacreditar el constitucionalismo liberal del "Rey que reina pero no gobierna" (en la nota 10 de la p. 43 el autor nos señala que el lema de la burguesía liberal *le roi règne et ne gouverne pas* tiene su precedente, según Schmitt, en una fórmula dirigida hacia 1600 contra el Rey de Polonia, Segismundo: *rex regnat sed non gubernat*). Se centraba así el problema de la teología política en el plano de una realidad histórica moderna ya muy secularizada, es decir, desteologizada".

Procede el autor a un breve pero claro comentario de los cuatro capítulos de la obra de Schmitt; así, nos recuerda que en el cap. I, se alude a la conocida definición de que soberano es quien decide sobre el estado de excepción; en el segundo cap. "se explica cómo la doctrina liberal —ya desde el holandés Kraabe (1906), pero sobre todo con Kelsen— llegó a eliminar el problema de la soberanía por

su afán de objetivizar el ordenamiento jurídico mismo como normativo, sin consideración de la instancia decisionista de carácter personal". El tercer cap. se titula Teología Política, "y en el se da una interpretación profunda, es decir, sobre presupuestos teológicos, de las doctrinas políticas modernas, habida cuenta de que, como empieza este cap., "todos los conceptos más pregnantes de la moderna doctrina del Estado son conceptos teológicos secularizados". Agrega el autor que "si la idea de un Dios omnipotente pudo ser el fondo teológico de la Monarquía, y concretamente el poder divino de hacer milagros el de la facultad de decidir sobre el estado de excepción, el deísmo imperante en la filosofía europea desde el siglo XVIII había de conducir a la teoría del constitucionalismo, en el que se reconoce todavía la existencia de un Dios —y de un Rey, pero que ya no interviene en las cosas del mundo, sometidas a una autonomía normativa sin excepciones —es decir, un Rey que reina pero que no gobierna—; luego, fatalmente, un ateísmo que prescinde ya de Dios —del Rey— para reducir la soberanía a un puro ordenamiento legal despersonalizado y, democráticamente establecido; por último a un anarquismo demoníaco —Proudhon y sobre todo Bakunin—, en el que el mismo ordenamiento es objeto de repulsa como residuo de un falso orden divino y se deja al hombre solo, al arbitrio de sus "buenos y naturales impulsos", puesto que no pesa sobre él la tarea del pecado original". Por último, el cap. cuarto se refiere "a la reacción católica de los pensadores contrarrevolucionarios —De Maistre, Bonald, Donoso Cortés—, que, restableciendo la noción del pecado original y del orden trascendente, defienden la Monarquía o —como ocurre con Donoso— desconfían ya de su eficacia y propugnan el decisionismo personal de la dictadura como único remedio saludable contra la desintegración anárquica".

No podemos dejar de subrayar que en este escrito de Schmitt la teología política quedó limitada a la noción de soberanía en el Estado, lo que, por cierto, no resta importancia a la laboriosa y útil aportación hecha por aquél.

Es de singular importancia que destaquemos con el autor que hubo otros escritos de Schmitt que continuaron dando énfasis a la idea de contraposición entre decisionismo y normativismo; sin embargo, en un escrito suscito pero no por ello menos importante que **a la postre iba a tener proyección en la discusión acerca de la teología política, (Romischer Katholizismus und Politische Form)** afir-

naba que, "la Iglesia, además de su forma sobrenatural, constituida por su carácter y misión espirituales, postula una forma política que representa en el orden natural e histórico aquella otra idea sobrenatural que la constituye: una forma de civitas humana extraña a todo condicionamiento económico. En virtud de ella está presente la Iglesia en el mundo como una forma de poder histórico universal". Para d'Ors, lo anteriormente referido es de "capital importancia para todo el planteamiento de la teología política, pues, independientemente de las posibles interferencias de la acción de la Iglesia jerárquica o de los fieles en pro o en contra de determinadas formas de existencia política no debe olvidarse que la Iglesia misma se presenta con una forma política propia, cuya posible influencia en consideración a las otras formas políticas de carácter económico supone ya un problema".

Ante la tesis sustentada por Schmitt emerge, con posterioridad, Erik Peterson para quien el dogma de la Trinidad y el concepto de la Monarquía resultan ser incompatibles. El autor nos indica la razón profunda que sostenía la negativa de Peterson referida a la no existencia de una teología política: "lo que impelía a Peterson a una negativa tan tajante de la teología política era la consideración de que todo traslado analógico al orden político de una realidad divina venía a contradecir la perspectiva escatológica esencial del Cristianismo, es decir, la imposibilidad de considerar consumado en la historia del hombre el Reino de Dios". Añade el autor que "no hay que olvidar que el pensamiento cristiano de los años en que publicó Peterson su conclusión liquidadora de la teología política (1935) se debatía precisamente contra el totalitarismo político imperante en algunos pueblos europeos, para el que una confusa analogía de providencialismo político podía resultar favorable, pues el totalitarismo, como el marxismo, aspiraba a la consumación terrenal de la felicidad humana".

A partir de la crítica de Peterson fue excluida la teología política pagana y la medieval de todo análisis científico.

Con posterioridad, el discípulo de Schmitt, Hans Barion, enfoca el tema de la teología política bajo otro punto de vista y cuyas conclusiones no dejaron de ser negativas. Este autor sometió a una aguda crítica los aspectos legales de los documentos que emergieron del Concilio Vaticano II.

La expresión teología política ha sido usada recientemente como "instrumento conceptual de la nueva corriente progresista proliferada

al calor del Concilio Vaticano II", lo que ha dado lugar a una teología política de la revolución.

Son meritorios los intentos de d'Ors por esclarecer este complejo problema sobre la teología política, haciendo especial hincapié en aspectos medievales que habían sido excluidos; en forma análoga, también, es mérito del autor, el nuevo punto de partida que consiste en considerar la encíclica "Quas Primas" de 1925 en la que se plantea una doctrina que aunque tradicional, ha sido olvidada. Para el autor, "el presente y universal Reinado de Cristo, distinguiéndolo del Reino de Dios y de la Iglesia, es la única base para un real política teológica".

Debemos estar muy satisfechos de la aparición de este importante trabajo del catedrático de la Universidad de Navarra que viene a dar luz sobre un tema trascendental: una recta teología política cristiana.

FIDEL REYES CASTILLO

## NOTICIAS

Durante los meses de junio y julio de 1976 se llevaron a efecto las Conferencias de Derecho Público que año a año organiza el Depto. de Derecho Público. Divididas en dos ciclos tuvieron por tema el primero de ellos el bicentenario de la declaración de independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, y el segundo, la influencia de Francia en los estudios políticos chilenos.

El ciclo dedicado al bicentenario de la emancipación norteamericana mostró el análisis de los orígenes de la declaración (conferencia a cargo del prof. Ismael Bustos), la génesis de la constitución de 1791 (explicada por el prof. E. V. Niemeyer, Director del Instituto chileno-norteamericano de cultura) y concluyó con la visión de Tocqueville sobre el fenómeno de la democracia norteamericana (por el prof. Jorge Guzmán).

El segundo grupo de conferencias —que en su inauguración contó con la presencia del señor Embajador de Francia en Chile M. René Lustig y personeros del servicio cultural de esa representación diplomática— tuvo por objeto mostrar, dos formas de interpretar el Derecho, la itálica y la francesa (mos gallicus y mos italicus, prof. A. Guzmán B., Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso), el régimen político francés (a cargo del prof. C. Cruz-Coke), la influencia francesa en los estudios políticos en Chile (prof. M. Verdugo), y la influencia francesa en la génesis del Código Civil chileno (prof. A. León Hurtado).

Tanto uno como otro ciclo serán publicados, formando ambos el volumen III (1976) de las Conferencias de Derecho Público.

\* \* \*

Con motivo de celebrarse en marzo de 1977 el cincuentenario de la creación de la Contraloría General de la República (creada por DFL 400 bis de 26-3-27) el Departamento de Derecho Público ha programado la edición de un volumen en homenaje al Organismo Contralor, institución prácticamente única en el mundo en cuanto entidad autónoma de control jurídico (constitucionalidad y legalidad)

preventivo de la actividad (actos y conductas) de la Administración. Con tal motivo dicha obra espera ser un instrumento indispensable del análisis tanto jurídico como contable y de auditoría, de la labor que desarrolla la Contraloría, institución que hasta ahora carece de un estudio de conjunto dentro del panorama de los estudios jurídicos en Chile.

En dicho volumen participarán, los catedráticos de Derecho Administrativo de todas las facultades de Derecho del país, como asimismo se ha invitado a los principales profesores de la especialidad tanto de latinoamérica como de la Europa latina.

La obra-homenaje será dirigida por el prof. Eduardo Soto Kloss y contará con la asistencia coordinadora del Depto. de Estudios de la Contraloría General de la República.

Del mismo modo el Departamento de Derecho Público organizará en esa ocasión un ciclo de conferencias que tenderá a mostrar los orígenes históricos de esta entidad contralora, su estructura organizativa, sus potestades fiscalizadoras, y el papel que le ha correspondido dentro de la institucionalidad chilena, tanto en lo referente al desarrollo del Derecho Administrativo chileno, como de la vigencia del imperio de la ley y del Derecho en nuestro país.